

VOLUME • CİLT: 25 • ISSUE • SAYI: 2 DECEMBER ARALIK 2019 ISSN: 2529-0142

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK
ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ
MARMARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ



MARMARA ÜNİVERSİTESİ YAYINEVİ

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

6 Aylık Hakemli Akademik Dergi / Biannual Peer-Reviewed Academic Journal

Volume • Cilt: 25 / Issue • Sayı: 2 / DECEMBER / ARALIK • 2019

ISSN: 2149-1844

Marmara Üniversitesi Rektörlüğü Adına İmtiyaz Sahibi • Owner: Prof. Dr. Erol ÖZVAR (Rektör • Rector)

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına İmtiyaz Sahibi • Owner of the Journal

Prof. Dr. Serap HELVACI (Dekan • Dean)

Yayın Kurulu • Editorial Board

Prof. Dr. Turan YILDIRIM (Editör)

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Editör)

Dr. Öğ. Üy. Hüseyin Melih ÇAKIR (Editör)

Dr. Öğ. Üy. Zafer İÇER (Editör)

Arş. Gör. Gökçe GÖKÇEN (Üye)

Arş. Gör. Pınar KARAMAN (Üye)

Arş. Gör. Sema Deniz ÖZKAN (Üye)

Arş. Gör. Can YÖNEY (Üye)

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi • Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Yerleşkesi 34722 Kadıköy / İSTANBUL

Tel: 0 216 349 84 01 Fax: 0 216 338 77 10

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi • Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 348 43 79

E-posta: yayinevi@marmara.edu.tr

Bu yayının tamamının veya bir bölümünün, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılması, dağıtılması, kayda alınması yasaktır. Dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler, yazarlara aittir; bu hususta Fakülte, sorumluluk kabul etmez. Dergide çıkan herhangi bir yazıya atıf yaparken "MÜHF-HAD" kısaltmasının kullanılması önerilir. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, TÜBİTAK – ULAKBİM TR Hukuk Dizininde taranan ULUSAL HAKEMLİ bir dergidir.

İçindekiler / Contents

PROF. DR. FERİT HAKAN BAYKAL ARMAĞANI

Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal
1957 – 2016

ANI YAZILARI

Can dostum Hakan Abdullah DİNÇKOL	507-508
Hocamın Ardından Meltem SARIBEYOĞLU SKALAR	509
Hakan Hoca'ya Sibel ÖZEL	510
Prof. Dr. F. Hakan BAYKAL'ı Anarken... Sevin TOLUNER	511

FOTOĞRAFLAR

ARAŞTIRMA MAKALELERİ / RESEARCH ARTICLES

Hükmî Reddin Tespiti Davası The Case For The Declaratory Judgment About The Legally Disclaim Mehmet AKÇAAL	520-540
İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bge 137 İı 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu Bge 137 İii 234 Decision of Swiss Federal Court on the Legal Nature of the Reimbursement Claims Due to Exercise of Withdrawal Right at Door to Door Sales and Position of Turkish Supreme Court of Appeals on Similar Conflicts Fatma Zeynep ALTINER YOLCU	541-564

Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmecesi The Role of Islands in the Determination of the Straight Baselines: Fringe of Islands Puzzle Deniz TEKİN APAYDIN	565-589
AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik The Dynamism in the Case Law of the ECHR in the Context of Extraterritorial Validity of the Convention A. Füsun ARSAVA	590-601
Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış Oya BOYAR, Sezen KAMA IŞIK	602-623
Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu(TCK m.240) Restriction of Supply of Goods and Services(Turkish Penal Code Art.240) Özlem YENERER ÇAKMUT	624-636
Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları General Terms and Conditions and Their Valid Incorporation Into the Contract Ahmet Hakan DAĞDELEN	637-652
İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu Responsibility of the Transferor and Transferee Employer in the Transfer of Undertaking Kübra DEMİR	653-681
Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği The Quality of the Presence in the Crime Scene With Regard to Participation in Crime in German and Turkish Court Decisions Muhammed DEMİREL	682-696
Fransız Anayasa Konseyinin Uluslararası Andlaşmaların Denetimine İlişkin Genel Yetkileri The General Powers of the French Constitutional Council Relating to Judicial Review of International Treaties Pınar DİKMEN	697-715

Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği E-Voting and Estonia Example in the Context of Participant Democracy and Online Decision Making Bihterin VURAL DİNÇKOL, Alper IŞIK	716-726
Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği Social Security of Prisoners and Convicted Working Under the Penal Code Hatice Duygu ÖZER, Dilek DULAY YANGIN	727-756
2011/95/AB Sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17(1)(B). Maddesi Uyarınca İkincil Koruma Statüsü Haricinde Tutma Sebebi Olan "Ciddi Suç İşlenmesi" Kavramının Yorumuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi Translation and Evaluation of the Preliminary Ruling of the European Court of Justice Dated 13 September 2018 on Interpretation of the Concept of "Committing A Serious Crime" as a Reason for Exclusion From Subsidiary Protection Under Article 17(1)(B) Of 2011/95/Eu Qualification Directive Nuray EKŞİ	757-780
7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri The New Paid Military Service Regulation Formed By The Law 7146 and Impressions Arzu ARSLAN ERTÜRK	781-807
Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi The Legal Dimensions of the Globalization and the Effect of the United Nations Specialized Agencies and International Court of Justice on the Sovereignty of States Abdulkadir GÜLÇÜR	808-832
Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı The Meaning and Importance of the Trial of Peter von Hagenbach for the History of International Criminal Law Gökhan GÜNEYSU	833-849
Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması Transborder Flows of Personal Data: An International Law and EU Law Perspective Berna AKÇALI GÜR	850-872

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliliğinin Değerlendirilmesi Evaluation of the Requirement of Spouse's Consent in the Guarantee in Commercial Bill in the Light of the General Assembly of the Judgment of Judgment Mehmet HELVACI, Raziye AKSU ÖZKAN	873-906
İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi Limitation of Contractual Damages by the Principle of Remoteness under English Law Serap HELVACI, Çisil DURGUN ARSLAN	907-924
Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri The Effects of Hugo Grotius' Understanding on Settlements of International Disputes F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN	925-947
Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280) Crime of Failure by Members of the Medical Profession to Report an Offense (Article 280 of Turkish Penal Code) A. Burak KARAHAN	948-978
Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi Singapore Convention and the Issue of Recognition and Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Mediation Talat KAYA	979-1008
Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukunda Önemli Zarar Vermeme Yükümlülüğü Obligation not to Cause Significant Harm in the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses Sevda KESKİN	1009-1024
Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme A Comprehensive Study on Implementation of Chemical Castration for Sexual Offenders Baran KIZILIRMAK	1025-1071

Machiavelli'nin "Hükümdar" Adlı Eserinin Osmanlı Türkçesine Çevirisi Üzerine On Translation of Machiavelli's "Prince" into Ottoman Turkish Rukiye AKKAYA	1072-1079
The Jurisdiction to Prescribe Provisional Measures by the International Tribunal for the Law of the Sea: Evolving Jurisprudence and Aspects of the Implementation Selami KURAN, Abdulkadir GÜLÇÜR	1080-1092
Hukuki Olarak Define Arayıcılığı Legal Treasure Hunting Döndü KUŞCU	1093-1130
Siber Tehlikelerin Denizcilik Sektörüne Etkisi Effects of Cyber Risks in Maritime Sector Didem ALGANTÜRK LIGHT	1131-1137
Topic: The United Nations and the Management of Humanitarian Crisis Risks: An Analysis Based on the Contractualist Philosophies of Thomas Hobbes and John Locke Emerant Yves OMGBA	1138-1163
Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi International Child Abduction and Extradition Fatma Betül ÖZDEMİR	1164
Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu United Nations Convention on International Settlements Agreements Resulting From Mediation: Singapore Convention Sibel ÖZEL	1190-1210
İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı Employer's Right to Make A Summary Termination Due to the Failure of Performance of Labour Sema Deniz ÖZKAN KOÇ	1211-1235

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme An Essay on the Rules for All Rights and Freedoms in the Universal Declaration of Human Rights Fazıl SAĞLAM	1236-1252
Sophia Kişi midir? Can Sophia be a Person? Erkut Ziya SİVRİKAYA	1253-1263
Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin İhtiyati Tedbir Yetkisi Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea for Provisional Measures Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, Hilal CECANPINAR	1264-1287
Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi Termination of Surety Contract Gizem ÖZKAN ŞAHİN	1288-1336
Sünnet ve Çocuğun Menfaati Circumcision and the Interest of the Child Ayşe Nilay ŞENOL	1337-1357
Milletlerarası Hukukta Denizde Bilimsel Araştırmanın Farklı ve Çakışan Deniz Alanlarında Yönetimine Genel Bir Bakış General Overview of the Marine Scientific Research in International Law and its Management in Different and Overlapping Maritime Zones Ayşe Nur TÛTÛNCÛ	1358-1388
Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kurallarının Güçlendirilmesi: Beps ve Atad Projelerindeki ve Türk Mevzuatındaki Düzenlemeler Strengthening Controlled Foreign Company Rules: Beps, Atad And Turkish Cfc Rules İtibar AYDEMİR-USLU	1389-1415
Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler Considerations of Chattel Mortgage in Commercial Transactions Code Alper UYUMAZ, Mehmet Cemil TÛRK	1416-1456

Milletlerarası Hukukta Deniz Sınırlarının Yargı Kararıyla Belirlenmesi ve Üçüncü Devletlerin Durumu The Judicial Settlement of Maritime Boundary Disputes in International Law and Third States Rauf VERSAN	1457-1462
Bazı Atipik Çalışma Modelleri Bakımından Kadınların Sosyal Güvenliği Social Security of Women in Terms of Some Atypical Employment Models Efe YAMAKOĞLU, Eda KARAÇÖP	1463-1485
Tutuklu ve Hükümlülerin Takası ve İadesi The Exchange and Extradition of Detainees and Convicts Yusuf YAŞAR, Zafer İÇER	1486-1519
Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı The Concept of Force Majeure in the Decisions of Turkish Council of State Turan YILDIRIM	1520-1538
Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı The Right of Third Persons to Request Establishment of Personal Relationship with the Child Sera Reyhani YÜKSEL	1539-1556
Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257) Misuse of Public Duty(TCC art. 257) Hamide ZAFER	1557-1587



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal

Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal

1957 – 2016

Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal, 29 Haziran 1957 tarihinde Amasya'da doğmuştur. Ankara'daki Kurtuluş İlkokulu'nda eğitim hayatına başlamış, Ortaokul ve Lise öğrenimini T.E.D. Ankara Koleji'nde tamamlamasının ardından 1975 yılında başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden 1979 yılında mezun olmuştur. İlk çalışma hayatı, Ekim 1976'da Türkiye Kömür İşletmeleri Kurumu - TKİ - Genel Müdürlüğü'nde başlamıştır. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 2. sınıfında öğrenciyken 27 Ekim 1976 tarihinde Ankara'da TKİ Genel Müdürlüğü'nde personel servisinde raportör olarak göreve başlamış, 1977 senesinde ise İstanbul Kömür Satış ve Tevzii Müessesesi Müdürlüğü Sanayi Satış Servisine tayin edilmiştir. Mart 1979'da fakülteden mezun olacağı sene istifa ederek bu görevinden ayrılmıştır. Daha sonra, Ray Sigorta A.Ş.'de Mart 1981 ile Aralık 1982 arasında İstanbul Barosu'na kayıtlı avukat olarak çalışmış ve bu iş kapsamında İngiltere'deki reasürans şirketleri ile bağlantılı olarak Türk ve yabancı deniz nakliyat ve denizcilik işletmelerinin gemilerinin filo sigortalarını yapmıştır. Hâkimliğe geçmek ve Kadıköy Adliyesinde hâkim adayı olarak göreve başlamak için bu görevinden 1982 yılında ayrılmıştır. Daha sonra Mart 1981'den 1984 yılına dek üç yıl süre ile Kadıköy Hâkim Adayı olarak çalışmış ve 1984 yılı Mart ayında yeni kurulmuş olan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalında araştırma görevlisi olarak göreve başlamak üzere Hakimliği bırakmıştır. Bu süre zarfında, Temmuz 1982 ile Kasım 1983 tarihleri arasında askerlik görevini ifa etmiştir. Erzincan'da 3. Ordu Komutanlığında İngilizce Tercüman, Mütercim, Sıkıyönetim İdari Şube Amiri, Protokol Subayı gibi birçok görevi yerine getirdiğinden görevden ayrılırken kendisine üstün başarı şiltileri verilmiştir. 1992 yılında İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Devletin Karasuları Üzerindeki Yetkisinin Hukuki Niteliği ve Yetki Alanının Asgari ve Azami Sınırları isimli doktora tezi ile doktor unvanı almıştır. Aynı yıl Jean Monnet bursu kazanarak Londra Üniversitesi King's College'a doktora sonrası araştırması için gitmiştir. 1995 yılında doçent unvanını ve 2001 yılında Profesör unvanını almıştır. Mart 1984 ile Şubat 2009 arasında 25 sene Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde çalışmasının ardından Devletler Umumi Hukuku ve Deniz Hukuku Anabilim Dalı Başkanı olarak emekli olmuştur. Ayrıca kendi kurduğu Deniz Hukuku ve Deniz Çevresi Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezinin de kurucu müdürlüğünü yapmıştır. Emekli olmasının ardından Haziran 2012'ye dek Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi (Cyprus International University-CIU) Hukuk Fakültesi Kurucu Dekanı olarak görev yapmıştır. Eylül 2013 ve Kasım 2014 tarihleri arasında yine KKTC Yakın Doğu Üniversitesi'nde İngilizce Uluslararası Hukuk Lisansüstü Programının koordinatörlüğünü yapmıştır. Türk üniversitelerinde (ve KKTC'de) ilk defa münhasıran uluslararası hukuk alanında İngilizce lisansüstü (yüksek lisans ve doktora) programı kendisinin koordinatörlüğünde Yakın Doğu Üniversitesi'nde başlatılmıştır. Ayrıca tüm programı kendisi tarafından yapılmış olan İngilizce uluslararası hukuk fakültesi faaliyete geçirilmiştir. Marmara Üniversitesi'nin yanı sıra aynı zamanda Yeditepe Üniversitesi, Maltepe Üniversitesi ve Deniz Harp Okulu'nda çeşitli dersler vermiştir. Bu görevleri dışında Ekim 2006 – Ekim 2012 yılları arasında Türkiye Kano Federasyonu Disiplin Kurulu Başkanı ve Baş Hukuk Danışmanı; Ekim 2010 – Ekim 2012 yılları

arasında Türkiye Barolar Birliği İstanbul Barosu Delegatesi; Mayıs 2009'dan itibaren Lahey Daimi Hakemlik Mahkemesi'nde (La Haye International Permanent Court of Arbitration) Uzman Hakemler Konseyi üyesi Hakem (Member of the Expert Arbitrators Council) olarak yer almıştır. Yönettiği çok sayıda yüksek lisans ve doktora tezleri, basılı eserleri, yetiştirdiği avukat, hakim, savcı ve akademisyen olarak hukuk alanına hizmet eden sayısız öğrencisinin yanı sıra başlıca eseri *Deniz Hukuku Çalışmaları, Alfa Yayınevi, İstanbul, 1998*, deniz hukuku alanında Türkçe literatürde en çok atıf alan eserlerden biri olmuştur. Peri Rüya ve Neriman Dora isimlerinde iki kız evlat babasıdır.

YAYINLAR

- 1-) Devletler Hukukunda Münhasır Ekonomik Bölge Kavramı ve Hukuki Niteliği, İstanbul, 1987 (Y. Lisans Tezi).
- 2-) Devletin Karasuları Üzerindeki Yetisinin Hukuki Niteliği ve Yetki Alanınının Asgari ve Azami Sınırları, İstanbul, 1991 (Doktora Tezi).
- 3-) İngiliz Uygulamasında Devletler Umumi Hukuku ve İç Hukuk Arasındaki İlişki, Argumentum, Mart-1991, Cilt-1, s. 8, s. 117-121, İstanbul.
- 4-) Falkland Adaları Uyuşmazlığı, Argumentum, Şubat-1993, Yıl.3, Sayı. 31, s.541-547, İstanbul.
- 5-) 31 Aralık 1990 Tarihi İtibariyle Devletleri Milletlerarası Deniz Hukuku Konvansiyonlarına Taraf olma Durumları, Argumentum, Kasım-1992, Yıl. 3, Sayı: 28, s.462-465.
- 6-) Karasularının Azami ve Asgari Genişliği, Hukuk Araştırmaları, Cilt:7, Sayı: 3, 1992-1993, s.163-227.
- 7-) Karasularının Genişliği Konusunda Türk Uygulaması, Hukuk Araştırmaları, Cilt:8, Sayı 1-3, 1994, s.165-193.
- 8-) 1982 Birleşmiş Milletler Deniz hukuku Konvansiyonunda Boğazlardan Geçiş Rejimi, Mahmut R. Belikê Armağan, İstanbul, 1993, s. 14-54.
- 9-) Devletin Ülkesindeki Yetkisinin Açık Denizlere Taşması- Kesintisiz Takip Hakkı (Hot Pursuit), Argumentum, Ocak-Aralık 1996, Yıl: 6,7 Sayı: 50, s. 218-231.
- 10-) Toplumumuzda Adalet İnancı, Basım Dünyası, Yıl:1, Sayı:4, Ocak-Mart 1995, s.60-63.
- 11-) Türkiye'nin Deniz Politikası Askeri, Ekonomik, Siyasi ve Hukuki Yönden Milli Çıkarlarımıza Hizmet Ediyor Mu? Gümrük Birliği Sürecinde Türkiye, Ocak-Nisan 1996, Sayı:21-22, İstanbul, s. 18-23.

- 12-) Günümüzdeki Gelişmelerin Işığında Kabotaj Hakkı ve Türk Kabotaj Hakkı ve Türk Kabotaj Kanununun Değerlendirilmesi, Argumentum, Ekim-Aralık 1995, Yıl: 6, Sayı: 49, s. 191-195.
- 13-) Milletlerarası Hukukta Devletin Deniz Ülkesinin Sınırlarının Tespiti, Hukuk Araştırmaları, Cilt. 10, Sayı: 1-3, 1996, s. 1-102 İstanbul.
- 14-) İçsularda ve Karasularında Devletin Yargı Yetkisine Getirilen Sınırlandırmalar, Hukuk Araştırmaları, Cilt. 10, Sayı:1-3, 1999, s. 601-752 İstanbul.
- 15-) Füzeler Kıbrıs'a Gitmeli, Aksiyon, 25-31 Ocak 1997, Sayı: 112, s. 51, İstanbul.
- 16-) TWA Uçağını Aids'li Kan Mı Düşürdü?, Aksiyon, 3-93-9 Ağustos 1996, Yıl:2, Sayı:87, S:47, İstanbul.
- 17-) Bölgedeki Siyasi Gelişmelerin Işığında Hazar Denizinin Hukuki Rejiminin Değerlendirmesi, Basım Dünyası, Yıl:2, Sayı:7, Ekim-Aralık 1995, s. 55-57, İstanbul.
- 18-) Üç İhtimali Kardak Hesabı, Aksiyon, 10-16 Şubat 1996, Yıl:2, Sayı:62, s.51, İstanbul.
- 19-) Kardak Kayalıkları Henüz Bir Başlangıç, Cumhuriyet, 12.2 1996, s.11.
- 20-) Kriz, Yunanistan'ın Yaygaracı Politikasının Bir Uygulaması, Cumhuriyet, 13.2.1996, s.10 (Görüş).
- 21-) Yunanistan'ın Mahareti, Aksiyon, 9-15 Ağustos 1997, Sayı:140, s.49, İstanbul.
- 22-) Boğazlardan Geçiş Ne Kadar Serbest, Deniz Ticareti Dergisi-Turkish Shipping World, Yıl:14 Mayıs-1997, s.80-87.
- 23-) Türk Usul Mevzuatı (Temel Metinler), İstanbul, 1996, Beta Yayınevi (KİTAP).
- 24-) Küçük Hesaplardan Ulusal Kazanç, Cumhuriyet, 2 Şubat1996.
- 25-) Deniz Hukuku Çalışmaları, İstanbul, 1998, Alfa Yayınevi (KİTAP).
- 26-) Denizcilik Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi, Deniztemiz Haber- Turmepa News, Ekim- 1997, Sayı:4 s.6-7.
- 27-) Montrö'yü Aleyhimize Yorumlamayalım, Aksiyon, 27 Haziran-3 Temmuz 1998, Sayı:186 s.53, İstanbul.
- 28-) Federal ve Konfederal Devlet Farkı, Zaman, 8 Eylül 1998, s.4.
- 29-) "21. Yüzyıla Girerken Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümünde Alternatif Modeller- Alternatif Models for Peaceful Settlement of International Disputes

- on Treshold of the 21st Century”, 21. Yüzyıla Doğru BM Sorunları ve Çözüm Önerileri Uluslararası Konferansı 24-25 Haziran 1997, İstanbul, 1999, s.105-107.
- 30-) Tankerlerin Türk Boğazlarından Geçiş Sınırlandırılabilir Mi? Marmara Üniveristesi Uluslararası Stratejik Araştırmalar Merkezi (USAM), 1998 Yılı Konferanslar Serisi, İstanbul 1999, s. 38-48.
- 31-) Boğazlardan Geçiş Sınırlandırılabilir Mi? DENİZCİ, Yıl1 Sayı:1, Temmuz-Ağustos 1998 s.43-47.
- 32-) Uluslararası Hukuk ve Haider, Yeni binyıl, 5 Şubat 2000, Cumartesi, s.15 (Konuk Yazar olarak köşe yazısı).
- 33-) Deniz Ülkesinde Vuku Bulan Çatma Olaylarında Hukuki ve Cezai Sorumluluk ve Mahkemelerin Yetkisi, DENİZCİ, Yıl:1, Sayı.3 Kasım-Aralık 1998, s.18-21.
- 34-) BAYKAL F.H., Ermeni Soykırımı İddiaları- Türkiye Sorumlu Tutulabilir Mi? Havan Dergisi Mart-2001 Sayısında yayınlanmak üzere tevdi edilmiştir.

PANEL VE KONFERANSLAR

- 1-) Boğazlar ve Montrö-09.06.1998. Panel, Kadınlarımız Fikir ve Kültür Derneği Tarafından düzenlenmiştir. Katılımcılar: Prof. Dr. Güzin ÜÇİŞİK; Prof. Dr. Derin ORHON; Oramiral Güven ERKAYA ve Ömer BORAVALI'dır. Panel Caddebostan Sanat ve Kültür Merkezinde gerçekleştirilmiş olup sunulan tebliğ “Montrö Andlaşmasına göre Türkiye'nin Yetkilerinin Sınırları”dır.
- 2-) Expo-98 Okyanuslar Yılı ve Türk Boğazları- 12.05.1998. Panel, Marmara Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölümü ve Uluslararası Stratejik Araştırmalar Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından düzenlenmiştir. Katılımcılar: Em. Oramiral Işık BİREN; Dr. Ediz HUN ve Kaptan Gündüz AYBAY'dır. Sunulan tebliğ “Montrö Sözleşmesi ve Tankerlerin Boğazlardan Geçişinin Değerlendirmesi”dir. Aynı zamanda Panel'in Birinci oturumunun Başkanlığı yapılmıştır.
- 3-) Türk Boğazları- 23.10.1998- TRT İstanbul radyosu- Saat 15.00-16.00. Programda Dr. Ali TEKİN'in konuğu olarak Canlı Yayında Türk Boğazları konusu tartışılmıştır.
- 4-) Türk Yunan İlişkileri ve Yaşanan Hukuki Sorunlar- Mayıs 1998 İTÜ Maçka Sosyal Tesisleri- Prometheus Derneği Davetlisi olarak Konferans'a katılım gerçekleştirilmiştir.
- 5-) Türk Yunan Uyuşmazlığı ve Ege Sorunu- Şubat 1998 Kızıltoprak- Yunusun Evi- Türkiye İçin Birlik Hareketi isimli Sivil Toplum Örgütü Davetlisi olarak tebliğ sunulmuştur.

- 6-) 22 Şubat 1998- İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Orditoryumunda ILSA tarafından organize edilen uluslararası Moot-Court Yarışması Türkiye Elemelerinde Hakemlik görevi üstlenilmiştir.
- 7-) 13.01.1998-30.07.1998 tarihlerinde toplam 22 bölüm olarak TRT-2 İstanbul Televizyonunda her Pazar yayınlanan “Söz Hukukun” Programı için Hukukun çeşitli sorunları ile ilgili yazılar hazırlanmış ve Danışman-Sunucu sıfatıyla sunulmuştur. (Hak Arama Bilinci; Tüketici Hakları; Birleşmiş Milletler; Kiracı Kiralayan İlişkileri; Boşanma ve Hukuki Sonuçları; Türkiye’de Özel Sigortacılık ve Sorunları; Mültecilerin Hukuki Statüsü; Hayvan Hakları; Çevrenin Korunması; Kadın Hakları; Araç Alım-Satımında Dikkat Edilecek Hususlar; Apartman Yönetiminden Kaynaklanan Sorunlar; Trafik Suçları; Ölüm Cezası ve Cezaların Caydırıcılığı; Kıbrıs Uyuşmazlığı ve milletlerarası Hukuk; Yargının Sorunları; Vergi Reformu; Ticari ve Cezaî Açıldan Çek; Rekabetin Korunması).
- 8-) Üniversite Gençliğinin Sorunları ve Çözüm Önerileri- Mayıs 1998. Panel, M.Ü. Hukuk Fakültesi Adalet Kulübü ve Çorumlular Vakfının ortaklaşa düzenlenmiştir. Katılımcısı: Prof. Dr. Ahmet SAMSUNLU’dur. “Üniversite Gençliğinin Sorunları” konulu tebliğ sunulmuştur.
- 9-) The Problems of the United Nations Towards the 21st Century and Solution Proposals- 21. Yüzyıla Doğru Birleşmiş Milletlerin Sorunları ve Çözüm Önerileri- International Conference- Uluslararası Konferans- 24-25 Haziran 1997 İstanbul. Düzenleyenler: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi; South Texas Collage of Law (USA)- Golden Gate University School of Law (USA)’dur. Konferans Koordinatörlüğü görevi üstlenilmiştir. 25.06.1997’de sunulan tebliğ: “21. Yüzyıla Girerken Milletlerarası Uyuşmazlıkların Barışçıl Yollardan Çözümünde Alternatif Modeller- Alternatif Models for Peaceful Settlement of International Disputes on Treshold of the 21st Century”dir. Bu konferansın kitapçığı 1999 yılında yayınlanmıştır.
- 10-) Marmara Denizi 2000 Sempozyumu- 11-12 Kasım 2000 Ataköy Marina, İstanbul. Sempozyumda sunulan tebliğ: “Günümüzde Deniz Ulaşımındaki Gelişmelerin Işığında Türk Boğazlarının Hukuki Rejiminin Değerlendirilmesi ve Rejimleriyle Kıyaslanması- The Assesment of the Legal Regime of the Turkish Straits subject to the Current Developments in International Navigation and Comparison of the Regime with other Generally Accepted Legal Regimes of Passage Through Straits”dir. Bu tebliğ TÜDAV tarafından basılan ISBN-975-97132-1-7 sayılı kitapta yayınlanmıştır. (Türk Deniz Araştırmaları Vakfı Yayın No:5 İstanbul-2000).
- 11-) Regional Seas 2001 Sempozyumu- International Sempodium on the Problems of the Regional Seas, May 12-14 2001, İstanbul Turkey. Bu sempozyum için hazırlanan tebliğ: “The Evaluation of the Aegean Islans effect in delimitation of the maritime zones between Turkey and Greece in the Aegean Sea.” olmuştur.
- 12-) İkinci Denizcilik Gücü Sempozyumu 15-16 Haziran 1999 -Genelkurmay Başkanlığı Harp Akademileri Komutanlığı Yenilevent-İstanbul. (Bu sempozyuma katılımcı olarak dahil olunmakla birlikte, Tamamlayıcı Bilgi sunulmuştur. Sempozyum kitapçığı s.270-272).

- 13-) GREEK-TURKISH FORUM- Non Governmental Organisations Meeting, Athens, Hotel Royal Olympic, 26-28 November 1999. Bu toplantıya TURMEPA (Turkish Marine Environment Protection Association) ve DENİZMER (Marmara Üniversitesi Deniz Hukuku ve Deniz Çevresi Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi) ile Türk Yunan İş Konseyi Ege ve Karadeniz'in Çevre Koruması Komitesi temsil edilmiş, Environmental Protection and Preservation of Cultural Heritage Çalışma Gruplarında projeler geliştirilmiş ve öneriler sunulmuştur. Bu toplantı Türkiye ile Yunanistan arasındaki ilk uluslararası sivil toplum örgütleri müşterek toplantısıdır. Bu toplantı ertesinde Türk-Yunan ilişkilerinde çok büyük sıcaklık yaşanmış, çeşitli bilimsel ortaklık projeleri ortaya konularak uygulanmaya başlanmıştır. Burada sunulan bildiri: "Ege Denzinde Çevrenin Korunması için TURMEPA ile HELMEPA arasında müşterek yapılabilecek çalışmaların Değerlendirilmesi"dir.
- 14-) Gençliğin Sorunları ve Çözüm Önerileri- Panel- 21 Şubat 1997 Saat: 14:00 Marmara Üniversitesi Haydarpaşa Kampüsü- Panel M.Ü. Hukuk Fakültesi ve Kadınlarımız Fikir ve Kültür Derneği tarafından düzenlenmiştir. Bu panelde sunulan tebliğ: "Türkiye'de Üniversite Gençliğinin Genel Sorunları ve Çözüm Önerileri"dir.
- 15-) Medya FM- 9.11.1998 saat 14:00-16:00 Canlı Yayın Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Dış Politikasının Değerlendirilmesi.
- 16-) Denizcilik Müsteşarlığı Birinci Denizcilik Şurası- 27-28 Eylül 1997 Conrad Otel İstanbul- Bu toplantıya Fakültemizi ve TURMEPA'yı temsilen katılım.
- 17-) Yükseköğretim Mevzuatında Değişiklik Önerileri- Panel 29 Mayıs 1996 Çarşamba Saat: 13:00- 17:30. M.Ü. Hukuk Fakültesi tarafından organize edilen bu Panel Marmara Üniversitesi Rektörlük Konferans Salonunda (Sultanahmet) gerçekleştirilmiştir. Bu toplantıya konuşmacı olarak katılmış olup, sunulan tebliğ: "Yüksek öğretim mevzuatında yapılması gereken değişiklikler"dir.
- 18-) Uyuşturucu Maddelerle Mücadele Sempozyumu- 3 Kasım 1995 Cuma 10:00- 16:00 Uluslararası Basın Merkezi, Sepetçiler Kasrı, Sirkeci. Toplantı M.Ü Hukuk Fakültesi, Dış Hekimliği Fakültesi, Eczacılık Fakültesi ve Tıp Fakültesinin katkılarıyla düzenlenmiştir. Konuşmacı olarak katılan bu toplantıda: "Birleşmiş Milletlerin Uyuşturucu Maddeler ile İlgili Çalışmaları" konulu tebliğ sunulmuştur.
- 19-) Uluslararası Sözleşmeler Işığında Çevre Hakkı ve Boğazlar Sorunu (Yuvarlak Masa Toplantısı) -28 Ocak 2000- 13:30-19:30 İstanbul Barosu İnsan Hakları Merkezi. Bu toplantıda sunulmuş olan tebliğ: "Deniz Kazalarında Çevre Kirliliğinden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu- Volga Neft Kazasının Rusya Federasyonu'nun Sorumluluğu Yönünden Değerlendirilmesi"dir.
- 20-) Uluslararası Hukukta Ege Sorunları- Uluslararası Konferans- 4 Ağustos 1997 saat 10:00- 17:30 M.Ü. Rektörlük Konferans Salonu Sultanahmet/İstanbul. M.Ü. Hukuk Fakültesi- M.Ü.

Uluslararası İlişkiler Araştırma ve Uygulama Merkezi Organizasyonu düzenlemiştir. Konuşmacı olarak katılan bu toplantıda sunulmuş olan tebliğ: “Ege’de 12 Mil Uygulanması Mümkün Mü?”dür.

- 21-) Ulusal Egemenlik Haftası Anma Toplantısı- 26 Nisan 1999 Saat 10:00 M.Ü. İbrahim Üzümcü Kültür Merkezi Göztepe/İstanbul. M.Ü. Fen Edebiyat Fakültesi ve Atatürk İlke ve İnkılap Tarihi Araştırma ve Uygulama Merkezince düzenlenmiştir. Konuşmacı olarak katılan toplantıda: “Hukuki Çerçeve de Ulusal Egemenlik” konulu tebliğ sunulmuştur.
- 22-) Council of Greek- Turkish Business Cooperation- Council Meeting in İstanbul 25-27.2.2000 Protection of the Environment Working Group. Bu toplantı İstanbul Conrad Otelde Konferans Salonunda gerçekleştirilmiştir. Konferansa Çevrenin Korunması Çalışma Grubu Üyesi sıfatıyla katılmış; “Draft report of the Council Meeting on Protection of the Marine Environment”ın hazırlanmasına katkı sunulmuş ve bu toplantıda kabul edilmiştir.
- 23-) Ermeni Soykırımı Sorunu, İstanbul Kültür Üniversitesi, Panel- 11 Ekim 2000. Bu toplantıda konuşmacılara katkıda bulunmak amacıyla Sözde Soykırım İddiaları ile ilgili olarak hukuki yorum yapılmış, bu yorumlar bilahare Üniversite tarafından çıkarılan kitapçıkta yer almış ve bu konuda yapılan toplantılarda dağıtılmıştır.
- 24-) International Maritime Organisation- Marine Environment Protection Committee 44th Session & Diplomatic Conference on International Co-operation on Preparedness and Response to Pollution Incidents by hazardous and Noxious Substances- Londra- 07.03.2000. Bu toplantıya TURMEPA, TÜDAV ve DENİZMER’i temsilen, TÜDAV Başkanı Prof. Dr. Bayram ÖZTÜRK’le birlikte katılmış ve Türkiye’nin Deniz Hukuku sorunları ile ilgili çalışmalar yapılmıştır.
- 25-) Turkish Senior Public Opinion Moulders (9) Brüksel- Bu gezide NATO nezdinde çeşitli toplantılara katılmış olup, görüş alışverişinde bulunulmuştur. 3 Mayıs- 7 Mayıs 2000 (Katılanlar: Şükrü ELEKDAĞ; Gündüz AKTAN; Zeynep GÖĞÜŞ; Faruk SÖNMEZOĞLU, Mensur AKGÜN).
- 26-) Çok Uluslu Şirketler ve Egemenlik- 12.03.1999, İbrahim Üzümcü Kültür Merkezi-Göztepe. M.Ü. Uluslararası Tekstil ve konfeksiyon Teknolojileri Araştırma ve uygulama Merkezi. Paneldeki konuşmacılar: İshak ALATON ve Erol MÜTERCİMLER’dir. Panelde Oturum Başkanlığı yapılmıştır.
- 27-) Türkiye’de Hukuk Eğitimi ve Medeni Hukuk- Legal Education in Turkey and Civil Law- 19 Kasım 1999 saat 10:30 M.Ü. Hukuk Fakültesi Doktora Salonu. Organize edilen bu toplantıda ABD Utah Üniversitesinin Semester at Sea Programı Çerçevesinde Türkiye’ye gelen 16 Amerikalı hukuk öğrencisi ve Prof. Dr. Gary KIGER Başkanlığında öğretim üyesi grubuna konu başlığıyla ilgili tebliğ sunulmuştur.

- 28-) Ege'de Türk- Yunan Sorunları- 14 Mart 1999- İstanbul Üniversitesi Uluslararası Hukuk Kulübünün Beyazıtta Rektörlük Konferans Salonunda Düzenlediği Panelde: "Ege'de Deniz alanlarının sınırlandırılmasında Türk- Yunan Uyuşmazlığı- Adaların Sınırlandırmaya Etkisi" konulu bildiri sunulmuştur. Diğer konuşmacı ise Prof. Dr. Cengiz OKMAN'dır.
- 29-) İnsan Hakları Semineri- T.C. İçişleri Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı- İstanbul-Kumburgaz- Jandarma Genel Komutanlığı Eğitim Tesisleri- 05-09 Mayıs 1997. Burada iki seminer verilmiştir. Bunlar: 09.05.1997 İşkencenin Önlenmesine Yönelik Olarak Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi Bünyesinde Faaliyette Bulunan Komisyon ve Komitelerle, Avrupa insan hakları Divanının Yetkileri, Çalışma Esas ve Usulleri; Avrupa Birliği ve İnsan Hakları.
- 30-) İnsan Hakları Semineri- T.C. İçişleri Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı- İstanbul-Kumburgaz- Jandarma Genel Komutanlığı Eğitim Tesisleri- 20-23 Mayıs 1997. Burada iki seminer verilmiştir. Bunlar: 09.05 1997 saat 14:30-15:30. İşkencenin Önlenmesine Yönelik Olarak Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi Bünyesinde Faaliyette Bulunan Komisyon ve Komitelerle, Avrupa insan hakları Divanının Yetkileri, Çalışma Esas ve Usulleri; 14:00-17:00. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Kapsam ve Ulusal Mevzuatımız Açısından Değerlendirilmesi.) Bu seminer Valiler-Kaymakamlar-Emniyet Müdürleri ve Jandarma Komutanlarına yönelik olarak verilmiştir.

DANIŞMAN SIFATIYLA YÖNETİLEN TEZLER

- 1-) Şemim Erdener ALTUN- Müslüman Ülkelerin AB ile İlişkileri ve Türkiye'deki İslami Kesimin Gümrük Birliği'ne Bakışı- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bölümü Y. Lisans Tezi
- 2-) Hayrettin ÖZKUL- Uluslararası Hukukta Kendi Kaderini Tayin Hakkı (Self Determinasyon) Kavramı ve Ortadoğu Ülkelerindeki Uygulaması- M.Ü. Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Hukuk Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi (25.9.1997)
- 3-) Mehmet HAMZAÇEBİ- Türk Hukukunda Milletlerarası Andlaşmaların Yapılması Usulü ve Andlaşmaların Anayasa ve Kanunlar Karşısındaki Yeri ve Değeri- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi
- 4-) A. Maya ARAKON- Migration Flows Within European Union and The Impact ofThe Schengen Convention- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi- 17.09.1997
- 5-) Suat Lemi ŞİŞİK- Hayat Sigortaları Mevzuatı Yönünden Avrupa Birliği ve Türkiye'nin Karşılaştırılması- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi

- 6-) Pınar SENKOŞ- The Presence of “Immigration Policy” in the European Union- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi
- 7-) Zümrüt ESİN İPEK- Avrupa Rekabet Hukukunda Hakim Durumun Kötüye Kullanılması- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi
- 8-) Özgür ALTAN- Competition Law Issues in Finance Sector (Finans Kesiminde Rekabet Politikaları)- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü, Y. Lisans Tezi (29.09.1998)
- 9-) Fuat BAYRAM- Türk İş Hukuku Normlarının ILO Normları Açısından Değerlendirilmesi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi (04.09.1998)
- 10-) Buket ÖNAL- Değişen Dünya Düzeni ile Yeniden Şekillenen Türk Dış politikasında Hazar Petrollerinin Rolü- M.Ü. Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Siyasi Tarih ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi (06.07.1998)
- 11-) Ahmet Hamdi TOPAL- Uluslararası Uyuşmazlıkların Yargı Dışındaki Barışçı Çözüm Yolları- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi (30.04.1999)
- 12-) Gökhan Yaşar DURAN- Milletlerarası Hukukta Deniz Alanlarının Sınırlandırılmasında Adaların Etkisi ve Ege Adalarının Değerlendirilmesi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi (27.11.1998)
- 13-) Halil Kürşat ASLAN- Azerbaycan Petrolünün Bölge ve Dünya Siyasetindeki Rolü- M.Ü. Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Siyasi Tarih ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi, İstanbul 1998
- 14-) Lütfiye GÖZÜTOK- Avrupa Hukuku ve İslam Hukukunda Aile Kavramı- M.Ü. Avrupa Topluluğu Enstitüsü Hukuk Bölümü Y. Lisans Tezi (28.06.1999)
- 15-) Harun MERT- Türk Hukukunda Yabancı Devletin Yargı Bağımsızlığı- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi (24.11.1999)
- 16-) Ayşe BEYAZOVA- Child Labour in global Perspective- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Bilim Dalı Y. Lisans Tezi (16.02.2000)
- 17-) Atilla AYAR- Türk Boğazlarının Jeopolitik Konumu ve Uluslararası Önemi- M.Ü. Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Siyasi Tarih ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi, İstanbul 1999
- 18-) Bülent TATAR- Deniz Alanlarında Ticaret Gemilerinin Hukuki Rejimi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2002
- 19-) Zeynep Pelin ATAMAN- Devletler Özel Hukuku'nda Mültecinin Hukuki Statüsü- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2002

- 20-) Derya AYDIN- Milletlerarası Boğazların Hukuki Rejimi ve evresel Boyut Açısından Türkiye'nin Boğazlardan Geçişi Düzenleme Yetkisi- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2002
- 21-) N. Ayşe KOLLU- Hazar Denizinin Hukuki Rejimi- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2003
- 22-) Mehmet Bakır ÖZKAN- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Adil Yargılanma Hakkına İlişkin Kararların erevesinde Türk Ceza Yargısının Sorunları- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2003
- 23-) İbrahim Orkun ATALAY- Milletlerarası Ekonomik Hukukun Temel Kurumlarının Yapıları, Faaliyetleri ve Geçirdikleri Değişim- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2003
- 24-) Semin TNER şEN- Devletlerin ve Hkmetlerin Tanınması ve Uluslararası Hukuk ve İç Hukuka Etkisi- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2003
- 25-) Behruz MEMMEDOV- The Concept Of Self Determation And The Conflict Of Nagorno Karabakh- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2003
- 26-) Hüseyin KARABULUT- Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun'un 4. Maddesi Bakımından Dağıtım Anlaşmaları- M. . Avrupa Birliği Enstitüsü Doktora Tezi, İstanbul 2003
- 27-) zlem KORKMAZ- Uluslararası Hukukta Azınlıkların Korunmasına İlişkin Kurallar erevesinde Batı Trakya Türkleri'nin Durumunun Değerlendirilmesi- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2004
- 28-) Ali Rıza TNGR- Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kapsamı ve Yargılama Hukuku- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2004
- 29-) Ahmet şIKLAR- Kıyı Devletinin Münhasır Ekonomik Bölgedeki Yetkileri ve Bu Yetkilere Getirilen İstisnalar- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2004
- 30-) Cahit VELİBEYOĞLU- Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma Birleşmiş Milletler Barışı Koruma Harekatları ile Egemenlik- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2005
- 31-) Atasoy ZER- (Ceza Muhakemesi Hukukunda) Hukuka Aykırı Delillerin Dosyadan ıkartılması (İhracı)- M. . Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2005

- 32-) Ayhan SORGUCU- Türkiye'nin Hava Sahasının Hukuksal Statüsünün Uluslararası Hava Hukuku ve Türkiye'nin Dış Sorunları Çerçevesinde İncelenmesi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2005
- 33-) Mustafa ÖZÇELİK- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2005
- 34-) Kubilay Erdinç KAMACI- Türkiye ile Yunanistan Arasında Ege Denizi'nde Uluslararası Hukuktan Kaynaklanan Sorunların Türkiye'nin AB'ne Giriş Sürecine Etkileri- Harp Akademileri Komutanlığı Stratejik Araştırmalar Enstitüsü Strateji ve Stratejik Araştırmalar Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi, İstanbul 2006
- 35-) İdil Işıl GÜL- Fiziksel Engellilerin Uluslararası Hukukta Korunması ve Uluslararası Standartların İç Hukuka Uygulanması- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2006
- 36-) Nalan CANBAY- Harp Gemilerinin Uluslararası Hukuktaki Statüsü- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 37-) Şükrü TOSUN- Gelişen uluslararası hukuk sisteminde İstanbul ve Çanakkale Boğazları ile Marmara Denizi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 38-) Batuhan DURAN- Soykırım Suçunun Uluslararası Hukukta ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Düzenlenişi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 39-) Başak BÜKÜLMEZ- Devletler Hukuku Alanında Tek Taraflı Hukuki İşlemler- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 40-) Ümit ORHAN- 5149 Sayılı Sporda Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Çerçevesinde Spor Güvenliği- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 41) Hakan Selim CANCA- Uluslararası Deniz Hukukunda Meydana Gelen Gelişmelerin ve AB'nin Denizlere Yönelik Müktesebatının Türk Boğazları'na Etkilerinin İncelenmesi ve Bu Kapsamda Türkiye'nin Geliştirebileceği Süreç Stratejileri- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2007
- 42-) Adem YEŞİLKAYA- İnsan Hakları Açısından Ceza Muhakemesinde Şahsi Hürriyeti Bağlayıcı Koruma Tedbirleri- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Y. Lisans Tezi, İstanbul 2008
- 43-) Derya AYDIN OKUR- Gemi Kaynaklı Deniz Kirliliğinin Önlenmesinde Değişen Yetki Dengeleri Bağlamında Liman Devleti Yetkisinin Artan Önemi ve Liman Devleti Denetimi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2008

- 44-) Meltem SARİBEYOĞLU- Dünya Ticaret Örgütü'nün Antlaşmalara Dayalı Milletlerarası Ekonomik Düzendeki Yeri ve Türk Hukukuna Etkisi- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2008
- 45-) Hakkı Hakan ERKİNER- Devletin Haksız Fiilden Kaynaklanan Milletlerarası Sorumluluğu- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2008
- 46-) Semin TÖNER ŞEN- Uluslararası Hukuk ve Sözleşmelerde, Soykırım, Etnik Temizlik ve Saldırı Kavramları- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2009
- 47-) Fatih KORAŞ- Suriye'de toplumsal dönüşüm ve Arap Milliyetçiliği'nin gelişimi 1860-2000- M.Ü. Ortadoğu ve İslam Ülkeleri Enstitüsü Siyasi Tarih ve Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Y. Lisans Tezi 2009
- 48-) Batuhan DURAN- Uluslararası Suçlar- M. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Tezi, İstanbul 2013

Can dostum Hakan

Abdullah DİNÇKOL*

Dostluğumuz 1982 yılında Tuzla Piyade Okulu yedek subay öğrenci alayında başladı. Bölüğümüzün flama taşıyıcısı olan Hakan ile hukukçu öğrenciler bir araya geldiğinde tanışmıştık. 4 aylık eğitimimiz sırasında boş kalabildiğimiz zamanlarda gelişen arkadaşlığımız, eğitimimizin sonunda çıktığımız meslek kurasında Erzincan 3. Ordu Komutanlığı nezdindeki görevimizle kader birliğine dönüşmüştü. Hakan 3. Ordu Genel Sekreterliğinde ben ise önce 3. Ordu Mahkemesinde ve sonra savcılığında görevlendirilmiştim. Orduvinde aynı odayı bir yıl boyunca paylaşmış ve kardeşliğimizi pekiştirmiştik. 1983 Erzincan büyük depreminden 1 hafta önce ben izinli-terhis olarak İstanbul'a dönmüştüm, Hakan ise depremi ve yıkıcılığını Erzincan'da yaşamıştı.

1983 yılında İstanbul'a dönüşümüzde Hakan yeni kurulmakta olan Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı araştırma görevlisi olarak atanırken, ben daha önce görev yaptığım Hatay-Kırıkhan ilçesi hâkimi olarak göreve başlamıştım. Kendisinin bilahare beni arayıp haber vermesi üzerine, ilan edilen Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı araştırma görevlisi kadrosuna başvurduğum ve kadroya atanarak Fakültenin ilk kurucu kadrosu arasında yer aldım. Bir defa daha birleşen yollarımız, yıllarca sürecek çok yakın dostluğumuzu tekrar başlatmış oldu.

Her an birlikte yapışık kardeşler gibi süren dostluğumuz sırasında acı tatlı birçok anımız yaşamın tuzu biberi oldu. Evlendiğimizde nikah arabamızı kullanan yine kardeşim Hakan'dı. Fakültemizin ilk Mensuplar ve Mezunlar Derneği'nin başkanlığı için yapılan seçimde, o zamanki Dekanımız Prof. Dr. Ergun Önen'in aday gösterdiği öğretim üyesi arkadaşımıza karşı aday gösterdiğimiz Hakan'ın başkan seçilmesi Dekanımızın ikimize karşı uzun süren bir kızgınlığına sebep olmuştu. Bu yüzden her ikimiz de doktor unvanını elde etmiş olmamıza rağmen üç yıl süre ile yardımcı doçent kadrosunu alamamıştık. Onun büyük arabasına şimdi aramızda olmayan bazı arkadaşlarımız da dahil 7-8 kişi doluşarak gittiğimiz yemeklerin anısı halen taptaze belleğimde.

2001 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden bir vakıf üniversitesinde çalışmak üzere ayrılmama rağmen dostluğumuz sürdü, her hafta mutlaka görüşüyorduk. Zaman içinde kuruluşuna katkıda bulunduğum Kıbrıs'taki bir vakıf üniversitesinin Hukuk Fakültesi Dekanlığını önerdiğimde kabul etti ve Kıbrıs'ta göreve başladı. İstanbul'a geldiği zamanlarda mutlaka görüşüyor ve telefonla temasımızı sürdürüyorduk. En fazla üzüldüğüm anlardan birisi de hasta oluşunu öğrendiğim andı ama o bizi teselli eden bir ruh halinde idi.

Bulaşıcı bir neşe ve sohbet insanı olan Hakan, herkesin yardımına koşan, herşeyini paylaşan, değişmez bir karakter özelliğine sahipti. Odasında boş ve yalnız bulmanız mümkün değildi. Her daim öğretim

* Prof. Dr., Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, E-Mail: adinckol@dogus.edu.tr

üyesi arkadaşlar, öğrenciler, hukuki yardım isteyen vatandaşlar odasını doldururdu; kimseyi kırmak istemez, saatlerce sorunu olanların sorunlarını çözmek için uğraşırđı. Öğrencilerin de en sevdiği öğretim üyelerinin başında gelirdi.

Her olay ve sorunda hiç ümitsizliğe kapılmayan, eğilmeyen, dosdoğru bir insandı. Her insanın hayatında yer almasını arzu ettiği böyle bir insanın kaybı, ben dahil birçok dostunun yaşamında büyük bir boşluk yaratmıştır.

Günümüzün karmaşık, mesafeli çoğu zaman çıkar ilişkilerinin yoğunlaştığı toplumunda Hakan gibi candan, samimi, fedakâr insanların eksikliği daha derin izler bırakmaktadır. Artık o da çok sevdiğim bir diğer kardeşim, genç yaşta aramızdan ayrılan Doç. Dr. Mehmet Somer gibi ebediyete göç etti.

Allah rahmet eylesin, huzur içinde yat can kardeşim.

Hocamın Ardından

Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR*

Akademiye adım atmamı sağlayan Hocam Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal ile birlikte çalışmaya 1999 yılı Mart ayında başladım. Herkesin çok sevdiği ve hayranlık duyduğu Hocam birlikte çalışması zaman zaman çok zor olan bir insandı. Asistanlığım döneminde, iş anlamında karşılaştığımı düşündüğüm birçok zorluğun ardından geriye baktığımda sadece güzel anılar görüyorum.

Kendisiyle ilgili çok önemli olduğunu düşündüğüm bir özelliği, birini başkalarına takdim ederken o kişiyi iyi niteliklerini hemen sayarak övmesi ve yüceltmesiydi. Çoğu zaman da bu takdimin sonunda, pırlanta gibidir, diye eklerdi. İyi bir insan olmasından kaynaklı ama kendisi için aslında çok yıpratıcı bir başka yönü ise yardımseverliğiydi. Belki hayatında bir daha hiç görmeyeceği kişiler için dilekçeler yazdığına, ne zaman arasalar ulaşılabilir olduğuna ve ne kadar zaman harcadığına bakmaksızın yardım etmeye çalıştığına çok kereler tanık oldum. Sanıyorum hayatta en önem verdiği şey insan ilişkileriydi ve bunu arkada bırakılacak bir eser olarak görüyordu.

Bugün geriye dönüp baktığımda, kendisiyle çalıştığım ve kendisini tanıdığım için şanslı hissediyorum. Derlenmesi için büyük çaba gösterdiğim bu Armağan'ın, erken yaşta ebediyete göç eden Hocam Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal'ı gelecek kuşaklara da tanıtmaya katkı sağlamasını diliyorum.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-Mail: meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr

Hakan Hoca'ya

Sibel ÖZEL*

Hakan Hoca öğrencileriyle abi-kardeş ilişkisi kurmayı tercih eden ve bunu istikrarlı bir biçimde sürdürmeyi başarmış ender kişilerden biridir. Dolayısıyla milletlerarası hukuk öğretiminin dışında öğrencilerine abilik yapmış, onlara hayat dersi vermiş ve hatta pratikte pek çok hayata dokunmuştur. Bu nedenle öğrencileriyle Fakülte dışında da anı paylaşmış; onların hafızalarında hoş hatıralarla yer almıştır.

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki öğrenciliğim sırasında Hakan Abi diye hitap ettiğim Hakan Hoca ile daha sonra aynı fakültede meslektaş olarak çalışma ayrıcalığına sahip oldum. Hayatının son dönemlerinde de çok sevdiği ve çalıştığı Kıbrıs'ta her hafta görüşme ve sohbet etme imkânım oldu. Öğrencilerimden Helin Menteşe onun sayesinde arkadaşım oldu. Bizi birbirimize halen süren dostluk ilişkisiyle bağlayan Hakan Hoca olmuştur. Kıbrıs'ta birlikte yaptığımız sohbetlerde Hakan Hoca birbirinden ilginç hayat hikâyelerini bizimle paylaştı. Lefke Avrupa Üniversitesi tarafından "yılın hukukçusu" ödülüne layık görülen Hakan Hoca'ya bu ödülü takdim etmek bana kısmet oldu. 5 Mayıs 2014 tarihinde öğrencileriyle birlikte ödül törenine katılan Hocamız ile çok keyifli bir gün yaşadık. Aşağıdaki fotoğraflar hoş bir anı olarak hafızalarımızdaki yerini almıştır.

Hakan Hoca her daim milli bir çizgide Türkiye Cumhuriyeti'nin çıkarlarını korurken; bilfiil avukatlık da yapmış, hukukun pratiğindeki mücadelelerde de yer almıştır. Çok erken yaşta aramızdan ayrılan Hakan Baykal Hocamız kalplerimizde yaşamaya devam edecektir.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı,
E-Mail: sibelozel@marmara.edu.tr

Prof. Dr. F. Hakan BAYKAL'ı Anarken...

Sevin TOLUNER*

Yaşlılığın anlamını, ben annemle öğrendim; şimdi de kendim yaşıyorum. Son arkadaşının vefatını, kaldıramaz diye, kendisine söylememiştik. Bu tür haberler, eğer benden daha genç olanlar göç etmişse, benim için de gerçekten çok sarsıcı oluyor. Geriye baktığımızda ömür, geçtikten sonra, uçup gitmiş gibi geliyor. Ancak bu süre içinde, bir sevdiğimizimizin kaybından doğan yoksunluk, canlılığımı hiç yitirmeden sürüp gidiyor.

Hakan Baykal'ı Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin kuruluş yıllarında-, 1983-84'te Göztepe Kampüsündeki binasında; 1985-86'da eski Haydarpaşa Lisesi'nde-, verdiğim Devletler Umumi Hukuku derslerinde asistanım olarak tanıdım. Çok zor bir dönemde, aşmam için her yardımı yaptı. İçten gelen bu yardımcı olma refleksinin herkese karşı bir tutumu olduğunu, sonradan hep duymuşumdur.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezundu. Master ve Doktora derslerinde öğrencim oldu; Doktora, Doçentlik ve Profesörlük jürilerinde bulundum. Eleştirilerimin karşısında inatla görüşlerinin arkasında durması, unutmadığım bir özelliğiydi. O dönemlerde ve vefatına kadar kadirşinaslığını sergileyen yakınlığına hep tanık oldum. Heyecanlı, hareketli, sözünü sakınmayan verici bir insandı; hastalığından kaynaklanan üzüntüyle izlediğimiz yaşantısı ona, hiç mi hiç, yakışmamıştı.

Doktor olan babasının vefatında karşılaştığımızda, “Televizyon fişinin çekilmesiyle kararan ekran gibi ölüm, hocam.” demişti. Bundan kısa bir süre sonra o da hepimizin döndürüleceği yokluğa, göçüp gitti. Kazancı, herkesin kendisi için “yardımsever, beyefendi bir kimse” diyecek olmasıdır ki, istediği de sanırım bunu duymaktı.

Işıklar içinde ol, sevgili Kardeşim!..

Ekim 2017 Feneryolu

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

FOTOĞRAFLAR



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



KKTC Eski Büyükelçisi Dr. Ahmet Zeki Bulunç, Prof. Dr. Osman Gökhan Antalya,
KKTC Eski Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Prof. Dr. Jale Civelek, Prof. Dr. Turgut Tarhanlı, Prof. Dr. Ayşe Nur Tütüncü,
Doç. Dr. Galip Engin Şimşek, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Prof. Dr. Sibel Özel - Ödül Takdimi



KKTC Eski Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Prof. Dr. Durmuş Tezcan, Prof. Dr. Rona Aybay, Prof. Dr. Tayfun Akgüner, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal,
Prof. Dr. Rauf Versan



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal, Prof. Dr. Selami Kuran



Dr. Öğr. Üyesi Hakkı Hakan Erkiner, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal,
Doç. Dr. Derya Aydınokur, Doç. Dr. Reşat Volkan Günel,
Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, KKTC Eski Cumhurbaşkanı Rauf Denktaş



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal, Prof. Dr. Rauf Versan



Av. Veysel Divanoğlu, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Muddalip Zengin, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Doç. Dr. Mehmet Somer, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal, Prof. Dr. Abdullah Dinçkol



Prof. Dr. Turan Yıldırım, Prof. Dr. Pervin Somer, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal



Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal, Prof. Dr. Serap Helvacı, Prof. Dr. Fulya Erlüle, Doç. Dr. Yılmaz Yazıcıoğlu, Mustafa Biçer

Hükmî Reddin Tespiti Davası

The Case For The Declaratory Judgment About The Legally Disclaim

Mehmet AKÇAAL* 

Öz

Kendisini takip eden tereke alacaklısına karşı borçlu mirasçılar hükmî ret savunmasına dayanmak isteyebilir. Bunun için her şeyden önce hükmî reddin şartlarının gerçekleşmesi aranır. Bunlardan birincisi, terekenin borca batık olmasıdır. İkinci şart, terekenin borca batık olduğunun açıkça belli veya tespit edilmiş olmasıdır. Son şart da, terekenin borca batık olduğunun belli veya tespit edilmiş olmasının, mirasın açıldığı anda mevcut olmasıdır. Bu takdirde, gerçek ret için aranan üç aylık süre geçmiş olsa bile mirasçılar tereke borçlarından sorumlu olmadıklarını ileri sürebilirler. İşte, bu öneminden dolayı hükmî reddin tespiti davasının uygulaması oldukça fazladır. Bu durum dikkate alınarak, bahse konu çalışmada hükmî reddin tespiti davasının hukukî niteliği, bunun şartları ve tarafları açıklanmıştır. Çalışmanın devamında da hükmî reddin tespiti davasında görevli ve yetkili mahkeme, bunun açılabilceği süre ile verilen hükmün etkisi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hükmî ret, Borca batıklık, Mirasbırakanın borç ödemededen aczi, Hükmî reddin tespiti talebi, Terekenin borca batıklığı davası.

Abstract

Heirs may wish to rely on presumption of legally disclaim against the estate creditor. First of all, it needs to be fulfilled the conditions of the legally disclaimer. The presumption of a disclaimer is valid if at the time of his or her death the deceased had been officially declared insolvent or was manifestly insolvent. In this case, the heirs may claim that they are not liable for estate debts, even if the three months sought for the intentionally disclaim have passed. Because of this importance, the application of the case for the determination of the legally disclaim is quite high. Taking into account this situation, the legal nature of the case, the conditions and the parties to the determination of legally disclaim were explained in this study. In the continuation of the study, the court in charge of the determination of the legally disclaim case and the competent court, the effect of the decision given by the court and the period the case can be opened were examined.

Keywords: Legally disclaim, Deep in debt, Insolvency, Determination of the legally disclaim, The case for the determination of the legally disclaim.

* Dr. Öğretim Üyesi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: mehmetakcaal@selcuk.edu.tr.

GİRİŞ

Mirasçılar, mirasın açılmasıyla birlikte esas itibariyle dört seçimlik hakka sahiptir. Bunlar, mirasın kabulü, mirasın reddi, resmî defter tutma talebi ile resmî tasfiyedir. Görüldüğü üzere, mirasçılara tanınan seçimlik haklardan biri de mirasın reddidir. Mirasın reddi, mirasçıya mirasçılık sıfatını kabul etmeme imkânını veren bir haktır².

Mirasın reddinin kaynağı ya mirasçının iradesidir ya da kanunî bir karinedir. Başka bir deyişle, mirasın reddi, iki türdür. Bunlar, gerçek ret ve hükmî rettir³.

Gerçek ret, mirasçının tek taraflı irade açıklamasında bulunarak mirası kabul etmemesidir (TMK. m. 605/I). Mirası ret, varması gereken bir irade açıklaması olup, bozucu yenilik doğuran bir hukukî işlemdir. Dolayısıyla, gerçek reddin, mirasçılar tarafından mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine sözlü veya yazılı olarak açıklanması gerekir (TMK. m. 609/I; HMK. m. 382/II, b. c, 7). Gerçek reddin süresi üç aydır (TMK. m. 606/I). Bu, hak düşürücü bir süre olup, durması veya kesilmesi mümkün değildir. Süresi içinde mirası reddetmeyen mirasçı, mirası kayıtsız şartsız kabul etmiş sayılır (TMK. m. 610/I). Yani, gerçek ret bakımından susma kabul anlamına gelir⁴.

Gerçek reddin tam aksine, hükmî ret, mirasın kanundan dolayı kabul edilmemiş sayılmasıdır. Nitekim, TMK. m. 605/II'ye göre, ölümü tarihinde mirasbırakanın ödemedi aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmişse, miras reddedilmiş sayılır. Görüldüğü üzere, belli şartların varlığı halinde, gerçek retten farklı olarak susma kabul anlamına gelmez. Bu takdirde, susma ret sayılır. Yani, gerçek retteki kabul karinesinin aksine, burada mirasın reddedildiği kanunî bir karine olarak varsayılır⁵. Bu sebeple, hükmî reddin şartlarının varlığı halinde mirasçılarının ret açıklamasında bulunması gerekmez. Yine de, doktrinde muhtemel ihtilâfları engellemek için

- 2 Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Miras Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 600; Oğuzman, Kemal, *Miras Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 345; Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 2. Baskı, Ankara 1991, s. 231; Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek, *Türk Miras Hukuku*, Ankara 2019, s. 503; Hatemi, Hüseyin, *Miras Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 123; Dural, Mustafa / Öz, Turgut, *Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul 2017, s. 410; İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan, *Miras Hukuku*, 8. Baskı, İzmir 2012, s. 491; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2012, 431; İmre, Zahit / Erman, Hasan, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 353; Helvacı, İlhan, *Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi* (MK. m. 605 – MK. m. 618), 2. Baskı, İstanbul 2014, s. 8 vd.
- 3 Berki, Şakir, *Miras Hukuku*, Ankara 1975, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, 601; Oğuzman, 345; Eren / Yücer Aktürk, 503 vd.; Ayiter / Kılıçoğlu, 231; Kılıçoğlu, Ahmet M., *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 267; Aybay, Aydın, *Miras Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 91; Öztan, Bilge, *Miras Hukuku*, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 361; İmre / Erman, 353; Dural / Öz, 410; İnan / Ertaş / Albaş, 492.
- 4 Tuor, Peter / Schynder, Bernhard / Schmid, Jörg / Rumo-Jungo, Alexandra, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002, s. 643-644; Druey, Jean Nicolas, *Grundriss des Erbrechts*, 4. Auf., Bern 2002, s. 218 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, 601 vd.; Oğuzman, 345 vd.; Eren / Yücer Aktürk, 503 vd.; Ayiter / Kılıçoğlu, 231 vd.; Dural / Öz, 410 vd.; İmre / Erman, 353; İnan / Ertaş / Albaş, 492 vd.; Serozan / Engin, 434-345; Petek, Hasan, *Mirasçılık Sıfatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi*, DEÜHFD., Y. 2002, C. 4, S. 2, s. 161.
- 5 Kocayusufpaşaoğlu, 619 vd.; Oğuzman, 353; Ayiter / Kılıçoğlu, 240; Helvacı, 193; İmre / Erman, 353; Dural / Öz, 418-419; İnan / Ertaş / Albaş, 497; Serozan / Engin, 441.

sulh hukuk mahkemesine ret açıklamasında bulunulmasının faydalı olduğu belirtilmektedir⁶. Tam tersine, hükmî reddin şartlarının varlığına rağmen, mirasçı mirası kabul etmek isteyebilir. Böyle bir durumda ise, mirasçının açık veya örtülü olarak kabul açıklamasının varlığı aranır⁷. Hükmî reddin şartlarının varlığı halinde, kabul açıklamasının gerçek ret için öngörülen üç aylık sürede yapılması şart değildir. Zira, hükmî redde ilişkin olarak kabul açıklaması için ayrıca bir süre öngörülmemiştir⁸.

Mirasçılar, hükmî reddin şartlarının varlığı halinde mahkemeye bir ret açıklamasında bulunmak zorunda değildir. Bununla birlikte, özellikle borca batıklığın resmen tespit edilmediği hallerde mirasçının her ihtimale karşı ret açıklamasında bulunması yerinde olur. Keza, mirasçılar hükmî reddin tespitini mahkemeden de talep edebilirler. İşte, bu incelemenin konusu da, terekenin borca batık olduğunun tespitidir.

I. HÜKMÎ REDDİN TESPİTİ DAVASI KAVRAMI VE BUNUN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Terekenin borca batık olduğunun tespitinden maksat, somut olayda hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesidir.

Terekenin borca batık olduğunun tespiti iddiasının hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hükmî reddin tespiti savunması, hukukî niteliği itibariyle bir def'îdir⁹. Nitekim, Yargıtay'ın bazı kararlarında¹⁰ da bu görüş kabul edilmektedir. Ancak, isabetli olan ikinci görüşe göre, terekenin borca batık olduğu savunması, def'î değil, tam tersine bir itirazdır¹¹. Zira, TMK. m. 605/II hükmünde "... miras reddedilmiş sayılır" denilerek, hükmî reddin kendiliğinden oluştuğu belirlenmiştir¹². Ayrıca, TMK. m. 609 hükmü gereğince süresi içinde sulh hukuk mahkemesine yöneltilen ret,

6 Dural / Öz, 419.

7 Ayiter / Kılıçoğlu, 240; Dural / Öz, 419; İnan / Ertaş / Albaş, 497.

8 8. HD. T. 8.4.2013, E. 2013/5538 K. 2013/5144 "...Aynı Kanununun 606/I. maddesinde yazılı 3 aylık sürenin açıkça borca batık olması nedeniyle mirasın reddedilmiş sayılmasına ilişkin talep ve davalara uygulanma olanağı bulunmamaktadır..." (KBİBB., 4721/m.605); Kocayusufpaşaoğlu, 621; Oğuzman, 354; Dural / Öz, 419; İnan / Ertaş / Albaş, 497.

9 Kocayusufpaşaoğlu, 621; Ayiter / Kılıçoğlu, 244; İnan / Ertaş / Albaş, 497; Ayan, Mehmet, Miras Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014, s. 260.

10 HGK. T. 16.04.2008, E. 2008/4-332 K. 2008/336 "...Mirası hükmen reddetmiş sayılan kişi, tereke alacaklıları aleyhine husumet yönelterek bu durumun tespitini isteyebileceği gibi, bunu def'î yolu ile de ileri sürebilir..." (İmre / Erman, 355, dpn. 7); HGK. T. 14.3.2001, E. 2001/2-220 K. 2001/240 (KBİBB., 743/m.545); 10. HD. T. 24.11.2011, E. 2010/8196 K. 2011/16102 (KBİBB., 4721/m.605).

11 Kocayusufpaşaoğlu, 621; İmre / Erman, 355; Dural / Öz, 419; Hoşlan, Osman, Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı, Yargıtay Dergisi, Y. 1992, S. 3, s. 323, dpn. 25; Helvacı, 198, dpn. 500; Öztan, 361; Petek, Hasan, Mirasın Hükmen Reddi, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. VIII, Y. 2013, s. 2224; Başara, İzzet, Mirasın Reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 44; Günal, Aydın Erbar, Mirasın Reddi ve Hukukî Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016 s. 66-67. İtiraz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami, Medenî Hukuku, 17. Baskı, İstanbul 2011, s. 306-307.

12 Bahse konu hükümden hareketle, kanunî geçiş ilkesine bir istisna getirilmiş olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hükmî ret, mirasın kendiliğinden kazanılması ilkesi bakımından bir istisna oluşturur (İmre / Erman, 354). Doktrinde hâkim olan görüş gereğince ise, mirasçılar hükmî ret halinde de terekeyi mirasın açılmasıyla birlikte kanun gereği kazanmaktadırlar (Kocayusufpaşaoğlu, 620-621; Helvacı, 193; Petek, Ret, 2196).

gerekçesi ne olursa olsun gerçek ret sayılır. Hâlbuki, hükmî ret, hukukî niteliği itibariyle süreye bağlı değildir. Bu sebeple, herhangi bir tarihte açılan davada itiraz olarak ileri sürülebilir. Yargıtay¹³ da bazı kararlarında bu görüşü kabul etmektedir. Buna göre, terekenin borca batık olduğu hususu ileri sürülmemiş olsa bile, dava dosyasındaki bilgilerden bahse konu itirazın varlığı anlaşılırsa, hâkimin bunu re'sen dikkate alması gerekir. Üstelik, itiraz niteliğindeki böyle bir iddia yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir. Bunun için, davacının açık muvafakatine ihtiyaç yoktur¹⁴.

Hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi amacıyla açılan dava, uygulamada¹⁵ terekenin borca batık olduğunun tespiti hakkındaki dava olarak adlandırılmaktadır. Aynı anlamda, bahsi geçen dava için doktrinde ve uygulamada “hükmen reddin tespiti davası”¹⁶ ve “borca bataklığın tespiti davası”¹⁷ gibi oldukça çeşitli deyimler de kullanılmaktadır. Aslında, böyle bir davada terekenin borca batık olduğu ileri sürülerek mirasın hükmen reddedilmiş sayıldığıının tespiti talep edilmektedir. Aşağıda¹⁸ açıklandığı üzere, hükmî reddin tek şartı ise, terekenin borca batık olması değildir. Dolayısıyla, uygulamadaki yerleşik deyimlere rağmen, terminolojik olarak, hükmî reddin tespiti davası deyimini daha isabetlidir. Bu çalışmada da bahse konu deyim esas alınmak suretiyle açıklamalarda bulunulmuştur.

Hükmî reddin tespiti davası, hukukî niteliği itibariyle bir tespit davasıdır¹⁹. Böyle bir davada mahkeme hükmî reddin şartlarının bulunup bulunmadığını tespit eder. Başka bir deyişle, bahse konu dava, mirasçılarının borçlu olmadığına yönelik olarak açılır. Bu itibarla, Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, hükmî reddin tespiti davası, menfi tespit davası niteliğindedir²⁰. Zira, menfi tespit davası, davalı tarafından varlığı iddia edilen bir hak veya hukukî ilişkinin mevcut olmadığını tespit için açılır²¹.

13 HGK. T. 19.12.1970, E. 1967/2-30, K. 691 “...Sulh hâkiminin maddeye verdiği anlamla süreyi gözetmeden defter tutmuş olması ve mirasçılarını muhayyerlik haklarını kullanmaya çağırması, hatta bu davete icabet eden mirasçılarının mirası reddetmiş olmaları hukukî bir sonuç meydana getirmez ve terekenin borca batık olduğunu tespit ettirme hakkını bertaraf edemez. Bu yön, dava şartı olarak mahkemece re'sen gözetilecek hususlardandır...” (ABD., S. 3, Y. 1971, 448). Böylece, Yargıtay tarafından, hükmî reddin hukukî niteliğinin itiraz olduğu örtülü olarak kabul edilmektedir.

14 Petek, Ret, 2224, d.pn. 85; Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder, Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 315.

15 2. HD. T. 17.4.1997, E. 1997/3065 K. 1997/4332 (KBİBB., 743/m.545).

16 Petek, Ret, 2220.

17 2. HD. T. 21.11.2002, E. 2002/11232, K. 2002/12852 (KBİBB., 4721/m. 550).

18 Bkz. III, B.

19 2. HD. T. 16.6.1972, E. 3280 K. 3874 “...Davacıların, murisleri Anın vefatı anında terekesinin borca batık olduğunu iddia eylemelerine ve bu iddianın sübutu halinde miras hükmen reddedilmiş olacağına, davanın hukukî niteliği itibariyle bir tespit davası olmasına, açılmasındaki hukukî yarar aşikar bulunduğu, alacaklı tarafından muris veya mirasçılar hakkında icra takibinin yapılması şart olmamasına göre...” (Helvacı, 197, d.pn. 495).

20 HGK. T. 14.3.2001, E. 2001/2-220 K. 2001/240 “...Esasen borç tehdit altında bulunan kişinin bu tespit davası İcra İflas Kanununun 72. maddesinde düzenlenen menfi tespit davasından ibaretir. O nedenle borçtan kurtulmada, diğer davalardaki usulî prosedür çerçevesinde incelenip karara bağlanacağı açıktır...” (KBİBB., 2004/m.72); 2. HD. T. 14.6.1999, E. 1999/4830 K. 1999/6715 (KBİBB., 743/m.545).

21 Kuru / Arslan / Yılmaz, 262. Ancak, Yargıtay'ın bir kararına göre, hükmî reddin şartlarının gerçekleştiğine kanaat getirdiği takdirde, mahkeme mirasbırakanın ölüm tarihi itibariyle terekesinin borca batık olduğunu tespitle yetinmelidir; ayrıca davacıların davalıya borçlu olmadığıının tespitine karar vermemelidir. Bkz. 2. HD. T. 17.7.2006, E. 4704 K. 11118 (Gençan, Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2008, s. 576).

Tespit davası sadece tespit hükmünü ihtiva eder; yoksa böyle bir davada ayrıca eda hükmüne yer verilemez. Zira, mahkeme, kural olarak talepten fazlası için karar veremez (HMK. m. 26/I, c. 1)²². Dolayısıyla, hükmî reddin tespiti davasında ayrıca mirasçı tarafından tereke borcunun ödenmesine veya ödenmemesine karar verilemez.

HMK. m. 106/III'e göre, "Maddî vakıalar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturamaz". Meselâ, belli bir zamanda mirasçının terekeye dâhil bir parayı bankadan çekip çekmediği hakkında ayrı bir tespit davası açılmaz. Böyle bir maddî vakıanın tek başına tespiti istendiği takdirde tespit davasına değil; delil tespiti (HMK. m. 400 vd.) müessesine başvurulması gerekir. Dolayısıyla, HMK. m. 106/III hükmünün hükmî reddin tespiti davasının Yargıtay kararlarına dayalı varlığını ne derece etkilediği açıklanmalıdır. Çünkü bahse konu hüküm göz önünde bulundurulunca terekenin borca batık olmasının maddî vakıa olarak değerlendirilmesi ve aslında tespit davasına konu edilemeyeceğinin düşünülmesi muhtemeldir. Buna karşılık ise, alacaklılara yönelik borçsuzluğun tespitinin menfi tespit niteliğinde bir dava olduğu savunulabilir. Kanaatimizce de, mirasbırakanın borçlarından dolayı kendisine temerrüt ihtarı çekilmiş bir mirasçı tarafından aleyhine açılacak alacak davasını engellemek için böyle bir tespit hükmü elde etmek üzere açılan davanın HMK. m. 106/III uyarınca değerlendirilmemesi gerekir. Başka bir deyişle, bu durumun borca batıklık maddi vakıasının tespiti olarak değerlendirilmeyip, menfi tespit niteliğinde bulunduğu benimsenerek buna bakılmasında bir sakınca görülmediğini de belirtmekte fayda vardır.

II. DAVANIN KONUSU VE ŞARTLARI

A. KONUSU

Hükmî reddin şartlarının varlığı halinde, mirasçılar tarafından mirasın reddedildiği varsayılır. Bunun için, mirasçılar tarafından ret açıklamasında bulunulması gerekmez. Ancak, hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği her zaman somut olaydan kolayca anlaşılmayabilir. Bu amaçla, terekenin borca batık olduğunun tespitine yönelik bağımsız bir davanın mirasçılar tarafından açılıp açılmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, gerçek reddin aksine, hükmî ret bir dava şeklinde ileri sürülemez; mirasçılara karşı açılmış bir dava veya icra takibinde ancak itiraz şeklinde bir savunma konusu olabilir. Zira, hükmî reddi tek başına ayrı bir dava konusu yapmak gereksiz ve usul ekonomisine aykırı olup, böyle bir davada hukukî yarar yoktur²³.

İkinci görüşe göre, mirasçılar hükmî reddin tespitine yönelik olarak mirasbırakanın alacaklılarına karşı bir tespit davası açabilirler. Hem doktrinde²⁴ hem de uygulamada²⁵ hâkim olan bu görüş

22 Kuru / Arslan / Yılmaz, 262.

23 Hoşlan, YD, 323, dpn. 25.

24 Helvacı, 197; Petek, Ret, 2221, dpn. 76.

25 4. HD. T. 17.12.2012, E. 2012/13762 K. 2012/19438 (KBİBB., 4721/m.605); 4. HD. T. 23.11.1992, E. 1991/8220, K. 1992/14732 "...Terekenin borca batık olduğunun tesbiti müstakil bir davayla istenebileceği gibi açılmış bir davada da savunulabilir..." (KBİBB., 743/m.545); 14. HD. T. 13.3.2019, E. 2016/7585 K. 2019/2316 (KBİBB., 4721/m.605).

kanaatimizce de isabetlidir. Zira, mirasçıların hükmî reddin tespiti için dava yoluna başvurusu bakımından herhangi bir engel yoktur. Tam tersine mirasçıların bu yönde bir tespit davası açmaları bakımından menfaatleri bulunmaktadır. Meselâ, mirasçı, bu tespit davasındaki hükmî ret kararını ileride kendisi aleyhine açılması muhtemel bir dava veya cebri icra takibinde kesin delil olarak ileri sürebilir²⁶.

Hükmî reddin tespiti davasının konusu, hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesidir. Ancak, gerçek redde ilişkin bir talepte bulunan davacı, kural olarak daha sonra terekenin borca batıklığının tespitine hükmedilmesini isteyemez. Bunun istisnası ise, karşı tarafın açık muvafakati veya ıslahtır (HMK. m. 176 vd.)²⁷.

Belirtilmelidir ki, hükmî reddin tespiti, dava yoluyla istenebileceği gibi, tereke alacaklıları tarafından açılmış bir davada veya yapılan bir icra takibinde itiraz olarak da ileri sürülebilir. Aksi yöndeki bir kararına²⁸ rağmen, genel itibarıyla Yargıtay da isabetli olarak aynı görüştedir²⁹. Meselâ, mirasbırakanın haksız fiili sebebiyle mirasçılar aleyhine açılan tazminat davasında mirasçılar terekenin borca batık olduğu savunmasında bulunabilirler. Böyle bir savunmanın HMK. m. 163 vd. gereğince ön sorun (hadise) şeklinde incelenip karara bağlanması gerekir. Dolayısıyla, açılmış bir davada ortaya çıkan böyle bir ön sorun bizzat görevli ve yetkili mahkeme tarafından incelenip karara bağlanır³⁰.

B. ŞARTLARI

Hükmî reddin tespiti davasının kabulü için hükmî reddin şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Hükmî ret için ise üç şartın varlığı aranmaktadır. Bunlar, aşağıda sırasıyla açıklanmıştır.

26 Helvacı, 197.

27 2. HD. T. 9.4.2009, E. 2008/18729 K. 2009/6751 "...Dava dilekçesi Türk Medeni Kanununun 605/I. maddesinde düzenlenen gerçek redde ilişkin olup, davacılar vekilinin ıslah talebi bulunmamaktadır. Mirasbırakanın terekesinin borca batık olduğuna dair açıklama; Türk Medeni Kanununun 605/II. maddesine dayalı usulüne uygun bir dava açıldığını göstermez..." (KBİBB., 4721/m.605).

28 Buna göre, savunma yoluyla hükmî reddin sonucunda faydalanılmaz. Bkz. 2. HD. T. 14.5.1971, E. 2626 K. 3189 (Kocayusufpaşaoğlu, 621, dpn. 83).

29 13. HD. T. 25.3.2013, E. 2013/10 K. 2013/7407 "...Davalılar tarafından terekenin borca batık olduğu ve bu durumda mirasın hükmen reddedilmiş sayılacağı cevap dilekçesinde bildirildiğine göre, mahkemece değinilen bu yön üzerinde durulmaksızın yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (KBİBB., 4721/m.605); 4. HD. T. 7.7.2011, E. 2011/8398 K. 2011/8121 (KBİBB., 4721/m.605); HGK. T. 16.4.2008, E. 2008/4-332 K. 2008/336 (KBİBB., 4721/m.605); 4. HD. T. 25.5.2009, E. 2008/7583 K. 2009/7060 (KBİBB., 4721/m.605); 4. HD. T. 23.11.1992, E. 1991/8220, K. 1992/14732 (KBİBB., 743/m.545); İmre / Erman, 355.

30 11. HD. T. 2.10.2006, E. 2005/8524 K. 2006/9561 "...İlke olarak tereke alacaklısının mirasbırakana ait bir borç için mirasçılara karşı dava açması halinde, davalı mirasçıların terekenin borca batık olması nedeniyle hükmen reddedilmiş sayıldığı iddiasının da aynı mahkeme tarafından incelenmesi gerekmektedir..." (KBİBB., 6762/m.1301); 4. HD. T. 25.5.2009, E. 2008/7583 K. 2009/7060 (KBİBB., 4721/m.605); 4. HD. T. 24.1.2005, E. 2004/6782 K. 2005/155 (KBİBB., 4721/m.605).

1. Terekenin Borca Batık Olması

Hükmî reddin ilk şartı, terekenin borca batık olmasıdır. Nitekim, TMK. 605/II hükmünde bu şart mirasbırakanın borç ödemede acze düşmüş olması gerektiği şeklinde yer almaktadır. Bahse konu şart, 743 sayılı eski Medenî Kanun'da "terekenin borca müstağrak olması" şeklinde ifade edilmektedir (eMK. m. 545, c.2)³¹. Hâlbuki, bu husus, İsviçre Medenî Kanunu'nda "mirasbırakanın ödeme güçsüzlüğü (die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers)" olarak düzenlenmektedir. Belirtilmelidir ki, ödeme güçsüzlüğü, borca batık olmaya nazaran daha geniş kapsamlı bir deyimdir³². Gerçekten de, mirasbırakanın ödeme güçsüzlüğü için terekenin borca batık olması şart değildir. Meselâ, yeterli ödeme imkânı bulunmayan, bu sebeple de borçlarını yerine getiremeyen borçlu ödeme güçsüzlüğüne düşmesine rağmen terekesi borca batık olmayabilir³³.

Borca batıklıktan anlaşılması gereken, geçici bir nakit sıkışıklığı değildir. Bundan maksat, objektif olarak terekenin aktif kısmın pasif kısmından az olmasıdır³⁴. Demek ki, mirasbırakanın borçlarını karşılayacak kadar para, alacak ve malının terekede bulunmaması halinde, bunun borca batık olduğunun kabul edilmesi gerekir. Mirasbırakanın ölümü anında terekesinde bir malvarlığı değerinin bulunmaması ise, tek başına terekenin borca batık sayılması için yeterli değildir³⁵. Diğer taraftan, mirasbırakan tarafından yapılan belirli mal vasiyetleri bu anlamda tereke borcu sayılmazlar. Zira, mirasbırakanın alacaklıları belirli mal vasiyetlerine karşı kanunkoyucu tarafından korunmaktadır (TMK. m. 519, m. 603)³⁶.

2. Terekenin Borca Batık Olduğunun Açıkça Belli veya Resmen Tespit Edilmiş Olması

Hükmî reddin varlığı için terekenin borca batık olması tek başına yeterli değildir. Bunun için, 743 sayılı eski Medenî Kanun'a göre, terekenin borca batık olduğunun şayi (yaygın) ve sabit olması

31 743 sayılı Medenî Kanun'da geçen terekenin borca müstağrak (batık) olması şeklindeki ifadenin mehz Kanun'a uygun olarak mirasbırakanın aczi olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Helvacı, 189.

32 2. HD. T. 1. 11.04.1994, E. 2802 K. 3708 "Mirasbırakanın paydaş olduğu anonim şirketin iflası tek başına mirasbırakanın ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu kabul için yeterli değildir" (Özğür, Ali İhsan, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009, s. 428). Değişik anlam taşımalarına rağmen borca batıklık ile ödeme güçsüzlüğü deyimlerinin hükmî ret karinesinin varlığı bakımından ayrı ayrı yeterli olduğu görüşü için bkz. Serozan / Engin, 441.

33 Rüzgaresen, Cumhuriyet, Mirasbırakanın Borca Batık Olması, EÜHFED., Y. 2010, C. 14, S. 1-2, s. 275; İnan / Ertaş / Albaş, 497, dph. 1261.

34 14. HD. T. 20.12.2018, E. 2016/4172 K. 2018/9325 "...Ölüm tarihi itibarıyla, murisin tüm malvarlığı terekenin aktifini, tüm borçları ise terekenin pasifini oluşturur. Terekenin pasifinin aktifinden fazla olması terekenin ödemedene aczini ve dolayısıyla da terekenin borca batık olduğunu gösterir..." (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 12.5.2009, E. 2009/6082 K. 2009/9439 "...Mirasbırakanın taşınır ve taşınmaz mallarının ölüm günündeki değerlerinin, başka bir ifade ile ölüm günü itibarıyla terekenin aktifinin belirlenmesi ve borç miktarına göre ölüm tarihi itibarıyla borçlarını karşılamaya yeter miktarda olup olmadığının objektif olarak tespiti ... gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." (KBİBB., 4721/m.605); Umar, Bilge, Aciz Hali – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düşüştüğü Bir Yanlışlık (MK m. 605 f.II, 618), YÜHFED., Y. 2004, S. 1, s. 317; Helvacı, 195; İnan / Ertaş / Albaş, 497. Bu konudaki batıklık karinesi için bkz. HGK. T. 16.4.2008, E. 2008/4-332 K. 2008/336 (KBİBB., 4721/m.605).

35 4. HD. T. 23.11.1992, E. 1992/8220 K. 1992/14732 "...Bir kimsenin ölümü anında malvarlığı bulunmadığının sübutu, terekesinin borca batık olduğunu göstermez..." (KBİBB., 743/m.545).

36 İmre / Erman, 354.

gerekmekteydi (eMK. m. 545, c. 2). Dolayısıyla, eski Medenî Kanun döneminde borca batıklık için resmî belge aranmamaktaydı. Hâlbuki, İsviçre Medenî Kanunu'na³⁷ uygun olarak, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu gereğince mirasbırakanın ödemededen aczinin açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması şarttır (TMK. m. 605/II).

Görüldüğü üzere, hükmî ret sonucunu doğuran ilk hal, mirasbırakanın borç ödemekten aczinin açıkça belli olmasıdır. Ödemededen aczin açıkça belli olmasından maksat, terekenin borca batık olduğunun yayılmış olmasıdır. Başka bir deyişle, burada anlatılmak istenen, mirasbırakanın borçlarını ödemeye yetecek malı veya parasının bulunmadığının herkes tarafından bilinmesidir. Bunun için ise, mirasbırakanı tanıyanların, onun çevresindeki kişilerin terekenin borca batık olduğunu bilmeleri yeterlidir. Meselâ, mirasçılarının bu durumdan haberdar olması aranır³⁸. Terekenin borca batık olduğunun resmen tespit edilmiş olmasına ise gerek yoktur. Meselâ, intihar eden ünlü iş adamı hakkında gazetelerde ekonomik çöküntü içinde ve milyonlarca lira borçlu bulunduğuna yönelik haberler yapılmışsa onun aciz halinin açıkça belli olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber, mirasbırakanın ödemededen aczi bazen de yanlışlıkla yayılmış olabilir. Meselâ, bir kimse cimriliği veya ahlâksızlığı sebebiyle ya da borçlarını ödemeyip alacaklılarını zarara sokmak maksadıyla çevresine karşı kendisini bu durumda gösterebilir. Keza, dilencilikle geçinen bir kimsenin ölümü tarihinde geride ciddi bir servet bırakması da muhtemeldir. Bu gibi hallerde ise, terekenin borca batık olduğu ileri sürülemez³⁹.

Hükmî ret sonucunu doğuran diğer hal, mirasbırakanın ödemededen aczinin resmen tespit edilmiş olmasıdır. Meselâ, mirasbırakan hayattayken onun aleyhine sürdürülmüş bir icra takibinin semeresiz kalması sebebiyle alacaklısı tarafından ödemededen aciz belgesi alınmış olması bu kapsamdadır⁴⁰. Yine, mirasbırakan hayattayken iflâsına karar verilmiş olması veya onun büyük bir borcu için malları üzerine haciz konmuş bulunması hallerinde de böyledir. Keza, mirasbırakanın konkordato süreci içerisinde bulunması da buna misal gösterilebilir. Bunun gibi, mirasbırakan vesayet altındaki bir kişi ise, onun malvarlığı hakkında tutulan resmî defter (TMK. m. 438/III) de ölüm tarihinde terekenin borca batık olduğunu resmen tespit edebilir⁴¹. Bahse konu misallerde, özellikle mirasçılar veya mirasbırakanın alacaklıları terekenin borca batık olduğunu kolayca tespit etme imkânına sahiptir. Hâlbuki, sadece borç senedinin varlığı ve icra takibinin yapılmış olması resmî tespit için yeterli değildir⁴². Aynı şekilde, mirasbırakan hayattayken onun iflâsına karar verilmesi veya konkordato teklifinin tasdik ve ilan edilmiş olması, daha sonraki ölüm tarihinde mutlak olarak hükmî ret karinesinin varlığını zorunlu kılmaz⁴³.

37 Gerçekten de, ZGB. Art. 566/II'ye göre, "Mirasbırakanın ödeme iktidarsızlığı onun ölümü anında resmen tespit edilmiş veya aşikar ise, miras reddedilmiş sayılır (Ist die Zahlungsunfähigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes amtlich festgestellt oder offenkundig, so wird die Ausschlagung vermutet)".

38 Mirasbırakanın alacaklılarının da bu konuda bilgisinin aranması gerektiği görüşü için bkz. Helvacı, 195.

39 Helvacı, 195-196; İnan / Ertaş / Albaş, 498; İmre / Erman, 354-355.

40 14. HD. T. 18.4.2019, E. 2018/4577 K. 2019/3580 (KBİBB., 4721/m.605).

41 Helvacı, 196; İmre / Erman, 354; Petek, Ret, 2216.

42 Petek, Ret, 2216, dpn. 66; 2. HD. T. 16.6.1972, E. 1972/3280 K. 1972/3874 (İBD., 1973, 959).

43 2. HD. T. 29.6.1983, E. 5107 K. 5806 (Özmen, İsmail, Tereke Hukuku Davaları, 3. Baskı, Ankara 2010, s. 489).

3. Terekenin Borca Batık Olduğunun Belli veya Tespit Edilmiş Olması Şartlarının Mirasın Açıldığı An İtibariyle Gerçekleşmiş Olması

Bir görüşe göre, borca batıklık şartı bakımından önemli olan mirasbırakanın ölüm anıdır⁴⁴. Bunun haricinde ise, borca batıklığın mirasbırakan hayattayken veya ölümünden sonra açıkça belirli hale gelmesi ile resmen tespit edilmiş olması arasında fark yoktur. Yani, terekenin borca batıklığının açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması, mirasbırakanın ölümünden önce gerçekleşebileceği gibi, bu daha sonra da mümkündür. Yargıtay da aynı görüştedir⁴⁵. Ancak, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki açık hüküm karşısında bu görüşe katılmak uygun değildir.

Diğer bir görüşe göre, hükmî retten bahsetmek için terekenin borca batık olduğunun açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması bakımından önemli olan, mirasın açıldığı andır⁴⁶. Gerçekten de, TMK. m. 605/II gereğince en geç mirasbırakanın ölüm tarihi itibariyle yukarıda açıklanan ilk iki unsurun varlığı aranmaktadır⁴⁷. Sonradan gerçekleşen bir değişiklik, hükmî ret karinesini ortadan kaldırmaz. Mirasbırakanın ölüm tarihi itibariyle açıkça belli olan borca batıklığın daha sonra ortadan kalkması, meselâ hisse senetlerinin üç aylık ret süresi içinde değer kazanması bakımından durum böyledir⁴⁸.

III. DAVANIN TARAFLARI

A. DAVACI

Hükmî reddin tespiti davası, mirasçılar tarafından açılır⁴⁹. Bu bakımdan, kanunî veya iradî mirasçılar arasında herhangi bir fark yoktur⁵⁰. Ancak, davacının mirası hükmen reddetmiş bir

44 Helvacı, 194, dph. 481; Oğuzman, 353; 14. HD. T. 18.4.2019, E. 2018/4577 K. 2019/3580 "...Murisin ödemeden aczi ölüm tarihine göre belirlenir..." (KBİBB., 4721/m.605); 8. HD. T. 2.10.2014, E. 2013/23089 K. 2014/17767 (KBİBB., 4721/m.605); 8. HD. T. 17.2.2014, E. 2014/1737 K. 2014/2560 "...Murisin terekesinin aktifi belirlenirken dava tarihindeki değerlerin esas alınması, yine murisin vergi borcu ile SGK'ya olan prim borçlarının ölüm tarihi itibariyle değil dava tarihi itibariyle ulaştığı değerler esas alınarak tereke pasifi belirlenerek hüküm kurulması doğru değildir..." (KBİBB., 4721/m.605).

45 2. HD. T. 1.4.1974, E. 1973/2038 K. 1974/1987 "...Terekenin borca batık olduğunun ileri sürülebilmesi için, ölüm gününde bu durumun ilâm, aciz belgesi ve benzeri şekilde belge veya delillerle tevsik edilmiş olması zorunlu değildir. Sonradan yapılacak tespit ölüm gününe raci sonuçlar doğurur..." (KBİBB., 743/m.550).

46 Bilgen, Samim, Borca Müstağrak Tereke, ABD., Y. 1953, S. 6, s. 499; Hoşlan, Osman, Mirasın Reddi, Adalet Dergisi, Y. 1974, S. 7, s. 582; Serozan / Engin, 441; İnan / Ertaş / Albaş, 498; Petek, Ret, 2219.

47 Hatta, bir görüşe göre, terekenin borca batık olduğu hususunun, mirasçılar tarafından mirasın açıldığı anda biliniyor olması da gerekir. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İnan / Ertaş / Albaş, 498.

48 Petek, Ret, 2219. Miras kabul edildikten sonra beklenmedik biçimde ortaya çıkan bir borç yükümlü ve borca batıklık karşısında, mirasçının önceden gerçekleştirdiği irade açıklamasını temel yanılması sebebiyle iptal edebilmesi gerektiği görüşü için bkz. Serozan / Engin, 442.

49 8. HD. T. 1.10.2014, E. 2013/20830 K. 2014/17638 "...Mirasçı alacaklılara karşı bir süreye bağlı kalmaksızın terekenin borca batık olduğunun tespitini isteyebilir..." (KBİBB., 4721/m.605).

50 14. HD. T. 16.3.2016, E. 2016/2669 K. 2016/3303 "...Mirasın hükmen reddi davasını yasal ve atanmış mirasçılar açabilir. Mirasçı olmayan kişinin dava açma hakkı yani aktif dava ehliyeti bulunmamaktadır. Somut olaya gelince; dosya içerisinde bulunan mirasçılık belgelerine göre, davacıların birinin murisin mirasçısı olmadığı anlaşıldığından aktif dava ehliyeti de bulunmadığı gözetilerek davanın anılan davacı yönünden reddine karar verilmesi gerekirken

mirasçı olması gerekir. Açık veya örtülü olarak mirası kabul etmiş bir mirasçı böyle bir davayı açamaz. Gerçekten de, terekedeki pasifler aktiflerden fazla olsa bile, mirasçı terekeyi açıkça kabul edebilir⁵¹. Aynı şekilde, mirasçının tereke işlerine gereğinden fazla karışması da ret hakkının örtülü olarak düşmesine yol açar. Nitekim, TMK. m. 610/II'ye göre, tereke işlerine karışan, terekenin olağan yönetimi niteliğinde olmayan veya mirasbırakanın işlerinin yürütülmesi için gerekli olanın dışında işler yapan mirasçı mirası reddedemez⁵². Aynı hükmün devamında belirtildiği üzere, tereke mallarını gizleyen veya kendisine maleden bir mirasçının mirası reddetmesi de mümkün değildir. Ret karinesinin çürütülmesi için örtülü kabul anlamına gelen davranışların ret süresi içinde gerçekleşmiş olması ise aranmaz⁵³. Bu takdirde, hükmî ret karinesi geçerliliğini kaybeder ve mirasçı mirası kabul etmiş sayılır. Böyle bir durumda açılan tespit davasının da reddedilmesi gerekir. Görüldüğü üzere, örtülü kabul varsayımının uygulamadaki önemi, gerçek redde nazaran hükmî redde daha fazladır⁵⁴. Mirastan feragat, mirasçılıktan çıkarma (ıskat) ve mirastan yoksunluk (mahrumiyet) sebeplerinden birinin varlığı halinde ise, zaten mirasçı sıfatını kazanamamış olan kimselerin böyle bir davayı açması gerekmez.

Hükmî reddin tespiti davası küçük veya kısıtlı adına kanunî temsilci tarafından açılabilir. Bunun için, vasiye sulh hukuk mahkemesi tarafından izin verilmiş olması gerekir (TMK. m. 462/b. 8)⁵⁵. Ancak, ister tam ehliyetsiz olsun ister sınırlı ehliyetsiz olsun, velayet altındaki küçük adına veli mirası reddederse, kural olarak reddeden küçüğe kayyım atanması isabetli olur. Bu konuda, velinin kendi adına da mirası reddetmesi durumunda küçükle arasında herhangi bir menfaat çatışması olmadığı ileri sürülebilir. Ne var ki, böyle bir ihtimalde de veli başka bir çocuğunun menfaatine olarak küçüğün mirasını reddetmiş olabilir. Bahse konu kuralın istisnası ise, reddeden küçüğün zarar görmeyeceğinin açıkça belli olmasıdır. Bu itibarla, mirasın reddinde olduğu gibi,

yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiştir..." (KBİBB., 4721/m.605).

- 51 İİK. m. 183 gereğince, kabul açıklaması hükmî ret üzerine gerçekleştirilen resmî tasfiyeye kadar ve hatta tasfiye süresi boyunca mümkündür (Serozan / Engin, 442).
- 52 2. HD. T. 13.2.2012, E. 2010/16378 K. 2012/2395 "...Sigortalı iken vefat eden kişinin sağ kalan eşine sosyal güvenlik mevzuatı gereğince bağlanan "dul aylığı" terekeye dahil bir değer olmayıp sağ eşin kanundan kaynaklanan hakkı niteliğindedir. Bu nedenle sağ eşe kocasından dolayı dul aylığı bağlanmış olması terekeye sahiplenme olarak görülemez..." (KBİBB., 4721/m.605); HGK. T. 22.9.2010, E. 2010/2-379 K. 2010/413 "...Terekenin tespiti için davacılar tarafından açılan dava, bu kapsamda olmayıp davacıların mirası örtülü olarak kabul ettikleri sonucunu doğurmaz..." (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 11.12.1984, E. 1984/10040 K. 1984/10249 "...Olayda davacı mirasçılar, bu sıfatla kendileri aleyhine açılan 1980/20 esas sayılı tazminat davasında o davanın davacısına bir miktar para ödeyerek davadan vazgeçilmesini sağlamışlar, diğer bir deyimle davacı ile sulh olmuşlardır. Bu davranışlar ile davacılar terekeye sahip çıkma durumuna düşüp, mirası reddetmek hakkını yitirmişlerdir. Onun için terekenin borca batık olduğunu ileri süremezler..." (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 1.4.1974, E. 1973/2038 K. 1974/1987 "...Mirasçılarının icra takibine yahut bir davaya karşı koymuş olmaları, kira toplama, bir işletmeyi tereke yararına idare gibi eylemler mirası kabul anlamına gelmez. Ölenin sağlığında kızı adına bankada açtığı hesaptaki paranın ölümünden sonra velisi tarafından alınmasının terekeyi kabullenmekle ilgisi yoktur..." (KBİBB., 743/m.550).
- 53 Kocayusufoğlu, 621; Helvacı, 194.
- 54 Serozan / Engin, 443.
- 55 Yargıtay'a göre ise, böyle bir davada sulh hukuk mahkemesinin haricinde asliye hukuk mahkemesinden de izin alınması gerekir. Bkz. 14. HD. T. 12.12.2017, E. 2016/206 K. 2017/9320 "...Türk Medenî Kanunu madde 463 uyarınca, vesayet altındaki kişinin vasisinin vesayet altındaki kişi adına mirası reddedebilmesi için, vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da onayı gereklidir..." (KBİBB., 4721/m.463).

bahse konu tespit davası bakımından da reddeden küçüğe kayyım atanması gerekir. Böylece, küçük davada kayyım tarafından temsil edilir (TMK. m. 526, b. 2)⁵⁶.

Mirasçılar tarafından tespit davasının birlikte açılması gerekmez. Her bir mirasçı tek başına böyle bir davayı açabilir. Yani, mirasçılar arasında bahse konu tespit davasını açma bakımından zorunlu dava arkadaşlığı yoktur⁵⁷. Aynı ayrı açılan davalar ise birleştirilir.

Dava devam ederken davacının ölmesi muhtemeldir. Bu durumda, sayıları birden fazla ise davaya ölen mirasçının bütün mirasçıların katılımının sağlanması gerekir.

Hükmî reddin tespiti davası bakımından uygulamada vekilin özel yetkili vekâletnamesinin varlığı aranmaktadır⁵⁸. Buna dayanak olarak da, Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü m. 39/II hükmü gösterilmektedir. Özel yetkili vekâletnamenin eksikliği halinde ise, bunun tamamlattırılması için süre verilmektedir⁵⁹. Hâlbuki, bahsi geçen düzenleme, TMK. m. 609 hükmü gibi gerçek reddin şekline ilişkindir⁶⁰. Kanaatimizce, hükmî reddin tespitine yönelik böyle bir davada ise özel yetkili vekaletnamenin varlığı aranmamalıdır.

B. DAVALI

Gerçek ret halinde, mirasın reddi beyanının tespiti ve tescili, miras hukukundaki çekişmesiz yargı işleri kapsamındadır (HMK. m. 382/II, b. c, 7). Bu sebeple, gerçek ret halinde mirası reddetmek isteyen bir mirasçının diğer mirasçıları hasım göstermesi gerekmez⁶¹. Hâlbuki, hükmî reddin tespiti davasında davalı, tereke alacaklılarıdır⁶². Yargıtay da aynı görüştedir⁶³. Bahse konu dava,

56 2. HD. T. 22.3.2004, E. 2004/2731 K. 2004/3608 "...Temyize konu davayı, kendisine asaleten çocuklara velayeten Haydar açmıştır. Davacı, eşiyle ayrı yaşadıklarını, çocukların fiilen kendi yanında olduğunu belirtmiştir. Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar. Ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hali gerçekleşmişse, hâkim velayeti eşlerden birine verebilir (4721 s. Kanun m. 336). Velinin hukuki yararıyla küçüklerin hukuki yararlarının çatışma ihtimali varsa kayyım tayini gerekir. Bu yönler üzerinde de durulmadan, yazılı olduğu şekilde davanın süre yönünden reddi doğru bulunmamıştır..." (KBİBB., 4721/m.545); Dural / Öz, 412.

57 4. HD. T. 24.1.2005, E. 2004/6782 K. 2005/155 (4721/m.605).

58 14. HD. T. 23.1.2017, E. 2016/4147 K. 2017/456 "...Dava, mirasbırakan Fevzi Yavaş'ın mirasının hükmen reddine ilişkindir... Kabule göre de Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 39/II. fıkrası gereğince mirasın reddi yetkisini içeren özel vekâletname sunulması zorunlu olmasına rağmen davacı vekilinin vekâletnamesinde özel yetki bulunmaması da doğru değildir..." (KBİBB., 4721/m.605).

59 14. HD. T. 31.3.2016, E. 2015/12478 K. 2016/3850 "...Davaçıların Av. S. S. Y. ve Av. S. A.ê verdikleri vekâletnamede mirasın reddini içeren özel yetki bulunmadığından davaçılar vekillerine özel yetkiyi içeren vekaletname sunması için süre verilmesi ve bu eksikliğin tamamlattırılarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken bu hususun göz ardı edilmesi de yerinde değildir..." (KBİBB., 4721/m.605).

60 Gerçek ret bakımından vekilin özel olarak yetkilendirilmesinin gerekip gerekmediği hususu hakkındaki tartışma için bkz. Helvacı, 69 vd. Bu konuda özel yetkili vekâletnamenin gerektiği görüşü için bkz. Şenocak, Zarife, Mirasın Reddi ve Özel Vekalet (Yargıtay'ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla), AÜHFHD., Y. 1998, S. 1-4, s. 450-451.

61 Kuru / Arslan / Yılmaz, 69.

62 Cingöz, Dilek, Bir mükellef hakkı olarak mirasın reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 10.

63 2. HD. T. 7.4.2011, E. 2010/16402 K. 2011/6145 "...Terekenin miras bırakanın ölüm tarihinde borca batık olduğunun tespitine ilişkin bu dava alacaklılara karşı açılır..." (KBİBB., 4721/m.605); HGK. T. 16.01.2008, E. 332 K. 336 (İmre

hasım gösterilmeksizin açılmaz; aksi takdirde tereke alacaklılarını bağlamaz⁶⁴. Aynı şekilde, mirasçının kendi alacaklıları aleyhine bahsi geçen tespit davasını açması da mümkün değildir.

Tereke alacaklılarının tamamının mirasçılar tarafından bilinmemesi mümkündür. Ancak, davanın davacı mirasçı tarafından bilinen tüm alacaklılara yöneltilmesi gerekir⁶⁵. Bununla beraber, mirasçı tarafından bilinen alacaklılardan bazıları davalı olarak gösterilmemiş olabilir. Uygulamaya göre, bu durumda hâkim tarafından dava hemen reddedilmeyip, davacıya uygun bir süre verilmesi gerekir⁶⁶.

Tereke alacaklılarının sayısı birden fazla olabilir. Bu takdirde, hükmî reddin tespiti davasında hepsi hasım gösterilmelidir⁶⁷.

Davalı ölmüşse, ölen alacaklının mirasçılara karşı da bahse konu tespit davası açılabilir; aynı şekilde, devam eden dava onlara karşı da sürdürülebilir⁶⁸.

IV. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

A. GÖREVLİ MAHKEME

Hükmî reddin tespiti davasında görevli mahkemeye ilişkin olarak Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararı⁶⁹ bulunmaktadır. Böylece, hükmî reddin tespiti davasını görece mahkeme, göreve ilişkin

/ Erman, 355, dph. 7); 2. HD. T. 2.6.2010, E. 2010/6556 K. 2010/10855 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 9.4.2009, E. 2008/18729 K. 2009/6751 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD., T. 5.3.2009, E. 2008/17267 K. 2009/3864 (KBİBB., 4721/m.605).

64 Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 382; 8. HD. T. 11.9.2014, E. 2013/23345 K. 2014/15786 "... Bundan ayrı, terekenin borca batık olması nedeniyle mirasın hükmen reddinin talep edildiği davalarda kural olarak; husumetin tüm alacaklılara yöneltilmesi ve davanın ondan sonra görülmesi gerekir. Dava, hasımsız olarak açılmasına rağmen mahkemece uyuşmazlığın hatalı nitelendirilmesi sonucu taraf teşkilinin sağlanması yoluna gidilmemiş olması ve davanın süreden reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır... O halde mahkemece yapılacak iş; miras bırakanın tüm alacaklılarını davaya dahil etmek ... ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasil olacak sonucuna göre karar vermektir..." (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 19.10.2006, E. 2006/6311 K. 2006/14303 "... Terekenin borca batık olduğunun tespitine dair davanın alacaklılar hasım gösterilmek suretiyle açılması gerekir. Bu yön gözetilmeden hasımsız olarak açılan bir dava ile işin esası hakkında karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 18.7.2006, E. 2006/4726 K. 2006/11238 (KBİBB., 4721/m.605).

65 14. HD. T. 16.1.2017, E. 2016/3884 K. 2017/284 "...Mirasın hükmen reddine ilişkin davalar, tereke alacaklılarına yöneltilmek suretiyle açılması gerekir. Dosya kapsamına yansıyan başka alacaklılar da olduğu halde tüm tereke alacaklılarına husumet yöneltilmeden eksik hasımla yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır..." (KBİBB., 4721/m.605).

66 2. HD. T. 7.4.2011, E. 2010/16402 K. 2011/6145 "...Davanın bilinen tüm alacaklılara yöneltilmesi için önel verilip dava kıymeti ve borç miktarı açıklattırdıktan sonra görev hususunun belirlenmesi gerekirken yazılı gerekçe ile görevsizlik karan verilmiş olması isabetsizdir..." (KBİBB., 4721/m.605).

67 2. HD. T. 2.6.2010, E. 2010/6556 K. 2010/10855 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 9.4.2009, E. 2008/18729 K. 2009/6751 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD., T. 5.3.2009, E. 2008/17267 K. 2009/3864 (KBİBB., 4721/m.605).

68 Dava sırasında alacağın devredilmesi durumunda ise, husumetin devralana yöneltilmesi gerektiğine ilişkin bkz. 2. HD. T. 25.1.2007, E. 10561 K. 423 (Gençcan, 583).

69 YİBK. T. 23.12.1942, E. 1942/24 K. 1942/29 "... Terekenin borca müstağrak olduğunun şüyu veya sübutu ve mirasın fiilen veya kavlen kabul edilmiş olup olmadığı muhakemeye muhtaç hususlardan olup kanunda bu kabil ihtilafların mutlaka sulh hakimleri tarafından görüleceği hakkında bir sarahat olmadığından meselenin vazifeye mütedair

kanunî ilkeler çerçevesinde belirlenir. Zira, Kanun'da bu konuda sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğuna yönelik açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Terekenin borca batık olduğunun tespiti, malvarlığı haklarına ilişkin bir davanın konusudur. Bu itibarla, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, görevli mahkeme dava konusu şeyin, daha doğrusu tereke alacaklılarının alacak miktarına göre belirlenirdi (HUMK. m. 2/I)⁷⁰. Nitekim, Yargıtay tarafından hükmî reddin tespiti davasında da bu düzenleme esas alınmaktaydı⁷¹. Ancak, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, para sınırına ilişkin ikili ayırım kaldırılmıştır. Böylece, Yargıtay tarafından da içtihat değiştirilmiştir⁷². Dolayısıyla, bahse konu tespit davasında görevli mahkeme, dava konusu şeyin (müddeabihin) değeri ne olursa olsun asliye hukuk mahkemesidir. Zira, genel görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir (HMK. m. 2). TMK. m. 609/I'deki reddin şekline ilişkin düzenleme ise, gerçek redde özgüdür. Buradan hareketle, hükmî reddin tespiti bakımından da sulh hukuk mahkemesinin görevli olduğu sonucu çıkarılamaz.

Görev, kamu düzenine ilişkin (HMK. m. 1) olup, dava şartlarından biridir (HMK. m. 114/I, b. c). Bu sebeple, mahkeme, davanın her safhasında görevli olup olmadığını re'sen inceler ve görevsiz olduğu kanısına varırsa, yine re'sen görevsizlik kararı verir. Taraflar da davanın her safhasında mahkemenin görevsiz olduğunu ileri sürebilirler. Aynı şekilde, tarafların sözleşme ile görevli mahkemeyi değiştirmeleri de mümkün değildir⁷³.

kanuni esaslar dairesinde mütalaası muktazi ve binaenaleyh Temyiz 2. Hukuk Dairesinin içtihadı muvafık olduğuna sülûsan ekseriyetle 23.12.1942 tarihinde karar verildi." (KBİBB., 1086/m.8).

70 Antalya, 381-382; Helvacı, 199; Petek, Ret, 2225-2226.

71 HGK. T. 14.3.1984, E. 1982/2-66 K. 1984/239 "...Davacı, dilekçesinde mirası borca batıklık sebebiyle reddetmek istediğini açıkça belli etmiştir. Mahkemece buna rağmen davacının gerçek ret isteğinde bulunduğu kabulü ile sulh mahkemesince bakılmak üzere, dava dilekçesinin görev yönünden reddine karar verilmiş olması, usul ve yasaya aykırıdır.." (KBİBB., 743/m.549); 2. HD. T. 14.3.2011, E. 2010/15095 K. 2011/4530 "...Dava, mirasbırakanın ölüm tarihindeki terekesinin borca batık olması nedeniyle mirasın hükmen (kendiliğinden) reddedilmiş sayılmasına (MK. m. 605/II'ye) ilişkin olup, davanın terekeden alacaklı olanlara karşı açılması ve 23/12/1942 gün 24/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına göre görevli mahkemenin tereke alacaklılarının alacak miktarına göre belirlenmesi gerekir.." (KBİBB., 4721/605); 2. HD. T. 31.3.2009, E. 2007/21317 K. 2009/5996 "...Bu tür davalarda görev borç miktarı göz önüne alınarak belirlenir. Miras bırakanın gerçekleştiren borcunun miktarı dikkate alındığında Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu dikkate alınmalıdır.." (KBİBB., 4721/605); 2. HD. T. 22.11.2001, E. 2001/15200 K. 2001/16362 (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 15.3.2001, E. 2001/2233 K. 2001/3808 (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 25.9.2006, E. 2006/11113 K. 2006/12345 (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 5.3.2009, E. 2008/17267 K. 2009/3864 (KBİBB., 4721/605).

72 2. HD. T. 21.3.2013, E. 2012/15422 K. 2013/7861 (KBİBB., 4721/m.605); 2. HD. T. 18.2.2013, E. 2012/10850 K. 2013/3904 "...6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra açılan terekenin borca batık olduğunun tespitine dair davalarda dava değeri ne olursa olsun asliye hukuk mahkemesi görevlidir.." (4721/m.605); 8. HD. T. 1.10.2014, E. 2013/20830 K. 2014/17638 (KBİBB., 4721/605).

73 2. HD. T. 31.10.2011, E. 2010/11538 K. 2011/17435 (KBİBB., 4721/m.605); Pekcamtez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özkes, Muhammet, Medenî Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2012, s. 129-130; Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 15-16.

B. YETKİLİ MAHKEME

Kanunkoyucu tarafından miras hukukundaki çeşitli dava türleri bakımından yetkili mahkeme özel olarak düzenlenmektedir. Meselâ, ölüme bağlı tasarrufun iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ile miras sebebiyle istihkak davalarında mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir (HMK. m. 11/I; TMK. m. 576/II). Hâlbuki, hükmî reddin tespiti davası bakımından özel bir yetki kuralı öngörülmemiştir. Dolayısıyla, bahse konu dava bakımından yetkiye ilişkin genel esaslar geçerlidir⁷⁴. Keza, Yargıtay da aynı görüştedir⁷⁵. Başka bir deyişle, bu tür davalar hakkında genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin (alacaklının) davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir (HMK. m. 6/I)⁷⁶. Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir (HMK. m. 7/I). Ayrıca, taraflar, açık (HMK. m. 17) veya örtülü (HMK. m. 19/IV) bir anlaşma ile yetkisiz mahkemeyi de yetkili kılabilirler⁷⁷. Sonuç itibarıyla, hükmî reddin tespitinden kaynaklanan davalar, davacının seçimine göre, davalıların yerleşim yeri veya yetki sözleşmesi ile yetkili kılınan yer mahkemelerinden birinde açılabilir.

Bir görüşe göre, Yargıtay'ın yerleşik uygulaması sakıncalıdır⁷⁸. Bunun yerine, diğer davalarda olduğu üzere, mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinin yetkili sayılması gerekir. Ancak, doğrudan bu yönde bir kanunî dayanak bulunmadığı için bahse konu görüş eleştiriyeye açıktır.

V. İSPAT

Terekenin borca batık halde olup olmadığı, dolayısıyla da mirasın reddedilmiş sayılıp sayılmadığı hususunda takdir yetkisi hâkime aittir (TMK. m. 4)⁷⁹. Böyle bir durumda, mahkeme hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verir. Bahse konu değerlendirme bakımından hâkim esas itibarıyla tarafların iddia ve savunmaları ile bağlıdır⁸⁰. Bununla beraber, terekenin borca batık

74 Helvacı, 199.

75 14. HD. T. 12.10.2015, E. 2015/1065 K. 2015/8812 (KBİBB., 6100/m.323); 2. HD. T. 6.7.1973, E. 1972/459 K. 1973/4438 "...Buna göre terekenin borca batık olduğunun tespiti hakkındaki davada yetkili mahkeme, davalının, yani tereke alacaklının, davanın açıldığı zamandaki ikametgâhi mahkemesidir. Olayda olduğu gibi alacaklının, tesadüfen ölenin mirasçılarının olması da genel yetki kuralının değiştirilmesini gerektirmez..." (KBİBB., 743/m.549).

76 2. HD. T. 10.3.2000, E. 2000/852 K. 2000/3152 (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 17.4.1997, E. 1997/3065 K. 1997/4332 (KBİBB., 743/m.545).

77 Kuru / Arslan / Yılmaz, 152 vd.

78 İmre / Erman, 355, dpn. 5.

79 İmre / Erman, 355.

80 HGK. T. 14.3.2001, E. 2001/2-220 K. 2001/240 "...Gerek İcra İflas Kanununun 277 ve müteakip maddelerinde gösterilen borçlunun (mürisin) mallarının borca yetmemesi halinde başkalarına geçmiş olan mallara müracaat imkânı ve gerekse Medeni Kanunun 558. maddesinde belirlenen mürisin iadeye tabi tasarruflarına müracaat imkânı doğrudan gözetilemez. Bunlar terekenin (tesahüp) sahiplenildiğini gösteren davranışlar değildir. Zira her iki halde de mirasçının böyle bir malı sahiplenmesi mirasın açılmasından önce oluşmuş olaylardır. Ancak şartları oluştuğunda alacaklıların, gerek İcra İflas Kanununun 278. maddesi uyarınca ve gerekse Medeni Kanunun 558. maddesi uyarınca, muristen bir mal iktisap eden; fakat mirası reddetmiş olan mirasçıya, müracaat edebilecekleri tabiidir. Böyle bir iddia ortaya konmadan (HUMK. m. 74) hâkim İcra İflas Kanununun 278. maddesi uyarınca iptal davası ya da bir sav varmış gibi, davacının iktisaplarına ait tasarrufun iptal edilebileceğinden, söz ederek terekenin borca batıklığı sebebi ile davacıların borçlu olmadığının tespitine ilişkin davayı mahkemenin reddetmesi usule ve yasaya aykırıdır..." (KBİBB., 2004/m.278).

olduğu savunmasının bir tür itiraz olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Meselâ, mirasçı borca batık bir terekenin varlığı karşısında bu hususun kendisini borçtan kurtardığı bilgisine sahip olmayabilir. Dolayısıyla, mirasçı duruşmadaki beyanında miras olarak kendisine hiçbir aktif değer kalmamasına rağmen “madem kanunen borçluyum, o halde bunun ödeme gücüne göre taksitlendirilmesini teklif ediyorum.” şeklinde bir savunmada bulunabilir. Bu takdirde artık savunma ile bağlı olduğundan hareketle hüküm tesis edilmemelidir. Dava dosyasından anlaşılan böyle bir itiraz sebebi kendiliğinden gözetilmelidir. Mirasçının hukukî olmayan bir üslupla da olsa eline herhangi bir değer geçmediğine yönelik beyanından hareketle, hâkim tarafından reşen araştırma yapılmalıdır.

Terekenin borca batık olduğu hususunda ispat yükü davacı mirasçının üzerindedir (TMK. m. 6)⁸¹. Nitekim, Yargıtay da aynı görüştedir⁸².

Davacı mirasçı, davayı kazanmak için mirasbırakanın ölüm anı itibariyle terekenin pasifinin aktifinden fazla olduğunu ispatlamak zorundadır⁸³. Aynı zamanda, terekenin borca batık olduğunun açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olduğu da ispatlanmalıdır. Bu kapsamda, terekenin borca batık olduğunun resmen tespit edilmiş olması davacının lehinedir. Zira, ölüm anı itibariyle mirasbırakan hakkındaki aciz belgesinin veya iflâs kararının mahkemeye sunulması hükmî reddin ispatı bakımından yeterlidir. Terekenin borca batık olduğunun açıkça belli olma unsuru ise kesin olarak ispat edilebilir bir nitelik taşımamaktadır⁸⁴. Mirasbırakanın parasız ve borç içinde öldüğü bilinmekte ise, bu takdirde terekenin borca batık olduğunun açıkça belli olduğu ispatlanmış sayılabilir. Meselâ, ölenin hayatının son yıllarında işsiz kalıp, hısım veya dostlarının yardımıyla geçindiği, dolayısıyla borçlarını ödeyemediği bilinmekte ise durum böyledir⁸⁵.

Davalı da davacıya karşılık olarak bazı savunma yollarına müracaat edebilir. Her şeyden önce, hükmî ret karinesinin varlığı ispatlanmadıkça, susma kabul anlamına gelir. Üstelik, hükmî ret adi bir karinedir. Dolayısıyla, hükmî ret karinesinin aksi her zaman iddia ve ispat edilebilir. Bu maksatla, terekenin borca batık olmadığı, yani mirasbırakanın ödemediği aciz halinin bulunmadığı ispatlanabilir. Aynı şekilde, terekenin borç içinde bulunmasına rağmen mirasın mirasçı tarafından açık veya örtülü şekilde kabul edildiği hususu ispatlanırsa da hükmî ret etkisini kaybeder. Mirasın tutulan deftere göre kabulü veya resmî tasfiye istenmesi halinin varlığının ispatlanması da aynı etkiyi doğurur⁸⁶.

81 Kocayusufpaşaoğlu, 621; Petek, Ret, 2226-2227.

82 2. HD. T. 10.10.1996, E. 1996/8996 K. 1996/9996 (KBİBB., 743/m.6); 2. HD. T. 7.7.1976, E. 1976/4489 K. 1976/5775 “...Terekenin borca batık olduğunu ispat yükü, bunu ileri süren mirasçıya düşer. İstek, terekenin hükmen reddine ilişkin olup (MK. 545), ispat yükü ise kanuni ve mansup mirasçılara aittir. Olayda, davalı taraf terekenin borca batık olmadığını ileri sürdüğüne böylece davacının iddiasına karşı koyduğuna göre, borca batıklığın ispatı için davacı tarafa imkân tanınması gerekir. Davacı vekili, çeşitli dilekçelerinde tanık dinletmek istediğine göre, tanıkların dinlenmesi, bu konuda başka delilleri varsa araştırılması, davalının da mevcutsa karşılık delillerinin incelenmesi, iddia sabit olmazsa davanın reddolunması, aksi halde Medenî Kanununun 550. maddesi gereğince davalıdan delillerin sorulması, davacının da aynı konudaki delillerinin toplanması ve sonucu uyarınca hüküm verilmesi icap eder...” (KBİBB., 743/m.549).

83 Petek, Ret, 2227.

84 Kocayusufpaşaoğlu, 621.

85 Şener, Esat, Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, YD., Y. 1976, C. 2, S. 4, s. 91.

86 Ayiter / Kılıçoğlu, 240; Helvacı, 194; İmre / Erman, 355-356; Petek, Ret, 2227.

743 sayılı Medenî Kanun döneminde, terekenin borca batık ve bunun mirasın açıldığı tarihte şayi veya sabit olup olmadığı hususunun her türlü delille ispat edilebildiği kabul edilmekteydi⁸⁷. Bu sayede, maddî gerçekliğe daha rahat ulaşılmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁸⁸. Nitekim, Yargıtay eski Kanun döneminde⁸⁹ olduğu gibi, Türk Medenî Kanunu döneminde⁹⁰ de aynı görüştedir. Hâlbuki, bir görüşe göre, Yargıtay'ın eski Kanun dönemindeki uygulaması artık önemini kaybetmiştir. Zira, artık borca batıklık halinin resmen tespiti aranmaktadır⁹¹. Ancak, borca batıklığın resmen olduğu gibi, açıkça tespiti de hükmî ret karinesine imkân tanımaktadır. Dolayısıyla, bu konuda ikili bir ayırım yapılmalıdır. İlk olarak, mirasbırakanın ölüm anında borçlarını ödemekten aciz durumda bulunup bulunmadığı ile bunun açıkça belli olup olmadığı hususları yemin dahil her türlü delille ispatlanabilir⁹². İkinci olarak, borca batıklık halinin resmen tespit edildiği ileri sürüldüğü takdirde ise, tanık gibi takdirî delillere başvurulamamalı; resmî senet gibi kesin delillerin varlığı aranmalıdır.

VI. SÜRE

Hükmî ret talebi zamanaşımına uğramaz, hak düşürücü süreye de tâbi değildir⁹³. Bu sebeple, hükmî reddin tespiti davası, kural olarak her zaman açılabilir. Aynı şekilde, bu yönde bir savunma tereke alacaklıları tarafından açılan bir davada da her zaman ileri sürülebilir. Zira, hükmî reddin bahse konu olduğu haller bakımından kabul için Kanun'da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bunun gibi, mirasçının hükmî ret karinesine dayanması bakımından da azamî bir süre belirtilmemiştir⁹⁴. Dolayısıyla, gerçek retteki üç aylık süre kaçırılmış veya mirasbırakanın ölümünden uzun bir zaman geçmiş olsa bile bahse konu dava açılabilir⁹⁵. Bu bakımdan, mirasçılardan iyiniyetli olup olmaması önemli değildir⁹⁶.

87 Oğuzman, 354; Ayiter / Kılıçoğlu, 241.

88 Şener, YD, 90-91.

89 2. HD. T. 16.6.1972, E. 3280 K. 3874 (Şener, YD, 91, dpn. 79); 4. HD. T. 14.9.1939, E. 2142 K. 1706 (Tepeci, Kâmil, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, C. 1, Ankara 1946, 429); 3. HD. T. 22.9.1951, E. 5157 K. 5917 (Olgaç, Senai, İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1975, s. 419); 4. HD. T. 20.5.1938, E. 2030 K. 1178 (Tepeci, 430).

90 2. HD. T. 12.5.2009, E. 2009/6082 K. 2009/9439 "...Borca batıklık her çeşit delille ispatlanır. Davalı, mirasbırakanın ölümünden sonra davacıların, mirasbırakana ait evde oturmaya devam ettiklerini, tarlalarını kullandıklarını ileri sürdüğüne göre, taraflardan tesahüple ilgili delillerinin sorulması, mirasçılardan mirası kabul anlamına gelen davranışlarının bulunup bulunmadığının tespiti ... ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." (KBİBB., 4721/m.605).

91 İnan / Ertaş / Albaş, 498.

92 Borca batıklığın açık olması bakımından aynı görüş için bkz. Petek, Ret, 2226.

93 Şener, Esat, Açıklamalı – İçtihatlı Türk Medenî Kanunu, Ankara 1991, s. 1016; Serozan / Engin, 442.

94 Öztan, 361; Antalya, 382, dpn. 1403; Dural / Öz, 419.

95 2. HD. T. 01.03.2001, E. 2001/1767 K. 2001/3392 (Antalya, 382, dpn. 1404); 2. HD. T. 19.6.1997, E. 1997/5921 K. 1997/7193 (KBİBB., 743/m.545); 2. HD. T. 22.11.1983, E. 1983/8965 K. 1983/8919 "...Mirasçılar MK'nın 550. maddesinde yazılı eylemlerde bulunmadıkça yani, ret hakkından yoksun kalmadıkça, her zaman borca batık olduğunun tespiti istenebilir. Bu bakımdan mahkemenin davanın MK'nın 546. maddesinde yazılı 3 aylık süre içerisinde açılmadığı yolundaki gerekçesi ... doğru değildir..." (KBİBB., 743/m.545); Helvacı, 197.

96 14. HD. T. 20.12.2018, E. 2016/4172 K. 2018/9325 (KBİBB., 4721/m.605).

Kural bu olmakla birlikte, hakkın kötüye kullanılması şeklindeki davranışlar hukuk düzeni tarafından korunmaz. Meselâ, mirasçı tarafından yıllar geçtikten, özellikle de bütün icra takipleri kesinleştikten sonra mirasbırakanın borca batıklığının ileri sürülmesinde durum böyledir. Bu takdirde, ileri sürülen talebin reddi gerekir⁹⁷.

VII. HÜKMÜN ETKİSİ

İlk olarak, mahkeme tarafından mirasın hükmen reddedilmiş olduğunu tespit eden bir karar verilebilir. Doktrinde ifade edildiği üzere, böyle bir karar, kural olarak bütün mirasçılar bakımından etkilidir. Bu sonucun istisnası ise, mirası kabul eden mirasçılar bakımından bahse konudur. Gerçekten de, ister açık ister örtülü olsun mirası kabul etmiş olan mirasçılar bu etkinin kapsamı dışındadır. Yani, hükmî reddin tespiti kararı, mirası kabul eden mirasçılar tarafından yapılan kayıtsız şartsız kabul yönündeki irade açıklamasına etki etmez⁹⁸.

Yargıtay'a göre de, hükmî reddin tespiti kararı bütün mirasçılar bakımından sonuç doğurur⁹⁹. Zira, bir kısım mirasçıların mirasın reddi hükümlerinden faydalanması karşısında diğer mirasçıların bundan ayrı tutulması hakkaniyete uygun düşmez. Teorik olarak tutarlı olan, hükmî reddin tespiti kararının böyle bir etkiyi haiz olmamasıdır. Çünkü, maddî anlamda kesin hükümden bahsedebilmek için her iki davanın taraflarının aynı olması gerekir (HMK. m. 303/I). Ancak, bahse konu içtihat, mirası kabul eden mirasçılar haricinde, somut olay adaleti bakımından kabul edilebilir. Dolayısıyla, Yargıtay'ın çözümü ancak mirası kabul eden başka bir mirasçı bulunmadığı takdirde uygun görülebilir¹⁰⁰.

Hükmî redde yönelik tespit hükmü elde etmiş olan mirasçının sonradan ortaya çıkan her bir alacaklı karşısında aynı olgu (borca batıklık) yüzünden yeniden dava açması hiçbir şekilde kabul edilebilir gözükmemektedir. Ancak, böyle bir tespit hükmünün çekişmeli yargıya dâhil olması eleştirilebilir. Zira, HMK. m. 382/I, b. b uyarınca "ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir

97 Özmen, 515; Petek, Ret, 2222-2223; 14. HD. T. 13.3.2017, E. 2016/4937 K. 2017/1915 "...Terekeyi sahiplenmiş olan veya sahiplenme anlamına gelen işleri yapan mirasçıların, bundan sonra terekenin borca batık olduğunu ileri sürmeleri Türk Medenî Kanununun 2. maddesindeki dürüstlük kuralına aykırı olur. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasını da hukuk düzeni korumaz..." (KBİBB., 4721/m.605).

98 Oğuzman, 354; Helvacı, 197; Hoşlan, AD, 584; Petek, Ret, 2223; Antalya, 382; Ülkü, Murat Fatih, Mirasın Reddi, Manisa Barosu Dergisi, Ocak/1998, s. 33.

99 4. HD. T. 24.1.2005, E. 2004/6782 K. 2005/155 "...O halde haksız eylem faili Güler Otaş'ın mirasçısı olarak aleyhlerine hüküm kurulmuş olan davalılar yönünden de terekenin borca batık olması gerçeği, davanın reddi savunması kapsamında değerlendirilmelidir. Bir kısım mirasçıların mirasın reddi hükümlerinden faydalanması karşısında aynı mirasın diğer mirasçıların bundan ayrı tutulması hakkaniyete de uygun düşmez. Bu nedenlerle Güler Otaş mirasçısı olarak aleyhlerine hüküm kurulmuş olan davalılar yönünden de terekenin borca batık olma durumu değerlendirilmeli ve bunun sonucuna göre karar verilmelidir..." (KBİBB., 4721/m.605). Ancak, Yargıtay'ın başka bir kararına göre ise, "Diğer iki mirasçı tarafından daha evvel terekenin müstağrakı düyun olduğu mevzuunda ilam alındığı anlaşılmalda ise de, bu husus davacının şahsı adına aynı mevzuda yeni bir dava açılmasına engel değildir. Taraflar başkadır. Davacının durumuna göre de yeniden tahkikat yapılması icap ettiğine göre evvelki kararın davacıya sirayeti hususu bahis konusu edilemez..." Bkz. 2. HD. T. 15.10.1962, E. 5495 K. 5260 (Özmen, 577-578).

100 Helvacı, 197; Oğuzman, 354.

hakkının bulunmadığı haller” çekişmesiz yargı kapsamındadır. Bununla birlikte, borca batıklık maddî olgusunun çekişmeli yargıya vücut verdiği kabul edilse de, bahse konu itiraz, hâkimin re’sen araştırması gereken bir husustur. Ayrıca, böyle bir davada öne sürülen delillerin her bir maddî vakıa bakımından ayrı ayrı hükme esas alınması gerekir. Bu konuda her bir alacaklının hükmî reddi konusuz bırakan iddialarının, meselâ tereke işlerine karışmaya ilişkin şahsî ve özel bilgisinin tespit hükmünden etkilenmeksizin açılacak her bir alacak davasında öne sürülebileceği kabul edilmelidir. Meselâ, mirasbırakanın piyango biletine büyük ikramiye çıkması sonucu mirasçuların bunu kendilerine aitmiş gibi tahsil ettiklerini aileye yakınlığı sayesinde öğrenen alacaklı bakımından durum böyledir. Hal böyle olunca, hükmî reddin tespiti davasında her bir somut olaydaki şartlara göre karar verilmesi gerekir. Dolayısıyla mirasçılara karşı açılmış bir alacak davasında vakıaların (dava sebebinin) farklılığı gerekçesiyle terekenin borca batık olmadığına ilişkin hususun ön sorun olarak incelenmesi bakımından hükmî reddin tespiti kararı engel oluşturmamalıdır.

Hükmî reddin tespiti kararı, mirası kabul eden bir mirasçının bulunmaması halinde en yakın kanunî mirasçuların tamamı bakımından etkilidir. Bu takdirde, borca batık olduğu sabit olan terekenin resmen tasfiyesi gerekir¹⁰¹. Zira, en yakın kanunî mirasçuların tamamı tarafından reddedilen tereke genellikle borca batık olup, bunun arkadan gelen mirasçılar tarafından da reddedilmesi kuvvetle muhtemeldir¹⁰². İşte, zaman kaybına, emek israfına ve terekenin geçişinin gecikmesine engel olmak için kanunkoyucu tarafından resmî tasfiye yolu benimsenmiştir. Gerçekten de, TMK. m. 612/I gereğince, en yakın kanunî mirasçuların tamamının reddetmiş olduğu miras sulh hukuk mahkemesi tarafından iflâs hükümlerine göre tasfiye edilir. Başka bir deyişle, böyle bir durumda istisnaen miras onu reddetmiş sayılanların yerini alacak mirasçılara geçmez. Bununla birlikte, resmî tasfiyeden arta kalan değerler varsa, bunlar mirası reddetmemiş gibi hükmen reddeden mirasçılar arasında paylaşılır (TMK. m. 612/II). Böylece, yine istisnai surette olmak üzere bakiye reddeden mirasçılara ait olmaktadır¹⁰³.

Hükmî reddin tespiti kararına rağmen bazı mirasçılar tarafından miras kabul edilmiş de olabilir. Meselâ, terekesi borca batık durumdaki mirasbırakan M’nin çocuklarından Ç1 mahkemeden hükmen reddin tespitini istemiş iken, Ç2 ve Ç3 bir şekilde mirası kayıtsız şartsız olarak kabul etmiş olabilir. Böyle bir durumda ise, artık resmen tasfiyeden bahsedilemez; aksine, TMK. m. 611’de öngörülen ana kural geçerli olur. Buna göre, miras, mirası reddetmiş olan mirasçı sanki mirasbırakandan önce ölmüş gibi paylaşılır. Dolayısıyla, Ç1’in altsoyu yoksa, zümrede onunla birlikte mirasçı olanların, yani Ç2 ve Ç3’ün miras payı artar. Buna karşılık, mirası reddeden Ç1’in altsoyu varsa, o halef olur ve 1/3’lük miras payını alır¹⁰⁴.

101 Rüzgaresen, Cumhuriyet / Erdem, Murat, Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri, EÜHFED., Y. 2011, C. 15, S. 1-2, s. 239 vd.; Oğuzman, 354; İmre / Erman, 356; Helvacı, 200; Antalya, 382.

102 Coquoz, R., Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri, (Çev. J. Güral), AÜHFED., Y. 1951, C. 8, S. 1, s. 688.

103 Kocayusufoğlu, 624; İnan / Ertaş / Albaş, 502; Dural / Öz, 420-421.

104 Dural / Öz, 419-420.

İkinci olarak, hükmî reddin tespiti davasında mahkeme tarafından ret kararı da verilebilir. Böyle bir karar da tespit hükmü niteliğindedir. Çünkü, bununla hükmî reddin şartlarının mevcut olmadığı tespit edilmiş olur. Kabul gibi, ret kararı da kesin hüküm (HMK. m. 303) ve kesin delil teşkil eder¹⁰⁵. Dolayısıyla, mirasbırakanın borç ödemediği aciz durumda olduğunu ileri sürerek dava açan mirasçılar bundan feragat etmişlerse, daha sonra aynı konuda yeniden talepte bulunamazlar¹⁰⁶.

Ret kararı, hükmî reddin şartlarının somut olayda gerçekleşmediği anlamına gelir. Böyle bir durumda ise, mirasçılar borçlardan şahsen ve müteselsilen sorumludurlar (TMK. m. 641/I).

SONUÇ

Hükmî ret karinesi, terekenin borca batık olması, başka bir deyişle mirasbırakanın borçlarını ödemediği aczi halinde geçerlidir. Bunun için ayrıca terekenin borca batıklığının açıkça belli veya resmen tespit edilmiş olması ve bu durumun mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla gerçekleşmiş olması da aranır. Bahse konu şartların varlığı halinde mirasçılar mirası reddetmesi için herhangi bir açıklamada bulunmaları gerekmez. Bununla birlikte, mirasçılar hükmî reddin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesine yönelik bir dava açabilirler. Hükmî reddin tespiti denilen bu dava, hukukî niteliği itibarıyla menfi tespit davasıdır. Bahse konu davada, hükmî reddin şartlarının somut olayda bulunup bulunmadığı incelenir. Şayet hükmî reddin şartları varsa mirasçılar artık mirasbırakanın borçlarından dolayı sorumlu tutulamazlar.

Hükmî reddin tespiti davası kanunî ve iradî mirasçılar tarafından mirasbırakanın alacaklılarına karşı açılır; hasımsız açılması ise mümkün değildir. Görevli ve yetkili mahkeme bakımından ise genel esaslar geçerlidir. Dolayısıyla, hükmî reddin tespiti davası davalının yerleşim yerindeki asliye hukuk mahkemesinde açılır. Davada ispat yükü ise, kural olarak davacı mirasçılara aittir. Davalılar ise, özellikle terekenin borca batık olmadığına veya mirasın kabul edildiğine yönelik savunmada bulunabilirler.

Hükmî reddin tespiti davası bakımından Kanun'da herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu sebeple, dürüstlük kuralından kaynaklanan istisna haricinde, bahse konu dava her zaman açılabilir. Dava sonucunda verilen karar ise, mirasçılarının tamamı bakımından etkilidir. Mirası kabul eden bir mirasçı bulunmamak kaydıyla, bu yaklaşık somut olay adaletini sağlamak bakımından isabetlidir.

BİBLİYOGRAFYA

Antalya, O. Gökhan : Miras Hukuku, İstanbul 2009.

105 Kuru / Arslan / Yılmaz, 262; 10. HD. T. 23.1.2014, E. 2013/19427 K. 2014/1167 "...Anne ve baba vekili tarafından ibraz edilen mahkeme kararıyla terekenin borca batık olduğuna hükmedildiği anlaşıldığından; söz konusu kararın dosyası da getirilmek suretiyle yöntemince yapılacak araştırma sonrasında aksinin davacı Kurum tarafından ispat edilememesi halinde davalıların mirasın tazmin borcundan sorumlu olmadıkları nazara alınmalıdır..." (KBİBB, 4721/m.605).

106 2. HD. T. 8.11.1999, E. 9599 K. 11908 (Özguşur, 174).

- Ayan, Mehmet : Miras Hukuku, 6. Baskı, Konya 2014.
- Aybay, Aydın : Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2002.
- Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M. : Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1991.
- Başara, İzzet : Mirasın Reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Berki, Şakir : Miras Hukuku, Ankara 1975.
- Bilgen, Samim : Borca Müstağrak Tereke, ABD., Y. 1953, S. 6, s. 497-499.
- Cingöz, Dilek : Bir Mükellef Hakkı Olarak Mirasın Reddi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.
- Coquoz, R. : Mirasın Reddinin Mirasın İntikali Üzerine Olan Tesirleri, (Çev. J. Güral), AÜHFD., Y. 1951, C. 8, S. 1, s. 685-695.
- Druey, Jean Nicolas : Grundriss des Erbrechts, 4. Auf., Bern 2002.
- Dural, Mustafa / Öz, Turgut : Türk Özel Hukuku, C. IV, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2017.
- Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek : Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Gençcan, Ömer Uğur : Miras Hukuku, Ankara 2008.
- Günal, Aydın Ebrar : Mirasın Reddi ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2016 (Yüksek Lisans Tezi).
- Hatemi, Hüseyin : Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2004.
- Helvacı, İlhan : Türk Medenî Kanununa Göre Mirasın Reddi (MK. m. 605 – MK. m. 618), 2. Baskı, İstanbul 2014.
- Hoşlan, Osman : Mirasın Reddi, AD., Y. 1974, S. 7, s. 554-585 (Kısaltılmışı: Hoşlan, AD).
- : Mirasçının Alacaklısının Mirasın Reddini İptal Ettirebilmesi Hakkı, YD., Y. 1992, S. 3, s. 318-335 (Kısaltılmışı: Hoşlan, YD).
- İmre, Zahit / Erman, Hasan : Miras Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013.
- İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan : Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. : Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012.
- Kocayusufoğlu, Necip : Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978.
- Kuru, Baki / Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Oğuzman, Kemal : Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1978.
- Oğuzman, M. Kemal / Barlas, Nami : Medenî Hukuk, 17. Baskı, İstanbul 2011.
- Olgaç, Senai : İçtihatlarla Türk Medenî Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 1975.
- Özmen, İsmail : Tereke Hukuku Davaları, 3. Baskı, Ankara 2010.
- Öztan, Bilge : Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Özüğür, Ali İhsan : Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2009.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet : Medenî Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2012.
- Petek, Hasan : Mirasın Hükmen Reddi, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Y. 2013, C. VIII, s. 2191-2235 (Kısaltılmışı: Petek, Ret).
- : Mirasçılık Sifatını Sona Erdiren Sebeplerin Mirasbırakanın Serbestçe Tasarruf Edebileceği Kısım Üzerindeki Etkisi, DEÜHFD., Y. 2002, C. 4, S. 2, s. 139-172 (Kısaltılmışı: Petek, Mirasçılık).
- Rüzgaresen, Cumhuri : Mirasbırakanın Borca Batık Olması, EÜHFD., Y. 2010, C. 14, S. 1-2, s. 271-311.
- Rüzgaresen, Cumhuri / Erdem, Murat : Terekenin İflâs Hükümlerine Göre Tasfiye Sebepleri, EÜHFD., Y. 2011, C. 15, S. 1-2, s. 231-254.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkey : Miras Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.

Şener, Esat : Açıklamalı – İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1991

(Kısaltılmışı: Şener, Medeni).

Şener, Esat : Mirasçılık Sifatının Yitirilmesi ve Benzeri Haller, YD., Y. 1976, C. 2, S. 4, s. 71-97 (Kısaltılmışı: Şener, YD).

Şenocak, Zarife : Mirasın Reddi ve Özel Vekalet (Yargıtay'ın Verdiği Bir Karar Dolayısıyla), AÜHFD., Y. 1998, C. 45, S. 1, s. 449-451.

Tepeci, Kâmil : Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi, C. 1, Ankara 1946.

Tuor, Peter / Schynder, Bernhard / Schmid, Jörg / Rumo-Jungo, Alexandra : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002.

Umar, Bilge : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011

(Kısaltılmışı: Umar, Şerh).

—————: Aciz Hali – Borca Batıklık Kavramlarının Farkı ve Bu Yönden Yeni MK Metninin Düştüğü Bir Yanlılık (MK m. 605 f.II, 618), YÜHFD., Y. 2004, S. 1, s. 317-324 (Kısaltılmışı: Umar, Aciz).

Ülkü, Murat Fatih : Mirasın Reddi, Manisa Barosu Dergisi, Ocak/1998.

İsviçre Federal Mahkemesinin Kapıdan Satış Sözleşmelerinde Cayma Hakkının Kullanılması ile Doğacak İade Taleplerinin Hukuki Niteliğine ve Bu Taleplere Uygulanacak Zamanaşımı Süresine İlişkin Bge 137 Iıı 243 No.lu Kararı ve Benzer Uyuşmazlıkta Yargıtayın Tutumu

Bge 137 Iii 234 Decision of Swiss Federal Court on the Legal Nature
of the Reimbursement Claims Due to Exercise of Withdrawal Right at
Door to Door Sales and Position of Turkish Supreme Court of Appeals
on Similar Conflicts

Fatma Zeynep ALTINER YOLCU* 

Öz

Sözleşmelerin, sözleşmeye aykırı davranışlar nedeniyle sona erdiği haller edimlerin iadesine ilişkin taleplerin doğmasına sebep olmaktadır. Sözleşmelerin geçersiz hale gelmesi de, yine tarafların geçersiz sözleşmeye göre ifa ettikleri edimleri

iade etmesini gerektirir. Kapıdan satış sözleşmelerinde (ya da 6502 S. TKHK çerçevesinde iş yeri dışında kurulan sözleşmeler), tüketicinin cayma hakkını kullanması da iade taleplerinin doğmasına neden olacaktır, ancak bu noktada cayma hakkının kullanılmasının sözleşmeye etkisi ve bu etkiye göre uygulanacak hükümlerin tespiti üzerinde önemle durulması gereken konudur. Nitekim, çalışmamızda aktarmaya çalıştığımız üzere, gerek Yargıtay, gerek İsviçre Federal Mahkemesi konunun üzerinde getirdikleri hukuki yorumlarla, farklı yargılara varmış ve farklı çözümleri benimsemişlerdir.

Abstract

In cases where contracts are terminated due to non-contractual behaviours, requests for reimbursement of acts results. The event that contracts are rendered invalid requires parties to return the acts they have performed under the invalid contract. In door to door sales contracts (or contracts established outside the workplace within the framework of Act 6502 TKHK), the use of the right of withdrawal by consumer will also result in return requests, but the effect of the use of right of withdrawal on the contract and the determination of the provisions to be applied according to this effect are the issues to be seriously considered. As a matter of fact, as we tried to convey in our study, both the Supreme Court

* Ar. Gör. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, E-Mail: fatma.zeynep@marmara.edu.tr.

of Appeals and the Swiss Federal Court reached different judgments and adopted different solutions with their legal comments on the issue.

I. BGE 137 III 243 NO.LU KARAR ÖNCESİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİNİN FARKLI UYUŞMAZLIKLARDA UYGULANACAK İADE HÜKÜMLERİNİ BELİRLENMESİNE İLİŞKİN BAZI KARARLARI

İsviçre Hukukunda kapıdan satış sözleşmelerine¹ uygulanacak hükümler, bizim Hukukumuzun aksine ayrı bir Kanunda düzenlenmemiş olup, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 40/a maddesi ve devamı bendlerinde yer almaktadır. İBK m.40/b hükmünde tüketiciye cayma hakkı tanınmıştır².

Cayma hakkının kullanıldığı bir kapıdan satış sözleşmesinde, karşılaşılabilecek önemli hukuki sorunlardan birisi de, sözleşmede önceden ifa edilmiş edimler varsa, bu edimlerin iadesine uygulanacak hükümlerin belirlenmesidir.

Her sözleşmede, sözleşmenin ihlali, bu ihlal nedeniyle çeşitli taleplerin doğmasına neden olur. Geçerli bir sözleşmede, sözleşmeden dönülmesi halinde ifa edilmiş edimlere ilişkin iade talebinin hukuki niteliğinin belirlenmesi kadar³, bir sözleşmenin hükümsüz olması ya da irade sakatlığı nedeniyle sakatlanmış olması hallerinde doğacak iade taleplerinin hukuki niteliği de yine öğretiyi ve uygulamacıları meşgul eden bir konudur.

Kapıdan satış sözleşmeleri için tanınan cayma hakkı için de aynı tartışmalar söz konusudur. Geçerli bir sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak sözleşmesel bir iade borcu mu doğacak, yoksa baştan itibaren hükümsüz bir sözleşme olarak kabul edilerek sebepsiz zenginleşmeden kaynaklı

- 1 4077 S. TKHK'nda kapıdan satış sözleşmeleri olarak anılan sözleşme, 6502 S. TKHK'nda "işyeri dışında kurulan sözleşmeler" olarak adlandırılmıştır. Ancak İsviçre Hukuku'nda aynı sözleşme tipi İBK m.40 hükmünde kapıdan işlemler olarak nitelendirilmektedir. Çalışmamızda, konuyu İsviçre Hukuku ve eski TKHK kapsamındaki eserler kapsamında da incelediğimiz için, gerekli yerlerde kapıdan satış sözleşmesi terimini kullanmaya ihtiyaç duyduk. Ayrıca bkz. Aşağıda, s.20.
- 2 Marlis KOLLER-TUMLER, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (Orell Füssli Kommentar), 2016, s.203 vd., özellikle 205.
- 3 Sözleşmeden dönme hakkının niteliğine ilişkin teoriler için bkz. Aşağıda, s.23, dn.62. İsviçre Hukuku açısından bakıldığında esas olarak tartışmanın sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması ile sözleşme hükümlerinin uygulanması arasında yürütüldüğü söylenebilir. Klasik görüş sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunurken, BGE 114 II 152 No.lu kararı ile birlikte Federal Mahkeme tarafından da dikkate alınan bir teori olan dönüşüm teorisi öğretilerde daha baskın görüş haline gelmiştir. Dönüşüm Teorisinin, ilk defa STOLL tarafından savunulduğuna dair bkz. Vedat BUZ, Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s.568. Alman öğretilerinde, LARENZ, LESER, STAUDINGER, WOLF başta olmak üzere pek çok hukukçu tarafından savunulan bu teori, İsviçre Hukuk öğretilerinde de klasik görüşü zayıf bulan hukukçular tarafından ağırlıklı olarak benimsenmiştir, bkz. P. Hans GIGER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband Kauf und Tausch Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen Der Fahrniskauf, Artikel 184-215, Bern 1979 Art. 208, N.6. Ayrıca bkz. BGE 110 II 244 vd. Alman ve İsviçre Hukukunda savunan yazarlara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Hans GIGER, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Berner Kommentar Band/Nr. VI/2/1/3, 1997, Art. 216, N.377. Dönüşüm teorisini savunan yazarların, dönmeye hukuki işlem niteliği verdikleri yönünde bkz. O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, İstanbul 2019, N.2976, dn.319.

iade talepleri mi konu edilecektir? İşte cevabı fazlasıyla önem taşıyan bu soru hakkında, İsviçre Federal Mahkemesi, farklı sözleşme ihlalleri halindeki iade taleplerine de değinerek, kendi yargısını ortaya koymuştur. Söz konusu karar, İsviçre öğretisinde büyük yankı uyandırmıştır⁴.

BGE 137 III 243 sayılı kararından önce de, Federal Mahkeme, sözleşmesel sorumluluk ile sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanı arasında sınırları belirleyen pek çok karar vermiştir⁵. İBK m. 127 hükmünde öngörülen uzun zamanaşımı süresinin uygulama alanı hususunda⁶ verdiği karardan sonra, bu zamanaşımı süresinin uygulama alanını kısıtlayan kararlar vermeye başladı⁷. Kararların bir kısmında sürekli sözleşmelerde, sonradan sözleşmenin hükümsüzlük nedeniyle tasfiyesi gerektiğinde uzun zamandır ödemelerin devam etmesi ya da ifanın yerine getirilmiş olması sebebiyle sözleşmesel iade hükümlerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine tercih etti⁸. Bir ödeme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen, bir sözleşmesel ilişkinin var olduğu inancıyla hataen ödemede bulunulmuş olması halinde, iade talepleri açısından İBK m. 62 hükmünün uygulanacağına işaret etti⁹. Yine başka bir kararında Federal Mahkeme, kısmen ifa edilmiş bir sözleşmede borçlunun temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönülmesi halinde sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine dönüşüm teorisine uygun olarak sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karar verdi¹⁰.

Ancak sözleşmenin iptali halinde, edimlerin iadesinin tabi olacağı hükümler tartışma konusuydu¹¹. İBK m. 20 hükmü çerçevesinde hükümsüz ya da İBK m. 31 çerçevesinde sakat irade ile kurulmuş bir sözleşmeden doğacak iade talebi baskın görüşe göre sebepsiz zenginleşme ya da istihkak talebidir¹². Suyun arıtılmasına ilişkin bir davada, sürekli bir sözleşmede irade sakatlığı söz konusu ise sözleşmenin iptali ile o ana kadar ifa edilmiş olan edimlerin geçerliliğini koruyacağı ancak ilerideki edimlerin ifasından tarafların kurtulmuş olacağı yolunda karar vermiştir¹³. BGE

4 Domenico Acocella, II Schuldrecht, insbesondere Vertrags und Haftpflichtrecht / Rechtsdogmatik und Legitimation eines Vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmangeln, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.491 vd..

5 BGE 42 II 674, 680 ve 131 III 314 no.lu kararlarında sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresini uygulamayı tercih eden Federal Mahkeme, daha yeni tarihli bir kararında (BGER 5C.59/2006, 1.6.2006, E.2.4) sözleşmesel talepleri dikkate almıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Stephan FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (50), HAVE 2019, s.48.

6 BGE 126 III 119 E 3b

7 BGE 137 III 243 E 4; 135 III 289 E 6; 133 III 356 E 3.3; 130 III 504 E 6.

8 BGE 127 III 421 E 3; 126 III 119 E 3b.

9 Geçersiz kira artışlarına ilişkin olarak BGE 130 III 504 E 6.2; bir kredi kartı firmasına ödenmeyecek olan bedel için hataen ödemeye ilişkin BGE 133 III 356 E 3.2.1; dayanağı olmaksızın talep edilen sigorta primlerine ilişkin BGE 135 III 289 E 6.2.

10 BGE 114 II 152 E 2c.

11 Heinrich HONSELL/Peter Nedim VOGT/Wolfgang WIEGAND, Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I. Basler Kommentar, Basel 2015, OR 208, N 3.

12 Anne Catherine HAHN, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen – Art 1-183, 2012, s.427 N.37; Bruno SCHMIDLIN, Art 23-31 OR. Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 2. Teilband. Unterteilband 1b. Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, Berner Kommentar, Bern 2013, Art. 31, N 14 vd..

13 BGE 129 III 320 E 7. Federal Mahkeme ilgili kararında tek taraflı bağlamazlık teorisine göre uyuşmazlığı çözmeyi

134 III 438 kararı ile birlikte bu kriterlerin uygulama alanını, kısmen ifa edilmiş olan hukuka aykırı sözleşmeler açısından da genişletmiştir. Bu karar çerçevesinde Federal Mahkeme, sakat irade ile kurulmuş bir sözleşmede sebepsiz zenginleşmeden doğan talepler uygulama alanının bulamayacağını belirtmiştir¹⁴. Öte yandan, şarta bağlı bir sözleşmeden doğan iade taleplerinde de yine İBK m. 62 vd. düzenlenen sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanacaktır.

BGE 137 III 243 sayılı Kararı ise, hem yukarıda saydığımız bazı kararlarına değinen ve onları irdeleyen, hem de kapıdan satış sözleşmeleri için uygun gördüğü çözüm ile öğretinin dikkatini çeken bir karardır. Federal Mahkeme BGE 137 III 243 kararında aynı yaklaşımını İBK m. 119/II hükmü çerçevesinde sonradan ortaya çıkan imkansızlık ve İBK m. 40 a vd. düzenlenen cayma¹⁵ hakkı açısından da sürdürdü. Nitekim Federal Mahkeme, daha sonraki tarihli pek çok kararında da, bahsi geçen BGE 137 III 243 No.lu karara atıfta bulunmuştur¹⁶.

II. BGE 137 III 243 NO.LU KARAR

Uyuşmazlığa konu olayda, davalı tüketici, davacıdan alacağı bir eğitim program için kurduğu kapıdan satış sözleşmesinde, daha sonra cayma hakkını kullanarak ödediği sözleşme bedelinin (peşinat) faizi ile iadesini istemiştir. Davada alt derece mahkemesi, davacının zamanaşımı süresinin dolduğuna ilişkin iddiasını, ödenen peşinatın iadesinin sözleşme hükümlerine tabi olduğu dolayısıyla İBK m.127 hükmünde öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı iddiası ile reddetti. Davacı kararın temyizini istedi. Temyiz talebi haklı bulundu¹⁷.

BGE 137 III 243 kararı ile bu uyuşmazlığı inceleyen Federal Mahkeme, kapıdan satış sözleşmelerinde cayma hakkının kullanılması halinde, sözleşmedeki edimlerin iadesine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirterek, iade talebinin İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımına bağlı olduğu hükmüne vardı.

Kararın içeriğine bakıldığında somut olaydaki taraflar arasında irade sakatlığı nedeniyle iptal edilmiş olan bir sözleşmeye dayanarak ifa edilmiş olan edimlerin İBK m. 67 hükmündeki sebepsiz zenginleşmeye uygulanan zamanaşımı süresine mi yoksa İBK m. 127 hükmündeki sözleşmesel genel zamanaşımı süresine mi tabi olduğu hususunun da tartışma konusu yapıldığı görülmektedir. Federal Mahkeme daha önce de belirttiğimiz gibi farklı sözleşme geçersizlik hallerine ilişkin de tespitlerde bulunmuştur.

Federal Mahkemeye göre, irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptali halinde, ifa edilmiş olan edimlerin iadesi için sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerinin uygulanması ile sözleşmesel hükümlerin uygulanması arasında hangisinin uygulanacağını belirlemek gerektiğinin üzerinde

tercih etmiştir.

14 BGE 134 III 438 E 2.4

15 İsviçre Hukukunda geri alma hakkı anlamına gelen “widerruf” terimi tercih edilmekte ise Türk Hukukunda söz konusu hak cayma hakkı olarak ifade edildiğinden metinde cayma hakkı olarak hak nitelendirilmiştir.

16 BGE 138 II 311; BGer 4A 197/2018, 13.12.2018; BGE 6B 610/2018; BGE 4A 87/2018.

17 BGE 137 III 243, A-B.

durmuştur. Bu nedenle de söz konusu talebin hukuki niteliğinin değerlendirilmesi gerektiğinden yola çıkmıştır. Talebin hangi hükümlere dayandırılacağını belirlemek, hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirlemek yönünden de önem taşır. Sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasına karar verildiği takdirde, sözleşmesel taleplere tanınan zamanaşımı süresinin tanınmasının çok büyük bir çelişkiye yol açacağına işaret edilmiştir. Bu nedenle, hangi iade hükümlerinin uygulanması tercih edilecekse, o hükümlerde düzenlenen zamanaşımı süresinin de uygulanmasının yerinde olacağı vurgulanmıştır. Böylelikle BGE 129 III 264, BGE 130 III 504 kararlarında sözleşmesel taleplere sebepsiz zenginleşme zamanaşımı süresinin uygulanmasının hukuki açıdan çelişkiye yol açtığı da altı çizilmiştir.

Federal Mahkemenin bu bakış açısı, belirlenen iade hükümlerinin uygulanacak zamanaşımı süresini de belirlemesi yönünden kanaatimizce de, tutarlı bir yaklaşım olarak nitelendirilebilir. Kararda; aynı tutarlı yaklaşımın bir sonucu olarak, iade talebinin hukuki yapısının zamanaşımının niteliğini de belirlemesi açısından BGE 114 II 152 kararına da işaret edilmiştir. BGE 114 II 152 kararında, sözleşmedeki yükümlülüklerin ihlali nedeniyle İBK m. 109 hükmü çerçevesinde sözleşmeden dönme nedeniyle doğan taleplere İBK m. 127 hükmünde sözleşmesel zamanaşımı hükümlerinin uygulanmasını, Federal Mahkeme, BGE 137 III 243 no.lu kararında, kendi içinde çelişmez bir karar olarak görmektedir. Aynı kararda, tüm bu hususlardan hareketle, İBK m. 40 a vd. düzenlenen cayma hakkının hukuki yapısını değerlendirme zorunluluğunun doğduğu belirtilmektedir¹⁸.

Federal Konseyin tüketicilerin bilgilendirilmesi hakkında İsviçre Borçlar Kanununun da değişiklik yapılmasına dair taslakta¹⁹ İBK m. 40 f. 1. Hükmünde (önceki taslakta İBK m. 40 e. 1 olarak yer almaktadır) öncelikle geçerli olarak kurulmamış sözleşmelerde verilen edimlerin iadesinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşeceği açıkça ortaya konmuş, devamındaki bentlerde özel düzenlemelere yer verilmiştir. Sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olması nedeniyle de sebepsiz zenginleşme taleplerine uygulanan İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımı süresinin uygun olacağı belirtilmekteydi. Söz konusu taslağın Mecliste görüşülmesinde bu noktalar tartışmaya yol açmadı, ancak tüketicinin cayma hakkını kullanabilmesi için tabi olduğu koşullar ve uygulama alanına ilişkin düzenlemeler tartışıldı. Federal Mahkeme, Meclisin de cayma hakkı için sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmasından yana olduğu kanaatine varmaktadır²⁰.

Federal Mahkemeye göre, iade talepleri, genel olarak haksız fiil, sözleşme ya da sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanmasına göre ayrıma tabi tutulur ve iade talebinin varlığı, zamanaşımı hükmünü belirler. Sözleşmesel bir talebin varlığı, sebepsiz zenginleşmeye dayalı talebi dışlayacaktır²¹.

18 BGE 137 III 243 E 4.1.

19 Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil.

20 BGE 137 III 243 E 4.2.

21 BGE 137 III 243 E 4.4.1.

Geçerli bir sözleşme çerçevesinde kendisine edim sunulan taraf, hukuki temel olmaksızın bir edim almış sayılmadığından sebepsiz zenginleşmiş de olmayacaktır. Federal Mahkeme de bu bakış açısıyla, yeni içtihatlarında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulama alanını iade yükümlülüklerinde sözleşmesel hükümleri uygulamayı tercih etmek suretiyle sınırlandırma yolunda eğilim göstermiştir. Ancak Federal Mahkeme, söz konusu kararında bu eğilimi tüm edimlere değil sadece sözleşmeden doğan edimlerin iadesi açısından sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde yorumlamaktadır. Bir sözleşme çerçevesinde söz edilen her türlü edim için değil, ancak, kurulan bir sözleşmeden ifa edilmesi gereken edimler için sözleşmesel iade talebi sözkonusu olabilir²².

Eksik ifa nedeniyle sözleşmeye aykırılık için İBK m. 109 hükmü çerçevesinde yasal dönme hakkının kullanılması ile birlikte taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkinin bir tasfiye ilişkisine döndüğünü kabul etmesiyle ünlenen BGE 114 II 152 kararında Federal Mahkeme İBK m. 109 hükmünce sözleşmeden dönen tarafa sözleşmesel hükümlerin dolayısıyla da sözleşmesel zamanaşımının uygulanması gerektiğine karar vermişti. Bu da, öğretinin çoğunluğunun katıldığı İBK m.127 hükmünün uygulama alanı açısından yeni bir görüşün ortaya çıkmasına sebep oldu²³.

BGE 137 III 243 no.lu kararda ise, Federal Mahkemeye göre, bir sözleşmenin iptal edilmiş olması onu başlangıçtan itibaren geriye etkili olarak geçersiz kılacaktır. Edimlerin iade edilmesi gerekir. Aynı edimlerin iadesi için baskın görüş sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yerine istihkak hükümlerinin uygulanmasından yanadır. Federal Mahkemenin uygulaması da, öğretide hakim görüş de aynı yöndedir²⁴. Bazı münferit yazarlar²⁵, BGE 114 II 131 ve BGE 114 II 152 kararlarını dayanak göstererek yanılma nedeniyle sakat olan sözleşme açısından da sözleşmesel bir ilişkiden dönüldüğü için sözleşmesel hükümlerin uygulanması gerektiğini öne sürmektedirler. Ancak Federal Mahkeme bu fikri benimsememiştir. Hatta BGE 137 III 243 No.lu kararında, BGE 129 III 264 no.lu kararını da eleştirdiği görülmektedir. Öyle ki, baskın görüşün açıkça reddetmesine rağmen BGE 129 III 264 kararında irade sakatlığı nedeniyle batıl olan sözleşmede şeklen de olsa bir sözleşmenin var olduğuna karar verilmiştir. Ancak, BGE 129 III 264 kararından hemen kısa süre sonra verilen BGE 129 III 320 kararında, neyse ki irade sakatlığı nedeni ile sürekli edimli bir sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin bir uyumsuzluk ele alınmıştır. Bu kararda, öğretide yerinde olarak gerekçelendirildiği üzere sadece temerrüde düşülen sözleşmede değil, irade sakatlığı

22 BGE 137 III 243 E 4.4.1.

23 BGE 137 III 243 E 4.4.2.

24 Kararda hakim görüşü benimseyen yazarlar olarak "KOLLER, Verjährung, a.a.O., S. 4 Fn. 3; derselbe, OR AT, a.a.O., S. 316 Rz. 303 f.; HARTMANN, Rückabwicklung, a.a.O., S. 7 Rz. 12, S. 11 Rz. 18, S. 320 Rz. 794; BRUNO HUWILER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, N. 6 f. zu Art. 67 OR; ENGEL, a.a.O., S. 343 und 597; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, a.a.O., Rz. 912; KARL SPIRO, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bd. I, 1975, S. 717; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl. 2000, § 16 Rz. 27 f.; SCHWENZER, a.a.O., Rz. 39.27; EUGEN BUCHER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1988, S. 661" diye örneklendirilmiştir.

25 Azınlıkta kalan yazarları Federal Mahkeme "WOLFGANG WIEGAND, Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Gauchs Welt, Tercier und andere [Hrsg.], 2004, S. 707, 717 ff. [im Folgenden: Rückabwicklung]; BRUNO SCHMIDLIN, Berner Kommentar, 1995, N. 86 ff., 97 ff. zu Art. 31 OR; vgl. dazu auch HARTMANN, Rückabwicklung, a.a.O., S. 12 f. Rz. 19" olarak belirtmiştir.

nedeniyle tek taraflı olarak bağlamazlık etkisi gösteren sözleşmede de şeklen de olsa bir uyuşma olduğu için sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine dönüşeceği görüşü reddedilmiştir.

Yine Federal Mahkemenin belirttiği üzere²⁶, sakat bir irade ile kurulmuş olan sözleşmenin geçerli bir sözleşme olarak kurulmadığı ve buna bağlı olarak da ifa edilen edimlerin geçerli bir hukuki sebebi bulunmaksızın ifa edildiği kabul edilir. Sözleşmesel bir hukuki sebebe dayalı iade talebinde bulunmak mümkün olmadığından, dayanılacak hukuki temel sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümleri olacaktır. Sözleşmede irade sakatlığının varlığı olgusu, içtihatlarda kısmen yer verildiği üzere, sözleşmenin karşılıklılık ilişkisi içinde sadece sözleşme ile bağlı olmayan tarafın değil, karşı tarafın da edimini geri alabilmesini sağlar. Yanılma nedeniyle sakatlanan sözleşmedeki iade taleplerinde sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanması uzun yıllar boyunca uygulamada ve öğretide hakim görüş olduğu gibi, öğretide yakın zamanda da halen oldukça hatırı sayılır sayıda taraftar toplamaktadır. Bu noktada Federal Mahkeme HARTMANN'ın görüşlerini dikkate almıştır. Yazara göre, *“İBK m.62/2 hükmünün metni ve hükme dayanan içtihatlara baktığımızda hükümsüz ya da irade sakatlığı ile sakat olan sözleşmelerde, sebepsiz zenginleşme ya da şartlarına göre istihkak hükümlerinin uygulanması gerekliliği karşısında, sözleşmenin karşı tarafının sözleşme ile bağlı olması nedeniyle, sözleşmeden doğan edimleri ifa etmesi gerekmektedir. Bu durumda, sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasının hukuk politikası açısından arzu edilen sonuçları olacağı, bu nedenle sözleşme çerçevesinde sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulanmasının de lege feranda açısından lehine olduğunun söylenebilecektir”*²⁷.

Özellikle Federal Mahkemenin bakış açısına göre, sürekli edim yükümü içeren sözleşmelerde sözleşmeden dönmenin sınırı açısından bakıldığında, özellikle sözleşmenin ediminin konusu yapma ya da kaçınma yükümü olup, bu yükümün tam ya da kısmi olarak ifa edildiği hallerde edimin iadesi mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlar için Federal Mahkeme sözleşmenin iptal edilmesinin sonuçlarının ileriye etkili olarak doğacağını kabul etmektedir²⁸.

Federal Mahkemenin son kararlarında ortaya koyduğu tüm kriterler, uygulamada sonradan geçersiz hale gelen sözleşmelerden doğan edim iadelerinin yanısıra geciktirici şarta bağlı olup, kısmen ifa edilmiş ancak şartın gerçekleşmemesi sözleşmenin kurulmadığı hallerde de uygulanması kabul edilmektedir²⁹. Baştan itibaren geçerlilik kazanmamış bir sözleşmeye sözleşmesel tasfiye ilişkisi uygulamaya çalışmak, Federal Mahkemeye göre zorlama bir çözümdür. Federal Mahkeme bu noktada BGE 129 III 264 kararına da değinerek, hiç geçerlilik kazanmamış bir sözleşmeye sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanmasının yanlış olacağını öne sürmüştür. Ancak, tarafların şarta bağlı yapılan bir sözleşmede, yapılan ödemelerin geri ödemesinin nasıl yapılacağına dair bir belirleme yapmışlarsa, bu tip düzenleme yapmış olmaları nedeniyle istisna olarak sözleşme hükümlerinin uygulanacağını ifade etmiştir³⁰.

26 BGE 137 III 243, E 4.4.3.

27 BGE 137 III 243, E 4.4.3.

28 BGE 137 III 243, E 4.4.4.

29 BGE 129 III 264.

30 BGE 137 III 243 E 4.4.5.

Taşınmaz satışlarının da şekle aykırı yapılması halinde de, şekil şartının yerine getirilmediği sözleşmenin, hükümsüz bir sözleşme olduğu kabul edildiğinden, sözleşmenin kurulduğu sırada bu hükümsüzlükle karşılaşacağını ummayan tarafların hükümsüz olan sözleşme için ödenen bedelin iadesine ilişkin talebi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşecektir³¹.

Federal Mahkeme iade taleplerinin hukuki yapısına dair tüm bu görüşlerini ortaya koyduktan sonra özetle şekle aykırılık ya da irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin hükümsüz olduğu hallerde tarafların ifada bulunduğu edimlerin iadesi için sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanmasının yerinde olacağı kanaatine varmıştır. Sözleşme, ancak başta geçerli olarak kurulmuş olmasına rağmen sonradan ortadan kalktığında sözleşmesel bir ilişkinin bulunması nedeniyle sözleşmesel hükümler uygulanacaktır. Böyle bir iade ilişkisinin, kötü ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde de uygulanacağı uygulamada kabul edilmektedir. Eskiden beri kabul gören bir uygulama da taraflardan birinin ödene gücünü kaybetmesi nedeniyle sözleşmeden dönme halinde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması yönündeydi ki bu konuda ısrar etmek hususunda tereddütler söz konusudur. Bir başka uygulamada İBK m. 119/II hükmü çerçevesinde geçerli olarak kurulmuş iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede taraflardan biri kusuru olmaksızın sonradan ortaya çıkan imkansızlık nedeniyle kendi edimini yerine getirmekten kurtulduğu takdirde, karşı taraftan aldığı edimi de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek durumundadır³².

Federal Mahkeme aynı kararında, tüm bu çıkarımlardan hareket ederek somut olayın konusu olarak kapıdan satışlarda cayma hakkını ele almıştır. İsviçre Borçlar Kanununun kapıdan satışlara ilişkin İBK m.40-a vd. hükümleri çerçevesinde cayma hakkının sözleşmesel bir iade ilişkisi olduğunu öne süren yazarlar, İBK m. 109 hükmünün kıyasen uygulanmasını gerektiren, sözleşmeden dönmeden doğan bir iade ilişkisi olarak kabul etmektedir. Ancak Federal Mahkeme bu görüşü reddettiğini açıkça belirtmiştir. İBK m. 40-a vd. hükümlerindeki cayma hakkını kullanacak kişinin durumu, esasen sözleşmedeki irade sakatlığı ya da şekil hükmüne uyulmaması nedeniyle sözleşmenin kurulduğu esnada var olan aykırılıklar sebebiyle sözleşmeyi bozma hakkına sahip düşünmeden hareket etmiş ya da hataya düşmüş olan taraf ile benzerdir. Kapıdan satış ve benzeri sözleşmelerde tanınan İBK m.40 hükmündeki cayma hakkı bozucu yenilik doğuran bir hakkı kullanmak anlamı taşır. Cayma hakkının amacı zayıf konumda olan tüketicinin yanıltılarak ya da aldatılarak kurduğu sözleşmelerde koruma amacı taşımaktadır. Ona özgür iradesi ve imkanları ile iyice düşünüp taşınarak sözleşmenin yükümlerini üstlenmesi imkanı tanımaktadır. Cayma hakkının temelinde sözleşme görüşmeleri sırasında satıcının durumu kötüye kullanmak suretiyle alıcı üzerinde önemli bir etki bırakmış olması gibi rizikolar yer alır. Temerrütte ifanın tam olarak gerçekleşmemesi nedeniyle İBK m. 109 çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gibi bir hal ise sözkonusu değildir. Bu sonucu, İBK m. 40.a vd. hükmü düzenlenen kapıdan satışa ilişkin hükümlerin maddelerin yasal sistematik içinde sözleşmelerin kurulmasına ilişkin hükümler içinde yer almasından da çıkarılan Federal Mahkeme, cayma hakkı için tanınan

31 BGE 137 III 243 E 4.4.6.

32 BGE 137 III 243 E. 4.4.7.

40.e maddesindeki gibi yedi günlük süreyi de, geciktirici şart gerçekleşinceye kadarki süreçte sözleşmenin hükümlerinin askıda doğmasını sağlayacağı şeklinde yorumlamaktadır³³.

Tartışılan sorun, hukuk güvenliği ve dengesi açısından müşterek bir uygulama sağlayabilmek amacıyla hangi iade düzeninin kabul edilmesi gerektiği hususundadır ve bu tercih açısından belirleyici olan nokta da cayma hakkı için uygulanacak iade hükümlerinin, irade sakatlığı, şekle aykırılık gibi kuruluş aşamasında sözleşmenin kuruluş aşamasında meydana gelen geçersizlik halleri için uygulanan sistemle de paralellik göstermesi olacaktır. Federal Mahkeme de tüm yorumları neticesinde kuruluş aşamasındaki iade taleplerine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği bu nedenle m. 67 hükmündeki bir yıllık zamanaşımı süresine tabi olacağı sonucuna varmıştır. Bu uygulama, Federal Konsey'in kanunlaştırma çalışmaları sürecindeki tutumu, kurulmuş olan bir sözleşmenin feshine ilişkin düzenlemeleri ile de uyum sağlayacaktır. İBK m. 40.a vd. tüketickiye sözleşmenin bağlayıcılığından kurtulması için elverişsiz şartlar altında özgür iradesini ortaya koyabilme imkanı sağlamaktadır. Tüketiciyi koruma amacı gereğince on yıllık bir zamanaşımı süresinin daha avantajlı olmasının, İBK m. 40 vd. hükümlerinden bu sonucun çıkarılmasını sağlamaya yetmeyeceğini belirten Federal Mahkeme, cayma beyanında bulunan tarafın bir yıllık süre içinde iade talebinde bulunmak için gerekli yollara başvurmasının mümkün ve beklenebilir olduğunu ve sözleşmenin karşı tarafını on yıllık zamanaşımı süresince talepte bulunulup bulunulmayacağı hususunda belirsizlik içinde bırakmanın ise hukuk güvenliği ve adaleti açısından yerinde olmayacağını öne sürmektedir. Bu gerekçe ile sebepsiz zenginleşmeden doğan bir yıllık zamanaşımı süresinin uygun olacağı sonucuna varmıştır³⁴.

III. İSVİÇRE ÖĞRETİSİNİN FEDERAL MAHKEMENİN BGE 137 III 243 NO.LU KARARI İLE İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Söz konusu kararın önemi, ilk bakışta, kapıdan satışlarda cayma hakkının kullanılması halinde iade talepleri için sebepsiz zenginleşme ya da sözleşmesel zamanaşımı hükümlerinden hangisinin uygulanacağını belirlemesidir. Ancak, kararda aynı zamanda, farklı sözleşme geçersizlikleri ve aykırılıklarına ilişkin iade taleplerinin de hukuki yapısı incelenmiştir. Söz konusu kararlar, Federal Mahkeme, sebepsiz zenginleşmenin uygulama alanını büyük ölçüde kısıtlayan ve nisbeten yeni bir görüş olan sözleşmesel tasfiye ilişkisi görüşü üzerinde durulmuştur. Federal Mahkemenin tüm bu yorumlarının, öğretinin sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüşmesi yaklaşımını (umwandlungstheorie) kabul eden oldukça önemli bir kesiminin görüşüne aykırı olduğu görülmektedir.

İrade sakatlıklarında sözleşmenin iptal edilmesi ile birlikte doğacak olan iade talepleri için sözleşmenin yeni bir tasfiye ilişkisine dönmesi fikrine sıcak bakmadığını ortaya koymuştur. Böylece geleneksel anlayıştan ayrılmamaktan yana görüşünü belirtmiştir. İrade sakatlığı nedeniyle iptal edilen sözleşmede ifa edilmiş edimin iadesi, karşı edimin de geri verilmesini gerekecektir.

33 BGE 137 III 243, 4.5.

34 BGE 137 III 243, 4.5.

Aynı zamanda İBK m. 62 hükmünün gerekçesine bakıldığında İBK m. 23 hükmündeki tek taraflı bağlamazlık teorisini desteklediği de belirtilmektedir. Cayma hakkı açısından Federal Mahkemenin ortaya koyduğu sonuca gelince normların amacı açısından bakıldığında cayma hakkı irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin iptali amacına hizmet etmektedir. Kapıdan satışlarda cayma hakkını düzenleyen İBK m. 40 vd. Hukuk sistematigi açısından sözleşmenin kuruluşuna ilişkin düzenlemelerde yer verilmesinden bu sonucu çıkarmak mümkündür. Bu nedenle doğacak iade talepleri de sebepsiz zenginleşme hükümlerinin yapısına uygun olduğundan zamanaşımı süresi de sebepsiz zenginleşme talepleri için düzenlenmiş olan İBK m. 67 hükmündeki zamanaşımı süresi olacaktır. Federal Mahkemenin iade talepler ve uygulanacak zamanaşımı sürelerine ilişkin ortaya koyduğu tavır, yasal açıdan uygulamadaki tartışmalara son noktayı koyarak bir kesinlik kazandırdığı söylenebilir³⁵.

Ancak Federal Mahkemenin uygulama açısından ortaya koyduğu bu net tavrın öğretiyi tam anlamıyla tatmin ettiği söylenemez.

İsviçre ve Türk Hukuklarında öğretisi ve uygulamada alışlageldiği üzere sözleşmenin iptali, askıda hükümsüz olan sözleşmenin başından itibaren hükümsüz kılar, sözleşmenin iptali geçmişe etkilidir. İptal ile birlikte sözleşme hiç var olmamışcasına eski hale getirmek için, daha önceden verilmiş olan edimlerin iadesi gereklidir. Alman Hukukunda, BGB 146 da da iptalin geriye etkili olduğu, “iptal edilen işlem baştan itibaren hükümsüz kabul edilmelidir” şeklinde hükme bağlandığını dikkate alan İsviçre öğretisi, Alman Hukuku ile de bir paralellik kurmak istemiştir. **Ancak yine de, öğretilerde görüş birliği sağlanamamıştır.** Sözleşmenin kurulması anında irade sakat olduğu takdirde iradeler uyuşmamış sayılır. İptal hakkının kullanılması ile iradeler arasında uyuma sağlanamamış olan sözleşme hiç varolmamışcasına ortadan kalkar ve sözleşmenin iptalinin sonuçları etkisini göstermeye başlar.³⁶

İBK m. 107 hükmüne göre sözleşmeden dönme halinde, yerleşik öğretilere göre anlaşmanın sonuçları geriye dönük olarak ortadan kalkar iken³⁷, yeni bir görüş, sözleşmeden dönme hakkının doğuracağı etki açısından farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur³⁸. Buna göre sözleşme ilişkisinden doğacak haklar geriye dönük olarak etkisini yitirirken edimlerin iadesi yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, yeni bir tasfiye ilişkisi doğar ya da bir başka deyişle sözleşmenin yerine geçer. Başlangıçta edim yükümlülüğü olarak karşımıza çıkan ilişki artık taraflar arasında, geriye etkili olarak tüm edimlerin geriye döndürülmesini sağlayacak olan bir “edimlerin iadesi” ilişkisine dönüşmüştür.

35 Isabelle MONFERRINI/Hans Caspar CRONE, Dir Rückabwicklung Mangelhafter Verträge, SZW/RSDA 5 (2011) SZW/RSDA, 5/2011 s: 496.

36 SCHMIDLIN, , N.12.

37 BGE 61 II 255 ff.; V. TUHR/ESCHER, OR-AT II, s.155 vd.; Hermann BECKER, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941, Art. 109 N. 1 ff.; Hugo OSER/Wilhelm SCHONENBERGER, Zürcher Kommentar, Bd. V, Das Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929, Art. 109 OR N.2 vd..

38 Alfred KOLLER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2017, 14, N. 268 ff., s:307 ff.; Peter GAUCH/Walter R. SCHLUEP/Jörg SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, s.354 ff. N.1570 ff. Ayrıca bkz. Aşağıda, s.23, dn.62.

Bu yeni yaklaşım sözleşmeden dönme ilişkisinin sözleşmesel bir zemin içinde gerçekleştirildiğini öne sürmektedir. Bu yaklaşım ile zenginleşmenin iadesi ve tasfiyesinden kaynaklanan sorunların da bertaraf olacağı öne sürülmektedir³⁹.

İptal hakkının kullanılması ile birlikte, daha öncesinde ifa edilmiş olan edimlerin iadesine ilişkin hangi hükümlerin uygulanacağına ilişkin tartışma esas itibarıyla sağlıklı bir irade ile kurulmamış bir sözleşmede iptal hakkı ileri sürülünceye kadarki zaman zarfında ifa edilmiş olan edimlerin geçersiz bir sözleşme çerçevesinde mi ifa edildiği yoksa bir sözleşme ilişkisi içinde mi ifa edildiğinin kabulüne göre değişiklik gösterecektir.

Federal Mahkemenin sakat bir irade ile kurulmuş olan bir sözleşmenin baştan itibaren hüküm doğurmayan bir sözleşme olmasına rağmen, sözleşmesel bir tasfiye ilişkisinin uygulanmaya çalışmasının zorlama bir yaklaşım olduğuna dair iddiası, öğretide eleştirilmiştir. Federal Mahkeme ile aksi görüşte olan SCHMIDLIN' e göre⁴⁰, iptal edilen sözleşme aslında geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmedir. İrade sakat bile olsa temelde bir irade var olduğundan sözleşme kurulmuş sayılmaktadır (Normativ konsens). Tereddüt uyandıran nokta, sözleşmenin er ya da geç iptal edilinceye kadar, sadece tek bir taraf açısından mı bağlayıcı olmadığı (*Ungültigkeitstheorie* – tek taraflı bağlamazlık teorisi) yoksa her iki tarafında mı sözleşme ile bağlı olmayacağı (*anfechtungstheorie* – iptal teorisi) noktasında olacağını belirten yazar, irade sakatlıklarında iptal hakkı ile kapıdan satışlar için düzenlenen cayma hakkının da aynı kefeye konmasının mümkün olmadığı kanaatindedir. Cayma hakkı icap ya da kabulü hiç yapılmamışçasına geçersiz kılar, ancak hükümsüz sözleşmelere uygulanan sebepsiz zenginleşme ya da istihkak hükümlerinin uygulanması hususunda fikir birliği yoktur. Cayma hakkı ile dönme hakkı arasında, her ikisi için de sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerine göre iade talepleri öngörülmesine rağmen, iptal edilen sözleşme ile ifa edilmemiş olan sözleşme arasında olduğu gibi bir benzerlik bulunmadığı öne sürülmüştür. Bu nedenle, Federal Mahkemenin görüşünün aksine elverişsiz sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümleri yerine dönüşüm teorisi gereğince sözleşmeden dönme hükümlerinin uygulanmasının avantajlı olacağı ifade edilmiştir.

Federal Mahkemenin yorumu, Hartmann'a yaptığı atıftan hareketle, uzun zamandır büyüyen güven ilkesi, güven sorumluluğu, ifa engelleri, sözleşmeden dönme hatta irade sakatlığı gibi sözleşmesel kurumların gözden geçirilmesi ihtiyacını doğuracaktır. Bunun da, daha büyük bir probleme yol açacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Komisyonun görüşleri yasa gibi bağlayıcı değildir. Sözleşmenin iptali sonucunda sebepsiz zenginleşme ile istihkak hakkı için tanınan seçim hakkı, yasalaşma süreci öncesi çalışmalarda tartışma konusu yapılmış olup yasada üzerinde hiç durulmamıştır. Sebepsiz zenginleşme davasına sadece İBK m. 119/2 hükmünde yer verilmiştir. Bu da sonradan ortaya çıkan imkansızlığı sözleşmenin iptali ile değil hükümsüzlük ile ilişkilendirmek içindir. Kendiliğinden anlaşılacağı üzere, İBK m. 19-20 hükümleri çerçevesinde

39 WEBER, Rolf H., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR. Bern 2000, Art 109, N 46 ff.; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1570 ff.,

40 SCHMIDLIN, N.16 vd.

hükümsüz bir sözleşme, sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine dönüşmeyecektir. Gerçi öğretilerde bazı yazarlar, Kanun'un ifadesinden bu anlamı çıkarmakta dahi tereddüttedir.⁴¹

Yasa hiçbir zaman irade sakatlıklarının sözleşmeye etkisine dair tek taraflı bağlamazlık hususunda kestirip atan, basmakalıp bir tavır sergilememiştir. İBK m. 31, ya sözleşme ile bağlı kalınmak istenmediğini açıklayıp kendisindeki edimi iade etmek ya da ya da yasanın aksi takdirde onaylanmış sayılacağına dair lafzı çerçevesinde onaylamak açısından alternatif sunmak üzere düzenlenmiş bir hükümdür. Bu sözleşmenin varlık kazandığı, ancak bağlamazlık gereğince daha fazla varlığını sürdüremeyeceği ve mevcut edimlerin iadesinin gerekeceği anlamına gelir. İadenin hangi yoldan sağlanacağı hususuna ise, İBK m.31 hükmünde yer verilmemiştir. Önemli olan sözleşmenin kurulmasından önceki şartlara dönebilmeyi sağlamaktır⁴².

Öğretilerdeki baskın görüş ve içtihatlar⁴³ sözleşmenin iptalinden doğan iade yükümlülüğünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu açılacak davanın da sebepsiz zenginleşme davası olduğu kanaatini paylaşmaktadır. Sözleşmenin geriye etkili olarak geçersiz olması onu baştan itibaren hükümsüz kıldığı için hükümsüz bir sözleşme gibi kabul edilmesine sebep olur. İptal, sebepsiz zenginleşme ve istihkak hükümlerine dayanarak sözleşmenin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesini sağlamak içindir. Malvarlığına hiç geçmemiş olan edimler sebepsiz zenginleşme talebine, geri verilmesi gereken malvarlığı ise istihkak talebine konu olacaktır. Her iki talep de sözleşmesel taleplere kıyasen tali taleptir, sözleşme iptal edilmiş de olsa aynı durum söz konusu olacaktır⁴⁴.

Kuşkusuz sebepsiz zenginleşme davası ile (sözleşmeden önceki) eski hale dönmek ve sözleşmenin iptali ile ortaya çıkan duruma uyarlanmak açısından ağır bir çözümdür. Bu sözleşmenin dolaylı etkilerinin göz önüne alınması gerektiğinde sözleşmesel taleplere kıyasen oldukça yıpratıcı etkileri olacağı yolunda sonuç çıkarmak mümkündür. Elbette kimse şimdiye kadar ki uygulamanın aynı sonucun yararına işaret ettiği hususunda şüphe duymayacaktır. Asıl soru iptal edilen sözleşme temelinin de böyle bir tasfiye ilişkisine uygun olup olmadığıdır⁴⁵.

Sözleşmeden dönme halinde sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasının kabulü, aynı sistemin iptal edilen sözleşmeye de uygulanması halinde sonrasında ortaya çıkabilecek problemler üzerinde iyice düşünülüp taşınması gereken bir meseledir. Her iki durumda da benzer yönler bulunmaktadır. Sözleşmeden dönmeye dönülen sözleşmenin geçerli bir sözleşme olduğu varsayılmaktadır. Sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali talebi sadece görünüşte geçerli ancak taraflardan biri açısından bağlayıcı olmayan bir sözleşmede yöneltilmektedir.

41 SCHMIDLIN, N.17. SCHMIDLIN, bu görüşte olan yazarlara örnek olarak WIEGAND'ı örnek göstermiştir. Bkz. SCHMIDLIN, N.17.

42 SCHMIDLIN, N.18.

43 BGE 134 III 343 E 2.4.; BGE 132 III 242.

44 SCHMIDLIN, N.19

45 SCHMIDLIN, N.20

Bu tarafların sözleşme ile bağlanmaları ve sonra ayrılmalarındaki menfaat yine sözleşme temelinden kaynaklanır. Yasal bir yenilik doğuran hakkın kullanılması olan iade talebi, sözleşme öncesine iade için tasfiye ilişkisi olarak geri verme yükümlülüklerinin yerine getirilmesini sağlamak içindir. Geleneksel öğretinin ve Federal Mahkemenin sebepsiz zenginleşme (ya da istihkak) taleplerine bağlı kalması İBK m.31 hükmünün alışılagelen uygulamasına sadık kalmak içindir. Sözleşmesel tasfiye ilişkisinin uygulanmasında ise tarafların menfaatlerine aykırı bir durum söz konusu olmaz. Aksine iptal hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmeyi başlangıçtaki anına (status quo ante) döndürmek, sözleşmenin ters yüz edilmesi anlamını taşır. Federal Mahkemenin BGE 129 III 327 no.lu kararında da katıldığı ve öğretiyi yeni bir soluk getiren sözleşmesel tasfiye çözümü bir anda rafa kaldırılmamalıdır. SCHMIDLIN, olaya tarihsel bir bakış açısıyla bakıldığında dahi, sözleşmesel tasfiye ilişkisinin temeli bir anda ortaya çıkan ani bir fikir olmadığını belirterek, yasal tartışmaların dahi ötesine geçen bir temeli olduğunu belirtmektedir. Buna göre, Roma Hukuku temeline dayandığına, sonradan Pandekt Hukuku ve Doğal Rasyonel Hukukun izlerinin etkisiyle hükümsüzlük fikrinin ağır bastığına işaret edilmektedir⁴⁶.

Öte yandan, Federal Mahkeme İBK m.119/2 hükmüne ilişkin olarak açık bıraktığı soruyu da bu kararında cevaplandırmıştır. Sonradan ortaya çıkan kusursuz imkansızlıkta, sözleşme geçerli olarak kurulduğu için, borçludan edimi ifa etmesi için talepte bulunamayacak alacaklının, ifa ettiği kendi edimine dair talebinin sözleşmesel tasfiye ilişkisine tabi olması beklenebilirdi. Ancak Federal Mahkeme yasanın lafzını göz ardı etmemiş ve sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağını belirterek, sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanmasını savunan öğretideki bir kısım yazarın aksine görüş ileri sürmüştür⁴⁷.

Öğretide, Federal Mahkemenin hayal kırıklığına uğrattığı bir başka grup yazar da, şekle aykırı sözleşmelerden doğacak iade hükümlerinin sözleşmesel iade hükümleri olması gerektiğini öne süren yazarlardır. Federal Mahkeme, şekle aykırı sözleşmelerden doğacak iade hükümlerinin de sebepsiz zenginleşme temeline dayandırılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸.

Federal Mahkemenin ilgili kararına, kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin tutumu yönünden de eleştiri yöneltilmiştir. Buna göre Federal Mahkemenin kapıdan satış sözleşmelerindeki cayma hakkını, sözleşmenin geçersizliği ile ilintilendirmesi uygun değildir. Avrupa Birliği Direktiflerindeki tüketici hukukuna ilişkin düzenlemelerin mantığına uygun olarak cayma hakkını, kurulmuş (geçerli) bir sözleşmeden caymak olarak kabul etmek gerekir⁴⁹.

46 SCHMIDLIN, N.21,23.

47 MONFERRINI/CRONE, s.491. Yazarlar, Federal Mahkemeyi haklı gördüklerini de ifade etmektedir.

48 Alfred KOLLER, § 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückskauf / I. – III., Der Grundstückskauf, 2017, s.102, N.41, d.n.70 hükmünde, Federal Mahkemenin Christoph BURRI'nin görüşünü reddettiğine işaret etmiştir. Christoph BURRI, eserinde kendisi ile aynı görüşü paylaşan yazarlara da işaret ederek, şekle aykırı sözleşmeler için de sözleşmesel iade hükümlerinin uygulanması fikrine sıcak baktıklarını belirtmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Christoph BURRI, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 298, 2010, s.156, N.346 vd..

49 Claire HUGUENIN/Oliver DREYER, V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs – und Kartellrecht / Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen, Festschrift für Anton K. Schnyder zum

Tüm bu değerlendirmeleri öne süren yazarların hem fikir oldukları nokta; Federal Mahkemenin ilgili kararının üzerinde yeterince düşünülmeden ve belli noktaları göz ardı ederek sonuca varılmış bir karar olduğu yönündedir⁵⁰. Irade sakatlığı ile kurulan bir sözleşmeyi kendisinden etki doğmayacak bir nevi hayali şekli bir sözleşmeden ibaret görmektedir.

Öğretide, karara daha ılımlı bir bakış açısıyla yaklaşan başka yazarlar ise, kararın tüm iade taleplerini titizlikle inceleyerek kendi içinde tutarlı bir bakış açısıyla kapıdan satışlarda cayma hakkına ilişkin bir çözüm getirttiğini belirtmiştir, ancak söz konusu çözümün tutarlı olmakla birlikte kısa zamanaşımı süresini kabul ediyor olmasının tüketicinin korunması amacına ters düştüğünü öne sürmektedir. Bu sorunun ise İsviçre Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı'nın (OR 2020) Ağustos 2011 versiyonunda sebepsiz zenginleşme için üç yıllık zamanaşımı süresi öngörmesi nedeniyle kısmen çözüleceği savunulmaktadır⁵¹. Buna göre İBK m. 127 v.d. hükmünde üç yıllık ve üst süre olarak on yıllık zamanaşımı süresinin sözleşme, sebepsiz zenginleşme ve haksız fiiller için uygulanır olması öngörülmektedir. (İBK m. 130) Bedensel zararlardan doğan talepler için ise otuz yıllık zamanaşımı süresi önerilmektedir.

Kararın sözleşmenin geçersiz kaldığı hallerde aynı sözleşme ilişkisinin çözülmesi için taraflardan birinin istihkak, diğer tarafın ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olmasına kapı açan yaklaşımına getirilen eleştiriler de, çözümü İBK'nun Yeni Tasarısının (OR 2020) 79. Hükmü ile yeknesak bir sistem getirmesi olarak kabul etmektedir. Bu hükme göre, hükümsüz ya da başka nedenlerle sakatlanmış sözleşmeler de sözleşmesel tasfiye rejimine tabi olacak, bir başka deyişle dönüşüm teorisi ile savunulan sözleşmesel tasfiye ilişkisi, geçersiz sözleşme ilişkilerinin çözülmesinde de yer bulacaktır⁵².

OR 2020 Tasarısı m.79 hükmünde getirilmek istenen yeknesak sistem, mevcut yasadaki farklı iade rejimlerine ihtiyaç bulunmadığı yönünden eleştirilmektedir. Federal Mahkemenin kararında gerekçelendirmeye çalıştığı üzere sözleşmenin hükümsüz olması ya da iptali ile edimlerin iadesinin gerektiği halleri, geçerli bir sözleşmede ifa edilmiş edimlerin iadesinin gerektiği hallerden ayırmak için gerçek bir ihtiyaç yoktur. Aksine her durumda yapılması gereken şey açıkça bellidir: Edimlerin iadesini sağlamak ve sözleşmenin öncesine dönmek. Bu nedenle iadenin kapsamının ve şeklinin, sözleşmeyi geçersiz kılan nedene göre farklılaştırmanın objektif

65. Geburtstag, 2018, s.1207.

50 SCHMIDLIN, N.22.

51 Jörg SCHMID/Jonas RUEGG, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 149/2013, s.500. Yazarlar tarafından getirilen bir başka eleştiri de, Karar'ın taraflardan birinin sonradan ödeme gücüne düşmesine dair BGE 64 II 264 kararı hakkında suskun olmasına ilişkindir. Sözleşmenin geçerli olarak kurulmasından sonra sözleşmenin ifa edilmemesine yol açan bir durum söz konusu olduğu için, bu Karara göre, böyle uyumsuzluklar için çıkarılacak sonucun sözleşmesel taleplerin uygulanması yönünde olması gerekir. SCHMID/RUEGG, s.501.

52 Claire HUGUENIN/Reto M. HILTY/Tina PURTSCHERT, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil, OR 2020 79-84, Vorbemerkungen zu Art. 79-84, 2013, s.251 vd. OR 2020 Art 79 hükmü ile ilgili ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Vedat BUZ, Rückabwicklung, s.565 vd.. Ayrıca bkz. Mehmet AKÇAAL, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı(OR 2020)'nda İfa Engellerinin Sonuçları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Aralık 2018, s.161.

bir gerekçesi bulunmamaktadır. OR 2020 m. 79 hükmünün getireceği tek tip sistem geri verme borçlusunun iyiniyetli olup olmamasından bağımsız olarak tek tip bir iade sistemi getirirken, İBK m. 64 hükmünde olduğu gibi uygulamada yaşanan sorunlar da anlamını yitirecek, aynı zamanda OR 2020 m. 81 hükmünde düzenlenen tazminat hükmü ile birlikte uyumlu bir uyuşmazlıkları çözen temel hüküm haline gelecektir. Gerçi, her ne kadar yeknesak bir düzenlemenin varlığı olumlu karşılansa da salt sözleşmeyi tasfiye ilişkisine döndüren teorinin çerçevesinde bu düzenlemeyi kurmak bazı yönlerden aksaklıklara yol açabileceği tereddütleri⁵³ sona ermemiştir. Edimlerin iadesini gerektiren farklı ihtimalleri, yeknesak bir düzenlemede birleştirebilmek için teorik önyargılardan uzaklaşmak gerekmektedir⁵⁴.

Bu açıdan bakıldığında, her ne kadar iade temelini sözleşmesel tasfiye ilişkisine dönüştürmek eleştirilse de; sözleşmesel tasfiye teorisinin, Federal Mahkeme kararının aksine, hem mevcut İBK uygulaması için fazlasıyla taraftar bulan bir teori olduğu açıktır, hem de yeni İBK tasarısı için de önemli bir işlev üstleneceği görülmektedir. Bu eleştiriler çerçevesinde BGE 137 III 243 Sayılı karar irdelendiğinde, Federal Mahkeme hükmü ile güncel hukuki gelişmeleri yakalayan bir yorum yerine eskiye bağlı kalan bir yorum getirmiştir.

IV. 6502 S. TKHK m. 47 HÜKMÜNDE DÜZENLENEN “İŞ YERİ DIŞINDA KURULAN SÖZLEŞMELER”DE CAYMA HAKKI VE YARGITAY’IN YAKLAŞIMI

4077 S. TKHK’nda m.8’de düzenlenen kapıdan satış sözleşmelerine, 6502 S. TKHK’nda “İş Yeri Dışında Kurulan Sözleşmeler” başlığı altında m. 47 hükmünde yer verildi. Aynı hükmün 5. Bendinde ise tüketicinin cayma hakkı⁵⁵ düzenlendi.

Kanunda her ne kadar “cayma hakkı” terimini kullanılmışsa da, öğretilerde pek çok yazara göre bu hak bir geri alma hakkıdır. Geri alma hakkı kısmen fesihe kısmen de dönmeye benzetilmektedir. Geniş anlamı ile geri alma hakkının kullanılması ile hukuki bir durum değiştirilmiş olur. Geri almanın etkisi, kendi açısından hukuki işlemin temelini ortadan kaldıran nitelik taşıyan ya da

53 BUZ, Rückabwicklung, s.568 vd. BUZ, Stoll ile birlikte Alman Hukukunda başlayan “umwandlungstheorie” yani dönüşüm teorisinin İsviçre Hukukunda köken hukukundan daha fazla benimsendiğini, hatta geçerli olan sözleşmelerde dönme hakkının niteliğini açıklayan bir teorisinin ötesine geçerek, iptal edilen ve hatta hükümsüz olan sözleşmelere dahi hasredildiğini belirtmektedir.

Ancak İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı’nın sebepsiz zenginleşmeye ilişkin hükümlerinin sözleşme kapsamında hataen yapılan ödemelerde uygulama alanı bulurken (OR 2020 Art. 65) geçersiz ya da iptal edilmiş bir sözleşmenin edimlerinin iadesinde sözleşmesel tasfiye hükümlerinin uygulama alanı bulması gibi paradoks bir mantık içeren düzenlemeler içermesi de eleştirilmektedir. BUZ, Rückabwicklung, s.570

54 Matthias LEHMANN, Innovation durch den OR 2020 – Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015, s.337 vd.; Vedat BUZ, Rückabwicklung, s.565 vd..

55 Bkz. Leyla Müjde KURT, TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s.46; Esen KABAŞ, 6502 S. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX. Y.2015, S.3,s.79.

TKHK’nda cayma hakkı teriminin tercih edilmesinde, sözleşmeden dönme hakkının sonuçlarında klasik dönme teorisinin olumsuz etkilerinden kaçınma eğilimi olduğu yönünde bkz. Alev ERTEN, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Ankara 2009/VI, s.211.

kanundan doğan bir yenilik bir doğuran hakka karşılık gelmektedir⁵⁶. Ancak Kanun'un "çayma" terimini tercih etmesi nedeniyle, nitelik itibarıyla geri alma görüşüne katılmakla birlikte, biz de çayma terimini kullanmaya özen göstereceğiz.

Çayma hakkının hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide yenilik doğuran hakkın kullanılması olarak kabul edilmekle birlikte bazı yazarlar çayma hakkının kullanılmasını bozucu yenilik doğuran hakkın kullanılması olarak kabul ederken⁵⁷, bazı yazarlar değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirmektedir⁵⁸.

Kanaatimizce, bu bakış açısı sözleşmenin iade yükümlerine hangi hükümlerin uygulanacağını belirlerken de önem taşır. Çayma hakkı bozucu yenilik doğuran hak olarak kabul edildiği takdirde, sözleşme baştan itibaren hükümsüz hale gelecektir. Bu durumda, iade için uygulanacak hükümler de sebepsiz zenginleşme hükümleri olacaktır. Öte yandan, değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirildiği takdirde, sözleşme ilişkisi, iade yükümlerinin yerine getirilmesinde de belirleyici olacak; bir başka deyişle, iade yükümlerine sözleşme hükümlerinin uygulanacağını söyleyebilmek için elverişli bir hukuki zemin doğacaktır.

Gerek eksik bulunan bir geçerlilik şartı nedeniyle, sözleşmenin sonradan iptali halinde edimlerin iadesi⁵⁹, ya da sözleşmenin baştan itibaren kesin hükümsüz olarak kurulmuş

56 Çağlar ÖZEL, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998, s.76 vd..

57 Sezer ÇABRİ, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016, s.739. ÇABRİ, mesafeli sözleşmeler için çayma hakkının hukuki niteliğini incelerken, bozucu yenilik doğuran hak görüşüne katıldığını belirtmiş, iş yeri dışında kurulan sözleşmeler içinse, çayma hakkının satıcıya ya da sağlayıcıya varmasıyla birlikte, sözleşmenin kesin hükümsüz hale geleceğini belirtmiştir. Bkz.Bozucu yenilik doğuran hak olduğu yönünde, Aydın ZEVLİLER/Çağlar ÖZEL, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016, s.313.

ÖZEN, tüketici kredilerinde çayma hakkının hukuki niteliğini belirlemek yönünden bozucu yenilik doğuran hak, değiştirici yenilik doğuran hak ve geciktirici koşul görüşlerine değinmiş, konuyu Alman Hukuku yönünden de irdeleyerek çayma hakkının dönme işlevi taşıyan bir yenilik doğuran hak olduğunu belirtmiştir. Bkz. Burak, ÖZEN, Tüketici Kredilerinde Çayma Hakkının Kullanılması, 4. Tüketici Hukuku Kongresi – Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 20-21 Kasım 2014.

AYAN da, ön ödemeli konut satışlarında çayma hakkının kullanılmasına ilişkin genel görüşün, sözleşmeyi hükümsüz hale getiren görüş olduğuna işaret etmekle yetinmiş, gerekçe olarak da Federal Mahkemenin inceleme konumuz olan makalesini göstermiştir. Bkz. Serkan AYAN, Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Çayma Hakkı, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, Y. 2019, S.3, s.78 ve özellikle d.n.79.

Mesafeli sözleşmeler açısından, GEZDER de aynı yönde görüş bildirmiştir. Bkz. Ümit GEZDER, Mesafeli Sözleşmeler, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, s.340.

Taksitle satış sözleşmeleri açısından çayma hakkının, bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmesi için bkz. Mustafa ÜNLÜTEPE, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011, s.144. Aynı yönde bkz. Murat AKDİ, Taksitle Satış Sözleşmesinde Çayma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017, s.53.

SERT SÜTÇÜ'ye göre, 6502 S. TKHK'nda tüketiciye tanınan çayma hakkı düzenlemelerine ilişkin bozucu yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı kanaatindedir. Bkz. Selin SERT SÜTÇÜ, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Çayma Hakkı, Ankara 2016, s.8.

58 Mehmet DEMİR, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003, s.305 vd., özellikle s.307.

59 Bir sözleşme yapılırken TBK m. 30 hükmünde iradesi yanılma ile sakatlanan, TBK m. 36 hükmünde sözleşme kurulurken aldatmaya, TBK m. 39 hükmünde ise korkuya maruz bırakılan tarafın sözleşme ile bağlı olmadığı hükme bağlanmıştır. TBK m. 39 hükmünde ise yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan tarafın yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olmadığını bildirmemesi veya verdiği şeyi geri istememesi halinde sözleşmeyi onamış

olması⁶⁰, gerek geçerli bir sözleşmede taraflardan birinin ihlalinin edimlerin iadesini gerektirdiği

sayılacağı belirtilmiştir. İşte bu hükümlerle düzenlenen onama/iptal hakkının sözleşmenin geçerliliğine etkisine dair öğretiler farklı görüşler ileri sürülmüştür. Öncelikle belirtmek gerekir ki, öğreti sözleşme açısından mevcut bulunan sakatlığın sözleşmenin kurulduğu anda kesin hükümsüzlük teşkil etmediği hususunda hemfikiridir.

Var olan geçersizlik türünün kesin hükümsüzlük olmadığı hususunda görüş birliğine varan öğreti, kanunda irade sakatlığı halinde iptal hakkı için tanınan bir yıl sürenin geçmiş olması halinde geçerlik kazanacağını da kanunun düzenlemesi gereğince kabul ederken, iptal hakkının henüz kullanılmadığı sürede belirsizlik devam ederken sözleşmenin geçersizliğinin türünün ne olduğu hususunda ise farklı görüşler ileri sürmüştür. Bu görüşlerin incelenmesi yönünden bkz. Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s:428, N:64; Hüseyin HATEMİ/Emre GÖKYAYLA, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017, s.102, N.41 vd.; O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,1, (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, İstanbul 2019, N.757 vd.; M. Kemal OĞUZMAN/Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2019, N.551 vd.; Fikret EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s.387, N.1067 vd..

Geçersizlik teorisine göre, sözleşme baştan itibaren geçersiz olup, belirli bir süre içinde sözleşme için öngörülen geçersizlik yaptırımı uygulanmazsa sözleşme geçerlilik kazanacaktır. ANTALYA, C.V/1,1, N.756 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU; s: 428, N.65. Ancak sözleşmenin baştan itibaren her iki taraf için de mi geçersiz sayıldığı, yoksa sadece iradesi sakatlanan taraf için mi geçersiz olduğu tartışmalıdır.

Geçersizlik yaptırımı olarak kabul edilen iptal bildiriminde bulunulmamış olunması ile birlikte hükümsüz bir sözleşmenin baştan itibaren geçerli hale gelmesi düzelebilir hükümsüzlük olarak nitelendirilmiştir. Burada hükümsüzlüğü ileri sürebilmek sadece iradesi sakatlanan tarafa tanınmış olduğundan sözleşmenin geçersizlik halinin nisbi butlan olarak da nitelendirildiği görülmektedir. OĞUZMAN/ÖZ; s:124

Bölünmüş geçersizlik olarak adlandırılan bir diğer görüşe göre sözleşme yanılan (ya da hileye veya korkutmaya maruz kalan) taraf açısından bağlayıcı değildir ancak karşı taraf açısından bağlayıcıdır. Sözleşmenin iradesinde ya da beyanında sakatlık bulunan taraf açısından düzelebilir hükümsüzlük etkisi taşıdığı ancak karşı taraf için de “iptal edilme” bozucu şartına bağlı olarak geçerli olduğu ve Kanunun metnindeki iradesi sakatlanan tarafa tanınan sözleşme ile bağlı olmadığına dair bildirim bu nitelikte bir iptal hakkı olduğu öne sürülmektedir. Öğretilde, OĞUZMAN/ÖZ, s:185, N.552; Salahattin Sulhi TEKİNAY/Sermet AKMAN/Haluk BURCUOĞLU/Atilla ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s: 452, HATEMİ/GÖKYAYLA, bu görüşü savunan yazarlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

HATEMİ/GÖKYAYLA'ya göre, sözleşme kurulmuştur. Ancak iradesi sakat olmayan tarafı bağlamakta, iradesi sakat olan tarafı ise bağlamamaktadır. Bu nedenle iradesi sakat olan taraf, yanılma ya da aldatılmayı öğrenmeden veya korkutmanın etkisinden kurtulmadan önce bir tasarrufta bulunmuş olsa bile, bu ifa ettiği edimi Vindikatio ile isteyebilir. Bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s.103, N.42.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU ise, bu görüşe karşı çıkmaktadır. Bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s:426, N.67. Bir işlemin bir taraf için geçerli olmasına rağmen işlemin diğer tarafı için geçerlik taşımasının anormal sonuçlara yol açacağını belirterek bir alacağın temlikinde temlik eden tarafın hataya düşmesi halinde, sözleşme temlik alan taraf için geçerlik taşıyacağından alacak temlik alanın malvarlığında yer alırken, temlik verenin irade sakatlığı nedeniyle sözleşmenin onun açısından hüküm doğurmamasının aynı alacağın onun da malvarlığında devam ediyor olması gibi bir sonuca yol açacağını ileri sürmüştür.

NOMER'e göre, sözleşme her iki taraf için de baştan itibaren hüküm doğurmamaktadır. Bkz. Haluk N. NOMER, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017, s.68, N.44.1.

İptal teorisine göre, sözleşme başlangıçta geçerlidir, ancak iptal beyanıyla sözleşmenin baştan itibaren geçersiz kılınması mümkündür. İptal hakkı kullanılmadıkça sözleşme geçerliliğini korur. Bu görüş için bkz. EREN; s.369, N.1068. EREN açıkça gerçek olmayan iptal hakkı ile gerçek iptal hakkı ayrımını benimsemediğini belirtmiştir.

ÖZEN'e göre, irade sakatlığı hallerinde her iki taraf için de geçerli olarak kurulduğunu ancak iptal beyanının kullanılması ile birlikte her iki taraf için de baştan itibaren hükümsüz hale geldiğini kabul etmektedir. Böylelikle aşırı yaralanmaya ilişkin uygulanan geçersizlik hali ile de paralellik kurmaktadır. Bkz. Burak ÖZEN, Haksız Zilyedlikte İfade, İstanbul 2003, s.56, dn.101. İrade sakatlığı nedeniyle borçlandırıcı işlemin iptalinin, sebebe bağlılık ilkesi gereği tasarruf işlemini geçersiz kıldığını söylemek uygun olmaz. Borçlandırıcı işlemi etkileyen irade sakatlığının tasarruf işlemi sırasında da devam ettiğini kabul etmek daha uygundur. Borçlandırıcı işlemi iptal etmeye yönelik beyanın da güven ilkesi uyarınca tasarruf işlemini de kapsadığını kabul etmek gerekir. Bkz. ÖZEN, Zilyedlik, s.51, dn.95.

60 Baştan itibaren kesin hükümsüz sözleşmeler için iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. O. Gökhan ANTALYA, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019, N.3058 vd..

haller, gerekse borçlunun sorumlu olmadığı sonraki imkansızlık⁶¹ Türk öğretisini de oldukça meşgul eden konulardandır. Türk Hukukunda sözleşmeden dönmeye ilişkin teorilerden, dönmeden sonra sözleşmesel tasfiye ilişkisini kabul eden görüş öğretide daha fazla taraftar bulmaktadır⁶². Nitekim, Federal Mahkeme kararında da işaret edilen uyumsuzlıklardan biri olan

61 TBK m.136/II hükmü çerçevesinde borçlunun geri verme borcunun kapsamı bir görüşe göre sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi iken, bir görüşe göre sözleşmeye aykırı davranış söz konusudur. Bu nedenle, sözleşmesel zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerekir. Bkz. EREN. S.1458, N.4138 vd. TBK m.136 hükmünün sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi olduğu hususunun öğretilerde tartışmasız olduğu, tartışmanın sadece zamanı yönünden önem taşıdığı yönünde bkz. HATEMİ/GÖKYAYLA, s.16, d.n.14.

Hükmün eleştirisi için ve sözleşmesel iade talebinin uygulanmasının gerekliliği yönünde, bkz. Leyla Müjde KURT, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara 2016, s.257 vd..

62 Sözleşmeden dönmeye ilişkin ilk akla gelen teori, klasik dönme teorisidir. Klasik dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme, sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sanki hiç yapılmamış gibi ortadan kaldıran doğrudan bir etkiye sahiptir. Bu nedenle, dönme beyanı, sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldıran bozucu yenilik doğuran bir beyan olarak nitelendirilmektedir. Yenilik doğuran hak niteliği gereği, dönme beyanında bulunulması ile birlikte, bu sözleşmeden doğan tüm alacak hakları ve borçların sona erdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle ifa edilen edimlerin de sebepsiz hale geldiği kabul edilmektedir. Dönme beyanı, sözleşme sebebiyle gerçekleşen tasarruf işlemlerini kendiliğinden geçersiz kılmaz, ancak bu işlemler sebepten yoksun hale gelir. Bu durumda ifa edilen bu edimlerin iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenecektir. İfa edilmemiş edimler talep edilirse, hakkın sona erdiği itirazı ile karşılaşır. Sebepsiz hale gelen bu kazanımların geri verilmesine ilişkin sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması, bu nedenle de zamanı ve iade borcunun kapsamının da sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi kılınmaktadır. Bu görüşe göre, dönme sonrası tasfiye ilişkisinin niteliği bütünüyle sözleşme dışı bir olgudur. Bu nedenle ifa edilen edimler karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi istenebileceği için, iade borcunun kapsamı ve zamanı için uygulanacak hükümler de yine sebepsiz zenginleşme hükümleri olacaktır. Dava açıldığı takdirde, söz konusu dava, öğretiyeye göre, sonradan ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmenin iadesi davasıdır. Bkz. Stephan HARTMANN, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs- und Erfüllungsmängeln, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr.9, 2005, N.2 vd.; Nalan KAHVECİ, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014, s.176 vd.; Rona SEROZAN, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2017, s.502 vd.; Cevdet YAVUZ/Faruk ACAR/Burak ÖZEN, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s.184; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.517, N.1690 vd; ANTALYA, C/V,1,3, N.2966; ÜNLÜTEPE, s.145.

Klasik teori sadece sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayandırmak özellikle istihkak talepleri açısından yeterli görülmemiştir. İstihkak talebi sebepsiz zenginleşme talebinden önce geldiği için, istihkak talebine konu olacak edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi mümkün değildir. Aynı etkili dönme teorisine göre, dönme sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırır. Ancak dönme ile birlikte sadece borçlandırıcı işlem olan sözleşme değil, aynı zamanda sözleşme gereğince yapılan tasarruf işlemlerinden elde edilen kazanımlar da hükümsüzdür. Bu nedenle edimlerin iadesi aynı talep niteliğindeki istihkak talebine konu olur. Klasik dönme teorisine benzemekle birlikte, istihkak talebini esas alması nedeniyle, klasik teoriden ayrılır. Vedat BUZ, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s.120 SCHMIDLIN, Art 31, N.95; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.519, N.1692 vd...

Yasal borç ilişkisi teorisine göre sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, ancak bu sözleşmenin hükümsüzlüğü anlamına gelmez. Taraflar arasında, dönülen sözleşme ilişkisini tasfiye amacı taşıyan ve yasadan doğan bir borç ilişkisi meydana gelir. Dönme beyanından önce gerçekleşmiş olan kazanımların geçerliliği dönmeden etkilenmez, sebepten yoksun kalmış sayılmazlar. Ancak bu edimlerin iadesi için tarafların yasal borç ilişkisi çerçevesinde sözleşmesel talep hakları vardır. Bu sözleşmesel iadenin kapsamı da sebepsiz zenginleşme kurallarına göre belirlenir ancak iade talebine uygulanacak zamanı süresi, sözleşmesel taleplerde uygulanan on yıllık genel zamanı süresidir. Ayrıca bu görüşe ilişkin olarak bazı yazarlar, sözleşmeden dönme üzerine olumsuz zarar yerine olumlu zararın tazmininin gerektiğini öne sürmüştür. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, İstanbul 1993, s.967 vd.; ayrıca bkz. İlhan ULUSAN, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Y.5, S.7, s.163 vd (Yazar sonradan görüşünü değiştirmiştir.)

Diğer teorilere göre daha yeni olması itibarıyla yeni dönme teorisi olarak da adlandırılan dönüşüm teorisi, diğer teorilerden farklı olarak sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kalktığını reddeder. Bizim de katıldığımız bu teoriye göre, sözleşmeden dönme ile, sözleşme içerik değiştirerek bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Buna göre, sözleşme sona ermeyip, bir tasfiye ilişkisine dönüştüğü için de, önceden ifa edilmiş olan edimlerin iadesi de yine sözleşmesel

sözleşme ilişkisi içinde taraflardan birinin fazla ödemede bulunması halinde, fazla ödemenin iadesi için sebepsiz zenginleşme hükümleri yerine sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğine Yargıtay HGK tarafından işaret edilmiştir⁶³.

Yargıtay'ın 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 S. kararında⁶⁴, tüketicinin imzaladığı bir devremülk satış sözleşmesinden cayma hakkını kullanması üzerinde durulmuştur. Yargıtay söz konusu sözleşmeyi, tecrübe ve muayene şartıyla yapılan bir satış türü olarak nitelendirmiş, işyeri dışında imzalandığı takdirde 4077 S. TKHK 8 ve 9. Maddelerine göre kapıdan satış sözleşmesi niteliği taşıdığını belirlemiştir.

Cayma hakkının kullanılması ile birlikte, sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanlarının hüküm doğurmasının önüne geçilir ve cayma hakkı, kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış bir sözleşmeyi çözücü etkiye sahiptir. Cayma hakkı olarak adlandırılan bu hak, özünde, daha önce de belirttiğimiz üzere geri alma hakkıdır. Bu bakış açısıyla cayma hakkının kullanılmasının sonuçları irdelenirse, tarafların tasfiyeden doğan yükümlülüklerinin karşılıklı olarak gerçekleşmesi gerektiğini kabul etmek gerekir. "Cayma hakkının kullanılması ile sözleşme çözümlür ve sağlama ilişkisi yoluyla ileriye etkisizlik ortaya çıkar, ancak sebepsiz zenginleşme hükümleri tamamlayıcı nitelik taşır⁶⁵. Genel olarak sorun, iptal, dönme, fesih gibi diğer yenilik doğurucu etkiye sahip beyanlar ile cayma hakkının kullanılmasının benzeyen yönleri nedeni ile birbirlerinden ayrılmasındaki zorlukta yatmaktadır. Birbirine benzeyen bu kavramları birbirinden

bir iade talebi olarak istenecektir. Sözleşmeden dönme iradesinin açıklanması ise, değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılmasıdır. Zamanaşımı süresi, sözleşmesel zamanaşımı olan on yıldır ve hakların iadesine ne sebepsiz zenginleşme ne de haksız zilyetlikte iade hükümleri uygulanacaktır, iade borcu TBK m. 112 hükmüne göre belirlenecektir. SEROZAN, s.545; OĞUZMAN/ÖZ, C.I, s.521, N.1695; ANTALYA, C.V/1,3, N.2975 vd.; Mehmet ERDEM, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010, s.47 vd.; Işıl YELKENCİ, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.

Teorilere ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Fatma Zeynep ALTINER YOLCU, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2018, s.353 vd.. Anglosakson Hukuk sistemi karşılaştırılması yönünden faydalı bir çalışma için bkz. Çişil DURGUN ARSLAN, Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yapıtrımlar (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2019, s.11 vd..

- 63 Yargıtay HGK 14.3.2012 t., E.2011/13-748, K.2012/140. (Karar için bkz. www.kazancı.com). Kararın ayrıntılı incelemesi için bkz. Barış DEMİRSATAN, Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.3.2012 Tarih ve E.2011/13-748, K.2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, İÜHF. C. LXXI, S.2, s.563 vd. DEMİRSATAN, Yargıtay'ın sözleşme ilişkisi içindeki taraflardan birinin yaptığı fazladan ödemelere Yargıtay'ın sözleşmesel hükümleri uygulama eğilimini kısmen haklı bulmaktadır. DEMİRSATAN'a göre, bir sözleşme ilişkisinde borçtan fazla bir edimin ifa edilmesi, aşan kısmın sebepsiz kazanıldığını göstermektedir. Kanunda bağımsız bir borç sebebi olarak düzenlenen sebepsiz zenginleşme yerine sözleşme hükümlerine gidilmesi için, taraflar arasında fazla edimlerin iade edileceğine dair bir anlaşmanın bulunması gerekir. Federal Mahkeme'nin kararlarında da belirtildiği üzere, geçici ödeme öngörülen bir sözleşme ilişkisinde hesaplaşmanın yapılacağına ve eksik edimlerin tamamlanıp fazla edimlerin iade edileceğine ilişkin bir anlaşmanın bulunduğu sonucu çıkarılabilir. Buna karşılık, aynı sonuç Karar konusu uyuşmazlıkta olduğu gibi, edim miktarlarının belli olduğu sözleşmelere genişletilemez. TBK m.78 hükmünün Kanundaki düzenlenişi, sözleşme boşluğunun doldurulması kapsamında sözleşmesel temele dayanmaya olanak vermez, aksine, fazla ifade bulunan kişilere yeknesak sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması daha uygun olur. DEMİRSATAN, s.575.

64 Kaynak için bkz www.kazancı.com.

65 ÖZEL, s.104 vd.

ayırarak için, dönme ve fesihin, borç ilişkisinin yapısındaki bir değişikliğe; iptal ve geri almanın ise irade beyanının hukuksal etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik olduğu ileri sürülmektedir. Dönme aracılığı ile hükümlerini doğurmuş olan bir borç ilişkisi tersine döndürülmektedir ve bu nedenle bir tasfiye ilişkisi doğacaktır. Fesih borç ilişkisini geleceğe etkili olarak sona erdirir. Bu nedenle daha önceden ifa edilmiş edimlerin iadesi gerekmez. İptal başlangıçta geçerli ve **her iki tarafı da** bağlayan bir hukuki işlemi geriye etkili olarak geçersiz kılar⁶⁶.

Bunlara karşılık geri alma, hukuken herhangi bir eksikliği olmayan ancak kural olarak henüz kesin hüküm doğurmaya başlamamış ya da hukuki etkilerini tam olarak doğurmamış irade beyanının geriye etkili olarak kaldırılmasını amaçlar. Genel hükümlerde düzenlenen geri alma hakkı bu şekilde nitelendirilirken, tüketiciyi koruyan hükümlerdeki geri alma hakkının farklı nitelikleri olabileceğine işaret edilmiştir. Buna göre, tüketiciyi koruyan geri alma hakkı, etkili hale gelmiş bir irade beyanını etkisizleştirici ya da tam kurulmamış bir hukuki işlemin hukuksal etki doğurmasını önleyici bir işlev taşıyabilir.

Bu nedenle, tüketicinin cayma hakkını kullanmasını, sözleşmenin bağlayıcı etkisini ortadan kaldırarak ve sözleşmeyi geriye yönelik çözümlenerek bir tasfiye ilişkisinin doğuran bir irade açıklaması olarak kabul edebilmek mümkündür⁶⁷.

Yargıtay sebepsiz zenginleşmenin mi yoksa sözleşme hükümlerinin uygulanacağı tartışma konusu olduğu, bir sözleşmede sözleşme taraflarından birinin hataen fazla ödemede bulunduğu hallerde ilişkin de yine sözleşme hükümlerinin uygulanmasından yana tavır almıştır⁶⁸. 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 S. kararında da kapıdan satışlarda tüketiciye tanınan cayma hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkanı varken sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilemeyeceğini, sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifası ile sebepsiz zenginleşme taleplerinin yarışmasının mümkün olmadığını, bir sorumluluk esası seçildiği takdirde de, uyumsuzluğa uygulanacak tüm hükümlerde o sorumluluk esasına göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Buna göre faiz, zamanaşımı ve ispat gibi hususlarda da sözleşmesel sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karar verilmiştir. İlgili Karara göre, “Son zamanlarda yeni öğreti ve içtihatlarda sözleşmenin ifasına dair talep hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı eğilimi hakim olup ifası imkansız hale gelen sözleşmeden kaynaklanan edimin tazmini sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekmektedir.”⁶⁹ Bu karar ile birlikte, Yargıtay, dönüşüm teorisini desteklediğini belirterek, tüketici açısından da elverişli iade taleplerini uygulamayı tercih etmiştir.

66 ÖZEL, s.105. TBK’nda icap ve kabulün hüküm doğuracağı ana kadar geri alınabilmesine ilişkin ve de bu açıdan Türk Hukuku ile CISG açısından bir karşılaştırma yapan ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. İPEK SAĞLAM, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m.14-24), İstanbul 2013, s.116, dn.6.

67 Kapıdan satış sözleşmelerine ilişkin incelemesinde ÖZEL, her ne kadar İsviçre’de de cayma hakkının kullanılmasının sözleşmeyi tasfiye ilişkisine dönüştüğüne dair fikrin, öğretinin baskın yeni görüşü haline geldiğini işaret etmişse de (Bkz. ÖZEL, s.201), zamanaşımı yönünden genel hükümlere gidilerek sebepsiz zenginleşmenin zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtmiştir. Bkz. ÖZEL, s.207.

68 Konuya ilişkin ayrıntılı bir çalışma için bkz DEMİRSATAN, s.563 vd.

69 Yargıtay 13. HD. 17.9.2015 t., E.2015/6614, K.2015/27247 sayılı Kararı: “...devre mülk sözleşmelerinin tecrübe ve

SONUÇ

Alman Hukukundan doğan ancak “İsviçre Hukukunda Alman Hukukunda olduğundan bile daha çok sevilmek” yeni İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısında (OR 2020) etkisini daha fazla hissettiren dönüşüm teorisi, İsviçre Federal Mahkemesi’nin nisbeten yeni tarihli sayılabilecek BGE 137 III 243 tarihli kararında uygulama alanı yönünden kısıtlanmıştır. Bir başka deyişle, İBK’nun geleneksel iade talepleri ayırımına sadık kalınmış ve bu sadakat neticesinde sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade taleplerinin uygulama alanının, dönüşüm teorisi karşısında küçülmesi arzu edilmemiştir. Bizim de katıldığımız dönüşüm teorisi, özellikle tüketiciyi koruma amacı göz önünde bulundurularak yaklaşılması gereken kapıdan satış (6502 S. TKHK m.47 çerçevesinde “iş yeri dışında kurulan sözleşmeler”) sözleşmelerinde, tüketici açısından zamanaşımı başta olmak üzere diğer uygulanacak hükümler yönünden tercih edilmesi gereken, elverişli bir hukuki zemin hazırlamaktadır. Ancak Federal Mahkeme, bu noktada dahi, ilgili

muayene kaydıyla yapılan bir satış türü, işyeri dışında imzalandığı takdirde TKHK’nın 8. ve 9. maddelerine göre de kapıdan satış niteliğinde olduğu kuşkusuzdur. Bu tür satımlarda tüketiciye tanınan cayma hakkı nedeniyle, tüketici malı teslim aldığı tarihten itibaren malı belli bir süre içinde hiçbir gerekçe göstermeden reddetmekte serbest olduğu, sözleşmenin niteliği gereği beğeni yapıluncaya kadar sözleşmenin askıda olduğu ve dolayısıyla geçersiz bir sözleşmeden cayılamayacağına göre kapıdan satış olarak düzenlenen sözleşmelerde cayma hakkı verilmesi karşısında yazılı yapılmak kaydıyla bu sözleşmelerin de geçerli olduğunun kabulü gerekmektedir. (Bk 13 HD 1.6.2012 gün 2012/10851 esas 2012/14247 karar)

Somut olayda uyuşmazlığın devre mülkün davacıya satımına dair sözleşmeden kaynaklandığı sabit olup; taraflar arasında imzalanan sözleşme de geçerli olduğuna göre sözleşme sorumluluğu ve dolayısıyla TKHK nu 30. maddesi delaletiyle TBK 112. maddesindeki borca aykırılık esaslarına göre davanın çözümü yerine sebepsiz zenginleşme hükümlerine gidilmesi mümkün değildir. Öncelikle belirtilmelidir ki borç ilişkilerini düzenleyen BK da borcun kaynakları sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gösterilmiştir. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile diğer sorumluluk sebeplerinin birlikte bulunması halinde hakların yarışması sözkonusu olur. Davacı dilekçesinde hangi sorumluluk nedenine dayandığını açıkça bildirmediği için hakim bununla bağlı değildir. Maddi olayları açıklamak tarafa, hukuki vasıflandırmayı yapmak ise hakime aittir. Hakim davaya uygulanacak hukuksal nedeni resen araştırıp uygulamakla mükelleftir. Uygulanacak kanun maddelerinin eksik ya da yanlış göstermesi önemli olmayıp bu konuda tarafların bildirdiği hukuki sebeple de bağlı değildir (HMK’nın 33. maddesi). Bu durumda davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan TBK 60. maddesinde “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilirse hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” düzenlemesine yer verilmiş ise de sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkânı varken sebepsiz zenginleşme gerçekleşmeyeceğinden bu şartlara göre inceleme yapılamaz. Başka deyişle sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifası ile sebepsiz zenginleşmenin iadesi taleplerinin yarışması mümkün görünmemektedir.

Yukarıda izah edildiği üzere davacı kendisine en uygun iade hakkı sağlayan sorumluluk sebebine dayanarak dava açmakta serbest ise de bir sorumluluk esaslı seçildiğinde faiz, zamanaşımı, ispat gibi konularda da o sorumluluk hukuku uygulanır. Örneğin 818 Sayılı BK 96. maddesinde davalının kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe sözleşmenin ifa edilememesinden doğan zararlardan sorumlu olacağı hüküm altına alındığından davacı sadece zarar miktarını ispatla yükümlüdür. Bu sebeple bazı noktalarda bir sorumluluk esasına diğer noktalarda diğer sorumluluk esasına dayanılmasına kanun cevaz vermemiştir. Faile karşı hangi sorumluluk esasına dayanılıyorsa o esasın bütün hükümleri uygulanır (Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, 2008 güncellenmiş baskı, s. 702., Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 12. baskı, s. 807). Nitekim aynı ilkeler YHGK nun 06.01.1968 gün ve 1966/T-1728 K.6 sayılı, 09.02.2005 T. 17/09/20152005/11-20 E. 34 karar sayılılarda benimsenmiş olup YHGK nin 14.03.2012 Tarih ve 2011/13-748 esas 2012/140 Sayılı kararında; iktisap edilen değer in iade yükümü bir sözleşmeden kaynaklandığı takdirde sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı kabul edilmiştir. Son zamanlarda yeni öğreti ve içtihatlarda sözleşmenin ifasına dair talep hakkında sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanmayacağı eğilimi hakim olup ifası imkansız hale gelen sözleşmeden kaynaklanan edimin tazmini sözleşme hükümleri doğrultusunda çözümlenmesi gerekmektedir.” www.kazanci.com

kararında geleneksel yaklaşımından ayrılmamıştır. Bu açıdan bakıldığında, kanaatimizce Yargıtay'ın sözleşme hükümlerini uygulamak tercihini, benzer kurumları yorumlarken şartlar elverdiği sürece koruduğu ve tutarlı davrandığı söylenmelidir. Bir bakıma Yargıtay, İsviçre Hukuku'nda getirilmek istenen yeknesak sisteme ve sözleşmesel tasfiye ilişkisinin genişleyen uygulama alanına, İsviçre Federal Mahkemesi'ne kıyasen çok daha pozitif bir konumda yer almaktadır.

KAYNAKÇA

- ACOCCELLA, Domenico, II Schuldrecht, insbesondere Vertrags und Haftpflichtrecht / Rechtsdogmatik und Legitimation eines Vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses bei Vertragsentstehungsmangeln, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.491-513.
- AKÇAAL, Mehmet, İsviçre Borçlar Kanunu Genel Hükümler Tasarısı(OR 2020)'nda İfa Engellerinin Sonuçları, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.2, Aralık 2018, s.141-165.
- AKDİ, Murat, Taksitle Satış Sözleşmesinde Cayma Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2017.
- ALTINER YOLCU, Fatma Zeynep, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Satıcının Ayrıptan Sorumluluğu, İstanbul 2018, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- ANTALYA O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,1 (Temel Kavramlar, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,2, (Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri, Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri) İstanbul 2019.
- ANTALYA, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1,3, (Borçların İfası, Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları: Borcun İfa Edilmemesi – Borçlunun Temerrüdü) İstanbul 2019.
- AYAN, Serkan, Ön Ödemeli Konut Sözleşmesinde Alıcının Sözleşmeden Cayma Hakkı, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIII, Y. 2019, s.53-96.
- BECKER, Hermann, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941.
- BURRI, Christoph, Tendenzen zur Stabilisierung des Schuldvertrags Regeln und Entwicklungen, die das Zustandekommen, die Gültigkeit und die Fortdauer des Vertrags begünstigen AISUF – Arbeiten aus dem Juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz Band/Nr. 298, 2010.
- BUZ Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Sözleşmeden Dönme).
- BUZ, Vedat, Rückabwicklung gescheiterter Verträge, SJZ 111/2015, s.565-576. (Rückabwicklung)
- ÇABRİ, Sezer, 6502 Sayılı Kanun'a Göre Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ankara 2016.
- DEMİR, Mehmet, Kapıdan İşlemlerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 2003
- DEMİRSATAN, Barış, Türk Borçlar Kanunu'nun 78. Maddesinin Uygulama Alanına İlişkin Olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 14.3.2012 Tarih ve E.2011/13-748, K.2012/140 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi, İÜHFH. C. LXXI, S.2, s.563-576.
- DURGUN ARSLAN, Çisil, Türk Hukuku ile Karşılaştırılmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar (Yayınlanmamış Doktora Tezi) İstanbul 2019.
- ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul 2010.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019.
- ERTEN, Alev, Türk ve Alman Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler, Ankara 2009/VI.

- FUHRER, Stephan, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts (50), HAVE 2019.
- GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R./SCHMID Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I.
- GEZDER, Ümit, Mesafeli Sözleşmeler, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Derleyen: M. Murat İNCEOĞLU, İstanbul 2015, s.327-342.
- GIGER, Hans, Der Grundstückskauf, Art. 216-221 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Kauf und Tausch, Berner Kommentar Band/ Nr. VI/2/1/3, 1997. (Grundstückskauf)
- GIGER, P. Hans, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 1. Teilband Kauf und Tausch Die Schenkung, 1. Abschnitt Allgemeine Bestimmungen Der Fahrniskauf, Artikel 184-215, Bern 1979. (Kauf und Tausch)
- HAHN, Anne Catherine, Hand Kommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen – Art 1-183, 2012.
- HARTMANN, Stephan, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen Kritischer Vergleich der Rechtslagen bei Entstehungs – und Erfüllungsmängeln, Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft Band/Nr.9, 2005.
- HATEMİ, Hüseyin/GÖKYAYLA, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2017.
- HONSELL, Heinrich/VOGT, Peter Nedim/WIEGAND, Wolfgang, Art. 1-529 OR. Obligationenrecht I. Basler Kommentar, Basel 2015.
- HUGUENIN, Claire/DREYER, Oliver, V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs – und Kartellrecht / Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen, Festschrift für Anton K. Schnyder zum 65. Geburtstag, 2018, s.1197-1216.
- HUGUENIN, Claire/HILTY, Reto M./PURTSCHERT, Tina, Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für Einen Neuen Allgemeinen Teil.
- KABAŞ, Esen, 6502 S. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunla İşyeri Dışında Kurulan Sözleşmelere İlişkin Olarak Getirilen Değişiklikler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XIX. Y.2015, S.3, s.73-100.
- KAHVECİ, Nalan, Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Ankara 2014.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.
- KOLLER, Alfred, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bern 2017. (Obligationenrecht)
- KOLLER, Alfred, § 3 Vom Formmangel und seinen Folgen Der formungültige Grundstückskauf / I. – III., Der Grundstückskauf, 2017. (Formmangel)
- KOLLER-TUMLER, Marlis, OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, (OFK-Orell Füssli Kommentar), 3. Überarbeitete Auflage 2016.
- KURT, Leyla Müjde, TKHK Açısından Kapıdan Sözleşmelerde Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s.44-68. (Geri Alma)
- KURT, Leyla Müjde, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara 2016. (İmkansızlık)
- LEHMANN, Matthias, Innovation durch den OR 2020 – Entwurf: Die Vorschriften über die Liquidation, SZW 2015, s.337-350.
- MONFERRINI Isabelle/CRONE Hans Caspar, Dir Rückabwicklung Mangelhafter Verträge, SZW/RSDA, 5/2011.
- NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2017.

- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2019.
- OSER Hugo/SCHONENBERGER Wilhelm, Zürcher Kommentar, Bd. V, Das. Obligationenrecht, Art. 1-183, 2.A. Zürich 1929.
- ÖZEL, Çağlar, Mukayeseli Hukuk Işığında Tüketiciyi Koruyan Geri Alma Hakkı, Ankara 1998.
- ÖZEN, Burak, Tüketici Kredilerinde Cayma Hakkının Kullanılması, 4. Tüketici Hukuku Kongresi – Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, 20-21 Kasım 2014. (Cayma)
- ÖZEN, Burak, Haksız Zilyedlikte İade, İstanbul 2003. (Zilyedlik)
- SAĞLAM, İpek, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m.14-24), İstanbul 2013.
- SCHMID, Jörg/RUEGG, Jonas, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 149/2013
- SCHMIDLIN, Bruno, Art 23-31 OR. Allgemeine Bestimmungen: Mängel des Vertragsabschlusses, Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 2. Teilband. Unterteilband 1b. Vorbemerkungen und Kommentar zu Art. 23-31 OR, Berner Kommentar, Bern 2013.
- SEROZAN, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- SERT SÜTÇÜ, Selin, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Hükümlerine Göre Tüketicinin Cayma Hakkı, Ankara 2016.
- TEKİNAY, Salahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- ULUSAN, İlhan, Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi, MHAD, Y.5, S.7.
- ÜNLÜTEPE, Mustafa, Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Taksitle Satım Sözleşmesi, İstanbul 2011.
- WEBER, Rolf H., Band VI: Obligationenrecht. 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen. 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97-109 OR. Bern 2000.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014.
- YELKENCİ, Işıl, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014.
- ZEVKLİLER, Aydın/ÖZEL, Çağlar, Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara 2016.

Düz Esas Hatların Belirlenmesinde Adaların Rolü: Adalar Saçağı Bilmecesi

The Role of Islands in the Determination of the Straight Baselines: Fringe of Islands Puzzle

Deniz TEKİN APAYDIN^{*} 

Öz

1951 yılında Birleşik Krallık ve Norveç arasındaki Balıkçılık Davası ile düz esas hatlar uygulamasının uluslararası deniz hukukundaki geçerliliği Uluslararası Adalet Divanı tarafından teyit edilmiş; ancak bunların uygulanmasına ilişkin ilkeler ne içtihatla ne de daha sonraki uluslararası antlaşmalarda bir netlik kazanabilmiştir. Özellikle 1982 Deniz Hukuku Sözleşmesi'nde düz esas hatların uygulanmasıyla içsulara dâhil edilebileceği öngörülen 'adalar saçağı' kavramının muğlaklığı uygulamada kavramın aşırı liberal yorumlanarak esas hatların bir genişleme aracı olarak kullanılmasına sebebiyet vermektedir. Bunun ulusal ve uluslararası deniz alanları üzerinde olduğu kadar, sınırlandırma ihtilafları üzerinde de ciddi etkileri olabilecektir. Bu etkiler Ege Denizi'ndeki deniz alanlarının sınırlandırılmasına dair ihtilafta çarpıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu çalışma adaların saçak oluşturduklarında düz esas hatlara ne zaman ve ne koşullarda uygun zemin oluşturabileceğini belirlemek ve özellikle geniş tutulan düz esas hatların etkilerini ortaya koymak amaçındadır.

Anahtar Kelimeler: Düz esas hatlar, Adalar saçağı, 1951 Balıkçılık Davası, Deniz alanlarının tespiti, Deniz alanlarının sınırlandırılması, Hakça ilkeler, Eşit uzaklık ilkesi, İnsanlığın ortak mirası

Abstract

The validity of employing straight baselines in international law of the sea was confirmed by the Anglo-Norwegian Fisheries Case of 1951; however, the principles applicable to the use of such baselines has been elucidated by neither case-law, nor later international treaties. Particularly, the vagueness of the 'fringe of islands' concept, which was accepted to be included within internal waters by the virtue of applying straight baselines, causes the concept to be interpreted liberally and baselines to be used as a tool for expansion. This may have serious implications on delimitation disputes, as well as national and international maritime areas. These implications surface drastically in the delimitation dispute at the Aegean Sea. This study aspires to determine when, and under what conditions would islands, when they form a fringe, qualify for straight baselines, and especially to reveal the effects of extended straight baselines.

* Dr. Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: deniz.apaydin@marmara.edu.tr

Keywords: Straight baselines, Fringe of islands, Anglo-Norwegian Fisheries Case of 1951, Determination of maritime zones, Maritime delimitation, Equitable principles, Equidistance rule, Common heritage of mankind

I. GİRİŞ

Deniz alanlarının sınırlandırılması, uluslararası deniz hukukunun en önemli ve belki de üzerinde en büyük ihtilafların yaşandığı alanıdır. Adalar ise deniz alanlarının sınırlandırılması ile ilgili ihtilaflarda önemli bir alt başlıktır. Adaların varlığı ve özellikle konumu, pek çok sınırlandırma ihtilafında çözümü daha da karmaşık hale getiren bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun tipik örneği eşit uzaklık çizgisine yakın ya da bu çizginin ters tarafında kalan ada ya da adaların varlığının sınırlandırma üzerindeki etkisidir. Bu çalışma, adaları bahsedilen tipik durumun dışındaki bir bağlamda ele alacaktır.

Deniz alanlarının sınırlandırılabilmesi için ilk olarak deniz alanlarının iç sınırının belirlenmesi gerekmektedir. Uluslararası sular olarak da nitelenen açık denizler haricindeki tüm deniz alanlarının ölçümü esas hattan başlayarak yapılmaktadır. Bu nedenle esas hattın tespiti büyük önem arz etmektedir. Kimi coğrafi durumlarda bu tespitin yapılabilmesinde yine adaların belirleyici rolü olmaktadır. Bu çalışma, deniz hukukunda adaların esas hattın belirlenmesindeki etkisini aktarmak ve özellikle adalar saçağı kavramı ışığında bu etkinin sınırlarını tartışmak amacındadır.

İlk olarak esas hat kavramının fonksiyonu aktarılacak ve konu uluslararası mevzuat temelinde ele alarak uluslararası hukukta kabul edilmiş esas hat türleri anlatılacaktır. Bu kapsamda esas hattın belirlenmesinde kullanılan yöntemlerden düz esas hatlara ağırlık verilecektir. İkinci bölümde, adaların esas hatların çizilmesindeki etkisi ‘takımadalar’ ve ‘adalar saçağı’ kavramları altında incelenecektir. Bu incelemenin merkezini adalar saçağı kavramı oluşturacak olup, takımadalara ilişkin anlatılar sadece adalar saçağı kavramının netleştirilmesi ve konu bütünlüğünün sağlanabilmesi amaçları nispetinde kısıtlı tutulacaktır. Burada özellikle adalar saçağı kavramının sınırlarının belirlenebilmesi için uluslararası hukukun getirdiği kısıtların, kavramın uygulanabilirliğinde belirlilik sağlama etkisinin potansiyeli üzerinde durulacaktır. Üçüncü bölümde düz esas hatlar uygulamasının ulusal deniz alanları, sınırlandırma ve uluslararası deniz alanları üzerindeki olası etkileri tartışılacaktır. Bu bölümde etkilerden yola çıkılarak düz esas hatlar uygulamasının uluslararası deniz hukuku bakımından önemi pekiştirilmeye çalışılacaktır. Çalışmanın son kısmında bulgular özetlenerek örnekleme yöntemiyle ortaya çıkan vargılar sunulacaktır.

II. ESAS HATTIN FONKSİYONU VE ÇEŞİTLERİ

Esas hattın belirlenmesinin uluslararası hukuk açısından üç temel fonksiyonu vardır: İlk olarak esas hattın belirlenmesi, devletin deniz ülkesinin, yani devletin egemenlik sınırlarının

belirlenmesi için gereklidir. Devletin deniz ülkesi, iç sular ve karasularından müteşekkil olup, deniz ülkesinin dış sınırı, devletin ülkesellik prensibi uyarınca egemen haklarını bütüncül olarak kullanabileceği coğrafi alanın sınırlarını çizer.¹ Esas hat aynı zamanda iç sular ile karasularını ayıran hattı da belirleyerek her iki deniz alanına ilişkin hukuki rejimlerin uygulama alanını tayin eder. Bu ayırım bilhassa karasularında geçerli olan zararsız geçiş rejiminin coğrafi uygulama alanının belirlenebilmesi için önemlidir. İkinci olarak esas hattın tespiti, devletin deniz ülkesi haricinde kalan deniz alanlarının sınırlarının çizilebilmesi için gereklidir. Bitişik bölge, münhasır ekonomik bölge ve kıta sahanlığı genişliklerinin ölçümü her zaman esas hattan başlanarak tespit olunur. Hatta açık denizlerin ve uluslararası deniz yatağının sınırları da ancak bu alanların tespiti vasıtasıyla belirlenebilir hale gelir.² Son olarak esas hattın tespiti, deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uluslararası ihtilafların çözümünde ilk referans noktası olması nedeniyle önemlidir. Bu çalışma daha ziyade esas hattı bu üçüncü fonksiyonu bağlamında ele almayı amaçlamaktadır.

Esas hat kavramı 1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin³ (BMDHS) 'Karasularının Sınırları' bölümü altında 'Normal Esas Hat' ve 'Düz Esas Hatlar' olarak yer almıştır. Normal esas hat, "kıyı boyunca uzayan en düşük cezir hattı" olarak ifade edilmiş olup⁴, adından da anlaşıldığı üzere aksini gerektirecek olağan/normal dışı bir durum söz konusu olmadıkça kural olarak uygulanacak yöntemdir. Bu anlamda olağan dışı haller ise madde 7'de yer alan "Düz esas hatlar" başlığı altında belirtilmiş⁵ ve ilk paragrafta "Kıyının derin bir şekilde girintili çıkıntılı ve içe doğru parçalanmış olduğu veya kıyı boyunca hemen yakında bir adalar

1 BMDHS, Madde 2 uyarınca bu egemenlik karasuları üzerindeki hava sahasını ve bu suların deniz yatağı ile toprak altını da kapsar.

2 BMDHS, Madde 86

3 BMDHS, dokuz yıl sürüp nihayet 1982'de uluslararası hukuk tarihinin en uzun müzakere sürecinin ardından 1994'te yürürlüğe girmiştir. An itibarıyla 167 devlet ve Avrupa Birliği bu uluslararası antlaşmaya taraftır. Türkiye ise müzakerelere resmi delegasyon ile katılmış olup, nihai metni imzalamamış ve antlaşmaya taraf olmamıştır.

4 BMDHS, Madde 5: "Bu Sözleşmede aksine hüküm bulunmadıkça, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı normal esas hat, kıyı devleti tarafından resmen kabul edilmiş büyük ölçekli deniz haritalarında belirtildiği şekliyle, kıyı boyunca uzayan en düşük cezir hattıdır."

5 BMDHS, Madde 7: "1 – Kıyının derin bir şekilde girintili çıkıntılı ve içe doğru parçalanmış olduğu veya kıyı boyunca hemen yakında bir adalar saçağının bulunduğu yerlerde, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hattın çizimi için, uygun noktaları birleştiren düz esas hatlar yöntemi kullanılabilir.

2 – Bir deltanın mevcudiyeti ve diğer doğal özellikler sebebiyle kıyının son derece değişken olduğu bölgelerde, uygun noktalar en düşük cezir çizgisi boyunca seçilebilir; en düşük cezir çizgisinin daha sonra yükselmesi halinde dahi, bu düz esas hatlar, işbu Sözleşmeye uygun olarak kıyı devleti tarafından değiştirilmedikçe yürürlükte kalacaktır.

3 – Düz esas hatların oluşturduğu çizginin kıyının genel yönünden fark edilir bir biçimde sapmaması ve bu hatların berisinde kalan deniz uzantılarının iç sular rejimine tabi tutulabilmesi için, bunların kara sahasına yeter derecede yakın bağlı olmaları gerekir.

4 – Düz esas hatlar cezir zamanı ortaya çıkan yüksekliklere doğru veya bunlardan başlamak üzere çizilmeyecektir; meğer ki, bunlar üzerinde devamlı olarak suyun üstünde kalan deniz fenerleri veya benzer tesisler inşa edilmiş olsun veya bu şekilde çizilmiş düz esas hatlar uluslararası genel bir kabul görmüş olsun.

5 – 1. paragraf uyarınca düz esas hatlar yönteminin uygulandığı durumlarda, bazı esas hatların tespiti için, söz konusu bölgeye özgü ve gerekliliği ve önemi uzun bir teamül ile açıkça kanıtlanmış ekonomik çıkarlar göz önünde tutulabilir.

6 – Düz esas hatlar yöntemi bir devlet tarafından, diğer bir devletin karasularını açık denizden veya bir münhasır ekonomik bölgeden kesecek şekilde uygulanamaz."

saçağının bulunduğu yerlerde, karasularının genişliğinin ölçülmeye başlandığı esas hattın çizimi için, uygun noktaları birleştiren düz esas hatlar yöntemi kullanılabilir.” denmiştir. Bunun haricinde nehir ağızları⁶ ile hükmi ya da tarihi körfezler⁷ için de özel esas hatlar düzenlemeleri getirilmiştir. Hatta körfezlere uygulanabilen kapama çizgileri, Uluslararası Adalet Divanı (UAD) tarafından düz esas hatlara eşdeğer olarak sayılmıştır.⁸ Fitzmaurice’e göre düz esas hatlar ve normal esas hat arasındaki en önemli fark düz esas hatların kıyı boyunca değil suların üstünden çizilmesidir.⁹ Normal esas hatlardaki gibi düz esas hatlarda da hattın kara tarafında kalan sular içsular olarak nitelenmekle beraber, aslen karasuları için söz konusu olan zararsız geçiş hakkı BMDHS m.8(2) uyarınca bu sular için de uygulanacaktır. Dolayısıyla içsulara, koylar, körfezler, limanlar, kapalı denizler ile iç denizler ve düz esas hatlar yönteminin uygulandığı durumlarda bu hatların berisinde kalan su alanları girebilmektedir.¹⁰

Esas hattın tespitinde hangi yöntemin kullanılacağı esasen kıyı devletinin kararına bırakılmış olmakla beraber, düz esas hatlar yönteminin tercihi, ancak bunu haklı kılan olguların varlığı ile mümkün olabilecektir.¹¹ Uluslararası hukuk açıkça düz esas hatlar tekniğinin sadece kıyı formasyonunun topografyası m.7’de belirtilen ön şartlara uygun olan kıyı devletlerince kullanılmasını öngörmüştür.¹² Dolayısıyla, aslen kıyı devletinin tercih hakkı, sadece düz hatları haklı kılabilecek durumların varlığı halinde, düz esas hatlar ya da normal esas hat ya da bu ikisinin kombine edildiği bir diğer yöntemi tercih etmek ile kısıtlıdır.¹³

Bu iki esas hat dışında BMDHS m.47’de “Takımadada esas hatları” başlığı altında takımadalar için öngörülmüş özel esas hat metodu sunulmuştur.¹⁴ Bu metot yalnızca m.46’da tanımlanan takımadalar ve takımadada devletleri için kullanılabilir.¹⁵ Buna göre maddede yer verilen şartlara

6 BMDHS, Madde 9

7 BMDHS, Madde 10

8 Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras; Nikaragua müdahil) 1992 ICJ Rep. 351, s.417

9 G. FITZMAURICE, The Law and Procedure of the International Court of Justice, vol. I (Cambridge University Press, Cambridge, 1995) s.218

10 F.H. BAYKAL, Deniz Hukuku Çalışmaları (Alfa, İstanbul, 1998) s.10 vd.

11 Örneğin Amerika Birleşik Devletleri 1952 yılında bu tür bir esas hat rejiminin kabul edilmediğine dair hükümetin aldığı bir karar neticesinde Alaska’nın güneydoğusunda ve Maine kıyılarında, bu kıyıların düz esas hatlara elverişli olmasına rağmen düz esas hatlar yöntemini kullanmamıştır.

12 S. KOPELA, Dependent Archipelagos in the Law of the Sea (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013) s.72

13 BMDHS, Madde 14

14 Madde 47 – Takımadada esas hatları:

“1 – Çizilen esas hatların belli başlı adaları içermesi ve hatlar içerisinde kalan suların yüzölçümünün, atoller de (resifler / su üzerinde kalan kayalıklar) dâhil olmak üzere, karaların yüzölçümüne oranının bire bir ile dokuza bir aralığında olması şartıyla, takımadada devleti en uzak adaların en uç noktalarını ve takımadanın su üzerinde kalan kayalıklarını birleştiren takımadada düz esas hatları çizebilir.”

15 Madde 46 – Terimlerin kullanılışı:

“Bu Sözleşme uyarınca:

a) “Takımadada Devleti”, bütünüyle bir veya birçok takımadadan oluşan ve başka adaları da ihtiva edebilen bir Devlet anlamına gelir;

b) “Takımadada”, birbirleri ile olan bağları coğrafi, ekonomik ve politik bir bütün oluşturacak derecede sıkı olan veya tarihi açıdan bu şekilde kabul edilen ada kısımları, bunları bağlayan sular ve diğer doğal unsurlar da dâhil olmak üzere, adalar grubu anlamına gelir.”

ve kısıtlara riayet etmek kaydıyla takımda devletleri en uzak adalarının en uç noktalarını ve takımadanın su üzerinde kalan kayalıklarını birleştiren şekilde düz esas hatlar belirleyebilir.

Her hâlükârda bir çeşit başlangıç çizgisi işlevi gördüğü söylenebilecek olan esas hat kavramı, BMDHS'den çok önce ortaya çıkmıştır ve deniz alanlarını sınırlamak için suların en çok çekildiği zamandaki kıyı çizgisi esas alınmıştır.¹⁶ Ancak zaman içinde gayrinizami kıyıların oluşturduğu hatların birbiriyle çakışan deniz alanları üzerindeki yetkinin belirlenmesini güçleştirmesi nedeniyle bu alanın düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. UAD'nin karara bağladığı 1951 tarihli Anglo-Norveç Balıkçılık Davası (Balıkçılık Davası) tüm dünyada geniş yankı uyandırmış ve ilk kez düz esas hatların uluslararası hukuk bakımından geçerliliğini teyit etmiştir.¹⁷ Hatta bu davada UAD'nin düz esas hatlara ilişkin ortaya koyduğu ilkeler Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından da benimsenmiş ve bunların bir kısmı takip eden yıllarda 1958 Cenevre Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi (KBBS) m.4'e motamot dâhil edilmiştir.¹⁸ Yine aynı düzenleme, ufak değişiklikler ve eklentilerle BMDHS m.7'ye aktarılmıştır.¹⁹

Yukarıdaki verilerden anlaşıldığı üzere, düz esas hatlar yöntemine başvurulması durumunun adaların mevcudiyetiyle yakın ilişkisi vardır. Hatta denebilir ki, kıyının derin bir şekilde girintili çıkıntılı ve içe doğru parçalanmış olduğu haller ile nehir ve körfez ağzları dışında düz esas hatlar yöntemi ancak adalar ile ilintili olabilir. Bu rabitanın kapsamı ve etkisi ise netleştirilmeye muhtaçtır.

III. ADALAR VE ESAS HATLAR

BMDHS Madde 121(1), adayı “sularla çevrili olan ve sular yükseldiğinde su üstünde kalan, doğal olarak meydana gelmiş bir kara parçası” olarak tanımlamaktadır.²⁰ Adalar, uluslararası deniz hukukunda özellikle deniz alanlarının sınırlandırılması konusunda ihtilaf kaynağı ya da ihtilafı derinleştiren bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak adaların sorunsal haline geldiği bir diğer ve belki de nispeten ihmal edilmiş boyutu, adaların esas hatta etkisidir.

16 Örneğin 1598'de Danimarka sekiz deniz mili genişliğinde münhasır balıkçılık bölgesi ilan etmiş; yine 1736'da Britanya “Hovering Acts”e dayanarak on iki deniz mili genişliğinde gümrük kontrol bölgesi ilan etmiş ve bunların hepsi kıyından ölçülmek suretiyle tespit olunan alanlar olarak ifade edilmiştir.

17 The Anglo-Norwegian Fisheries Case (Birleşik Krallık/Norveç) 1951, ICJ 116

18 R.R. CHURCHILL ve A.V. LOWE, *The Law of the Sea* (3. Baskı, Manchester University Press, Manchester, 2014), s.35; L. M. ALEXANDER, “Baseline Delimitations and Maritime Boundaries”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.23(4), 1983, 503-536, s.515; Y. TANAKA, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012) s.48

19 BMDHS Madde 7'nin 2. ve 4. fıkraları 1958 KBBS'nde olmayıp BMDHS ile eklenmiştir.

20 Üçüncü Deniz Hukuku Konferansında adaların tanımına ilişkin tartışmalar için bkz: C. R. SIMMONS, *The Maritime Zones of Islands in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1979), s.12-19

A. TAKIMADALAR

Adalar, belirli konfigürasyonlar ve özellikler gösterdiklerinde farklı hükümlere tâbi şekilde esas hatların çizilmesine olanak tanır. Adalar eğer m.46'da tanımlandığı şekliyle takımada özelliği gösteriyorsa, yine aynı maddede tanımlanan bir takımada devleti tarafından, m.47'deki koşullara bağlı olarak takımada esas hatları çizilebilir. BMDHS'nin bünyesinde özel bir koruma ve rejim öngördüğü takımadalar sadece takımada devletlerinin sahip oldukları ile kısıtlı tutulmuş olup, kıtasal kıyı devletlerinin sahip oldukları takımadalar bu rejimin dışında bırakılmıştır.

1951'de Balıkçılık Davası ile belirlenen düz esas hatlar modeli ve ilkeleri kısa zamanda takımada devletlerini harekete geçirmiş ve 1958 KBBS'de yer almamış olmasına rağmen analogi yoluyla takımada devletlerince düz esas hatlar ilan edilmeye başlanmıştır.²¹ Birinci Deniz Hukuku Konferansı'nda (1. DHK) Filipinler ve Yugoslavya tarafından teklif edilen kıyıda uzak konumlanmış takımadalara özgü bir düz esas hatlar uygulaması, o dönem yeterince destek bulamadığı için geri çekilmiştir.²² Üçüncü DHK, kıtasal kıyı devletlerine ait olup kıyıda uzak konumlanmış takımadaların da takımadalar esas hatlarından faydalanabilmesi konusunun gündeme gelmesi ile şiddetli tartışmalara sahne olmuştur. Özellikle Türkiye delegasyonu, bu tür bir uygulamanın Ege Denizi'ni Yunan iç suları haline getirme tehlikesi nedeniyle buna şiddetle karşı çıkmış; seyrüsefer serbestisini ve buna ilişkin uluslararası çıkarları göz önünde bulunduran bir yaklaşımla devletlerin çoğu takımadalar rejiminin ada devletlerine hasredilmesini kabul etmişlerdir.²³

Sonuç itibarıyla BMDHS'nin getirdiği düzenleme, takımadaları, takımada devletlerine ait olanlar ve kıtasal kıyı devletlerine ait olanlar şeklinde ayırmış ve yalnızca ilk gruba özgülenmiş özel bir esas hat rejimi getirmiştir. Takımadalara özel bir rejim getirilmesinin sebebi takımı oluşturan adaların arasındaki ve etrafındaki suları bütünleştirerek egemenlik vasıtasıyla belirli bir koruma sağlanmasıdır.²⁴ Ancak bu ikilik uygulamada belirsizlikleri arttırmıştır. Genel anlamıyla takımada bir grup adanın meydana getirdiği adalar kümesi olarak tanımlanabilir. Ancak ne şekilde konumlanmış, ne kadar uzaklıkta olan kaç adanın bir takımada oluşturacağı meçhuldür. Yine BMDHS'nin adalar saçağı için öngördüğü düz esas hatlar yöntemi sadece kıyıya yakın mesafedeki takımadalar için ana kıyı ile bir bütünleşme imkânı tanıyabilir. Bu da kıyıya yakın ve belli bir şekilde konumlanmış takımadalar ile kıyıya görece uzak ya da saçak formunda olmayan takımadalar arasında bir diğer ikiliğe neden olmaktadır. Dahası, bu ayırım da net olmayıp, kıyıya ne kadar yakın adaların düz esas hatlar yöntemi için elverişli olduğu da bir başka sorudur. Ayrıca kıtasal kıyı takımadaları ve adalar saçağı da eşanlımlı değildir ve farklı formasyonları ifade eder.²⁵

21 Filipinler ve Endonezya bu konuda öncü devletler olmuştur. SIMMONS, s.5

22 S. LOKITA, "The Role of the Archipalegic Baselines in the Maritime Boundary Delimitation", Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, The United Nations, New York, 2010 http://www.un.org/depts/los/nippon/unff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/lokita_0910_indonesia.pdf (erişim tarihi: 27.12.2018) s.12

23 ibid s.6

24 KOPELA, 2013, s.4

25 ibid

BMDHS'deki bu eksiklikler devlet uygulamaları ile bir nebze giderilmekte ise de,²⁶ uygulamaların mevcut normlardan oldukça farklılaşmış olduğu ve çeşitlilik arz ettiği söylenebilir.²⁷

Öte yandan bu ayrımcı yaklaşım adalara tanınacak deniz alanlarına ilişkin tartışmalarda etkili olamamış; devletin egemenliğinin ve yetkilerinin adalara da kara ülkesindeki gibi uygulanması gerektiği²⁸ ve de devlet egemenliğinin bölünmezliği ile devletlerin egemen eşitliği prensibinin gereği olarak her ne özellikte olursa olsun tüm coğrafyalarda aynı şekilde uygulamaların gerekliliğine²⁹ ilişkin fikirler sempati toplamıştır. Yine de konferansa katılan devletlerin çoğunluğu, adalara tanınan karasuları ve kıta sahanlığına ilişkin haklarının gerek 1958 Cenevre Deniz Hukuku Sözleşmeleri ile gerek örf ve adet hukuku ile yerleşik olduğunu ve uygulanmakta olan bu hakların geri alınamayacağını; buna karşın münhasır ekonomik bölge gibi yeni bir deniz alanına ilişkin adaların haklarının daha esnek düzenlenebileceği görüşünde birleştiler.³⁰ Adalar genel kategorisinde esas hatta etkisi bakımından diğer ele alınması gereken grup da m.7'de bahsi geçen adalar saçağıdır.

B. ADALAR SAÇAĞI

Yukarıdaki anlatılanlara benzer biçimde, adalar belirli şekillerde oluşum gösterdikleri zaman, normal esas hattın bir nevi anomalisi³¹ olarak düzenlenmiş düz esas hatlar yönteminin geçerli kılınmasına olanak sağlayabilir. BMDHS m.7(1) de bahsedildiği üzere kıyı boyunca hemen yakın mesafede bir adalar saçağının varlığı düz esas hatlar yönteminin uygulanmasına cevaz verir ve fakat BMDHS, 'adalar saçağı' kavramını tanımlamamaktadır.

Adalar saçağı kavramını irdelerken önce düz esas hatlar yönteminin altında yatan mantığı ve amacı bir kez daha hatırlamak yerinde olacaktır. Düz esas hatlar yöntemi, fazlaca gayrinizami normal esas hatların oluşturacağı ve yansıtaacağı deniz alanları sınır çizgilerini ve bunlardan doğabilecek zorlukları bertaraf etme amacındadır.³² Bu gayrinizami doğal hat, adalar, resifler, deltalar, fiyortlar ya da benzeri sıra dışılık arz eden coğrafi özelliklerden kaynaklı olabilir. Nitekim

26 ibid

27 Devlet uygulamalarına örnekler için bakınız: W. A. QURESHI, "State Practices of Straight Baselines Institute Excessive Maritime Claims", *Southern Illinois University Law Journal*, Vol.42(3), 2018, 421-450 http://law.siu.edu/_common/documents/law-journal/articles-2018/spring-2018/6%20-%20Qureshi%20-%20sm.pdf (erişim tarihi: 08/12/2018)

28 Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nda 'Adaların Rejimi' başlığında Yunan Delegasyonunun önerdiği taslak 2. madde. SIMMONS, s.7

29 Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nın Karakas oturumunda İspanyol Delegatesinin beyanı. SIMMONS, s.7

30 SIMMONS, s.7

31 Katar/Bahreyn arasındaki deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin davada UAD düz esas hatları normal esas hatların istisnası olarak nitelemiş ve bu metodun kısıtlı bir şekilde uygulanması gereğine dikkat çekmiştir. Maritime Delimitations and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Katar/Bahreyn) 2001 ICJ Rep. s.103, para.212

32 A Manual on Technical Aspects of the United Nations Convention on the Law of the Sea – 1982 (TALOS Manual), Special Publication No.51 (4. Baskı, International Hydrographic Bureau, Monaco, Mart 2006) https://www.gc.noaa.gov/documents/gcil_iho_tech_aspects_los.pdf (erişim tarihi: 08.12.2018) 4.2.3 Straight Baseline System, Chapter 4 – 6

UAD de Balıkçılık Davası'nda Norveç kıyılarının kıyı çizgisinin diğer kıyı devletlerinininki gibi deniz ve karanın belirgin bir biçimde ayırt edilmesine elverişli olmayan tabiatından dolayı geleneksel esas hat uygulamasının dışına çıkarak düz esas hatların uygulanmasını kabul etmiştir. Bu kararda UAD, “[...]kıyı derin bir şekilde girintili çıkıntılı ve içe doğru parçalanmış olduğunda esas hat en düşük cezir hattından bağımsız hale gelir ve yalnızca geometrik bir kurgu vasıtasıyla belirlenebilir” demiştir.³³ Ek olarak, “bu metodun suların en düşük seviyesinde uygun esas noktaların düz çizgilerle birleştirilmesinden” ibaret olduğunu ifade etmiştir.³⁴

BMDHS'nin, büyük ölçüde Balıkçılık Davası'nda UAD'nin ortaya koyduğu uygulama şartları ışığında düzenlediği 7. maddesi, adalar saçağı kavramının netleştirilebilmesi için asli normatif kılavuz olduğundan evleviyetle burada öngörülen koşullara bakmak gerekir. Maddenin üçüncü fıkrası “Düz esas hatların oluşturduğu çizginin *kıyının genel yönünden fark edilir bir biçimde sapmaması*” koşulundan bahsetmektedir.³⁵ Tanaka, Balıkçılık Davası'nda UAD'nin ifadelerinden yola çıkarak³⁶ ‘kıyının genel istikameti’ formülünün düz esas hatlar uygulamasının ana prensibi olduğunu ifade etmektedir.³⁷ Ancak, ‘fark edirlilik’ (ya da ‘hissedilirlik’³⁸ ya da ‘dikkate değerlik’³⁹) yine muğlak bir kavram olup, sübjektif değerlendirmelere tabi tutulmaya mahkûmdur. Zira teknik bir bakış açısı ile burada kastedilenin kıyının genel yönünden yakınsama ya da ayrılma açısı olduğu söylenebilirse de⁴⁰ buna dair tanımlanmış bir matematiksel değer ya da aralık yoktur. Bu konuda UAD kıyının coğrafi tabiatını göz önünde bulundurarak esas hatların “makul sınırlar dâhilinde” kıyının fiziksel hattından ayrılabilceğini aktarmıştır.⁴¹ Ne var ki, ‘makullük’ kıstası de konuya açıklık getirme kabiliyetinden yoksundur. Bu durumda pratikte düz esas hatlar çizgisinin ne zaman kıyı çizgisinin genel istikametinden ayrılmış sayılacağı hususu belirsizdir ve uygulayıcıların takdirine kalmıştır. 1951 yılında UAD'nin kabul ettiği Norveç esas hatlarını inceleyen Hodgson ve Alexander, tarihi haklar saklı kalmak kaydıyla, düz esas hatların kıyının genel yönünden 15°den fazla ayrılmaması gerektiği sonucuna varmış ise de, bu öneri hiçbir devlet tarafından sınırlamada esas alınmamıştır.⁴²

Aynı fıkrada getirilen bir diğer kıstas da “bu hatların berisinde kalan deniz uzantılarının iç sular rejimine tabi tutulabilmesi için, bunların kara sahasına *yeter derecede yakın bağlı olmaları*”

33 Balıkçılık Davası, s.129

34 ibid s.129-130

35 Bu paragraf 1958 KBBS m.4(2) ile bire bir aynı olup, Balıkçılık Davasında UAD'nin ifadelerinin neredeyse tekrarıdır. Balıkçılık Davası, s.133

36 “[...]karasuları kuşağının kıyının genel istikametini takip etmek zorunda olduğu prensibi karasularının sınırlandırılması için belirli kriterler tayin edilmesini mümkün kılar.” ibid s.129

37 TANAKA, s.47

38 İ. KAYA, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler (3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016) s.304

39 S. KURAN, Uluslararası Deniz Hukuku (4. Baskı, Beta, İstanbul, 2014) s.348

40 TALOS Manual, 2006, Chapter 4 – 6

41 Balıkçılık Davası, s.129

42 R. HODGSON and L. ALEXANDER, “Toward an Objective Analysis of Special Circumstances”, Law of the Sea Institute Occasional Paper No.13, 1971, s.23-24, aktaran: L.M. ALEXANDER, 1983, s.515

gerekliliğidir.⁴³ Oysa bu bağa ilişkin olası parametrelere dair sistematik bir çalışma yapılmamıştır.⁴⁴ Fiziki yakınlık anlamında neyin ‘yakın bağı’ olduğunu tayin edecek kesin matematiksel bir ölçüt mevcut değildir.⁴⁵

Maddenin beşinci fıkrasında yine Balıkçılık Davası’ndan alıntılanarak “bazı esas hatların tespiti için, söz konusu bölgeye özgü ve gerekliliği ve önemi *uzun bir teamül* ile açıkça kanıtlanmış *ekonomik çıkarlar* göz önünde tutulabilir” denmektedir.⁴⁶ Madde 7(3)’te öngörülen iki koşul tamamıyla coğrafi nitelikte testler iken burada ekonomik nitelikte bir test söz konusudur.⁴⁷ Balıkçılık Davasında da olduğu gibi bu tür ekonomik çıkarların en bariz örneği balıkçılıktır.⁴⁸ Ancak yerleşmiş bir denizcilik geleneği olmayan kıyı devletleri için bu ifadeye dayanarak bilhassa uzun bir esas hattı gerekçelendirmek zor olabilir.⁴⁹ Bir diğer tartışma, bir devletin yalnızca ekonomik gerekçelere dayanarak düz esas hatlar yöntemine başvurmasının mümkün olup olmadığına ilişkindir. Bunun mümkün olamayacağı hükmün “1. paragraf uyarınca düz esas hatlar yönteminin uygulandığı durumlarda [...]” ifadesinden anlaşılabilir. Yani coğrafi koşulları tamamlamadan düz esas hatların uygulanması mümkün olamaz. UAD’nin Katar/Bahreyn arasındaki 2001 tarihli davaya ilişkin kararındaki düz esas hatların çizilmesine dair *en başta gelen koşulların* “kıyının derin bir şekilde girintili çıkıntılı ve içe doğru parçalanmış olması veya kıyı boyunca hemen yakında bir adalar saçağının bulunması” olduğu ifadesi de bu görüşü desteklemektedir.⁵⁰

Maddenin altıncı fıkrası düz esas hatlar yönteminin “diğer bir devletin karasularını açık denizden veya bir münhasır ekonomik bölgeden kesecek şekilde” uygulanamayacağını hüküm altına almıştır. Bu hüküm, Monako ve Fransa örneğinde olduğu gibi küçük bir ülkenin, büyük bir ülke içine gömülü olduğu; ya da Türkiye ve Yunanistan örneğindeki gibi bir devlete ait küçük adaların bir başka devlete ait kıyılara yakın bir biçimde dizili olduğu, uç noktada sıra dışılık gösteren durumlar için öngörülmüştür.⁵¹

Balıkçılık Davasının Norveç lehine sonuçlanmasını müteakip başta İzlanda olmak üzere pek çok devlet kıyılarının tamamında ya da bir kısmında düz esas hatlar yöntemi kullanmış ve 1982’ye gelindiğinde toplam otuz dokuz devlet bu yola başvurmuştur.⁵² BMDHS’nin düzenlemeleri konuya kayda değer bir netlik getirmediği için BMDHS’nin yürürlüğe girmesinden sonraki devlet uygulamaları da farklılıklar göstermiş ve öncekiler gibi diğer devletlerin tepkisine neden

43 Bu kriter de UAD’nin Balıkçılık Davası kararından alınmıştır. Balıkçılık Davası, s.133

44 ALEXANDER, 1983, s.516

45 TALOS Manual, 2006, Chapter 4 – 6

46 Balıkçılık Davası, s.133, 142

47 TANAKA, s.48

48 CHURCHILL ve LOWE, s.37

49 ALEXANDER, 1983, s.516

50 Katar/Bahreyn, 2001, s.103, para.212

51 CHURCHILL ve LOWE, s.37

52 ALEXANDER, s.516

olmuştur.⁵³ Dixon'ın aktardığına göre günümüzde, İskoçya kıyılarının bir kısmında olmak üzere Birleşik Krallık'ın da dâhil olduğu⁵⁴ doksan devlet en azından kıyılarının bir bölümünde düz esas hatlar uygulamaktadır.⁵⁵ Anderson'un ifadesiyle, "Divan'da düz esas hatlar konseptini yenemeyen Birleşik Krallık, bu konseptin taraftarlarına katılarak uygulamayı İskoçyalı balıkçıların çıkarına olacak şekilde hayata geçirmiştir".⁵⁶

Balıkçılık Davası'nda UAD Norveç'in esas hatlar uygulamasının uluslararası hukuka uygunluğunu teyit ederken Norveç kıyılarının kendine özgü coğrafi özelliklerinin yanı sıra, uzun zamandan beri sürdürdüğü bu uygulamaya diğer devletler tarafından uluslararası hukuka aykırılık iddiasıyla karşı çıkılmamış olmasını da hukuka uygunluk göstergesi olarak değerlendirmiştir.⁵⁷ Norveç'in 1869'dan beri uyguladığı düz esas hatlar sistemine Birleşik Krallık'ın 1933'e kadar itiraz etmemiş olmasını bir tür zımni kabul olarak anlamlandırarak sonraki itirazları haksız bulmuştur. Her ne kadar kararda düz esas hatlar yönteminin itiraza konu olmaksızın devlet uygulamalarında varlığından bahsetmiş olsa da bu uygulamaya katılan devletlerin isimlerini zikretmemiştir.⁵⁸ Burada tekrar BMDHS m.7'e bakarsak maddenin lafzından maddede belirtilen şartlar karşılandığı takdirde devletlerin kıyılarında düz esas hatlar yöntemini kullanıp kullanmama kararını serbestçe verebilecekleri anlaşılmaktadır.⁵⁹ Öte yandan UAD Balıkçılık Davası kararında sıkça alıntılanan bir ifade ile şöyle hükmetmiştir: "Her ne kadar sınırlandırma yalnızca kıyı devletinin yapmaya yetkili olması nedeniyle mecburen tek taraflı bir işlem ise de, bu sınırlandırmanın diğer devletler nezdinde geçerliliği uluslararası hukuka tabidir."⁶⁰

Divan'ın bu yaklaşımı teamül hukukunu teyit etmek amaçlı devlet uygulamalarının değerlendirilmesi amacını yansıtsa da, diğer devletlerin uygulamaya itirazı olmamasının esas hatlar yönteminin kullanılabilmesi için aranan şartlardan biri olarak yorumlanıp yorumlanamayacağına ilişkin karmaşa yaratmaktadır. Uygulamanın diğer devletlerce kabul görmesinin şart olarak addedilmesi beraberinde bir takım sorular da getirecektir. Öncelikle genel bir kabulden mi yoksa tüm devletlerin kabulünden mi bahsetmek gerekir? Burada UAD'nin yaklaşımından yola çıkarak kabul kıstasını 'itiraz etmemek' olarak değerlendirmek doğru olacaktır. Bu durumda tek devletin itirazı uygulamanın hukukiliğine zarar verebilecek midir; yoksa birden fazla devletin mi karşı çıkması gerekir? Bir başka soru da itiraz eden devletin objektif olarak çıkarları etkilenen bir devlet olması gerekip gerekmediğidir. Bu durumda itiraz eden devletin çıkarları zedelenen

53 Örneğin Çin Halk Cumhuriyeti'nin 1996'da ilan ettiği düz esas hatlara aynı yıl; yine Japonya'nın 1996'da duyurduğu düz esas hatlara 1998'de ve Pakistan'ın 1996'da duyurduğu düz esas hatlara 1997'de ABD tarafından karşı çıkmıştır. QURESHI, s.446, 447

54 Birleşik Krallık tarafından düz esas hatların kabulüne ilişkin bakınız: US Department of State, Bureau of Intelligence and Research, "Limits in the Seas No:23 Straight Baselines: United Kingdom" 26 June 1970 <https://www.state.gov/documents/organization/61604.pdf> (erişim tarihi:27.12.2018)

55 M. DIXON, Textbook on International Law (7. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2013) s.223

56 D. ANDERSON, Modern Law of the Sea – Selected Essays (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008) s.15

57 Balıkçılık Davası, s.139

58 Bu devletler içinde Ekvador, Mısır, İran, Suudi Arabistan ve Yugoslavya sayılabilir. CHURCHILL ve LOWE, s.34

59 TANAKA, s.46

60 Balıkçılık Davası, s.132

'komşu' ya da 'bölge' devleti olması gerekir mi, yoksa her devlet uluslararası camianın bir parçası olarak itiraz ettiğinde bu itiraz hukuken uygulama üzerinde aynı etkiyi doğurur mu? Genel bir politika olarak düz esas hatlar tekniğinin kullanılmasına karşı çıkan ABD'nin komşu ya da bölge devleti olmamasına rağmen hemen hemen her devletin uygulamasına itirazı, bu uygulamaların uluslararası hukuka aykırılığı anlamına mı gelecektir?

Yukarıdaki tartışmaların yanı sıra adalar saçağı kavramına ilişkin olarak uluslararası hukukun sessiz kaldığı, cevaplanmayan başkaca sorular da mevcuttur. İlk olarak, 'saçak' nitelemesini edinebilmek için kaç tane adanın mevcudiyeti gerekeceği hususu halen belirsizliğini korumaktadır. Burada saçak teşkil edebilecek adaların birden fazla olacağı kesin olmakla beraber, iki ya da üç adanın saçak oluşturup oluşturmayacağı anlaşılammaktadır. Katar ve Bahreyn arasındaki davada UAD, Bahreyn'in adalar saçağı iddiasını reddederken, diğer gerekçelerinin yanı sıra, Bahreyn'in adalarının çok az sayıda olduğundan da bahsetmiştir.⁶¹

İkinci olarak, bu adaların 'saçak' teşkil edebilmesi için nasıl bir coğrafi konumlanma ya da konfigürasyonda olmaları gerektiği muğlaktır. Yine aynı davada UAD, iddiaya konu adaları, ada olarak bile değil, esas adaların etrafındaki "deniz özellikleri" olarak niteleyerek bunların düz esas hatlara temel teşkil edecek şekilde adalar saçağı olarak nitelenmesinin ileri giden bir yorum olacağını; bunların saçaktan ziyade 'adalar kümesi' ya da 'adalar sistemi' olarak nitelenebileceğini ifade ederek Bahreyn'in bu argümanını reddetmiş ve düz esas hatlara izin vermemiştir.⁶² Bu ayırmadan yola çıkarak, düz esas hatların söz konusu olabileceği adaların takımadalar oluşturabilecek 'adalar kümesi' şeklinde olmasa bile birbiriyle irtibatlı ve adeta bir şerit benzeri, büyük ölçüde kıyıya paralellik gösterecek şekilde dizilim gösteriyor olmaları gerektiği düşünülmektedir.

Üçüncü olarak, bu adalar saçağının kıyının 'hemen yakınında' olması gerekliliğinde bahsedilen mesafenin tespiti de uygulamacıların öznel takdirine bırakılmış görünmektedir.⁶³ Birleşmiş Milletler, Okyanus İşleri ve Deniz Hukuku Ofisi, kıyının hemen yakınında olma gerekliliğine istinaden, 24 deniz milinden (dm) uzun olmayan düz esas hatlarla açıktaki adaların kıyıya meşru bir biçimde bağlanabileceğini ifade etmektedir.⁶⁴

Bir diğer tartışmalı konu adalar saçağı söz konusu olduğunda düz esas hatların kıyıdan ne kadar uzağa taşınabileceğidir. Birleşik Krallık Balıkçılık Davası'nda en dışta esas nokta olarak alınacak adanın kıyı ile arasındaki mesafenin, körfezlerle benzeşme kurarak bunlarla ilgili genel uygulama olduğunu iddia ettiği 10 dm'yi aşmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Ancak UAD, devlet uygulamalarında yerleşik bu yönde bir genel tutum olmadığı gerekçesiyle iddiayı reddetmiş, körfezlerin kapama çizgisiyle analogi kuran bu tür formüllerin öneriden öteye geçemediğini

61 Katar/Bahreyn, 2001, s.103, para.214

62 ibid

63 TANAKA, s.49

64 Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, "The Law of the Sea: Baselines" (United Nations, New York, 1989) s.21

belirtmiştir.⁶⁵ Aynı şekilde BMDHS'nin de bu konuda getirdiği bir sınırlandırma olmadığını not etmek gerekir.⁶⁶ Burma'nın düz esas hatlarında bir esas noktanın nehir ağzına olan uzaklığı 120 dm iken, Bangladeş ve Vietnam'ın düz esas hatlarının kıyıya en yakın noktası yaklaşık 50 dm uzaklıktadır.⁶⁷

Kıydan uzaklığın yanı sıra belirlenecek düz esas hatlar segmentlerinin uzunluğuna dair de herhangi bir sınırlama mevcut değildir. BMDHS'de körfezler ve takımadalar için bu tür sayısal değerlerle ifade edilmiş sınırlar düzenlenmiştir.⁶⁸ Oysaki düz esas hatların uzunluklarının, bunların diğer devletlerce uluslararası geçerlilikleri değerlendirilirken göz önünde tutulan bir unsur olduğu söylenebilir.⁶⁹ Belki de bu konuda referans alınabilecek tek veri Balıkçılık Davası'nda Norveç lehine teyit edilen esas hattın en uzun çizgisinin LoppHAVET boyunca uzanan 44 dm'lik hat olmasıdır.⁷⁰ Ancak günümüzde bu hatların 1951'de onaylananın kat be kat ötesine geçtiğini görüyoruz. Burma yaklaşık 222 dm hattı ile dünyanın en uzun düz esas hatlarına sahiptir ve 221 dm uzunluktaki düz esas hatlarıyla onu Bangladeş takip etmektedir.⁷¹ Çin Halk Cumhuriyeti'nin ve Pakistan'ın 1996'da ilan ettikleri düz esas hatlarına ABD, 24 dm'ni aştığı için uluslararası hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle itiraz etmiştir.⁷² Tayland'ın 1992'de revize ederek yeni kıyıları da dâhil ettiği düz esas hatlarına 1994'te Avrupa Birliği adına Almanya itiraz etmiş ve 60, 81 ve 98 dm uzunluklara kadar ulaşan düz esas hatlarının BMDHS'ne aykırı olduğunu bildirmiştir.⁷³

Son olarak, düz esas hatlar yöntemi ile içsular olarak fazladan kazanılan alanın azami yüzölçümüne ya da oranına ilişkin de bir kısıtlama ortaya konmamıştır. Tüm bu belirsizlik, kavramın, düz esas hatlar yöntemine başvurmak isteyen devletlerce adalarının bir hakkın kötüye kullanılması aracı haline getirilmesine ya da diğer devletlerce bu şekilde itham edilmelerine yol açabilir.

Özellikle uluslararası deniz hukuku bağlamında bazı kavramların kesin ifadelerle tanımlanması, coğrafyanın çeşitliliği ve değişkenliğinin bir vakıa olarak mevcudiyeti nedeniyle güçlük yaratabilir. Zira detaylı tanımlamalar, tanımdaki tipik durumlarla örtüşmeyen coğrafyalarda 'dışarıda bırakma' etkisiyle hak kaybına neden olabileceği için düzenlemelerin bir miktar esneklik ihtiva etmesi elzemdir. Hatta bu esnekliğin varlığı hakça ilkelerin gereğidir. Ancak bu durumda dahi devlet uygulamalarına yön gösterebilecek nitelikte bazı belirteçler olmalıdır. En azından adalar saçağı kavramı özelinde düz esas hatlar uygulaması için uluslararası hukukta mevcut belirteçlerin uygulayıcı devletler arasında uyumlu bir yorum sağlayabilme potansiyeli oldukça tartışmalıdır.

65 Balıkçılık Davası, s.131

66 TALOS Manual, 2006, Chapter 4 – 6

67 QURESHI, s.445-446

68 Madde 10(5) ile Madde 47(2)

69 FITZMAURICE, s.239

70 ALEXANDER, s.518

71 QURESHI, s.445

72 ibid s.446-447

73 ibid s.444

IV. DÜZ ESAS HATLAR UYGULAMASI VE ETKİLERİ

Bir asrı geçkin süredir devlet uygulamalarında var olmakla beraber, uluslararası hukuk nezdinde geçerliliği 1951'den beri teyit edilmiş olan ve bunun etkisiyle ilk kez 1958'de kodifiye edilmiş olan düz esas hatlar uygulaması uluslararası deniz hukuku açısından göz ardı edilemeyecek önemde bazı etkiler doğurmaktadır. Bu bölümde düz esas hat uygulanması neticesi ortaya çıkan durumların belli başlıklar altındaki yansımaları ortaya konacaktır.

A. ARTAN ULUSAL DENİZ ALANLARI

Düz esas hatlar uygulamasının en birincil ve doğrudan etkisi artan ulusal deniz alanları ortaya çıkarmasıdır. Ulusal deniz alanlarının içsularardan başlayarak genişletilmesi ise öncelikle devletin ülke sınırlarının yani egemenlik alanının genişletilmesi anlamına gelmektedir. Bu anlamda düz esas hatlar metodunun uluslararası hukuk bakımından – her ne kadar farklı yönlerde olsa da – gelişen devlet uygulamaları vasıtasıyla yeni bir ülke kazanım yolu haline geldiğini iddia etmek çok da temelsiz olmayacaktır. Zira egemenlik, uluslararası hukukta ülke kazanımında olduğu kadar ülkeye ilişkin pek çok konunun saptanmasında da kilit konumdur.⁷⁴

Deniz alanları üzerindeki egemenlik, UAD tarafından da sıklıkla alıntılandığı üzere, teamül hukukunun 'kara denize hâkimdir' prensibinden çıkar.⁷⁵ UAD Eski Başkanı Yargıç Tomka'nın ifadesiyle bu prensibe göre "deniz alanlarına ilişkin salâhiyetler kara üzerindeki devlet egemenliğinden gelir ve bu nedenle önceden var olan ülkesel haklara istinaden tayin edilir."⁷⁶ Ancak bu hâkimiyeti devletlerin salt egemenlik gücü ya da kaygısıyla ifade etmek deniz hukuku bakımından yetersiz kalacaktır. Denizlerin kullanım ve kontrolünün kendine has özellikleri vardır. Bu özellikler Chen tarafından şöyle ifade edilmiştir:

Mekânsal-uzantı kaynaklarıyla bilinen denizler, seyrüsefer ve geçişe ilişkin çeşitli ihtiyaçları temin edebilir. Kara parçalarının aksine, denizler göreceli olarak paylaşılabilir kaynaklardır; muazzamdırlar ve fevkalade bir genişlikleri vardır. [Denizlerin] bilinen kaynakları, hem yenilenebilir, akışı olan kaynakları; hem de yenilenmeyen, stok kaynakları ihtiva eder. Bu kaynakları kullanabilecek teknolojiye sahip çok sayıda kişi vardır. Denizleri kullanmak ve işletmek, başta ulaşım, iletişim, yiyecek üretimi ve minerallerin işletilmesi olmak üzere pek çok amacı karşılayabilir.⁷⁷

74 A. ABASS, *Complete International Law: Texts, Cases and Materials* (OUP, New York, 2012) s.321

75 Bu prensibe ilk kez UAD'nin 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahaneli Davalarında gönderme yapılmış, daha sonra da çeşitli davalarda tekrar edilmiştir. *North Sea Continental Shelf Cases* (Alman Federal Cumhuriyeti/ Danimarka ve Alman Federal Cumhuriyeti/Hollanda) 1969 ICJ Rep. s.51, para. 96

76 peech by Judge Peter TOMKA, President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly, 02.11.2012, s.2 <http://www.icj-cij.org/presscom/files/6/17156.pdf> (erişim tarihi: 09.01.2019)

77 L. CHEN, *An Introduction to Contemporary International Law: A Policy Oriented Perspective* (2. baskı, Yale University Press, New Haven, 2000) s.115

Bu anlatım devletlerin egemenlik ötesi çıkarlarını özetlemesi bakımından dikkate değerdir. Denizlerin sunduğu kaynakların sahiplenilmesi, kullanılması ve işletilmesi egemenliğin yanı sıra ekonomik nitelikli bir saik iledir. Elbette bunun, devletin uluslararası camiada gücünü arttırıcı etkisi de göz ardı edilemez.

Uluslararası deniz hukukunda devletlerin egemen olduğu deniz alanları içsular, karasuları⁷⁸, ulusal boğazlar ve kıta sahanlığı⁷⁹ olarak tasnif edilebilir. Bunun yanı sıra ilân ettikleri takdirde bitişik bölge üzerinde kısmi egemen yetkiler kullanan devletler⁸⁰, yine ilâna tabi olmak üzere münhasır ekonomik bölgeleri (MEB) üzerinde de ekonomik nitelikli tüm doğal kaynakları münhasıran kullanma yetkisine sahiptir.⁸¹ Boğazlar hariç sayılan diğer tüm deniz alanlarının ölçümü doğrudan esas hattan yapılmaktadır. Esas hatlar içsuların dış sınırını, karasularının ise iç sınırını oluşturur. Düz esas hatlar yöntemiyle içsulara fazladan dâhil edilen kısımlar, aynı oranda dışa doğru tüm deniz alanlarının genişlemesine sebep olur. Bu da devlet için daha fazla ülke ve kendisine özgülenmiş daha fazla ekonomik kaynak demektir. Denizlerin ve kaynaklarının paylaşımı konusunda devletler arasındaki rekabetin ulaştığı boyutlara bakıldığında konunun önemi daha fazla ortaya çıkacaktır.

Günümüzde var olan düz esas hatlar uygulamalarının önemli bir kısmı UAD'nin ve 1958 ile 1982 Sözleşmelerinin ortaya koyduğu ilkeler ile bağdaşmamaktadır ve bunun mekânsal sonuçları yabana atılamayacak kadar hayatidir.⁸² Prescott, düz esas hatlar kullanımı ile kazanılacak deniz alanlarının hesaplamasında dört faktörün etkin rol oynadığını tespit etmiştir: düz esas hatlar segmentinin uzunluğu, bu segmentin kıyıdan uzaklığı, o bölgedeki kıyının konfigürasyonu ve komşu devletlerin çakışan taleplerinin coğrafi yakınlığı.⁸³ Kendisi, her ne kadar tüm bu faktörlerin tek bir formül içinde yeterince yansıtılmasının mümkün olmadığını kabul etse de, kıyıdan 24 dm uzaklıkta olan düz esas hatlar çizgilerinin 24, 50, 100, 125, 150 ve 200 dm

78 Karasuları ve normal esas hat harici bir rejim uyarınca çizilmiş esas hatlar vasıtasıyla içsular olarak fazladan katılan sular üzerinde uluslararası hukuktan kaynaklı zararsız geçiş rejimine ilişkin kısıtlamalar saklıdır.

79 Kıta sahanlığı, varlığı *ab initio* ve *ipso facto* olarak nitelenen, kara parçasının deniz altındaki uzantısını ifade eder ve 200 dm (ya da istisnai hallerde azami 350 dm) uzaklığa kadar uzanan denizaltı alanlarının yalnızca deniz tabanı ve bunun toprak altını kapsar. Kıyı devletinin bu alanlardaki cansız ve yalnızca deniz dibiyle daimi irtibatla olan sedanter cinsten canlı doğal kaynaklar üzerinde araştırma ve işletmeye ilişkin egemen hakları vardır. BMDHS m.76-85

80 Kıyı devleti, karasularından sonra başlamak üzere, esas hatlardan itibaren ölçülecek 24 dm alanda, sadece gümrük, maliye, sağlık ve göç konularıyla kısıtlı olmak üzere denetim ve cezalandırma yetkileri kullanabilir. BMDHS m.33

81 Kıyı devletleri esas hatlardan itibaren 200 dm içerisindeki sular, deniz yatakları ve bunların toprak altı da dâhil olmak üzere canlı ve cansız her türlü kaynağı araştırma, işletme, koruma ve yönetim haklarına sahip olur. Devletler bu hakları kullanırken özellikle denize kıyısı olmayan devletler ve coğrafi açıdan elverişsiz bölge devletlerine özel bir takım hakça paylaşım mükellefiyetleri söz konusudur. Bunun yanı sıra MEB, deniz çevresinin ve denizin canlı kaynaklarının korunması konusunda kıyı devletine yüklenmiş bazı yükümlülükleri de beraberinde getirir. BMDHS m.55-75

82 W.M. REISMAN ve G.S. WESTERMAN, "Straight Baseline Claims of States", Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation içinde kitap bölümü (Palgrave Macmillan, London, 1992) s.105

83 V. PRESCOTT, "Straight and Archipelagic Baselines", G. BLAKE ed. Maritime Boundaries and Ocean Resources içinde kitap bölümü (Barnes & Noble Books, New Jersey, 1987) s.48

uzunluğunda olduğunda karasuları, MEB ve kıta sahanlığı bakımından kaç dm kare deniz alanı kazandırdığına ilişkin kurgusal bir tablo hazırlamıştır.⁸⁴

Deniz alanlarının genişliği (dm)	Düz esas hatlar segmentinin uzunluğu (dm)					
	24	50	100	125	150	200
12 (karasuları)	61	373	979	1273	1573	2173
200 (MEB)	3	27	209	406	703	1735
350 (azami kıta sahanlığı)	1	17	113	232	401	971

Bu tablo kıyıdan uzaklık sabit olduğunda sadece düz esas hatların uzunluğunun deniz alanlarına etkisini göstermek amaçlıdır. Tabloda görüldüğü üzere düz esas hatlar segmentinin uzunluğu az iken en büyük kazanım karasularında olurken, uzunluk özellikle 150 – 200 bandına eriştiğinde MEB ve kıta sahanlığı üzerindeki artış oranı geometrik olarak ilerleyerek karasularının atış oranını düşürmektedir.⁸⁵ Bu nedenle düz esas hatlar segmentlerinin kısa tutulduğu hallerde daha ziyade kıyı devletinin deniz ülkesinin, yani devlet sınırlarının genişlediğini; çokça geniş tutulduğu hallerde ise varsa MEB veya her hâlükârda kıta sahanlığının önemli ölçüde arttığını ifade edebiliriz. Unutmamak gerekir ki, bu tablodaki değerler, esas hat çizgisi kıyıdan uzaklaştıkça katlanarak artacaktır. Bu nedenle, her ne kadar nihai belirleyici coğrafi yapı olacak ise de, düz esas hatlar sınırlandırmalarının mümkün mertebe kıyıdan uzaklaşmadan yapılması BMDHS m.300'de yer alan iyi niyet ilkesine de uygun düşecektir.

Cezir yükseklikleri ve adaları bu tablo ışığında karşılaştırmak ilkinin etkisinin adalara oranla ne kadar düşük kaldığını ortaya koyacaktır. Adaların, sular yükseldiğinde su üstünde kalma özelliği, m.7(4)'te düzenlenen cezir yükseklikleri ve adaları birbirinden ayırır. BMDHS m.13'e göre cezir yüksekliği, sular alçaldığında ortaya çıkıp, yükseldiğinde suyun altında kalan doğal kara yükseltileridir ve bunların en düşük cezir hattı, yalnızca kıta ya da adanın karasularını aşmayan bir uzaklıkta oldukları takdirde esas hat olarak alınabilir.⁸⁶ Dolayısıyla kıyıdan karasularını aşmayan bir mesafede yer alan cezir yüksekliğinin de karasularını genişletme etkisi olabilir ancak bu etki kısıtlıdır. Karasuları genişliğini 12 dm olarak tayin eden bir devletin kıyısının 12 dm açığındaki bir cezir yüksekliği esas hattı taşıyarak en fazla karasularını 12 dm daha öteleyebilir. Genişleyen ikinci 12 dm alandaki yüksekliklerin daha fazla genişletme etkisi yoktur. Böylelikle kıyı devletinin elverişli coğrafi özellikler sayesinde bir cezir yüksekliğinden diğerine sıçramalar yaparak karasularını aşırı genişletmesinin önüne geçilmiş olmaktadır.⁸⁷ Sonuçta cezir yüksekliklerinin kıyıdan en fazla –BMDHS'nin öngördüğü azami karasuları genişliğini esas aldığımızda – 12 dm uzaklığa kadar fazladan deniz alanı kazandırma potansiyeli olduğundan ancak yukarıdaki tablonun yarı değerinde genişlemeleri mümkün kılabilecektir. Öte yandan kıyı

84 ibid s.48, 49

85 REISMAN ve WESTERMAN, 1992, s.106

86 Katar ve Bahreyn arasındaki sınırlandırma davasında UAD her iki devletin de, karasuları taleplerinde çakışan bölgedeki cezir yüksekliklerine esas hattı belirlemek için esas nokta olarak başvurmak istemeleri karşısında iki devletin taleplerinin zorunluluklardan dolayı birbirini etkisizleştirdiğini (nötralize ettiğini) ifade ederek talepleri reddetmiştir. Katar/Bahreyn, 2001, s.101, para.202

87 CHURCHILL ve LOWE, s.48

devletinin bu uzunlukta esas hatlara erişebilmesi için de kıyıdan tam 12 dm açıkta sözü edilen uzunluk boyunca cezir yükseklikleri dizisi olmalıdır ki, bu çok olağan dışı bir kurgudur.

B. SINIRLANDIRMA İHTİLAFLARINA ETKİLERİ

Deniz alanlarının sınırlandırılması, uluslararası deniz hukukunun devletler bakımından hem en önemli, hem de en sert ihtilaflarının yaşandığı konularından biridir. Konunun, ihtilafa taraf devletlerin egemenliğiyle doğrudan ilgili olması bakımından da özel bir hassasiyeti vardır. Bu hassasiyete binaen uluslararası yargı organları çok dikkatli analizler ve formüller ışığında ve imkân olduğu ölçüde objektif ölçütlerle bu ihtilafları çözümlenmektedirler. Hatta oluşturdukları içtihatlar ile uluslararası hukuk metinlerine de yön veren yargı organları⁸⁸, zaman içinde ortak bir tutum ve metot geliştirecek bu alanda hukukun birleştirilmesini büyük ölçüde sağlamışlardır.⁸⁹

Devletlerin deniz alanları kıyılarından başlayarak tayin edileceğinden, her sınırlandırma davasında mahkemeler, öncelikle, ihtilafa taraf devletlerin birbiriyle çakışan deniz alanlarına sebebiyet veren ‘ilgili kıyıların’ tespiti ile başlar. İlgili kıyı kavramının, sınırlandırma yapılmayacak deniz alanlarına bakan kıyı bölümünü, herhangi çakışan hak taleplerine neden olmadığı için dışarıda bırakacağı açıktır.⁹⁰ UAD, Tunus ve Libya arasındaki 1982 tarihli kıta sahanlığının sınırlandırılmasına ilişkin davada tarafların tüm kıyıların değil, sadece ihtilafli deniz altı alanlarının uzantısı olduğu kıyıların esas alınacağını teyit etmiştir.⁹¹ Benzer bir yaklaşımı, Kamerun ve Nijerya arasındaki davada da sergilemiş, Kamerun’un yalnızca Nijerya’ya bakan kıyıları esas alarak Ekvator Ginesi’nin adalarına bakan kıyıları mevcut ihtilafın konusu dışında saymıştır.⁹² Zira UAD her daim ilgili kıyıları belirlerken “gerçek coğrafyaya sadık kalmaya”⁹³ ve “tabiatı yeniden şekillendirmemeye”⁹⁴ özen göstermiştir.

İlgili kıyıların tespitinden sonraki aşama esas hatların belirlenmesidir.⁹⁵ Katar ve Bahreyn arasındaki davada Bahreyn’in adalar saçağı nedeniyle hak iddia ettiği düz esas hatları, her ne kadar Bahreyn’in coğrafi konfigürasyonu içinde olsa da ‘saçak’ olarak nitelenemeyecekleri gerekçesiyle

88 Bu konuda ilk ve en önemli dava UAD’nin 1969 tarihli Kuzey Denizi Kıta Sahanlığı Davalarıdır. Bu dava ile ilk kez sınırlandırmanın ‘hakça ilkeler’ ışığında yapılması gerekliliği ortaya konmuş ve bunun etkileri BMDHS’nin kıta sahanlığı ve MEB sınırlandırmasına ilişkin hükümlerine yansımıştır. North Sea Continental Shelf Cases (Alman Federal Cumhuriyeti/Danimarka ve Alman Federal Cumhuriyeti/Hollanda) 1969 ICJ Rep.

89 Bu konuda daha fazla bilgi için: D. TEKİN APAYDIN, “The Evolution and Convergence of Maritime Delimitation: From ‘Equidistance’ to ‘Equitable Equidistance’” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Vol.2(2), Aralık 2014, 11-45

90 J. SHI, The Wang Tiewa Lecture in Public International Law – Maritime Delimitation in the Jurisprudence of the International Court of Justice, *Chinese Journal of International Law*, 9 (2010) 271-291, para.12

91 Continental Shelf Case (Tunus/Libya Arap Cemahiriyesi) 1982 ICJ Rep. s.61, para.75

92 Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Kamerun/Nijerya: Ekvator Ginesi müdahil) 2002 ICJ Rep. s.442-443, para.291

93 Continental Shelf Case (Libya Arap Cemahiriyesi/Malta) 1985 ICJ Rep. s.45, para.57

94 Alman Federal Cumhuriyeti/Danimarka ve Alman Federal Cumhuriyeti/ Hollanda, 1969, s.49, para.91

95 SHI, para.14

reddeden UAD, somut olayın hem Norveç'in durumundan hem de BMDHS'deki tanımlanandan farklı olduğuna hükmetmiştir.⁹⁶

Günümüzde, deniz alanlarının sınırlandırılmasında, uygulanması konusunda uluslararası yargı organları arasında yaygın görüş birliği olan metoda göre: ilgili kıyılar ve esas hatların tespitini müteakip eşit uzaklık yöntemi uyarınca 'geçici bir ortay hat' çizilir ve bu hat, 'özel durumlar' ya da –artık evrildiği haliyle – 'ilgili durumlar' değerlendirilerek 'hakça bir sonuç' arayışı ışığında gerek görülürse tadil edilir. Son aşamada ortaya çıkan sınırlandırma çizgisinin orantısız olup olmadığına bakılır. Bu 'orantısızlık testi' UAD tarafından Romanya ve Ukrayna arasındaki sınırlandırma davasında şu şekilde ifade edilmiştir: “[belirlenen çizginin] her bir devletin kıyı uzunluklarıyla deniz alanlarının oranında *belirgin* orantısızlık olması sebebiyle hakça olmayan bir sonuca neden olmaması”.⁹⁷ Bu tür bir orantısızlık tespit edilirse sınırlandırma çizgisi yine gereği şekilde tadil edilerek nihai sınırlandırma çizgisine erişilir. Bu üç aşamalı metod Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM/ITLOS) tarafından da benimsenmiş olup uygulanmaktadır.⁹⁸

Eşit uzaklık yöntemiyle ortay hattın tespiti esas hatlar referans alınarak yapılır. Düz esas hatlar uygulamaları özellikle çatışan deniz alanlarına ilişkin karşılıklı hak iddialarının çözülmesinde öncelikli başvurulmuş olan eşit uzaklık çizgisini düz esas hatlar kullanan devlet lehine açıkça ve hakça olmayan bir şekilde bozma potansiyeline sahip olabilir.⁹⁹ Özellikle Ege Denizi'ndeki gibi bazı sıra dışı özellikler arz eden coğrafi konfigürasyonlarda bu tür bir düz esas hatlar kullanımı diğer devlet ya da devletler bakımından hakça ilkelere açıkça aykırı sonuçlara götürebilir.¹⁰⁰ Bu nedenle düz esas hatlar yöntemine başvuran devletlere karşı bilhassa ilgili bölge devletleri tarafından yapılan itirazlar, bu esas hatlar uygulamalarının uluslararası geçerliliği değerlendirilirken öncelikli olarak dikkate alınmalıdır.

C. AÇIK DENİZ VE ULUSLARARASI DENİZ YATAĞINA ETKİLERİ

Uluslararası sular, BMDHS m.86'da “bir devletin münhasır ekonomik bölgesine, karasularına veya içsularına veya bir takımada devletin takımadaya dâhil olmayan tüm deniz alanları” olarak tanımlanmıştır.¹⁰¹ Maddede de ifade edildiği gibi, açık denizi tanımlayan ve sınırlandıran, ulusal yetkiye tabi sulardır. Bu nedenle ulusal deniz alanlarının artışı, uluslararası suların azalmasına sebep olmaktadır. Bunun en çarpıcı örneği, BMDHS ile ilk defa kodifiye edilen MEB

96 Katar/Bahreyn, 2001, s.103, para.214

97 Maritime Delimitation in the Black Sea (Romanya/Ukrayna) 2009 ICJ Rep. s.103, para.122

98 Örneğin: Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS Reports 2012 ve Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, ITLOS, Award, 07 July 2014

99 V. PRESCOTT ve C. SCHOFIELD, “Undelimited Maritime Boundaries of the Asian Rim in the Pacific Ocean”, International Boundaries Research Unit, Maritime Briefing, Vol. 3(1), 2001, s.3

100 Deniz alanlarının sınırlandırılmasında hakça ilkelere dair: M.E. BÜYÜK, Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri (On İki Levha, İstanbul, 2018) s.286-293; TEKİN APAYDIN, s.11-45

101 1958 Cenevre Açık Deniz Sözleşmesi'nin 1. Maddesinde yer alan tanıma, 1982 BMDHS ile getirilen yeni deniz alanları olan MEB ve takımadaya suları da dâhil edilmiştir.

alanlarının açık denizlere etkisidir. MEB kavramının ve rejiminin düzenlenmesi deniz hukuku bakımından bir devrim niteliğinde olup, bunun neticesinde açık deniz alanlarının neredeyse üçte biri ulusal yetkiye tabi kılınmıştır.¹⁰² Yine açık denizlerin yaklaşık yüzde onu, BMDHS ile düzenlenen 200 dm'nin ötesine uzanan genişletilmiş kıta sahanlıkları üzerinde yer almaktadır.¹⁰³ Adalar saçağı temelli düz esas hatların da, her ne kadar MEB'e nazaran daha düşük ölçekli olsa da, benzer bir etkisi olup, dolaylı olarak açık deniz alanlarının yüzölçümünü küçülebilmektedirler.

Grotius'un '*mare liberum*' öğretisinin¹⁰⁴ bir yansıması olarak üzerinde ulusal yetki ya da kişisel mülkiyet kurulması mümkün olmayan açık deniz alanları¹⁰⁵, tüm devletlere başta seyrüsefer serbestisi olmak üzere pek çok serbesti tanımaktadır.¹⁰⁶ Bu alanın daralması, bazı açık deniz alanlarının ortak kullanım alanı olmaktan çıkıp, kıyı devletlerine tahsisi anlamına gelmektedir. Ancak bu ifadeyi temkinli kullanmakta fayda vardır; zira BMDHS düzenlemelerinde MEB alanlarında seyrüsefer ve üst uçuş serbestisi ile denizaltı kablo ve boru döşeme serbestisi, bir takım kısıtlara tabi olmak üzere muhafaza edilmiştir.¹⁰⁷ Buna karşın, Birleşik Krallık Balıkçılık Davası'ndaki itirazlarında, normal esas hat yerine düz esas hatların kullanılmasının etkisi üzerinde durmuş; esas hatların Norveç karasularını genişletmesi nedeniyle Britanyalı balıkçıların kullanımına açık olan açık deniz alanlarının azaldığına işaret etmiştir.¹⁰⁸

Bir başka boyutu ile ele alındığında, açık denizlerde gemiler için öngörülen 'tek bayrak' prensibi uyarınca bu gemiler üzerinde bayrak devletinin hukuki, idari ve cezai yetkisi teyit edilmiştir.¹⁰⁹ Öte yandan ülkesellik prensibi gereği kural olarak karasularının bitimine kadar uzanan kıyı devletinin yetkileri, MEB ihlalleri söz konusu olduğunda ülkesellik-ötesi (extra-territorial) bir niteliğe bürünür. BMDHS m.27(5)'te öngörüldüğü üzere karasularına girmeden önce işlenmiş suç kategorisinde MEB ihlalleri iki istisnadan biri¹¹⁰ olarak gösterilmiş ve kıyı devletinin bunlar üzerindeki yetkisi açıkça düzenlenmiştir.

Ancak ulusal deniz alanlarının artışının etkisi sadece açık deniz alanlarının azalmasından ibaret değildir. Deniz alanlarının düz esas hatlar vesilesiyle tayini, derin deniz/okyanus tabanını (Saha)

102 ROTHWELL ve STEPHENS, s.82

103 CHURCHILL ve LOWE, s.207

104 "Deniz öyle bir alandır ki, özel mülkiyete konu olmaz ve toprak gibi işgal edilemez. [...] Antik zamanlardaki filozofların, şairlerin ve hukukçuların yazmış olduklarından beri açıkça bilinmektedir ki, deniz sahipsiz bir şeydir; ya da kavimler hukukuna göre deniz kamusaldır, yani herkesindir. [...] Cicero'nun dediği gibi, o herkes kullanabilsin diye yaratılmıştır. Bu gerçeği Romalı şairler gibi Romalı hukukçular da teslim eder. Gene Roma hukukuna göre, bir denizin kıyısı da kıyıda ki ülkenin halkına aitti. Balıkçılık ve denizcilik bu halk için bir haktır" Grotius'un bu görüşleri ve eserleri için bakınız: H.H. ERKİNER, "Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachele İlişkin İnceleme ve Değerlendirme" MÜHF – HAD, Vol.18(3), 2012, 3-142, 30

105 BMDHS Madde 89

106 Bunlar: üst uçuş serbestisi, denizaltı kablo ve boru döşeme serbestisi, yapay adalar ve tesisler inşa etme serbestisi, balıkçılık yapma serbestisi ve bilimsel araştırma yapma serbestisi olarak BMDHS m.87'de sayılmıştır.

107 BMDHS Madde 58

108 CHURCHILL ve LOWE, s.34

109 BMDHS Madde 92

110 Diğer istisnai düzenleme Kısım XII'de düzenlenen deniz çevresinin korunmasına ilişkin ihlallerdir.

da küçülmektedir. Saha'nın bir deniz alanı olarak ortaya çıkışını ve deniz alanlarının evrimini Kıvılcım şu şekilde aktarmaktadır:

İkinci Dünya Savaşı ertesi dönemde teknolojideki gelişmeler, okyanus dibindeki madenlerin özellikle manganez yumrularının keşfi ile, deniz hukuku bir satıh hukuku olmaktan çıkıp üç boyutlu nitelik kazanmıştır. Bu süreçte teknolojik gelişme açık denizin kamusal algılanışını dönüştürmüş, devletlerin egemenlikleri altındaki suları, yeni hukuki rejimlerin geçerli olduğu serbest ekonomik bölge, kıta sahanlığı benzeri alanların tanımlanmasıyla adım adım arttırmaları, daha önceden açık deniz olarak bilinen alanı aşamalı olarak daraltmıştır.¹¹¹

Saha, kıta sahanlıkları ile belirlenebilir hale gelir. 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin kıta sahanlığının dış sınırının tespitine ilişkin getirmiş olduğu 200 metre derinlik veya 'işletilebilir derinlik' kriteri, teknolojinin gelişimi karşısında işletilebilirliğin giderek artması nedeniyle sınırlandırma fonksiyonunu ifa edemez hale gelmiştir.¹¹² Nitekim bu düzenleme muhafaza edilecek olursa kıta sahanlığı sınırları git gide artarak nihayetinde tüm okyanus tabanı kıyı devletleri arasında bölünmüş olacaktı. Hatta "coğrafyanın azizliği ve sömürgecilik tarihi de göz önünde bulundurulduğunda, eşit uzaklık yöntemine göre sınırlandırılmaların yapılacağını varsaydığımızda, muhtemelen birkaç zengin devlet aslan payını kapmış olacaktı".¹¹³ Bu değişken¹¹⁴ ve 'sınırlayamayan' sınırlama ölçütleri BMDHS ile terkedildi ve yeni düzenleme ile kıta sahanlığının dış sınırı, kıyı devletinin münferit coğrafi yapılanmasından bağımsız olarak esas hatlardan başlayarak ölçülecek 200 dm uzunluk olarak tespit edildi ve istisnai hallerde en fazla 350 dm'ne kadar genişletilebileceği kabul edildi.¹¹⁵ Bu yeni düzenleme ile deniz hukuku bakımından coğrafi bir kavram olmaktan çıkıp hukuki bir niteliğe bürünen kıta sahanlığı, çoğu deniz alanları gibi esas hatlar ile belirlenebilir özelliğe büründü. Bu nedenle düz esas hatların kullanımından doğrudan etkilenen kıta sahanlığı, dolaylı olarak Saha'nın küçülmesine de etki edebilir hale geldi.

Saha'nın daralması, açık denizlerin daralmasından her şeyden önce kavramsal olarak farklılık göstermektedir. Geçmişte '*res nullius*' ve '*res communis*' kavramlarıyla ilişkilendirilmiş olan açık denizler 'insanlığın ortak malı'¹¹⁶ olarak müşterek kullanım alanı addedilirken, Saha ve Saha'nın kaynakları hukuken 'insanlığın ortak mirası' olarak nitelenmiştir.¹¹⁷ Her ne kadar uluslararası mevzuatta ya da içtihatlarda yerleşik bir tanımı olmasa da insanlığın ortak mirası kavramını tanımlamak için doktrinel çabalar süregelmiştir. Kıvılcım, farklı alanlarda uygulama alanı bulmuş bu kavramın Kiss'in ifadesiyle: "yeryüzü kaynaklarının daha iyi korunması ve paylaşımı için

111 Z. KIVILCIM, Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası (On İki Levha, İstanbul, 2010) s.8

112 1958 Cenevre Kıta Sahanlığı Sözleşmesi Madde 1

113 CHURCHILL ve LOWE, s.225

114 Her devletin sularının 200 metre derinliğe ulaştığı alan farklı olup, bu tamamen jeolojik ve coğrafi koşullara bağlıdır. Öte yanda 'işletilebilir derinlik' kıyı devletinin teknolojik gelişimine bağlı olarak zaman içinde sürekli değişen bir kıta sahanlığı dış sınırı formülüdür.

115 BMDHS Madde 76

116 KURAN, s.275

117 BMDHS Madde 136

insanlarının ortak menfaatlerinin cisimleştiği” bir rejimi kapsadığını aktarmıştır.¹¹⁸ Kavramın içeriğini doldurmak için Malta Büyükelçisi Arvid Pardo’nun 1967 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda yaptığı konuşmada yer alan önerilerine bakmak gerekir. Bu önerileri deniz hukuku özelinde Saha’ya uyarladığımızda: Saha üzerinde egemenlik hakkı iddia edilemeyeceği; Saha’nın barışçıl amaçlarla kullanılması gereği; Saha’da madencilik faaliyetlerinden elde edilecek kazancın eşit olarak dağıtılması gereği; ve Saha’nın uluslararası bir kuruluş vasıtasıyla yönetilmesi gereği ortaya çıkmaktadır.¹¹⁹

İnsanlığın ortak malı olma, öncelikle, sorumlu kullanma, hakça faydalanma, barışçıl amaçlarla kullanma ilkeleriyle sınırlanabilir. İnsanlığın ortak mirası ise buna ilaveten uluslararası dayanışma ve işbirliğinin ve gelecek kuşaklara karşı sorumluluğun daha yoğun olmasını gerektirir. İlki kullanmada sorumluluk gerektirirken, ikincide faydalanmanın yanı sıra mirası gelecek kuşaklara aktarma sorumluluğu da söz konusudur. Denebilir ki insanlığın ortak mirası kavramı sürdürülebilirlik kaygısının daha çok ön plana çıktığı bir kavramı ifade eder.

Sürdürülebilir kalkınmaya¹²⁰ ilişkin uygulanmakta olan özel ilkeleri tespit etmeyi amaçlayan Sürdürülebilir Kalkınmaya İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Hakkında Yeni Delhi Bildirgesi’nin tespit ettiği birinci ilke¹²¹ devletlerin doğal kaynakların sürdürülebilir kullanımını sağlamak görevine ilişkindir.¹²² Bu ilke zarar vermeme prensibi, devletlerin kendi doğal kaynaklarını sürdürülebilir şekilde yönetmek ve insanlığın ortak ilgisini oluşturan doğal çevreyi korumak görevi ile birleştirilmiştir. ‘İnsanlığın ortak ilgisi’ kavramı, ‘insanlığın ortak mirasına’ nazaran kamusal yönü daha baskın olan ve mülkiyeti bertaraf eden nitelikte bir kavram olarak ortaya çıkmıştır.¹²³ Ne var ki, sonuç olarak her iki kavram da ortak kaynakların kullanımıyla ilgilidir¹²⁴ ve bu kullanım insanlığın ortak çıkarları gözetilerek belirli ilkelere bağlanmıştır. Düz esas hatların adalar saçağı argümanı ile liberal yorumlanarak kullanımı, kıta sahanlığı sınırlarını genişleteceği için Saha’yı, yani insanlığın ortak mirasını, kısmen gasp etme sonucunu doğurur. Düz esas hatlar

118 A. KISS, “La Notion de patrimoine commun de l’humanité”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982/II, s.230, aktaran: KIVILCIM, s.1

119 S. BEKTAŞ, Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi (Legem, Ankara, 2017) s.63

120 “Sürdürülebilir kalkınmanın en çok başvurulan tanımı, Dünya Çevre ve Kalkınma Komisyonu’nun 1987 Ortak Geleceğimiz (*Our Common Future*) Raporunda veya daha sık anılan adıyla *Brudtland* Raporunda yer almaktadır. Raporda sürdürülebilir kalkınma, ‘Bugünün gereksinimlerini, gelecek kuşakların kendi gereksinimlerini karşılama olanaklarını tehlikeye atmaksızın karşılayan kalkınma’ şeklinde tanımlanmıştır.” M. SARİBEYOĞLU SKALAR, Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma (Beta, İstanbul, 2015) s.3

121 Bu Bildirge ile tespit edilen diğer ilkeler şöyledir: Hakkaniyet ilkesi ve yoksulluğun ortadan kaldırılması; Ortak ama farklılaştırılmış sorumluluklar ilkesi; İnsan sağlığı, doğal kaynaklar ve ekosistemlere ihtiyatlı yaklaşım ilkesi; Kamu katılımı ilkesi ve bilgiye ve adalete erişim; İyi yönetim ilkesi; Özellikle insan hakları ve sosyal, ekonomik ve çevresel amaçlara ilişkin olarak entegrasyon ve karşılıklı ilişki ilkesi. Bunlara ilişkin daha detaylı bilgi için: SARİBEYOĞLU SKALAR, s.110-167

122 International Law Association (ILA), New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 02 April 2002
<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/534/20/PDF/N0253420.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 07.01.2019)

123 SARİBEYOĞLU SKALAR, s.115

124 Bu karşılaştırmaya ilişkin daha fazla bilgi için: SARİBEYOĞLU SKALAR, s.115-117

yöntemine başvuracak devletlerin, Yeni Delhi Bildirgesi'nin tespit ettiği prensipleri gözeterek esas hatların tespitinde sorumlu davranmaları gerekmektedir.

V. SONUÇ

Deniz alanlarının tespit edilebilmesi ve bu alanlarda devletlerin çakışan hak talepleri olduğunda bu alanların sınırlandırılması, uluslararası deniz hukukunun en birincil konularındandır. Her iki konunun çözüme vardırıılmasında da esas hatların belirleyici rolü vardır. Uluslararası deniz hukukuna 1951'deki Balıkçılık Davası ile giren düz esas hatlar uygulaması, ilk olarak 1958 Cenevre KBBS'de, daha sonra da 1982 BMDHS'de düzenlenmiştir. Ancak mevcut içtihat ya da düzenlemeler, özellikle 'adalar saçağı' söz konusu olduğunda kavramın nasıl yorumlanması gerektiği ya da bu durumun varlığı halinde düz esas hatların nasıl uygulanacağına dair detaylı ve yol gösterici işaretler sunmamaktadır. Eldeki belirteçler ise, kendileri tanımlanmaya muhtaç ifadeler ile formüle edilmiş olmalarından dolayı pek çok soruyu cevapsız bırakmaktadır.

Düz esas hatlar yöntemi asıl olarak, tabiatın zorlu formasyonları karşısında deniz alanlarının daha kolay belirlenebilmesi amacını taşımaktadır ve UAD içtihatlarında normal esas hatların bir istisnası ve kısıtlı hallerde başvurulabilecek bir yöntem olarak nitelenmiştir. İroniktir ki, aynı zorlu coğrafi konfigürasyonlar, adalar saçağı da dâhil olmak üzere pek çok kavram ve durumu kesin tanımlara sığdırmaktan alıkoymuştur. Bununla amaçlanan atipik ya da sıra dışı özellikler gösteren coğrafyalara sahip devletlerin tanım dışı kalarak hakça olmayan sonuçlarla karşılaşmasının önüne geçmektir. Bu tür durumlar bilhassa devletler arasında deniz alanlarının sınırlandırılmasını ihtiva eden ihtilaflarda kritik sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla adalar saçağı kavramının bir nebze bilinçli muğlaklığı, devlet uygulamalarında çok ayrık yönlerde farklılıklar ortaya çıkarmaktadır. Bu farklılıkların bir kısmı uluslararası hukuk bakımından kabul edilebilirlik sınırını aşmaktadır ve kimi zaman ilk bakışta fark edilmeyen etkiler doğurmaktadır. Yani 'hakçalıktan' ödün vermemek için 'hakçalıktan uzak' sonuçlara maruz kalmak mümkündür.

Reisman'ın çarpıcı bir şekilde ifade ettiği gibi, özellikle 1958 sonrası uygulamalarda düz esas hatların yayılmacı politikalara alet edildiği ve "gelişigüzel uygulamalarla gitgide artan büyüklükte kıyıya yakın suların bu yöntemle içsulara katılarak, diğer tüm deniz alanlarının açık denize doğru itildiği gözlemlenmektedir."¹²⁵ Bu vakta, sadece devletlerin deniz ülkelerini genişletmek vasıtasıyla bir nevi ülke kazanımı sağlamalarını değil, diğer ulusal yetkiye tabi deniz alanlarını da aynı ölçüde büyütme anlamına gelmektedir.

125 W.M REISMAN'ın moderatör olarak yaptığı açılış konuşması. G. S. WESTERMAN, "Straight Baselines in International Law: A Call for Reconsideration" *American Society of International Law Proceedings* 82 (1988) 260-277, s.261 https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrJS9PDUtdcMBAAXzIDjgx;_ylu=X3oDMTByMWk2OWNtBGNvbG8DaXIyBHBvcwMyBHZ0aWQDBHNIYwNzcg-/RV=2/RE=154.715.8084/RO=10/RU=http%3a%2f%2fdigitalcommons.pace.edu%2fcgi%2fviewcontent.cgi%3farticle%3d1229%26context%3dlawfaculty/RK=2/RS=VVaPQ3crpvtPIOFdVyWG3kQeQls-&httpsredir=1&article=1229&context=lawfaculty (erişim tarihi: 02.01.2019)

Bu durumun, eğer varsa başka bir devletle sınırlandırma ihtilafı üzerine etkileri ciddi boyutlara ulaşabilir. Adalar saçağı kavramının uygulaması, Ege Denizi örneği üzerinden değerlendirildiğinde kavramın belirsizliğinin getirdiği sorunların boyutu daha net anlaşılabilir. Yunanistan'ın bu kavrama istinaden Ege'deki tüm adaları kapsayacak şekilde düz esas hatlar çizmesi mümkün müdür? Bunun mümkün olması durumunda, bugünkü sınırlandırma davalarının genel sistematığı uyarınca, deniz alanlarının sınırlandırılmasına bu esas hatlar üzerinden başlanarak eşit uzaklık yöntemine göre çizilecek bir geçici hat ile başlanacaktır. Bu aşamadan sonra özel ya da ilgili durumların hakça bir çözüme ulaşabilmek gayesiyle göz önünde bulundurularak geçici hatta yapılabilecek düzeltmelerin 'hakçalık' adına pek bir anlam ifade etmeyeceği açıktır. Bu nedenle esas hat uygulaması kritik önemi haiz bir konu haline gelmektedir.

Bu çalışmanın konusunun Ege Denizi deniz alanları sınırlandırmasına hasredilmemiş olması nedeniyle bu konu üzerinde derin analizler yapılmayacaktır. Ancak mevcut yasal gerekliliklere bakıldığında, yukarıdaki senaryonun uluslararası hukuka uygunluğu oldukça şüphelidir. Her şeyden önce Yunanistan'ın adaları saçak halinde dizilmiş ve 'kıyıda fark edilir ölçüde sapmayan' bir formasyonda değildir. Tüm adaları kapsayacak düz esas hatların kıyıda sapma gösterme açısı 'makul' sınırları tereddütsüz aşacaktır.

Dahası bu adaların Yunanistan ana kıyılarına yeter derecede yakın bağlı olmaları koşulu da karşılanamamaktadır. Hatta coğrafi yakınlık açısından adaların bir kısmının Türkiye kıyılarına yakın bağlı olabileceği söylenebilir. Yunanistan'ın bölgeye özgü olası bir ekonomik çıkar argümanı da BMDHS m.7(5) uyarınca mesnetsiz kalacaktır, çünkü bu tür bir olgunun dayanak teşkil edebilmesi için 'gerekliği ve önemi uzun bir teamül ile açıkça kanıtlanmış' olmalıdır. Türkiye hiçbir zaman bunu kabul etmemiş, Lozan Antlaşması'nda da öngörüldüğü üzere ekonomik kaynakların paylaşımı bakımından 'denge' politikasını savunmuştur.¹²⁶

Öte yandan bu tür bir esas hatlar uygulaması Türkiye'nin açık denizlere erişimini orantısız bir şekilde güçleştirecek¹²⁷; hatta Boğazlar trafiği göz önüne alındığında tüm uluslararası camianın¹²⁸ açık denizlere erişimini kesecektir. Uluslararası deniz hukukunun en ön planda tuttuğu değerlerden biri olarak korunan seyrüsefer serbestisini zedeleyecek bu tür bir uygulama uluslararası hukukta kabul görmeyecektir.

Norveç'in uzun yıllar düz esas hatlar uygulamasına karşı çıkmamış olan Birleşik Krallık'ın aksine, Türkiye, Yunanistan'ın benzer iddialarına her zaman, istikrarını bozmaksızın karşı çıkmıştır. Türkiye'nin böylesi ısrarlı itiraz tutumu, ulusal çıkarları bizzat etkilenen bir devletin itirazı olması nedeniyle olası bir düz esas hatlar uygulamasının uluslararası hukuk nezdinde geçerliliğini

126 KURAN, s.240

127 Bu durumda özellikle büyük bir liman kenti olan İzmir'in ticari gücü azalacak, gemiler Türk karasularını kat ederek ancak Akdeniz'de açık denize ulaşabilecektir.

128 Bu durumda Boğazlar üzerinden Karadeniz'e gidip gelecek gemiler Ege Denizi'nde ya Yunan ya da Türk sularından geçmek ve bu iki ülkeden birinin karasuları düzenlemelerine tabi olmak durumunda kalacaklar, açık deniz serbestilerinden mahrum olacaklardır.

etkileyecektir.¹²⁹ Yunanistan, bu koşullar altında bütün Ege'yi iç sular olarak kapatmak için Ege Adaları'nı esas alarak düz esas hatlar çizemez ve takımda devleti olmadığı için de esas hatların çiziminde takımda rejiminden yararlanamaz.¹³⁰ Belki bugün Yunanistan için değil, ama yarın başka bir coğrafyada, var olan kurallara eşdeğer aykırılık gösteren bir durumda başka bir devletin düz esas hatlar metodu uygulamasının önünde hangi engel vardır?

Herhalde uluslararası deniz hukukunun en büyük zorluklarından biri benzersiz özelliklerde coğrafyalar için standart kurallar oluşturulmaya çalışılmasıdır. Ancak bu yapılırken bir tarafta hakça ilkeler, diğer yanda hukuk kurallarının belirliliği ve öngörülebilirliği gözetilmelidir. Unutulmamalıdır ki, uluslararası hukuk devletlerin doymak bilmez egemen arzularına karşı düzen oluşturma çabasında olan bir yapıdır ve bu çaba nihayetinde insanlığın ortak çıkarı gereğidir.

Kaynakça

Uluslararası Metinler:

1958 Cenevre Kararları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi

1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi

International Law Association (ILA), New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, 02 April 2002

<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/534/20/PDF/N0253420.pdf?OpenElement> (erişim tarihi: 07.01.2019)

Davalar:

The Anglo-Norwegian Fisheries Case (Birleşik Krallık/Norveç) 1951, ICJ 116

North Sea Continental Shelf Cases (Alman Federal Cumhuriyeti/Danimarka ve Alman Federal Cumhuriyeti/Hollanda) 1969, ICJ Rep.

Continental Shelf Case (Tunus/Libya Arap Cemahiriyesi) 1982, ICJ Rep.

Continental Shelf Case (Libya Arap Cemahiriyesi/Malta) 1985, ICJ Rep.

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras: Nikaragua müdahil) 1992, ICJ Rep.

Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain (Katar/Bahreyn) 2001, ICJ Rep.

Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Kamerun/Nijerya: Ekvator Ginesi müdahil) 2002, ICJ Rep.

Maritime Delimitation in the Black Sea (Romanya/Ukrayna) 2009, ICJ Rep.

Dispute concerning delimitation of the maritime boundary between Bangladesh and Myanmar in the Bay of Bengal (Bangladeş/Myanmar), ITLOS Reports 2012

Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration between Bangladesh and India, ITLOS, Award, 07 July 2014

129 Konunun hakça ilkelere aykırılık boyutu ile ilgili kısım bu çalışma kapsamında bütünlüğün sağlanması amacıyla değerlendirme dışında bırakılmaktadır.

130 S.H. BAŞEREN, Ege Sorunları (TÜDAV Yayınları No:25, Ankara, 2006) s.134

Kitap, Makale ve Raporlar:

- A Manual on Technical Aspects of the United Nations Convention on the Law of the Sea – 1982 (TALOS Manual), Special Publication No.51 (4. Baskı, International Hydrographic Bureau, Monaco, Mart 2006)
- ABASS, A., Complete International Law: Texts, Cases and Materials (OUP, New York, 2012)
- ALEXANDER, L. M. “Baseline Delimitations and Maritime Boundaries”, *Virginia Journal of International Law*, Vol.23(4), 1983, 503-536
- ANDERSON, D., Modern Law of the Sea – Selected Essays (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2008)
- BAYKAL, F.H., Deniz Hukuku Çalışmaları (Alfa, İstanbul, 1998)
- BEKTAŞ, S., Uluslararası Deniz Yatağının İşletilmesi ve Deniz Yatağı Uluslararası Otoritesi (Legem, Ankara, 2017)
- BÜYÜK, M.E., Uluslararası Hukukta Hukukun Genel İlkeleri (On İki Levha, İstanbul, 2018)
- CHEN, L., An Introduction to Contemporary International Law: A Policy Oriented Perspective (2. baskı, Yale University Press, New Haven, 2000)
- CHURCHILL, R.R. ve LOWE, A.V., The Law of the Sea (3. Baskı, Manchester University Press, Manchester, 2014)
- DIXON, M., Textbook on International Law (7. Baskı, Oxford University Press, Oxford, 2013)
- ERKİNER, H.H., “Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klâsik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel’e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme” MÜHF – HAD, Vol.18(3), 2012, 3-142
- FITZMAURICE, G., The Law and Procedure of the International Court of Justice, vol. I (Cambridge University Press, Cambridge, 1995)
- HODGSON, R. and ALEXANDER, L. “Toward an Objective Analysis of Special Circumstances”, Law of the Sea Institute Occasional Paper No.13, 1971
- KAYA, İ., Uluslararası Hukukta Temel Belgeler (3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016)
- KISS, A., “La Notion de patrimoine commun de l’humanité”, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1982/II
- KIVILCIM, Z. Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası (On İki Levha, İstanbul, 2010)
- KOPELA, S., Dependent Archipelagos in the Law of the Sea (Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2013)
- KURAN, S., Uluslararası Deniz Hukuku (4. Baskı, Beta, İstanbul, 2014)
- LOKITA, S. “The Role of the Archipelagic Baselines in the Maritime Boundary Delimitation”, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, The United Nations, New York, 2010
http://www.un.org/depts/los/nippon/unff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/lokita_0910_indonesia.pdf (erişim tarihi: 27.12.2018)
- Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, United Nations, “The Law of the Sea: Baselines” (United Nations, New York, 1989)
- ÖZMAN, A., Deniz Hukuku I (Turhan Kitabevi, Ankara, 2006)
- PRESCOTT, V. “Straight and Archipelagic Baselines”, G. BLAKE ed. Maritime Boundaries and Ocean Resources içinde kitap bölümü (Barnes & Noble Books, New Jersey, 1987)
- PRESCOTT, V. and SCHOFIELD, C. “Undelimited Maritime Boundaries of the Asian Rim in the Pacific Ocean”, International Boundaries Research Unit, Maritime Briefing, Vol. 3(1), 2001
- QURESHI, W. A., “State Practices of Straight Baselines Institute Excessive Maritime Claims”, *Southern Illinois University Law Journal*, Vol.42(3), 2018, 421-450

- REISMAN, W.M. ve WESTERMAN, G.S. “Straight Baseline Claims of States”, *Straight Baselines in International Maritime Boundary Delimitation* içinde kitap bölümü (Palgrave Macmillan, London, 1992)
- ROTHWELL, D.R. ve STEPHENS, T., *The International Law of the Sea* (Hart Publishing, Oxford, 2012)
- SARİBEYOĞLU SKALAR, M., *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma* (Beta, İstanbul, 2015)
- SIMMONS, C. R., *The Maritime Zones of Islands in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1979)
- TANAKA, Y., *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, Cambridge, 2012)
- TEKİN APAYDIN, D. “The Evolution and Convergence of Maritime Delimitation: From ‘Equidistance’ to ‘Equitable Equidistance’ Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol.2(2), 2014, 11-45
- TOMKA, P., Speech by the President of the International Court of Justice, to the Sixth Committee of the General Assembly, 02.11.2012
<http://www.icj-cij.org/presscom/files/6/17156.pdf> (erişim tarihi: 09.01.2019)
- US Department of State, Bureau of Intelligence and Research, “Limits in the Seas No:23 Straight Baselines: United Kingdom” 26 June 1970
<https://www.state.gov/documents/organization/61604.pdf> (erişim tarihi: 27.12.2018)
- WESTERMAN, G. S. “Straight Baselines in International Law: A Call for Reconsideration” *American Society of International Law Proceedings* 82 (1988) 260-277
https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://r.search.yahoo.com/_ylt=AwrJS9PDUTdcMBAAXzIDjgx.;_ylu=X3oDMTByMWk2OWNtBGNvbG8DaXIyBHBvcwMyBHZ0aWQDBHNIYwNzcg—/RV=2/RE=154.715.8084/RO=10/RU=http%3a%2f%2fdigitalcommons.pace.edu%2fcgi%2fviewcontent.cgi%3farticle%3d1229%26context%3dlawfaculty/RK=2/RS=VVaPQ3crpvtPIOFdVyWG3kQeQls-&httpsredir=1&article=1229&context=lawfaculty (erişim tarihi: 02.01.2019)

AİHK'nun Extraterritorial Geçerliliği Bağlamında AİHM'nin İçtihatlarında Görülen Hareketlilik

The Dynamism in the Case Law of the ECHR in the Context of Extraterritorial Validity of the Convention

A. Füsun ARSAVA* 

Öz

AİHK, Konvansiyon tarafı devletlere Konvansiyonda öngörülen hakları ve özgürlükleri ülkelerinde temin etme yükümlülüğü getirmektedir. AİHM'nin ancak 1990'lı yılların sonundan itibaren kararlarında AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını kabul ettiği görülmektedir. AİHM'nin bu çerçevedeki kararları birbiriyle tam olarak uyumlu görülmemektedir. Makalede AİHM'nin hangi koşullar altında AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını kabul ettiği somut karar örnekleri ışığında ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Banković davası, Al-Skeine davası, etkin denetim, jurisdiction kriteri

Abstract

The contracting parties shall secure to everyone within their jurisdiction the right and freedoms defined in the Convention. But the Court has started to develop case-law that appears to depart from a strict territorial model of jurisdiction since the end of 1990s. The Court's decisions in this framework are not fully compatible. This article aims to analyse the conditions under which the Court accepts extraterritorial application of the Convention in the light of certain decisions.

Keywords: Banković decision, Al-Skeine decision, effective control, jurisdiction criterion

GİRİŞ

Avrupa ikinci dünya savaşından bu yana büyük ölçüde barış içinde yaşamaktadır. Kıta Avrupası'nda silahlı çatışmalar yaşanmamakla beraber, Avrupa ülkeleri dünyanın değişik bölgelerine askerlerini göndermektedir. Libya'dan Irak'a kadar Avrupa devletlerinin orduları operasyon yapmaktadır. Bu operasyonlara İnsani Uluslararası Hukuk sınırlamalar getirmektedir. Bu paralelde belli koşullar altında AİHK da extraterritorial geçerlilik iddia etmektedir.

* Prof.Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fusun.arsava@atilim.edu.tr

AİHM 1990'lı yılların sonundan itibaren bir dizi kararlarında değişik durumlarda AİHK'nun extraterritorial uygulanmasını karara bağlamıştır. Bu kararların ortak olan yanı Avrupa devletlerinin (kısmen Avrupa Konseyi'nin diğer üyelerinin ülkelerinde, kısmen AİHK'nun bölgesel uygulanma alanı dışında olan topraklarda) yurt dışı operasyonlarına ilişkin olmasıdır. AİHM'nin bu çerçevedeki içtihatı oldukça yoğun olarak somut durumla bağlantılıdır ve tam olarak birbiri ile uyumlu değildir. AİHM Büyük Dairesi Banković davasından bu yana¹ kendi içinde tenakuzlu içtihatına ilk kez 2011'de Al Skeini – Birleşik Krallık davasında bir açıklık getirme imkânı bulmuştur. Verilen karar kimi soruları açıklığa kavuşturursa da, yeni soruları gündeme getirmiştir. Makalede bu karardan hareket edilerek önceki kararların ne ölçüde geçerlilik iddia edebileceği ve hangi koşullarda AİHK'nun extraterritorial uygulanmasının kabul edilebileceği ele alınacaktır.

I. ŞİMDİYE DEK GEÇERLİ İÇTİHATLA KABUL EDİLEN EXTRATERRITORIAL EGEMENLİK YETKİSİ

AİHK'nun geçerlilik alanı AİHK'nun 1.maddesine göre Konvansiyon üyesi devletlerin egemenlik yetkisi kullandığı alandır. Konvansiyon üyesi devletler egemenlik yetkisi kullandığı bu alanlarda egemenlik yetkisine tabi tüm kişilere Konvansiyonda öngörülen hak ve özgürlükleri temin etmekle mükelleftir. Egemenlik yetkisi prensip olarak ülkesel olarak sınırlanmış olmakla beraber istisnai durumlarda ülke dışında kullanılabilir yahut etkileri ülke sınırlarını aşabilir. AİHM Konvansiyonu'nun extraterritorial uygulanmasını üç farklı durum için kabul etmiştir. Bunlardan birincisi Konvansiyon üyesi devletin kendi ülkesi dışında bir bölgeyi etkin denetimi altında tutmasıdır; ikincisi Konvansiyon üyesi devletin organlarının münferit kişiler üzerinde doğrudan denetim yetkisi kullanmasıdır; üçüncüsü ise diplomatik yahut konsolosluk organları ile egemenlik yetkisinin kullanılmasıdır. Bu durumlarda egemenlik yetkisi ülke dışında kullanılmış kabul edilmektedir. Her üç durumda da AİHK'nun 1.madde hükmünün lâfzından istihraç edildiği üzere egemenlik yetkisinin kişiler üzerinde kullanılması söz konusudur. Egemenlik yetkisinin ya doğrudan –kişilerin doğrudan verilen emirlerle denetim altında tutulması yoluyla– ya da dolaylı olarak –bir bölgede etkin kontrol sağlanarak– kullanılması mümkündür.²

A. BİR BÖLGE ÜZERİNDE ETKİN KONTROL SAĞLANARAK EGEMENLİK YETKİSİNİN KULLANILMASI

Bir bölge üzerinde etkin kontrol sağlanarak egemenlik yetkisinin kullanılması, şayet söz konusu bölge kendi ülkesi ise doğal olan durumdur. Ancak etkin kontrolün kendi ülkesi dışında yabancı bölgeleri de kapsamı mümkündür. AİHM'nin sürekli içtihatına göre, bir konvansiyon devletinin hukuka uygun yahut hukuka aykırı olarak kendi ülkesi dışında bulunan bölgelerde etkin kontrol

1 AİHM, Banković – Belçika ve 16 diğer NATO devleti, 12.12.2001, Nr.52207/99, NLMR (2001) 48 vd., EuGRZ (2002) 123 vd.

2 GerhardThallinger, Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte (2008) 179

icra ettiği durumlarda egemenlik yetkisinin ülke sınırları içinde kullanılması prensibinin istisnası söz konusudur. Bu kriter AİHM tarafından Kuzey Kıbrıs bakımından geliştirilmiş,³ daha sonra da diğer kararlarda teyit edilmiştir. Etkin denetimin Konvansiyon devletinin kendi birlikleri veya kendisine tabi bölgesel yönetim tarafından gerçekleştirilmesi önem taşımamaktadır. AİHM'ne göre, bölgesel yönetim varlığını askeri veya diğer bir şekilde yapılan desteğe borçlu ise, bu durum Konvansiyon devletinin sorumluluğu için yeterli kabul edilmektedir.⁴

Bir Konvansiyon devleti bir bölge üzerinde etkin kontrol sağladığı nispette, AİHK'da ve onun protokollerinde yer alan haklara saygı göstermek ve onları korumakla mükelleftir. Konvansiyon haklarının temini mükellefiyeti söz konusu bölgede etkin kontrole istinat etmektedir. Konvansiyon devletinin bu bölgede etkin kontrole sahip olup olmadığı, değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Önemli olan ancak öncelikle askeri varlığın mevcudiyeti, yerel yönetime verilen desteğin kapsamı ve bununla bağlantılı olarak yerel yönetimi etkileme olanaklarıdır. Konvansiyon devletinin Konvansiyon haklarına riayetle mükellef kılınabilmesi, Konvansiyon devletinin bu mükellefiyeti yerine getirme olanağına sahip olmasına bağlıdır. Egemenlik yetkisinin yabancı bir bölgede kullanılmasının hukuka uygun olması (örneğin ilgili devletin onayı ile egemenlik yetkilerinin kullanılması) bu çerçevede herhangi bir role sahip değildir. Bu bağlamda hukuki dayanağından bağımsız olarak etkin denetim yetkisinin kullanılması sorumluluğun kabulü için yeterlidir.

B. EGEMENLİK YETKİSİNİN KİŞİLER ÜZERİNDE DENETİM SAĞLANARAK VE EMİR VERİLEREK KULLANILMASI

Yabancı bir bölgede alan olarak etkin kontrolün sağlanmadığı durumlarda da Konvansiyon devleti organlarının tasarrufları ile münferit kişi grupları üzerinde emirleri ve denetimleri ile otorite sağladıkları nispette extraterritorial egemenlik yetkisi kullanıldığı kabul edilmektedir. Bu durumun fiziki güç kullanılarak doğrudan zorlama ile gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi, dolaylı olarak ilgililerin prensip olarak kendi iradeleri dışında tutuldukları kurumlara uygulanan özel denetimle de gerçekleşmesi mümkündür.

1. Egemenlik Yetkisinin Fiziki Güçle Kullanılması

AİHM ilk kez Federal Yugoslavya Cumhuriyetine karşı yapılan NATO hava operasyonuna katılan Konvansiyon devletleri nedeniyle bu konuyla iştigal etmiştir. Banković davası, bu operasyonlar esnasında devlet radyosu RST'nin Belgrad'da bombardıman edilmesi nedeni ile açılmıştır. 23.04.1994'de RTS binasına NATO uçağından atılan roket isabet etmiştir. Olayda 16 kişi hayatını kaybetmiş, birçok kişi de yararlanmış. Ölenlerin yakınları ve hayatta kalanlar, AİHM'ne başvuru yaparak, NATO operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin yaşam

3 AİHM, Loizidou – Türkiye, 23.09.1995, Nr.15318/89, Rn.62, ÖZJ (1999) 629 vd.; AİHM, Loizidou – Türkiye, 18.12.1996, Nr.15318/89, Rn.52; EGMR, (Cyprus-Türkiye, 10.05.2001, Nr.25781/94, Rn.76

4 AİHM, Ilascu – Moldova ve Rusya, karar 08.07.2004, Nr.48787/99, Rn.316-331)

hakkının ihlâli ve düşünce özgürlüğünün ihlâli nedeniyle sorumluluklarını talep etmiştir. AİHM, ölenlerin ve yaralananların hava operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi olduklarını reddetmiştir. Bu karar AİHM'nin vermiş olduğu kararlar içinde en çok tartışılan karar özelliği taşımaktadır. Literatürde de söz konusu AİHM kararının ağırlıklı olarak eleştirildiği görülmektedir.⁵ AİHM'nin NATO devletlerinin Federal Yugoslavya topraklarında etkin bir kontrole sahip olmadığını hükme bağlayan kararını en çok eleştirilenler dahi ancak bombardımanın ölenlerin ve yaralananların AİHK tarafı devletlerin etkin denetimi altında mütalaası için yeterli olmadığını görüş olarak temsil etmiştir.

AİHM davayı reddeden tutumunu egemenlik yetkisi kavramının dar yorumuna istinat ettirmiştir. AİHM AİHK'nun 1.maddesinin yorumunda, jurisdiction kavramına egemenlik yetkisinin ülkeselliğini esas almış, egemenlik yetkilerinin extraterritorial (ülke dışı) kullanılmasını özel bir gerekçeye istinaden istisna olarak kabul etmiştir. Egemenlik yetkisi kavramına AİHK'nun 1.maddesi ile bağlantılı olarak Uluslararası Hukukta yahut Uluslararası Sorumluluk Hukukunda verilen aynı anlamın yüklemesi eleştiri konusu olmuştur. AİHK'nun 1.maddesinde yer alan egemenlik yetkisi kavramı Konvansiyon devletlerinin yetkililerinin ülkesel olarak sınırlandırılmasına değil, Konvansiyon devletleri ile AİHK'da garanti edilen hakların verileceği kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemeye matuftur.⁶

AİHM tarihi gelişimi ve devletlerin sonraki uygulamalarına atfen Konvansiyonun dünya çapında uygulanmak üzere yapılmadığını tespit ettikten sonra Konvansiyon devletlerinin kendi ülkeleri dışında egemenlik yetkisi kullanmalarının bir istisna olarak Konvansiyon devletlerinin etkin denetim yoluyla söz konusu bölgede normal olarak oradaki hükümet tarafından kullanılan tüm yahut kimi yetkileri kullanmaları koşulu ile kabul edilebileceğini vurgulamıştır. AİHM, NATO operasyonuna katılan AİHK tarafı devletlerin Belgra'ta yahut Federal Yugoslavya'nın bir bölgesinde bu tür bir etkin denetim yetkisi kullanmamaları nedeniyle, operasyonda ölen kişilerin veya yaralananların NATO operasyonuna katılan Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi olduklarını kabul etmemiş, dolayısı ile Konvansiyon devletlerinin extraterritorial tasarruflarından kişilerin etkilenmesini bu kişilerin Konvansiyon devletlerinin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmesi için yeterli görmemiştir.

Türk ordusunun Irak sınır bölgesinde yaptığı operasyon Issa davasının açılmasına neden olmuştur.⁷ Dava Nisan 1995'te yapılan operasyonda kocalarını ve oğullarını kaybeden Irak vatandaşı altı kürt kökenli kadın tarafından açılmıştır. Olayın, Türk askeri birliklerinin Irak sınırında kürt eylemcilere operasyonu esnasında gerçekleştiği iddia edilmiştir. Olayın Türk askeri birliğinin eylemi ile gerçekleşip gerçekleşmediğinin açıklığa kavuşmaması, egemenlik yetkisinin

5 Rick Lawson, *Life after Banković: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, bkz.: Foons Coomans/Menno T. Kamminga (Hrsg.), *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties* (2004), 83 vd.

6 Sarah Miller, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, 20 EJIL (2010) 1223

7 Nuala Mole, *Issa-Turkey; Delineating the Extraterritorial Effect of the European Convention on Human Rights?*, 10 EHRLR (2005) 86

kullanıldığı iddiasının reddine dayanak oluşturmuştur. AİHM, Türkiye'nin askeri operasyon nedeniyle Kuzey Irak'ın belli bir bölgesinde geçici olarak etkin denetim sağlamış olabileceğini ihtimal dışı bırakmamakla beraber, ölenlerin söz konusu bölgede bulunduğu ilişkin yeterli kanıtlar sunulmaması, bu kişilerin Irak'ın değil, Türkiye'nin egemenlik yetkisi altında olduklarının kabulünü mümkün kılmamıştır.

Askeri operasyona katılan askerlerin çok sayıda olmasına rağmen, Türkiye tüm Kuzey Irak'ta etkin denetime sahip olduğu görüntüsü vermemiştir. Durum Loizidou davasında değerlendirilen Kuzey Kıbrıs'taki durumdan farklı görülmüştür. Davada Türk askeri birliklerinin iddia edilen saatte ölümlerin gerçekleştiği bölgede operasyon yapıp yapmadıkları konusu ana sorun olarak ele alınmıştır. Türk askeri birliklerinin iddia edilen zaman ve yerde olduğunun kanıtlanamaması da davanın reddine neden olmuştur. Banković davasının tersine egemenlik yetkisi kavramı bu davada dar yorumlanmamıştır. Buna göre Konvansiyon üyesi devletlerin başka devletlerin ülkelerinde hukuka uygun yahut hukuka aykırı olarak operasyon yapan organlarının otoritesine veya denetimine giren kişiler için de Konvansiyonda temin edilen hak ve özgürlüklerin ihlâlinden sorumludur. Bu gibi durumlarda Konvansiyon tarafı devletlerin kendi ülkelerinde yasak olan Konvansiyon ihlallerinin diğer bir Konvansiyon tarafı devletin ülkesi bakımından onaylanmasını kabul etmeyen AİHK'nın 1.maddesi doğan sorumluluğun dayanağı olarak kabul edilmektedir. Bu tablo AİHM'nin BM İnsan Hakları Komitesinin formülasyonunu üstlendiğini göstermektedir.⁸

Konvansiyonun geçerli olduğu hukuki alanla ilgili herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu yaklaşımın Kuzey Irak'ta Türk askerlerinin sivilleri öldürdüğü iddiası ile açılan Pad – Türkiye davasında teyit edildiği görülmektedir. Davacının yakınları Türk-İran sınırında bir Türk askeri helikopteri tarafından vurulmuş ve bu nedenle ölmüştür. Olayın Türkiye'de mi, İran'da mı gerçekleştiği tartışmalıdır. AİHM bakımından bu durum karar için önem taşımamaktadır. Türk birliklerinin davranışı ve sivillerin ölümü arasında illiyet bağı olması nedeniyle, ölen siviller Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmiştir.⁹ Konvansiyon devletleri buna göre başka bir devletin ülkesinde bulunan organlarının tasarrufları ile Konvansiyon hakları ihlallerinden, diğer bir ifade ile kendi emir ve denetiminde olan kişilerin Konvansiyon haklarının ihlallerinden sorumludur. Bir devletin Konvansiyonun uygulanma alanında yer alıp almadığı önem taşımamaktadır. Banković kararından farklı olarak, bu kararda extraterritorial tasarruftan etkilenmek, egemenlik yetkisine tabi olmak için yeterli kabul edilmiştir.

Issak-Türkiye davası da aynı yönde karara bağlanmıştır. Davada AİHM Kuzey ve Güney Kıbrıs arasındaki yeşil hatta Türkiye'nin egemenlik yetkisi kullandığını tespit etmiştir. Davaya Kıbrıslı Rum Anastassios Issak'ın bir protesto eylemi esnasında dövülerek öldürüldüğü iddiası neden olmuştur. Türkiye'nin sorumluluğu bir taraftan Kuzey Kıbrıs Türk memurlarının olaya doğrudan katılmasına, diğer taraftan da Türk güvenlik güçlerinin göstericileri korumamasına

8 Michael Dennis/Andre Surena, Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: The Gap between Legal Theory and State Practice, 13 EHRLR (2008), 714 (723)

9 AİHM, Pad-Türkiye, 28.06.2007, Nr.60167/00, Rn.54

istinat ettirilmiştir.¹⁰ Bu kararda da egemenlik yetkisinin Konvansiyonun uygulama alanı (geçerlilik alanı) ile sınırlı olduğuna ilişkin bir vurgulama bulunmamaktadır. Adanın Rum tarafında yaşayan Kıbrıslı bir Rum kadının (Andreou) sınırın ötesinden atılan bir kurşunla yaralanması davaya neden olmuştur. Davacının Türkiye'nin denetim yetkisini kullanmadığı bir alanda bulunmasına rağmen, Türk askerinin yaralanmaya neden olan kurşunları atması, bayan Andreou'nun Türkiye'nin egemenlik yetkisine tabi olmasına, dolayısıyla Türkiye'nin sorumluluğuna yol açmıştır. AİHM'nin özellikle Konvansiyonun uygulama alanını esas alan, pür kuvvet kullanılmasını egemenlik yetkisi kullanılması olarak yorumlayan kararları Banković kararının düzeltilmesi anlamını taşımaktadır. Bur kararların Büyük Daire tarafından verilmemiş olması nedeniyle, Banković davasında formüle edilen kriterlerin aşıldığını henüz söylemek mümkün değildir.

2. Gözaltına alınma yöntemi ile egemenlik yetkisinin kullanılması

Egemenlik yetkisi bir kişi üzerinde Konvansiyon devletinin münhasıran denetim yetkisi kullandığı bir tesiste gözaltında tutulması ile kullanılabilir. AİHM bir çok kez yurt dışındaki askeri yahut güvenlik operasyonları esnasında tutuklanan ve gözaltına alınan kişilerle iştiğal etmiştir. Al-Saadoon ve Mufdhi davasında AİHM İngiltere'nin Irak'ta gözaltı tesislerinde bulunan kişiler üzerinde egemenlik yetkisi kullandığını kabul etmiştir. Her iki davacı 2003'de Basrâda İngiliz birlikleri tarafından işgal güçlerine karşı eylem düzenleme ve iki İngiliz askerini öldürme şüphesi ile tutuklanmıştır. Her iki şüpheli önce Amerikan askerleri tarafından durdurulmuş, daha sonra İngiliz birliğinin gözaltı kampına gönderilmiştir. Irak mahkemeleri ceza prosedürünü başlatmış olmakla beraber Irak mercilerinin kapasitelerinin olmaması nedeniyle her iki sanığın İngiliz gözaltı kampında kalmasına izin vermişlerdir. Her iki sanık Irak makamlarına iadelerine karşı İngiliz mahkemelerine yaptıkları itirazın reddi üzerine AİHM'ne başvurarak, Irak makamlarına iadelerinin ölüm cezasına çarptırılmalarına yol açacağını ileri sürmüştür. İngiliz birliklerinin Güney Irak'ta bulunmasının İngiltere'nin Güney Irak'ta ülkesel etkin denetimi sağlaması ve bununla bağlantılı olarak Birleşik Krallığın Güney Irak'ta egemenlik yetkisi tesisi bakımından yeterli olup olmadığı sorusunu AİHM cevaplandırmamıştır. AİHM Konvansiyonun extraterritorial uygulanmasını Büyük Britanya'nın iki davacının tutuklu bulunduğu Irak hapisaneleri üzerinde sahip olduğu denetim yetkisine dayandırmıştır. Britanya Krallığının başlangıçta askeri operasyona bağlı olarak de facto, daha sonra Irak geçici yönetimiyle yapılan anlaşmaya istinaden bu tesisler üzerinde kullandığı tam ve münhasır denetim yetkisi, bu tesislerde bulunan kişilerin İngiltere'nin egemenlik yetkisi altında buldukları şeklinde değerlendirilmesine yol açmıştır.¹¹ Al-Jedda davasında da İngiliz ordusunun münhasır denetiminin bulunduğu tesislerde tutukluluk hali, egemenlik yetkisinin icrası olarak değerlendirilmiştir.¹²

10 Barbara Miltner, Extraterritorial Jurisdiction Under the European Convention on Human Rights: An Expansion Under Issak v Turkey?, 12 EHRLR (2006) 172 vd.

11 AİHM, Al-Saadoon ve Mufdhi – Birleşik Krallık, karar 30.06.2009, Nr.61498/08, Rn.87-88, NLMR (2009) 196 vd.

12 AİHM, Al-Jedda – Birleşik Krallık, karar 07.07.2011, Nr.27021/08 Rn.85, NLMR (2011) 223 vd.

AİHM gemi yahut uçaklarda bulunan kişiler üzerinde de devlet organlarının münhasır denetim yetkisinin söz konusu olması durumunda egemenlik yetkisinin kullanıldığını kabul etmektedir. AİHM bu şekilde Fransız deniz kuvvetleri tarafından uluslararası sularda ele geçirilen gemideki 13 farklı millettten olan kişiye Konvansiyonun uygulanmasını kabul etmiştir. Fransız deniz kuvvetleri Kap Verde önlerinde Kamboçya bayraklı uyuşturucu kaçakçılığı yapan bir ticaret gemisini ele geçirmiştir. Gemi bir firkateyn eşliğinde Brest'e getirilmiştir. 13 günlük yolculuk esnasında mürettebat kamaralarında kapalı tutulmuşlardır. Fransa mürettebat ve gemi üzerinde de facto tam ve münhasır kontrol yetkisi kullanmıştır. Fransa'nın kullandığı tam ve münhasır kontrol yetkisi bu kişileri Fransa'nın egemenlik yetkisine tabi kılmıştır.¹³

Konvansiyonun sadece özgürlükten mahrumiyet durumları için değil, daha önceki aşama olan tutuklama durumu için de uygulanması kabul edilmektedir. Zikredilen iki dava bakımından bu durum önem taşımaya da Öcalan-Türkiye davasında önem taşımıştır. PKK lideri Öcalan 1999'da iltica başvurusu yaptığı Yunanistan elçiliğinden Kenya yetkilileri tarafından alınmış ve Türk görevlilerin beklediği Nairobi hava alanına getirilmiştir. Türk görevliler transit bölgede Öcalan'ı tutuklamış ve onu Türkiye'ye getirmişlerdir. AİHM, Öcalan'ın Kenya görevlileri tarafından tesliminden itibaren doğrudan Türkiye'nin etkin kontrolüne girdiğini ve bu şekilde AİHK'nun 1.maddesi muvacehesinde Öcalan üzerinde Türkiye'nin egemenlik yetkisi kullandığından hareket etmiştir.¹⁴ Tutuklamanın uçakta gerçekleşmiş olması ve tutuklamanın Türkiye'de kayda geçmiş olması bu çerçevede herhangi bir rol oynamamıştır.¹⁵

AİHM bakımından bu davayı Banković davasından ayıran en önemli kriter, Öcalan'ın kuvvet kullanılarak Türkiye'ye getirilmesi ve tutuklanması ve Türkiye'ye dönüşü ertesinde Türk makamlarının emir ve kontrolüne girmesidir. Bu gerekçe, Öcalan'ın Türkiye'ye getirilmemesi halinde kararın başka türlü verilebileceğine delâlet etmektedir. AİHM'nin daha sonraki içtihatı –özellikle Al-Saadoon ve Mufdhi – yurt dışında tutuklanan kişilerin de, bu kişiler Konvansiyon devletinin toprağına ayak basmasalar bile Konvansiyon devletinin egemenlik yetkisine girebileceğini göstermektedir

II. AL-SKEINI – BİRLEŞİK KRALLIK DAVASININ YENİ BİR BAŞLANGIÇ TEŞKİL ETMESİ

AİHM Büyük Dairesinin Temmuz 2001'de Al-Skeini davasında verdiği karar, Basra'da nedeni tam olarak bilinmeyen 6 Iraklı sivilin ölümüne ilişkindir. Ölenlerden üçü İngiliz askerleri tarafından devriye, ev araması ve ehliyet kontrolü esnasında öldürülmüştür. Bir kadın askerler ve isyancılar ayaklananlar arasındaki çatışmalarda seken kurşunla ölmüştür. Bir kişi İngiliz askerleri tarafından tutuklandıktan sonra Şattülarap sularında ölü bulunmuştur. Altıncı kişi ise İngiliz ordusunun kontrolünde bulunan bir askeri üs'de ölmüştür. Ölen altı kişinin yakınları AİHM'ne ölüm olaylarının AİHK'nun 2.maddesine aykırı şekilde gerektiği gibi soruşturulmadığı

13 AİHM, Medvedev – Fransa, karar 29.03.2010, Nr.3394/03, Rn.67, NLMR (2010), 104 vd.

14 AİHM, Öcalan-Türkiye, karar 12.05.2005, Nr.46221/99, Rn.91, EuGRZ (2005) 403 vd.; AİHM, Öcalan-Türkiye, karar 12.03.2003, Nr.46221/99, Rn.93, EuGRZ (2003), 492 vd.

15 Marten Breuer, Völkerrechtliche Implikationen des Falles Öcalan, EuGRZ (2003), 449 (451)

gerekçesiyle başvuru yapmıştır. Öncelikle açıklığa kavuşturulması gereken husus öldürülenlerin İngiliz egemenlik yetkisine tabi olup olmadıkları ve AİHK'nun İngiliz birliklerinin Irak'taki tasarruflarına uygulanmasının mümkün olup olmadığı konusudur.

AİHM İngiliz birliğinin gücü itibarıyla Basra'da etkin kontrole sahip olup olmadığı konusuna değinmeden normal koşullarda egemen bir hükümet tarafından kullanılan kimi kamu yetkilerinin Basra'da İngiltere tarafından kullanıldığına istinat etmiş ve Birleşik Krallığın tartışmalı zaman diliminde Güney Irak'ta güvenliği sağlama konusunda yetki ve sorumluluk sahibi olması nedeniyle, güvenlik operasyonlarına katılan askerleri üzerinden, operasyon esnasında öldürülen kişiler üzerinde yetki ve kontrol icra ettiğini, dolayısı ile ölen kişilerin söz konusu yerlerde Birleşik Krallığın egemenlik yetkisine tabi olduğunu kabul etmiştir. Büyük Daire bu şekilde ilk kez Banković kararında formüle edilen kriteri bu davada dile getirmiştir; söz konusu kriter AİMH'nin bu davayı takip eden diğer kararlarında da önemli bir rol oynamıştır. Buna göre Konvansiyon tarafı bir devletin normal koşullarda hükümet tarafından kullanılan kamu yetkilerinin tümünü yahut bir kısmını ülkesi dışında kullanması halinde extraterritorial egemenlik yetkisinin kullanıldığı kabul edilmektedir (AİHM, Banković kararı, Rn.71; AİHM, Al-Skeini, Rn.135). Bu gerekçe İngiltere'nin Basra'da normal koşullarda hükümetin kullandığı kamu yetkilerini kullanmaması halinde öldürülen kişilerin İngiltere'nin egemenlik yetkisine tabi kabul edilmelerinin mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. AİHM'nin ancak daha önceki içtihatları ışığında (özellikle Issa ve Pad) bu sorunun cevabı İngiltere'nin sorumlu olduğu şeklinde verilmiştir. Zira esas olan bu kişiler üzerinde emir ve kontrol yetkisinin kullanılmasıdır (authority and control over individuals). Hükümet yetkilerinin kullanılması kriteri zikredilen kararlarda herhangi bir rol oynamamıştır. Büyük Daire tarafından bu kriterin Al-Skeini davasında yeniden vurgulanması muhtemelen Banković kararıyla bir tenakuzun önlenmesi ve bu kriteri istinaden Basra'da açılan ateş sonucu öldürülen sivillerin AİHK'nun uygulama alanına girerken, Belgrat'ta bombardımanda ölen sivillerin AİHK'nun uygulanma alanına neden girmediğinin açıklanması gereksiniminden doğmuştur.

Münferit hükümet yetkilerinin kullanılması kriteri bir bölgede etkin şekilde tüm kontrolü sağlama ile kimi kişiler üzerinde devlet organları üzerinden münferit durumla bağlantılı kontrol arasında ara bir durum olarak anlaşılmaktadır. Al-Skeini davasındaki emarelerin işgal gücü Büyük Britanya'nın Basra'da etkin kontrole sahip olduğunu çok rahat ortaya koymasına rağmen, Büyük Daire egemenlik yetkisinin kullanılmasını hükümet yetkilerinin kullanılması kriterine bağlamıştır. Bu şekilde Büyük Daire dava bağlamında başka bir sonuç doğurması mümkün olmayan etkin ülkesel kontrol için aranan koşulların bulunup bulunmadığını araştırma gereği duymamıştır. Kişiler üzerinde etkin kontrol kriterine ilave olarak hükümet yetkilerinin kullanılması kriterinin getirilmesi nedeni anlaşılmamaktadır.

III. AL-SKEINI – BİRLEŞİK KRALLIK DAVASINDAN ÇIKAN SONUÇLAR

AİHM şimdide dek vermiş olduğu kararlar arasındaki tenakuzu ortadan kaldırma ve extraterritorial egemenlik yetkisi kullanılması konusunda esas olacak bir doktrin yaratma fırsatını kaçırmıştır. Hükümet yetkilerinin kullanılmadığı, sadece kuvvet kullanılan yurtdışı operasyonlar bağlamında zarar gören sivillerin operasyon yapan devletin egemenlik yetkisi altında mütalaa edilip edilmeyeceği sorusu Al-Skeini davasında cevabı verilmeyen sorular arasında yer almaktadır. Bununla beraber karar, hangi koşullarda ve ne ölçüde Konvansiyon devletlerinin ülke dışı tasarruflarının AİHM'nin denetimine tabi tutulabileceği konusunda ipuçları vermektedir.

A. Konvansiyonun Geçerlilik Alanının Konvansiyon Devletlerinin Ülkeleri ile Sınırlanmaması

AİHK'nun extraterritorial uygulanmasına karşı ileri sürülen, Konvansiyonun prensip olarak belli bir bölgesel alanda, Konvansiyon devletlerinin hukuk alanında geçerli olacağı tezinin Al-Skeini davasında verilen karar ile aşıldığı görülmektedir. Daha önce Öcalan davasında verdiği kararda da AİHM, AİHK'nun Konvansiyon devletlerinin ülkeleri dışında gerçekleşen olaylara da –davada Kenya'da – uygulanabileceğini kabul etmiştir.¹⁶ Konvansiyon devletlerinin Irak'ta, Kenya'da, İranda, Kıbrıs'ta BM tampon bölgesinde ve açık denizde ortaya çıkan tasarrufları AİHK muvacehesinde AİHM'nin denetimine tabi tutulmuştur.

Al-Skeini davasında verilen daire kararı Büyük Daire tarafından teyit edilmiştir. İşgal gücü Konvansiyon devletlerinin AİHK'na riayetle ilgili sorumluluk nedeninin Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanında boşluk doğmasının engellenmesi gerekçesi ile açıklanması, Konvansiyon devletlerinin ülkeleri dışında AİHK'nun 1.madde muvacehesinde egemenlik yetkilerini kullanamamaları anlamına gelmemektedir. Etkin denetim, hükümet yetkilerinin kullanılması gerekçesi Banković davasında davacıların egemenlik yetkisinin kullanılmasının reddi halinde hukuki boşluk doğacağı iddialarına karşı geliştirilmiştir. Yugoslavya'nın o dönemde henüz Konvansiyona taraf olmaması, dolayısıyla Yugoslavya'da ikamet edenlerin Konvansiyon haklarından istifade etmemeleri nedeniyle (Kıbrıs'tan farklı olarak) operasyona katılan devletlerin egemenlik yetkisi kullandıkları iddiasının kabul edilmemesinin Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanında boşluk doğmasına yol açacağı ileri sürülmüştür. Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanına istinat edilmesi, karara esas olan dayanakları desteklemekle beraber, bizatihi kararın dayanağını oluşturmamıştır. Bu açıklamanın Banković kararı ile AİHM'nin sonraki içtihatı arasındaki farkı nispeten kapattığı kabul edilmektedir. Al-Skeini davasının açıklığa kavuşturduğu bir husus da AİHM'nin Banković davasında atıfta bulunduğu AİHK'nun 56.maddesinin (sömürge hükmü) egemenlik yetkisinin extraterritorial kullanılması bağlamında bir role sahip olmadığı hususudur.¹⁷

16 Rick Lawson, Really out of Sight? Issues of Jurisdiction and Control in Situations of Armed Conflict under the ECHR, bkz.: Antoine C.Buyse (Hrsg.), Margins of Conflict. The ECHR and Transitions to and from Armed Conflict (2011) 57 (64)

17 AİHM, Al-Skeini davası, Rn.140

B. Aşamalı Sorumluluk

AİHM'nin Konvansiyon devletlerinden yurtdışı operasyonları bağlamında Konvansiyon haklarının tümünü temin etme beklentisi abartılı gözükmektedir. İşgal gücü olarak Büyük Britanya'nın güney Irak halkına karşı AİHK'nun tüm standardını uygulaması beklentisi gerçeğe uymamaktadır. AİHM bu problemin aşamalı sorumluluk yaklaşımı ile aşılmasını, diğer bir ifade ile Konvansiyon devletinin Konvansiyon haklarını extraterritorial egemenlik yetkisi kullanma bağlamında nisbi bir ölçü içinde temin etmesi yaklaşımını Banković davasında reddetmiştir. AİHM karar gerekçesinde Konvansiyon haklarının temininin bölünmez olduğunu ve bu yaklaşımın extraterritorial tasarruflar bakımından da geçerli olduğunu vurgulamıştır. Al-Skeini davasında Büyük Daire ancak bir Konvansiyon devletinin organları üzerinden bir kişi üzerine yetki ve kontrol uygulaması halinde AİHK'nun 1.maddesine göre bu kişiye duruma uygun hak ve özgürlükleri temin etmekle mükellef olduğunu vurgulayarak, söz konusu içtihadına açıklık getirmiştir. Bu bakış açısından Konvansiyonda öngörülen hakların bölünmesi ve koşullara uyumlaştırılması mümkündür.¹⁸

AİHK'nun 2.maddesi muvacehesinde olayın soruşturulması ve sorumluların hesap vermesi yükümlülüğünün ihlali iddiası oldukça esnek bir ölçüye istinaden değerlendirilmiştir. AİHM İngiltere'nin işgal gücü olarak karşı karşıya olduğu (iletişim zorluğu, genel olarak geçerli olan tehlikeli durum) koşullar nedeniyle AİHK'nun 2.maddesinden doğan usul hukuku yükümlülüklerinin gerçekçi ve zorluklar dikkate alınarak uygulanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu durumda hangi taleplerin yapılabileceği, tartışmalı olayları soruşturacak birimlerin AİHK'nun 2.maddesinin ihlali tespitini yapacak askeri emir komuta zincirinden bağımsız olmaması nedeniyle yine de cevapsız kalmaktadır. Extraterritorial operasyonlarda egemenlik yetkilerinin kullanıldığından hareketle Konvansiyon haklarının bütünü itibariyle temin edilmesi mükellefiyetinin kabul edilmesi, Konvansiyon devletlerinden gerçekleştirilemeyecekleri bir mükellefiyetin yerine getirilmesini talep etmek sonucunu doğurmaktadır. AİHM bu yeni yaklaşımı ile söz konusu çıkmaza ölçülü bir çözüm getirmektedir.

Büyük Daire Medvedyev davasında Hint Okyanusunda el konan geminin kısa zamanda Fransa'ya getirilemeyeceği gerçeğinden hareket etmiştir. Söz konusu olağanüstü koşullar nedeniyle AİHK'nun 5.madde, 3.fikrasında yargıç önüne çıkartılma süresinin daha esnek değerlendirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Hernekadar ekseri extraterritorial operasyonlar bağlamında olduğu gibi özel koşullar muvacehesinde Konvansiyonun madde hükümlerinin esnek uygulanması söz konusu olsa da, aşamalı bir sorumluluktan hareket edilmesi uygundur.¹⁹ Konvansiyon devletleri somut durumda kullandıkları etkin otoriteye ve kontrole uygun olarak Konvansiyonda öngörülen hak ve özgürlükleri temin etme mükellefiyetine tabidir.

¹⁸ AİHM, Al-Skeini davası, Rn.137

¹⁹ R.Lawson, s.74-75

SONUÇ

Büyük Dairenin Al-Skeine davasında vermiş olduğu karar AİHM'nin AİHK'nun extraterritorial uygulanmasına ilişkin içtihatına kimi boyutları itibariyle açıklık getirmiştir. Konvansiyonun hukuki geçerlilik alanının sınırlanması ve Konvansiyon haklarının bölünmezliği yaklaşımına son verilmiştir. Bu şekilde Strazburg içtihatı pragmatik bir yaklaşımla her somut durumda özel koşullarının dikkate alınarak, Konvansiyon devletlerinin yurtdışı operasyonlarında tasarruf olanaklarını gerçekleştiremeyecekleri insan hakları teminatları ile gereğinden fazla sınırlanmamasını kabul etmiştir. AİHM bu şekilde AİHK'nın Konvansiyon devletlerine kendi ülkeleri bakımından getirdiği sınırlamaların extraterritorial tasarruflar bakımından da geçerli olduğunu dile getirmiş olmaktadır.

Kısaltmalar:

AİHK	Avrupa İnsan Hak ve Özgürlükleri Konvansiyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Aufl.	Auflage (bası)
<i>EGMR</i>	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJIL	European Journal of International Law
<i>EHRLR</i>	<i>European Human Rights Law Review</i>
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber (editör)
ICJ	International Court of Justice
IGH	Internationaler Gerichtshof
NLMR	News Letter Menschen Rechte
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

KAYNAKÇA

Barbara Miltner, Extraterritorial Jurisdiction Under the European Convention on Human Rights: An Expansion Under *Issak v Turkey*? 12EHRLR, 2006

Gerhard Thallinger, Grundrechte und extraterritoriale Hoheitsakte, 2008

Marten Breuer, Völkerrechtliche Implikationen des Falles *Öcalan*, EuGRZ, 2003

Michael Dennis/ Andre Surena, Application of the International Covenant on Civil and Political Rights in Times of Armed Conflict and Military Occupation: The Gap between Legal Theory and State Practice, 13 EHRLR, 2008

Nuala Mole, Issa-Turkey; Delineating the Extraterritorial Effect of the European Convention on Human Rights? 10 EHRLR, 2005

Rick Lawson, Life after Bamkovic: On the Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights, bkz: **Foons Coomans/Menno T. Kamminga (Hrsg.)**, Extraterritorial Application of Human Rights Treaties, 2004

Sarah Miller, Revisiting Extraterritorial Jurisdiction, A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention, 20 EJIL, 2010

Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojilerinin Doğuşunda Mahremiyet Kavramına Karşılaştırmalı Bir Bakış*

Oya BOYAR** 
Sezen KAMA IŞIK*** 

Öz

Vasak'ın hak kuşakları ayırımına göre, tarihsel düzlemde insan onuruna yönelik tehditler çeşitli insan haklarının doğuşunu sağlamıştır. Modern çağın bir sonucu olan teknolojik ve bilimsel gelişmelerin yarattığı tehditler neticesinde ise dördüncü kuşak haklar ortaya çıkmıştır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, anılan dördüncü kuşak haklar arasındadır. Bu hakkın temelinde, kişiliğin serbestçe geliştirilmesini de sağlayan mahremiyet kavramı bulunmaktadır. Buna göre mahremiyet anlayışının ortaya çıktığı dönemdeki anlamı, bilişim teknolojilerinin yarattığı tehditler sonucunda, zamanla farklılaşmıştır. Bu bakımdan kavrama yönelik Amerikan ve Avrupa anlayışları ve özellikle yargısal içtihatların kabulleri, değişen mahremiyet algısını göstermek adına önem taşımaktadır. Kişisel verilerin korunması hakkı ile mahremiyet ilişkisinde teknolojik gelişmelerle birlikte yeni zorlukların ortaya çıkması ise sürekli olarak yeni kural ve ilkeleri beraberinde gerektirmektedir. Dolayısıyla bu hakkın altında yatan ana unsurun yalnızca mahremiyet olduğunu söylemek ilk başlarda mümkünse de günümüzde çok daha kapsamlı bir hale evrilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Mahremiyet, Özel Yaşam, Hak Kuşakları, Kişisel Verilerin Korunması.

Abstract

According to Vasak's distinction between the generations of rights, threats to human dignity have historically led to the emergence of various human rights. As a result of the threats posed by technological and scientific developments in the modern era, fourth generation rights have emerged.

Data protection is among the fourth generation rights. The basis of this right is the concept of privacy, which also allows the free development of personality. Accordingly, the meaning of privacy at the time of its emergence has differentiated over time as a result of the threats created by information technologies. The American and European perceptions of the concept, and especially the case-law, are important in terms of showing the changing perception of privacy.

The emergence of new challenges with technological advances in the relationship between the right to protection of personal data and privacy requires constant new rules and principles. Therefore, although it is possible to say that privacy is the main element underlying the concept of data protection, it has evolved to a more comprehensive form today.

Keywords: Privacy, Generations of Rights, Private Life, Data Protection.

* Bu makale "Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış" isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

*** Ar. Gör. Dr., İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: sezenkama@hotmail.com.

GİRİŞ

Günümüzde mahremiyet, teknolojik gelişmelerin etkisiyle bir dönüşüm içerisinde. Özellikle bu gelişmelerin insan onuruna yönelttiği tehditler neticesinde dördüncü kuşak hakların ortaya çıkışından söz edilmektedir. Bu hak kuşağı içerisinde ise bilişim teknolojilerinin kişi haklarına yönelik olarak taşıdığı riskler, kişisel verilerin korunması hakkının doğuşu ve gelişmesine yol açmış ve açmaktadır.

Kişisel verilerin korunması hakkının anılan etkiler neticesinde ortaya çıkışı, klasik mahremiyet kavramının içeriğinin de dönüşümüne sebep olmaktadır. Bu bakımdan tarihsel süreçte mahremiyetin Amerikan ve Avrupa anlayışlarının ortaya konması önem taşımaktadır. Teknolojik gelişmeler sebebiyle ortaya çıkan yeni zorluklar hakkın içeriğinde yeni kural ve ilkeleri ortaya çıkarmakta ve bu durum ise mahremiyet kavramının ötesinde, yeni oluşumlara sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla giderek oldukça geniş bir alana hizmet eden kişisel verilerin korunması hakkının altında yatan ana unsurun yalnızca mahremiyet olduğunu söylemek günümüzde çok da mümkün görünmemektedir.

Bu ön kabulden hareketle çalışmada öncelikle Vasak'ın hak kuşakları açıklanarak teknolojik gelişmelerin yarattığı riskler neticesinde doğan dördüncü kuşak haklara değinilecektir. İlgili bağlamda önem taşıyan durum, bilişim teknolojilerinin doğuşunun mahremiyet algısına ne şekilde eklendiği ve kavramın tanımının dahi bu ortamdan nasıl etkilendiği olacaktır. Devamında ise çalışmanın ana ögesi olan ve tanımsal olarak farklı görüşleri barındıran mahremiyet kavramının açıklanmasına gayret edilecektir. Belirtildiği üzere bu noktada mahremiyetin içeriğinin Amerikan ve Avrupa perspektifinden irdelenmesi ise ilgili dönemlerde hazırlanan hukuki metinler ve yargı kararları çerçevesinden olacaktır. Nihayetinde ise mahremiyet kavramının klasik içeriğinde dönüşüme sebebiyet veren kişisel verilerin korunması hakkının, bu esnada mahremiyet kavramını aşarak genişlediği tespitine varılacaktır.

A. Karel Vasak'ın Hak Kuşakları

İnsan hakları öğretisinde “Hak Kuşakları” olarak kabul gören söz konusu ayırım, 1979'da Karel Vasak tarafından yapılmıştır¹. Temelinde insan haklarını, tarihsel süreçte ortaya çıkış dönemlerine göre ayıran bu yapılanma (şimdilik) dört kuşak hak kategorisini vurgulamaktadır. Doktrinde bu sınıflandırmanın kabulünün temel olarak üç nedene dayandığı belirtilmektedir. Buna göre bu sınıflandırma insan hakları öğretisinin tarihsel gelişimini yansıtmaktadır. Bu bağlamda hakların doğduğu ortamın ve sebeplerin anlaşılmasına yardımcı olur. Son olarak ise, hakların niteliklerine ilişkin başka ayrımlarla da kısmen örtüşebilmektedir².

1 Karel VASAK, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977, s. 29.

2 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 493.

Birinci kuşak haklar olarak isimlendirilen ilk grup, Amerikan ve Fransız Devrimleri ile kabul görmeye başlayan ve özgürlük kavramını esas alan medeni ve siyasi haklardır³. Buradaki temel özellik, kişinin belli bazı haklarına devlet ve toplum tarafından müdahale edilememesidir. Bu bakımdan pozitif bir karakterden ziyade, negatif bir nitelik gösterirler⁴. Bazı yazarlar, bunların tamamının tek bir hak olarak, “özgürlük hakkı” biçiminde bir adlandırmayla ele alınabileceğini düşünmüşlerdir. Birinci kuşak hakların oldukça cezbedici dünyası, zamanla bu haklardan yalnızca belli bir kesimin yararlanması ve insanların büyük çoğunluğunun yoksulluk nedeniyle bu haklardan yararlanamaması durumunu doğurmuştur. Oysa insan hakları tarih sahnesine ilk çıktığında herkes için doğuştan geçerli oldukları fikrini getirmişti⁵. Bu nedenle 19. yüzyılda Sanayi Devrimi'nin tarih sahnesinde yer bulması nedeniyle çekiciliğini yitirmiştir⁶.

Her ne kadar tüm insanlar için oldukları söylense de asgari yaşam standartlarına sahip olamayan insanlar için birinci kuşak haklar bir miktar lüks kalmaktaydı⁷. Bu nedenle insan hakları artık sadece bir özgürlük olarak değil, aynı zamanda devletten bir hizmet isteme yetkisi veren haklar olarak görülmeye başlanmıştır⁸. Böylece eşitlik kavramını esas alan ikinci kuşak haklar doğmuştur⁹. Bu haklar devlete bir kamu hizmeti tesis ve temin görevini yüklemektedir. Bu bakımdan devlet mali kaynaklarını kullanmalıdır. Ayrıca birinci kuşak hakların lokomotifini tacir iken; bu hak kategorisinin lokomotifini çalışanlar olmuştur. Söz konusu kategori, yoksul kimselerin insan haklarından tam olarak yararlandırılmasını amaçlamıştır¹⁰. Bu durum, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname ve devamında 1966 tarihli BM İkiz Paktları ile de kayıt altına alınmıştır. Dolayısıyla anılan her iki hak kategorisi de insan onurunun korunması için geniş kitlelerce kabul gören ve artık herkesçe başvurulmuş bir yol göstericidirler¹¹.

İlk planda insan haklarına dair kuşaklandırmanın anılan iki türden oluştuğu kabul edilmekteyken, değişen tarihsel, ekonomik ve teknolojik koşulların etkisiyle insan onuruna yönelik tehditler değişmiş¹² ve sayılarak tüketilmeyen insan hakları artmıştır. Bu bağlamda İkinci Dünya Savaşı sonrası Westfalya modeli egemenlik anlayışının insan hakları lehine zayıflaması, uluslararası siyasi düzeni etkileyerek dayanışma kavramını temel alan grup hakları fikrini ortaya çıkarmış ve

3 Lindsey REID, “The Generations of Human Rights”, *The University of Alabama at Birmingham Institute for Human Rights Blog*, <https://cas.uab.edu/humanrights/2019/01/14/the-generations-of-human-rights/>, E.T. 18.05.2019; UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 494; DOĞAN, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, *İnsan Hakları Hukuku*, s. 57.

4 AKAD, VURAL DİNÇKOL, BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, s. 287.

5 UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 52.

6 Andrew VINCENT, *The Politics of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 132 – 134.

7 KAPANİ, *Kamu Hürriyetleri*, s. 51.

8 UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 52.

9 Lindsey REID, “The Generations of Human Rights”, *The University of Alabama at Birmingham Institute for Human Rights Blog*, <https://cas.uab.edu/humanrights/2019/01/14/the-generations-of-human-rights/>, E.T. 18.05.2019.

10 AKAD, VURAL DİNÇKOL, BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, s. 287.

11 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 496 – 497.

12 Teknolojinin hukuk ile etkileşimi ve teknoloji kullanımının hukukta yarattığı olumlu ve olumsuz dönüşüm için bkz. Abdullah DİNÇKOL, “Teknoloji ve Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 19, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 263 – 278, ss. 248 – 279.

bu ihtiyaçlar Birleşmiş Milletler düzleminde insan hakları olarak tanınmışlardır¹³. Söz konusu bu haklar bilimsel ve teknik ilerlemelerin yarattığı çevre kirliliği, nükleer silahlar, ülkeler ve bölgeler arasında çok büyük farklılıklar arz eden gelişmişlik düzeyleri dayanışma hakları denilen üçüncü kuşak hakları ortaya çıkarmıştır¹⁴.

Dayanışma hakları olarak da isimlendirilen üçüncü kuşak haklar, kolektif nitelikli haklardır. Bu hakların öznesi yalnızca bireyler değil, kolektif niteliği dolayısıyla topluluklar da olmaktadır¹⁵. Bu hakların temel amacı insancıl bir toplum yaratma düşüncesidir. Bu bağlamda söz konusu hakların gerçekleşmesi yalnızca devletin görevi değildir. Ayrıca toplumda yaşayan herkesin kolektif katılımı gerekmektedir¹⁶. Anılan grup, barış hakkı, su hakkı, gelişme hakkı veya çevre hakkı biçiminde oldukça geniş bir yelpazede yapılmış ve dini, etnik, kültürel grupların talepleri ile de gerçekleşmiştir. Ayrıca kişiler, gruplar, devletler ve hatta sınıflar arasında bir dayanışmayı gerektirmektedir. Bu bakımdan “Dayanışma Hakları” olarak da isimlendirilirler¹⁷. Üçüncü kuşak hakların en önemli sorunu ise, henüz iyi bir biçimde formüle edilmemiş olmalarıdır¹⁸. Daha açık bir ifade ile, bu hakların insan hakkı olup olmadıkları konusunda bir birlik bulunmamakta ve tam olarak hangi hakların bu kategoriye girdiği belirlenmemektedir¹⁹.

Vasak'ın ortaya attığı hak kuşaklarının bu incelemesinden anlaşılmaktadır ki, insan onuruna karşı oluşan tehditler her dönemde farklılık göstermektedir. Kant'ın dile getirdiği ahlaki seçimler yapabileme kapasitesine sahip akıllı ve vicdanlı insanın maruz kaldığı tehditler her devirde farklılık arz etmektedir. Dolayısıyla ortaya çıkan önemli tehditlere karşı yeni hakların formüle edilmesi gayreti dördüncü ve hatta beşinci kuşak haklardan söz edilmesine sebep olmaktadır²⁰.

B. Dördüncü Kuşak Haklar ve Bilişim Teknolojisi

Dördüncü kuşak haklar, günümüz teknolojik ve bilimsel gelişmelerinin insan onuruna yönelik tehditlere bir cevap olarak ortaya çıkmıştır. Yeni haklar için hem zamansal hem de niteliksel

13 Lindsey REID, “The Generations of Human Rights”, *The University of Alabama at Birmingham Institute for Human Rights Blog*, <https://cas.uab.edu/humanrights/2019/01/14/the-generations-of-human-rights/>, E.T. 18.05.2019; UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 550.

14 UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 53 – 54.

15 Birinci ve ikinci kuşak haklara bakıldığında içlerinde kolektif boyutu olan haklar mevcuttur. Söz gelimi birinci kuşak haklardan olan dernek kurma hakkı ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme özgürlüğü kullanımları bakımından kolektiftirler. İlaveten ikinci kuşak haklardan çalışma hakkı, eğitim hakkı gibi haklar gerçekleştirilmeleri bakımından kolektif özellik gösterirler. UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 552.

16 AKAD, VURAL DİNÇKOL, BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, s. 288.

17 Christian TOMUSCHAT, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, 2008, s. 54.

18 Üçüncü kuşak haklara ilişkin özellikle hakkın öznesi hususunda bazı eleştiriler yükselmektedir. Buna göre, üçüncü kuşak hakların öznesi olarak insan değil de gruplar, halklar gibi kolektif varlıkların hakları olarak nitelendiklerinde insan hakları teorisinde oldukça keskin bir zemin kaymasına sebep olabileceği kaygısı vurgulanmıştır. Dolayısıyla kolektif varlıkların hakları insan hakkı olarak nitelendirilmemelidir. DONNELLY, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, s. 155.

19 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 497; Bülent ALGAN, “Rethinking ‘Third Generation’ Human Rights”, *Ankara Law Review*, Vol. 1, No: 1, Y. 2004, s. 126 – 150, ss. 121 – 155.

20 UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 51.

olarak ilk üç kuşak harici bir nitelemeye ihtiyaç duyulmuş ve dördüncü kuşak hak kategorisi doğmuştur. Bazı yazarları bir kenara bırakarak²¹ genel kabule göre “şimdilik” son denilebilecek bir kategori olarak dördüncü kuşak haklardan söz edilmektedir.

İnsanın varoluşu, 20 ve 21. yüzyıllarda teknolojik ve bilimsel gelişmelerin ulaştığı düzey nedeniyle hem bir atılım sürecinde hem de büyük bir risk altındadır²². Özellikle biyoteknolojik gelişmelerin insan doğasına ilişkin ulaştığı nokta ve bilişim teknolojisinin insanın özel yaşamına dahli düşünüldüğünde, insan onuru bugüne dek karşılaşmadığı ve ulaşacağı boyutları da öngörülemeyen bir tehditle karşı karşıya kalmıştır²³. İşte bilim ve teknolojinin yarattığı tehlikeler neticesinde zarar görme ihtimali olan insan onurunun korunması için ortaya çıkan haklar dördüncü kuşak haklar olarak adlandırılmaktadır²⁴.

Dördüncü kuşak hakların neler olduğu kesin bir biçimde belli olmasa da bazı yazarlarca, farklı olma hakkı, biyoetik haklar, siber uzay hakkı, ayırım yapılmaksızın tüm yurttaşları temsil eden demokratik bir siyasal rejimde yaşama hakkı, su hakkı dile getirilmiştir²⁵. Bunlar dışında, BM Konvansiyonu’nun 1989’da çocuk hakları arasına aldığı; ihmal, kıyım, sömürü ve ayrımcılığa karşı koruma hakkı, zorunlu ve bedelsiz eğitim hakkı, akıl ve fizik sağlığı hakkı, oyun hakkı, engelli çocukların özel eğitimden yararlanma hakkı gibi haklar da dördüncü kuşak insan hakları arasında sayılmıştır²⁶.

Her ne kadar yukarıda belirtilen haklar çeşitli yazarlarca dördüncü kuşak haklar arasında sayılıyor olsa da bu kategorinin şimdiye dek çerçevesi belirlenmiş örnekleri olarak, bilimin kötüye kullanılmaması hakkı bağlamında kişisel bütünlük hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı sayılmaktadır²⁷.

Bilişim teknolojilerinin ortaya çıkışı ve gelişmesi sonucu ilk planda mahremiyet kavramı doğrudan tehdide maruz kalmış ve mahremiyetin korunması gereği fikri doğmuştur. 1970’li yıllara dek özel yaşamın gizliliği, kişiye geçerli bir neden olmaksızın kendisi ile ilgili birçok bilgiyi (ad, adres, yaş, cinsel yönelim, malvarlığı, adli sicil kaydı, parmak izi vb.) açıklamama imkânı ve hakkı vermektedir. Ancak bu yıllarla birlikte teknolojik gelişmelerin hızı öyle bir noktaya geldi ki, artık tüm bu bilgiler kamu ya da özel bir şirkete ait olan veri bankalarında tutulur oldu. Hatta

21 Kimi yazarlar halklar, etnik gruplar veya azınlıkların haklarını kolektif haklar olarak üçüncü kuşak haklar olarak, hayvan haklarını dördüncü kuşak haklar olarak, çevre hakkını da beşinci kuşak hak olarak nitelemektedir. Bkz. VINCENT, *The Politics of Human Rights*, s. 139 – 143, 147.

22 DİNÇKOL, “Teknoloji ve Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, s. 263 – 278; Özellikle küreselleşme sürecinde ortaya çıkan yeni olgular ve insan hakları anlayışı için bkz. Abdullah DİNÇKOL, “Küreselleşme ve İnsan Hakları”, *Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2006, s. 884, 897, 905, ss. 879 – 919.

23 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 558 vd.

24 AKAD, VURAL DİNÇKOL, BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, s. 288; UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 71.

25 İlker GÜNDÜZÖZ, “Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım”, *İnsan Hakları Yılığ*, C.: 33, Y: 2015, ss. 19 – 33, s. 25.

26 Can HAMAMCI, “Üçüncü Kuşak İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları*, Ed. Ertan Kuvılcım Akkoyunlu, TODAİE Yayın No: 371, 2013, ss.1-237, s. 53.

27 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 498 – 499, 568 – 571.

zamanla internetin ve sosyal medyanın cazibesine kapılan insanoğlu, mobil iletişim araçları ya da bilgisayarlar vasıtasıyla çoğu zaman farkında olmaksızın bu bilgileri kendisi verdiği gibi, artan bir ivme ile vermeye devam etmektedir. Bu bağlamda yeni iletişim teknikleri mahremiyet kavramını oldukça risk altına sokmaktadır. Belki de yakın bir gelecekte insanlar özellikle sosyal medyanın da etkisi ile değişen algıları sebebiyle iletişimin gizliliğini özel yaşam kavramı içerisinde değerlendirmeyecektir²⁸.

Doğaldır ki bu durum, önceleri daha geniş bir biçimde ele alınan mahremiyet kavramının dönüşümüne de sebep olmaktadır. Özellikle internet ve sosyal medya kullanımı ile mahrem algısı değişmiş ve özel yaşamın gizliliği hakkının koruduğu alan daralmıştır. Ayrıca hukuk sistemleri de kişilerin internette bıraktıkları izlerin takibini şimdilik hak ihlali olarak görmemektedir. İnternet ortamındaki hareketlerin rıza dışında izlenmesinin hak ihlali olarak görüldüğü ihtimalde dahi, özellikle failin belirlenmesinin çok güç olması, durumu daha da zorlaştırmaktadır²⁹. Bu noktada temel bir insan hakkı olan özel yaşamın gizliliğinin sürdürülmesi ve insan onurunun korunması oldukça güç bir hale gelmiştir. Dolayısıyla bilişim teknolojisinin insan onurunu tehlikeye düşüren bu güncel ve her gün daha şiddetli tehdidine karşılık, özel yaşamın gizliliği hakkının korunması için etkili denetim mekanizmalarının oluşturulması meselenin odak noktasını oluşturmaktadır.

C. Mahremiyet

Mahremiyet kavramının tanımına ilişkin doktrinde birçok görüş ortaya atılmıştır. Öncelikle belirtilmelidir ki, “Mahremiyet” fikrinin birden fazla yönü vardır. Mahremiyet (privacy)³⁰, Latince “privatus” kelimesinden türemiştir. Ayrıca yine bu kökenden gelen “privatum” kelimesi de ev gibi özel varlıkları içeren bir anlamı karşılamaktadır. Bu bağlamda mahremiyet, kamusal olanın (public) karşıtı, bireyin ve hatta kamu yaşamından çekilmiş olan basit bir vatandaşın talebi olarak ele alınmıştır³¹.

Mahremiyet ilk planda halka, kamuya açık olmayan anlamındadır. Bu bakımdan mahremiyet, kamu ile ilgili olmayan, söz gelimi aile yaşamı ya da ev gibi unsurları içermektedir. Yine bu doğrultuda mahremiyet kapalı, gizli, mühürlü, erişilemeyen, özel bir alanı simgelemektedir. Buna göre doktrinde her ne kadar özel ile kamusal ayrımının sınırları keskin biçimde belirlenemese de bu iki düzlem arasında mutlaka bir ayrım olması gerektiği belirtilmiştir³². Fakat Nissenbaum gibi bazı yazarlar, kamusal düzlemde dahi belli bir mahremiyetin

28 UYGUN, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, s. 64 – 65.

29 UYGUN, *Devlet Teorisi*, s. 567.

30 İngilizcede mahremiyet anlamına gelen “privacy” kelimesinin 16. Yüzyıl öncesinde nadiren kullanıldığı belirtilmektedir. Gloria Gonzales FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series 16, Springer International Publishing, 2014, s. 22.

31 Ferdinand David SCHOEMAN, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, 2008, s. 116.

32 Peter BLUME, *Protection of Informational Privacy*, International Specialized Book Service Incorporated, DJOF Publishing, 2002, s. 1.

korunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir³³. Öte yandan Gavison'a göre mahremiyet, bireye erişime ilişkin bir sınırlamadır³⁴. Bireysel mahremiyet olarak düşünüldüğünde ise, kişinin istediği biçimde yaşayabileceğinin kabulü anlamında özel yaşamına saygı duyulması, başkaları tarafından kontrol edilememesi, yabancılaştırılmaması şeklinde tanımlanmaktadır³⁵. Dolayısıyla mahremiyet, özgürlük ile doğrudan ilgilidir. Doktrinde Sofsky gibi bazı yazarlar mahremiyetin, kişisel özgürlüğün kalesi olduğunu dile getirmektedir³⁶. Ayrıca mahremiyet, Antik Yunan uygarlığından başlayarak Aydınlanma Çağı'nda yeniden beliren ve modern anayasacılıkla ilerleme kaydeden birey kavramının inşasının sonucu olarak bireysellik de doğrudan bağlantılıdır³⁷.

Yukarıda genel itibarıyla ele alınan düşüncelerin aksine, doktrinde bir kısım yazar da mahremiyet kavramını, kamuya ait olanın tam karşıtı biçiminde ele almanın doğru olmadığını belirtmektedirler. Çünkü söz konusu kamuya ait olan – mahrem ayrımı, özellikle kadınlar bakımından yıkıcı sonuçlara yol açabilecek, kişiyi kamusal yaşamdan dışlayıcı sonuçlar doğurabilecektir. Bu yazarlara göre insanın ihtiyacı “mahrem bir yaşam”dan ziyade kendi dilediği biçimde yaşamaktır³⁸.

Mahremiyet kavramı, insan onuru ile de ilgilidir. Bireyin kendini özgür bir biçimde geliştirebilmesi, doğasına içkin olan bir özelliğidir. Bu nedenle insan onuru, kişinin kendi kaderini tayin edebilmesi, kendi geleceğini belirlemesi kabulünü de içermektedir. Kaldı ki bireysellik de kişiliğin tam anlamıyla gelişimi ile tanımlanmaktadır. Netice olarak da mahremiyet, kişiliğin bütünüyle gelişimine olanak tanımaktadır.

Mahremiyet denildiğinde ele alınması gereken bir diğer önemli kavram da mahrem alan, özel alan, sosyal alan veya kamusal alan gibi kullanımları bulunan “alan” kavramıdır. Söz konusu ifade, 1950'lerde Alman anayasa hukuku içtihatlarında “Alanlar Teorisi”yle ortaya çıkmış; insan onurunun dokunulmazlığı ve kişiliğin serbest biçimde geliştirilmesi düzenlemeleri ile birlikte okunması gereken kişilik hakkı içinde gelişim göstermiştir³⁹. Buna göre Alman Federal Anayasa Mahkemesi, farklı mahremiyet seviyelerini betimleyen, iç içe geçmiş bir alan silsilesi olduğunu varsaymıştır: Sosyal alan, özel alan, mahrem alan⁴⁰. Mahkeme her ne kadar 1983 yılında bu teoriyi terk etse de, söz konusu teori hem Alman doktrininde, hem de diğer doktrinlerde oldukça belirgin bir iz bırakmıştır. Örneğin, Hollanda Anayasası'nda “Kişisel Yaşam Alanına Saygı

33 Helen NISSENBAUM, *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010, s. 217.

34 Ruth GAVISON, “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 89, No: 3, ss. 421 – 471, s. 428.

35 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 22.

36 Wolfgang SOFSKY, *Privacy: A Manifesto*, Princeton University Press, 2008, s. 30.

37 Lee A. BYGRAVE, *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, Kluwer Law International, 2002, s.133.

38 Colin J. BENNETT, Charles D. RAAB, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, The MIT Press, 2006, s. 21.

39 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası md. 1 ve 2, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08-ALMANYA%20209-276.pdf>, E.T. 21.11.2016.

40 Robert ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 223, 236.

Gösterme Hakkı” (right to respect for their personal sphere of life/ recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer) yer almaktadır⁴¹.

Bu benzerlikler yanında, Amerika ve Avrupada mahremiyet anlayışı konusunda ciddi farklılıklar da bulunmaktadır.

I. Mahremiyet ve Amerikan Anlayışı

Mahremiyet kavramının Amerika Birleşik Devletleri hukuk terminolojisine girişi, 1890 yılında *Harvard Law Review*'de yayımlanan ve Samuel D. Warren ve Louis Brandeise'e ait olan “Mahremiyet Hakkı” isimli makale ile olmuştur.

Bu makalede Amerikan mahremiyet hakkı, 19. yüzyılda İngiliz hukukunda yer alan “mahremiyet” konseptine dayandırılmıştır. Ayrıca yazarlara göre anılan kavram, kişilerin mahremiyeti ile ilgili vakıaların, kişinin onayı olmaksızın veya kamusal olarak daha önceden bilinmedikçe yayımlanmasını yasaklayan 11 Mayıs 1868 tarihli Fransız Basın Kanunu'nda da yer almaktadır. Warren ve Brandeise'e göre mahremiyet hakkı, kişinin yalnız bırakılması hakkı biçiminde formüle edilmektedir⁴².

Amerikada mahremiyetin korunması yalnızca haksız fiil hukuku bağlamında değil, bireylerin devlete karşı korunmasını sağlamak için anayasa hukukunda da gelişim göstermiştir. Amerikan Anayasası'nda mahremiyet ya da özel yaşam hakkı bulunmamaktadır. Fakat ifade, inanç ve dernek hürriyetine ilişkin İlk Değişiklik (The First Amendment), askerlerin barış zamanında ev sahibinin rızası olmaksızın ve savaş zamanında kanuna aykırı olarak bir eve yerleştirilmeyeceklerine dair Üçüncü Değişiklik (The Third Amendment), kişilerin, üstlerinin, evlerinin, belgelerinin ve eşyalarının gereksiz aranmayacağı ve el konulmayacağına dair Dördüncü Değişiklik (The Fourth Amendment) ve kişinin kendisini suçlandıramayacağına ilişkin Beşinci Değişiklik (The Fifth Amendment) gibi birçok maddenin⁴³ yargı kararlarındaki yorumlaması ile mahremiyetin birçok boyutunun korunduğu belirtilmektedir⁴⁴. Keza Amerikan Yüksek Mahkemesi 1965 yılında, doğum kontrol haplarının kullanım yasağının evliliğe dair mahremiyet hakkını ihlal ettiğine karar verdiği *Griswold – Connecticut* davasında, Amerikan Haklar Bildirgesi'nin geniş bir biçimde yorumlanması neticesi bireylerin anayasal bir hak olarak mahremiyet hakkına sahip olduklarını açık bir şekilde belirtmiştir⁴⁵.

41 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 26.

42 WARREN, BRANDEIS, “The Right to Privacy”, s. 214.

Warren ve Brandeise'in kült haline gelmiş makalelerinin ardından, mahremiyetin Amerikan haksız fiil hukukunda ne şekilde vücut bulduğunu 1960 yılında Amerikalı bir diğer akademisyen William L. Prosser ele almıştır. William L. PROSSER, “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, Y: 1960, No: 3, ss. 383 – 423.

43 *The U.S. Constitution and Other Key American Writings*, Canterbury Classics/ Baker& Taylor Publishing, 2015, San Diego, s. 111 – 113

44 Daniel J. SOLOVE, Marc ROTENBERG, Paul M. SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, New York, 2006, s. 33 – 34.

45 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, E.T. 21.11.2016; SOLOVE, ROTENBERG, SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, s. 34.

Mahremiyet kavramının bilgisayarlar ve dolayısıyla bilişim teknolojisi ile bağlantısı ise, 1950’lerde Amerikan pazarında ortaya çıkan elektronik veri işleme makinelerinin görünümünden sonra, 1960’larla birlikte olmuştur⁴⁶. İlk kez 1961 yılında veri işleme sistemleri üreten Kaliforniyalı bir şirketin sahibi olan Bernard S. Benson, bilgisayarların farkına varılmaksızın kişiler hakkında oldukça fazla veriyi saklama imkanına sahip olduğunu ve bu nedenle yakın bir gelecekte, kişilerin mahremiyetinin bilgisayarları kontrol eden kişilerin insafına bırakılmasının söz konusu olacağını dile getirmiştir⁴⁷. Ardından 1964 yılında Amerikalı yazar Vance Packard ise ortaya çıkan bu yeni teknolojilerin yalnızca kişilerin mahremiyet hakkını değil; başkalarından farklı olma hakkı, kefareet hakkı veya yeniden başlama hakkı gibi bazı başka hakları da tehlikeye atacağını savunmuştur⁴⁸.

1960’larla birlikte mahremiyet ve teknoloji çatışması, pilli mikrofonlar, portatif kayıt aletleri, tek bir hat ile kullanımı mümkün olan telefonlar ve yüksek çözünürlüklü kameralar gibi verilerin kayıt altına alınmasını sağlayan cihazların ortaya çıkışı ile gittikçe şiddetlendi.

1962 yılında New York Barosu Hukuk ve Bilim Birliği Özel Komitesi, teknolojik kayıtlama sistemlerinin kişisel mahremiyete nasıl zarar verdiğine dair resmi bir araştırma yapmaya karar verdi ve bu araştırmayı Kolombiya Üniversitesi’nde Kamu Hukuku Profesörü olan ve yıllardır telefon dinleme ve mahremiyet konusunda çalışan Alan F. Westin’e teslim etti. Bu araştırmanın ortaya çıkması ile birlikte Amerika’nın genelinde mahremiyet konusuna ilişkin tartışmalar fazlasıyla arttı. 1965 yılında ise, mahremiyet ve bilgisayar çatışması konusu Kongre’nin özel bir alt komitesi tarafından ele alınarak devlet nezdinde resmi bir karşılık bulmuş oldu. Bunun ardından, çok büyük miktarda bilgilerin bilinmeyen amaçlarla kolaylıkla saklanıp erişilebilir kılınması bilgisi medyada olağanüstü bir tepki yarattı. Bu gelişmeler, 1966’da anılan alt komite tarafından gerçekleştirilen ve federal bilgi bankaları hakkında olan görüşmelerin “Bilgisayar ve Mahremiyet” başlığı altında gerçekleştirilmesine sebep olmuştur⁴⁹. 1962’de New York Barosu Hukuk ve Bilim Birliği Özel Komitesi tarafından başlatılan araştırma 1967 yılında Alan F. Westin’in yazdığı “*Mahremiyet ve Özgürlük*” adlı kitabın yayımlanması ile kamuya paylaşıldı. Bu kitap ile mahremiyet kavramına yeni bir tanım yapıldı. Buna göre; mahremiyet, bireylerin, grupların veya kurumların kendileri hakkında bir bilgiyi ne zaman, nasıl ve ne ölçüde başkaları ile paylaşabileceklerine ilişkin bir kavramdır. Westin’e göre, mahremiyetin en temel özelliği, sonraları veri koruma hukuku bakımından oldukça önem taşıyacak olan, bireylerin kendileri ile

46 Alan F. WESTIN, Michael A. BAKER, *Databanks in Free Society: Computers, Recordkeeping and Privacy*, Quadrangle Books, New York, 1972, s. 12.

47 United Press International (UPI), “Electronic Brain: ‘Peril’ to Liberty”, *Sarasota Journal*, 17.04.1961, s. 8.

48 Vance PACKARD, *The Naked Society*, Penguin Books, Harmondsworth, 1971, s. 23 – 24.

49 WESTIN, *Privacy and Freedom*, s. 312 – 319.

ilgili bilgi üzerinde kontrolüdür⁵⁰ ve mahremiyetin bilgisayar teknolojisi bakımından sağlanması özgür bir toplum bakımından hayati önem taşımaktadır⁵¹.

Yukarıda anılan gelişmelerin neticesinde Amerikan kanun koyucusu harekete geçti ve 1970 yılında Amerikan Kongresi, Kredi Raporlama Ajansları tarafından edinilen kişisel bilgilerin yanlış kullanıma karşı korunması amacıyla gerektiğinde kişilerin kendileri hakkındaki bilgileri değiştirebilmelerine de olanak veren “*Adil Kredi Raporlama Yasası*”nı kabul etti⁵².

1971 yılında ise, Arthur R. Miller, “Mahremiyete Saldırı” adlı eserinde, Westin’in mahremiyet anlayışına, bilgisayar ve mahremiyet ilişkisi bakımından yeni bir bakış açısı sunmuştur. Bu bağlamda Miller’a göre, bilgisayarlarla mahremiyetin esas çatıştığı nokta, bireye ilişkin bilginin bir kez depolandığında artık bireyin bu bilgi üzerindeki kontrol yetkisini kaybettiği hususudur. Bu sebeple Miller, bireylerin kendilerine dair veriler üzerindeki kontrollerini devletlerin yararına yitirdiklerini ve devletlerin kendi nezdinde bilgi sistemleri kurmaları gerektiği üzerinde durmuştur⁵³.

1972 yılında Amerikan Sağlık, Eğitim ve Refah Departmanı, otomatik şekilde veri işleyen bilgisayar sistemlerinin zararlı sonuçlarını araştırması ve bu sonuçlardan bireylerin korunması için gerekli olan tavsiyeleri sunması için Otomatik İşlenen Kişisel Veri Sistemlerine İlişkin Danışma Komitesi’ni kurmuştur⁵⁴. Anılan Komite’nin hazırlamış olduğu rapor hem Amerikâda hem Avrupâda otomatik işlem yapan kişisel veri sistemlerine dair ortaya çıkan yenilikleri ele almaktadır. Buna göre özellikle 1970 yılında Alman federe devleti olan Hessen’deki “*Veri Koruma Kanunu*” ve 1973 yılında ortaya çıkmış İsveç “*Veri Kanunu*” incelenmiş ve Fransa ile Birleşik Krallık’ta konu ile ilgili yapılan tartışmalar dile getirilmiştir. Ancak bu raporla ortaya konan birkaç önemli husus bulunmaktadır. Öncelikle rapor, kişisel verilerin otomatik olarak işlenmesi bağlamında kişisel veriyi tanımlamaktadır. Metinde birçok defa geçen bu kavram, “kişi hakkında olan tüm veriler”in, “kişiyi ayırt edici biçimde ortaya koyan tüm bilgiler”in “kişisel veri” olduğunu belirtmektedir. Ayrıca bu raporla birlikte, kişinin kendisi hakkında hangi bilgilerin kayıtlandığını ve bu bilginin nasıl kullanılacağını bilmesi hakkı, gerektiğinde bu bilgilerin düzeltilebileceği hususları gibi, veri koruma bakımından temel olan ilkeler ortaya çıkmıştır. Raporun vardığı ana sonuç ise, ajanslar, devlet kurumları vb. tarafından otomatik biçimde veri işleyen tüm sistemlere

50 WESTIN, *Privacy and Freedom*, s. 7 – 8.

Mahremiyet tanımının bu yeni yüzü, sonradan gelen yazarlar tarafından “bilginin mahremiyeti” (privacy of information), “bilgi gizliliği” (information privacy), “bilgilendirme mahremiyeti” (informational privacy) şeklinde de tanımlanmıştır. Beate RÖSSLER, “Privacies: An Overview”, *Privacies*, Ed.: Beate RÖSSLER, Stanford University Press, 2014, ss. 1 – 18, s.4; Richard C. TURKINGTON, Anita L. ALLEN, *Privacy Law: Cases and Materials*, St. Paul West Group, 1999, s. 75.

51 WESTIN, *Privacy and Freedom*, s. 67.

52 Fair Credit Reporting Act, <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-credit-reporting-act>, E.T. 27.11.2016.

53 Arthur R. MILLER, *The Assault on Privacy: Computers, Data Bank and Dossiers*, University of Michigan Press, 1971, s. 24, 40 – 42.

54 U.S. Department of Health, Education and Welfare, “Records, Computers and the Rights of Citizens”, Report of the Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, DHEW Publication NO. (OS) 73 – 94, July 1973, <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>, E.T. 27.11.2016.

ve işlediği kişisel verilere ilişkin Adil Bilgi Uygulamaları Yasası'nın (Code of Fair Information Practice) çıkarılmasının zorunlu olduğudur⁵⁵.

1974 yılının başında Başkan Richard Nixon, yıl sonuna gelmeden tüm Amerikalıların kişisel mahremiyet haklarının korunması ve tanımlanması için tarihi bir adım atacağını belirtmiştir⁵⁶. Bu doğrultuda aynı yıl Şubat ayında, Beyaz Saray Mahremiyet Hakkı Komitesi'nin kurulmasını sağlamıştır. Fakat bu sürecin devamında Watergate Skandalı'nın patlak vermesi sonucunda Ağustos 1974 tarihinde Nixon istifa etmiş ve yerine Gerald Ford başkan olarak geçmiştir⁵⁷.

Her ne kadar bu olaylar yaşanıyor olsa da nihayet 31 Aralık 1974 tarihinde Amerikan Mahremiyet Yasası çıkarılmış; bu Yasanın yürürlük tarihi olarak da 27 Eylül 1975 belirlenmiştir. Bu Yasanın temel amacı, kişi hakkında elde edilmiş tüm bilgilerin (yalnızca bilgisayarla işlenmiş olanlar değil) suiistimaline karşı bireyleri korumak ve bu bilgilere kişilerin erişimini sağlamaktır⁵⁸. Mahremiyet Yasası'nın hükümlerinin uygulanmasını gözlemlemek için "Federal Mahremiyet Kurulu" (Federal Privacy Board) adında ad-hoc bir kurul oluşturulması beklenmekteydi. Ancak bu Yasa ile yalnızca Mahremiyet Koruması Çalışma Komisyonu (Privacy Protection Study Commission) kurulmuştur⁵⁹. Bu Yasanın yürürlüğe girmesi ile Amerikan Yüksek Mahkemesi Anayasa ile korunan mahremiyet alanını genişletmiştir.

Bu bağlamda ilgili dönemde Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen *Whalen – Roe* kararını incelemek gerekmektedir. Karara konu olan olayda New York Eyaleti'nde bazı uyarıcı-uyuşturucu özellikli ilaçların bulunduğu 2 Numaralı İlaç Çizelgesi isimli listedeki ilaçların bir doktor tarafından hastasına yazılması halinde, ilacı yazan doktorun adı, hastanın adı, yaşı, adresi, ilacın dozu gibi bilgilerin raporlanması ve saklanması kuralına ilişkin bir yasa mevcuttur. Mahkeme burada mahremiyete dair korunması gereken iki farklı menfaat tespit etmiştir. Bunlardan biri, kişisel konuların ifşasının kontrol edilebilmesindeki menfaattir. Bir diğeri ise, belirli kişisel kararların devlet müdahalesi olmaksızın verilebilmesindeki menfaattir. Karardaki çoğunluk görüşü her ne kadar böyle bir analiz yapsa ve devletin vatandaşların kişisel bilgilerini depolaması hallerindeki kaygılara hak verse de somut olay bağlamında Anayasa'ya aykırılık tespit etmemiştir⁶⁰.

55 U.S. Department of Health, Education and Welfare, "Records, Computers and the Rights of Citizens", Report of the Secretary's Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, DHEW Publication NO. (OS) 73 – 94, July 1973, <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>, E.T. 27.11.2016, s. 33 – 77, 168 – 174, 136 – 138.

56 Richard NIXON, "Address on the State of the Union Delivered Before a Joint Session of the Congress", 30.01.1974, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=4327>, E.T. 05.12.2016.

57 "Watergate Scandal", *Encyclopedia Britannica*, <https://global.britannica.com/event/Watergate-Scandal>, E.T. 05.12.2016.

58 Privacy Act of 1974, <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974>, E.T. 05.12.2016.

59 Marc ROTENBERG, *The Privacy Law Sourcebook 2001: United States Law International Law and Recent Developments*, Electronic Privacy Information Center, Washington, 2001, s.39.

60 Anılan kararda çoğunluk görüşüne farklı bir gerekçe ile katılan Yargıç Brennan'ın bazı tespitleri de mahremiyet algısı için sonraki süreçte önemli olmuştur. Brennan'a göre, Devlet'in toplayacağı bilgi türü ve toplanma biçiminde bazı sınırlar olmalıdır. Bilgisayarlarla büyük miktarda verilerin toplanabilmesinin giderek kolaylaştığı bir dünyada bu tür verilerin yanlış kullanılma ihtimali de artmaktadır. Bu nedenle Yargıç Brennan gelecekteki şartlar düşünüldüğünde, mahremiyet yasasına teknoloji ile ilgili kısıtlamalar getirilebileceği ihtimalinin de göz önünde bulundurulması gerektiğini dile getirmiştir. *Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/>

2. Mahremiyet ve Avrupa Anlayışı

Mahremiyet ve yeniden tanımlanması ile bilgisayarla ilişkisi Amerika'da böyle gelişmekte iken, Avrupa bu konuda hem ulusal hem de uluslararası düzeyde çözüm arayışına girmiştir.

İngilizce olarak "Right to Privacy" olarak ifade edilen mahremiyet hakkı, Anglo-Sakson hukukunda bu biçimde ifade edilmekte iken, Kara Avrupası'na geçildiğinde, "Kişilik Hakları – Rights of the Personality" biçiminde bir karşılık bulmaktadır⁶¹. Kavramsal olarak bu farklılaşmaya bir de mahremiyet hakkının içeriği ve tanımlanmasına ilişkin tartışmalar eklenmiştir⁶².

Bu bağlamda öncelikle 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (İHEB) ele alınabilir. Anılan düzenlemenin 12. maddesine göre;

"Hiç kimse özel yaşamı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz.

*Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır."*⁶³

Görüldüğü üzere ilgili madde 1948 yılında bir mahremiyet – özel yaşam hakkından söz etmiş ve içeriğine ilişkin ipucu (aile, mesken, haberleşme gibi.) vermiş; fakat bu kavramların hiçbirini tanımlamamıştır⁶⁴. 1966 yılında İkiz Paktlar'ın kabul edilmesi ile, Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 17. maddesi de,

"Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.

Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir."

diyerek İHEB'e benzer bir düzenleme yapmış ve fakat mahremiyeti yine tanımlamamıştır⁶⁵.

1950 tarihli İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) ise, yukarıda anılan sözleşmelerden farklı bir ifade şekli benimsemiş ve "mahremiyet"ten söz etmemiştir. Bunun yerine 8. maddesinde;

federal/us/429/589/case.html , E.T. 17.05.2019; SOLOVE, ROTENBERG, SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, s. 34.

61 Stig STRÖMHOLM, *Right of Privacy and Rights of the Personality – A Comparative Survey*, Working Paper prepared for the Nordic Conference on Privacy, International Commission of Jurists, Stockholm, May 1967, s. 25 – 26.

62 Söz konusu tartışmalar için bkz; Gülay ARSLAN ÖNCÜ, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, 2011.

63 Resmî Gazete, 27.05.1949, Sayı: 7217, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, E.T. 05.12.2016.

64 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 37.

65 Resmî Gazete, 18.06.2003, Sayı: 25142, [http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618 .htm#3](http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm#3) , E.T. 05.12.2016.

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”⁶⁶

İlgili maddeden de anlaşılacağı üzere İHAS mahremiyet yerine, “özel yaşama saygı” ifadesini kullanmaktadır. Her ne kadar İHAS içtihatları ile özel yaşam düzenlemesi, Avrupa’da mahremiyet algısının genişleme ve gelişmesini sağlayacak olsa da başlarda böyle değildi. 1948’den itibaren Avrupa ekseninde ortaya çıkan düzenlemelerdeki mahremiyet algısı daha yüzeysel bir görünüm arz etmekteydi. Fakat 1960’ların sonuna gelindiğinde bir sivil toplum kuruluşu olarak adlandırılabilir Uluslararası Hukukçular Komisyonu mahremiyet kavramı ve güvencelerinin daha derinlikli bir biçimde araştırılması için lokomotif görevi gördü ve 1967 yılında Nordik Konferansı’na ev sahipliği yaptı⁶⁷. Bu konferansın en önemli çıktısı olarak, “Mahremiyet Hakkı”nın tanımlanmış olması gösterilebilir. Bu tanıma göre;

“Mahremiyet Hakkı, kişinin kendi yaşamını, minimum ölçüde müdahalede bulunularak sürdürmesi için yalnız bırakılma/yalnız kalma hakkıdır.”⁶⁸

Tanıma daha detaylı olarak bakıldığında, söz konusu yalnız bırakılma hakkının, “mahremiyet, aile ve ev yaşamı” ile şöhret ve onura karşı yapılan saldırılara; ayrıca özel yaşama dair utanç verici ya da ilgisiz gerçeklerin ifşasına karşı koruma sağlaması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁹. Fakat anılan konferansın sonuç bildirgesine bakıldığında bilgisayarlara ilişkin özel bir gönderme bulunmadığı görülmektedir⁷⁰.

Bu eksiklik, 1970 yılında Uluslararası Hukukçular Komisyonu’nun Britanya ayağı olan Justice olarak adlandırılan bölümü tarafından tamamlandı. Justice, “Mahremiyet ve Hukuk” başlığını taşıyan bir rapor hazırladı ve içerisine “Bilgisayarlar ve Mahremiyet” başlığını taşıyan bir bölüm ekledi. Bu rapora göre mahremiyet kavramı, her ne kadar içeriğinin belirlenmesi çok zor olsa da

66 Resmî Gazete, 19.03.1954, Sayı: 8662, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf>, E.T. 05.12.2016.

67 International Commission of Jurists, “The Protection of Privacy”, *UNESCO International Social Science Journal*, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 448.

68 International Commission of Jurists, “Right to Privacy: Conclusions of the Nordic Conference”, Cenevre, Mayıs 1967, s. 2, <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf>, E.T. 11.12.2016.

69 Andrew T. KEYTON, “Defamation and Privacy in an Era of ‘More Speech’”, *Comperative Defamation and Privacy Law*, Ed. Andrew T. KEYTON, Cambridge University Press, 2016, s. 6.

70 International Commission of Jurists, “Right to Privacy: Conclusions of the Nordic Conference”, Cenevre, Mayıs 1967, <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf>, E.T. 11.12.2016.

mutlaka tanımlanmalıdır⁷¹. Bu amaç doğrultusunda mahremiyet kavramının hangi hususların mahremiyet ihlali oluşturduğunu belirterek tanımlanması yoluna gidilmiştir⁷². Bu ise, hem Warren ve Brandeis'in kült makalelerinde, hem de Nordik Konferans'ın sonuç raporunda tanımlanan mahremiyet hakkından farklılık yaratmıştır⁷³. Tüm bu özellikleri ile rapor, taslak bir "Mahremiyet Hakkı Yasası" da içermektedir⁷⁴.

Bu raporun ardından, Uluslararası Hukukçular Komisyonu 1972 yılında UNESCO için, "Mahremiyetin Yasal Koruması: 10 Ülkeye İlişkin Karşılaştırmalı Araştırma" isimli çalışmayı, özellikle yukarıda değinilen Justice Raporu'na dayanarak hazırlamıştır. İlgili düzenlemenin mahremiyet ve kişisel veri teslim edilmesi açısından en değerli katkısı, bilişim ağının yaygınlaşması neticesinde elde edilen kişisel bilgilerin mahremiyetin korunması için büyük bir tehdit oluşturduğu ve kişisel verilerin korunmasının en nihai amaç olması gerektiğini belirtmesidir⁷⁵.

Avrupa hukuk düzleminde mahremiyet kavramı genel görünümü yukarıda anlatıldığı gibi bir ortaya çıkış ve gelişim gösterirken ulusal bazda da çeşitli ülkelerde değişimler yaşanmaktaydı.

a) Britanya

Warren ve Brandeis mahremiyet hakkının köklerinin İngiliz ve Fransız hukukunda bulunduğunu belirtmekteydi. Her ne kadar böyle demişlerse de İngiliz hukukunda mahremiyet kavramına ilk kez 1849 tarihli *Prince Albert – Strange*⁷⁶ kararında rastlanmaktadır⁷⁷. Olay, Kraliçe Victoria ve Prens Albert'in kara kalem hobilerini bakır levhalara gravür olarak bastırmak istemeleri

71 Eleni KOSTA, *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013, s. 56 – 57.

72 "Mahremiyet hakkı, herhangi bir kişinin kendisine, evine, ailesine, başkalarıyla olan ilişkilerine ve iletişimine, mülküne ve ticari meselelerine yapılan saldırılara karşı korunma hakkı anlamına gelir. Ayrıca;

a) casusluk, gözetleme, izleme, sürekli rahatsız etme yoluyla saldırı,

b) konuşulanların izinsiz dinlenmesi veya kaydedilmesi;

c) görsel imajların yetkisiz şekilde elde edilmesi,

d) belgelerin yetkisiz okunması veya kopyalanması,

e) kişinin kendisine sıkıntı, rahatsızlık veya utanç verici olması için hesaplanan gizli bilgiler veya gerçekler (adını, kimliğini v.b. içeren) yetkisiz kullanımı veya ifşa edilmesi veya onun yanlış değerlendirilmesine ('false light') sebep olma ('false light' kavramı en geniş anlamı ile, birini yanlış lanse ederek kişinin mahremiyetinin ihlali neticesinde doğan bir haksız fiildir. Wex Legal Dictionary/ Encyclopedia, Legal Information Institute, Cornell Law School, https://www.law.cornell.edu/wex/false_light, E.T. 12.12.2016.)

f) adının, kimliğinin veya benzerliğinin başkasının kazanımı için yetkisiz olarak tahsis edilmesi."

International Commission of Jurists, Committee on Privacy and JUSTICE (The British Section of ICJ), "Privacy and the Law", Stevens& Sons Ltd., Londra, 1970, s. 5.

73 KOSTA, *Consent in European Data Protection Law*, s. 58.

74 International Commission of Jurists, Committee on Privacy and JUSTICE (The British Section of ICJ), *Privacy and the Law*, Stevens& Sons Ltd., Londra, 1970, s. 27.

75 International Commission of Jurists, UNESCO International Social Science Journal, *The Protection of Privacy*, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 417, 420.

76 *Prince Albert v. Strange*, High Court of Chancery, (1849) 1 Mac & G 25, [1849] EWHC Ch J20, 41 ER 1171, (1849) 18 LJ Ch 120, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1849/J20.html>, E.T. 19.12.2016.

77 International Commission of Jurists, "The Protection of Privacy", *UNESCO International Social Science Journal*, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 457 – 458.

neticesinde ortaya çıkmıştır. Kraliçe ve Prens tasarladıkları bu gravürlerden yakınları ve ailelerine vermek için bazı kara kalem çalışmaları hazırlamışlardır. Bu çalışmalardan birini (bir eğlence esnasında Kraliçe'nin hayat arkadaşı olan Prens Albert'i gösteren resmi) arkadaşları olan John Brown isimli bir yazara vermiş ya da göstermişlerdir ve bu surette söz konusu resmin bir kopyası oluşturulmuştur. Bu kopyalar sonrasında Kraliçe ve Prens'e geri verilmiştir. Ancak Brown'un bir çalışmanı olan Middleton, bazı ekstra kopyalar bastırmıştır. Ardından bu kopyaları yayımlaması için yayıncı Jasper Tomsett Judge'a satmıştır. Yayıncı Judge bu kara kalemlerin gravürlerinin halka açık bir sergide gösterilmesini önermiş ve matbaacı William Strange tarafından basılan kopyalardan bir katalog hazırlatmıştır. Neticesinde Prens Albert, gravürleri basan William Strange ve bunları yayımlayan yayıncı Jasper Tomsett Judge'ı dava etmiştir. Bu davada yargıç Knight Bruce ve Lord Cottenham, kişinin rızası olmaksızın kendi eğlenceleri için yapılmış olan çizimlerin, Kraliçe'nin Windsor'daki evinde ve ayrıca kilitli olarak muhafaza ediliyor olmaları sebebiyle mahremiyet taşıdığını, davalıların eline ise gizlice geçmiş olduklarını belirtmişlerdir. Bu davada mahremiyet, mülkiyetin bir türü olarak görülerek gravürlerin basılması durdurulmuş ve davalıların tazminat ödemesine karar verilmiştir⁷⁸. Görüldüğü gibi bu anlayışta, mülkiyet ve mahremiyet birlikte düşünülmektedir.

Bu karardan sonraki yıllarda mahremiyet kavramının durumu, Britanya her ne kadar İHEB ve İHAS'a taraf da olsa, Uluslararası Hukukçular Birliği olan Justice'in 1970 yılında mahremiyet hakkını tanımış olduğu raporuna dek çok kapsamlı bir gelişim gösterememiştir⁷⁹. Bu bağlamda elbette 1961 yılından itibaren Lord Mancroft'un "Mahremiyet Hakkı Yasa Tasarısı" gibi bazı girişimler yadsınamaz⁸⁰. Ancak mahremiyetin bilgisayarlaşma süreci neticesinde yaratabileceği tehlikeler, Sör Kenneth Younger'ın başkanlığındaki Mahremiyet Komitesi'nin 1972 yılında yayımladığı ve "Younger Raporu" olarak da anılan nihai raporun, özellikle özel sektörün bilgisayarlar aracılığıyla veri işleme sürecini ele almasıyla dikkatleri üzerine çekmiştir⁸¹. Devamında 1975 yılında Birleşik Krallık hükümeti "Bilgisayarlar ve Mahremiyet" ile "Bilgisayarlar: Mahremiyet için Emniyet Tedbirleri" başlığını taşıyan iki adet Beyaz Rapor (White Paper) hazırlamıştır. Bu iki hükümet raporu sonrasında yasal bir mevzuat gerekliliği hasil olması ve kamu sektöründe bilgisayar kullanımının da artışı neticesinde ayrıca bir "Veri Koruma Komitesi" kurulmuş ve başkanlığına Sör Norman Lindop getirilmiştir. Bu komite de 1978 yılında "Lindop Raporu" olarak anılan çalışmasını yayımlamış ve Younger Raporu'ndan farklı olarak, bilgisayar yolu ile elde edilen kişisel verilerin korunması için bir veri koruma otoritesi oluşturulmasını ve bunun için gereken yasal düzenlemenin hazırlanmasını tavsiye etmiştir. Fakat Mayıs 1979'da

78 Ursula SMARTT, *Media and Entertainment Law*, Routledge, London & New York, 2011, s. 31 – 32.

79 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 42.

80 Diğer bazı hukuki girişimler, 1967 tarihli Telefon Dinleme Yasa Tasarısı (*Telephone Monitoring Bill*), 1968 tarihli Endüstriyel Bilgi Yasa Tasarısı (*Industrial Information Bill*), 1968 tarihli Özel Dedektiflerin Tescilli Yasa Tasarısı (*Bill for the Registration of Private Detectives*), 1969 tarihli Veri İzleme Yasa Tasarısı (*Data Surveillance Bill*) ve 1969 tarihli Kişisel Kayıtlar (Bilgisayarlar) Yasa Tasarısıdır (*Personal Records – Computers – Bill*).

International Commission of Jurists, "The Protection of Privacy", *UNESCO International Social Science Journal*, Vol. XXIV, No: 3, 1972, s. 459 – 460.

81 Adam P. WARREN, James DEARNLY, "Data Protection Legislation in the United Kingdom: From Development to Statute 1969-84", *Information Communication and Society*, Vol. 8 (2), 2005, s. 241 – 242, ss. 238 – 263.

Margaret Thatcher'ın Muhafazakâr Parti hükümetinin başa gelmesi ile veri koruma meselesine dair ilk yasal düzenlemenin kabul edilmesi 1984 yılına dek ertelenmiştir⁸².

b) Hollanda

Her ne kadar mahremiyet ve veri işleme konularına dair ilk düzenlemeler yukarıda belirtildiği şekilde olsa da mahremiyet kavramının diğer Avrupa ülkelerindeki gelişimi de pek farklılık göstermemiştir. İlk olarak Hollanda'ya baktığımızda, 1971 yılında Mahremiyet ve Kişisel Siciller Komitesi'nin kurulduğu göze çarpmaktadır. Bu komite 1974'te bir Geçici Rapor hazırlamış ve bu raporda, kişilerin mahremiyetinin korunması için kamu ve özel sektörü kapsayan bir veri koruma kanunu hazırlanması gerektiğini belirtmiştir⁸³. Anayasal düzlemde ise veri bankaları ve veri işleme gibi tekniklerle birlikte dijitalleşen dünyayı dikkate alarak, 1983 yılında Hollanda Anayasası'nın 10. maddesinde yer alan "Kişisel Yaşam Alanına Saygı Hakkı"nda bir değişikliğe gidilerek kişisel verilerin kayıtlanması ve dağıtımına ilişkin korumayı maddeye eklemiştir⁸⁴.

c) Fransa

Fransa'da ise, 1849 tarihli *Prens Albert – Strange* kararından yaklaşık on yıl sonra mahremiyet kavramının *Felix – O'Connell* kararında ele alındığı görülmektedir. Bu davanın konusunu, ünlü bir aktristin ölüm döşeginde iken kardeşinin kendilerine anı olarak kalması için fotoğraflarının çekilmesinin istenmesinin ardından, çekilen fotoğrafların çizimlerinin yapılarak satışa çıkarılması oluşturmaktadır. Seine Hukuk Mahkemesi tarafından görülen davada, Rachel Felix'in ünlü bir kişi olmasına rağmen bu denli mahrem bir fotoğrafının çoğaltılması ve yayınlanması için ailesinin rızası olması gerektiğine, çünkü davacının fotoğraftaki hakkının mutlak bir hak olduğuna karar verilmiştir⁸⁵.

Her ne kadar bu kararda açık bir biçimde "mahremiyet hakkı – right to privacy" yer almasa da bu karardan 9 yıl sonra 1867'de *Dumas – Liébert* Kararı'nda anılan haktan açıkça söz edilmiştir. Söz konusu olayda Dumas, genç Amerikalı aktris Adah Menken ile birlikte gömleklili bir pozunu içeren fotoğrafların Le Figaroda yayınlanması neticesinde alaycı yorumlara ve fotoğrafçının vitrininde yer alması sebebiyle halkın eğlenmesine yol açtığı gerekçesi ile fotoğrafların yayımı ve gösterimini önlemek için Mahkeme'ye başvurmuştur. Bir önceki davadaki Sarah Felix'in aksine Dumas, fotoğrafçı Liébert ile bir anlaşma yaparak fotoğrafları kullanmasına ilişkin şartlar

82 Colin J. BENNETT, *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, Ithaca & London, 1992, s. 87 – 89.

83 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 45.

84 Gert – Jan LEENKNEGT, "The Protection of Fundamental Rights in Digital Age", *Electronic Journal of Comparative Law*, Netherlands Comparative Law Association, Vol. 6, 4.12.2002, s. 340.

85 *Felix c. O'Connell*, Seine Hukuk Mahkemesi, 16.6.1858, aktaran: Megan RICHARDSON, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth – Century Idea*, Cambridge University Press, 2017, s. 64 – 67; Huw BEVERLEY – SMITH, Ansgar OHLY, Agnes LUCAS – SCHLOETTER, *Privacy, Property and Personality – Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, New York, 2005, s. 147.

koymamıştı ve ayrıca Liébert fotoğrafları almak için bir ödeme yapmıştı. Ancak Mahkeme genel ahlak uyarınca, mahremiyet hakkının kalıcı olarak bir başkasına devri için mutlaka resmi bir anlaşma yapılmasını gerektiğine hükmetmiştir. Sonuç olarak Dumas fotoğrafların parasını fotoğrafçıya ödemeyi teklif ettiğinden Mahkeme, miktarı 100 Frank olarak belirlemiş ve Liébert'e kalan fotoğrafları satmamasını ve yayınlamamasını emretmiştir⁸⁶.

Mahremiyet kavramının Fransızdaki gelişimi açısından belirtilmelidir ki, Amerikan mahremiyet anlayışı Fransız özel yaşam anlayışından daha geniş bir içeriğe sahiptir. Fransa'da mahremiyetin ahlak temelli algısı Anayasa kaynaklı olmayıp Medeni Kanun'da yer alan, sözleşmelerin ahlaka aykırı olamayacağı hükmüne dayandırılmaktadır. Bu bakımdan aslında söz konusu anlayışın, temelde kamu hukuku – özel hukuk arasındaki dogmatik ayırmadan ileri geldiği belirtilmektedir⁸⁷.

Öte yandan Fransız Anayasa Konseyi'nin bu kararlardan yaklaşık 100 yıl sonra 1971 yılında, 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'ni de anayasaya yerleşik kamu özgürlükleri arasında ele alması önem taşımaktadır. Böylece Bildirge'nin 2. maddesinde yer alan “bireysel özgürlük”, bireyin mahremiyetini de koruyan bir düzenleme olarak değerlendirilmeye başlamıştır⁸⁸. Yine bu yıllarda Fransız hukuku yeni teknolojiler ve özellikle bilgisayarların kamu özgürlükleri ile ilişkisini de incelemeye girişir. Bu geniş perspektif, 1974 yılında İHAS'a taraf olunmasıyla 8. madde bağlamında da desteğini bulur⁸⁹.

d) İsveç

Mahremiyet kavramının Avrupa'daki ortaya çıkış serüveninde ilginç bir örnek olarak İsveç'e de değinmek gerekmektedir. Kamu sektörünün bilgisayarlaşması 1960'ların başlarına tekabül etmektedir. Bu dönemle birlikte nüfusun önemli bir kısmı, toplanan bilgilerin otomatik olarak işlenmesi sürecine tabi tutulduğunu fark ederek endişe duymaya başlar. Devamında ise İsveç hükümeti, bilgisayarlı veri saklama konusuna ilişkin resmi bir komisyon görevlendirir. Anılan Resmî Belgelerin Aleniyet ve Gizliliği Parlamenter Komisyonu, 1972 yılında bilgisayarlı veri saklama konusunda bir rapor yayımlar. Bu raporun ismi, İngilizce konuşulan çevrelerde “Bilgisayarlar ve Mahremiyet” (Computers and Privacy) olarak bilinmeye başlar; ancak raporun orijinal ismi “Data och integritet” biçimindedir ve bu raporla ortaya çıkmaktadır ki, İsveç dilinde “mahremiyet” anlamına gelen “privacy” kelimesi yoktur ve bu kelimeye en yakın anlamda olabilecek kelime “integritet” (personal integrity), kişisel bütünlük anlamına da gelmektedir⁹⁰.

86 RICHARDSON, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth – Century Idea*, s. 67.

87 M. François RIGAUX, “La liberté de la vie privée”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 43, No: 3, 1991, s. 541, ss. 539 – 563.

88 FUSTER, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, s. 47.

89 Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005 – *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Status as of 30/05/2017, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures>, E.T. 30.05.2017.

90 David H. FLAHERTY, *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*, University of North Carolina Press, 1989, s. 104 – 105.

Veri korumasına dair İsveç anlayışı, bugün dahi veri işleme düzenlemesini kişisel bütünlüğün korunması bağlamında değerlendirmektedir⁹¹.

SONUÇ

Hak kuşakları, hakların doğduğu ortam ve bunların sebeplerinin anlaşılmasına yardımcı olmaktadır. Söz konusu ortamda insan onuruna yönelik tehditler neticesinde hakların doğuşu gerçekleşmektedir. Bu tehditler ise her dönemde farklılık göstermektedir. Bu bağlamda günümüz teknolojik ve bilimsel gelişmelerinin insan onuruna yönelik tehditleri dördüncü kuşak hakları ortaya çıkarmıştır.

Bilişim teknolojisi, önceleri bilgisayarlar ve günümüzde ise birçok akıllı alet ve yöntem vasıtasıyla bir biçimde insanın özel yaşamına müdahil olmaktadır. Bu durum düşünüldüğünde, insan onurunun bugüne dek karşılaşmadığı ve ulaşacağı boyutları da öngörülemeyen yeni bir tehditle karşı karşıya kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla bilişim teknolojilerinin ortaya çıkışı, gelişmesi ve günümüzde ulaştığı boyutları ilk planda mahremiyet kavramı doğrudan tehdit etmektedir. Bu bakımdan karşılaştırmalı hukukta gerek Amerika’da ve gerekse Avrupa bağlamında mahremiyetin korunması gereği fikri doğmuştur.

Anglo-Amerikan hukuk terminolojisine, Warren ve Brandeis’e ait olan “Mahremiyet Hakkı” isimli makale ile giriş yapan mahremiyet kavramı, Amerikan Anayasası’nda bir hak olarak korunmamaktadır. Ancak Anayasa’nın birçok maddesinin yargı kararlarındaki yorumu ile mahremiyetin birçok boyutunun korunduğu görülmektedir. Amerikan anlayışında mahremiyetin bilişim teknolojilerinin ortaya çıkışı ile tehdit edileceği ve dolayısıyla kavramın dönüşüme uğraması gerektiği algısı 1960’larla ortaya çıkmıştır. 70’lerle birlikte özellikle Miller’in bilgisayarlarla mahremiyetin esas çatıştığı nokta olarak bilginin bir kez depolandığında artık bireyin bu bilgi üzerindeki kontrol yetkisini kaybettiği hususu, bilgisayar ve mahremiyet ilişkisi bakımından yeni bir dönemi başlatmıştır. 1974’te çıkarılan Amerikan Mahremiyet Yasası ise kavramın koruma alanının Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından genişletilmesini sağlamıştır.

İlgili dönemde mahremiyet kavramına Avrupa’nın bakış açısı ise İHEB, İkiz Paktlar ve İHAS madde metinlerinden görüldüğü üzere, başlarda oldukça yüzeyseldi. Ancak 1960’larla beraber kavramın tanımlanması için birçok çalışma yapılmıştır. Bu bağlamda tanımda her ne kadar teknolojik bir gönderme bulunmasa da mahremiyetin bilişim teknolojisi ile ilişkisi neticesinde dönüşümü 1970 yılında Britanya’da hazırlanan “Mahremiyet ve Hukuk” Raporu ile olmuştur. 1972 yılında ise “Mahremiyetin Yasal Koruması: 10 Ülkeye İlişkin Karşılaştırmalı Araştırma” isimli çalışma, bilgisayarlaşma neticesinde elde edilen kişisel bilgilerin mahremiyetin korunması için büyük bir tehdit oluşturduğunu belirterek mahremiyetin teknolojik gelişmelerden kaynaklı değişen anlamını net biçimde ortaya koymuştur.

91 BYGRAVE, *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, s. 322.

Önemle belirtilmelidir ki, mahremiyetin anlamının karşılaştırmalı olarak her iki hukuk düzeninde de değişim göstermesi söz konusu iken, teknolojik gelişmelerle birlikte yeni zorlukların ortaya çıkması ile kişisel verilerin korunması hakkı ve mahremiyet ilişkisinde de yeni kural ve ilkeler doğmaktadır. Dolayısıyla çalışma kapsamında görülmüştür ki, her ne kadar devinim halindeki mahremiyet kavramı mevcutsa da hakkın altında yatan ana unsur artık yalnızca mahremiyet değildir.

Mahremiyet kavramının tarihsel düzlemde ifade ettiği anlamdan farklılaşarak karşılaştığı tehditlerin giderek büyüdüğü ortadadır. Bu durumun temel sebebi, bilişim teknolojilerinin geldiği seviyedir. Kavramın korunmasının gerekliliği, dördüncü kuşak haklar içerisinde kişisel verilerin korunması hakkının doğuşu ile perçinlenmiştir. Bu bakımdan önceleri yalnızca mahremiyetin – özel yaşamın korunması biçiminde bir hak koruması mevcutken, artık bunun da ötesinde yeni hak kategorilerinin doğuşundan söz edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet, Bihterin VURAL DİNÇKOL, Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 14. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2018.
- ALEXY, Robert, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2010.
- ALGAN, Bülent, “Rethinking ‘Third Generation’ Human Rights”, *Ankara Law Review*, Vol. 1, No: 1, Y. 2004, ss. 121 – 155.
- BENNETT, Colin J. *Regulating Privacy: Data Protection and Public Policy in Europe and the United States*, Cornell University Press, Ithaca & London, 1992.
- BENNETT, Colin J., Charles D. RAAB, *The Governance of Privacy: Policy Instruments in Global Perspective*, The MIT Press, 2006.
- BEVERLEY – SMITH, Huw, Ansgar OHLY, Agnes LUCAS – SCHLOETTER, *Privacy, Property and Personality – Civil Law Perspectives on Commercial Appropriation*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- BLUME, Peter, *Protection of Informational Privacy*, International Specialized Book Service Incorporated, DJOF Publishing, 2002.
- BYGRAVE, Lee A., *Data Protection Law: Approaching its Rationale, Logic and Limits*, Kluwer Law International, 2002.
- Chart of Signatures and Ratifications of Treaty 005 – *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Status as of 30/05/2017, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures> , E.T. 30.05.2017.
- DİNÇKOL, Abdullah, “Küreselleşme ve İnsan Hakları”, *Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2006, ss. 879 – 919.
- DİNÇKOL, Abdullah, “Teknoloji ve Hukuk”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, S. 19, İstanbul Barosu Yayınları, 2010, ss. 248 – 279.
- DOĞAN, İlyas, “İnsan Hakları Hukukunun Temel Kavramları ve Özellikleri”, *İnsan Hakları Hukuku*, (Ed.: İlyas DOĞAN), Astana Yayınları, Ankara, 2015.
- DONNELLY, Jack, *Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları*, Çev: Mustafa ERDOĞAN – Levent KORKUT, Yetkin, 1995, Ankara.

- Fair Credit Reporting Act, <https://www.ftc.gov/enforcement/rules/rulemaking-regulatory-reform-proceedings/fair-credit-reporting-act> , E.T. 27.11.2016.
- FLAHERTY, David H., *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*, University of North Carolina Press, 1989, s. 104 – 105.
- FUSTER, Gloria Gonzales, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Law, Governance and Technology Series 16, Springer International Publishing, 2014.
- GAVISON, Ruth, “Privacy and the Limits of Law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 89, No: 3, ss. 421 – 471.
- GÜNDÜZÖZ, İlker, “Yeni Kuşak İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Mülki İdare Amirliğine Analitik Bir Yaklaşım”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C.: 33, Y: 2015, ss. 19 – 33.
- HAMAMCI, Can, “Üçüncü Kuşak İnsan Hakları”, *Yeni Kuşak İnsan Hakları*, Ed. Ertan Kivilcım Akkoyunlu, TODAİE Yayın No: 371, 2013, ss.1-237.
- International Commission of Jurists, “Right to Privacy: Conclusions of the Nordic Conference”, Cenevre, Mayıs 1967, s. 2, <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2013/06/Right-to-privacy-seminar-report-conclusions-1967-eng.pdf> , E.T. 11.12.2016.
- International Commission of Jurists, “The Protection of Privacy”, *UNESCO International Social Science Journal*, Vol. XXIV, No: 3, 1972.
- International Commission of Jurists, Committee on Privacy and JUSTICE (The British Section of ICJ), “Privacy and the Law”, Stevens& Sons Ltd., Londra, 1970.
- KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 1981.
- KAPANİ, Münci, *Kamu Hürriyetleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- KEYTON, Andrew T., “Defamation and Privacy in an Era of ‘More Speech’”, *Comparative Defamation and Privacy Law*, Ed. Andrew T. KEYTON, Cambridge University Press, 2016.
- KOSTA, Eleni, *Consent in European Data Protection Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden – Boston, 2013.
- LEENKNEGHT, Gert – Jan, “The Protection of Fundamental Rights in Digital Age”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Netherlands Comparative Law Association, Vol. 6, 4.12.2002.
- MILLER, Arthur R., *The Assault on Privacy: Computers, Data Bank and Dossiers*, University of Michigan Press, 1971, s. 24, 40 – 42.
- NISSENBAUM, Helen, *Privacy in Context: Technology, Policy and the Integrity of Social Life*, Stanford University Press, 2010.
- NIXON, Richard, “Address on the State of the Union Delivered Before a Joint Session of the Congress”, 30.01.1974, <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=4327> , E.T. 05.12.2016.
- ÖNCÜ, Gülay ARSLAN, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, Beta, 2011.
- PACKARD, Vance, *The Naked Society*, Penguin Books, Harmondsworth, 1971.
- Privacy Act of 1974, <https://www.justice.gov/opcl/privacy-act-1974> , E.T. 05.12.2016.
- PROSSER, William L., “Privacy”, *California Law Review*, Vol. 48, Y: 1960, No: 3, ss. 383 – 423.
- REID, Lindsey, “The Generations of Human Rights”, *The University of Alabama at Birmingham Institute for Human Rights Blog*, <https://cas.uab.edu/humanrights/2019/01/14/the-generations-of-human-rights/> , E.T. 18.05.2019.
- Resmî Gazete, 18.06.2003, Sayı: 25142, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2003/06/20030618.htm#3> , E.T. 05.12.2016.
- Resmî Gazete, 19.03.1954, Sayı: 8662, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/8662.pdf> , E.T. 05.12.2016.

- Resmî Gazete, 27.05.1949, Sayı: 7217, <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>, E.T. 05.12.2016.
- RICHARDSON, Megan, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth – Century Idea*, Cambridge University Press, 2017.
- RIGAUX, M. François “La liberté de la vie privée”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 43, No: 3, 1991, ss. 539 – 563.
- ROTENBERG, Marc, *The Privacy Law Sourcebook 2001: United States Law International Law and Recent Developments*, Electronic Privacy Information Center, Washington, 2001.
- RÖSSLER, Beate, “Privacies: An Overview”, *Privacies*, Ed.: Beate RÖSSLER, Stanford University Press, 2014, ss. 1 – 18.
- SCHOEMAN, Ferdinand David, *Privacy and Social Freedom*, Cambridge University Press, 2008.
- SMARTT, Ursula, *Media and Entertainment Law*, Routledge, London & New York, 2011.
- SOFSKY, Wolfgang, *Privacy: A Manifesto*, Princeton University Press, 2008.
- SOLOVE, Daniel J., Marc ROTENBERG, Paul M. SCHWARTZ, *Information Privacy Law*, New York, 2006.
- STRÖMHOLM, Stig, *Right of Privacy and Rights of the Personality – A Comparative Survey*, Working Paper prepared for the Nordic Conference on Privacy, International Commission of Jurists, Stockholm, May 1967.
- The U.S. Constitution and Other Key American Writings*, Canterbury Classics/ Baker& Taylor Publishing, 2015, San Diego.
- TOMUSCHAT, Christian, *Human Rights: Between Idealism and Realism*, Oxford University Press, 2008.
- TURKINGTON, Richard C., Anita L. ALLEN, *Privacy Law: Cases and Materials*, St. Paul West Group, 1999.
- U.S. Department of Health, Education and Welfare, “Records, Computers and the Rights of Citizens”, Report of the Secretary’s Advisory Committee on Automated Personal Data Systems, DHEW Publication NO. (OS) 73 – 94, July 1973, <https://www.justice.gov/opcl/docs/rec-com-rights.pdf>, E.T. 27.11.2016.
- United Press International (UPI), “Electronic Brain: ‘Peril’ to Liberty”, *Sarasota Journal*, 17.04.1961.
- UYGUN, Oktay, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, *Kamu Hukuku İncelemeleri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, ss. 45 – 83.
- UYGUN, Oktay, *Devlet Teorisi*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- VASAK, Karel, *Human Rights: A Thirty-Year Struggle: the Sustained Efforts to give Force of law to the Universal Declaration of Human Rights*, United Nations Educational, Scientific, and Cultural Organization, November 1977.
- VINCENT, Andrew, *The Politics of Human Rights*, Oxford University Press, 2010, s. 132 – 134.
- WARREN, Adam P., James DEARNLY, “Data Protection Legislation in the United Kingdom: From Development to Statute 1969-84”, *Information Communication and Society*, Vol. 8 (2), 2005, ss. 238 – 263.
- WARREN, Samuel, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, *Harvard Law Review*, Vol. 4, No: 5, 1890, ss. 193 – 220.
- WESTIN, Alan F. *Privacy and Freedom*, Atheneum, New York, 1970.
- WESTIN, Alan F., Michael A. BAKER, *Databanks in Free Society: Computers, Recordkeeping and Privacy*, Quadrangle Books, New York, 1972.
- Felix c. O’Connell*, Seine Hukuk Mahkemesi, 16.6.1858, aktaran: Megan RICHARDSON, *The Right to Privacy Origins and Influence of Nineteenth – Century Idea*, Cambridge University Press, 2017, s. 64 – 67.
- Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, E.T. 21.11.2016.

- Prince Albert v. Strange*, High Court of Chancery, (1849) 1 Mac & G 25, [1849] EWHC Ch J20, 41 ER 1171, (1849) 18 LJ Ch 120, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/1849/J20.html> , E.T. 19.12.2016.
- Whalen v. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/429/589/case.html> , E.T. 17.05.2019.
- “Watergate Scandal”, *Encyclopedia Britannica*, <https://global.britannica.com/event/Watergate-Scandal> , E.T. 05.12.2016.
- 1949 tarihli Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası md. 1 ve 2, <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/08ALMANYA%20209-276.pdf> , E.T. 21.11.2016.

Türk Ceza Yasası'nda Mal veya Hizmet Satımından Kaçınma Suçu(TCK m.240)

Restriction of Supply of Goods and Services(Turkish Penal Code Art.240)

Özlem YENERER ÇAKMUT* 

Öz

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, Türk Ceza Yasası'nda ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların düzenlendiği bölümde yer almaktadır. Bu haliyle ekonomik suç vasfına sahiptir. Ticaret hayatının aktörleri, ekonomik faaliyetleri yerine getirirken, kamu için acil ihtiyaçların ortaya çıkmasına neden olacak biçimde hareket edemezler. Bu yönde gerçekleştirilen fiiller, ekonomik hayatın düzen içinde işlemesi esasına duyulan güveni zedeleyecektir. Bu nedenle yasa koyucu tarafından bu nitelikteki fiiller yaptırıma tabi kılınmış ve bir suç olarak düzenlenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ekonomik Suçlar, Mal ve Hizmet Satımından Kaçınma, Kamu Güvenliği, Ekonomik Kuralların Düzgün İşlemesi, Acil İhtiyaç Yaratma

Abstract

The crime of avoiding the sale of goods or services is included in the section of the Turkish Penal Code in which the crimes related to economy, industry and trade are regulated. As such, it has the character of economic crime. The actors of commercial life cannot act in a manner that causes the emergence of urgent needs for the public while carrying out economic activities. The acts carried out in this direction will damage the trust that economic life operates in order. For this reason, the law enforcers are subject to sanctions and are regulated as a crime.

Keywords: Economic Crimes, Avoidance of Goods and Services, Public Safety, Proper Handling of Economic Rules, Urgent Needs Creation.

I. GENEL OLARAK

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabında, topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde 240.maddede düzenlenmiştir. Türk Ceza Yasası'nın "Mal veya

* Prof. Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: ozlem.cakmut@ozyegin.edu.tr

hizmet satımından kaçınma” başlığını taşıyan 240.maddesine göre, “(1)Belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

Yasa koyucu, TCK m.240'da yer verdiği belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınma suçu ile kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olma ve bu suretle, ekonomik kuralların düzgün işleyişine engel olma, serbest rekabetin ve ekonomik kuralların işleyişinin bozulması ve kamunun güveninin sarsılması ve toplumda yaşayan bireylerin yaşam hakkının ihlaline neden olacak bir eylemi suç olarak düzenlemiştir¹.

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, Türk Ceza Yasası'nda ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların düzenlendiği bölümde yer almaktadır. Bu husus TCK m.240'ın ekonomik suç vasfına sahip olduğunu ortaya koymaktadır.

Ekonomik düzenin işleyişini bütün olarak kontrol altına alma ve idare etme amacıyla belirlenen kurallar *ekonomi hukuku* olarak isimlendirilmektedir². Ekonomi hukukunun içinde incelenen ekonomik suç, benimsenen ve uygulanan iktisadi rejim ne olursa olsun bir toplumda sürüp giden ekonomik ilişkilerde varlığı zorunlu *güven* duygusunu ihlal eden fiillerdir. Diğer bir ifade ile genel ekonomik düzeni koruma amacı taşıyan düzenlemeleri ihlal eden eylemler ekonomik suç olarak isimlendirilmektedir³. Ekonomik suçlar bakımından genel anlamda korunan hukuki yarar, ekonominin dürüstlük kuralları içinde yaşanması gerekliliğidir⁴.

II. ESKİ VE YENİ YASA'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda 240.maddede düzenlenen Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, 765 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 401.maddesinin karşılığını oluşturmaktadır. 765 Sayılı Türk Ceza Yasası m.401'e göre; “Gıda maddeleri veya kamuya gerekli şeylerden:/ a)Halkın beslenmesi için gerekli et, ekmek, un, süt, tuz, şeker, yağ, peynir, zeytin veya benzeri gıda maddelerinin;/ b) Halkın ısınması, temizliği veya aydınlanması için gerekli madde veya eşyalarla her türlü yakıtın;/ c)Sağlığın korunmasında, tedavide ve tıbbda kullanılan ilaç, kimyevi madde, alet ve diğer şeylerin;/ d)İnşaat, sanayi, ulaşım ve tarımda kullanılıp da fiyatları Bakanlar Kurulu, ilgili bakanlıklar ve

1 O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), Ankara 2010, 6701 vd.; A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu II (Madde 141-345), Ankara 2007, 1001 vd.; Ç.Arslan/B.Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004, 992 vd. Ayrıca bak.Madde Gerekeşi, N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gerekeşi-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 402.

2 Ş.Cin Şensoy, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 829; Ö.Küçüktaşdemir, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Ankara 2018, 50-51.

3 Cin Şensoy, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, 830-831; Küçüktaşdemir, Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, 51. Farklı tanım için bak. S.Erman,Ticarî Ceza Hukuku, I-Genel Kısım, İstanbul 1992, 4.

4 S.Erman/Ç.Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, (TCK 316-368), İstanbul 1996, 11.

diğer yetkili mercilerce tespit ve ilân edilen eşya veya maddelerin;/ e)Kamu için gerekliliği sebebiyle veya Devletin genel iktisadî ve malî siyaseti gereği olarak, fiyatları Bakanlar Kurulu veya ilgili bakanlıklar tarafından tespit ve ilân edilen mal, eşya, araç, gereç ve her türlü maddelerin;/ İmali, satımı, dağıtımı, depolanması veya her ne şekilde olursa olsun ticaretiyle uğraşan veya herhangi bir suretle kazanç amacı güden bir faaliyette bulunan kimse, bu erzak, madde, eşya veya malların satışından kaçınır, bunları saklar, kaçıır, satılmadığı halde satılmış gibi gösterir veya bunlardan satış fiyatları Bakanlar Kurulu, ilgili bakanlıklar veya yetkili mercilerce tespit edilenleri fazla fiyatla satar veya satışa arz ederse iki yıldan on yıla kadar hapis ve yetmişbeşbin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca suç konusu mal veya eşyanın müsaderesine de karar verilir./ Yukarıdaki fıkrada yer alan erzak, madde, eşya veya malların resmî mercilere bildirilmesine ilişkin olarak Bakanlar Kurulu veya ilgili bakanlıklarca çıkarılan kararlara aykırı hareket eden veya gerçeğe aykırı beyanda bulunan kimse, fiil daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde altı aydan iki yıla kadar hapis ve onbeşbin liradan yetmişbeşbin liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır. Ayrıca bildirim dışı bırakılan malların müsaderesine de karar verilir./ Yukarıdaki fıkralarda yer alan fiil ve hareketler ikiden fazla kimse tarafından müştereken veya herhangi bir şirket veya teşekkül namına işlenirse birinci fıkradaki halde hapis cezası üç yıldan, ikinci fıkradaki halde bir yıldan az olamaz./ Suç konusu erzak, madde, mal veya eşyanın değeri az ise yukarıdaki fıkralara göre verilecek cezalar yarısına, çok az ise üçte birine indirilir. Mükerrir olanlar hakkında bu fıkra hükmü uygulanmaz./ Soruşturmanın her safhasında bu maddede belirtilen ve suç konusu erzak, madde, mal veya eşyanın gerektiğinde satışına ve satışın en yakın belediye veya kamu kuruluşunca yapılmasına yetkili hâkim veya mahkemece karar verilir. Satış bedeli, mahkûmiyet halinde müsaderesine karar verilmek üzere dava sonuna kadar muhafaza edilir./ Bir kimse her ne şekilde olursa olsun yalan haber yaymak, duyurmak veya başka hileler kullanmak suretiyle birinci fıkradaki erzak, madde, mal veya eşyanın azalmasına, darlığına veya fiyatlarının artmasına sebep olursa, fiili daha ağır cezayı gerektiren bir suç teşkil etmediği takdirde iki yıldan on yıla kadar hapis ve yetmişbeşbin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezasına mahkûm edilir. ”

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer alan gıda maddeleri ve kamuya gerekli şeylerin yokluğuna veya darlığına sebep olmanın cürüm niteliğinde bir suç olarak benimsendiği 401.madde, mülga Türk Ceza Yasası'nın *âmmenin itimadî aleyhinde cürümler* başlıklı altıncı babında, *ticaret ve sanayie ve müzayedeye hile ve fesat karıştırmak cürümleri* başlıklı beşinci fasıl da tanımlanmıştır. Buna karşılık, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda ilgili suç, Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu başlığı altında Yasa'nın özel hükümler kitabında, topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde 240.maddede düzenlenmiştir.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer alan m.401'de düzenlenmiş suç bakımından hukuki konuyu oluşturan şeyler ayrıntılı biçimde sayılmıştır. 5237 Sayılı Yasa'da ise *belli bir mal ve hizmet* ifadesi kullanılmış ve söz konusu mal ve hizmetin kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olması aranmıştır. Hal böyle olmakla birlikte 765 sayılı TCK m.401 kapsamında sayılan tüm mallar, TCK m.240 kapsamında da değerlendirilmelidir.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası m.401'de düzenlenmiş bulunan suç bakımından hukuki konuyu oluşturan malların satımından kaçınmak suçun oluşumu için yeterli iken; 5237 Sayılı Yasa m.240 bakımından suçun oluşumu için belli bir mal ve hizmetin satımından kaçınmak tek başına suçun oluşumu için yeterli görülmemiş ayrıca fiilin kamu için acil bir ihtiyacı ortaya çıkartması aranmıştır.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası m.401'de düzenlenen suç bakımından aranan maddi unsurun hareket kısmı, erzak, madde, eşya veya malların satışından kaçınma, bunları saklama, kaçırma, satılmadığı halde satılmış gibi gösterme veya bunlardan satış fiyatları Bakanlar Kurulu, ilgili bakanlıklar veya yetkili mercilerce tespit edilenleri fazla fiyatla satma veya satışa arz etme, Bakanlar Kurulu veya ilgili bakanlıklarca çıkarılmış kararlara aykırı davranma, gerçeğe aykırı beyanda bulunma olarak gösterilmişken; 5237 Sayılı Yasa m.240'da suçun maddi unsurunun hareket kısmı, *belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınmak* olarak düzenlenmiştir⁵.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda suç kasten işlenen suçlardandır. 5237 Sayılı Yasa'da da suçun sadece kasten işlenmesi aranmıştır.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası m.401 bakımından suçun iştirak halinde işlenmesi nitelikli hal sayılmışken; 5237 Sayılı Yasa m.240'da bu nitelikte bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 5237 Sayılı Yasa'da m.220/4'de suçun örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde ayrıca örgütten de faillere ceza verilmesi öngörülmüştür⁶.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer alan suç bakımından hukuki konuyu oluşturan erzak, madde, mal veya eşyanın değerinin az olması indirim nedeni olarak düzenlenmiştir. 5237 Sayılı Yasa m.240'da ise bu nitelikte bir indirim nedeni öngörülmemiştir⁷.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda yer alan suç bakımından özel müsadere düzenlemesine yer verilmiştir. 5237 Sayılı Yasa m.240'da ise özel müsadere hükmüne yer verilmemiştir.

Her iki Yasa'da, suç karşılığında öngörülen cezalar farklıdır. 765 Sayılı Yasa'da, suçun temel şekli için iki yıldan on yıla kadar hapis ve yetmişbeşbin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezası belirlenmiştir. 5237 Sayılı Yasa'da 240.madde bakımından suçun cezası, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası olarak belirlenmiştir. Ayrıca TCK m.242'ye göre, “(1)Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.” düzenlemesi nedeniyle tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbiri uygulanması öngörülmüştür.

5 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6700.

6 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

7 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

III. MAL VE HİZMET SATIMINDAN KAÇINMA SUÇUNUN KAMUYA GEREKLİ ŞEYLERİN YOKLUĞUNA NEDEN OLMA SUÇU İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu (TCK m.238) da topluma karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiş bulunan ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin fiillerdendir. TCK m.238'de yer alan suç, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabının topluma karşı suçlara ilişkin üçüncü kısmın ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde yer almıştır (TCK m.238)⁸.

Mal ve hizmet satımından kaçınma suçu ile belli bir mal veya hizmetin satımından kaçınılması yolu ile kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olunması söz konusudur.

Her iki suç bakımından da korunan hukuki değer, ekonomi, sanayi ve ticaret hayatının dürüstlük kuralları içinde sürdürülmesinin sağlanması ve bu yolla kamu güveninin korunmasıdır⁹. Bununla birlikte TCK m.238 kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu ile *taahhüt edilen işin yerine getirilmemesi* suretiyle, kamu kurum ve kuruluşları, kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için *zorunlu eşya ve besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına* neden olma eylemini suç olarak düzenlemiştir¹⁰.

Her iki suçun maddi unsuru bakımından farklılık bulunmaktadır. TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan mal veya hizmet satımından kaçınma suçunun maddi unsuru belli bir mal veya hizmeti *satmaktan kaçınmak* ve bu yolla *kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olmaktır*¹¹. TCK m.238'de yer alan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçunun maddi unsuru ise taahhüt edilen iş yerine getirilmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden değildir.

Her iki suç bakımından öngörülen hapis cezası farklıdır. TCK m.240'da yer alan mal veya hizmet satımından kaçınma suçu bakımından fail hakkında altı aydan iki yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. TCK m.238'de yer alan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu bakımından ise belirlenen ceza bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezasıdır.

8 TCK m.238; "(1) Taahhüt ettiği işi yerine getirmeyerek, kamu kurum ve kuruluşları veya kamu hizmeti veya genel bir felaketin önlenmesi için zorunlu eşya veya besinlerin ortadan kalkmasına veya önemli ölçüde azalmasına neden olan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası verilir."

9 Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1001. Farklı görüşler için bak. Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

10 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6679 vd.; Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu II (Madde 141-345), 1684 vd.; Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 992 vd. Ayrıca bak. Madde Gereği, Centel/Zafer/Çakmut, Gereği-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, 402.

11 Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 1001.

IV. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Ekonomik suçlarla korunan hukuki değer öncelikle ekonomik düzenin işleyişi ve kurumların korunmasına ilişkin kamusal yarardır. Ancak bunun yanında kişilerin ekonomik özgürlüklerinin korunması dolayısıyla ekonomik ilişkilerdeki güven unsurunun korunması da diğer bir korunan hukuki değer olarak kabul görmektedir¹². Bu esaslardan hareketle mal ve hizmet satımından kaçınma suçuyla korunan hukuki değer, ekonomi, sanayi ve ticaret hayatının dürüstlük kuralları içinde sürdürülmesinin sağlanması ve bu yolla ekonomik özgürlüklerin ve bireylerin ekonomik ilişkilerindeki güven ilişkisinin koruma altına alınması amacıyla kamu güveninin korunması olduğu ifade edilmelidir¹³. Ayrıca acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına neden olunması nedeniyle korunan hukuki yararın Anayasa m.17 anlamında yaşama, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı olduğu da belirtilmiştir¹⁴.

V. SUÇUN FAİLİ

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçunun faili, *kamu için acil bir ihtiyacın giderilmesi amacıyla üretilen malın imali, dağıtımı, depolanması, satımı ya da kamunun acil ihtiyacının giderilmesi için bir hizmeti sunarak kazanç elde etmek amacıyla çabalayan kişi/kişilerdir*.

TCK m.240'da düzenlenmiş suç bakımından failin belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınması gereklidir. Bu nedenle suç faili bakımdan özgü suç niteliğindedir¹⁵.

VI. SUÇUN MAĞDURU

Mal ve hizmet satımından kaçınma suçunun mağduru toplumdur. Failin belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınması nedeniyle kamu/toplum için acil bir ihtiyaç ortaya çıkacağı için bu ihtiyacı giderememe tehlikesi altında kalan tüm toplum suçun mağduru konumunda olacaktır¹⁶.

VII. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçunun maddi unsurunun hareket kısmını, *belli bir mal veya hizmeti satmaktan kaçınmak* oluşturmaktadır. Bu hareket nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için ise kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması gereklidir. Kamu için acil ihtiyacın ortaya çıkması objektif cezalandırılabilme şartıdır.

12 Küçüktaşdemir, Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, 117.

13 Arslan/Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, 993; Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu II (Madde 141-345), 1684.

14 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

15 Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2, 2007, 1690; Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

16 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6701.

TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan mal veya hizmet satımından kaçınma suçunun konusunu, kaçınılması nedeniyle kamu için acil bir ihtiyaç haline dönüşen mal veya hizmetler oluşturmaktadır. Kamunun ihtiyacı olarak kabul edilen ekmek, et¹⁷, un, şeker, süt peynir, yağ vb. gıda maddeleri¹⁸ veya ısınma, aydınlatma, temizlik için gerekli eşya ve malzemeler, yakıt, kamu sağlığının korunması veya tedavi amacıyla kullanılan ilaç¹⁹, tıbbi malzeme vb. araç-gereç, mal veya hizmetler suçun konusu kapsamında kalmaktadır²⁰.

- 17 “Fazla fiatla et satmaktan ibaret olan sanığın eyleminin 2891 sayılı Yasa ile değişik TCK.nun 401.maddesindeki suçu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde... hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”; Y2CD, 6.3.1984-1703/2420, Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3332.
- 18 “Dosya içeriğine, suç tespiti tutanağına, çelişik ikrar ve tanıkların anlatımlarına göre; tele bayii olan sanık, halka dağıtılmak üzere Tekel İdaresinden ayrı ayrı tarihlerde aldığı kahveleri satışa arz etmiyerek dükkanından ayrı bir depoda saklamıştır... bir ihbarı değerlendiren kolluk kuvvetleri sanığa ait olup o zamana kadar bilinmeyen diğer bir depoda 108 çuval içinde 6369.500 kg. stok edilmiş kahveyi ele geçirmiştir. Sanığın bu miktar kahveyi biriktirerek saklamaktaki amacının kahvenin nedretini ve fiyatının artmasını sağlamak ve böylece oluşacak karaborsadan yararlanıp bunları yüksek fiatla satmak veya hiç olmazsa hükümetçe belirlenecek yeni fiat üzerinden satışa arz etmek suretiyle yasa dışı çıkar sağlamak olduğu anlaşılmaktadır... Kahvenin kamuya elzem maddelerden olup olmadığının saptanmasına gelince; 401. madde metninde kamuya elzem erzak ve eşya birer birer gösterilmemiştir, et, ekmek, odun, kömür sayıldıktan sonra (gibi) sözcüğü ile kapsamının geniş tutulmasına özen gösterilmiştir. Toplumun gereksinme duyacağı şeylerden bazılarının zamanla bu niteliğini kaybedeceği ve yaşam koşullarındaki değişiklik ve gelişen teknoloji karşısında maddede yer alan bazı şeylere de şiddetle ihtiyaç duyulacağı bir gerçektir. Bu bakımdan 401. maddenin uygulama zamanında toplum hayatındaki değişiklik ve gelişen sosyal ve ekonomik koşullar gözönünde bulundurulmak suretiyle yorumlanması gereklidir. Hernekadar mahkeme suç konusu kahveyi kamuya elzem erzak ve eşyadan saymamış ve bu nedenle sözü edilen 401. maddedeki suçun oluşmadığını kabul etmiş ise de; kahve beş asır önce Türk toplumunun yaşamına girmiş olmakla beraber kısa zamanda en fakirinden en zenginine kadar tüm ailelerin mutfağında müstesna bir yer almış, köyde ve kentte herkes tarafından aranan ve misafirleri ağırlamada daima en önde gelen bir ikram maddesi sayılmıştır. “Bir fincan kahvenin 40 yıl hatırı vardır” atasözünün yerleşmesine ve batıda “Türk kahvesi” diye bir deyim yayılmasına neden olan kahvenin çay gibi varlığından vazgeçilemeyeceği ve az miktarda alındığında ihtiva ettiği kafein nedeniyle fikri faaliyeti artırıp sindirimi kolaylaştırdığı da bir gerçektir. Bu itibarla sadece keyif verici değil, bu nitelikleri ile aynı zamanda toplumun özenle aradığı ve daima gereksinme duyduğu kahveyi kamuya elzem maddelerden saymak zorunluluğu vardır. Bu itibarla sanığın eyleminde; ... Türk Ceza Yasasının 401.maddesinde yazılı suçun oluştuğuna... direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”; YCGK, 4-31/167, V.Savaş/S.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, Ankara 1995, 3327-3328.
- 19 “Satış fiyatları Bakanlar Kurulu, ilgili Bakanlık veya yetkili mercilerce saptanan fiyattan fazla fiyatla ilaç satmak veya satışa arz etmek eylemi, 24.9.1983 tarihinde yürürlüğe giren 2891 sayılı Yasa ile değiştirilen TCK.nun 401. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, beraat kararı verilmesi, bozmayı gerektirmiştir.”; Y2CD, 31.01.1984-450/891, Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3332.
- 20 Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2, (Madde 141-345), 1690; S.Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007, 347. “...sanığım, 15 kilo filitreli sigarayı fazla fiyatla satmak üzere stok etmekten ibaret olan eyleminde, uygulanan 401.maddede yazılı suçun unsurları bulunmamaktadır. Şöyle ki: 1-Filitreli sigara, et, ekmek, odun ve kömür gibi kamuya pek gerekli erzak ve eşyadan olmayıp, aslında sağlığa zararlı keyif verici bir maddedir. Piyasada her zaman mevcut bulunan filitresiz çeşitli sigaralar kullanılmak suretiyle bu ihtiyacın giderilmesi de mümkündür... 3- Üretim, tüketimi karşılamadığından, ülkede filitreli sigara darlığı mevcuttur. Bu darlık büyük kentlerden küçük kentlere doğru gidildikçe artmakta ve yer yer yokluk halini almaktadır. Sanık yokluğu çekilen Kayaş Kasabası'na suç konusu sigaraları götürmek suretiyle bir bakıma dengeyi sağlamıştır. Böylece maddenin nedretine sebep olmadan söz edilemez. Satın alma mahalli olan Ankara'da halkın ihtiyacının karşılanması açısından da tekel mağazalarının devamlı satışları nedeniyle burada malın nedretine veya fiyatının yükselmesine sebep olduğu da ileri sürülemez. Açıklanan bu durum karşısında... eylemin 1177 sayılı Tütün ve Tütün Tekeli Kanunu içerisinde mütalâa edilmesi gerektiğinden, ...direnme hükmünün bozulmasına karar verilmelidir.”; YCGK, 20.02.1978-20/58, Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3329-3330.

TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan suçun maddi unsurunun hareket kısmını oluşturan *belli bir malı satmaktan kaçınmak*, kişide bulunan malı satışa sunmamak veya sunulsa da alıcıya vermemek olarak ifade edilebilir. Bu kapsamda satıma sunulması gereken mal/malların fail tarafından mala talip kişilerin göremeyeceği yerlerde (dükkan veya dükkan dışında) saklaması, depolaması ve bu yolla satımdan kaçırması biçiminde olabileceği gibi²¹; kişilerin gördüğü ve almak istediği bir malı daha önce başkasına satıldığı iddia edilerek kendisine satılmaması biçiminde de olabilir. Maddede satımdan kaçınmanın ne biçimde olabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır²². Dolayısıyla bu hareketin gerçekleştirilme şekli bakımından sınır getirmek mümkün değildir. Öte yandan fail malı, almak isteyene vermemek için ederinin üzerinde fahiş bir fiyat ile sunarsa bu durumunda failin kastına göre satmaktan kaçınma olarak değerlendirilmesi mümkün olabilecektir²³.

TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan suçun maddi unsurunun hareket kısmını oluşturan diğer bir durum ise *belli bir hizmeti satmaktan kaçınmaktır*. *Hizmeti satmak* kavramı, hizmeti sunmak olarak anlaşılmalıdır. Fail, hizmeti ilgililerin faydalanması için sunmaktan kaçınırsa bu durumda TCK m.240'da düzenlenmiş suçun işlenmesi söz konusu olabilecektir.

Suçun oluşması için failin mal veya hizmeti satmaktan kaçınması gerekli ve yeterlidir. Suçun tamamlanması bakımından başka bir sonucun ortaya çıkması aranmayacaktır²⁴.

21 “Dosyaya, oluşa ve mevcut delillere göre: Bayrampaşa Belediye Başkanlığına, olay günü saat 9.30 da, toptan bakkaliyecilik yapan sanığın şeker satışı yapmadığının bildirilmesi üzerine, 5 kişilik bir ekibin aynı gün saat 10'da sanığın mağazasına gittiği, Belediye iktisat sivil memurlarından S.Ş.'in müşteri sıfatıyla şeker satın almak istediği, sanığın (bir hafta sonra gel vereyim) demesi üzerine deposunda yapılan aramada 70 çuval, 75 kg.lık toz şekeri 750 koli 25 kg.lık küp şeker bulunup satmamak şartıyla yediemin olarak sanığa teslim edilmiştir. Bir yiyecek ve eşyanın üretimi, tüketimini karşılamadığı sürece darlığı mevcut olacaktır. Ancak, bu darlık yapay bir takım işlemlerle de yaratılabilir. Nitekim bu tip malların yığılması (stoku) yapıldığı sürece darlık daha çok hissedilecektir. Satışa az sunulan malların istemi artıracığına kuşku bulunmamaktadır... Sanığın eylemi sonucu, nedretin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırılmasının belli bir kuralı yoktur. Suçun işlendiği yerin veya şehrin özelliklerine göre değişebilir. Ancak, bir malın yalnız karaborsada bulunması halinin mevcudiyeti nedretin tahakkuk ettiğinin açık kanıtı sayılabilir... Malın yığılması, “var iken yok” denmesi veya satılmış gibi gösterilmesi; satmak istenilmemesinin karineleri olabilir. Amaç gerçek değerinin üstünde fiyat verilmesi halinde el altından satışı ve az olan bir malın piyasadan çekilip stok yapılarak sağlanan yokluğu nedeniyle talebin arzdan daha çok olduğunu ve böylece tüketiciler arasında malın darlığını ve bir daha zor bulunacağı hissini yayılmasını temin etmektedir. Bunun tek hedefi de o maddeyi daha yüksek fiyata satmaktır. Yığılması ve satışa sunulan (aradan) kaçınılmış mal, ona istemi (talebi) artıracak bir psikolojik ortam yaratmaya yeterli olacaktır (H.Yaşar, Eşya ve Yiyecek Maddelerinde Yığılcılık ve Vergunculuk Suçu, Adalet Bakanlığı Yayınları, s.24-25). Suç tarihinde piyasada şeker darlığı olduğu bilinen bir husustur. Esasen sanık, darlık bulunmadığı yolunda bir savunmada da bulunmamıştır. Olay günü Barampaşa Belediye Başkanlığına sanığın şeker satışı yapmadığının ihbar edilmesini, sanığın müşteri sıfatıyla kendisine başvuran görevli belediye memuruna da şeker satmak istememesini, deposunda yapılan aramada çok miktarda şeker bulunmasını gözönünde tutarak suçun oluştuğunu kabul eden yerel mahkemenin dosya içeriğine ve soruşturmaya sonuçlarına uygun düşen kanaat ve takdiri karşısında itirazın reddine karar verilmelidir.”, YCGK, 4-85/156, Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3325-3326.

22 “Bakanlar Kurulunca şeker fiyatlarında yapılan ayarlama nedeniyle verilen emir üzerine görevlilerce sanığın dükkânında yapılan tesbitte 150 kilogram toz şekeri bulunduğu halde, yoktur diyerek gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu anlaşıldığı cihetle eyleminin TCK.nun 401. ve 402. maddelerine uyduğu gözetilmeden ... hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.”, Y4CD, 14.02.1991-7671/973, Savaş/Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3330.

23 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6702-6703.

24 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6703.

TCK m.240'da yer alan suçun cezalandırılabilmesi için madde kapsamında kalan mal veya hizmet satımından kaçınılarak kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkmasına bağlıdır. Acil ihtiyaç, ülke genelinde ortaya çıkabileceği gibi belli bir bölgede de oluşabilir²⁵.

B. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Suçun oluşması, eylemin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Suçun unsuru olan hukuka aykırılığı ortadan kaldıran ve TCK m.24 ve devamında yer almış bulunan hukuka uygunluk nedenleri, tüm suçlar açısından söz konusu olan genel nitelikteki hükümlerdir. Bu nedenlerden birinin varlığı halinde, fiil suç olmaktan çıkar ve fiili işleyen cezalandırılmaz. Dolayısıyla, mal ve hizmet satımından kaçınma suçu bakımından, somut olayda, herhangi bir hukuka uygunluk nedeninin varlığını gösterecek olgularla karşılaşırsa, fail cezalandırılmaz. Çünkü, bir fiilin cezalandırılması, onun tüm hukuk düzeni ile çelişki halinde bulunmasına bağlıdır. Bu çelişki ve çatışmayı ortadan kaldıran, hukuken geçerli, yazılı veya yazılı olmayan herhangi bir nedenin varlığı, suçun oluşmasını ve fiili işleyenin cezalandırılmasını engeller²⁶.

TCK m.240'da yer alan mal veya hizmet satımından kaçınma suçu bakımından da, mal veya hizmetin satıma sunulmamasını haklı kılacak ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak bir hususun var olup olmadığı somut olayın özelliğine göre araştırılmalıdır²⁷.

C. MANEVİ UNSUR

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu kasten işlenebilen suçtur²⁸. Faildeki saikin önemi yoktur²⁹. Failin elinde satmak ve sunmak için belli bir mal veya hizmeti olduğunu bilmesi ve

25 Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2, (Madde 141-345), 1690.

26 N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2017, 290 vd.; S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997, k.no.680 vd.; J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999, 88 vd.; A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992, 145 vd.

27 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6703.

28 "28.6.1986 gün ve 2748 sayılı Valilik yazısına göre; 2.7.1985 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Merkez İlçede benzin 250.50 TL. motorin ise 174.40 TL.dir. Sanık ise; 3 rakamlı olup kuruş dışlisi bulunmayan pompalarında teknik eleman temin edip kuruş dışlisini taktırtıncaya kadar 3-4 gün benzini 251 TL.dan, motorini de 175.00 liradan satmıştır. Bu satışın sanığın fazladan ne kadar yarar sağladığı ise belirlenmiştir. Konu ile ilgili olarak Ceza Genel Kurulundan geçmiş davalarda; ... Petrol İşleri Genel Müdürlüğünün bütün illere tamim ettiği 28.8.1985 tarih 1408 sayılı genelgesinde; hali hazır bazı pompaların sayaçlarının üç rakamdan fazlasını kaydetmemesi karşısında perakende fiyatlarda meydana gelen artış nedeniyle fiyatların dörde bölünmesiyle elde edilecek rakamın en yakın tama iblağı ile pompaya kaydedilmesinin uygun bulunduğu ve Başmüdürlüklerin 1.3.1985 tarih 1666 sayılı ile İstasyonlardaki pompa sayaçlarının ayarlanmasında ofislerinin teknik elemanlarıyla mümkün olduğunda yardımcı olmaya çalışıldığının bayilere bildirildiği görülmüştür. Sanığa ait sayaçların üç rakamdan fazlasını göstermemesi, yeni fiyatlara göre ilgili teknik elemanlarca ayar yapılmasının zorunlu bulunması ve eleman yetersizliği nedeniyle ayarlanmanın birkaç gün gecikmesi karşısında genel tamimlere uygun şekilde geçici ve kısa bir süre için sanığın belirtilen şekilde ayarlama yapmasında suç işleme kastı yoktur.", YCGK, 29.02.1988-4-34/61, Savaş/Mollamahmutoglu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, 3324-3325.

29 Parlar/Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, 2 (Madde 141-345), 1685.

satmayı veya sunmayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmemesi gereklidir³⁰. Öte yandan inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması, objektif cezalandırılabilme şartı olduğundan failde belli bir malı satmadığı veya hizmeti sunmadığı zaman kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkacağını bilmesi ve istemesi aranmayacaktır³¹. Suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.

VIII. SUÇ VE CEZAYA ETKİ EDEN NEDENLER

A. SUÇU AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER (SUÇUN NİTELİKLİ HALLERİ)

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu bakımından özel bir ağırlaştırıcı neden öngörülmüş değildir.

B. SUÇU HAFİFLETEN NEDENLER

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu bakımından özel bir hafifletici neden öngörülmüş değildir. Genel hükümler arasında yer verilen ve tüm suçlar için geçerli olan hafifletici nedenler, bu suçta da geçerli olur. Örneğin, TCK m.62'de gösterilen taksiri indirim nedeni bu suç açısından gerektiğinde indirim nedeni olabilir.

IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Mal ve hizmet satımından kaçınma suçu belli bir malın satılmasından veya hizmetin sunulmasından kaçınmakla tamamlanacaktır. Ancak işlenen suç nedeniyle failin cezalandırılabilmesi için fiil sonucunda kamu için acil bir ihtiyacın ortaya çıkması gereklidir. Hal böyle olunca TCK m.240'da yer alan suç teşebbüse elverişli değildir³².

B. İÇTİMA

Mal ve hizmet satımından kaçınma suçu bakımından, suçların içtimasına yönelik genel kurallar geçerlidir (TCK m.42-44)³³.

30 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6704.

31 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6704.

32 Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), 6705.

33 Parlar/Hatipoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, II, 1685.

C. İŞTİRAK

TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan mal ve hizmet satımından kaçınma suçu faili bakımından özgü bir suç olduğu için bu niteliği taşımayan kişilerin fiile azmettiren veya yardımcı fail olarak iştirak etmeleri mümkün olabilecektir (TCK m.40).

X. YAPTIRIM

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu düzenleyen TCK m.240'a göre, faile verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır.

Madde düzenlemesinin öngördüğü yaptırım miktarı nedeniyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması veya erteleme kurumunun uygulanması söz konusu olabilecektir. Ayrıca verilecek ceza bir yıl veya bir yıldan az olacak olursa –kısa süreli hürriyeti bağlayıcı ceza söz konusu olacağından – TCK m.50 kapsamında cezanın seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi de mümkündür.

Ayrıca, mal veya hizmet satımından kaçınma suçundan dolayı mahkûm olan kişi, işlemiş bulunduğu suç kasıtlı olduğundan, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılır. Bu yoksunluklar, kişinin mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar sürer (TCK m.53/1-2)^{34 35}.

TCK m.240'da yer alan mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenirse, TCK m.242 hükmü kapsamında tüzel kişi hakkında tüzel kişilere özgü güvenlik tedbirinin uygulanması söz konusu olacaktır.

XI. ZAMANAŞIMI

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu bakımından (TCK m.240) dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e). Dava zamanaşımını kesen nedenlerin gerçekleşmesi halinde, dava zamanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *yarısı*, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin *üçte ikisinin* geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

34 Söz konusu hak yoksunlukları şunlardır: 1)Sürekli, süreli veya geçici bir kamu görevinin üstlenilmesinden; bu kapsamda, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeliğinden veya Devlet, il, belediye, köy veya bunların denetim ve gözetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlarca verilen, atamaya veya seçime tabi bütün memuriyet ve hizmetlerde istihdam edilmekten yoksun kalma, 2)seçme ve seçilme ehliyetinden, 3)velayet hakkından; vesayet veya kayımsızlığa ait bir hizmette bulunmaktan yoksun kalma, 4)vakıf, dernek, sendika, şirket, kooperatif ve siyasi parti tüzel kişiliklerinin yöneticisi veya denetçisi olmaktan yoksun kalma, 5)bir kamu kurumunun veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşunun iznine tabi bir meslek veya sanatı, kendi sorumluluğu altında serbest meslek erbabı veya tacir olarak icra etmekten yoksun kalma.

35 Seçme ve seçilme ehliyetinden yoksunluk konusundaki iptal kararı için bak.AyM, 08.10.2015-2014-140/2015-85 (RG 24.11.2015, No.29542).

XII. MUHAKEYMEYE İLİŞKİN KURALLAR

Mal veya hizmet satımından kaçınma suçu, adli makamlarca re'sen takip edilen suçlardandır. Suçun takibi, herhangi bir muhakeme şartına bağlanmamıştır.

TCK m.240'da düzenlenmiş suçu yargılamakla görevli mahkeme, 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Yasa'ya göre, asliye ceza mahkemesidir³⁶.

XIII. SONUÇ

765 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda bulunan ve 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nda da benzer şekilde yer alan kamuya gerekli şeylerin yokluğuna neden olma suçu topluma karşı işlenen suçlar arasında, ekonomi, sanayi ve ticarete ilişkin suçların düzenlendiği bölümde yer almaktadır.

Ekonominin dürüstlük kuralları içinde cereyan etmesi, toplumun ticari ilişkiler bakımından varlığını istediği güven ilişkisinin kurulmasının ve yaşatılmasının temel unsurlarındandır. Bulunması zorunlu güven ilişkisini sarsıcı, ihlal edici fiiller günümüzde ekonomik suç olarak adlandırılmakta ve cezalandırılmaktadır.

Kamunun ihtiyacını karşılamak için belli malların satılması veya hizmetlerin sunulması gereklidir. Bu satım ve sunumun toplumun ihtiyaçlarını karşılayacak biçimde zamanında ve süreklilikte gerçekleştirilmesini sağlamak Devletin görevlerindedir. Devlet tarafından bizzat veya kişiler eliyle bu ihtiyaç gerçekleştirilecektir. Ancak kişilerin bu faaliyetleri gerçekleştirmeyerek kamu için acil ihtiyaçların ortaya çıkması toplumun ekonomik hayatın düzen içinde işlemesi esasına duyduğu güveni zedeleyecektir. Bu nedenle yasa koyucu tarafından bu nitelikteki fiiller yaptırıma tabi kılınmış ve bir suç olarak düzenlenmiştir.

Hukukun her alanında olduğu gibi ekonomi hukukunda da sorumluluk sahibi olanların denetlenmesi gereği doğal olarak ortaya çıkmaktadır. Eğer gereken yapılmamışsa bu durumda da belirlenen sonuçlara katlanılacaktır.

TCK m.240'da düzenlenmiş bulunan inceleme konumuzu oluşturan suçun, toplumda yaşayan tüm bireyler ve onların Yasa tarafından öngörülmüş haklarını korumak adına önem taşıdığını ifade etmek yerinde olacaktır.

*Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku ABD.

O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), Ankara 2010, 6701 vd.; A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu II (Madde 141-345), Ankara 2007, 1001 vd.; Ç.Arslan/B.Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi,

36 26.09.2004 Gün ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun m.11 (RG 07.10.2004, No. 25606).

Ankara 2004, 992 vd. Ayrıca bak.Madde Gereğesi, N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gereğeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 402.

Ş.Cin Şensoy, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof. Dr.Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004, 829; Ö.Küçüktaşdemir, Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Ankara 2018, 50-51.

Cin Şensoy, Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri, 830-831; Küçüktaşdemir, Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, 51. Farklı tanım için bak. S.Erman,Ticarî Ceza Hukuku, I-Genel Kısım, İstanbul 1992, 4.

KAYNAKÇA

- Ç.Arslan/B.Azizağaoğlu, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 2004.
- N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Gereğeli-Karşılaştırmalı-Tablolu Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2005, 402.
- N.Centel/H.Zafer/Ö.Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2017.
- Ş.Cin Şensoy, “Ekonomik Suç Kavramı ve Ekonomik Suçların Kriminolojik Özellikleri”, Prof.Dr.Çetin Özek Armağanı, İstanbul 2004.
- S.Donay, Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- S.Dönmezer/S.Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım II, İstanbul 1997.
- S.Erman,Ticarî Ceza Hukuku, I-Genel Kısım, İstanbul 1992.
- S.Erman/Ç.Özek, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar, (TCK 316-368), İstanbul 1996.
- Ö.Küçüktaşdemir,Ekonomik Suçlar Bağlamında Türk Ticaret Kanununda Düzenlenen Suçlar ve Cezalar, Ankara 2018.
- A.Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, II-III, İstanbul 1992.
- A.Parlar/M.Hatipoğlu, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu II (Madde 141-345), Ankara 2007.
- V.Savaş/S.Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, 3, Madde 316-451, Ankara 1995.
- J.Wessels/W.Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg 1999.
- O.Yaşar/H.T.Gökcan/M.Artuç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, V (Madde 205-256), Ankara 2010.

Genel İşlem Şartları ve Teşmil ile Yürürlük Denetiminin Esasları

General Terms and Conditions and Their Valid Incorporation Into the Contract

Ahmet Hakan DAĞDELEN* 

Öz

Bu çalışmanın konusunu, bir sözleşmede yer alan kuralların ne zaman genel işlem şartları olarak görülebileceği ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bu kurallar için öngörülen denetimlerden teşmil ve yürürlük denetimleri oluşturmaktadır. Bu sorular bağlamında çalışmada ilk olarak, genel işlem şartları kavramının unsurları üzerinde durulmaktadır. Takiben, kanunda öngörülen denetim mekanizmasına değinilmektedir. Bununla beraber çalışmada, kanunda öngörülen denetim mekanizmasının tamamı değil, bu mekanizmanın belirli bir bölümü olan teşmil ve yürürlük denetimleri incelenmektedir. Esasen Türk Öğretisinde tek başlık altında incelenen bu denetimler, çalışmada birbirinden ayrılmıştır. Kanunda bu denetimleri aşamayan sözleşme kuralları için yazılmamış sayılma sonucu bağlanmıştır. Taraflar açısından bu kurallar çerçevesince bağlamazlık sonucunun hukuki sınıflandırması da yine çalışmada incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Genel işlem şartları, Genel işlem koşulları, Denetim, Teşmil, Yürürlük, Yokluk, Hükümsüzlük, Şaşırtıcı kurallar

Abstract

This paper aims at the provisions in contracts which are deemed as general terms and conditions for which the legislation provides special control in respect of their validity. There are two main questions discussed within the scope of this paper. Firstly, the distinctive structure of the general terms and conditions is examined. Secondly, the certain parts of the control mechanism provided by the Turkish Law of Obligation Nr. 6098 are analyzed, namely the incorporation of the provisions into the contract and their validity without testing reasonableness of their contents in this regard. The general terms and conditions are deemed as unwritten in the event that they fail in these parts of the control. Unwritten means that the parties shall not be bound by these failed provisions; however, the exact legal qualification of their non-binding character is not clear. The paper also tries to give an answer in this regard.

Keywords: General terms and conditions, Judicial control, Incorporation of terms, Validity, Dissent, Invalidity, Surprising clauses

* Dr. Öğretim Üyesi, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı,
E-Mail: hakandagdelen@beykent.edu.tr.

Giriş

Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun doldurduğu en büyük boşluklardan birisi genel işlem şartlarının¹ denetimine ilişkindir. Tacirler arası işlem veya tüketici işlemi gibi ayrımlar yapılmadan herkese uygulanacak² kanunun bu bağlamdaki hükümleri (TBK madde 20 – 25), sanayi toplumu ve internetin yaygınlaşması ile bireyler arası evrilerle iyice değişen, gelişen ve budaklanan mutabakata varma usullerine kanun koyucunun Türkiye'de esasen pek de çevik olmayan yanıtıdır.

Üretimin, tüketimin, nerdeyse her şeyin hızlandığı ve benzer işlemlerin çok defa tekrarlandığı bir dönemde, sözleşme yapmak üzere bir araya gelen kişilerin de daha süratli şekilde sonuca ulaşmayı amaçlamaları şaşırtıcı olmasa gerek. Bunun yanı sıra, toplumun temelini oluşturan sosyal ve ekonomik yapının değiştiği, menfaat dengelerinin bu kadar standartlaştığı, benzerliklerin arttığı bir dönemde, sözleşme yapmak üzere bir araya gelen kişilerin her seferinde kendi aralarında tekerleği baştan icat etmelerine duyulan ihtiyaç da azalmıştır. Maliyetleri kısmak ve zamandan kazanmak amacıyla otomasyonun nüfuz ettiği tek alan fabrikalar değil, aynı zamanda bireyler arasında yapılan sözleşmeler de olmuştur. Aradaki fark, fabrikada bu işler makineler elinden olurken, sözleşmeler alanında genel işlem şartları ile kotarılmaktadır³.

Sözleşmeler alanında genel işlem şartları ile gerçekleştirilen bu mekanizasyon, faydalarının, sağladığı kolaylıkların yanı sıra bünyesinde bir de dengesizlik barındırır⁴. Bu ekonomik ve bilgisel üstünlük temelli dengesizlik, sözleşmenin içeriğine müdahale etme imkânında kendisini göstermektedir. Bunun da iki ayağı vardır. Bunlardan ilki, genel işlem şartlarını koyan tarafın, karşı tarafa bunların içeriğine müdahale etme şansı tanımamasında kendini gösterebilir⁵. Diğeri ise, böyle bir müdahale şansının teoride varlığına rağmen, bu müdahalede bulunmak

- 1 Bu çalışmanın konusu oluşturan kurallara, genel işlem şartları/koşulları ismi verilse de, kanımca bu ibareler, diğer bir Borçlar Hukuku müessesesi "*şart*"ı da akla getirebildiğinden, bu kavram karmaşasından kurtulabilmek için, **genel işlem kuralları** ibaresi kullanılabilir.
- 2 **Yeşim Atamer**, "Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca genel işlem koşullarının denetlenmesi", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, BTHAE, 2012, s. 10; **Ayşe Havutçu**, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi", İzmir Barosu Dergisi, C. 76, Sy. 2, 2011, s. 31; **Murat Aydoğdu**, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sy. 2, 2011, s. 3; **Erden Kuntalp**, "Bankalar ve genel işlem koşulları", Türk Hukuku'nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, Batider, 2011, s. 91, 92. Tacirler arasında işlemler açısından detaylı açıklamalar için: **Yeşim Atamer**, "Genel işlem koşulu mu bireysel pazarlıkla kurulan sözleşme mi?", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, ed. **Çiğdem Kırcı**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 103 dipnot 2, s. 120 vd. Aksi yönde: **Gökhan Antalya**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Legal, 2016, s. 406, 409 vd.
- 3 Benzer bir benzetmede: **Yeşim Atamer**, Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi, 2. b., 2001, Beta, 2001, s. 72.
- 4 **Helmut Koziol/Rudolf Welser/Andreas Kletečka**, Bürgerliches Recht Band: I, 14. b., Wien, Manz, 2014, N. 427; **Michael Coester**, "Allgemeine Geschäftsbedingungen", Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Eckpfeiler des Zivilrechts, ed. **J. von Staudinger**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2008, s. 161; **Wolfgang Kolmasch**, "§ 864a ABGB", ABGB Taschenkommentar, ed. **Michael Schwimann**, 2. b., Wien, Lexisnexis, 2013, N. 1.
- 5 **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 116, 123; **Koziol/Welser/Kletečka**, N. 427; **Coester**, s. 161; **Kolmasch**, N. 1; **Ece Baş**, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulu kavramı ve içerik denetimi", Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 279.

için gereken bilgi birikiminin/uzmanlığın pratikte makul bir surette yararlanılabilir vaziyette bulunmamasında kendini gösterir⁶. İşte bu iki ayaklı dengesizlik sebebiyle, bir tarafta ekonomik güç diğer tarafta bilgiye ulaşmadaki maliyet asimetrisi, genel işlem şartları için hususi bir denetim öngörülmektedir⁷. Denetime ilişkin açıklamalara geçmeden evvel, bu mekanizasyonu sağlayan genel işlem şartları kavramı üzerinde durmak gerekir ki ne zaman bir denetim ihtiyacının söz konusu olduğu doğru belirlenebilsin.

I. Genel işlem şartları

Sözleşmede yer alan kuralların ne zaman genel işlem şartları olarak addedileceği bahsi ile TBK madde 20 ilgilenebilir. Bu bakımdan, genel işlem şartlarının varlığı açısından kabaca üç unsurun beraberce bulunması yeterli görülebilir, bunlar: Sözleşmede yer alan kuralların sadece tek tarafça koyulması, taraflar arasında sözleşme kuralları üzerinde etraflıca bir müzakerenin gerçekleşmemiş olması ve son olarak bu sözleşme kurallarının birden fazla sözleşmede kullanıma potansiyeli ile hazırlanmış olmasıdır⁸. Bu üç unsur, genel işlem şartlarını yeterince tarif etmektedir.

Genel işlem şartları ile sıklıkla sözleşmeler alanında karşılaşılsa da, bunlarla tek taraflı hukuki işlemler alanında karşılaşılabilmektedir, yeter ki işlem bu kuralları hazırlayan/koyan tarafından yapılmasın, örneğin temsil yetkisinin verilmesi, bir konuda rıza verilmesi, bir malın teslim alınması gibi⁹. TBK'da, sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, bu tip genel işlem şartlarına kıyasen uygulanabilmelidir¹⁰.

Bir önceki paragrafta değinilen bu üç unsurun beraberce varlığı tek başına, genel işlem şartlarının varlığı için yeterlidir. Diğer bir ifade ile sözleşme kurallarının, genel işlem şartları olarak vasıflandırmasına yeter. Bu unsurlar dışında, başka noktaların varlığına bu vasıflandırma aşamasında bakılmaz, örneğin bu şartlar üzerindeki mutabakatın yazılı mı sözlü mü olduğu, bunların nasıl hazırlandığı, uzunluğu-kısalığı, kapsamı veya şekli, örneğin kâğıda basılı bir

6 **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 116, 121, 122; **Koziol/Welser/Kletečka**, N. 427; **Coester**, s. 161; **Kolmasch**, N. 1; **Baş**, s. 279; **Jürgen Basedow**, “vor § 305 BGB”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Wolfgang Krüger**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019, N. 6, 7.

7 Bu denetimin, uygulamada neredeyse hep bu kuralları koyan tarafın çıkarına düzenlenmesi sebebiyle gerçekleştiği yönünde: **Peter Bydlinski**, Bürgerliches Recht Band I Allgemeiner Teil, ed. **Peter Apathy**, 6. b., Wien, Verlag Österreich, 2013, N. 6/23. Benzer şekilde: **Mustafa Tiftik/Zeynep Özcan**, “Türk Borçlar Kanunu’na göre standard sözleşmelerde içerik denetimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, Sy. 1, 2015, s. 33 vd.

8 Genel işlem şartlarının bu şekilde unsurlarına ayrıldığı bir eser için: **Christiane Wendehorst/Brigitta Zöchling-Jud**, Privatrecht Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden Teil II, 6. b., Wien, Manz, 2016, s. 28.

9 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 13; **Atamer**, GİŞ – kitap, s. 64; **Klaus Peter Berger**, “§ 305 BGB”, BGB Kommentar, ed. **Hans Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich**, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, N. 3; **Helmut Heinrichs**, “§ 305 BGB”, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, ed. **Otto Palandt**, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, N. 6; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 8, 9; **Baş**, s. 284; **Jürgen Basedow**, “§ 305 BGB”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Wolfgang Krüger**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019, N. 10, 11.

10 Kıyasen, doğrudan uygulama ayrımı üzerinde durmadan: **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 13; **Atamer**, GİŞ – kitap, s. 64; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 3; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 6; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 8, 9; **Baş**, s. 284; **Basedow**, § 305 BGB, N. 10. Farklı bir ifadede: **Antalya**, s. 405.

metin, duvarda asılı levha, elektronik sarf malzemesi içinde yer alan veya ezberden okunan bir metin veya telefonda bir bant kaydı gibi¹¹. Keza sözleşmenin bir kısmında yer alan karşılıklı çetin müzakereler sonucu varılmış sair kuralların varlığı, geri kalan sözleşme kurallarının genel işlem şartları olarak görülmesini engellemez, diğer bir ifade ile sözleşmenin tamamının yukarıdaki üç unsuru barındıran kurallardan ibaret olması gerekli değildir¹². Şimdi bu üç unsurdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmakta fayda vardır.

A. Tek tarafça koyulma

Bir sözleşmede yer alan kuralların, genel işlem şartları şemsiyesi altında görülmesi için aranan unsurlardan biri, bu sözleşme kurallarının tek yanlı olarak koyulup (*einseitig gestellt*), karşı tarafa sunulmasıdır. Sözleşme taraflarından birinin güç veyahut bilgi asimetrisine dayanan bir dayatmada bulunması söz konusu olmalıdır. Bu tarafı ifade etmek üzere, *düzenleyen* kavramından şikâyet edilip genellikle genel işlem şartları *kullanan* kavramı kullanılsa da¹³, sözleşme akdedildiğinde bu şartları her iki taraf da kullanmış olduğundan, bu kavramın yerindeligi de kanımca tartışmaya açıktır. Sözleşme kurulduğunda her iki taraf da iradesini, genel işlem şartları kalıbında, bunu kullanarak açıklamaktadır. Bu sebepten, düzenleyen veya kullanan yerine, sözleşme kurallarını koyan taraf demek daha doğru olur.

Önüne genel işlem şartları pelerini altında olası bir sözleşmenin kuralları koyulan tarafın, bu kuralların içeriğine bir müdahalesi yoktur. Bununla beraber, genel işlem şartlarının, bu şartları karşı tarafın önüne koyan tarafça hazırlanmış, düzenlenmiş diğer bir ifade ile kaleme alınmış olması şart değildir¹⁴. Başkalarının hazırladığı metinlerden, örneğin diğer derneklerce, meslek örgütlerince veya şirketlerce hazırlanmış olabilir, yararlanmak, bu unsurun bir olayda gerçekleşmiş olmasına engel değildir¹⁵. Keza karşı tarafın önüne tek yanlı olarak koyulan bir metin üzerinde, karşı tarafın ekleme veya değişiklik taleplerini göstermesini başka bir şey yapmadan sadece beklemenin de tek başına bu unsurun varlığını ortadan kaldırmayacağı belirtilmektedir¹⁶.

Bu bağlamda, bir kamusal makam tarafından onaylanmış veya hazırlanmış sözleşme kurallarının başkaları tarafından kullanılmaları, karşı tarafa müdahale imkânı verilmeden sunulmaları durumunda da bu unsurun mevcut olduğu belirtilmekte, örnek olarak Hazine

11 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 12, 19; **Atamer**, GİŞ – kitap, s. 61, 72, 73; **Coester**, s. 167; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 5; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 8; **İlhan Ulsan**, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel işlem şartlarına ilişkin yeniliklerle ilgili bazı düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1224; **Basedow**, § 305 BGB, N. 13.

12 **Coester**, s. 167; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 23. Bu yönde açık bir düzenleme: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun maddede 5 fıkra 3 cümle 3. Bu hususta bir tartışma olduğu ifadesinde: **Koziol/Welser/Kletečka**, N. 427.

13 Bu konuda: **Ebru Ceylan**, “Genel işlem şartları”, Prof. Dr. İsmet Sungurbeye Armağan – Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul, İstanbul Barosu, 2014, s. 174; **Antalya**, s. 415; **Yeşim Atamer**, “Genel işlem şartlarının denetiminde yeni açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin, 2004, s. 324.

14 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 15; **Havutçu**, s. 33; **Basedow**, § 305 BGB, N. 14.

15 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 15; **Havutçu**, s. 33; **Basedow**, § 305 BGB, N. 14.

16 **Basedow**, § 305 BGB, N. 21; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 10.

Müşteriliğin düzenlenmesi sigorta genel koşulları ve bütün sigorta şirketlerinin bunları kullanmak zorunda olmasının bu kuralların denetimini engellemeyeceği verilmektedir¹⁷. Kanımca, Kamu Kurumlarının hazırlanıp, uygulanması zorunlu kılınan sözleşme kurallarının, örneğin sigortacı ve sözleşmenin diğer tarafı arasında GİŞ denetimine tabi tutulması yerinde değildir, zira burada genel işlem şartlarının tek tarafça koyulması şartı yerine gelmemektedir¹⁸. Genel işlem şartlarının denetlenmesine vesile olan taraflar arasındaki dengesizliğin bu zorunlu kayıtlar açısından varlığı şüphelidir. Buna karşın, zorunlu olan sözleşme kurallarından ayrı noktalar için, idari makamların bu hükümler için onayı veya tavsiyesi söz konusu olsa bile¹⁹, GİŞ denetimi mümkün olmalıdır. Aynı durum kamusal makamlarca hazırlanan ama kullanımı takdirli olan kurallar için de geçerli olmalıdır.

Sözleşme kurallarının tek tarafça koyulması durumu, başkaları tarafından önceden hazırlanmış ve genel işlem şartları olarak kullanılan metinlerin, sözleşmenin taraflarınca beraberce kabul edilmesi durumunda yoktur²⁰. Keza tarafsız hareket eden bir noter, simsar veya avukatın hazırlandığı, sıklıkla kullandığı bir metnin, matbu sözleşmenin üzerinde tarafların anlaşması durumunda da, yine bu unsur gerçekleşmiş sayılmayacağından TBK'daki denetim işlemez²¹. Kanımca internet üzerindeki platformlarda bir araya gelen, o platformu işleten kişiden başka taraflar arasında akdedilen sözleşmelerde yer alan, o platformu işleten kişinin mevcut tuttuğu sözleşme kurallarının, o platform üzerinden bir araya gelen sözleşme tarafları arasında GİŞ denetimi söz konusu olmaz. Örneğin internet sitesi A üzerinde sanal mağaza açmış satıcı B alıcı C ile anlaşır. B ile C arasındaki yapılacak satım sözleşmesinin kuralları ise platform sahibi A tarafından dayatılır. Bu durumda kanımca B ile C arasındaki ilişkide, ne B ne de C, TBK'da öngörülen GİŞ denetiminden yararlanabilir. Nitekim bu durumda, o platformu kullanan sözleşme taraflarının, platform sahibi tarafından önceden hazırlanan sözleşme kurallarını beraberce kabul ettiği söylenebilir. Bununla beraber, bu sanal mağazalarda yer verilen ürünlere ilişkin ve platformun işleticisinin dayattığı sözleşme kurallarından ayrı açıklamalar, örneğin ürüne ilişkin açıklamalar altında yapılanlar, diğer şartların da varlığı halinde pek doğal olarak GİŞ denetimine tabi olabilir²².

17 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 15; **Atamer**, GİŞ – kitap, s. 63. Aynı örneği içermeyen bu durumlarda da genel işlem şartlarının söz konusu olabileceğine ilişkin: **Koziol/Welser/Kletečka**, N. 430. Taraf iradelerine dayanmayan sözleşme kuralları açısından da GİŞ denetiminin söz konusu olacağı yönünde: **Baş**, s. 282, 283.

18 Kamu kurumlarının veya özel teşebbüslerin kullanacağı kuralların yasal mevzuat ile düzenlemeleri durumunda, genel işlem şartlarının söz konusu olmayacağı yönünde: **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 2; **Atamer**, GİŞ – kitap, s. 62, 63; **Ahmet Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. b., Turhan Kitabevi, 2017, s. 165; **Özgür Karadağ**, Türk Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, 2. b., Ankara, Adalet, 2015, s. 39. Bunların denetime tabi olmayacağı yönünde: **Antalya**, s. 413; **Basedow**, § 305 BGB, N. 5.

19 İdari makamlardan alınan onayın denetimi engellemeyeceği yönünde: **Kolmasch**, N. 1; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 2; **Antalya**, s. 413.

20 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 18; **Basedow**, § 305 BGB, N. 21, 27; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 7; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 13. BGH 17.2.2010, NJW 2010, 1131.

21 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 18; **Basedow**, § 305 BGB, N. 22; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 8; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 11; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 16.

22 Bu örnek üzerinde düşündürten bir karar için: BGH 15.02.2017 – VII ZR 59/16, NJW 2017, 1160. Bu açıklamalar ile tam örtüşmemekle beraber, benzer konuda: **Basedow**, § 305 BGB, N. 22.

B. Etraflıca müzakere edilememe

Genel işlem şartlarının ikinci unsuru, sözleşme taraflarından biri tarafından koyulan olası bir sözleşmenin kurallarının, karşı tarafça etraflıca müzakere edilemeden kabul edilmiş olmasıdır. Burada, taraflar arasında akdedilecek sözleşmenin kuralları üzerinde, basit bir pazarlığı aşan etraflıca bir müzakerenin gerçekleşme imkânının bulunup bulunmadığına bakılır²³. Bununla beraber, aranan böyle bir imkânın mevcudiyetidir, yoksa tek tarafça koyulan sözleşme kurallarının değiştirilmesi şart koşulmaz²⁴.

Bu unsurun varlığına, diğer unsurlarda da olduğu gibi, sözleşme bütününde tek parça olarak değil de, her bir sözleşme kuralında teker teker bakılır²⁵. Sözleşme kurallarını koyan taraf, bunların içeriğinin değiştirilmeye müsait olduğunu ciddi bir biçimde ortaya koymalı, karşı tarafın da bu sözleşme kurallarının içeriğini şekillendirebilme özgürlüğü olmalıdır²⁶. Bu özgürlüğün teorik olarak var olması yetmez, fiilen var olmalı, yani bu özgürlüğe anlam kazandıran bilgi birikimi karşı tarafça kullanılabilir olmalıdır²⁷. Diğer bir ifade ile sözleşme kurallarını koyan tarafın, karşı tarafa dilerseniz değişiklik yapabilirsiniz demesi, tek başına yeterli değildir²⁸. Keza, sözleşme kurallarını koyan tarafın, bu kurallara ve bunların içeriğine ilişkin yalın açıklamaları yeterli olmamaktadır²⁹.

Etraflıca müzakerenin gerçekleşmemiş sayıldığı birkaç örnek vermek gerekirse: Sözleşme kurallarını koyan tarafın, karşı tarafa çoktan seçmeli sözleşme kuralları sunmasında³⁰; simsarin her hâlükârda ücret almaya hak kazanacağı ama bu ücretin miktarının taraflarca belirleneceği durumda³¹; karşı tarafa metni vererek, kabul edilmeyen sözleşme koşullarının üzerinin çizilmesi istendiğinde³² kendiliğinden bu unsur ortadan kalkmaz.

Tek tarafça koyulan sözleşme kuralları üzerinde etraflıca bir müzakerenin gerçekleştiğini ve bu sayede bu kuralların genel işlem şartı niteliği taşımadığını ispat yükü, bu kuralları koyan tarafa

23 **Basedow**, § 305 BGB, N. 35; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 12.

24 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 26; **Coester**, s. 168; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 13; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 22; **Basedow**, § 305 BGB, N. 39. Tacirler arasında işlemler açısından: **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 134.

25 **Basedow**, § 305 BGB, N. 35; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 12. Bu durumun yerinde olmadığı ve bütün bir sözleşmenin göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde: **Basedow**, § 305 BGB, N. 47. Önceden hazırlanmış bir sözleşmenin bir bölümünde yapılan değişikliklerin, yapılacak genel işlem şartları nitelendirmesine etkisi konusunda başka yerlere yapılan atıflarla tartışma olduğu ifadesinde: **Koziol/Welser/Kletečka**, N. 427. Benzer şekilde: **Basedow**, § 305 BGB, N. 41.

26 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 21; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 20, 21.

27 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 22.

28 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 23; **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 128.

29 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 22; **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 128; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 12; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 19; **Basedow**, § 305 BGB, N. 40.

30 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 23; **Basedow**, § 305 BGB, N. 35; **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 129; **Coester**, s. 168; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 12. Farklı yönde ve ifadede: **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 13.

31 **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 21.

32 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 22, 23.

yüklenmektedir³³. Bununla beraber, TBK madde 20 fıkra 3'te ifade edildiği üzere, bu yöndeki sözleşme kurallarının tek başına hiçbir anlamı yoktur.

C. Birden fazla sözleşmede kullanılma potansiyeli ile hazırlanma

Tek tarafça koyulan ve üzerinde etraflıca müzakere gerçekleşmeyen sözleşme kurallarının genel işlem şartı olarak nitelendirilmesi ve bu sayede genel işlem şartları denetimine girebilmesi için gerekli son unsur, bunların birden fazla sözleşmede kullanılma potansiyeli ile hazırlanmış olmasıdır³⁴. Bu kuralları birden fazla sözleşmede kullanmayı amaçlayan kişi, hazırladığı kurallara bu potansiyeli yükler³⁵. Taraflar arasındaki bilgi asimetrisinin en net hissedildiği unsur da işte tam da bu unsurdur ve bu unsurun temelinde bu asimetri yatar. Zira bu sözleşme kurallarını birden fazla yerde kullanmak üzere hazırlayan kişiye, bu kurallarda kendi menfaatini gerçekleştirmek için gerekli bilgi ve uzmanlığa erişim, bu işin maliyeti birden fazla işleme bölündüğü için kolay ve anlamlıyken, bu sözleşme kuralları ile bir defa karşılaşılıp, kabul eden tarafın kendi menfaatlerini gerçekleştirmesi için gerekli bilgi ve uzmanlığa erişim daha zordur, anlamı da daha azdır³⁶. Sözleşme kurallarına müdahale, bu kurallar önüne koyulan taraf için aynen şöyledir: İşin astarı yüzünden pahalıdır.

Bu unsur altına önemli olan, kullanılan sözleşme kurallarının birden fazla sözleşmede kullanılma potansiyeli ile hazırlanmasıdır, bu potansiyel mevcut olduktan sonra bu kuralların ilk defa kullanılacağı bir sözleşmede dahi bu unsur gerçekleşmiş olur³⁷. Bununla beraber ileriki sözleşmelerde kullanılan kuralların, ilk hazırlanan kurallar ile benzer olması gerektiği halde, TBK madde 20 fıkra 2'de ifade edildiği gibi bunların tıpatıp aynı olması şart koşulmaz³⁸. Ek olarak sözleşme kurallarını hazırlayan, bu kurallara bu potansiyeli bizzat yükleyen kişi ile bu kuralları karşı tarafın önüne koyan, bunları kullanan kişinin de aynı kişi olması beklenmez³⁹. GİŞ denetimi ile getirilen korumanın muhatabı, önüne bu sözleşme kuralları koyulan taraf olduğu için, bu durumda da bu kişinin korunma ihtiyacı ortadan kalkmamaktadır.

Kanımcı genel işlem şartlarının varlığı için gerekli olan bahsi önce geçen iki unsurun varlığı halinde, bu son unsur çok yoğun bir şekilde gerçekleşmese de, bu unsurun altında yatan koruma ihtiyacının mevcudiyeti durumunda, önüne sözleşme kuralları koyulan tarafı genel işlem şartlarının denetlenmesi yolu ile korumak mümkün olmalıdır. Bu unsuru gerçekleşmiş saymak

33 **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 127, 133; **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 24; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 16 (son cümle); **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 24; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 10; **Basedow**, § 305 BGB, N. 49.

34 Denetim için bu unsurun varlığının aranmasının isabetli olmadığı yönünde: **Kılçoğlu**, s. 165.

35 Burada eşğin üç sözleşme olduğu yönünde: **Basedow**, § 305 BGB, N. 18; **Coester**, s. 168; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 6; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 9.

36 **Atamer**, GİK – Sempozyum/TBK-TTK, s. 117, 118.

37 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 16; **Coester**, s. 168; **Basedow**, § 305 BGB, N. 18; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 6; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 9.

38 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 17; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 5.

39 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 17; **Basedow**, § 305 BGB, N. 19; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 6.

için gerekli eşiği çok yüksek tutmamak yerinde olur. Örneğin kendi evinde tadilat yaptıracak bir avukatın, yoğun hukuk bilgisi yardımı ile bir sözleşme hazırlayıp bunu tadilatı yapacak ustaya veya şirkete⁴⁰ imzalatması durumunda, bu unsurun gerçekleşmiş olduğu yine kabul edilebilir. Bu durumda avukatın hazırladığı sözleşmenin birden fazla işlemde kullanılma potansiyeli olmasa bile, taraflar arasında bu unsurun altında yatan bilgi asimetrisi mevcuttur. Bu sayede bilginin güç olduğu yerde, bilgisiz olan taraf korunabilecektir. Aslında buna benzer şekilde, ancak sadece tüketici işlemleri için, TKHK'da haksız şart denetiminde, sözleşme kurallarının birden fazla sözleşmede kullanılma potansiyeli taşıyıp taşımadığına hiç bakılmamaktadır.

II. Kanundaki denetim mekanizması

TBK'da öngörülen denetim mekanizmasını farklı aşamalara ayırmak mümkündür. Bunlardan ilki, teşmil denetiminde (*Einbeziehungskontrolle*) sözleşmenin tarafları arasındaki irade uyuşmasının genel işlem şartlarına teşmil edip etmediği, genel işlem şartlarının bu irade uyuşmasının kapsamında görülüp görülmeyeceği sorusu cevaplanır. Şayet tarafların uyuşan iradelerinin kapsamına genel işlem şartlarının girdiği anlaşılıyorsa, bu sefer genel işlem şartlarının yürürlük/ geçerlilik denetimi (*Geltungskontrolle*) söz konusu olmaktadır. Türk öğretisinde⁴¹ genellikle, burada teşmil denetimi olarak isimlendirilen denetim, yürürlük denetimi altında, buna has ayrı bir başlık açılmadan anlatılsa da, kanımca⁴² bu denetimin içeriğinin arz ettiği farklılık ve denetime bağlanan sonucun farklı görülebilmesi sebebiyle, keza yine bu denetimin daha kolay anlaşılabilmesi açısından burada ayrı bir başlık atmak, yerinde olur⁴³. Belirtmek gerekir ki, TBK'da da bu iki denetim aynı maddede yer almaktadır: TBK madde 21. Yine bu iki denetimden birini aşamayan genel işlem şartlarının sözleşmenin kalanına etkisi de yine aynı madde altındadır:

40 Konu ile doğrudan alakalı olmamakla birlikte, genelde şirket denilince insanların aklına hep devasa holdingler, her konunun uzmanı kişiler gelse de, istatistiklere bakıldığında aslında gerçek bu şekilde değildir. Tüketicie verilen korumanın benzerini hak eden, pek çok ufak şirket bulunmaktadır.

41 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 11, 26 vd; **Atamer**, Açılımlar, s. 292; **Lâle Sirmen**, “Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetlenmesi”, Türk Hukuku'nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, Batider, 2011, s. 113; **Ceylan**, s. 177 vd; **Havutçu**, s. 37 vd; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 19 vd; **Mehmet Akçaal**, “Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sy. 1, 2014, s. 55 vd; **Melek Bilgin Yüce**, “Edimi belirleme yetkisinin mevcut genel işlem koşulları teorisi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Sy. Özel, 2013, s. 3214 vd; **Halûk Nomer**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. b., İstanbul, Beta, 2018, s. 80; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. b., Ankara, Yetkin, 2018, s. 221, 222; **Karadağ**, s. 49 vd; **Murat Topuz**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde genel işlem koşullarında kapsam (yürürlük) denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1138; **Gül Doğan**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde genel işlem koşulları”, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 461. Yazılmamış sayılma başlığı altında: **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, 16. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 164 vd.

42 Aksi yönde: **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 19 dipnot 63.

43 Benzer şekilde, yürürlük denetiminden ayrı incelendiği yerler: **Bydlinski**, N. 6/24 vd; **Bernhard Berger**, Allgemeines Schuldrecht, 2. b., Bern, Stämpfli Verlag, 2012, N. 950 vd; **Muzaffer Şeker**, Yazılmamış sayılma, İstanbul, On İki Levha, 2015, s. 45, 46. Yine bunların farklı denetimler olduğu çıkarımında bulunmak üzere: **Kozioł/Welser/Kletečka**, N. 431, 432; **Kolmasch**, N. 3. Bu makalede teşmil ve yürürlük denetimine altlanan hususlarda tam örtüşmemekle beraber, benzer bir ayırım için: **Antalya**, s. 418 vd; **Doğa Ekrem Doğançacı**, Genel işlem koşullarında saydamlık denetimi, İstanbul, On İki Levha, 2018, s. 97 vd.

TBK madde 22. Bu çalışma, teşmil (TBK madde 21 fıkra 1) ve yürürlük denetimine (TBK madde 21 fıkra 2) ilişkin olduğundan, genel işlem şartları için öngörülen sair denetim aşamalarına girilmeyecektir.

III. Teşmil denetimi

Teşmil denetimine, TBK madde 21 fıkra 1 değinmektedir. Maalesef burada, teşmil denetimi ile yürürlük denetiminin esasları birbirine karışmıştır⁴⁴. Diğer bir ifade ile birinci ve ikinci fıkranın esasları. İlgili düzenlemenin hemen başında „*karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları*“nın düzenlemede belirtilen şartlar gerçekleştiğinde, yazılmamış sayılacağı ifade edilmektedir. Teşmil denetimi, bir tarafın koyduğu kuralların, sözleşmeye dâhil olup olmadığı ile ilgilidir, yoksa bunların kimin lehine/aleyhine olduğu ile ilgilenmez⁴⁵. Diğer bir ifade ile taraflar arasında bir irade uyuşması var mı yok mu, varsa ne kapsamda, bu nereye kadar teşmil etmektedir, asıl soru budur. Genel işlem şartlarının kimin menfaatine olduğu, bir sonraki başlıkta incelenecek yürürlük denetimi ve bu çalışmada incelenmeyecek diğer denetim aşamaları açısından önem taşır. Bunun da sebebi bu denetimler ile getirilen korumadan, bu kuralları koyan kişinin karşı tarafının yararlanacak olmasıdır.

A. İrade uyuşmasının teşmili

Taraflardan birinin hazırlayıp, diğer tarafın önüne koyduğu sözleşme kuralları üzerinde irade uyuşması açık veya örtülü⁴⁶ gerçekleşebilir⁴⁷. TBK madde 21 fıkra 1, burada iki şartın varlığını aramıştır, bunlar: Karşı tarafı, genel işlem şartları kullanıldığı hususunda haberdar etme ve karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme imkânı tanıma. Genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olabilmesi için bu iki unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanımca ama karşı tarafı genel işlem şartları kullanıldığı hususunda haberdar etmeye her durumda gerek olmayabilir. Eğer karşı tarafça sözleşmenin genel işlem şartları ile kurulduğu biliniyorsa veya bilinmesi gerekiyorsa, örneğin belirli iş kollarında yapılan belirli sözleşmelerde⁴⁸, diğer bir ifade ile karşı taraftan bu beklenebiliyorsa ayrıca tekrar haberdar etmeye gerek yoktur⁴⁹. Bu durumun örneğin bankalar, sigorta şirketleri, nakliye firmaları ile yapılan kimi sözleşmelerde mevcut olabileceği kabul

44 Burada içerik denetimi ile yürürlük denetiminin birbirine karıştığı yönünde ve benzer eleştirilerde: **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 27; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 21; **Adem Yelmen**, Türk Borçlar Kanunu'na göre genel işlem şartları, Ankara, Yetkin, 2014, s. 82.

45 **Şeker**, s. 37, 38.

46 Aksi yönde: **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 25.

47 **Kozioł/Welser/Kletečka**, N. 431; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 31; **Kolmasch**, N. 3; **Ceylan**, s. 178; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 52; **Antalya**, s. 423; **Sirmen**, s. 115; **Doğan**, s. 463.

48 **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 43. Tacirler arası işlemler açısından: **Kolmasch**, N. 3; **Bydlinski**, N. 6/24. Aksi yönde: **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 25, 50.

49 Güven nazariyesi çerçevesince yapılacak bir yorum sonucunda, sözleşme kurallarını koyan tarafın, karşı tarafın irade beyanını bu şekilde anlamaya hakkı varsa, bu kuralların sözleşmeye dâhil olduğu yönünde: **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 26 vd. Problemin bir yorum meselesi olduğu yönünde: **Bydlinski**, N. 6/24.

edilebilir⁵⁰. Ancak dikkat etmek gerekir ki, bu durumlarda karşı tarafa kullanılan genel işlem şartlarının içeriğini öğrenme imkânı her halükârda tanınmış olmalıdır⁵¹. Karşı tarafa tanınan bu imkândan yararlanmak için olağanı aşan bir özen gösterimi gerekmemelidir⁵². Takdir edilir ki, bu haberdar etmenin ve karşı tarafa bu imkânın verilmesinin, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, sözleşme kurulduktan sonra, karşı tarafa verilen biletin, faturanın veya teslimat belgesinin arkasında yer alan kurallar, genel işlem şartı olarak, sözleşmeye dâhil olmaz⁵³.

B. Yaptırım

Teşmil denetimini aşamayan genel işlem şartları açısından, TBK madde 21 bunların yazılmamış sayılacağını söylemektedir. Yazılmamış sayılmaya tam olarak nasıl bir sonuç bağlanacağı kanun metninden anlaşılamamaktadır. Öğretide, „yazılmamış sayılma“ ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmaktadır, bir görüş yokluk⁵⁴ anlamı çıkarırken, diğer bir görüş hükümsüzlük⁵⁵ sonucu çıkarmaktadır. Kanımca yazılmamış sayılma ibaresi TBK'nın genel işlem şartlarına ilişkin bölümünde bir hukuki vasıflandırma olarak görülmemelidir, bu hukuki bir terim değildir⁵⁶. Teşmil denetimi ve yürürlük denetiminin geçemeyen genel işlem şartlarına kanun koyucu yazılmamış sayılmayı bağlasa da, burada söylenen, bu kuralların taraflar arasında fiilen bağlayıcılığı olmayacağıdır ve bu olmayan bağlayıcılığın hukuki sınıflandırması her iki denetim açısından birbirinden farklıdır⁵⁷.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, yazılmamış sayılmanın hukuki bir terim olmadığı, genel işlem şartlarının yazılı olarak kararlaştırılması gibi bir mecburiyetin olmamasında kendi gösterir. Türk Medeni Hukuku'nda esas olan, şekil serbestisidir. Kanunda aksi öngörülmediği müddetçe, taraflar bir sözleşmeyi şekle bağlı olmadan akdedebilir. Geçerli olmak için, üzerinde tarafların

50 Bankalar ve sigorta şirketleri ile yapılan sözleşmeler açısından aksi yönde: **Kolmasch**, N. 3.

51 Benzer şekilde değerlendirilebilecek açıklamalar için: **Bydlinski**, N. 6/24.

52 **Kozioł/Welser/Kletečka**, N. 431; **Basedow**, § 305 BGB, N. 78.

53 **Kozioł/Welser/Kletečka**, N. 433; **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 29; **Coester**, s. 169; **K.P. Berger**, § 305 BGB, N. 24; **Havutçu**, s. 40; **Heinrichs**, § 305 BGB, N. 43; **Basedow**, § 305 BGB, N. 85.

54 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 30 vd; **Atamer**, Açılımlar, s. 325; **Havutçu**, s. 38; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 27; **Akçaal**, s. 58; **Yüce**, s. 3214; **Esra Kaşak**, “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sy. 1, 2012, s. 426; **Nomer**, s. 80; **Eren**, s. 221; **Kılıçoğlu**, s. 168; **Tiftik/Özcan**, s. 36; **Şeker**, s. 238, 239; **Sirmen**, s. 115; **Topuz**, s. 1165. Kurucu olgu eksikliğine dayanmayan atipik bir yokluk olduğu yönünde: **Rona Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 7. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 386. Burada hükümsüzlüğün de düşünülebileceği ama yokluk kabulünün daha doğru olacağı yönünde: **Oğuzman/Öz**, s. 164, 165. Bu ifadenin hükümsüzlük anlamına gelmesinin doğru olacağı ama hükmün amacı ve düzenleniş biçimi doğrultusunda yokluk olarak anlaşılması gerektiği yönünde: **Kemal Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, 24. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, N. 747.

55 **Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s. 66; **Ulusan**, s. 1224; **Doğan**, s. 466. Kendine özgü, ayrı bir hükümsüzlük hali olduğu ifadesinde: **Ceylan**, s. 178; **Antalya**, s. 429; **Doğancı**, s. 209 vd. Hükümsüzlük ve yokluk altına görülemeyen bir yaptırım olduğu yönünde: **Yelmen**, s. 94 vd.

56 Bu ifadenin hukuken bir anlam taşımadığı yönünde: **Oğuzman/Barlas**, N. 746.

57 Aynı yönde: **Murat Aydoğdu**, Türk Borçlar Hukuku'nda genel işlem koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda haksız şartların denetimi, Ankara, Seçkin, 2014, s. 75.

uyuşması için zaten yazılı olması gerekmeyen genel işlem şartlarına, örneğin telefonda bir bant kaydı veya elektronik bir sarf malzemesi üzerine işleme düşünülün, yazılmamış olma sonucunu bağlama hiçbir anlama gelmez. Bu belki yazılı şekilde yapılması gerekirken bu şekilde yapılmayan sözleşmeler açısından bir anlam ifade edebilir, ama genel işlem şartları ile getirilen korumanın, hukuki işlemlerde geçerlilik şekli ile bir alakası yoktur.

Teşmil denetimi, bu başlığın başında belirtildiği gibi, taraflardan birinin tek başına koyduğu kurallar üzerinde bir irade uyuşması olup olmadığı ile ilgilidir. Böyle bir uyuşma yoksa, söz konusu olacak durum hukuken yokluktur. Bu bakımdan, teşmil denetimi açısından yazılmamış sayılmanın anlamı **yokluktur**⁵⁸. Oysa durum şimdi incelenecek yürürlük denetimi açısından farklıdır.

IV. Yürürlük denetimi

Yürürlük denetiminde, sözleşme kapsamına girmiş, üzerinde bir irade uyuşması olduğu kabul edilen genel işlem şartlarının, karşı tarafça beklenebilirliği mercek altına alınmaktadır. Karşı tarafça beklenemez vaziyette olan genel işlem şartları, bu denetimden kalmaktadır⁵⁹. Burada ancak denetime girecek genel işlem şartları, bu korumadan yararlanan tarafın menfaatine aykırı olanlardır⁶⁰, yani önüne genel işlem şartları koyulan tarafın. Karşı taraf açısından genel işlem şartları beklenilmez olsa bile, bunlar karşı tarafın menfaatine ise, bunlar yürürlük denetimi sebebiyle geçersiz sayılmaz⁶¹. Diğer bir ifade ile teşmil denetimini aşan, karşı tarafın menfaatine ve karşı tarafça beklenilmez olan bu şartlar sözleşmenin bir parçası olur. Yürürlük denetimine TBK madde 21 fıkra 2 ayrılmıştır ve esasen ikinci fıkrada, karşı tarafın menfaatine değinilmese de, birinci fıkranın başında geçen ifadenin bağlantısının aslında burası ile olduğu kabul edilmelidir. Karşı tarafın menfaatine neyin aykırı olduğunun tespitinde ise, bu tarafın bu sözleşme şartı olmadan durumuna ve emredici olmayan kanun hükümlerinin sağladığı konuma bakılabilir⁶².

TBK madde 21 fıkra 2, yürürlük denetiminde göz önünde tutulmak üzere iki unsur vermektedir. Bunlardan ilki sözleşmenin niteliğine yabancılık, diğeri işin özelliğine yabancılıktır. Kanımca burada kanun karşı taraf açısından beklenilmezliği tespit etmek üzere biri nesnel diğeri öznel iki ölçüt sunmaktadır ve bunlardan birine aykırılık, ilgili sözleşme kuralının yürürlük denetiminden kalmasına sebep olur. Nesnel unsurun belirlenmesi için genel işlem şartlarının yapılan işleme yabancılığı, öznel unsurun belirlenmesi için ise o sözleşmenin içinde yapıldığı koşullar (yapılan iş) temel alınabilir⁶³. Ancak tekrar dikkat etmek gerekir ki, burada bu şekilde nesnel ve öznel ayırım yapılmakla beraber, esas olan ilgili sözleşme kurallarının ilgili ilişkide karşı tarafça beklenmezliğidir⁶⁴.

58 **Aydoğdu**, GİK ve haksız şartlar, s. 76.

59 **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 30.

60 **Bydlinski**, N. 6/26.

61 Aksi yönde okunabilecek, bu denetim aşamasında da karşı tarafın menfaatinin belirleyici olmadığı yönünde bir yorumda: **Atamer**, GİK – Sempozyum/BTHAE, s. 27 vd; **Havutçu**, s. 38; **Aydoğdu**, GİK ve uygulama, s. 21, 22.

62 **Ahmet Hakan Dağdelen**, “Geltungskontrolle der Erstreckungsklauseln in Kreditbürgschaften nach dem österreichischen bürgerlichen Recht”, Law and Justice Review, C. 9, Sy. 17, 2018, s. 65; **Bydlinski**, N. 6/26.

63 Böyle bir ayırımın doğru olmadığı yönünde: **Antalya**, s. 427. Benzer şekilde: **Doğancı**, s. 183 vd.

64 Öznellik ve nesnelğin daha farklı kaleme alındığı açıklamalar için: **Klaus Peter Berger**, “§ 305c BGB”, BGB

A. İşleme yabancılık

İşleme yabancılık/alışılmadıklık unsurunun tespitinde alınacak ölçütün ne olacağı esasen bir problem teşkil edebilir. Burada akla gelen ölçütler, o işlemin dürüstçe yürüyen işlem hayatında (*redlicher Geschäftsverkehr*) büründüğü biçim olabileceği gibi⁶⁵, emredici olmayan hukukun, sayet varsa, o işlem için ölçüp, biçtiği biçim de akla gelebilir⁶⁶. Ancak dikkat etmek gerekir ki, burada ölçüt olarak emredici olmayan hukuk kuralları alınır, içerik denetimine uygulanmak üzere pek az bir alan kalacaktır⁶⁷. Keza yürürlük denetiminde, genel işlem şartlarının içeriği ile ilgili yoğun bir inceleme yapılmaz.

TBK madde 21 fıkra 2'deki yürürlük denetiminin temeli, sözleşme kuralları önüne koyulan taraf açısından beklenmezlik üzerine kurulu olduğu için, genel işlem şartlarını hazırlayan taraf, bunlar işleme yabancı olsa bile, karşı tarafa bunların varlığına işaretle bulunarak, işleme yabancılık şeklinde gerçekleşecek beklenmezliği ortadan kaldıracaktır⁶⁸. Örneğin, genel işlem şartlarını koyan taraf, işleme yabancı sözleşme kurallarını, büyük puntolarla, farklı renklerle yazarak⁶⁹, farklı şekillerde dikkat çekerek, elle yazdırarak veya yapılacak sözlü açıklamalarla bu beklenmezliği ortadan kaldıracaktır. Ancak unutmamak gerekir ki bundan sonra bir de bu çalışmanın kapsamına girmeyen içerik denetimi söz konusu olabilecektir.

B. Karşı tarafa şaşırtıcılık

Genel işlem şartları yapılan işleme yabancı olmasa bile, karşı taraf açısından şaşırtıcı olup, olayda yine beklenilmez olabilir. Sözleşme öncesi aşamada yaratılan durum ile sözleşmenin içeriği birbirine uymuyorsa, örneğin kredi alanın tek bir kredisi teminat altına alınacakken önceki kredileri de teminat altına alınıyorsa, sözleşmede belli bir yerde yer alması gereken kurallar orada değil de alakasız bir yerde bulunuyor, temerrüt faizine ilişkin orana temerrüt bahsinde değil de, yargılama yerine ilişkin kurallar arasında yer veriliyorsa, karşı tarafın gözünden kaçacak şekilde

Kommentar, ed. **Hans Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich**, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, N. 4 vd; **Hayrunnisa Özdemir**, "Genel işlem şartlarında şaşırtıcı ve beklenmedik şartlar TBK. m. 21/II", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sy. 3, 2016, s. 2352 vd; **Doğancı**, s. 178 vd; **Aydoğdu**, GİK ve haksız şartlar, s. 103.

65 İşleme yabancılığın bu şekilde belirlenmesi gerektiği yönünde: **Susanne Haas**, "Stichwort AGB-Kontrolle: Formulärmäßige Erstreckungsklauseln auf dem Prüfstand", Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung, C. 14, Sy. 2, 03/04, s. 80; **Kolmasch**, N. 7; **Bydlinski**, N. 6/26.

66 Hem işlem hayatının hem de emredici olmayan hukukun göz önüne alınacağı yönünde: **K.P. Berger**, § 305c BGB, N. 5. Emredici olmayan hukuktan esaslı şekilde ayrılma durumunda işleme yabancılığın söz konusu olacağına ilişkin: **Michael Gruber**, "Umfang der Bürgerhaftung: Erstreckungsklausel und Globalbürgerschaft", Österreichisches Bank Archiv, C. 50, Sy. 11, 2002, s. 894.

67 Bu eleştiride: **Haas**, s. 80.

68 **K.P. Berger**, § 305c BGB, N. 7; **Jürgen Basedow**, "§ 305c BGB", Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Wolfgang Krüger**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019, N. 10; **Havutçu**, s. 41; **Helmut Heinrichs**, "§ 305c BGB", Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, ed. **Otto Palandt**, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, N. 4; **Özdemir**, s. 2355; **Bydlinski**, N. 6/26; **Kaşak**, s. 422; **Aydoğdu**, GİK ve haksız şartlar, s. 103; **Sirmen**, s. 116; **Topuz**, s. 1148. Aksi yönde: **Akçaal**, s. 57; **Antalya**, s. 428; **Ceylan**, s. 179; **Doğan**, s. 467.

69 Metni koyu yazmanın yeterli olmayacağı yönünde: **Heinrichs**, § 305c BGB, N. 4.

küçük küçük yazılar halinde belirli kurallar yazılıyorsa⁷⁰, genel işlem şartları işleme yabancı olmasalar, yukarıda ifade edildiği şekilde nesnel açıdan bir beklenilmezlik söz konusu olmasa da, o işlem bazında bir beklenilmezlik oluşur. Bu durumda, bu genel işlem şartları yürürlük denetimini yine aşamaz.

C. Yaptırım

TBK madde 22 fıkra 2, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşullarının yazılmamış sayılacağını belirtmektedir. Yukarıda işaret edildiği üzere, öğretime ağırlıkla bu yazılmamış sayılmaya bağlanan sonuç yokluktur. Almanya'da § 305c BGB, Avusturya'da § 864a ABGB'de de, genel işlem şartlarına muhattap olan taraf için şaşırtıcı nitelikteki sözleşme kurallarının sözleşmenin bir parçası olmayacağı ifade edilmektedir⁷¹.

Kanımca burada söz konusu olması gereken durum, bu genel işlem şartlarının hükümsüzlüğüdür. Teşmil denetimini aşan genel işlem şartları açısından yokluk söz konusu olmaz, zira bunlar artık sözleşme bütününe dâhil olmuştur. Genel işlem şartlarını koyan tarafın, karşı tarafın kabul beyanını bu işleme yabancı ve şaşırtıcı sözleşme kurallarını da kapsadığı şeklinde yorumlayamayacağı, bu sebeple bir irade uyuşması olmadığından, burada söz konusu olan durumun yokluk⁷² olacağı görüşü tartışmaya açıktır. Genel işlem şartlarını koyan taraf, bu sözleşme kurallarının varlığından karşı tarafı haberdar ettiyse ve karşı tarafa bu kuralların içeriğine bakma imkânı verdi ise, kanımca burada artık güven nazariyesi çerçevesince, karşı tarafın irade beyanının, bu sözleşme kurallarını kapsamayacak şekilde yorumlanacağı ileri sürülmemelidir.

Bununla beraber, karşı tarafın, imkânı olduğu halde çoğu zaman okumadan kabul edeceği bu işleme yabancı ve şaşırtıcı genel işlem şartları açısından bir korumaya ihtiyaç duyduğu da açıktır. İşte bu sebepten, TBK madde 21 fıkra 2 bu türdeki genel işlem koşullarına yürürlük tanımak istememiştir. TBK madde 27 uyarınca, kanuna aykırılığın sonucu kesin hükümsüzlüktür. Bu bakımdan, yürürlük denetiminin aşamayan bu şartlar kesin **hükümsüz** olacaktır⁷³. Ek olarak eğer burada yokluk kabul edilecek olsaydı, TBK madde 21 fıkra 1'in hemen başında geçen, karşı tarafın menfaatine aykırı ibaresinin bir anlamı kalmazdı.

Sonuç

Günümüz dünyasındaki pek çok alanda yaşanan standartlaşmanın tezahürlerinden biri de sözleşmelerin genel işlem şartları ile akdedilmesidir. Genel işlem şartlarından yararlanma, maliyet, hız, rasyonellik gibi konularda taraflara büyük faydalar sağlarken, bunlar bünyesinde taşıdığı bir

70 **Heinrichs**, § 305c BGB, N. 3; **Bydlinski**, N. 26.

71 Güven nazariyesi uyarınca, karşı tarafın kabul beyanının şaşırtıcı genel işlem şartlarını kapsamayacağına ilişkin İsviçre öğretisinden bir örnek: **B. Berger**, N. 960.

72 Bkz. dipnot 54.

73 **Aydoğdu**, GİK ve haksız şartlar, s. 77.

ayağı ekonomik güç diğer ayağı bilgiye erişimde meydana gelen asimetri olan dengesizlik sebebi ile önüne bu şartlar koyulan tarafın menfaatlerinin hak ettiği şekilde gerçekleşmemesi riskini de taşır. Bu olumsuzluğu bertaraf etmek amacıyla TBK’da bir dizi denetimi öngörülmüştür.

TBK’da öngörülen denetimin devreye girebilmesi için öncelikle, genel işlem şartlarının varlığının tespit edilmesi gerekir. Bu hususta üç unsura bakılabilir: Sözleşme kurallarının tek tarafça koyulması, bunlar üzerinde etraflıca bir müzakerenin gerçekleşmemesi ve bunların birden fazla sözleşmede kullanılma potansiyeli taşınması. Bu üç unsur bir araya geldi ise, TBK’daki genel işlem şartları denetimi devreye girmektedir. Kanunda teşmil ve yürürlük denetimini aşamamaya yazılmamış sonucu bağlansa da, bu ifade hukuki bir nitelendirme değildir ve bu iki denetim açısından hukuken farklı anlamlar taşır.

Teşmil denetiminde, taraflardan birince koyulan sözleşme kurallarının akdedilen sözleşmenin içeriği olup olmadığı incelenir. Kanun koyucu, bu denetimi aşamayan sözleşme kurallarına, yazılmamış sayılma sonucu bağlamıştır. Burada yazılmamış sayılmadan anlaşılması gereken, bu sözleşme kuralları açısından **yokluk** durumunun söz konusu olacağıdır.

Teşmil denetimini öngören düzenlemede yer alan yürürlük denetiminde ise, teşmil denetimini aşmış genel işlem şartlarının, bu şartlar önüne koyulan taraf açısından beklenebilirliği incelenir. Bu beklenebilirliğin ölçütü bir taraftan o işlem açısından dürüst bir şekilde işleyen işlem hayatı, diğer taraftan o işlemin yapıldığı özel koşullardır. Yürürlük denetimini aşamayan genel işlem şartları açısından kanun koyucu yine yazılmamış sayılma sonucu bağlamıştır. Bu çalışmada ileri sürülen fikir doğrultusunda, burada söz konusu olması gereken durum ise **kesin hükümsüzlüktür**.

Kaynakça

- Akcaal Mehmet**, “Borçlar Kanunu’nun genel işlem koşullarına dair hükümleri hakkında bir inceleme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, Sy. 1, 2014, s. 49–69.
- Antalya Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul, Legal, 2016.
- Atamer Yeşim**, “Genel işlem koşulu mu bireysel pazarlıkla kurulan sözleşme mi?”, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, ed. **Kırca Çiğdem**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 103–137.
- Atamer Yeşim**, “Genel işlem şartlarının denetiminde yeni açılımlar”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, Seçkin, 2004, s. 291–331.
- Atamer Yeşim**, Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sorunu çerçevesinde genel işlem şartlarının denetlenmesi, 2. b., 2001, Beta, 2001.
- Atamer Yeşim**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca genel işlem koşullarının denetlenmesi”, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara, BTHAE, 2012, s. 9–73.
- Aydoğdu Murat**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen genel işlem koşullarının konu bakımından uygulama alanı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, Sy. 2, 2011, s. 1–50.
- Aydoğdu Murat**, Türk Borçlar Hukuku’nda genel işlem koşullarının ve Tüketici Hukuku’nda haksız şartların denetimi, Ankara, Seçkin, 2014.

- Basedow Jürgen**, “§ 305 BGB”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Krüger Wolfgang**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019.
- Basedow Jürgen**, “§ 305c BGB”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Krüger Wolfgang**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019.
- Basedow Jürgen**, “vor § 305 BGB”, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2, ed. **Krüger Wolfgang**, 8. b., München, C. H. Beck, 2019.
- Baş Ece**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda genel işlem koşulu kavramı ve içerik denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 276–303.
- Berger Bernhard**, Allgemeines Schuldrecht, 2. b., Bern, Stämpfli Verlag, 2012.
- Berger Klaus Peter**, “§ 305 BGB”, BGB Kommentar, ed. **Prütting Hans/Wegen Gerhard/Weinreich Gerd**, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 482–488.
- Berger Klaus Peter**, “§ 305c BGB”, BGB Kommentar, ed. **Prütting Hans/Wegen Gerhard/Weinreich Gerd**, 2. b., Neuwied, Luchterhand, 2007, s. 489–492.
- Bydlinski Peter**, Bürgerliches Recht Band I Allgemeiner Teil, ed. **Apathy Peter**, 6. b., Wien, Verlag Österreich, 2013.
- Ceylan Ebru**, “Genel işlem şartları”, Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan – Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, İstanbul, İstanbul Barosu, 2014, s. 172–188.
- Coester Michael**, “Allgemeine Geschäftsbedingungen”, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Eckpfeiler des Zivilrechts, ed. **Staudinger J. von**, Berlin, Sellier – de Gruyter, 2008, s. 159–184.
- Dağdelen Ahmet Hakan**, “Geltungskontrolle der Erstreckungsklauseln in Kreditbürgschaften nach dem österreichischen bürgerlichen Recht”, Law and Justice Review, C. 9, Sy. 17, 2018, s. 63–69.
- Doğan Gül**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesince genel işlem koşulları”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 459–473.
- Doğançı Doğa Ekrem**, Genel işlem koşullarında saydamlık denetimi, İstanbul, On İki Levha, 2018.
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 23. b., Ankara, Yetkin, 2018.
- Gruber Michael**, “Umfang der Bürgenhaftung: Erstreckungsklausel und Globalbürgschaft”, Österreichisches Bank Archiv, C. 50, Sy. 11, 2002, s. 885–902.
- Haas Susanne**, “Stichwort AGB-Kontrolle: Formularmäßige Erstreckungsklauseln auf dem Prüfstand”, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung, C. 14, Sy. 2, 03/04, s. 75–85.
- Hatemi Hüseyin/Gökyayla Emre**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Havutçu Ayşe**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerinin değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, C. 76, Sy. 2, 2011, s. 29–46.
- Heinrichs Helmut**, “§ 305 BGB”, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, ed. **Palandt Otto**, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, s. 407–415.
- Heinrichs Helmut**, “§ 305c BGB”, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, ed. **Palandt Otto**, 64. b., München, C. H. Beck, 2005, s. 416–419.
- Karadağ Özgür**, Türk Borçlar Kanununda genel işlem koşulları ve tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar, 2. b., Ankara, Adalet, 2015.
- Kaşak Esra**, “Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, Sy. 1, 2012, s. 415–429.
- Kılıçoğlu Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. b., Turhan Kitabevi, 2017.
- Kolmasch Wolfgang**, “§ 864a ABGB”, ABGB Taschenkommentar, ed. **Schwimann Michael**, 2. b., Wien, Lexisnexis, 2013, s. 586–594.

- Koziol Helmut/Welser Rudolf/Kletečka Andreas**, Bürgerliches Recht Band: I, 14. b., Wien, Manz, 2014.
- Kuntalp Erden**, “Bankalar ve genel işlem koşulları”, Türk Hukuku’nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, Batider, 2011, s. 79–102.
- Nomer Halûk**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. b., İstanbul, Beta, 2018.
- Oğuzman Kemal/Barlas Nami**, Medenî Hukuk, 24. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt – 1, 16. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Özdemir Hayrunnisa**, “Genel işlem şartlarında şaşırtıcı ve beklenmedik şartlar TBK. m. 21/II”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, Sy. 3, 2016, s. 2349–2360.
- Serozan Rona**, Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 7. b., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017.
- Sirmen Lâle**, “Tüketici sözleşmelerinde genel işlem şartlarının denetlenmesi”, Türk Hukuku’nda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011, Ankara, Batider, 2011, s. 107–133.
- Şeker Muzaffer**, Yazılmamış sayılma, İstanbul, On İki Levha, 2015.
- Tiftik Mustafa/Özcan Zeynep**, “Türk Borçlar Kanunu’na göre standard sözleşmelerde içerik denetimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, Sy. 1, 2015, s. 23–58.
- Topuz Murat**, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde genel işlem koşullarında kapsam (yürürlük) denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1138–1169.
- Uluslan İlhan**, “Türk Borçlar Kanunu’ndaki genel işlem şartlarına ilişkin yeniliklerle ilgili bazı düşünceler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2013, s. 1219–1228.
- Wendehorst Christiane/Zöchling-Jud Brigitta**, Privatrecht Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden Teil II, 6. b., Wien, Manz, 2016.
- Yelmen Adem**, Türk Borçlar Kanunu’na göre genel işlem şartları, Ankara, Yetkin, 2014.
- Yüce Melek Bilgin**, “Edimi belirleme yetkisinin mevcut genel işlem koşulları teorisi ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu açısından değerlendirilmesi”, Yaşar Üniversitesi Dergisi, C. 8, Sy. Özel, 2013, s. 3191–3238.

İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu

Responsibility of the Transferor and Transferee Employer in the Transfer of Undertaking

Kübra DEMİR* 

Öz

İşyeri devri; iş ilişkisini birçok yönden etkileyen, hukukun sonuç bağladığı olaylardan biridir. İşyerinin devri iş ilişkisinin taraflarından biri olan işverenin değişmesi anlamına gelmektedir. İşverenin değişmesi ise iş ilişkisinin devam edip etmeyeceği, iş ilişkisi devam edecekse işçilerin haklarının akıbetinin ne olacağı sorusunu akla getirmektedir. İş Kanunu kapsamında düzenleme altına alınan işyeri devrinde, devir tarihinde devreden işverenle işçiler arasındaki tüm sözleşmelerin devralana geçeceği hüküm altına alınmıştır. Sözleşmelerin devralana geçişi ilk aşamada devreden sorumluluğunun ortadan kalkacağı gibi bir sonucu akla getirebilir. Ancak İş Kanununun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesi devreden işverenin sınırlı dahi olsa sorumluluğuna yer vermiştir.

Anahtar Kelimeler: İşyeri devri, İşveren, Mütessesil Sorumluluk.

Abstract

Transfer of undertaking is one of the events that concern the law, affecting employment/labour contracts in many ways. The change of the workplace means the employer, one of the parties to the business relationship. The change of the employer brings to mind the question whether the business relation will continue. If the business relationship continues, what will happen to the fate of employees' rights? In the transfer of undertaking regulated in the Labor Law, on the date of transfer, all contracts between the transferring employer and the workers are passed to the transferee. The undertaking of the contracts to the transferee employer may suggest that the responsibility of the transferor will be removed at the first stage. However, Article 6 of the Labor Law, which regulates the transfer of undertaking, includes the responsibility of the transferring employer, even if limited.

Keywords: Transfer of Undertaking, Employer, Joint liability.

* Araştırma Görevlisi, Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: koz@cumhuriyet.edu.tr.

I. İşyeri Devri Kavramı

İşveren tarafından mal veya hizmet üretmek amacı ile maddi olan ve olmayan unsurları bünyesinde barındıran ve işçinin bu unsurlarla birlikte örgütlendiği birim işyeridir. İşyerinin devri ile birlikte sözleşmenin taraflarından birinde (işveren) değişiklik söz konusu olmaktadır. İşveren değişikliği; işverenin ölümü, işyerinin devletleştirilmesi veya özelleştirilmesi, ticari ortaklıkların birleşmesi veya birinin diğerine katılması şeklinde olabilir. 1475 sayılı İş Kanunu¹ döneminde işyeri devrine ilişkin kapsamlı bir düzenleme yapılmamıştır. Uygulamada oluşan sorunlar yargı kararları ve öğretideki görüşlere uygun olarak çözülmeye çalışılmıştır. Kanun kapsamında açıkça işyerinin devrine yer verilmemiş olsa dahi devir halinde ortaya çıkacak hukukî sonuçlara ilişkin bazı düzenlemeler Kanun içerisinde yer almıştır. Nitekim Kanunun 14. maddesinde “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi halinde işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır” hükmü bulunmaktadır².

4857 sayılı İş Kanunu³ kapsamında işyeri devrine ilişkin bir düzenleme yapılmıştır. Ancak hükümde devre ilişkin işlemlerin neler olduğu açıkça sayılmayıp devirle ilgili genel bir ifade kullanılmıştır⁴. Söz konusu maddede işyeri devrinin tanımı yapılmamış, devrin hukuki sonuçlarına ve bir kısım unsurlarına yer verilmiştir. Buna göre; “İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer.” (md.6/I) Kanun, hukukî işlemlere dayanarak yapılan devirleri dikkate almıştır. Dolayısıyla miras yolu ile intikal dışındaki tüm işyeri devirlerinde bu hüküm nazara alınacaktır. İşyerinin devri farklı hukukî işlemlerle gerçekleşebilir. Mülkiyetin yeni işverene geçirilmesi, devrin geçerlik şartı olmadığından kira sözleşmesi de işyeri devri sözleşmesinin dayanağı olabilir. Böyle bir durumda kira sözleşmesinin sona ermesi ile devreden işverenin işyerini yeniden işletmeye başlaması da işyerinin devri kapsamında değerlendirilmelidir⁵. Ancak banka veya borsa aracı kurulu işyerlerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun el koyması işyeri devri olarak nitelendirilemez. Bu gibi hallerde işyeri devrinden değil yönetime müdahaleden söz edilebilir. Bunun gibi özelleştirme sonucunda kamuya ait hisselerin devri de işyeri devri olarak nitelendirilemeyecektir. Söz konusu işlemde işyerinin tüzel kişiliğinde herhangi bir değişiklik olmamakta yalnızca kamuya ait hisselerin bir kısmı veya tamamı el değiştirmektedir⁶.

İşyeri devrinde, işyeri üçüncü bir kişi tarafından devralınabileceği gibi, işyerini devralan kişi aynı işyerinde çalışan işçilerden birisi de olabilir. Bu halde örneğin esnaf unvanı ile iş yapan gerçek kişi işveren, işyerini istihdam ettiği işçilerden birine bütün halinde devrettiğinde iş görme borcunu

1 RG, 25.08.1971, 13943.

2 MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; ASTARLI, Muhittin ve BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku 6. Bası, Ankara 2014, s. 271.

3 RG, 22.05.2003, 25134.

4 ÇELİK, Nuri; CANIKLIOĞLU, Nurşen; CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, 31. Bası, İstanbul 2018, s. 138.

5 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 273.

6 Yargıtay 9. HD, 16.06.2008, 20332-15696, Kazancı.

yerine getirmekle yükümlü olan işçinin bu borcu devralan sıfatını kazanması ile birlikte sona erer⁷.

İşyerinin devrinde, iş sözleşmesinin devralan işveren ile devam etmesi için işyeri devrinin öğretide ve Yargıtay kararlarında yer alan koşullarının sağlanması gerekir. Devrin hukuken sonuç doğurabilmesi için devredilecek bölümün devir sonrasında ekonomik birliğini koruması gerekmektedir. Avrupa Birliği yönergeleri⁸ de bu konuya yer vermiştir. Devir kapsamında ekonomik birliğin devri yer almıyorsa işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden söz edilemeyeceğini belirtmiştir. Yargıtay kararlarında⁹ da aynı esas benimsenerek devrin, ekonomik bütünlük korunduğu takdirde bir anlam ifade edeceği belirtilmiştir. Avrupa Birliği Adalet Divanı ekonomik kimliğin korunmasında esas alınması gereken ölçütlere değinmiş söz konusu ölçütler Yargıtay kararlarında da tekrar edilmiştir¹⁰.

2001/23 sayılı yönerge kapsamında yapılan devir tanımlaması; “Ekonomik bir asıl ya da yan faaliyetin icrası için, kaynakların organize edilmiş bir şekilde bir araya getirilmesi anlamında kimliğini koruyan bir ekonomik birliğin devridir” (md.1/I,b) şeklinde gerçekleştirilmiş ve tanımda özellikle ekonomik birlik kavramı ön plana çıkarılmaya çalışılmıştır¹¹.

İşyeri devrine ilişkin İş Kanununun 6. maddesi kapsamında yapılan düzenlemede işyerinin devri halinde işçiye herhangi bir itiraz hakkı tanınmamıştır. İşçiye böyle bir itiraz hakkının tanınmaması işyeri devrinde değişen işveren tarafının çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmadığı gerekçesi ile açıklanabilir¹². Ancak doktrinde yer alan bazı görüşler işçiye itiraz hakkının tanınmamasını eleştirmiş, Avrupa Birliği Yönergeleri doğrultusunda görüş bildirmişler

7 **ERTAN, Emre:** İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sıfatının Birleşmesiyle Sona Ermesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 2017, Sayı: 38, s. 77.

8 İç Hukukumuzun şekillenmesinde oldukça etkili olan Avrupa Birliği yönergelerinden işyeri devrine ilişkin ilk yönerge 14.02.1977 tarihli, 77/187 sayılı yönergedir. Bu yönerge üzerinde yapılan değişikliklerle 29.06.1988 tarih, 98/50 sayılı ikinci bir yönerge oluşturulmuştur. Son olarak her iki yönergenin birleştirilmesi şeklinde bir değişikliğe gidilerek 12.03.2001 tarih, 2001/23 sayılı hali ile Yönerge son şeklini almıştır. **ALPAGUT, Gülsevil:** İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı. 5. Bası, İstanbul 2010, s. 10-15.

9 “Devir, bir ekonomik bütünlüğü olan işletme veya işyeri ya da işyerinin bir kısmının kendi kimliğini koruyarak devrini ifade eder. Ekonomik bütünlük, mal veya hizmet yönetiminde teknik amacın izlendiği fonksiyon görebilen bir organizasyon bütünlüğüdür. Yargıtay 9. HD, 06.04.2009, 13501-9655., **SÜZEK, Sarper:** İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2014, Vol. 15, s. 311-330. İşyeri devrinin temel ölçütü, ekonomik birliğin kimliğini korumasıdır. Maddî ve maddî olmayan unsurların devredilip devredilmediği ve devir anındaki değeri, işgücünün devri, müşteri çevresinin devri, işyerinde devirden önce ve sonra yürütülen faaliyetlerin benzerlik derecesi, işyerinde faaliyete ara verilmişse bunun süresi işyeri devrinin kriterleri arasında kabul edilmektedir. Yargıtay 9. HD. 22.2.2016, Esas: 2014/30825 Karar: 2016/3327. Çalışma ve Toplum Dergisi-Yargıtay Kararları. 2017/1, (52), s. 319.

10 **SÜZEK, Sarper:** İş Hukuku.17. Bası, İstanbul, 2019, s. 202., Ekonomik birliğin korunması bakımından devredilmesi söz konusu olan işyerinin türü, işyerinde bulunan maddî olan veya maddî olmayan unsurların devredilip devredilemeyeceği, işyerindeki işgücünün hangi oranda devredilip devredilemeyeceği, müşteri çevresinin devredilip devredilmediği, devirden önce ve devirden sonra işyerinde yapılacak faaliyetlerdeki benzerlik göz önüne alınması gereken kriterler olarak belirlenmiştir. **ÖZKARACA, Ercüment:** İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu. 1. Bası, İstanbul 2008, s. 21.

11 **ÖZKARACA:** s. 19.

12 **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 272, 273.

ve devir halinde işçiye itiraz hakkı tanınması gerekliliğini savunmuşlardır. Buna göre; iş sözleşmesi taraflar arası kişisel ilişki kurma özelliğine sahiptir. Bunun sonucunda işçinin işini kendisinin seçmediği bir işverene karşı yerine getirmemesi hakkı bulunmaktadır. Buna bağlı olarak devre sözlü ya da yazılı itiraz hakkının bulunması gerekir¹³. Türk Ticaret Kanunu¹⁴ kapsamında yer alan işyeri devrine ilişkin düzenlemede İş Kanunundan farklı olarak işçinin devre ilişkin rızasının alınması gerekliliği savunulmuştur¹⁵.

A. Türk Borçlar Kanunu (TBK) Kapsamında İşyeri Devri

818 sayılı Borçlar Kanununun 179. maddesinde işyerinin devrine ilişkin düzenleme bulunmaktaydı. Bu düzenlemeye paralel ancak daha kapsamlı bir düzenleme 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun¹⁶ 202. maddesinde yer almıştır. Düzenlemede malvarlığı veya işletmenin aktif ve pasif ile birlikte devri yer almaktadır. Devreden işverenin sorumluluğunun başlangıç anı bu hükümde İş Kanunundan farklı bir şekilde ele alınmıştır¹⁷. Bu düzenleme kapsamında üçüncü bir kişi, işletme sahibi ile anlaşarak işletmeyi aktif ve pasifiyle birlikte almakta bu haliyle borcu üstlenmektedir. Ancak bu sözleşmede anlaşma halinde mal varlığının aktifinde yer alan bazı değerler sözleşme kapsamı dışında tutulabilir. Bu sözleşme tasarruf işlemi değil, borçlandırıcı işlemidir. Sözleşmenin geçerliliği ilke olarak herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak malvarlığında bulunan her hukukî değer, cüzi halefiyet yolu ile intikal edeceğinden her bir değer devri için kanunda öngörülen usul ve kurallara uyulması gerekir. Devralan işverenin sorumluluğunun başlangıç anı için, işletmenin devralındığının alacaklılara bildirilmesi ya da gazetelerde ilan edilmesi gerekir. Devreden sorumluluğu, devralan işveren ile birlikte iki yıldır. Bu süre muaccel borçlar için bildirme veya duyuru tarihinden; müaccel borçlar için ise muacceliyet tarihinden itibaren başlar. Devreden ve devralan işveren için öngörülmüş olan 2 yıllık müteselsil sorumluluk süresi; zamanaşımı değil, hak düşürücü süredir¹⁸.

Türk Borçlar Kanunu kapsamında yeni ihdas edilen işyerinin devrine ilişkin başka bir düzenleme 818 sayılı BK kapsamında yer almamaktaydı. Söz konusu düzenleme ile işyerinin bir kısmının veya tamamının devri düzenlenmiştir. Yapılan düzenleme 4857 sayılı İş Kanununa paralel şekildedir. Kanunun 428. maddesine göre; “İşyerinin tamamı veya bir bölümü hukukî bir işlemle başkasına devredildiğinde devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan hizmet sözleşmeleri, bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer.” (md.428/I) Maddenin düzenlenmesinde kaynak

13 AKTAY, A. Nizamettin; ARICI, Kadir ve SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukuku. 6. Bası, Ankara 2013, s. 40.

14 RG, 13.01.2011, 27846.

15 Alacaklının, borçlu değişimine dair onayının alınmaması, alacaklının kötü duruma düşmesi anlamına gelir. İşyeri devri ile alacaklının karşısına malvarlığından tam anlamıyla emin olamayacağı bir borçlu çıkmaktadır. Bu borçlu, alacaklının onayı olmaksızın borcu doğrudan üstlenmektedir. Bu sakıncalı durumu ortadan kaldırmak amacıyla, işçinin devre dair rızası alınması gerekir. ŞENER, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku. 1. Bası, Ankara 2016, s. 22, 23.

16 RG, 04.02.2011, 27836.

17 ŞAKAR, Müjdat: Gereçveli ve İctihatlı İş Kanunu Yorumu. 7. Bası, İstanbul 2015, s. 160.

18 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 22. Bası, Ankara 2017, s. 1281, 1282.

İsviçre Borçlar Kanununun 333. maddesi göz önünde bulundurulmuştur¹⁹. TBK kapsamındaki bir devir için ticari işletmelerin devri örnek olarak gösterilebilir. İşçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Türk Borçlar Kanunu kapsamında devreden ve devralan işverenin sorumluluğu 428. maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir. Devir halinde, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsil sorumludur. Ancak devreden işverenin bu yükümlülüğü devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlıdır²⁰.

B. Ticaret Kanunu Kapsamında İşyeri Devri

01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren TTK'da işyeri devrine ilişkin düzenleme Kanunun 178. maddesinde yer almaktadır. Düzenlemede yalnızca birleşme, bölünme ve tür değiştirme ile gerçekleşen iş ilişkilerine yönelik hüküm getirilmiştir. Türk Ticaret Kanununda yer alan düzenleme ile birleşme, bölünme ve tür değiştirme sonucunda tüm menfaat sahiplerinin korunması amaçlanmaktadır. Bu menfaat sahipleri arasında şirket işçileri de yer almakta ve işçileri koruyucu özel hükümler de öngörülmektedir. Birleştirme ve tür değiştirme söz konusu olduğunda işçilerin korunmasına yönelik TTK 158 ve 190. maddeler, TTK 178 hükmüne atıf yapmaktadır. Bu atıf ile birlikte 178. madde ticari ilişkilerde her türlü birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde iş ilişkilerinin sonuçlarını düzenleme bakımından temel hüküm olmaktadır²¹. Birleşme, bölünme ve tür değiştirme dışında kalan hallerde ise TTK'da bulunan hükümler uygulama alanı bulmayacaktır.

Türk Ticaret Kanunu md. 178'de yer alan düzenlemeye göre: “Tam veya kısmî bölünmede, işçilerle yapılan hizmet sözleşmeleri işçi itiraz etmediği takdirde devir gününe kadar bu sözleşmeden doğan bütün hak ve borçlarla devralana geçer. İşçi itiraz ederse, hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer; devralan ve işçi o tarihe kadar sözleşmeyi yerine getirmekle yükümlüdür²².” (md.178/I,II)

Ticari işletmenin devrinden söz edebilmek için işletmenin aktif ve pasif malvarlığı unsurlarının bir arada devredilmesi gerekir. Ticari işletmenin devrinde aktiflerin geçişi TTK'da pasiflerin geçişi ise aynı dönemde yürürlüğe giren TBK'da düzenlenmiştir. Aktifler, pasiflerin teminatı olduğundan yalnızca aktiflerin geçişine dair yapılacak sözleşmeler hükümsüz sayılır. Ticari işletmenin devri sonucunda işletmeye daimi şekilde tahsis olan tüm unsurlar devralana geçer. Ancak böyle bir durumda dahi devrin geçerliliğini tüm aktif ve pasiflerin geçişine bağlamak

19 İsviçre Borçlar Kanununun 333. maddesi işyeri devrinde işçinin rızasını aramış, devrin işçi tarafından reddedilmesi halinde, iş ilişkisinin kanunî süresi sonunda sona ereceği belirtilmiştir. ÇANKAYA, O. Güven; ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler. Ankara 2009, s. 376.

20 EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler. 2. Bası, Ankara 2015, s. 560.

21 ALP, Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190). Çalışma ve Toplum Dergisi. 2012/1 (32), s. 54.

22 Söz konusu düzenleme kapsamında yer alan “hizmet sözleşmesi kanunî işten çıkarma süresinin sonunda sona erer.” Hükmünden anlaşılması gereken sözleşmenin yasal fesih bildirim süresinin sonunda sona ermesi gerektiğidir. SÜZEK: İşyeri Devri ve Sonuçları. s. 328.

doğru olmayacaktır. Devir sonucu, devredilen mal varlığı ile ticari işletmenin devamı mümkünse, münferit bazı unsurların devredilmemesi, devri geçersiz kılmaz²³.

Eski Ticaret Kanunu²⁴ ticari işletmenin devrini herhangi bir şekle bağlamamıştır ve bu konuda tek bir sözleşmenin varlığı yeterlidir. Ancak TTK md. 11 kapsamında yapılan yeni düzenleme ile devrin şeklinin yazılı olarak yapılması ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekliliği vurgulanmıştır. Yazılı şekil şartı, işlemin geçerlilik şartı olduğundan bu işlemi tasarruf işlemi şeklinde değerlendirmek gerekir. Devir için yapılacak yazılı sözleşme, ticari işletme içerisinde var olan taşınmazların tescilsiz kazanımını olanaklı hale getirmektedir. Aynı şekilde ticari işletmenin unsurları içerisinde yer alan sınaî mülkiyet haklarının da ilgili sicillere tesciline gerek kalmadan, kazanımı mümkün hale gelmektedir²⁵.

Kanunda yer alan düzenleme devir halinde işçiye itiraz hakkı tanımaktadır. Ancak bilindiği üzere ne 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde ne de TBK'nın 428. maddesinde itiraz hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Hukukumuzda bir ilk olarak gündeme gelen itiraz hakkı, karşılaştırmalı hukukta uzun süredir uygulanan bir haktır. Her ne kadar bu hak İşyeri ve Bunların Bir Bölümünün Devri Halinde Çalışanların Haklarının Korunmasına İlişkin Üye Devletlerin Mevzuatının Yaklaştırılması Hakkında 12 Mart 2001 tarih ve 2001/23 sayılı Avrupa Birliği yönergesinde açıkça yer almamış olsa da Avrupa Birliği Adalet Divanı işçilere bu yönde tanınmış bir itiraz hakkını öngören üye devletlerin yönergeye aykırı davranmış olmayacağını kabul etmiştir²⁶.

İş Kanunu işyeri devrinde işçiye itiraz hakkı tanımadığından böyle bir durumda kanunlar arası çatışma ortaya çıkmaktadır. 6102 sayılı TTK, 4857 sayılı Kanuna göre yeni kanun durumundadır. Ayrıca TTK'da yer alan bu hüküm yalnızca birleşme, bölünme ve tür değiştirmeye ilişkin devralmaları konu edindiği için özel kanun hükmündedir. Nihai olarak işyeri devrinin iş sözleşmelerine etkisi ele alındığında TTK md. 178 ve İK md. 6'da yer alan hükümlerin çatışması söz konusu olduğunda TTK hükümleri hem sonraki hüküm hem özel hüküm olması sebebiyle

23 **AYDIN, Sema; KAPLAN, Hasan Ali ve KALYON Arzu Şen:** Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukuki Sonuçları. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, s. 232. (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_8.pdf), Yargıtay vermiş olduğu kararda köfteci dükkanının devrinin gerçekleşmesi ile birlikte dükkanda bulunan tüm demirbaşların tesliminin taahhüt edilmesine rağmen; pos makinaları, sodexo, multinet, setcart, pascart gibi satış elemanlarının devredilmemesini ve bu nedenle davacının uğramış olduğu maddi zararı göz önünde bulundurarak devir sözleşmesinin feshine karar vermiştir. Yargıtay 3. HD. Esas: 2017/8714, Karar: 2019/5259. <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)

24 RG, 29.06.1956, 9353.

25 **ARKAN, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku. 24. Bası, Ankara 2018, s.42, 43., Devrin şekli açısından taahhüt ve tasarruf işlemleri ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Her ne kadar taahhüt işlemi için tek bir sözleşmenin varlığı yeterli olsa da tasarruf işlemi aşamasında külli halefiyet ilkesi geçerli olmadığından aktifteki her bir unsur bakımından gerekli şekil şartına uyulması gereklidir. **BAHTİYAR, Mehmet:** Ticari İşletme Hukuku. 8. Bası, İstanbul 2009, s. 31.

26 Karşılaştırmalı Hukukta işçinin itiraz hakkı Alman Medeni Kanunu ve İsviçre Borçlar Kanunu hükümlerinde de yer almaktadır. TTK Md. 178 büyük ölçüde İsviçre Borçlar Kanununun tercümesinden oluşmaktadır. İsviçre hukukunda işçiye tanınan bu itiraz hakkı, iş ilişkisinde işçinin kişilik haklarının korunması ve iş ilişkisinin kişisellik özelliği ile açıklanmaktadır. **ASTARLI, Muhittin.** Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı. Çalışma ve Toplum Dergisi. 2013/1 (36), s. 70-72.

uygulama alanı bulacaktır. İşçinin itiraz süresine ve itirazı kime yönelteceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmaması ve hukukumuzda işyeri devrinde işverenlerin işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü olmadığından, işçinin itirazını makul süre içerisinde devreden ve devralan işverene yöneltmesi gerekmektedir²⁷. Bazı durumlarda devrin geçerlik kazanabilmesi için Rekabet Kurulundan izin alınması gerekmektedir. Buna göre 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun²⁸ uyarınca devir işleminin yapılmasından uygun bir süre önce Kurula bildirilerek izin alınması gerekir²⁹.

Ticari işletmenin devri ile birlikte devreden tacir sıfatını kaybedecektir. Ancak sorumluluğa ilişkin hükümler saklıdır. Devir sonucunda işletmeye daimi olarak tahsis edilen tüm unsurlar devralana geçer. Devir kapsamında yer alan bazı unsurlar üçüncü kişilere aitse bu kişilerin iyiniyetli olması halinde Medeni Kanun³⁰ hükümlerine göre bu kazanımlar korunur³¹.

Ticari işletmenin devri ile birlikte devir sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça ticaret unvanı da devredilmiş sayılır. (md. 49/II) Ticaret unvanı, ticari işletmeden ayrı olarak devredilemez. (md. 49/I) Ticaret unvanı belli bir ticari işletme faaliyeti sonucunda değer kazandığından, işletmeyi devretmeksizin yalnızca unvanın devredilmesi eski işletmenin faaliyette bulunduğu şeklinde bir izlenim oluşturabilir. İşletme adı ise ticaret unvanından farklı olarak, ticari işletmeden ayrı olarak devredilebilir. İşletmenin devrinde, devir sözleşmesinde aksine bir hüküm yoksa işletme adı da devir kapsamında sayılır³².

Türk Ticaret Kanununda yer alıp İş Kanununda yer almayan düzenlemelerden bir diğeri de işçilerin devir halinde teminat talep edebilmeleridir. Buna göre; TTK md 178 kapsamında işçiler muaccel olan ve muaccel olacak alacakları için işverenden teminat talep edebileceklerdir³³. Ancak hükümde bu talebi hangi süre içerisinde ve ne şekilde isteyebilecekleri ve talep gösterilmemesi halinde bu durumun işyeri devrini ne şekilde etkileyeceğine ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır³⁴.

C. 5510 Sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa Göre İşyeri Devri

İşverenin işçiyi karşı yerine getirmesi gereken bireysel iş hukukundan doğan ücret ödeme, eşit davranma, işçiyi koruma ve gözetme borçlarının yanında sosyal güvenlik hukuku kapsamında da birtakım borçları bulunmaktadır. Bunlar; prim ödeme, işçiyi bildirme, iş kazası ve meslek hastalıklarına karşı koruma ve bunlar söz konusu olduğunda ilgili yerlere bildirmedi. Ancak

27 SÜZEK: İşyeri Devri ve Sonuçları. s. 326, 327., ASTARLI: s. 83. vd.

28 RG, 07.12.1994, 22140.

29 ARKAN: s. 44.

30 RG, 22.11.2001, 24607.

31 ARKAN: s. 44.

32 ARKAN: s. 287-291.

33 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 289, ŞAKAR: s. 165.

34 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 289.

işverenin prim ödeme, işçiyi bildirme, iş kazası ve meslek hastalıklarını bildirme borcu işçiye karşı değil Kuruma yönelik borçlardır. Kanundan doğan bu borçların yerine getirilmesinde birden fazla kişi sorumlu ise bu sorumluluk müteselsildir. Müteselsil sorumluluğun öngörülmesindeki amaç, Kurumun maddi kaynaklarında eksilmeye yol açmadan hak sahiplerine ödeme yapılması, yapılan ödemelerin işverenlerden tahsil edilmesinin güvence altına alınmasıdır³⁵.

Sigortalının çalıştırıldığı işyeri aktif ve pasifi ile beraber yeni bir işveren tarafından devralındığında eski işverenin Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borcu ile gecikme cezası, gecikme zammı gibi sorumluluklarından devralan işveren, devreden işverenle beraber müşterek ve müteselsil sorumludur. İş Kanunu devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğu bakımından 2 yıllık süre sınırı getirmişken 5510 sayılı Kanun bakımından böyle bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. İşverenler, Kuruma karşı alacağın tâbi olduğu 10 yıllık zamanaşımı süresince sorumludur³⁶.

Sosyal Güvenlik Hukukunda “*prim borçlarına halefiyet*” olarak anılan bu durumun amacı, kötü niyetli kimselerin muvazaalı devir sözleşmesi yaparak işyerlerini devretmiş gibi gösterip Sosyal Güvenlik Kurumuna olan prim borçlarından kurtulmalarının önüne geçilmesinin sağlanmasıdır³⁷.

Yargıtay işyerinin devri halinde devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğunu kabul etmekle beraber zincirleme sorumluluğu kabul etmemiş, müteselsil sorumluluğu sadece ilk devreden ve devralan işveren arasında sınırlı tutmuştur. Ancak prim borcundan kurtulma amaçlı ya da üçüncü kişileri yanıltma amacına yönelik hileli ve muvazaalı işlemler bunun dışındadır³⁸.

D. Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanununa Göre İşyeri Devri

İşyerinin devri halinde bunun iş sözleşmelerini nasıl etkileyeceğine dair Basın İş Kanununda³⁹ herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ortaya çıkan boşluk genel hükümlere göre doldurulmalı ve bu hususta TBK ele alınmalıdır⁴⁰. Buna göre gazetecinin

35 **TATAR, Gülsüm:** Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk. (Müteselsil Sorumluluk) Çalışma ve Toplum Dergisi. 2017/4, (55), s. 2134.

36 **TATAR** (Müteselsil Sorumluluk): s. 2150., **TUNCAY, Can; EKMEKÇİ, Ömer:** Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. 18. Basi, İstanbul 2016, s. 219., **GÜZEL, Ali; OKUR, A. Rıza; CANIKLIOĞLU, Nurşen:** Sosyal Güvenlik Hukuku. 16. Basi, İstanbul 2016, s. 303.

37 **ESEN, Bünyamin; DEKDAŞ, Fikret:** İşyerinin Devri Halinde Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Prim Borçlarından Doğan Hukuki Sorumluluk. Terazi Hukuk Dergisi. 2014, Sayı: 94, s. 1.

38 Yargıtay 10. HD. 13.4.1993, Esas: 11117, Karar: 3693, **TUNCAY/EKMEKÇİ:** s. 219.

39 RG, 31.05.2006, 26200.

40 **SÜMER, H. Hadi:** Bireysel Basın İş Hukuku. Konya 2013, s. 53., İş Kanunlarında var olan boşluk niteliğine uygun düştüğü ölçüde Türk Borçlar Kanununun hükümleri ile doldurulur. Bu konuda öğreti ve yargı kararlarında görüş ayrılığı oldukça azdır. Yargıtay'ın 2017 yılında vermiş olduğu kararda "...Genel olarak sözleşme hukuku, Borçlar Hukuku kapsamındadır. Bu nedenle tüm sözleşmelere ilişkin genel hükümleri Borçlar Kanunu içinde yer alır. Ancak bir sözleşme türünün yaygın ve etkin olması, özeli arz etmesi, bağımsız bir hukuk dalı niteliği kazanması nedeni ile bu sözleşme ile ilgili özel kanun düzenlenmesini gerektirir. Kural olan genel kanundan sonra özel kanun düzenlenmesinin gelmesidir. Zira özel kanun daha kapsamlı, daha ayrıntılı düzenlemeleri içerir. Özel kanun-

hizmet süresine bağlı hakları bakımından, onu devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınacaktır. Yargıtay görüşleri doğrultusunda Basın İş Kanununa tabi işyerleri bakımından, işyerlerinin belirleyici unsurlarından olan marka, logo ve yayın imtiyaz hakları gibi maddi olmayan unsurların devri de işyeri devri olarak değerlendirilmelidir⁴¹.

854 sayılı Deniz İş Kanunu işyerinin tanımını yapmamış ancak Kanunun ilk üç maddesinde gemi işyeri olarak kabul edilmiştir. Geminin devri sırasında gemide çalışanların iş güvencesini sağlamak amacıyla özel bir hükme yer verilmiştir. Söz konusu hükümde geminin Türk bayrağı taşıma hakkı buldukça devrin kısmen veya tamamen olması iş sözleşmesinin feshini gerektirmeyecektir. (md. 19) Deniz İş Kanunu işyerinin devrinde işverenlerin sorumluluklarına ilişkin olarak yalnızca kıdem tazminatına ilişkin bir düzenleme getirmiş olup bunun dışında kalan alacaklara ilişkin TBK'nın 202. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Kıdem tazminatı açısından sorumluluk hususunda Kanunun 20. maddesi: “..Geminin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde gemi adamının kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır.” hükmündedir⁴².

II. İşyeri Devrinde Devreden ve Devralan İşverenin Sorumluluğu

İşyerinin devri konusu iş ilişkisini pek çok yönden etkilemektedir. İşverenin devrinde işverenlerin değişmesi halinde iş ilişkisinin sona erip ermeyeceği, iş ilişkisinin sürekliliği nihayetinde konuyu iş güvencesi kavramına getirmektedir. Devir ile birlikte devir işlemi taraflarının ayrıca bir karar almasına gerek olmadan tüm hak ve sorumluluklar devralan tarafa geçer. İşlemin tarafları arasında yapılacak sorumsuzluk anlaşmaları hukuken herhangi bir sonuç doğurmaz. Devir halinde taraflar sözleşmenin devralan tarafa geçmesini istemiyorsa iş ilişkisini sona erdirmelidir. Böyle bir durumda Yargıtay'ın da haklı görüşü doğrultusunda devralan işveren yanında daha sonra yapılacak bir sözleşme, yeni iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁴³.

A. Sorumluluğun Başlangıç Anı

4857 sayılı Kanunda yer alan hüküm ile devreden işveren, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işveren ile birlikte 2 yıl süre ile müteselsil sorumludur. Müteselsil sorumluluk hukukumuzda devreden ve devralan bakımından kabul

genel kanun ilişkisinde özel kanunda hüküm olmayan veya boşluk bulunan hallerde genel kanun hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Farklı, çatışan hükümlerin olması halinde ise özel kanun hükümleri dikkate alınacaktır...” Yargıtay 9. HD. 3.10.2017, Esas: 2015/27849, Karar: 2017/14749. **ERTAN:** s. 74., Deniz İş Kanunu ile Basın İş Kanununun ana Kanun niteliğinde olmasından dolayı bu Kanunlarda boşluk bulunması halinde İş Kanununa bakılması görüşü için bkz: **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 60, 61.

41 **SÜMER:** s. 53.

42 **TATAR SÖNMEZ, Gülsüm:** İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi. 2011, s. 144. http://www.tuhis.org.tr/resim/files/yay%C4%B1n_74.pdf

43 Yargıtay 9. HD, 17.07.2007, 18646-24476, **ÇANKAYA, ÇİL:** s. 386.

edilmiş ortak bir hükümdür. Ancak bu sorumluluğun başlangıç anı ve süresine ilişkin ilgili Kanunlarda birtakım farklılıklar mevcuttur.

4857 sayılı Kanun kapsamında devreden işverenin sorumluluğunun başlangıç anı bakımından farklı görüşler ileri sürülmüştür. Devredenin sorumluluğunun başlangıç anının işyeri devrine dayanak hukuki işlemin tarihi değil işyerinin bu işleme dayalı olarak fiilen devredildiği, yönetim yetkisinin yeni işverene geçtiği tarih olması gerektiğini savunan görüşlerin yanısıra⁴⁴ müteselsil sorumluluğunun başlangıç anının devir tarihi olması gerekliliği bu yüzden devir tarihinin tespitine önem verilmesi gerekliliği savunulmuştur. Bu görüşe göre devredenin sorumluluğu bu dönemden itibaren göz önünde bulundurulacaktır⁴⁵.

Türk Borçlar Kanunu ise 4857 sayılı Kanundan farklı olarak 2 yıllık sorumluluk süresinin başlangıç anını bildirme veya ilana bağlamıştır. TBK'nın 202. maddesinde yer alan düzenlemeye göre devrin alacaklılara ihbarı veya gazetelerde ilanı ve devredenin borcunu ifası ile devir tamamlanmış olur. Devralan bildirme veya ilanla duyurma yükümlülüğü yerine getirilmedikçe 2 yıllık müteselsil sorumluluğa ilişkin süre işlemeye başlamayacaktır⁴⁶. Ancak unutulmamalıdır ki her koşulda devredenin bu sorumluluğu devrin ilanı veya ihbarından önce doğmuş bulunan borçlar için geçerlidir⁴⁷. 4857 sayılı Kanun ise herhangi bir tarafa devri bildirim yükümlülüğü getirmemiştir.

Türk Ticaret Kanununda yer alan işyeri devrinde devralanın sorumluluğuna ilişkin hükümler İş Kanunundan oldukça farklıdır. İş Kanununun 6. maddesi tüzel kişiliğin birleşme, katılma ya da türünün değişmesi ile sona ermesi halinde müteselsil sorumluluk düzenlenmemişken TTK bu hallere yönelik müteselsil sorumluluk öngörmüştür. Bu sorumluluğun kapsamı İş Kanununa göre daha geniştir ve 2 yıllık süre ile sınırlanmamıştır. TTK kapsamında devreden işveren, işçinin bölünmeden önce muaccel olmuş tüm işçilik alacaklarından ve iş sözleşmesinin normal olarak sona ereceği veya işçinin devre itirazı sebebi ile sona erdiği tarihe kadar geçen sürede muaccel olacak alacaklardan devralanla birlikte müteselsilen sorumludur. (md. 178/III) Ancak bu hükümden devredenin sorumluluğunun devralan işveren döneminde doğmuş alacakları kapsadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Devredenin devirden sonraki sorumluluğu yalnızca kendi döneminde doğmuş ancak devirden sonra iş sözleşmesinin sona ermesine kadar muaccel olmuş alacaklar kadardır. Tekrar belirtmek gerekir ki TTK, İş Kanunundaki gibi devredenin sorumluluğuna dair azami bir süre sınırlaması getirmemiştir⁴⁸. TTK'da yer alan işyeri devrine ilişkin 178. madde yalnızca şirket birleşmesi, bölünmesi ve tür değiştirme gibi daha dar ve özel kapsamlı bir alanda uygulama alanı bulacaktır. Bunun dışındaki devirlerde TTK'ya ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁹.

44 Bu görüşe göre, eğer devir tarihi devir sözleşmesinde belirlenmişse bu durumda devir tarihi esas alınmalı ancak devir tarihi kararlaştırılmamış ve fiili devir tarihi de anlaşılamıyorsa hukuki işlem tarihine değer verilmelidir. ÇANKAYA, ÇİL: s. 388., MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 274.

45 ÖZKARACA: s. 372.

46 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 270.

47 ARKAN: s. 46.

48 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 289.

49 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT: s. 144.

B. Devreden İşverenin Sorumluluğu

Geçerli bir işyeri devrinden bahsedebilmek için iş sözleşmesinin işveren tarafının değişmesi zorunludur. İşveren değişikliği olmaksızın şirketlerde yapılacak tür değişiklikleri işyeri devri kapsamına girmemektedir⁵⁰. İşyerinin devri ile devreden işverenin yanında çalışan işçileri ile hukukî ilişkisi tamamen sona ermemektedir. Devredenin sorumluluğu bir süre daha devam etmektedir.

Her ne kadar devreden işverenin sorumluluğunun bir süre daha devam edeceği Türk Hukukunda kabul edilmişse de Avrupa Birliği'nin konu ile ilgili yönergesi, devreden işverenin sorumluluğunda daha farklı bir yaklaşım benimsemiştir. AB'nin 2001/23 sayılı Yönergesi'nde devreden işverenin devir anında yükümlülüklerinden kurtulacağı tüm yükümlülüklerin devralan işverene geçeceği düzenlenmiştir. Hükümde; "Devreden işverenin devir anında mevcut olan bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden kaynaklanan hak ve borçları devir nedeniyle devralan işverene geçer. Üye devletler, devir tarihinde mevcut olan bir iş sözleşmesi veya iş ilişkisinden devir tarihinden önce doğan yükümlülüklerden dolayı, devreden ve devralanın, devirden sonra müteselsilen sorumlu olacaklarını öngörebilirler" (md.3/I,II) ifadesi yer almaktadır. Bu durumda devreden işverenin sorumluluğu tamamen üye devletlere bırakılmış olup, devletler tarafından devreden işveren sorumlu tutulmadıkça onun yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir. Aynı hükümden üye devletlerin devreden tarafı sorumlu tutmaması yönünde hazırlayacakları iç hukuk hükümlerinin AB yönergeleri ile uyumlu olacağı sonucuna da varılacaktır⁵¹.

1. Devirden Önce Doğmuş ve Devir Tarihinde Ödenmesi Gereken Borçlardan Sorumluluk

İşyerinin devri halinde devreden işverenin sorumluluğu İK md.6/III 'te düzenlenmiştir. Devredenin sorumluluğu devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlarla sınırlandırılmıştır. Bu sorumluluğun süre bakımından kapsamı devir tarihinden itibaren azami 2 yıl olarak belirlenmiştir. Ancak bu hüküm nispi emredici niteliktedir. Dolayısı ile devreden ve devralan işverenlerin aralarında yapacakları anlaşma ile 2 yıllık süreyi uzatabilmeleri hatta devreden işverenin, devirden sonra doğmuş borçlar bakımından da sorumlu tutulacağını kararlaştırmaları mümkündür⁵².

50 ŞAKAR: s. 158.

51 ÖZKARACA: s. 324, 325.

52 ÖZKARACA, **Ercüment**: İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu (Hukuki Sorumluluk). İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Kadir Has Üniversitesi Sempozyumu, İstanbul, 2009, s. 179., Türk hukukunda devreden işverenin, devralan işverenle beraber sorumlu tutulması her ne kadar yerinde bir uygulama olsa dahi sorumluluk bakımından getirilen iki yıllık süre bazı durumlarda olumsuz sonuçlara yol açabilir. Örneğin işyeri devredildikten iki yıl sonra, devralan işverenin çeşitli nedenlerle ödeme aczine düşmesi halinde işçinin devirden önce doğmuş bulunan alacaklarını devreden işverenden talep etmesi kanunen ortadan kalkmaktadır. Böyle bir durumda işyeri devredilmemiş olsaydı işçinin bu alacaklarını alma imkânı varken bu halde iki yıllık sınırlama ile birlikte ortadan kalkmaktadır. **BAYSAL, Ulaş**: Karşılaştırmalı Hukuk İşığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu. Sicil İş Hukuku Dergisi. 2012, sayı: 25. s. 58.

İş Kanunu md. 6/III göz önüne alındığında devreden işverenin devir tarihinden sonra doğmuş borçlardan dolayı herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Yargıtay kararları⁵³ da bu şekildedir. Ancak bu durumun istisnasını kıdem tazminatı oluşturmaktadır.

2. Ücret, İkramiye, Fazla Çalışma Ücreti vb. İşçilik Alacakları Bakımından Sorumluluk

İş Kanunu uyarınca devreden işverenin sorumluluğunun sınırlı bir sorumluluk hali olduğu daha önceki açıklamalarda belirtilmişti. Eğer Kanun hükmü devreden işverenin sorumluluğuna ayrıca değinmemiş olsaydı, devreden sorumluluğu yalnızca devirden önce sona eren iş sözleşmeleri için geçerli olabilecek devirle birlikte devralana geçen iş sözleşmeleri bakımından devredene herhangi bir sorumluluk yüklenemeyecekti⁵⁴. Kanun ifadesinde yer alan birlikte sorumluluk hükmünden müteselsil sorumluluk anlaşılması gerekmektedir⁵⁵. Bu durumda iş sözleşmesi devralan işverene geçen işçi, işyerinin devrinden önce doğmuş bulunan ve muaccel olan ücret, fazla çalışma ücreti gibi hakları için hem devredene hem de devralana başvurabilecektir. Ancak devredene başvurma hakkı devir tarihinden itibaren 2 yıl ile sınırlı olup bu süre hak düşürücü süredir. Dolayısı ile bu sürenin durması, kesilmesi söz konusu olmadığı gibi uyumsuzluk durumunda hâkim tarafından resen nazara alınması gerekecektir⁵⁶. Sürenin hak düşürücü süre olmayıp zamanaşımı süresi olması gerektiğini savunan görüşler de bulunmaktadır⁵⁷.

Devreden işverenin işçilik alacaklarından sorumluluğu göz önüne alınırken alacağın hizmet süresinin tespitine bağlı bir alacak olup olmadığı önemli değildir. İş Kanununun 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan düzenlemede: “Devralan işveren işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür.” hükmü yer almıştır. Bu konunun önemi öğretide yer alan tartışmadan çıkmaktadır. Öğretide yer alan bazı yazarlarca fazla çalışma ücretinde işçinin hizmet süresi esas alınmadığı için bu alacak için müteselsil sorumluluk söz konusu olamayacağını bu nedenle devreden ve devralanın her ikisi de yalnızca kendi döneminde doğmuş olan fazla çalışma ücretinden sorumlu olacakları savunulmuştur⁵⁸. Ancak doktrindeki ağırlıklı görüşe göre devirden önce doğmuş bulunan fazla çalışma ücreti ve diğer işçilik alacaklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükmün uygulama alanı bulması gerekir. Bu durumda devralan işveren bu alacakların kendi döneminde doğmadığını iddia ederek işçilerin alacaklarını ödemekten kaçınamayacaktır⁵⁹.

53 Devralan işveren dönemindeki ücret, fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretlerinden devreden işverenin sorumluluğu bulunmamaktadır. Yargıtay 9. HD, 12.02.2008, Esas: 2007/31303, Karar: 2008/106. ÇANKAYA, ÇİL: s. 389. ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT: s. 141.

54 ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 178.

55 ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT: s. 140, 141., ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 178.

56 ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 177, 178.

57 UÇUM, MEHMET: Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul 2003, s. 25.

58 GÜNAY, CEVDET İLHAN: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti. Ankara 2009, s. 144.

59 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 278., ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 180., ÇANKAYA/ÇİL: s. 389. 4857 Sayılı Kanun'un kabulünden önceki dönemde Yargıtay İçtihatlarında devralan işverenin, kendi döneminde doğmamış borçtan sorumlu tutulamayacağına hükmedilmiştir. Buna göre, devir halinde ücret, ikramiye, fazla çalışma ücreti gibi işçilik alacakları konusunda her işveren kendi döneminde gerçekleşen miktarlardan

3. Yıllık İzin Ücreti, İhbar Tazminatı ve İş Arama İzni Ücreti

Yıllık izin ücreti 4857 sayılı Kanun kapsamında yer alan ve işçinin hizmet süresi dikkate alınarak tespit edilen alacaktır. İşçi her hizmet yılına ait hak ettiği yıllık ücretli iznini gelecek hizmet yılı içinde kullanır⁶⁰. Yıllık ücretli iznin sürelerinin kural olarak bölünmeden verilmesi gerekir. İşveren yıllık izin ücretini, işçinin izine başlamasından önce peşin olarak veya avans olarak vermelidir. Yıllık izin ücretinin borçluslu işçinin işverenidir. İşyerinin devri ile birlikte işverenin değişmesi halinde devralan yeni işveren, yıllık izin ücretinin borçluslu konumuna geçecek ve devreden işverenin sorumluluğu ortadan kalkacaktır. Devreden işveren tarafından kanunen kullandırılması gereken dönem içerisinde kullandırılmamış yıllık ücretli izin olsa dâhi bu alacak sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden hak sahiplerine veya kendisine ödenir. Yani alacak sözleşmenin sona ermesi ile muaccel hale gelir. Bu hakka ilişkin zamanaşımı da iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren başlar⁶¹. İşçi yıllık ücretli izne hak kazandığı dönemde yalnızca izin kullanmak yerine izne ilişkin ücreti talep edemez. Bu durum hakkın eylemli olarak kullandırılması gerekliliğinden doğar. Hakkın ücrete dönüşmesi yalnızca iş sözleşmesinin sona ermesi halinde olur. Devirden önce doğmuş bir yıllık ücretli izin hakkı var ancak bu izin kullandırılmamış ve devir tarihinde de söz konusu sözleşme sona ermişse böyle bir durumda devreden sorumluluğu tartışılmazdır. Ancak işyeri devri kural olarak iş sözleşmesini sona erdirmeyeceği için devirle birlikte devralana geçen tüm haklar ve borçlar kapsamında yıllık ücretli izin yer alır ve bu hak devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar kapsamında yer almaz. Bu durum 4857 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 3. fıkrasına uygun olarak devir tarihinde ödenmesi gereken borç kapsamına girmediği için tek başına devralanın sorumluluğunu gündeme getirir⁶². Yargıtay görüşleri de bu doğrultudadır⁶³.

sorumlu tutulacaktır ve devralan işveren devirden önce doğmuş borçlardan sorumlu olmayacaktır. Yargıtay 9. HD., 25.05.2000, 3592/6183. **ÖZKARACA:** Hukukî Sorumluluk. s. 184.

60 **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT:** s. 141.

61 **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 1340, 1341., **ÇANKAYA/ÇİL:** s. 389.

62 **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT:** s. 141., 1475 Sayılı Kanun döneminde işyerinin devri halinde, işyerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin haklarının ortadan kalkmayacağı ve "Aksine bir sözleşme olsa bile yıllık ücretli izin sürelerine ilişkin ücretler, yeni işveren tarafından ödenir." (Md. 53/1) hükmüne yer verilmiştir. 4857 Sayılı Kanun döneminde bu şekilde açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olması Kanunun 6. maddesinin 3. fıkrasının uygulama alanı bulacağına dair görüşler öne sürülmesine neden olmuştur. Buna göre; devreden işveren, işçiye iznin kullandırılması ya da sözleşme sona erdiği için ücretin ödenmesine yönelik bir alacak hakkı söz konusu olduğunda devralanla birlikte 2 yıllık sorumluluk süresi dolmamışsa müteselsil sorumlu olur. Devirden önce kazanılmış ancak verilmesi gerekirken yıllardır sağlanmayan yıllık ücretli izin de müteselsil sorumluluk kapsamında değerlendirilmelidir. Her ne kadar devir ile birlikte devrenin çalışan işçilere karşı işveren sıfatı sona erse de yıllık ücretli izin ödenmesi zamanı geldiğinde 2 yıllık süre dolmamışsa devreden de sorumlu tutulmalıdır. **AKYİĞİT, Ercan:** İş Kanunu Şerhi C I, 3. Bası, Ankara 2008, s. 336, 337.

63 "Yıllık ücretli izin hakkı, hizmet akdinin işçi veya işveren tarafından feshi, ölüm ya da emeklilik durumunda ücrete dönüşür. Somut olayda da işyeri devrinin söz konusu olduğu, iş sözleşmesinin sona erdirilmediği anlaşılmaktadır. Bu sebeple yıllık ücretli izin alacağı hakkı henüz doğmamıştır. Karar gerekçesinde temizlik işini devralan şirkette çalışmasına ara vermeksizin sürdürdüğü ve feshin söz konusu olmadığı belirtilmiş olup, çelişkili olarak yıllık ücretli izin alacağı talebinin kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 9. HD., 28.18.2008, 2007/30128 E, 2008/29260 K. Çankaya, Çil, s. 404., "Devir, iş sözleşmesinin feshi niteliğinde olmadığından işyerinin devredildiği tarih itibarıyla yıllık izin ücretine hak kazanılamaz. Devir anında kullanılmamış olan yıllık izinlerin devralan işverence iş ilişkisinin devamı süresince kullandırılması mümkün olup bu borç olduğu gibi devralan işverene geçer." Yargıtay 9. HD., 11.11.2008, Esas: 2008/12938, Karar: 2008/30618. **ŞAKAR:** s. 176., "...6111 sayılı Kanun gereği yapılmış olan bir devir söz konusudur ki kullanılan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup,

Yıllık ücretli izin alacağı hususunda ele alınması gereken bir diğer konu ise asgari 1 yıllık çalışma süresinin devralan işveren yanında geçirilip geçirilmeyeceğine ilişkindir. Ancak devir ile birlikte devralan işveren, devreden yanında geçirilmiş olan hizmet süreleri üzerinden işlem yapmakla yükümlü olduğundan (md. 6/II) yıllık ücretli izne hak kazanma açısından devralan yanında geçirilecek sürenin 1 yılı tamamlamış olması önemli olmayacaktır⁶⁴.

Basın İş Kanunu kapsamında çalışan gazetecilerin yıllık ücretli izin hakkı ele alındığında İş Kanunundan daha farklı bir durumla karşılaşmaktadır. Basın İş Kanununda yıllık ücretli iznin zamanında kullanılmaması veya ücretin ödenmemesi cezaî yaptırıma bağlanmıştır. Bu bağlamda yıllık izni zamanında kullandırmayan her bir işverenin cezaî sorumluluğunun doğacağı düşünülebilir. İşyeri devri halinde ise devreden işveren döneminde doğmuş bulunan izin ücretini zamlı ödeme yükümlülüğü devir tarihinde devralan işverene geçecektir⁶⁵.

Deniz İş Kanunu bakımından yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda çalışma sürelerinin bütün olarak değerlendirilmesi için sürelerin aynı gemide geçirilmiş olması tek başına yeterli görülmektedir. (md. 40/I) Gemi adamının çalıştığı gemi, başka bir işverene devredilse dahi çalışma süresi bütün halinde değerlendirilmelidir ve işçinin yıllık ücretli izne hak kazanıp kazanmadığı bu sürelerin tamamı üzerinden belirlenmelidir. Geminin hangi yolla devredilmiş olduğu ise bu aşamada önemli değildir⁶⁶.

İhbar tazminatı usulsüz fesih halinde, fesihte bulunan işçi veya işverenin feshe maruz kalan diğer tarafa ödemekle yükümlü olduğu tazminattır. Devreden işveren devirden sonra doğan alacaklardan sorumlu tutulamayacağından, iş sözleşmesinin devreden işverence sona erdirilmediği hallerde devreden işverenin ihbar tazminatından sorumluluğundan bahsedilemeyecektir⁶⁷. Burada devirden önce belirsiz süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin iş sözleşmesi feshedilip, kanunî bildirim süreleri içerisinde işyerinin devredilmesi halinde işçinin alacaklarına ilişkin sorumluluğun ne şekilde ele alınacağı sorunu gündeme gelebilir. İhbar süreleri içerisinde iş sözleşmeleri devam edecektir. Sözleşmeden doğan tüm haklar ve borçlar varlığını sürdürecektir. Sürenin sona ermesi ile iş sözleşmesi sona ermiş olacaktır. Devralan işveren yanında bildirim sürelerinin sona ermesi, onu işçilik alacaklarından sorumlu tutacak bu durumda devreden

devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır." Yargıtay 7. HD., 16. 04.2015, Esas: 2014/16447, Karar: 2015/7194. Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları 2016/2, (49), s. 883-885.

64 **ÖZKARACA:** Hukukî Sorumluluk. s. 194.

65 **ÇİL, Şahin:** 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi. 2. Bası, Ankara 2007. s. 377.

66 **KARAMAN, Mehmet Halis:** Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı. Sicil İş Hukuku Dergisi. 2018, Sayı: 40, s. 118.

67 **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 279., **ÇANKAYA/ÇİL:** s. 389., "Feshe bağlı diğer haklar olan ihbar tazminatı ve kullanılmayan izin ücretlerinden son işveren sorumlu olup devreden işverenin bu işçilik alacaklarından herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır...Devir tarihinden sonraki çalışmalar sebebiyle doğan sözü edilen işçilik alacakları sebebiyle devreden işverenin sorumluluğunun olmadığı açıktır. Bu bakımdan devirden sonraya ait ücret, fazla çalışma, hafta tatili çalışması, bayram ve genel tatil ücreti gibi işçilik alacaklarından devralan işveren tek başına sorumlu olacaktır." Yargıtay 22. HD. 11.6.2014, Esas: 2013/14108, Karar: 2014/16814. Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları. 2015/3, (46), s. 420, 423.

işverenin sorumluluğu sadece kıdem tazminatına ilişkin olacaktır⁶⁸. Böyle bir durumda devralan işveren işyerinin devri ile birlikte bildirim süresi içerisinde kullanılması gereken iş arama izinlerinin borçlusu konumuna geçecektir. Bu süre içerisinde bildirim ürelerine uyulmazsa ihbar tazminatından ve iş arama izni verilmezse İş Kanununun 27. maddesinin 2. ve 3. fıkraları gereği işçiye ödenmesi gereken zamlı ücretten devralan işveren sorumlu olacaktır⁶⁹.

4. Kıdem Tazminatı

İşyerinin devri halinde devreden ve devralan işverenin birlikte sorumluluğu yalnızca devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar açısından mevcut olduğu belirtilmişti. Ancak kıdem tazminatı alacağına ilişkin olarak 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Bilindiği üzere kıdem tazminatı; Türk İş Hukukunda 1936 yılında 3008 sayılı İş Kanunu ile getirilmiştir. Bu hak iş sözleşmesinin sona ermesi ile muaccel hale gelir⁷⁰. Hakkın sözleşmenin sona ermesi ile muaccel hale gelmesi ve devir tarihinden önce sözleşmesi sona ermiş ve henüz kıdem tazminatı ödenmemiş işçiler bakımından devir tarihinde ödenmesi gereken ve md. 6 kapsamında değerlendirilebilecek bir borç olması bu alacak üzerinde devreden sorumluluğunun olmadığı çıkarımına neden olabilir. Ancak 1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde yer alan açık düzenlemeye göre “İşyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir işverene nakli halinde işçinin kıdemi işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır. 12.07.1975 tarihinden itibaren işyerinin devri veya herhangi bir suretle el değiştirmesi halinde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur⁷¹.” (md. 14/III)

Kanunda yer alan bu açık hüküm dolayısıyla bu alacağa ilişkin devreden sorumluluğu bu dönem öncesi bakımından ayrıca ele alınacaktır.

1475 sayılı Kanunun 14. maddesine göre devreden işverenin sorumluluğu işçiyi çalıştırdığı süre ve devir anında ödediği ücret ile sınırlı tutulacaktır. İşçinin kıdem tazminatına yönelik bir talebi

68 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 278.

69 ÇANKAYA/ÇİL: s. 387., GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi, İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 338, 339.

70 AKTAY/ARICI/SENYEN KAPLAN: s. 228.

71 4857 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte 1475 Sayılı Kanun'un 14. maddesi hariç diğer maddeler yürürlükten kaldırılmıştır. 4857 Sayılı Kanunun 120. maddesinde yer alan geçici 6. maddesinde ise kıdem tazminatı için ayrı bir fon kurulacağı ancak bu fona ilişkin kanun yürürlüğe girene kadar 1475 Sayılı İK'nın 14. maddesi uygulama alanı bulacaktır. Böylelikle ortaya 4857 Sayılı Kanun'un 6. maddesi, 120. maddesi ve 1475 Sayılı İş Kanununun 14. maddesinin birlikte uygulanma sorunu ortaya çıkmaktadır. 6. madde devreden işverenin sorumluluğunun devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlar kapsamında olduğunu belirttiği için bu hüküm göz önüne alındığında devreden işverenin kıdem tazminatından doğan sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Ancak sorunun çözümü 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi kapsamında değerlendirilmeli ve kanun metninde de kıdem tazminatından devren ve devralanın sorumluluğuna dair herhangi bir süre sınırlaması yapılmadığından, 2 yıllık sorumluluk sınırı kıdem tazminatı bakımından uygulanmamalıdır. Kıdem tazminatı ile ilgili özel ve açık düzenlemeye yer veren bu hüküm göz önüne alınmalıdır. ÇANKAYA/ÇİL: s. 390.

söz konusu olursa bunu devreden yanında geçirdiği süreleri de göz önüne alarak, devralan işverenden talep edecektir. Devralan işveren ödemiş olduğu tazminatın devreden işverenin çalıştırdığı sürelerle ve ödemiş olduğu ücretle sınırlı olan kısmını devreden işverene rücu edebilecektir. Bu rücu bakımından 2 yıllık süre işlemeyecektir⁷². Yargıtay'ın 2013 yılında vermiş olduğu bir kararda İK'nın 6. maddesinde öngörülen 2 yıllık süre sınırlamasının kıdem tazminatı bakımından söz konusu olmayacağı belirtilmiştir⁷³.

Kıdem tazminatı bakımından incelenmesi gereken bir diğer konuyu ise TTK'nın devre ilişkin hükümleri oluşturmaktadır. Bilindiği üzere TTK, İş Kanunundan farklı olarak devir halinde işçilere sözleşmeyi fesih hakkı tanımıştı. Ancak devir sebebi ile iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatına hak kazanıp kazanamayacağına ilişkin bir düzenleme TTK kapsamında yer almamaktadır. Devir halinde iş sözleşmesinin feshi işverenden kaynaklanan bir fesih değildir. TTK md. 178 devirle işçiye iş sözleşmesini kendi iradesine bağlı olarak kullanabileceği bir sona erdirmeye hakkı tanımaktadır. Türk Ticaret Kanununda kıdem tazminatı ile ilgili düzenleme bulunmaması hali bilinçli bir susma olarak değerlendirilmelidir. Düzenlemenin olmamasını işçinin kıdem tazminatından mahrum kalacağı şeklinde değerlendirmek, TTK'da yer alan işyeri devrindeki işçiye koruyucu hükümlerin amacına ters düşmektedir. TTK kapsamında devir halinde işçilerin teminat talebi bulunmaktadır. Hem teminat talebine ilişkin düzenlemenin varlığı hem devir halinde işçiye itiraz hakkı tanınması bu düzenlemenin İK md. 6'dan daha iyi ve toplumsal yönünün daha güçlü olduğunu kanıtlamaktadır. Hal böyleyken Kanunun işçilere vermiş olduğu hakkın işçileri kıdem tazminatından mahrum bırakması gibi bir yorum düzenlemenin amacı ile bağdaşmaz. Bu nedenle var olan boşluk işçilerin kıdem tazminatından mahrum kalacağı şeklinde değerlendirilmemelidir⁷⁴.

Gazetecinin kıdem tazminatına hak kazanmasına ilişkin Basın İş Kanununda yer alan düzenlemeye göre; gazetecilerin kıdem hakkı mesleğe ilk girişlerinden itibaren hesaplanacaktır. Bu kapsamda gazeteciye daha önce çalıştıkları yerde kıdem tazminatı ödenmemiş olsa dahi son işvereni tarafından tüm meslek kıdemi için kıdem tazminatının ödeneceği sonucuna varılmaktadır. Bu durumda konu bakımından işyeri devrinde sorumluluktan öte gazetecinin farklı işverenler nezdinde geçen çalışmaları birlikte değerlendirilerek son işveren sorumlu tutulacaktır⁷⁵.

a. 12.07.1975 Tarihinden Önce Devreden Sorumluluğu

1475 sayılı İş Kanununun 14. maddesinde 12.07.1975 tarihinde önce işyeri devrolmuş veya herhangi bir suretle el değiştirmiş ve devir sözleşmesinden aksine bir hüküm yoksa işlemiş

72 SÜZEK: İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları. s. 319. Devreden işveren bakımından sorumluluk süresini genel hükümlere göre değerlendirmek hakkaniyete aykırı olarak nitelendirilebilir. Şöyle ki, devralan işverenin işçiye kıdem tazminatı ödeyecek bir şekilde işçiye işten çıkarması, örneğin haksız fesihte bulunması halinde, devirden sonra 10 yıl boyunca devreden de sorumlu tutmak hakkaniyete uygun olmayıp, devreden sorumluluğunun daha makul bir zamansal sınıra indirilmesi gereklidir. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 282

73 Yargıtay 9. HD. 29.4.2013. Esas: 2011/7529, Karar: 2013/12802. ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT: s. 141.

74 SÜZEK: İşyerinin Devri ve Hukukî Sonuçları. s. 329.

75 ÇİL: s. 377.

kıdem tazminatlarından yeni işveren sorumludur. Buna göre işçinin devirden önceki ve sonraki toplam kıdem tazminatından sadece devralan sorumlu olacaktır. Ancak hükmün lafzından da anlaşılacağı üzere düzenleme yedek hüküm niteliğinde olduğu için taraflar anlaşarak devreden işvereni de kıdem tazminatından sorumlu tutabileceklerdir. Böyle bir durumda devreden işverenin sorumluluğunun işçinin tüm kıdemi üzerinden mi yoksa sadece kendi çalıştırdığı kıdem üzerinden mi olacağı sorusu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda devreden sorumluluğunun yalnızca kendi döneminde çalıştırdığı süre ve ücret ile sınırlı olduğu tereddüt edilmeden kabul edilmelidir. Birlikte sorumluluğun işçi açısından gündeme gelmesi için işçinin bu durumdan haberdar edilmesi gerekir. Aksi halde sorumluluğa ilişkin öngörülen hüküm yalnızca tarafları bağlayacaktır⁷⁶.

C. Devralan İşverenin Sorumluluğu

İşyerinin devri ile birlikte devreden işverenin devir anında mevcut olan işyerine ilişkin tüm hak ve borçları devralan işverene geçer. Devralan işveren, iş sözleşmelerine taraf olduğu işçilerin yalnızca devirden sonra doğan ve muaccel olan alacaklarının borçlusu değil aynı zamanda devirden önce doğmuş ve henüz muaccel olmuş ya da muaccel olmamış alacaklarından da sorumlu olacaktır. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında devralan işverenin sorumluluğunu; devirden önce doğmuş alacaklar ve devirden sonra doğmuş alacaklar bakımından ayrı ayrı incelemek gerekir.

1. Devirden Önce Doğmuş ve/veya Muaccel Olmuş Alacaklardan Sorumluluk

2001/23 sayılı Avrupa Birliği yönergesi devirden önce doğmuş borçlardan devralanın sorumlu tutulacağına dair bir düzenleme getirmiştir. Bu kapsamda yapılacak olan iç hukuk düzenlemeleri devirden önce doğmuş borçlardan devralanı sorumlu tutmadığı takdirde AB mevzuatına aykırı bir iç hukuk düzenlemesi ortaya çıkacaktır. Bizim hukukumuz AB yönergelerine uygun bir şekilde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında devralanın sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre; “..devir tarihinde işyerinde veya bir bölümüne mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile devralana geçer.” (md. 6/I) hükmü yer almaktadır. Devralanın devirden önce doğmuş borçlardan sorumluluğunun dayanağı yalnızca bu fıkra kapsamında değerlendirilmemelidir. 6. maddenin 3. fıkrası da devralanın devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan birlikte sorumluluğuna dair kural getirmiştir. Dolayısı ile bu hüküm de göz önüne alındığında devralan işverenin, devirden önce doğmuş borçlardan sorumlu olacağına dair herhangi bir taahhütte bulunmasına gerek dahi olmayacaktır⁷⁷.

Devirden önce doğmuş borçlardan devralanın sorumluluğunun başlangıcı iç hukukumuzda farklı şekillerde ele alınmıştır. Daha önce sorumluluğun başlangıç anı başlığı altında TTK, TBK ve İK hükümleri uyarınca devreden ve devralanın birlikte sorumluluğunun başlama anına ilişkin farklı yaklaşımlar ve farklı düzenlemeler bulunduğu değinilmiştir. İK kapsamında herhangi bir

⁷⁶ ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 198.

⁷⁷ ÖZKARACA: Hukukî Sorumluluk. s. 174-176.

bildirime gerek olmaksızın devralan işveren, bu borçlardan sorumlu tutulabilecektir. Buna göre devirden önce doğmuş bulunan ulusal bayram ve genel tatil ücretleri, hafta tatili ücretleri, fazla çalışma ücretleri ve diğer işçilik alacaklarından devralan da sorumlu bulunacaktır. Kanun hükmü gereği devralan bu alacakların kendi döneminde doğmamış olduğunu ileri süremeyecektir. Ancak bazı Yargıtay kararları isabetsiz olarak devreden ve devralan işverenlerin işçiyi çalıştırdıkları süre ve bu ücreti üzerinden sorumlu olacaklarını öngören kararlar vermektedir. Böyle bir karar 6. maddenin göz ardı edilmesi olarak değerlendirilecektir. Bu durum hukuken mümkün görülmemektedir⁷⁸. Devralan işverenin devirden önce doğmuş borçlar için sorumluluğunda devreden işveren için öngörülmüş süre gibi herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Bu nedenle devralan işverenin sorumluluğu bakımından alacaklar için öngörülmüş olan zamanaşımı süreleri geçerli olacaktır⁷⁹. Ancak yine de unutulmamalıdır ki devralanın devir tarihinden itibaren 2 yıllık sorumluluğu devredenle birlikte müteselsil sorumluluk esaslarına göre değerlendirilecektir.

Bu aşamada ele alınması gereken diğer bir konuyu devreden işverenle işçi arasında yapılmış rekabet sözleşmesi oluşturmaktadır. Bu sözleşme ile kararlaştırılmış olan rekabet etmeme hali devralan işveren için de geçerli olacaktır. Ancak öğretilerde yeni işverenin başka bir amaca yönelmesi ve faaliyet alanını değiştirmesi halinde rekabet yasağı konusunda da değişiklik getirilmesi gerektiği öngörülmüştür. Bunların yanı sıra askıda olan iş sözleşmeleri de devralan işverene geçecek ve askı süresinin bitimi ile devralan, işçiyi işe başlatmak durumunda kalacaktır. Aksi halde sözleşmesi askıda olan işçilerin iş sözleşmesi, devralan tarafından feshedilmiş sayılacaktır⁸⁰.

İş sözleşmesi kapsamında işçiye verilen eğitim karşılığında belli süre çalışma şartı öngörülmüş ve işçi tarafından sözleşmenin kararlaştırılan süresinden önce sona erdirilmesi halinde eğitim giderlerinin geri ödenmesi şartı mevcutsa devir halinde de iş sözleşmesinin bu hükmü işçiyi bağlayacaktır. Aynı şekilde iş sözleşmesinin belirli süreli iş sözleşmelerinde, süresinden önce sona ermesi halinde öngörülmüş bir cezai şart varsa; bu şart tek taraflı ve işçi aleyhine olmadıkça, devralan işveren yanında da geçerli olacaktır. Önceki işveren tarafından işçiye verilmiş disiplin cezaları, yine bu kapsamda değerlendirilecektir. Bunun gibi işçiye yönelik devamsızlık tutanakları da devir ile geçerliliğini yitirmeyecektir. İşçinin ücretinden, devreden işverene yönelik vermiş olduğu zarar nedeniyle yapılmakta olan kesintiler varsa devralan işveren bakımından da bu kesintiler geçerli olacaktır⁸¹.

2. Devirden Önce Sona Ermiş İş Sözleşmelerinden Doğan Sorumluluk

Devralan işverenin sorumluluğu başlığı altında şu hususa dikkat edilmelidir: Devralan işverenin devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden doğan borçlardan sorumlu tutulması İK md. 6 kapsamında mümkün değildir. Her ne kadar devirden önce doğmuş borçlardan devralan

78 Yargıtay 9. HD., 13.06.2008, Esas: 2007/19086 Karar: 2008/15543. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 278, 279.

79 ÖZKARACA: s. 356.

80 ÇİL: s. 380, 381.

81 ÇİL: s. 379, 380.

işverenin sorumluluğunun varlığı hukuken kabul edilmişse de bu sorumluluk devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Ancak öğretide devir tarihinden önce sona ermiş iş sözleşmeleri bakımından devralanın da sorumluluğunun bulunduğu dair görüşler bulunmaktadır. Söz konusu görüşe göre; devir tarihi öncesinde ya da en geç devir anında sona ermiş olan iş sözleşmeleri devralan işverene geçmeyecektir ancak işçinin devir tarihinde hak kazandığı ve devreden işverenin ödemekle yükümlü olduğu feshe bağlı haklardan devralan işveren de sorumlu tutulacaktır⁸². Böyle bir durumda TBK md. 202'nin uygulama alanı bulup bulamayacağı hususu akla gelebilir. Yargıtay görüşleri⁸³ ve doktrinde kabul edilen görüşler doğrultusunda 202. maddedeki şartların gerçekleşmesi halinde devralan işveren devirden önce sona ermiş sözleşmelerden doğan alacaklardan külli halefiyet gereği sorumlu tutulabilecektir. Hüküm borçların kendiliğinden intikalini öngörmektedir. İş Kanununda düzenlenmeyen hükümler, Borçlar Kanununun uygulanmasını bertaraf edemeyecektir⁸⁴. Ancak bu hükmün uygulama alanı yalnızca TBK md. 202'de yer alan şartların varlığı halinde geçerlidir. Aksi durumda şartların oluşup oluşmadığını göz önünde bulundurmaksızın İş Kanununun 6. maddesi kapsamında bir işyerinin devri varlığı durumunda işyerinin devirden önce sona ermiş iş sözleşmeleri için devralan işverenin sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁸⁵.

Devralan işverenin, devir tarihinde devam eden iş sözleşmelerinden sorumluluğu İş Kanununun 6. maddesinin 1. fıkrası gereğidir. Hüküm açıkça devir tarihinde işyerinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceğini düzenlemiştir. İK devirden önce sona eren iş sözleşmeleri için herhangi bir hüküm getirmemiştir. İş sözleşmelerinin varlık anı açısından işyeri devrinin esas alınması da devralan işverenin devirden önce sona ermiş iş sözleşmeleri bakımından sorumluluğunun engellenmesi amacını taşımaktadır. Hal böyleyken Yargıtay'ın 2007 tarihinde vermiş olduğu kararda Eski Borçlar Kanununun 179. maddesini göz önüne almaksızın yalnızca İş Kanunu çerçevesinde işyeri devrinin varlığı durumunda, devralan işverenin işyerinin devirden önce sona ermiş iş sözleşmelerinden dolayı sorumluluğuna hükmettiği karar hukuken isabetsiz bulunmaktadır⁸⁶.

D. İşyerinin Kısmi Devri ve Alt İşveren-Asıl İşveren Arasındaki İlişki

İşyerinin kısmi devri ve alt işveren asıl işveren ilişkisi birbiri ile karıştırılmaması gereken iki farklı konudur. İşyerinin kısmi devri; yalnızca işyerinin bir bölümünde yürütülen faaliyetin başkasına

82 ÇİL: s. 380.

83 "...Davacı işçinin davalı gerçek şahısların adi ortaklık hükümlerine göre işlettikleri işyerinde çalıştığı ve iş sözleşmesinin feshinden sonra işyerinin diğer davalı şirkete devredildiği dosya içindeki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Borçlar Kanununun 179. maddesine göre, işyerinin devri halinde devralan da işyerinin doğmuş olan borçlarından devreden ile birlikte sorumludur. Davacının iş sözleşmesinin feshinde kendisine ödenmemiş ücretlerin varlığının kanıtlanması durumunda, bundan, işyerini tüm aktif ve pasifleriyle birlikte devralan işverenin de sorumlu olacağı açıktır. Devir protokolünde bunun aksine hükme yer verilmiş olmasının işçi yönünden bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır." Yargıtay 9. HD., 12.3.2002, Esas: 2001/18371, Karar: 2002/4008. **ÖZKARACA:** s. 364.

84 **ÖZKARACA:** s. 363, 364. **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 280.

85 **ÖZKARACA:** s. 364.

86 Yargıtay 9. HD., 27.3.2007, Esas: 2007/522 Karar: 2007/859., **ÖZKARACA:** s. 365.

devri olarak nitelendirilemez. Devre konu bir bölüm asıl işverenin organizasyon alanından ayrılarak artık işin bir bölümünün yerine getirilmesini ifade etmeyecek tarzda başka bir işverene geçmişse böyle bir durumda işyerinin salt bir bölümünün devri ortaya çıkacaktır. İşyerinin devri aynı zamanda alt işverenlik ilişkisinin kurulması anlamına geliyorsa böyle bir durumda bu bölümde çalışan asıl işveren işçilerinin iş sözleşmeleri devam eder. Ancak alt işverenliğe ilişkin kanunî düzenleme kapsamında asıl işverenin işçileri alt işveren yanında hakları kısıtlanmak sureti ile çalıştırılmaz hükmü karşısında iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer⁸⁷. Örneğin bir işyerindeki yemek işinin, mutfak ve kantin faaliyetinin kimliğini koruyacak şekilde gerekli, makine, teçhizat, araç ve gereçlerle birlikte başka bir işverene devri halinde, alt işverenlik ilişkisi oluşacağı gibi aynı zamanda ekonomik birlik anlamında işyeri devrinden de söz edilecektir. Burada asıl sorun alt işverenlik ilişkisinde işverenlerin değişikliğinin, iş ilişkisini ve işverenlerin sorumluluğunu ne şekilde etkileyeceğidir.

4857 sayılı İş Kanunu asıl işverenin işyerini devri halinde alt işverenle olan iş sözleşmesinin neticesine ilişkin herhangi bir düzenleme getirmemiştir. Asıl işveren işyerini devretmesi ile birlikte alt işverenlik ilişkisi sona ermekte ve alt işveren, asıl işveren konumuna geçmektedir. Sonrasında devralan işveren devreden işverenin yerine geçmekte ve tüm sorumluluk ona yüklenmektedir. Burada çözümlenmesi gereken husus şudur; işyerini devralarak asıl işveren konumuna geçen alt işveren devir tarihinde doğmuş bulunan ve alt işveren tarafından kendi işçilerine ödenmesi gereken işçilik alacakları bakımından devreden asıl işverenle birlikte sorumlu tutulacak mıdır? Buradaki husus İK md. 6 kapsamında değerlendirilmeli ve devreden ve devralanın müteselsil sorumluluğu göz önüne alınarak, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan 2 yıllık sorumluluk kapsamında değerlendirme yapılmalıdır⁸⁸.

Ele alınması gereken diğer bir husus, asıl işverenin işyerinin kısmi devri halidir. Şöyle ki; işyerinin alt işverene verilen işin de yer aldığı bir kısmının, asıl işveren tarafından İK md. 6'da yer alan şartlara uygun olarak devredilmesi halinde, devralan işveren asıl işveren sıfatını kazanacaktır⁸⁹.

Alt işveren asıl işveren ilişkisinin kurulduğu işyerinde, alt işverenin yürüttüğü işin başka bir alt işveren tarafından yerine getirilmesi, işyerinin devri olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ele alınması gereken hususlardan bir diğeridir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 06.06.2001 tarih Esas: 2001/9-711, Karar: 2001/820 sayılı kararında belirtildiği üzere işçinin asıl işverenden alınan iş kapsamında ve değişen alt işverencilere ait işyerinde ara vermeden çalışması halinde işyeri devri kurallarına göre çözüme gidilmesi uygun olur. Bu durumda değişen alt işverenler, işçinin iş sözleşmesini ve doğmuş bulunan işçilik haklarını almış sayılır. Her iki alt işveren

87 **SÜZEK:** İşyeri Devri ve Hukukî Sonuçları. s. 324.

88 **ÇİL, ŞAHİN:** Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi (Alt İşveren-Asıl İşveren). İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu Kadir Has Üniversitesi, İstanbul, 2009, s. 41, 42., "...Alt işverence asıl işverenden alınan iş kapsamında faaliyetini yürüttüğü işyerinin tamamen başka bir işverene devri 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi kapsamında işyeri devri niteliğindedir. Dairemizin kökleşmiş içtihatları bu yöndedir." Yargıtay 9. HD., 2.5.2011, Esas: 2010/41842, Karar: 2011/12939. <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/1814/alt-isveren-ust-isveren-isyerinin-devri/> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)

89 **ÇİL:** Alt işveren – Asıl İşveren. s. 42

müteselsil sorumluluk esasına göre 2 yıl süre ile birlikte sorumlu tutulur⁹⁰. Kıdem tazminatında müteselsil sorumluluk bakımından süre sınırlandırılmasında Yargıtay kararları farklı yaklaşım benimsemiştir⁹¹. Öğretide alt işverenlerin değişmesi durumunun işyeri devri olarak değil de iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilmesi gerektiği hususu üzerinde de durulmuştur. Buna göre; alt işverenlik ilişkisi işyerinin bir bölümünün devri değil, işyeri organizasyonu kapsamındaki bir işin alt işveren tarafından taahhüt edilmesi olarak nitelendirilebilir. İşletmenin devri ise aktif ve pasifler ile birlikte işyerinin el değiştirmesi anlamına gelmektedir. Alt işverenlik ilişkisinde ise aktif ve pasif geçişi değil Kanun kapsamında alt işverene bırakılabilecek bir işin üstlenilmesi mevcuttur. Böylelikle bahsi geçen konuda alt işverenler arasında işyeri devrinden söz edilemeyecektir. Bu durum iş sözleşmesinin devri olarak nitelendirilebilir her ne kadar bu durum iş mevzuatı kapsamında değilse de TBK 205. maddesi kapsamında iş sözleşmelerinin devri ele alınmıştır. Bu yaklaşım benimsendiği takdirde, işçileri bırakıp giden alt işveren ile onları çalıştırmaya devam eden yeni alt işveren arasında zımnen iş sözleşmelerinin devri konusunda bir anlaşma sağlandığı kabul edilmelidir⁹².

İşçilerin aynı işyerinde fakat değişik alt işverenler yanında kesintisiz çalışmalarının işyeri devri olarak değil de korunan menfaatler göz önüne alındığında işyeri devrine benzer bir durum söz konusu olduğu ve bu nedenle İş Kanununun 6. maddesinin kıyasen uygulanmasını kabul eden görüşler de mevcuttur⁹³. Alt işveren yanında çalışmaktayken, süresi sona eren alt işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilen işçinin, fesih bildirimini sonrasında iş sözleşmesi sona ereceğinden daha sonra yeni alt işveren yanında çalışmaya başlaması yeni iş sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir⁹⁴.

90 **ÇİL:** Alt İşveren – Asıl İşveren. s. 71, 72., İş sözleşmesi haksız feshedilen son alt işveren işçinin ihbar tazminatı ile yıllık ücretli izin ücretinde asıl işverenle son alt işveren müteselsil sorumludur. Ancak kıdem tazminatı konusunda İK Md. 14 gereği önceki alt işveren işçiyi çalıştırdığı dönem ve devir sırasında işçinin aldığı ücret seviyesi ile sınırlıdır. Yargıtay 9. HD. 16.3.2015, 9161/10472., **SÜZEK:** s. 210.

91 “.4857 Sayılı İş Kanunu’nun 120. maddesi uyarınca yürürlüğü devam eden mülga 1475 Sayılı İş Kanunu’nun 14/2. maddesi hükmü, 4857 Sayılı Kanun’un 6. maddesinde belirtilen işyeri devrini de içine alan geniş bir düzenleme olarak değerlendirilebilir. Gerçekten maddede işyerlerini devir veya intikalinden söz edildikten sonra “yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli” denilmek suretiyle uygulama alanı 4857 Sayılı Kanun’un 6. maddesine göre daha geniş biçimde çizilmiştir. O halde kıdem tazminatı açısından asıl işveren alt işveren ilişkisinin sona ermesinin ardından iş yerinden ayrılan alt işveren ile daha sonra aynı işi alan alt işveren arasında hukuki veya fiili bir bağlantı olsun ya da olmasın kıdem tazminatı açısından önceki işverenin devir tarihindeki ücret ve kendi dönemi ile sınırlı sorumluluğu, son alt işverenin ise tüm dönemden sorumluluğu kabul edilmelidir.” Yargıtay 22. HD. 3.5.2016, Esas: 2015/7580, Karar: 2016/13115. **Kazanıcı,** Yargıtay 9. HD. 20.01.2014, Esas: 2012/1536, Karar: 2014/469., <http://genel-is.org.tr/uploads/ALT-ISVERENLERIN-DEGISMESININ-HUKUKI-NITELIGI.pdf> (Erişim Tarihi: 06.09.2019).

92 **MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL:** s. 240.

93 **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT:** s. 122.

94 “.Buna karşın, süresi sona eren alt işverence işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, yapılan fesih bildirimini ile iş ilişkisi sona ereceğinden, işçinin daha sonra yeni alt işveren yanındaki çalışmaları yeni bir iş sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda feshe bağlı hakların talep koşulları gerçekleşeceğinden, feshin niteliğine göre hak kazanma durumunun değerlendirilmesi gerekecektir.” Yargıtay 7. HD. 26.05.2014, Esas: 2014/6956, Karar: 2014/11222., **Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları 2015/3 (46)**, s. 249., Aynı yönde Yargıtay 9. HD. 19.03.2013, Esas: 2013/5587, Karar: 2013/9305., Yargıtay 9. HD. 27.11. 2012, Esas: 2011/51419, Karar: 2012/39553., **ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT:** s. 123.

Uygulamada kamu kesiminde sıklıkla görülmekte olan alt işveren-asıl işveren ilişkisinde yaşanan sorunları gidermeye yönelik yapılan mevzuat çalışmaları kapsamında 6552 sayılı Kanun⁹⁵ taraflar arasındaki ilişkiye yeni yaklaşım ve çözümler getirmektedir. 6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeye değinmeden önce kamu kurum ve kuruluşlarında alt işverenler yanında çalıştırılacak işçilerin durumlarına dair yapılan ilk yasal müdahale olan 5538 sayılı Kanuna⁹⁶ değinmekte fayda vardır. 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesinde yapılan değişiklikle kamu kurum ve kuruluşları ve bunların doğrudan ve dolaylı olarak sermayesinin en az yüzde ellisine sahip oldukları ortaklıklara ayrıcalık tanınmıştır. Kanun ile İK. md. 2 kapsamında yer alan sınırlamalara tabi olmaksızın ayrıcalık tanınan kimselerin alt işverenlere iş verebilecekleri düzenlenmiştir. Ancak bu şekilde alt işverenler tarafından çalıştırılanlar; kamu kurum ve kuruluşlarının kendi işçilerinin iş mevzuatı ya da toplu iş sözleşmesine göre yararlanabilecekleri haklardan yararlanamayacaklardır ve herhangi bir hak talebinde bulunamayacaklardır. 5538 sayılı Kanun ile İş Kanununun 2. maddesine eklenen 8. ve 9. fıkralara göre İK md. 2/VI, VII. fıkralarda öngörülen sınırlamalar kamu kesimi işverenlerini bağlamayacak yalnızca özel kesim işverenleri için söz konusu olacaktır⁹⁷.

5538 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler yargının önüne getirilmesi muhtemel olan muvazaalı alt işverenlik uygulamalarından kamu kesimini kurtarmayı amaçlasa da Yargıtay vermiş olduğu kararlarda kamu kuruluşları için yapılan ayrık düzenlemelerin muvazaanın koşullarını değiştirmeyeceğini ve bu konuda farklı bir uygulamaya gidilmesinin hukuken korunmayacağını belirtmiştir⁹⁸. Yargıtay, muvazaalı işlemlere işyeri devri hükümlerini uygulamıştır. Özellikle kamu kesiminde hizmet alımı ile çalıştırılan alt işveren işçilerinde sıklıkla karşılaşılan durum olan; alt işverenler değiştigi halde işçilerin aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi ve son çalıştığı işveren

95 RG, 11.09.2014, 29116.

96 RG, 1.7.2006, 26226.

97 **SAYIN, A. Kemal.** Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar. Sosyal Siyaset Konferansları. 2015/2, (69). s. 74., Yapılan bu düzenleme anayasanın eşitlik ilkesi ile bağdaştırılmadığından iş hukuku öğretisinde kabul görmemiştir. İstanbul 7. İş Mahkemesi söz konusu hükümlerin iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmuş ancak yüksek mahkeme, söz konusu hükümlerin ilk derece mahkemesinin bakmakla yükümlü olduğu davada uygulanma olanağı bulunmadığında bu fıkralara ilişkin iptal başvurusunu mahkemenin yetkisizliği nedeniyle reddetmiştir. AYM. 14.10.2010, 67/1 **SÜZEK:** s. 182., **AYDIN, Ufuk.** 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri. Sosyal Güvenlik Dergisi. 2015Cilt:5, Sayı: 1. s. 6.

98 “5538 sayılı yasa ile 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesine bazı fıkralar eklenmiş ve kamu kurum ve kuruluşlarıyla sermayesinin yarısından fazlasının kamuya ait olduğu ortaklıklara dair ayrık durumlar tanınmıştır. Bununla birlikte maddenin diğer hükümleri değişikliğe tabi tutulmadığından, asıl işveren alt işveren ilişkisinin öğeleri ve muvazaalı öğeleri değişmemiştir. Öyle ki, alt işveren verilmesi mümkün olmayan bir işin bırakılması ya da muvazaalı bir ilişki içine girilmesi halinde işçilerin baştan itibaren asıl işverenin işçileri olarak işlem görecekları 4857 sayılı İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasında açık biçimde öngörülmüştür. Kamu işverenleri bakımından farklı bir uygulamaya gidilmesi hukuken korunmaz. Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Yine koşulların oluşmasına rağmen işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanamaması, anayasal temeli olan sendikal hakları engelleyen bir durumdur. Dairemizin 2008 yılında vermiş olduğu içtihatlar bu doğrultudadır.” Yargıtay 9. HD. 24.10.2008, Esas: 2008/33977, Karar: 2008/28424. **SAYIN:** s. 75., **AYDINLI, İbrahim.** 6552 sayılı Kanunda Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2014. Cilt: XVIII, Sayı: 3-4, s. 78.

tarafından iş sözleşmelerinin sonlandırılması halinde, işçinin daha önceki alt işverenlerin yanında doğmuş bulunan haklarından son alt işverenin de sorumlu bulunduğuna hükmetmiştir⁹⁹.

Kamu kesimindeki alt işverenlik uygulamalarında yaşanan sorunlar yeni düzenlemelerin yapılmasını zorunlu hale getirmiştir. Almış olduğu işçileri kendi işinde çalıştıracak olan alt işverenin bu işçi grubu ile bağımsız bir şekilde iş yürütmesi gerekirken, hangi işçilerin işe alınacağı ve işten çıkarılacağı, çalışma koşulları, iş süreleri, izin, emir ve talimat verme gibi konularda söz sahibi olamaması bu hukuki ilişkinin varlığını tartışmalı hale getirmiştir. 10.9.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6552 sayılı Kanun ile kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan alt işverenlik uygulamalarının iş mevzuatına uyum sağlaması temel amaç olmuştur. Alt işveren yanında çalışan işçilerin hak kayıplarının ortadan kaldırılması sosyal hukuk devleti olmanın en önemli gereğidir. Bu nedenle Kanun ile getirilen düzenlemede alt işverenlik uygulamalarının kanuni sınırlar içerisinde özellikle kamu kesiminde daha sınırlı fakat işlevi daha yüksek bir şekilde uygulanması amaçlanmıştır¹⁰⁰.

6552 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler kapsamında bir kısım hükümler tüm asıl işveren alt işveren ilişkilerini ilgilendirirken bir kısım hükümler yalnızca kamu kesimindeki asıl işveren alt işveren ilişkisini ilgilendirmektedir. 6552 sayılı Kanun ile İş Kanununun 56. maddesine eklenen fıkra ile işyeri devrine ilişkin işçinin birtakım alacakları bakımından öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul gören yaklaşım kanuni bir temele oturtulmuştur. Bu maddeye göre, alt işveren ilişkisi içerisinde bulunan asıl işverene yeni bir yükümlülük getirilmiştir. Asıl işveren bir taraftan alt işveren işçilerinin kendi işyerindeki tüm çalışma sürelerini dikkate alarak yıllık ücretli izin kullanıp kullanmadıklarını kontrol etmekle yükümlü tutulmaktadır. Diğer bir taraftan işçi bu iznini kullanamamışsa asıl işveren iznin kullanılmasını sağlamakla yükümlüdür. Bu şekilde sözleşmenin sona ermesi halinde hak kazanılıp kullanılmayan izin ücretinden her iki işveren birlikte sorumlu tutulacaktır. İş Kanununun 6/2 hükmü gereği devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür hükmü bu sorumluluk kapsamında göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰¹.

6552 sayılı Kanunun düzenleme getirdiği alanlardan bir diğeri de kıdem tazminatında sorumluluğa yönelik olmuştur. Buna göre:

- *Aynı kamu kurumunda farklı alt işverenler emrinde aralıksız çalışma halinde sorumluluk,*
- *Aynı alt işveren emrinde, aynı iş sözleşmesiyle farklı kamu kurumlarında/kuruluşlarında çalışma halinde sorumluluk,*
- *Aynı alt işveren emrinde, aynı iş sözleşmesiyle, aralarında kamu kurumlarının/kuruluşlarının da bulunduğu çalışma hallerinde sorumluluk.*

99 Yargıtay 9. HD. 5.5.2008, Esas: 2008/13627, Karar: 2008/11315., SAYIN: s. 78., Yargıtay 9. HD. 2.3.2017, Esas: 4555, Karar: 3070. SÜZEK: s. 183.

100 SAYIN: s. 82.

101 AYDIN: s. 9., bu düzenlemenin kapsamındaki işçiler alt işveren değiştiği halde aynı işyerinde çalışmaya devam eden işçilerdir. Kanunda yer alan düzenleme, alt işveren yanında çalışan fakat yıllık ücretli izne hak kazanma bakımından gereken 1 yıllık süreyi tamamlayamayan ve bu nedenle ortaya çıkan hak kaybı ve mahrumiyetleri giderme amacını taşımaktadır. AYDINLI: s. 84, 85.

Düzenlemesi ile üç farklı sorumluluk hali öngörülmüştür. Bu hallerin her birinde kamu kurum ve kuruluşlarının sorumluluğu farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Üç düzenlemenin amacı uygulamada yargı kararları ile çözülmeye çalışılan önemli bir sorunun çözülmesidir. Aynı kamu asıl işvereni fakat farklı alt işverenler emrinde geçen süreler; kamuda aynı alt işverene tabi fakat farklı asıl işverende geçen süreler bakımından kıdem tazminatının hesaplanmasında kamuda geçen tüm sürelerin toplanması ve kıdem tazminatının kamuda geçen süreye ilişkin kısmının son kamu kuruluşunca işçinin banka hesabına yatırılmak suretiyle ödeneceği kararlaştırılmıştır. 6552 sayılı Kanun ile getirilen bu düzenleme, 1475 sayılı Kanunun kamuda geçen hizmet sürelerini konu alan kıdem tazminatı hükmü ile uyumludur. Ancak 1475 sayılı Kanunda kamuda geçen sürelerin birleştirilmesi için kıdem tazminatına malullük, yaşlılık ve toptan ödeme sebebi ile hak kazanılması gerekirken, 6552 sayılı Kanun bakımından kıdem tazminatına hak kazanma açısından herhangi bir sebep yeterli olacaktır¹⁰².

Uygulamada sıklıkla karşılaşılan problemlerden birisi; alt işverenlerin sürekli değişmesi ve kıdem tazminatı için aranan asgari 1 yıllık çalışma şartının bu nedenle tamamlanamaması ya da işçiler asgari çalışma şartını sağlasalar dahi alt işverenler tarafından kıdem tazminatlarının çoğunlukla ödenmemesi ve böyle bir uyumsuzluk durumunda alt işverenlere ulaşılamaması nedeniyle birlikte sorumluluk kapsamında tüm sorumluluğun asıl işverene bırakılmasıydı. 6552 sayılı Kanun ile bu sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Ancak Kanunun bu hükmünün yalnızca kamu kesiminde çalıştırılan alt işveren işçilerini kapsamaması her ne kadar bu kesimdeki işçilerin sorununu çözmeye yönelik önemli bir adım olsa da özel sektörde çalışan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatı yönünden bu yöndeki sorunları devam etmektedir¹⁰³.

E. İşyeri Devri Halinde İş Sözleşmesi ve İşçilik Alacakları Üzerinde Etkisi

İşyerinin devri konusunun hukukî düzenlemelerde yer almasının gerekçesi, işyeri devri ile işveren tarafında değişiklik olduğu takdirde işçilerin iş sözleşmelerinin, bunlardan doğan alacaklarının korunmasıdır. Bu koruma, getirilen düzenlemelerle çeşitli şekillerde sağlanmaya çalışılmıştır. Nitekim devir ile birlikte devralan işverene yalnızca alacaklar değil aynı zamanda borçlarda devredilmektedir. Devreden işveren, devralanla birlikte belirli süre müteselsil sorumludur. İşyeri devri, iş sözleşmesinin fesih için geçerli sebep arasında gösterilmemiştir. Bu durumlar işçilerin iş sözleşmelerini ve sözleşmeden doğan alacaklarını korumaya yönelik hükümlerdir¹⁰⁴.

F. İşverenin İşçiyi Bilgilendirme Yükümlülüğü

İşçiyi bilgilendirme yükümlülüğünün önemi, işveren değişikliği nedeniyle işçiler için çalışma koşullarında esaslı değişiklik getirebileceği ve bu hususun mesleki geleceğe etkide bulunabileceğindedir. AB yönergesinde; işçi temsilcilerinin, bunların bulunmadığı yerlerde

102 AYDIN: s. 21.

103 AYDINLI: s. 90, 91.

104 ALPAGUT: s. 115.

işverenin bilgilendirme yükümlülüğüne değinilmiştir. Bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında iş ilişkisinden doğan yükümlülüklerin devam edip etmeyeceği veya değişiklik söz konusu olup olmayacağı, devreden ve devralan işverenin sorumluluklarına dair esaslar ve iş güvencesi hükümleri girmektedir. Devralan işverenin iş ilişkisine taraf olması, toplu iş sözleşmesi hükümlerinin akıbeti, işçinin itiraz hakkı ve itiraz halinde işçinin hakları da bilgilendirme yükümlülüğü içerisinde bulunmaktadır. Ancak bizim hukukumuzda işyerinin devri halinde işçiyi bilgilendirme yükümlülüğüne dair herhangi bir hüküm bulunmamaktadır¹⁰⁵.

G. İşyeri Devri ve Fesih Hakkı Arasındaki İlişki

İş Kanununda işyeri devrinin ele alındığı 6. madde işyeri devri halinde feshe ilişkin düzenlemeyi de içermektedir. Buna göre; “Devreden veya devralan işveren iş sözleşmesini sırf işyerinin veya işyerinin bir bölümünün devrinden dolayı feshedemez ve devir işçi yönünden fesih için haklı sebep oluşturmaz. Devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin yahut iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakları veya işçi ve işverenlerin haklı sebeplerden derhal fesih hakları saklıdır.” (md. 6/V) İlk bakışta bu düzenlemenin işyerinin devri durumlarında taraflara fesih hakkı tanımadığı sonucu çıkarılsa da düzenleme yasaklama amacından daha çok fesih hakkı yönünden sınırlayıcı niteliğe sahiptir¹⁰⁶.

İş Kanunu bakımından devir; devreden ve devralan işveren bakımından süreli fesih nedeni olamaz. Ancak düzenlemede görüldüğü üzere ekonomik ve teknolojik sebeplerle veya iş organizasyonunun gerekli kıldığı hallerde taraflar süreli fesih hakkını kullanabileceklerdir. 4857 sayılı Kanunda yer alan fesih yasağına ilişkin düzenleme işçilerin iş güvencesine sahip olup olmaması bakımından herhangi bir ayırım getirmemiştir¹⁰⁷. Ayrıca İş Kanununda yer alan düzenleme işçi bakımından işyeri devrinin tek başına haklı nedenle fesih sebebi olmayacağına ilişkindir. Bunun dışında işçi isterse devirden önce veya devirden sonra iş sözleşmesini bildirim sürelerine uyararak feshedebilecektir. Böyle bir durumda işçi fesih bildirim sürelerine uymakla yükümlü olacaktır. İşçinin süreli fesih bildiriminde bulunması halinde bu süreler içerisinde işyeri devredilmişse iş sözleşmesi devirden sonra sona ermiş sayılacağı için, devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁰⁸. TTK’da yer alan düzenleme ise İK’dan farklı bir düzenleme getirmiş ve daha önce de belirtildiği üzere devir halinde işçiye itiraz hakkı tanımıştır. Böylelikle birleşme, bölünme, tür değiştirme dahi olsa devir halinde işçi, işyerinin devralana geçişine itiraz edebilecektir. İtiraz hali iş sözleşmesinin devamını değil sona ermesi olarak anlaşılmalıdır. Bu durumda iş sözleşmesi bildirim sürelerine uyularak nasıl feshedilecekse işyeri devrine itiraz eden işçinin iş sözleşmesi de bu şekilde sona erecektir. Bu fesih kanunda düzenlenen hali ile kendine özgü bir fesih türüdür. Çünkü işçiye tanınan itiraz hakkı ile iş sözleşmesinin sona ermiş olması ne işçi tarafından fesih ne de işveren tarafından fesih olarak

105 ALPAGUT: s. 184, 185.

106 ALPAGUT: s. 117, 118.

107 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 279.

108 ÖZKARACA: s. 282.

değerlendirilebilir. İş sözleşmesinin bu şekilde sona ermesi halinde işçinin kıdem tazminatından mahrum kalması, İş Hukukunun işçiyi koruma ilkesi çerçevesinde düşünülmemesi gerekir. Böyle bir durumda TTK açısından devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğu gündeme gelecektir. Bilindiği üzere 4857 sayılı Kanun birleşme, bölünme ve tür değiştirme hallerinde müteselsil sorumluluğu kabul etmemiş olsa da TTK bu hallerde de müteselsil sorumluluğu kabul etmiş üstelik 4857 sayılı Kanunda yer aldığı gibi müteselsil sorumluluğa ilişkin azami bir süre sınırlaması getirmemiştir¹⁰⁹.

Türk Borçlar Kanununda yer alan düzenlemede ise her ne kadar açıkça devrin iş sözleşmesini fesih nedeni olmayacağı düzenlenmemişse de 428. madde kapsamında yer alan düzenlemeden bu yasağa örtülü bir şekilde yer verildiği söylenebilir¹¹⁰.

İşçi, iş sözleşmesinin işyerinin devri nedeni ile feshedildiği iddiasında ise bu durumda feshe karşı başvuracağı hukukî yol iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre değerlendirilecektir. Ancak bu durumun kanunî dayanağı İş Kanununun 6. maddesinden değil, kanunun feshe ilişkin esaslarından kaynaklanmaktadır.

İşyeri devri çalışma koşullarında esaslı değişikliğe neden olmuşsa örneğin devirden önce vasıflı bir işçi olarak çalışmaktayken devirden sonra bu niteliği taşımayan bir iş ile görevlendirilmişse böyle bir durum devam eden iş sözleşmesinde işçi aleyhine tek taraflı esaslı değişiklik anlamına gelir. Böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesini İK 22. maddesi kapsamında fesih hakkı doğar¹¹¹.

SONUÇ

Ekonomik koşullar nedeni ile uygulamada oldukça sık karşılaşılan işyeri devirlerine ilişkin kanunda açık düzenleme yapılması tarafların menfaatleri yönünden kaçınılmaz bir durumdur.

4857 sayılı Kanun ile ilk defa kapsamlı olarak düzenleme altına alınan işyeri devri; işçi hakları ve işçilik alacakları bakımından ele alınması gereken iş güvencesini etkileyen konulardan birisidir. İşyeri devri bütün olarak ele alındığında oldukça geniş kapsamlı ve çeşitli yönlerden incelenebilecek bir düzenlemedir. Güçsüz ve zayıf olanı koruma anlayışı içerisinde gelişen iş hukuku doğumundan bu yana işçilik hakları ve alacaklarını koruma altına almaya çalışmış ve yapılan düzenlemeler bu anlayış çerçevesinde geliştirilmiştir. İşyeri devri konusu ele alındığında kanun kapsamında herhangi bir tanım getirilmemiş ancak devrin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler ve devir halinde işverenlerin sorumluluklarına ilişkin düzenleme yer almıştır. Kanun hükmü işyerinin devri halinde mevcut iş sözleşmelerinin devralana geçeceğini düzenlediği için devirden önce sona eren iş sözleşmeleri bakımından devralan işverenin herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Hüküm ile devreden işverenin sorumluluğu da düzenlenmiştir. Devreden işverenin sorumluluğu sınırlı ve devralan işverenle müteselsil olarak düzenlenmiştir. Buna göre devreden işveren,

109 ŞAKAR: s. 162, 163. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 286, 287.

110 MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI/BAYSAL: s. 291.

111 SÜZEK: İşyeri Devri ve Hukuki Sonuçları. s. 321.

devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan sorumlu olacak ancak sorumluluğu devir tarihinden itibaren 2 yıl geçerli olabilecektir

4857 sayılı İş Kanunu kapsamında devreden ve devralan işverenlerin sorumlulukları müteselsil sorumluluk esasına göre ele alınacaktır. Kanun kapsamında tüzel kişiliklerin birleşme, katılma ya da türünün değişmesi ile sona ermesi halinde bu sorumluluk esasının uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanununda bu hallerde de müteselsil sorumluluk esasının uygulanacağı düzenlenmiştir. Hem sonraki kanun hem özel kanun olması sebebi ile İş Kanunu ile hükümlerin çatışması halinde TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İş Kanunu kapsamında işyeri devri halinde işçiye itiraz hakkı tanınmamış ve devrin fesih için haklı bir sebep olamayacağı belirtilmiştir. TTK'da ise bu düzenlemeden çok farklı olarak işçiye devre itiraz hakkı tanınmıştır. Her ne kadar açık bir düzenleme bulunmasa da Kanunun ve düzenlemenin amacından yola çıkılarak yapılacak yorumda devre itiraz eden ve bu nedenle iş sözleşmesi sona eren işçinin kıdem tazminatı hakkının ortadan kalkmaması gerekir. TTK kapsamında devreden ve devralan işverenin müteselsil sorumluluğuna ilişkin azami bir süre belirtilmemiştir. Yine İş Kanunundan farklı olarak TTK'da yer alan bir diğer düzenlemeyi devir halinde işçinin teminat talebi oluşturmaktadır.

İşyeri devri ile ilişkili konulardan bir diğerini devir halinde işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Her ne kadar AB yönergelerinde işyeri devri halinde işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü getirilmişse de bizim hukukumuzda devir halinde devreden veya devralan işverenin, işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

İşyeri devri halinde işçiye tanınan itiraz hakkı 4857 sayılı Kanun kapsamında değil TTK kapsamında getirilmiş bir düzenlemedir. Bu nedenle İş Kanununun uygulanacağı bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda işçi yalnızca devri gerekçe göstererek iş sözleşmesini feshedemeyecektir. Ancak Kanun devreden veya devralan işverenin ekonomik ve teknolojik sebeplerin veya iş organizasyonu değişikliğinin gerekli kıldığı fesih hakkını veya işçi ve işverenin haklı sebeplerle derhal fesih hakkını saklı tutmuştur. TTK'da yer alan düzenleme ise işyeri devri halinde işçiye itiraz hakkı tanımıştır. Bu durumda devir nedeni ile iş sözleşmesini feshetmek isteyen işçilerin iş sözleşmeleri, kanunî bildirim süreleri sonunda sona erecektir.

KAYNAKÇA

- ALP, Mustafa.** (2012) Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi (TTK 178; 158; 190). Çalışma ve Toplum Dergisi. Sayı: (32). 51-74.
- AKTAY, A. Nizamettin; ARICI, Kadir ve SENYEN KAPLAN, E. Tuncay.** (2013). İş Hukuku, Ankara.
- AKYİĞİT, Ercan.** (2008). İş Kanunu Şerhi C I. Ankara.
- ALPAGUT, Gülsevil.** (2010). İşyerinin Devri ve İş Sözleşmesini Fesih Hakkı. İstanbul:
- ARKAN, Sabih.** (2018). Ticarî İşletme Hukuku. Ankara.
- ASTARLI, Muhittin,** (2013) Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı. Çalışma ve Toplum Dergisi. Sayı: 36. 69-105.

- AYDIN, Sema., KAPLAN, Hasan Ali ve KALYON, Arzu Şen.** (2013). Ticari İşletme Devri ve Devrin Hukukî Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/17_1-2_8.pdf)
- AYDIN, Ufuk.** (2015). 6552 Sayılı (Torba) Yasa Sonrası Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri. Sosyal Güvenlik Dergisi. Cilt:5, Sayı: 1. 9-31.
- AYDINLI, İbrahim.** (2014). 6552 sayılı Kanunda Alt İşveren Kurumunda Yapılan Yeni Düzenlemeler ve Değişiklikler., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. Cilt: XVIII, Sayı: 3-4. 77-99.
- BAHTİYAR, Mehmet.** (2009). Ticari İşletme Hukuku. İstanbul.
- BAYSAL, Ulaş.** (2012). Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinin Devri Halinde Devredenin Birlikte Sorumluluğu. Sicil İş Hukuku Dergisi. Sayı: 25. 54-60.
- ÇANKAYA, O. Güven., ÇİL, Şahin.** (2009). İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara.
- ÇELİK, Nuri., CANİKLİOĞLU, Nurşen. ve CANBOLAT, Talat.** (2018). İş Hukuku Dersleri, İstanbul.
- ÇİL, Şahin.** (2009). Uygulamaya Yansıyan Yönüyle Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisi. İstanbul, (Alt İşveren-Asıl İşveren) İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu Kadir Has Üniversitesi.
- ÇİL, Şahin.** (2007). 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi. Ankara.
- EREN, Fikret.** (2015). Borçlar Hukuku Özel Hükümler. Ankara.
- EREN, Fikret.** (2017) Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara.
- ERTAN, Emre.** (2017). İş Sözleşmesinin İşçi ve İşveren Sifatının Birleşmesiyle Sona Ermesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. Sayı: 38, 71-86.
- ESEN, Bünyamin., DEKDAŞ, Fikret.** (2014) İşyerinin Devri Halinde Sosyal Güvenlik Hukuku Yönünden Prim Borçlarından Doğan Hukukî Sorumluluk. Terazi Hukuk Dergisi. Sayı: 94.
- GÜNAY, Cevdet İlhan.** (2009). Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti. Ankara
- GÜZEL, Ali.** (1987). İşverenin Değişmesi, İşyerinin devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul
- GÜZEL, Ali., OKUR A. Rıza., CANİKLİOĞLU, Nurşen.** (2016). Sosyal Güvenlik Hukuku. İstanbul.
- KARAMAN, Mehmet Halis.** (2018). Deniz İş Kanunu Kapsamında Çalışan İşçilerin Yıllık Ücretli İzin Hakkı. Sicil İş Hukuku Dergisi. Sayı: 40, 114-131.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi., ASTARLI, Muhittin ve BAYSAL, Ulaş.** (2014). İş Hukuku. Ankara.
- ÖZKARACA, Ercüment.** (2008). İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu. İstanbul.
- ÖZKARACA, Ercüment.** (2009). İşyerinin Devri Hali İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu.(Hukukî Sorumluluk) İstanbul: İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi.
- SAYIN, A. Kemal.** (2015) Türk Hukukunda Alt İşveren Uygulaması: Kamu Kuruluşlarının Personel Çalışmasına Dayalı Hizmet Alımlarında 6552 Sayılı Kanunun Getirdiği Yeni Yaklaşımlar. Sosyal Siyaset Konferansları. 60-98.
- SÜMER, H. Hadi.** (2013). Bireysel Basın İş Hukuku. Konya.
- SÜZEK, Sarper.** (2019). İş Hukuku. İstanbul.
- SÜZEK, Sarper.** (2014). İşyeri Devri ve Hukukî Sonuçları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Vol. 15
- ŞAKAR, Müjdat.** (2015). Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu, İstanbul.
- ŞENER, Oruç Hami.** (2016). Ticari İşletme Hukuku. Ankara.
- TATAR, Gülsüm.** (2011). İşyeri Devrinin Kazanılmış Haklara Etkisi. Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası. (http://www.tuhis.org.tr/resim/files/yay%C4%B1n_74.pd)

- TATAR, Gülsüm.** (2017). Sosyal Güvenlik Hukukunda Müteselsil Sorumluluk. Çalışma ve Toplum Dergisi. Sayı: 55. 2133-2170.
- TUNCAY, Can., EKMEKÇİ, Ömer.** (2016). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri. 18. Bası, İstanbul.
- UÇUM, MEHMET.** (2003). Yeni İş Kanunu Seminer Notları, İstanbul.
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)
- Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları. 2015/3, (46).
- Çalışma ve Toplum Dergisi Yargıtay Kararları 2016/2, (49).
- Çalışma ve Toplum Dergisi – Yargıtay Kararları. 2017/1, (52).
- <https://www.hukukmedeniyeti.org/karar/1814/alt-isveren-ust-isveren-isyerinin-devri/> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)
- <http://genel-is.org.tr/uploads/ALT-ISVERENLERIN-DEGISMESININ-HUKUKI-NITELIGI.pdf> (Erişim Tarihi: 06.09.2019)

Alman ve Türk Mahkeme Kararlarında Suçun İşlendiği Yerde Bulunmanın İştirak Açısından Niteliği

The Quality of the Presence in the Crime Scene With Regard to Participation in Crime in German and Turkish Court Decisions

Muhammed DEMİREL* 

Öz

Failin yanında bazen suç ortakları bulunur. Suç ortakları, genellikle faili aktif olarak desteklerler. Ancak bazı durumlarda suç ortakları, suça iştirak etmelerine rağmen failin yanında pasif kalırlar. Keza suça iştirak etmeyen kişiler de failin yanında suç işlenirken pasif şekilde bekleyebilirler. İştirak bakımından temel sorunlardan biri, failin suçu işlediği anda failin yanında pasif şekilde bulunan kişinin işlenen suça iştirak edip etmediğidir. Çalışmada failin yanında pasif şekilde bekleyen bu kişinin durumunun ne olacağı irdelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Yardım Etme, Müşterek Fail, İştirak, Salt Olay Yerinde Bulunma, İhmal.

Abstract

Sometimes there are participants near the offender. These participants usually actively support the offender. However, the participants sometimes passively stand near the offender despite their participation in crime. In addition to this sometimes people who don't participate in crime can also passively stand with the offender while the offense is committed. One of the basic problems with regards to participating in crime is whether the person participate or not which stood passively near the offender while the offender commits the crime. In this article the status of this person who stands passive near the offender will be examined.

Keywords: Aiding, Accomplice, Participation, Only The Presence In The Crime Scene, Omission.

A. Genel Olarak

Bu çalışmada incelenecek olan temel husus, kişinin salt fiilin işlendiği yerde bulunmasının yardım etme olarak kabul edilip edilmeyeceği, yardım etme olarak görülecekse de bunun ölçütlerinin ne olduğudur. Zira suçu işleyen failin yanında pasif bir şekilde bekleyen kişiler, suça iştirak ederek

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi. Eleştiri ve öneriler için E-Mail: muhammedemirel@gmail.com.

ya da etmeyerek bekliyor olabilirler. Dolayısıyla pasif olarak bekleyen bu kişilerin, suça iştirak edip etmediklerinin ve keza iştirak etmiş iseler hangi iştirak statüsü ile iştirak ettiklerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Çalışmamızda konunun teorik taraflarından ziyade daha çok Alman uygulaması ortaya konularak Türk uygulamasının ne yönde olduğuna dair açıklamalar yapılacak ve söz konusu mahkeme kararlarına dair bir değerlendirmeye yer verilecektir.

Öncelikle gerek Türk hukukunda gerekse Alman hukukunda suça yardım etmeden ne anlaşılması gerektiği hususunun ortaya konulmasında fayda bulunmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nun 39'uncu maddesine göre şu haller yardım etme olarak kabul edilmiştir: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak. Alman Ceza Kanunu'nun 27'nci paragrafında ise bir başkasının kasıtlı olarak işlediği hukuka aykırı fiile kasıtlı olarak yardım sağlayan kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulacağı belirtilmiş, Türk Ceza Kanunu'nda olduğu gibi yardım etmeden ne anlaşılacağı detaylı bir şekilde açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu nedenle Alman hukukunda yardım etmenin kapsamı doktrine bırakılmıştır.

Elbette bu çalışma kapsamında yardım etmeden ne anlaşılması gerektiği hususunda kapsamlı bir irdeleme yapılmayacak, yukarıda da belirtildiği üzere yalnızca suçun işlendiği esnada failin yanında pasif şekilde bulunan kişinin Alman ve Türk mahkeme kararlarında yardım eden olarak kabul edilip edilmediği, ulaşılan sonuç açısından hangi ölçütlerin esas alındığı, doktrindeki yaklaşımın tam olarak ne yönde olduğu hususları üzerinde durulacaktır. Nitekim yardım etmenin ne olduğu, bu konuda ne tür görüşlerin olduğu ayrı bir incelemenin konusudur¹. Buna rağmen yer yer yardım etmeye dair teorik konulardan da yararlanılacaktır. Bu kapsamda irdeleme yapılırken öncelikli olarak Alman hukukundan yararlanılacak, daha sonra Türk hukuku bakımından değerlendirmelere yer verilecektir.

B. Alman Yüksek Mahkeme Kararları

Her ne kadar failin fiili işlediği esnada üçüncü bir kişinin failin yanında beklemesinin failin fiili işleme kararının kuvvetlenmesine olumlu anlamda bir etki edeceği belirtilebilecek olsa da incelememizde de görülecek olduğu üzere Alman doktrininde bu tartışmalar da tamamen Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH)'nin bu konuda verdiği eski tarihli kararlar üzerinden yapılmaktadır.

Buna göre Alman Federal Yüksek Mahkemesi, özellikle eski tarihli kararları başta olmak üzere birçok kararında üçüncü kişinin sırf fiilin işlendiği yerde, failin yanında bulunmasını manevi yardım etme olarak kabul etmiştir². Daha açık bir ifadeyle mahkeme kararlarında birçok defa

1 Bu konuda detaylı inceleme için bakınız **Muhammed Demirel**, "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt. 5, 2017, s. 119-161.

2 BGH 345, 66 (**Wolfgang Joecks**, "Täterschaft und Teilnahme", Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band

kişinin salt olay yerinde bulunuyor olması, o kişinin fiilin işlenmesine dair failin kararı üzerinde hangi şekilde bir etkiye neden olduğu ve bunun fiilin gerçekleştirilmesi üzerinde dolaylı olarak hangi şekilde bir etkiye sahip olabileceği belli olmaksızın yardım eden olarak sorumlu tutulması ve cezalandırılması düşüncesi benimsenmiştir. Nitekim bir kararında yol kesmek suretiyle yağma suçunu işleyen failin yanında duran kişinin, *mağdurun lehine bir takım davranışlar sergilemesine rağmen* sırf failin yanında bulunduğu için manevi olarak faile bir destekte bulunduğunu kabul eden ve kişiyi yardım eden olarak sorumlu tutan Alman Federal Yüksek Mahkemesi, fiili işlediği esnada failin yanında hareketsiz bir şekilde dursa bile bu kişinin salt bu şekilde failin yanında durmasının failin kendinde yüksek bir güven duygusu oluşmasına neden olması, yani failin kendisine daha fazla güven hissi duymasına yol açması halinde, yardım etmenin kabul edilebileceği yönünde karar vermiştir³.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki en önemli kararlarından biri, 3. Senato tarafından verilen üç İtalyan ve onların iki avukatının bir restoranda yemek yedikleri bir esnada işledikleri şantaj suçuna karşılık olarak henüz işe yeni başlayan avukatlardan birisinin, bu duruma ortak olmamasına rağmen ofiste acemi olması nedeniyle ofis arkadaşına saygı göstermekle yükümlü olduğu inancıyla masada sessiz kaldığı olayda işe yeni başlayan bu avukatın da işlenen şantaj suçunu destekleyici bir davranışta bulunduğu sonucuna ulaştığı karardır⁴.

Sanığın, bu şekilde sessiz kalmasının altında yatan neden olarak büronun yeni çalışanı olması hasebiyle mesleki anlamda tecrübeli çalışanlarını dostça bir şekilde düşünme yükümlülüğü olduğuna inanmasını ileri sürmesine ve bu olayda manevi yardım eden olarak sorumlu tutulmasını gerektirebilecek şekilde pozitif bir harekette bulunmadığı yönünde savunmada bulunmasına karşılık Alman Federal Yüksek Mahkemesi, sanığın bu savunmasını kabul etmemiştir. Mahkeme, sanığın fiilin işlenmesi esnasında olay yerinde bulunmasının kınanabilirliğinin, neticenin önlenmesine yönelik yükümlülüğü ihlal etmesinden kaynaklanmadığını, ancak sanığın şantajı fark ettiği anda olay yerinden uzaklaşarak olumlu bir harekette bulunabileceğini, hemen olay yerinden uzaklaşabilecek veya diğer katılımcıların desteklenmesine karşı önlem alabilecek durumda olmasına rağmen bu tür *olumlu* davranışlarda bulunmadığını belirterek manevi yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Böylelikle mahkeme, oldukça ilginç bir şekilde bir kimsenin ihmali hareketi nedeniyle manevi yardım eden olarak sorumlu tutulmasını, neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığına bağlı tutmamıştır. Yani pasif bir konuşmacı olan

1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003, § 27 kn. 9).

3 BGH bD MDR 1967, s. 173 (**Bernd Schünemann**, "Täterschaft und Teilnahme", Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010, § 27 kn. 51; **Kristian Kühn**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Vahlen, München 2017, § 20 kn. 228; **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck, München 2003, § 26 kn. 204); Bu kararın eleştirisi için bkz. **Schünemann**, § 27 Kn. 51; Başka mahkeme kararları için bkz. **Kristian Stoffers**, "Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht", Jura 1993, s. 13.

4 BGH, Urt. v. 10.02.1982 – 3StR 398/81 (StV 1982, s. 516, 518 – **Stoffers**, s. 16); **Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf/Dieter Dölling/Christian Laue/Joachim Renzikowski**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014, § 52 kn. 25; **Kühn**, § 20 kn. 228).

kimsenin hareketsiz kalmak suretiyle gerçekleştirdiği ihmalî hareketi de Alman mahkemesine göre yardım etme için yeterlidir⁵.

Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu kararı, Alman doktrininde oldukça sert bir şekilde eleştirilmiş, kişinin mevcut durumu kınadığını, tasvip etmediğini olay yerini terk etmek veya herhangi bir şekilde protesto etmek suretiyle göstermeyi ihmal ettiğinin belirtilebilmesi için ortada kişinin neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması gerektiğine, zira kişinin ancak böyle bir durumda cezalandırılmasının mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir⁶. Yani kişinin suçu önleme yükümlülüğünün bulunmadığı bir durumda sırf sessiz kalması nedeniyle yardım eden olarak sorumlu tutulmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı belirtilmiştir⁷. Daha açık bir ifadeyle mahkemenin bu kararıyla bir anlamda garantör yükümlülüğü koşulunun ortadan kaldırılmış olacağı, gerçek olmayan ihmalî hareketler nedeniyle de cezalandırılabilir bir yardım

5 **Stoffers**, s. 16.

6 **Stoffers**, s. 15; **Kühl**, § 20 kn. 228; **Hans-Heinrich Jescheck/Thomas, Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humboldt, Berlin 1996, s. 602, 604; **Uwe Murmann**, Grundkurs Strafrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, München 2015, 27/130; **Roxin**, § 26 Kn. 206; **Schünemann**, § 27 kn. 16.

7 **Kühl**, § 20 kn. 228; **Schünemann**, § 27 kn. 16; **Volker Krey/Robert Esser**, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2012, kn. 1077; **Stoffers**, s. 13; **Martina Baunack**, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, Duncker&Humboldt, Berlin 1999, s. 155. *Krey/Esser*, BGH tarafından salt olay yerinde bulunmanın da yardım etme olarak kabul edilebileceğine ilişkin kararına karşı çıkılabileceğine, zira bu tür durumlarda muhakkak bir farklılaştırma yapılması gerektiğine vurgu yapmıştır. Buna göre *Krey/Esser*, olay yerinde bulunan bir kimsenin sadece ihmalî olarak hareket ettiği durumlarda değil, aynı zamanda icrai hareketle bulunduğu durumlarda da doğrudan yardım eden olarak nitelendirilemeyeceğine dikkat çekmiş ve ancak olay yerinde bulunan kişinin icra hareketleriyle inandırıcı nitelikte hareketlerde bulunması suretiyle yardım eden olarak nitelendirilebileceğine işaret etmiştir. Bu tür icra suretiyle somut olarak yardımda bulunma hareketleri durumunda maddi ve manevi yardım etmeden söz edilebileceğini ifade etmiştir. Dolayısıyla *Krey/Esser*, tehdide maruz kalan mağdur üzerinde failin yanında bulunan kavgacı tipli iki kişinin salt tehdit içeren hareketlerde bulunan failin yanında bulunmasının failin hareketlerini çok fazla etkilemeyeceğini ifade etmiştir (**Krey/Esser**, § 32 kn. 1077); *Roxin* ise, mahkemenin ulaştığı bu karar dikkate alındığında her suçun işlendiği esnada olay yerinde pasif, amiyane tabirle avare bir şekilde bulunan ve olaya müdahale etmeyen kişinin şaşkınlık yahut da merak içerisinde olayı izlemesi durumlarında kişilerin bu hareketsizliklerinin failin icrasına yönelik kararını kuvvetlendireceği gerekçesiyle yardım eden olarak sorumlu tutulmaları gerektiğini, ancak böyle bir sonucun sürdürülemez olduğunu ifade etmiştir. Bununla birlikte *Roxin*, böyle bir kabul halinde kanunda yer alan ve garantör olmaksızın yardım yükümlülüğünün öngörüldüğü Planlanan Suçu İhbar Etmeme ve Yardım Etmeme Suçu şeklindeki düzenlemelerin de sınırlarının kanuna aykırı bir şekilde ortadan kaldırılmış olacağını, ayrıca BGH'nın kişileri yardım eden olarak kabul etmesine esas olarak dayandığı kişinin olay yerini terk dahi etmemesi, diğer bir deyişle mahkemenin kişiyi yardım eden olarak kabul etmemesi için kişinin olay yerinden uzaklaşmasını yeterli görmesi dikkate alındığında, kişinin olay yerinden sadece uzaklaşmasının mağdura getirisinin ne olacağını da belirsiz olduğunu, kişinin, olay yerinden uzaklaşmasının mağdura bir yararı olmadığına göre pasif bir şekilde olay yerinde bulunmasının da mağdura bir zararı olmadığına ve dolayısıyla da yardım etmenin cezalandırma temelini bulunmadığının kabul edilebileceğini belirtmiştir (**Roxin**, § 26 kn. 207). Benzer düşünce, BGH'nın 3. Senatosunun bu kararının, failin olay yerinde bulunan seyirci konumundaki kişinin bulunmasının failin fiili işleme kararını kuvvetlendirmesi halinde garantör olmayan kimselerin de salt olay yerinde buldukları her durumun yardım etme olarak cezalandırılmaları gibi sürdürülemez bir sonucu beraberinde getirmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır. Ancak gerek Alman Ceza Kanunu'nda (§§ 138, 323c), gerekse Türk Ceza Kanunu'nda (TCK md. 98) yer alan kanuni düzenlemeler dikkate alındığında garantör olmayan kişilerin hareket yükümlülüklerinin sınırlandırıldığı rahatlıkla tespit edilebileceğinden hareketle BGH'nın verdiği karara karşı konulabileceği ileri sürülmektedir (**Schünemann**, § 27 kn. 16). Yardım etmeme ve görünüşte ihmalî suçlar arasındaki ilişki için bkz. Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, On İki Levha, İstanbul 2019, s. 101-123.

etmenin kabul edileceği, bunun da ihmal suretiyle yardım etmeye dair sınırları belirsiz hale getireceği, hatta silinmesine neden olabileceği hususları vurgulanmıştır⁸.

Nitekim doktrindeki bu itirazlara uygun şekilde Hollanda'dan Almanya'ya araçla dönüş yapmakta olan sanığın, arabadaki iki yolcunun da eroin ithal etmek istediklerini fark etmesi üzerine her iki yolcunun bu planlarını hoş karşılamadığını söyleyip kişileri ayıplamasına rağmen sınırda yapılan sorguda her iki yolcunun da tatilciymiş şeklindeki göz boyayıcı davranışları karşısında ses çıkarmaması üzerine kişinin bu sessizliğinin failerde kendilerinin ele verilmeyeceklerine dair güven oluşmasına ve fiili işleme yönündeki kararlarının kuvvetlenmesine neden olduğu için yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşan yerel mahkeme kararı bakımından Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin 2. Senatosu, 3. *Senato'nun yukarıdaki kararında yer verilen ifadelerin*⁹ tam aksini kullanarak yerel mahkemenin söz konusu kararını, bu kuvvetlendirmenin salt ihmali hareketten ibaret olduğu, bunun ise garantörlük olmaksızın cezalandırılabilir olmadığı şeklindeki gerekçelerle bozmuştur¹⁰.

Böylelikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi, son dönemki kararlarında eski kararlarındaki görüşünü değiştirmiş¹¹ fiilin işlendiği yerde bulunmak suretiyle fiilden haberdar olunması ve fiilin tasvip edilmesinin cezalandırılabilir yardım etme için yeterli olmadığı görüşünü benimsemiştir. Ayrıca bu sorun üzerine özellikle yoğunlaşan mahkeme, yardım etmenin kabulü için somut kapsamda başkası tarafından gerçekleştirilen bir fiilin işlenmesine hangi ölçüde objektif destekte bulunduğu ve fiilin işlenmesinin kolaylaştırıldığı, keza yardım edenin kastının ne derece bulunduğu şeklinde başka belirtilerin varlığının tespit edilmesi konusunda da daha özenli davranmaya çalışmıştır¹².

Yani Alman Federal Yüksek Mahkemesi, eski kararlarında olduğu gibi ne fiilin salt tek taraflı olarak bilinmesini ne de salt failin yanında bulunmayı aktif yardım etme katkısı olarak yeterli

8 **Maurach/Gössel/Zipf**, § 52 kn. 25; **Roxin**, § 26 kn. 205; **Schünemann**, § 27 kn. 16; **Joeks**, § 27 kn. 9, 41, 42; **Krey/ Esser**, kn. 1077; **Günther Heine/Bettina Weißer**, "Täterschaft und Teilnahme", Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014, § 27 kn. 15.

9 Mahkemenin 3. Senatosu tarafından verilen kararı için bakınız 5 nolu dipnot: BGH, Urt. v. 10.02.1982 – 3StR 398/81 (StV 1982, s. 516, 518 – **Stoffers**, s. 16).

10 BGH StV 1982, 516 (**Roxin**, § 26 kn. 206).

11 Alman Yüksek Mahkemesinin bu görüş değişikliği o kadar belirgin ki 1995 yılındaki bir kararında yardımda bulunan arka plandaki kişinin failin fiili işlediğini bilerek faile eşlik etmesi ve fiilin işlendiği esnada failin yanında mevcut olmasının failin kendine olan güven duygusunu artırması halinde bu defa uyuşturucu madde ticareti suçuna yardım eden olarak kabul eden BGH (BGH NStZ 1995, s. 490 – **Maurach/Gössel/Zipf**, § 52 kn. 26), 2010 yılına ait bir başka kararında evinde uyuşturucu maddelerin bilgisi dahilinde depolanması ve satışının yapılmasına müsamaha göstermesini yardım etme olarak kabul etmemiştir (BGH NStZ 2010, s. 221 – **Maurach/Gössel/Zipf**, § 52 kn. 26).

12 BGH 693/84 (**Joeks**, § 27 kn. 10); BGH NStZ 1993, s. 233; 1996, s. 564 (**Maurach/Gössel/Zipf**, § 52 kn. 25); BGH NStZ 1998, s. 622; BGH NStZ 2002, s. 139 (**Harro Otto**, Grundkurs Strafrecht, De Gruyter, 7. Auflage, Berlin 2004, § 22 kn. 57).

görmüş¹³, fiile yönelik bir katkının muhakkak bir hareketle olması gerektiğini ifade etmiştir¹⁴. Bu nedenle mahkemenin son dönemki görüşüne göre fiilin işlenmesine objektif olarak bir katkıda bulunmaksızın fiilin işlenmesi konusunda bilgi sahibi olunması veya fiilin işlenmesinin tasvip edilmesi, manevi yardım etme olarak nitelendirilmemektedir¹⁵. Fiilin uygun görülmesi için bunun jest veya birtakım sözlerle ifade edilmesi gerektiğinin altı çizilmiştir¹⁶. Buna karşılık failin, gerek duyduğunda yanında hareketsiz de olsa bekleyen kişinin lehine olarak olaya müdahale edeceği düşüncesinden hareket etmesi durumunda da bekleyen kimsenin yardım eden olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmiştir¹⁷. Zira bu tür durumlarda ya failin kendine olan güveninde bir artış olacak ve bu bağlamda fiili işlemeye yönelik kararı gerçek anlamda sabit kılınmış yahut da mağdurun kendini koruma ihtimali bir anlamda karşısında bir kişinin değil de iki kişinin bulunuyor olması nedeniyle azaltılmış olacaktır. Dolayısıyla olay yerinde bulunma suretiyle failin fiilinin tasvip edilmesi yahut da fiilinden haberdar olunması tek başına cezalandırılabilir yardım etme için yeterli olmayacaktır¹⁸.

C. Türk Yargıtay Kararları

Alman hukukuna karşılık Türk Yargıtay'ı, başka unsurların da varlığı dikkate alındığında suçun işlendiği yerde bulunmanın yardım etme olarak kabul edilip edilmeyeceğini tartışmamış, daha çok söz konusu kişinin müşterek fail olup olmayacağını ele almıştır¹⁹. Bu noktada Yargıtay,

13 BGH NStZ 2004, s. 499, 500 (Kühl, § 20 kn. 228); Karl Lackner/Kristian Kühl, Stragesetzbuch, 29. Auflage, C. H. Beck, München 2018, § 27 kn. 4; Schünemann, § 27 Kn. 10; BGH NStZ 1993, s. 385 (Jescheck/Weigend, § 64 III 2 a); BGH NStZ 1995, s. 122 (Heine/Weißer, § 27 kn. 15); BGH NStZ 1999, s. 451; Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C. H. Beck, München 2017, 45/90. Ancak salt failin yanında bulunmayı yardım etme olarak kabul eden mahkeme kararları da bulunmaktadır (BGH StV 1982, s. 517); Bu kararlara haklı eleştiriler için Joecs, § 27 kn. 42; Roxin, § 26 kn. 205; Gerhard Seher, "Grundfalle zur Beihilfe", JuS 2009, s. 795.

14 BGH NStZ 1996, s. 563, 564 (Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 25).

15 BGH NStZ 1998, s. 517, 518 (Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 25); BGH NStZ 1995, 490 (Rengier, kn. 45/90); BGH NStZ 1993, 233 (Lackner/Kühl, § 27 kn. 4).

16 BGH NStZ 1998, s. 622 (Maurach/Gössel/Zipf, § 52 kn. 25).

17 BGH NStZ 1993, s. 535 (Schünemann, § 27 kn. 51).

18 BGH StV 1994, s. 175 (Schünemann, § 27 kn. 51).

19 Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2017/1-284 Esas, 2017/238 Karar sayılı ve 18.04.2017 tarihli kararında, sanığın öldürme eyleminin gerçekleştirildiği sırada bulunduğu yerin öldürme noktasına olan mesafesi gözetildiğinde sanığın, öldürme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kuramadığı, ancak diğer sanıklarla birlikte olay yerine gitmesi, diğer sanıkların eylemlerini gerçekleştirdiği aşamada ve eylem sonrasında olay yerinde beklemesi, öldürme olayından hemen sonra birlikte aynı araçla uzaklaşmaları, suçta kullanılan silahın teminine yardımcı olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, diğer sanıkların gerçekleştirdiği nitelikli öldürme suçuna 5237 Sayılı TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak katıldığının kabulünün gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Buna benzer bir başka karar da şu şekildedir: "Oluşa, dosya içeriğine ve her iki taraftaki sanıkların aksi ispatlanamayan savunmalarına göre, sanık Şakir ile maktulün olaydan dört gün önce sanık Bilal'den 1.500 TL karşılığında iki adet 9 mm.lik tabanca aldıkları, ancak parasını ödemedikleri, bu mesele konusunda anlaşmazlık çıkması üzerine, sanık Bilal'in durumu ağabeyi olan sanık Taner'e bildirdiği, Taner'in de paraların ödenmesi için maktule telefon açtığı, ancak maktulün telefonlara çıkmaması üzerine, sanık Taner'in, yanına sanıklar Bilal, Mustafa, Oktay, Veysel ve Ergin'i alarak maktulün işyerinin bulunduğu iş merkezine geldikleri, sanık Taner'in maktulün işyerine gittiği, diğer sanıklar Bilal, Mustafa, Oktay, Veysel ve Ergin'in de Taner'i ve maktulün işyerini görebilecek bir noktada beklemeye başladıkları, sanık Taner ile maktulün tartışıp kavgayla başlamaları üzerine, sanık Taner ile birlikte gelen sanıkların, bekledikleri yerden olayın olduğu yere geldikleri, sanık Taner ile birlikte gelen sanıklardan Mustafa, Bilal ve Oktay'ın ellerinde tabanca olduğu, karşı tarafta

suçun işlenmesi esnasında birçok katkısı bulunan kişiyi tüm bu katkılarına rağmen yardım eden olarak sorumlu tutarken bazı kararlarında sadece olay yerinde bulunan kişiyi yardım eden olarak kabul etmektedir. Her ne kadar bu iki durum arasında katkıların farklılığı nedeniyle cezanın belirlenmesi noktasında bir ayırım yapıp adil bir sonuca ulaşılmaya çalışılmaktaysa da kararlarda iştirak statüsünün tam manasıyla doğru bir şekilde belirlenmediği ifade edilmelidir.

Öyle ki Yargıtay'ın, ilginç bir şekilde bazen fiilin işlenmesine aktif şekilde katılım sağlayan, fiilin icra hareketlerini de gerçekleştiren kişileri dahi müşterek fail olarak değil de yardım eden olarak kabul ettiği görülmektedir²⁰. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 19.03.2013 tarih ve 1-81/91 sayılı kararında olayın başından itibaren sanık M'nin yanında yer alması ve üzerindeki bıçakla maktule saldırması şeklindeki eylemleri göz önünde bulundurarak kasten öldürme suçunun işlenmesinden önce ve işlenmesi sırasında suçun icrasını kolaylaştırmak suretiyle sanık M'ye yardım edildiğinden bahisle sanık D. hakkında 5237 sayılı TCK'nın 39/2-c maddesi uyarınca aynı maddenin 1. Fıkrasının uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Bununla birlikte Yargıtay, bu kararında sanık D.'nin yardım eden olarak sorumlu tutulmasını, temelde olayda kasten öldürme suçunu gerçekleştiren sanık M'nin eylemine taraftar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylemediği ve bu yönde davranışta bulunmamasına dayandırmıştır.

Bununla birlikte bir kararda faile sağlanan katkının suça yardım etme mi yoksa suça iştirak etmeksizin, sırf suç işleyen kimseyi araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtarmak amacıyla işlenebilen suçluyu kayırma suçunu mu oluşturduğu tartışılmıştır²¹. Bu

da maktul ile sanık Şakir'in ellerinde tabanca bulunduğu, maktul Battal'ın, sanık Şakir'e "ateş edin bunlara" dediği, hangi tarafın ilk önce ateş ettiği belli olmayacak şekilde karşılıklı olarak silahlı çatışmanın yaşandığı, maktulün, sanık Mustafa'nın kullandığı tabanca ile kafasına isabet eden ateşli silah mermi çekirdeği yaralanması sonucu öldüğü, sanık Şakir'in de tabancası ile sanıklar Mustafa, Veysel ve Bilal'i hedef alarak, Bilal'i sol omuz ve sol kasık bölgesinden iki isabetle hayati tehlikeye neden olmayan, ancak hayat fonksiyonlarını ağır derecede etkileyecek şekilde yaraladığı, Veysel'i enseden girip sol yanaktan çıkan ve sağ omuzdan arkadan girip sağ önden çıkan ve hayati tehlikeye neden olan iki adet ateşli silah mermi çekirdeği ile yaraladığı, Mustafa'yı sağ koltuk altında 3 cm.lik sıyrık, sol gluteal bölgenin dış tarafında 2x2 cm.lik ekimoz oluşacak ve basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek şekilde yaraladığı olayda öldürme suçunun işlenmesi üzerinde ortak hakimiyet kuran ve olayın failleri olan sanıklar Mustafa, Bilal ve Oktay ile beraber olay yerine gelen, suçun işlenmesi sırasında olay yerinde bulunan ve faillere manevi destek veren sanıklar Taner, Ergin ve Veysel'in eylemlerinin öldürme suçuna yardım etme suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 39/1. maddesi gereğince cezalandırılmaları gerektiği düşünülmeden yazılı şekilde cezalandırılmalarına karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Y. 1. CD., E. 2010/2481, K. 2010/7378, T. 10.11.2010).

20 "Maktulün ölümüne neden olan bıçak darbesini vuranın olaydan önce elinde bıçak olması ve ... ile birlikte maktul ve kardeşine yönelik tehdit mahiyetinde sözler sarf etmeleri, bu eylemlerinin ardından maktul ve yakınlarının olay yerine gelmesi ve ölümlerle sonuçlanabilecek bir kavganın çıkabileceği hususunun o sırada ...ve ...'in yanında bulunan suça sürüklenen çocuk tarafından öngörülebileceği, buna rağmen maktule yönelik TCK'nın 37. maddesi kapsamında aktif bir eylemi tespit edilemeyen suça sürüklenen çocuğun olay yerinde kalmak ve olaydan sonra da maktul ve yakınlarına yönelik tehdit eyleminde bulunmak suretiyle eylemi gerçekleştirenin suç işleme kararını kuvvetlendirdiği, bu sebeple eyleminin TCK'nın 39. maddesi kapsamında suça yardım niteliğinde olduğu gözetilmeden, dosya kapsamı ile uygun düşmeyecek şekilde suça sürüklenen çocuğun yanında bulunan arkadaşları ile fikir ve irade birliği içerisinde hareket ederek maktul ve kardeşine saldırdığının kabul edilmesi suretiyle yazılı şekilde TCK'nın 37. maddesi delaletiyle cezalandırılmasına karar verilmesi bozmayı gerektirmiş olup..." (Y. 1. CD., E. 2017/1667, K. 2018/4927, T. 26.11.2018)".

21 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2015/1-1146 Esas, 2019/206 Karar sayılı ve 14.03.2019 tarihli kararında öldürme suçunun tanımında yer alan fiili, birlikte karar alarak ve fiil üzerinde hâkimiyet kurmak sureti ile iştirak hâlinde işledikleri, sanığın ise fiilin işlenmesi sırasında....., ve... 'in eylemlerine taraftar olmadığını gösterecek hiçbir engelleyici davranışta bulunmadığı gibi yakın arkadaşı olan ve olay sabahından beri bir şekilde aracını kullandığı ve

noktada konumuz bakımından esas önem arz eden husus ise kararda, “...eylemlerine taraftar olmadığını gösterecek hiçbir engelleyici davranışta bulunmadığı gibi...” şeklinde bir ifadeye yer verilmiş olmasıdır. Yani kişinin işlenen suçta yardım eden olarak sorumlu tutulmasında işlenen fiile taraftar olmadığını gösteren bir davranışta bulunmaması bir neden olarak gösterilmiştir. Bununla birlikte dikkat edilmelidir ki bu durum, kişinin işlenen suçta yardım eden olarak sorumlu tutulmasının tek nedeni olarak da gösterilmemiş, nedenlerden birinin de fiile taraftar olmadığını gösteren bir davranışta bulunmaması olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla Yargıtay’ın bu kararından da anlaşılacağı üzere bir kimsenin işlenen suçta sadece engel olmaması, bu kişinin işlenen suçta yardım eden olarak sorumlu tutulması gibi bir sonucu beraberinde getirmeyecektir. Her ne kadar bir Yargıtay kararında²², sanığın suçun işlenmesine engel olmasının kendisinden beklenemeyeceğinden bahisle suçta yardım etmeden sorumlu tutulamayacağı yönünde ifadelere yer verilmek suretiyle adeta failin yanında bulunup da salt suçta engel olmamanın suçta yardım etme şeklinde bir sorumluluğu beraberinde getirebileceği gibi bir sonuca ulaşılmış olsa da söz konusu kararda engel olmama yönündeki davranışın, faili aynı zamanda mağdurun yanına götürmekle birlikte değerlendirildiği dikkat çekmektedir.

Dolayısıyla kişinin işlenen suçta sadece engel olmaması, suskun kalıp beklemesi gibi davranışlar, doktrinde bazı yazarlar tarafından²³ ve keza Yargıtay²⁴ tarafından ancak *başka davranışlarla*

diğer sanıkların maktule yönelik eylemlerini tamamlayana dek olay yerinden ayrılmadığı, olay yerinde beklemek sureti ile cesaret verdiği inceleme dışı sanıkların eylemlerini işlemelerini kolaylaştırdığı ve olaydan sonra suçun asli failleri olan sanıklar.....ve’i sevk ve idaresindeki araca alarak olay yerinden uzaklaşması hususları bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sanığın eyleminin, adliye karşı işlenen suçlardan olan ve işlenen suçta herhangi bir şekilde iştirak etmeksizin, sırf suç işleyen kimseyi araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtarmak amacıyla işlenebilen suçluyu kayırma suçunu değil, maktul ...’in kasten öldürülmesi suçunun işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak sureti ile kasten öldürme suçuna yardımcı oluşturduğunun kabulünün gerektiği belirtilmiştir.

- 22 “Sanığın tüm aşamalarda suçlamayı reddetmesi, maktulün öldürülmesi olayına fail ya da yardım eden olarak katıldığına dair savunmasının aksine mahkumiyetine yeterli her türlü şüpheden uzak kesin ve inandırıcı delil bulunmaması, maktulün öldürüleceği konusunda bilgisi olmayan sanığın, olay günü dayısı olan sanık Mehmet Ali ile onun arkadaşları olan sanık Osman ve maktul Ali’yi olay yerine götürmesinin tek başına suçta katıldığını kabule yeterli olmaması, oluşa göre sanığın suçun işlenmesine engel olmasının kendisinden beklenemeyeceği anlaşılma, şüpheden sanık yararlanır ilkesi de gözetilerek sanığın öldürmeye yardım suçundan beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi...” Y. 1. CD., 03.11.2014, 1840/4782 – **Cengiz Otacı/Murat Öztekin/Fatih Özyayın**, TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, 2. Bası, Adalet, Ankara 2016, s. 608.
- 23 Bir kimsenin suçun işlendiği yerde salt bulunmasının, suçu işleyen faille birlikte hareket ettiğini, birlikte suç işleme kararının bulunduğu ispata yeterli olmayacağı, faille birlikte suç işleme iradesinin varlığını gösteren başka delillerin de bulunması gerektiği kabul edilmektedir (**Timur Demirbaş**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018, s. 512). Bununla birlikte *Hakeri*, salt olay yerinde bulunmak suretiyle de suçta iştirak edilebileceğini belirtmiş, burada olay yerinde bulunmanın ihmali hareket değil, icrai bir hareket olduğunu ifade etmiştir. Böylelikle yazar, doktrindeki diğer yazarların aksine salt olay yerinde bulunmayı da suçta iştirak olarak kabul etme eğilimi göstermiştir. Bakınız **Hakan Hakeri**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 543. Somut olaydaki davranışın, icrai mi yoksa ihmali mi nitelendirilmesine ilişkin Türk hukukundaki bir çalışma için bkz. Rahime Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştirilişi Biçiminin Tespiti Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 2019, s. 397-449.
- 24 Ceza Genel Kurulunun 19.03.2013 tarih ve 1-81/91 sayılı kararına göre *sanık D’nin, arkadaşı M’nin maktul tarafından yaralandığını gördüğünde olay yerinde buluna bar görevlisi tanıklarla birlikte D. ve maktulü ayırmak ve bacağın bıçaqla yaralanmış olan arkadaşını hemen hastaneye götürmek yerine üzerinde bulunan bıçaqla maktule saldırması, olayın sonuna kadar sanık M’nin yanında bulunması, kasten öldürme eylemini gerçekleştiren sanık M’nin bu eylemine*

birlikte değerlendirilerek yardım etme olarak kabul edilmektedir. Elbette burada failin yanında bekleyen kişinin, fail tarafından işlenecek suççu bilip bilmemesi, faille aralarındaki iletişim de büyük bir önem arz etmektedir. Zaten failin, suççu işlerken yanında bulunan kişiden güç alması, fiilini devam ettirmek noktasında cesaret bulması da, yanındaki kişiyle işleyeceği suçça dair aralarındaki iletişime ve buna bağlı olarak yardım eden konumundaki kişinin desteğini gösteren başka belirtilere dayanacaktır²⁵. Nitekim bir başka Yargıtay kararında, kişilerin failin yanında bulunmalarının yardım etme olarak kabul edilmesi, daha çok silahlı olmalarına dayandırılmıştır²⁶. Bununla birlikte başka bir Yargıtay kararında²⁷ kişinin, faille birlikte suççu

tarafıtar olmadığını gösterecek şekilde engelleyici bir söz söylememesi ve bu yönde herhangi bir davranışta bulunmaması hususları birlikte değerlendirildiğinde sanık D'nin sanık M'nin gerçekleştirdiği kasten öldürme suçuna katıldığının kabulü gerekmektedir (Hakeri, s. 590). Benzer şekilde Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 16.03.1999 tarih ve 5/19-58 sayılı kararında "...Sanık M.E'nin, diğer sanıkların temadi eden kaçırma ve alıkoyma eylemlerine dahil olduğu andan itibaren, gerek mağdurenin o andaki görünümüne ilişkin ayrıntılı açıklaması, gerekse mağdure ile konuşarak gelişmeleri öğrenmesine rağmen diğer sanıkların istekleri doğrultusunda mağdureyi araçla başka yere götürmesi, burada mağdurenin ırzına geçmese dahi diğer sanıkların ikinci kez mağdurenin ırzına geçmelerine engel olmak için girişimde dahi bulunmayıp seyirci kalması ve daha sonra mağdureyi, tanımadan kaçmalarını kolaylaştıracak bir yerde bırakmaları, otosunu diğer sanıkların kullanımına tahsis etmesi zorla alıkoyma fiiline icabı ve selbi fiillerle katıldığını ve bu suçun iştirak iradesiyle hareket ettiğini açıkça ortaya koymaktadır." Şeklindeki ifadelerle bu durumu kabul ettiğini göstermektedir (Demirbaş, s. 512, dipnot 881).

- 25 "Mağdur Yusuf'un sanıklar Gökhan, Tahir, Müjde ve Fatma'nın bulunduğu araca bindirildikten sonra, sanıklar Gökhan ve Tahir tarafından darp edilerek cebinde bulunan 400 TL'nin yağmalandığı ve hürriyetinden yoksun kıldığı olayda; Sanıklar Müjde ve Fatma'nın olayın başlangıcından itibaren müşterek failler olan Gökhan ve Tahir'in yanında yer alıp gerçekleştirecekleri eylemleri bildikleri, onların yanlarında bulunmak suretiyle cesaretlendirdikleri ve manevi olarak güven ortamı oluşturup mağduru araca binmesini kolaylaştırarak yardım eden sıfatıyla Gökhan ve Tahir'in eylemlerine iştirak ettikleri sübuta erdiği halde, yanlışlı değerlendirmeyle mahkumiyetleri yerine yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi..." Y. 1. CD., 17.06.2015, 621/3950 – Otacı/Öztekin/Özaydın, s. 606. "Maktul ile aralarında köklü bir husumet bulunan ve hakkındaki hüküm kesinleşen sanık Alırıza'nın olay günü Yusuf ile birlikte Hüseyin'i kiralık bir araçla Avcılar'dan aldığı, aracı Hüseyin'in kullanmaya başladığı, Maltepe ilçesine geldiklerinde maktulün bulunduğu aracı takibe aldıkları, aracın sağ ön koltuğunda bulunan sanık Alırıza'nın tabanca ile 4 kez ateş etmek suretiyle maktulü öldürdüğü, aracın arka koltuğunda oturmakta olan sanık Yusuf'un olay sırasında Alırıza ve Hüseyin'in yanında yer alarak öldürme eylemine destek olduğu ve olay yerinden birlikte kaçtığı, böylece tasarlayarak öldürme suçuna yardım eden olarak katıldığı anlaşıldığı halde, hakkında TCK'nın 82/1-a, 39, 62. Maddeleri gereğince hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden yanlışlı değerlendirme sonucu şartları oluşmayan aynı kanununun 37/1 maddesi uyarınca fail olarak sorumlu tutulması suretiyle fazla ceza tayini..." Y. 1. CD., 23.06.2015, 6154/4051 – Otacı/Öztekin/Özaydın, s. 606.
- 26 Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 13.12.2007 tarih ve 9402 sayılı kararına göre sanığın mağdur Ahmet'e ateş ederek öldürdüğü olayda, diğer sanıklar Cemal ve Turan'ın silahlı olarak olay yerinde bulunmak suretiyle faille destek oldukları ve bu nedenle öldürmeye teşebbüs suçuna iştiraktan cezalandırılmaları gerekir (Hakeri, s. 590, 591).
- 27 "...Sanıklar... ve ...ile inceleme dışı sanık ...'in arkadaş oldukları, market işleten maktulün hafta sonları üzerinde fazla miktarda para ile evine gittiğini olaydan bir süre önce öğrendikleri, bunun üzerine maktulün evini ve eve geli saatlerini tespit ettikleri, aralarında para toplayarak suçta kull...an silahlı satın alıp sakladıkları, olay günü araç kiralayan sanıkların, araç içerisinde birlikte alkol aldıkları, daha sonra ...'in tabancayı üzerine aldığı, gece saat 00.00 sırasında, maktulün evine giderken geçeceği güzergâha hâkim, olay yerinin net olarak görülebildiği yüksekçe bir yere gelerek aracı park ettikleri, sanık ...'ün araçta kaldığı, diğer sanık ... ve ...'in ise araçtan inerek maktulü bekledikleri, kısa bir süre sonra maktulün evine doğru geldiğini gören sanıklar ... ve ...'in maktulü takip etmeye başladıkları, sanık ...'in "Hadi yapalım" demesi üzerine ...'in tabanca ile maktule bir el ateş ettiği, ...'in geri çekilmesiyle sanık ...'in maktulün üzerindeki paraları aldığı, daha sonra koşarak araca döndükleri, olayda kull...an tabancayı atıp birlikte gittikleri İstanbul'daki bir eğlence mekanında parayı harcadıkları, maktulün ise olay yerinde ateşli silah yaralanması sonucu ölü olarak bulunduğu olayda; sanıklar ... ve ...'ün olay öncesinde, olay sırasında ve olay sonrasında sergiledikleri davranışları birlikte değerlendirildiğinde, hakkında nitelikli öldürme suçundan verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen ... ile yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunu işleme yönünde ortak karar aldıkları hususunda

işleme yönünde ortak karar almasına rağmen failin yanında değil de olay yerinden uzakta beklediği için müşterek faillik yerine yardım etmeden sorumlu tutulmasının nedeni olarak failin yanında beklememesi gösterilmiştir. Esasında burada vurgulanan husus, olay yerinden uzakta bekleyen kişinin failin yanında olmaması ve bu durumun faile fiili işlerken müşterek faillikte olduğu gibi tam manasıyla cesaret vermemesi, bu nedenle de olay yerinden uzaktaki beklemenin ancak yardımcı bir katkı olmasıdır. Bu kararda kişinin yardım eden olarak kabul edilmesi ise fiilin işlendiği yerde uzakta beklemesinin fiili birlikte işleme konusundaki kararlarına dayanıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bu noktada birlikte suç işleme kararı varsa uzakta bekleyen kişinin dahi katkısının önemine göre müşterek fail olabilmesinin mümkün olduğu²⁸ hususu da gözden kaçırılmamalıdır.

Bu kararlar da göstermektedir ki Yargıtay, 765 sayılı TCK döneminde sahip olduğu yaklaşımı²⁹ mevcut kanun döneminde de büyük ölçüde sürdürmektedir. Dolayısıyla Yargıtay, fiilin işlenmesi esnasında salt olay yerinde “durma olarak” bulunmanın ya da salt içsel anlamda onaylamanın, failin fiili işleme kararına olumlu bir etki etmediği sürece fiile yönelik yeterli bir katkı olarak addedilmeyeceği görüşünü benimseyen³⁰ Alman Federal Yüksek Mahkemesi ile benzer yönde kararlar vermektedir.

kuşku bulunmadığı, sanık ...'in öldürme anında ...'in yanında olup gerektiğinde olaya müdahale edebilecek konumda olması gözetildiğinde, ... ile birlikte fiil üzerinde hâkimiyet kurarak öldürme eylemine 5237 Sayılı TCK'nun 37. maddesi kapsamında müşterek fail olarak katıldığı; sanık ...'ün ise yağma suçunun işlenmesini kolaylaştırmak için öldürme suçunu işleme hususunda diğer sanıklarla ortak karar almakla birlikte, öldürme eyleminin gerçekleştirildiği sırada bulunduğu yerin öldürme noktasına olan mesafesi gözetildiğinde sanığın, öldürme fiili üzerinde ortak hâkimiyet kuramadığı, ancak diğer sanıklarla birlikte olay yerine gitmesi, diğer sanıkların eylemlerini gerçekleştirdiği aşamada ve eylem sonrasında olay yerinde beklemesi, öldürme olayından hemen sonra birlikte aynı araçla uzaklaşmaları, suçta kullanılan silahın teminine yardımcı olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, diğer sanıkların gerçekleştirdiği nitelikli öldürme suçuna 5237 Sayılı TCK'nun 39. maddesi kapsamında yardım eden olarak katıldığının kabulü gerekmektedir... (YCGK, E. 2017/1-284, K. 2017/238, T. 18.4.2017).”

28 **Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2019, s. 458.

29 “(...) 765 sayılı TCK'da düzenlenmiş bulunan 464. maddesinde öngörülen kavgaya katılma suçunun 5237 sayılı TCY'nda düzenlenmiş olmasa bile kavgaya katılma sırasında gerçekleştirilen eylemlerin niteliğine göre 37. ve 39. maddelerde öngörülen suça iştirak oluşturabilir ise de, sanıkların taraflara el dokundurmadan kavga sırasında olay yerinde bulunup tarafları ayırmaları ve olay öncesinde tartışmaya katılmalarının müşterek fail ya da yardım eden olarak sorumlu tutulmalarını gerektirmemesi karşısında Siirt Asliye Ceza Mahkemesinin 2005/298-291, 2005/299-292, 2005/300-293, 2005/301-294, değişik sayılı sanıkların eylemlerinin yaralanan kişiye el dokundurmadan kavgaya karışmasına ilişkin isteği yerinde görülmediğinden CYY'nun 309. maddesi uyarınca reddine, 13.03.2007 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (Y 1.CD., 13.03.2007, 1122/2452 – **Veli Özer Özbek**, İzmir Şerhi, C.I, 4. Bası, Seçkin, Ankara 2010, s. 650, 651). Keza Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 23.05.2011 tarihli bir kararında tüfeğin diğer sanığın eline geçmesine engel olmaması ve tüfek ateş aldığı anda failin yanında bulunarak onu cesaretlendirmesini yardım etme olarak kabul etmiş, bunu da temelde kişinin tüfeği olay yerine kendisinin getirmesine dayandırmıştır. Yani aslında failin yanında bekleyen ve faile engel olmayan kişi, mağdura ateş etmek üzere tüfeği bizzat kendisi getirmiş, ancak tüfeğin ateş almaması üzerine tüfeği fail olan yanındaki arkadaşı almış ve mağdura doğru atışmıştır. Bakınız **Ali Hacfazlıoğlu**, Suça İştirak, Bilge, Ankara 2014, s. 370.

30 BGH NSTZ 1995, s. 490 (**Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch/Jörg Eisele**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Ersnt und Werner Gieseking, Bielefeld 2016, § 26 kn. 100). İtalyan Yargıtay'ı da, kişinin uyuşturucu madde bulundurma suçuna yardım eden olarak iştirak etmiş sayılabilmesi için uyuşturucu maddeyi bulduran kişi açısından, yanında bulunan kişinin varlığının fiillerini kolaylaştırdığı düşüncesini oluşturmasını şart koşmaktadır. Bkz. **Vesile Sonay Evik**, Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 249.

D. Değerlendirme

Kanaatimizce suç işlenirken failin yanında bulunan kişinin işlenen suç nedeniyle ceza sorumluluğuna dair bir irdeleme yapılırken kişinin yardım eden olarak sorumlu tutulabilmesi için suç işleyen failin yanında bulunmanın faile cesaret verip vermediği, kararını kuvvetlendirip kuvvetlendirmedeği konusunda **somut olayın koşulları hâkim tarafından iyi bir şekilde irdelenmelidir**³¹. Bu çerçevede suçun daha önceden alınan bir karara binaen mi işlediği yoksa ani bir kararla mı işlendiği dikkate alınmalı, ayrıca daha önce alınan bir karara binaen işleniyorsa suçun işlendiği esnada salt olay yerinde bulunan kişinin daha evvel suçun işleneceğine dair karardan haberdar olup olmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır³². Bu kapsamda Yargıtay'ın, cinsel bir suçun işlenmesi amacıyla mağdurun hürriyetinden yoksun bırakılıp bir yere götürüldüğü esnada araçta failin yanında bulunan kişiyi yardım eden olarak kabul etmesi yerinde bir karar olarak görülebilir³³.

Bununla birlikte kişinin, failin yanında salt bulunması, hiçbir şey yapmaması, başka etkenler olmaksızın, yani faille yardım eden arasında bir bağ olmaksızın da çok istisnai durumlarda kişinin işlenen suç dolayısıyla yardım eden olarak sorumlu tutulması söz konusu olabilir. Yani kişinin, icrai olarak işlenen bir suça ihmali hareketle yardım etmesi ve bu nedenle sorumlu tutulması mümkün olabilir³⁴. Elbette bunun için kişinin suçu önleme yükümlülüğünün olması gerekmektedir. Bu kapsamda bir çocuğun baba tarafından hapsedilmesi suretiyle işlenmekte olan kişi hürriyetinden yoksun bırakma suçuna, çocuğu üzerinde bakım yükümlülüğü bulunan annenin de ihmali davranışıyla yardım eden olarak iştirak etmiş sayılacağı ifade edilmelidir³⁵. Elbette kişinin yükümlülüğünü ihmal etmesi, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (TCK md. 83) fail olarak da sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirebilir³⁶. Bu

31 Tıpkı gözcülükte olduğu gibi burada da hâkimin somut olayın özelliklerini iyi bir şekilde irdelemesi gerekir. Bakınız **İzzet Özgenç**, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Müşterek Faillik, İstanbul 1996, s. 271.

32 Benzer görüş için bkz. **Evik**, s. 250. Nitekim İtalyan Yargıtay'ına göre de suç mahallinde bulunmanın yardım etme olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirme, her bir olay açısından hakim tarafından yapılmalıdır. Bkz. **Evik**, s. 249-250. Bu kapsamda İtalyan Yargıtay'ına göre de her ne kadar salt olay yerinde bulunma, işlenen suça iştirak etme olarak nitelendirilmese de genel hayat tecrübelerine göre kişinin suçun işlendiği yerde bulunmasının açıkça benimseme, onaylama, faili manevi olarak destekleme anlamına gelmesi, failin kendisini daha fazla güvende hissetmesine neden olması halinde manevi yardım etme olarak kabul edilmektedir. Bakınız **Evik**, s. 248.

33 “*Sanığın, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma eylemini cinsel amaçla gerçekleştirdiği halde, hakkında TCK'nın 109/5. Maddesinin uygulanmaması ve mağdurenin aracı Zühtü'nün kullandığını, kendisini Beytullah ile Abdulaziz'in zorla tutarak araca bindirdiklerini, sanık Hami'nin ne yaptığını hatırlamadığını, aracın önünde oturduğunu beyan ettiği, sanığın ise tüm aşamalarda olay esnasında suçun işlendiği sırada kullanılan aracın ön koltuğunda oturduğunu, suça karışmadığını savunmuş olması karşısında, sanığın olay sırasında aracın sağ ön koltuğunda oturmaktan ibaret eylemi ile suça yardım eden olarak katıldığı sabit olduğu halde, TCK'nın 39/1. Maddesi gereğince cezasından indirim yapılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması.*” Y. 14. CD., 17.11.2014, 2309/12777 – **Otaçı/Öztekin/Özaydın**, s. 620.

34 Bkz. **İzzet Özgenç**, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Y. 2014, S. 1-2, s. 6; **İzzet Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 15. Bası, Ankara 2019, s. 569; **Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017, s. 920.

35 **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 569; **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 921.

36 **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 569; **Devrim Aydın**, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin,

açıdan yükümlülük ihmalinin kanunda bağımsız bir suç tipi olup olmadığı da ayrıca göz önünde bulundurulmalıdır.

Tüm bunlara karşılık salt suçun işlendiği yerde failin yanında bulunmak ve hiçbir şey yapmamak, işlenen suça engel olmamak, kişinin suça yardım etmeden sorumlu tutulması gibi bir sonucu beraberinde getirmese bile her halükârda Türk Ceza Kanunu'nun 278'inci maddesinde düzenlenen "Suçu Bildirmeme" suçu göz önünde bulundurulmalıdır. Söz konusu suç kapsamında *işlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı (fıkra 1)* belirtilmiştir. Keza aynı suçun ikinci fıkrasında *işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişinin, birinci fıkraya göre cezalandırılacağına yer verilmiştir*. Bu kapsamda her ne şekilde olursa olsun, salt suç işlemekte olan failin yanında bulunan kişinin "suçu bildirmeme" suçu nedeniyle sorumluluğu gündeme gelebilecektir³⁷. Gerçi aynı maddenin dördüncü fıkrasında *tanıklıktan çekinebilecek kişiler bakımından cezaya hükmolunmayacağı* belirtilerek şahsi bir cezasızlık nedenine yer verilmiştir. Ancak bu hükmün hemen devamında *suçu önleme yükümlülüğü dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümlerin saklı olduğunun* altı çizilmiştir.

Bu kapsamda durumu yetkili mercilere bildirmemek TCK md. 278 hükmündeki suçu bildirmeme suçundan failliği gündeme getirebilecektir. Buna göre suçu bildirmeme suçu, tali norm olarak olay yerinde bulunan kişinin sorumlu tutulması sonucunu beraberinde getirecektir. Tam bu noktada önemle altı çizilmelidir ki kişinin TCK md. 278'de düzenlenen suçu bildirmeme suçundan sorumluluğu, kişinin işlenen suça yardım eden olarak sorumlu tutulmaması halinde gündeme gelebilir. Yani burada asıl norm, kişinin işlenen suça yardım etmesi nedeniyle yardım etme olup bağımsız bir suç tipi olan TCK md. 278 yardımcı norm niteliğinde olacaktır. Bu açıdan gerek doktrinde³⁸ gerekse Yargıtay kararlarında³⁹ kabul edildiği gibi bu tür durumlarda failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince kişinin işlenen suça yardım etmeden değil de suçu bildirmeme suçundan (TCK md. 278) sorumlu tutulacağı yönündeki görüşü kabul etmemekteyiz. Bunun nedeni suçu bildirmeme suçunun (TCK md. 278) madde gerekçesinde yer almaktadır:

"...Suçuların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir yükümlülüktür. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara

Ankara 2009, s. 184; M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet, Ankara 2018, s. 697.

37 Suçu bildirmeme suçu için bkz. Rahime Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul 2015, s. 180-188.

38 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 922.

39 "Bir başkasının işlediği suça bulunulan yardımın meydana gelen neticeyle nedensel bağlantı içinde bulunması gerekir. Belli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle de, bir suçun icrasına yardımda bulunulabilir. Yine bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmama halinde aynı şekilde icrai suça yardımda bulunma söz konusu olabilecektir. Ancak bu davranış, aslında ihmali bir suçu oluşturuyorsa kişi, ihmali suçun faili olarak cezalandırılır." Y. 1. CD., 25.06.2014, E. 2013/3531, K. 2014/3655 – Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 922, dph. 28.

bildirilmemesi, genel olarak haksız bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır. Madde metninde belli suçlar açısından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır...”

TCK md. 278 hükmünün madde gerekçesinde de görüldüğü üzere bu suçla korunan esas hukuki değer, adliye ve bireylerarası dayanışmadır. Elbette işlenmekte olan suç nezdindeki korunan hukuki değer de bu suç kapsamında korunan değerlerden biri olarak gösterilebilir. Ancak bir kimsenin, başkası tarafından işlenen suçu izleyip yetkili mercilere bildirmemesinin neden işlenen suç kapsamında korunan değeri ihlal olarak nitelendirileceği bünyesinde soru işaretlerini barındırmaktadır⁴⁰. Bir suçla korunan hukuki değer, ya söz konusu norm kapsamında yer alan fiilin faillik sıfatı altında gerçekleştirilmesi yahut da azmettirme veya yardım etme şeklinde failin fiiline bağlı olarak dolaylı şekilde ihlal edilebilir.

Bu bakımdan işlenen suça yardımcı katkısından dahi söz edilemeyen bir kimsenin, salt işlenen suçu yetkili mercilere bildirmemesi yönündeki ihmali davranışının söz konusu suç tipi kapsamında korunan hukuki değeri ihlal ettiğinden söz edilmesi, suçu bildirmeme gibi bağımsız bir suç tipi üzerinden birçok suç kapsamındaki hukuki değerlerin ihlal edilmesi ve dolaylı yoldan suçların işlenmesi gibi garip bir sonucu beraberinde getirebilecektir. Bu gariplik, suç kapsamında öngörülen *bir yıla kadar hapis cezası* gibi bir ceza yaptırımını da dikkate alındığında daha belirgin hale gelecektir. Zira normalde kasten öldürmenin nitelikli haline yardım ettiği kabul edilebilecek ve dolayısıyla on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezası alabilecek bir kişinin cezası, suçu bildirmeme suçu ile suça yardım etme arasında görünüşte içtima kuralı gereği asli norm-tali norm kuralı kapsamında failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince suçu bildirmeme suçundan fail olması gerektiği kabul edildiğinde en fazla bir yıla kadar hapis olabilecektir.

Bununla birlikte failin işlediği suç kasten yaralama olduğunda yardımda bulunan kişinin cezası, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına göre belirlenecek temel cezanın yarısına kadar indirilmiş hali olabilecekken yine kişinin suçu bildirmeme suçu ile suça yardım etme arasında görünüşte içtima kuralı gereği asli norm-tali norm kuralı kapsamında failliğin şerikliğe asliliği kuralı gereğince suçu bildirmeme suçundan fail olması gerektiği kabul edildiğinde yalnızca bir yıla kadar hapis cezası olabilecektir. Yani aslında suçu bildirmeme suçundan failliğin asli norm olduğunu kabul eden ve suçu bildirmeme suçu ile aynı zamanda fail tarafından işlenen suç kapsamındaki hukuki değerlerin de ihlal edildiğini kabul eden görüş tarafından bu durumun izahı pek mümkün görünmemektedir. Öyle ki yardım edenin yardımcı katkıda bulunduğu fail tarafından işlenen suçun kasten öldürmenin nitelikli hali olması ile kasten yaralamanın temel şekli olması arasındaki ceza farkı ile suçu bildirmeme suçu kapsamında öngörülebilecek ceza yaptırımını dikkate alındığında her halde bir orantısızlığın söz konusu olduğu göze çarpmaktadır.

⁴⁰ Suçu bildirmeme suçlarıyla korunan hukuki değer tartışması için bkz. Erbaş, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, s. 124-127.

Şu hâlde bu türden bir orantısızlığın giderilmesi, yukarıda da belirttiğimiz üzere suçu bildirmeme suçunun, işlenen suça sağlanan katkının suça yardım etme karşısında tali norm olarak kabul edilmesi ile mümkün olabilecektir. Dolayısıyla da suçu bildirmeme suçunun tali (ikincil) norm niteliğini haiz olduğu yönündeki görüşümüz, ortaya çıkması muhtemel sorunların önüne geçebilecek niteliktedir.

En nihayetinde suçun işlendiği yerde bulunma bakımından şu şekilde bir kategorik ayırım yapılabilir: **1.** Kişinin, failin yanında bulunarak failin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ve bunun da farkında olması halinde fail tarafından işlenen suça yardım etmeden (herhangi bir suç, TCK md. 39) sorumlu tutulabilecek, aynı zamanda da suçu bildirmeme suçunun (TCK md. 278) faili olabilecektir. Bu noktada da failin işlediği suça yardım etme asli norm olarak uygulama alanı bulacaktır. **2.** Failin yanında bulunan kişinin özel olarak yükümlülüğe sahip olduğu durumlarda ise suç işleme kararını kuvvetlendirip kuvvetlendirmedeği ya da kuvvetlendirmiş olsa bile bunun farkında olup olmadığı konusunda irdeleme yapılmaksızın işlenen suça yardım etmeden (herhangi bir suç – Örneğin TCK md. 109, TCK md. 39) keza suçu bildirmeme suçundan (TCK md. 278) fail olarak sorumlu tutulabilir. Nitekim kişinin failin işlediği fiili önleme konusunda özel olarak yükümlü olması durumunda, failin kararını kuvvetlendirmek için hiçbir şey yapmamış olması hallerinde dahi işlenen suça ihmali harekiyle yardım eden olarak iştirakinden bahsedilebilecektir. Bu noktada da failin işlediği suça yardım etme, suçu bildirmeme suçu karşısında asli norm olarak uygulama alanı bulacaktır. **3.** Kişinin failin suçu işleme kararını kuvvetlendirmeksizin yanında salt bulunması durumunda her halde suçu bildirmeme suçundan (TCK md. 278) fail olarak sorumlu tutulması yoluna gidilebilecektir.

E. Kaynakça

- Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Adalet, Ankara 2018.
- Aydın, Devrim:** Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, Yetkin, Ankara 2009.
- Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang/Eisele, Jörg:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Auflage, Verlag Ernsrt und Werner Gieseking, Bielefeld 2016.
- Baunack, Martina:** Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, Duncker&Humboldt, Berlin 1999.
- Demirbaş, Timur:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2018.
- Demirel, Muhammed:** “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt. 5, 2017, s. 119-161.
- Erbaş, Rahime,** “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 1, 2019, s. 397-449.
- Erbaş, Rahime,** Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, On İki Levha, İstanbul 2019.
- Erbaş, Rahime,** Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, On İki Levha, İstanbul 2015.
- Evik, Vesile Sonay:** Suça İştirakte Yardım Edenin Ceza Sorumluluğu, On İki Levha, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Hacıfazlıoğlu, Ali:** Suça İştirak, Bilge, Ankara 2014.

- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Adalet, Ankara 2017.
- Heine, Günther/Weißer, Bettina:** “Täterschaft und Teilnahme”, Schönke/Schroeder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, Verlag C.H. Beck, München 2014.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas:** Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996.
- Joecks, Wolfgang:** “Täterschaft und Teilnahme”, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, Verlag C.H. Beck, München 2003.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 11. Baskı, Ankara 2019.
- Krey, Volker/Esser, Robert:** Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Stuttgart 2012.
- Kühl, Kristian:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Auflage, Vahlen, München 2017.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian:** Stragesetzbuch, 29. Auflage, C. H. Beck, München 2018.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra:** Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, Beta, İstanbul 2017,
- Maurach, Reinhart/Gössel, Karl Heinz/Zipf, Heinz/Dölling, Dieter/Laue, Christian/Renzikowski, Joachim:** Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Auflage, C.F.Müller, 2014.
- Murmann, Uwe:** Grundkurs Strafrecht, 3. Auflage, C. H. Beck, München 2015.
- Otacı, Cengiz/Öztekin, Murat/Özaydın, Fatih:** TCK Genel Hükümleri Yargıtay Yorumu, 2. Bası, Adalet, Ankara 2016.
- Otto, Harro:** Grundkurs Strafrecht, De Gruyter, 7. Auflage, Berlin 2004.
- Özbek, Veli Özer:** İzmir Şerhi, C.I, 4. Bası, Seçkin, Ankara 2010.
- Özgenç, İzzet:** Suça İştirakin Hukuki Esası ve Müşterek Faillik, İstanbul 1996.
- Özgenç, İzzet:** “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C. 2, Y. 2014, S. 1-2.
- Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin, 15. Bası, Ankara 2019.
- Rengier, Rudolf:** Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, C.H. Beck, München 2017.
- Roxin, Claus:** Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck, München 2003.
- Schünemann, Bernd:** “Täterschaft und Teilnahme”, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, Band 1, §§ 1-51 StGB, 12. Auflage, De Gruyter, 2010.
- Seher, Gerhard:** “Grundfalle zur Beihilfe”, JuS 2009, s. 793-797.
- Stoffers, Kristian:** “Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht”, Jura 1993, s. 11-17.

Fransız Anayasa Konseyinin Uluslararası Andlaşmaların Denetimine İlişkin Genel Yetkileri*

The General Powers of the French Constitutional Council Relating to Judicial Review of International Treaties

Pınar DİKMEN* 

Öz

Fransız Anayasa Konseyi, Anayasanın 54. maddesi çerçevesinde, uluslararası andlaşmaları onaylanmalarından ya da uygun bulunmalarından önce *a priori* denetlemektedir. Bu denetim çerçevesinde anayasaya aykırı bir uluslararası andlaşma, anayasa değiştirilmeden iç hukukta yürürlüğe giremez. Anayasa Konseyi ayrıca, sahip olduğu diğer denetim usulleri ile de uluslararası andlaşmaları *a priori* olarak denetleme yetkisini kendinde görmektedir. Anayasa Konseyinin bu tutumu, anayasanın üstünlüğünün sağlanması açısından önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası andlaşmalar, Uluslararası andlaşmaların denetimi, Anayasa yargısı, Fransız Anayasa Konseyi

Abstract

The French Constitutional Council, under article 54 of the Constitution, reviews the international treaties *a priori* before they are ratified or approved. Within this context, a treaty which is found to be contrary to the constitution cannot come into force without changing the Constitution. Besides, the Constitutional Council, recognizes itself competent to review the treaties *a priori* by the other constitutional review mechanisms. This attitude of the Constitutional Council is important for ensuring the superiority of the constitution.

Keywords: International treaties, Review of international treaties, Constitutional control, French Constitutional Council

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı bünyesinde yazılmakta olan ve uluslararası andlaşmaların anayasaya uygunluk denetimini konu edinen doktora tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi (Fransızca Programı), E-Mail: pinar.dikmen@marmara.edu.tr.

GİRİŞ

1982 Anayasasının¹ kurduğu sistemde, Anayasanın 90/5. maddesi uyarınca, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesinin önüne götürülemeyeceği ifade edilmiştir. 90/5. maddenin, yürürlüğe konulmuş bir andlaşmanın, devletin uluslararası alanda doğacak sorumluluğunu engellemesi açısından, önemli bir koruma getirdiği ortadadır. Ancak iç hukukun bir parçası olacak bir normun anayasa yargısından bütünüyle hariç tutulması, Anayasanın 11. maddesinde koruma altına alınan “anayasanın üstünlüğü” ilkesine zarar verebilir. Öte yandan 1961 Anayasasının² hazırlık çalışmaları esnasında, Temsilciler Meclisi tarafından hazırlanmış olan Komisyon Raporu’nun 63/2. maddesinde şu hükme yer verilmişti: “*Milletlerarası bir anlaşmanın Anayasaya aykırı olduğu Meclislerden birinin üye tam sayısının beşte biri tarafından ileri sürülürse, bu iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmedikçe, Türkiye Büyük Millet Meclisi, bu anlaşmanın onaylanmasını veya buna katılmayı uygun bulamaz.*”³. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, o dönemde Türk hukukunda uluslararası andlaşmaların *a priori* denetimini mümkün kılan bir usul tasarlanmıştı. Ancak hazırlık çalışmalarının devamında, belirli bir gerekçe gösterilmeden bu denetimin anayasa tasarısından çıkarıldığı anlaşılmaktadır⁴. En nihayetinde 1961 Anayasasının, yürürlükteki Anayasamızın 90/5. maddesinin öncülünü oluşturan 65/5. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş uluslararası andlaşmaların soyut ve somut norm denetimine tabi tutulamayacağı açıkça kabul edilerek, uluslararası andlaşmaların anayasa yargısından bağışık tutulmasının önü açılmış oldu. Nitekim 90/5. maddenin gerekçesinde, 1961 Anayasasının 65/5. maddesinin, uygulamada iyi işlediği ve ihtiyaca cevap verdiği belirtilerek, bu maddenin içeriğinin aynen kabul edildiği ifade edilmiştir⁵.

Ancak yine de uluslararası andlaşmalara yönelik *a priori* denetimin bir dönem tartışma konusu edilmiş olması, hukuk geleneğimizin böyle bir denetimi mutlak surette dışlamadığının önemli bir göstergesidir. Bu çerçevede 1958 Fransız sisteminde, uluslararası andlaşmalara yönelik Anayasa Konseyince (Konsey) gerçekleştirilen *a priori* denetim, *pacta sunt servanda* ilkesi ile anayasanın üstünlüğünü dengeleyebilme çabası açısından da Türk hukuk sistemine ilham kaynağı olabilir.

1 Kanun No.: 2709, Kabul Tarihi: 7.11.1982. 9.11.1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

2 Kanun No. 334, Kabul Tarihi: 09.07.1961. 20.07.1961 tarihli ve 10859 sayılı Resmî Gazete.

3 Temsilciler Meclisi, “Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu”, **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, 34. Birleşim, 09.03.1961, s.66. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm__00002034.pdf, (15 Ekim 2019).

4 Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı, Cilt. 6, 87. Birleşim, 17.05.1961, https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MBK_/d00/c006/mbk_00006087.pdf (15 Ekim 2019). Dikkat çeken Ali Bal, “Uluslararası Andlaşmaların Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt. 1, Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, s. 462.

5 TBMM, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası: Madde Gerekçeli, Ankara 2008, s. 168. https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y&TSPD_101_R0=08ffcef486ab2000b5d791473cf106cc79a454b9e531b818d0b99f7830d90d1842ae054c90a5bb53085b034fca143000dcedfec2a3dc6e7226c6544f3517a33d863c8e4ee d07ecc2874db262f0f3ee06f02106959bc70a5afe49c51e094505e (15 Ekim 2019).

Bu bağlamda, Anayasa Konseyinin, uluslararası andlaşmaları, andlaşma denetimini açıkça öngören 54. madde çerçevesinde doğrudan, hem de anayasa tarafından kendisine verilen diğer yetkiler çerçevesinde dolaylı olarak denetlediğini belirtmek gereklidir. Bu nedenle, çalışmada öncelikle Anayasa Konseyinin yetkileriyle ilgili olarak genel bir bilgi verilerek, Fransız anayasa yargısının ana hatları ortaya konmaya çalışılacaktır. Böylece Anayasa Konseyinin içtihat yolu ile uluslararası andlaşmalara ilişkin oluşturduğu dolaylı denetimin anayasal temellerinin anlaşılması sağlanacaktır. Daha sonra Fransız hukukunda uluslararası hukuk-iç hukuk arasındaki ilişkilere kısaca değinilerek, Anayasa Konseyinin hem 54. madde hem de anayasanın diğer hükümleri çerçevesinde uluslararası andlaşmalara ilişkin oluşturduğu yargı pratiği açıklanacaktır.

I. ANAYASA KONSEYİNİN YETKİLERİ

A. Genel Olarak

Fransız kamu hukukuna egemen olan “yasanın genel iradenin ifadesidir”⁶ ilkesi, bu iradenin olduğu Parlamento’yu denetleyecek yargısal bir makamın varlığına şüphe ile yaklaşılmasına neden olmuştur. Anayasanın üstünlüğünün sadece teorik bir düzlemde kalması pahasına da olsa, genel iradeyi engelleyecek bir kurumun varlığı tahayyül edilememiştir. Ancak yürürlükte bulunan 1958 tarihli Anayasa, Parlamentonun bu hegemonyasına son verecek bazı tedbirlerle çıkagelerek, Parlamentonun üstünlüğüne dayanan ve yasa-merkezci bir gelenekten gelen Fransız anayasa sistemini, yürütme erki lehinde dönüşüme uğramıştır⁷.

1958 Anayasası ile kurulan Anayasa Konseyi, çağdaşı olduğu Avrupa anayasa mahkemeleri gibi anayasanın üstünlüğünü sağlama endişesiyle tasarlanmamıştır⁸. Konsey, yeni yürürlüğe giren anayasanın erkler arasında değiştirdiği bu dengenin koruyucusu olarak, Parlamentonun yürütme alanına müdahale etmesini önleyecektir⁹. Bu açıdan ilk kurulduğu dönemlerde ne gerçek anlamda bir yüksek mahkeme olarak ne de diğer iki erkin karşısına çıkan üçüncü bir erk (yargı) olarak işlev görmüştür¹⁰. Bununla birlikte Fransız Anayasa Konseyi gerek verdiği ilke kararlarla gerekse

6 Bu ilke 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nin 6. maddesinde aynen yer almaktadır.

7 Daha fazla bilgi için bkz. Bertrand Mathieu, “Le Conseil constitutionnel “législateur positif” ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l’exercice de la fonction législative”, *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 62, No. 2, 2010, s. 507 vd; Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 4. Baskı, Paris: PUF, 2016, s. 53 vd.; Pascal Jan, “Le conseil constitutionnel”, *Pouvoirs*, No. 99, 1999, s. 71 vd.

8 Dominique Rousseau, Julien Bonnet, ve Pierre-yves Gahdoun, *Droit du contentieux constitutionnel*, 11. Baskı, Paris: LGDJ, 2016, s. 31-32.

9 Bu açıdan Yürütme erki lehine çalışan bir organ olarak tasarlanmış olduğunu söylemek hatalı olmaz. Louis Favoreu ve Philip Loïc, “Introduction”, Louis Favoreu (ed.), *Le Conseil Constitutionnel* içinde. Paris, PUF, 2005, s.1. Örneğin 1958 Anayasası ile birlikte Fransa’da “yasamanın genelliği” ilkesinin artık bir işlevi kalmamıştır. Parlamento, Anayasanın 34 ve 37. maddeleri uyarınca, yalnızca bu maddelerde sayılan meselelerle sınırlı olarak kanun çıkarabilmektedir. Fransa’da kanun anlayışına yönelik oldukça detaylı bir çalışma için bkz. Ömer Anayurt, *1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden Sınırlı – Tahsisli Kanuna Geçiş*, Ankara: Seçkin, 2019, s. 21).

10 Alain Delcamp, “Le Conseil constitutionnel et le Parlement”, *Revue française de droit constitutionnel*, Vol.1, No. 57, 2004, s. 38. Öyle ki, kendisine tanınan kimi yetkileri kurulduğu ilk yıllarda genellikle Başbakanın inisiyatifini kullanmışlardır. (Favoreu ve Loïc, s. 1.)

yıllar boyunca kendisine tanınan yetkilerle artık gerçek anlamda bir anayasa mahkemesine dönüşmüştür. Bu dönüşüm Fransız doktrininde “Anayasa Konseyinin metamorfozu¹¹ olarak” adlandırılmaktadır¹².

B. Yetkileri

Dokuz üye¹³ ile görev yapan Anayasa Konseyinin görevleri iki ana başlık altın toplanabilir: (i) norm denetimine ilişkin olanlar ve (ii) diğer yetkileri.

I. Norm Denetimine İlişkin Yetkileri

Anayasa Konseyi anayasada belirtilen bazı normların “*a priori*” (ön denetim; önleyici denetim; *preventive control*) ve “*a posteriori*” (düzeltici denetim; *repressive control*) denetimini yapmakla yetkilidir.

Anayasa Konseyi, Anayasanın 61. maddesinde belirtilen normları “hukuki yaşama dahil olma”¹⁴anlarına göre *a priori* olarak denetleme yetkisine sahiptir.

Buna göre Anayasanın 61/2. maddesi uyarınca, Cumhurbaşkanı, Başbakan Parlamentonun her iki kanadının (Milli Meclis ve Senato) başkanından biri, 60 milletvekili ya da 60 senatör tarafından, kanunların “ısdar”¹⁵ edilmelerinden önce, anayasaya uygunluk denetimi amacıyla

11 Bir diğer adıyla da “başkalaşma”, biyolojide bir canlının doğduktan sonra erişkinliğe geçene kadar geçirdiği köklü yapısal ya da biçimsel değişiklik olarak adlandırılır. Ana Britannica. **Genel Kültür Ansiklopedisi: Cilt III**, Ana Yayıncılık, 2004, s. 469.

12 Francois Bastien, “Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l'émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France”, **Revue française de science politique**, No. 3-4,1997, s. 388. Bu değişimi simgeleyen ilk karar 1971 tarihlidir. Anayasa Konseyi, bir temel hak ve özgürlükler katalogu içermeyen 1958 Anayasasını, özgürlükler lehine geniş yorumlamış ve Anayasanın Başlangıç kısmındaki ilkelere referans yaparak “sendika hakkının” anayasal dayanağını oluşturmuştur. (Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971). Anayasa Konseyinin dönüşümü ile ilgili bir diğer basamağı 1974 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği oluşturmaktadır. Bu tarihten önce Anayasanın 61/1. maddesi çerçevesinde kanunların ısdar edilmesinden önce Anayasa Konseyine başvurabilecekler yalnızca; Cumhurbaşkanı, Başbakan ya da Parlamentonun her iki kanadından (Milli Meclisi ve Senato) birinin başkanıydı. Ancak artık bu yetki Parlamentolere de tanınmıştır. Anayasa Konseyinin dönüşümü hakkında daha fazla bilgi için bkz. Jan, s. 72 vd.

13 Anayasanın 56. maddesi uyarınca üyeler atanma yoluyla göreve gelirler. Üç üye Cumhurbaşkanı tarafından, üç üye Millet Meclisi Başkanı tarafından, kalan üç üye ise Senato Başkanı tarafından seçilir. Bunun dışında önceki Cumhurbaşkanı Konseyin doğal üyesidir.

14 Le Bot'un da vurguladığı üzere bir normun ne zaman *a priori* olarak denetlenmiş olacağı onun “hukuki yaşama dahil olma” anıyla anlaşılır. Bu “an” her bir norm için ayrıdır. Örneğin kanunların *a priori* denetiminde, bu denetimin ısdar ya da yayımdan önce yapılması halinde ortada bir önleyici denetim vardır. Benzer şekilde bir uluslararası andlaşmanın *a priori* olarak denetlenmesiyle kastedilen bu metnin “onaydan” önce anayasa yargıcının önüne sunulmasıdır. (Olivier Le Bot, “Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe”, **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Vol. 40, No. 3, 2013, s.118 vd.)

15 İsdar (*promulgation*) Türk hukuk sisteminde mevcut olmayan bir işlemdir. Bizim sisteminizde kanunlar yalnızca Cumhurbaşkanı tarafından Resmî Gazete 'de yayımlanırlar. İsdarın esas işlevi, Cumhurbaşkanının, Parlamentonun yasayı kabul ettiğini, önüne gelen metinle yasa metninin aynı metin olduğunu tespit ederek yasaya icra edilebilirlik gücü kazandırmaktır. (Erdogan Teziç, **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**, Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 19. Baskı,

Anayasa Konseyine başvurabilirler. Anayasanın 46. maddesi uyarınca, organik kanunların¹⁶, ısdar edilmeleri, ancak Anayasa Konseyinin bunlar hakkında anayasaya uygunluk kararı vermesi halinde mümkündür. Bir başka ifade ile olağan kanunların denetimi seçimlik bir kontrolken, organik kanunların denetimi ise zorunludur¹⁷. Benzer şekilde meclis iç tüzüklerinin de yürürlüğe konulmalarından önce denetlenmeleri zorunludur¹⁸. Bu sayılanlar dışında 61. maddede, Anayasanın 11. maddesine yapılan atıfla, referanduma sunulmadan önce belirli bazı yasa tasarılarının Anayasa Konseyinin önüne getirilebileceği belirtilmiştir¹⁹.

Anayasanın 61/3. maddesi uyarınca Anayasa Konseyi, bahsi geçen normların anayasaya uygunluğu hakkında bir ay içinde karar vermek zorundadır. Ancak acil durumlarda, Hükümetin talebi üzerine bu süre sekiz güne inebilir. 61/4. madde uyarınca, Anayasa Konseyine başvurulması halinde ısdar işlemi ertelenir.

Anayasa Konseyinin *a priori* denetim sonucunda verdiği kararların hukuki hayatta bir etkisi bulunmamaktadır. Örneğin kanunlar henüz yürürlüğe girmemiş olduğundan verilen karar bir “iptal” kararı değildir. Fransız literatüründe gerek *a priori* gerekse *a posteriori* denetim neticesinde verilen anayasaya aykırılık kararı için bu kanunun sansür (*censure*) edildiği yönünde bir ifade kullanılmaktadır²⁰. Bu çerçevede *a priori* denetim açısından verilen anayasaya aykırılık/sansür kararının anlamı, bu kanunun ısdar edilememesi ve hukuk düzeninden, bu aykırılık kısmi olmadığı sürece, “yitip gitmesi” ile sonuçlanır²¹ Bu nedenledir ki *a priori* denetimin, yasanın

İstanbul: Beta, 2015, s. 58.)

- 16 Türk hukuk sisteminde olağan kanun (*loi ordinaire*) – organik kanun (*loi organique*) ayrımı bulunmamaktadır. Bu ayrımın bulunduğu ülkelerde, anayasal konuları ve kamu iktidarının örgütlenmesine ilişkin hususları düzenleyen ve olağan kanunlardan farklı şekil ve usullerle kabul edilen kanunlar “organik kanun” olarak adlandırılırlar. (Teziç, s. 18.; İbrahim Özden Kaboğlu, **Anayasa Yargısı – Avrupa Modeli ve Türkiye**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı, İstanbul: İmge, 2007, s. 65; 3 numaralı dipnot.
- 17 Organik kanunlar, Anayasa Konseyinin önüne “doğrudan” gelirler. Bu denetimde, diğer normların denetiminde Anayasa Konseyine başvurmakla yetkili olanların, örneğin milletvekillerinin, bir dahli bulunmamaktadır. (Décision n° 92-305 DC du 21 février 1992). Anayasa koyucunun, organik kanunların doğrudan denetlenebilirliğine ilişkin bu tercihi, organik kanunların düzenledikleri konuların öneminden kaynaklıdır. Bu açıdan, anayasaya uygunluk denetiminin siyasi bir otoritenin takdirine bırakmayarak, erkler arasındaki dengenin korunması arzu edilmiştir. (Francis Hamon ve Michel Troper, **Droit Constitutionnel**, 38. Baskı, LGDJ, 2017, s. 798.)
- 18 Meclis içtüzüklerinin, organik kanunlar gibi doğrudan Anayasa Konseyinin önüne iletilmeleri aynı hassasiyetten kaynaklanmaktadır. Fransız anayasa koyucu, Parlamenteonun, anayasanın ona tanımadığı yetkileri içtüzük vasıtasıyla kendisine tanınmasını engellemek istemiştir. (Hamon ve Troper, s. 799.)
- 19 Anayasanın 11. maddesine göre, “Cumhurbaşkanı, Hükümetin Parlamenteonun toplantı dönemi boyunca yaptığı ya da her iki Meclisin ortaklaşa yapmış oldukları ve Resmi Gazete’de yayınlanan teklifleri, kamu mercilerinin teşkilatlandırılması yasa tasarılarını, kamunun sosyal, ekonomik ve siyasal reformuna ilişkin tasarıları, aynı şekilde kamu hizmetlerine ilişkin, Anayasaya aykırı olmaksızın kurumların işleyişi üzerinde etki yapabilecek bir antlaşmanın onaylanması için izin verilmesine ilişkin her yasa tasarısını referanduma sunabilir.” Görüldüğü üzere Anayasanın 11. maddesi, 1958 anayasa koyucunun güçlendirilmiş bir yürütme yönünde yaptığı tercihi açıkça yansıtmaktadır. Bu madde yürütme erkine, Parlamento tarafından oylanmamış kanun tasarılarının “kanunlaşabilmesi” için doğrudan halka başvurma imkânı sağlamaktadır (Hamon ve Troper, s. 557.)
- 20 Drago, s. 437.; Mathieu Disant, “Les effets dans le temps des décisions QPC”, **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Vol. 40, No. 3, 2013, s. 63 vd.
- 21 Drago, s. 714.

kabulüne ilişkin usullerin bir aşamasını oluşturduğu kabul edilmektedir²². Bir başka ifade ile kanun ısdar edilmeden yani henüz hukuki yaşama dahil olmadan sansür edildiği için, kontrol, normun hazırlanış zincirinde bir halka oluşturur.

Fransız tipi somut norm denetimi olan “öncelikli anayasallık sorunu” (*question prioritaire de constitutionnalité*), 2008 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğiyle kabul edilmiş ve 2010 yılında uygulanmaya başlanmıştır. Öncelikli anayasallık sorunundan (ÖAS) önce de Anayasa Konseyinin yaptığı genişletici yorum ışığında, çok sınırlı da olsa ısdar edilmiş olan kanunların anayasaya uygunluğunu denetleyebileceğini kabul ettiğini belirtmek gerekir²³.

Anayasanın 61/-1. maddesine göre görülmekte olan bir davada bir kanun hükmünün anayasada koruma altına alınmış temel hak ve özgürlükleri ihlal ettiği iddia edilirse, Danıştay ya da Yargıtay tarafından bu sorun, süresi içinde Anayasa Konseyine iletilir. Maddeden de anlaşılacağı üzere, görülmekte olan bir dava esnasında normun anayasaya aykırılığı, bu aykırılığın anayasal temel hak ve özgürlüklerle çatışması noktası ile sınırlı olarak iddia edilebilir. ÖAS’da bir diğer öne çıkan husus ise anayasaya aykırılık iddiasının olağan mahkemeler aracılığıyla Anayasa Konseyine iletilemeyecek oluşudur. Üçüncü olarak dava yargıcına, anayasaya aykırılık sorununu re’sen dikkate alma yetkisi tanınmamıştır²⁴. Anayasa Konseyi kendisine ÖAS çerçevesinde gelen bir iddiayı üç ay içinde karara bağlamak zorundadır²⁵. Anayasanın 62. maddesi uyarınca ÖAS çerçevesinde verilecek bir anayasaya aykırılık kararı neticesinde, Anayasa Konseyi kararının yayımlanmasıyla ya da bu kararda belirtilen daha sonraki bir tarihte yürürlükten kalkar.

2. Diğer Yetkileri

Anayasa Konseyinin, genel seçimler, Cumhurbaşkanı seçimi ve referandumlarla ilgili çeşitli yetkileri bulunmaktadır. Anayasanın 58. maddesine göre Cumhurbaşkanı seçimlerinin usulüne uygun şekilde yapılmasını gözetir; seçimle ilgili talepleri inceler ve sonuçları ilan eder. Anayasanın 59. maddesinde ise milletvekili ve senatör seçimlerinde, itiraz halinde seçimlerin uygunluğu hakkında karar vereceği düzenlenmiştir²⁶. Son olarak Anayasanın 60. maddesine göre Anayasa

22 Kaboğlu, s. 65.

23 Anayasa Konseyi 1985 tarihli “Yeni Kaledonya” kararında, önceden ısdar edilmiş bir kanunu başka bir kanun üzerinden denetleyebileceğini ifade etmiştir. Buna göre yeni tarihli kanun, ısdar edilmiş kanunun içeriğini değiştirmekte, tamamlamakta ya da kapsamını etkilemekte ise, yeni kanun üzerinden önceden ısdar edilmiş kanunun denetimi mümkün olacaktır. Décision n° 85-187 DC du 25 janvier 1985, para. 10.

24 Özen Ülgen, “Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 11, Sayı 1, Ocak 2014, s. 594.

25 Anayasa Konseyinin bu süreye riayet etmemesi durumunda bununla ilgili bir yaptırım öngörülmemiştir. (Ülgen, s.610.)

26 Görüldüğü üzere Anayasa Konseyinin, Cumhurbaşkanlığı seçimi ve Parlamento seçimleriyle ilgili yetkilerinin kapsamı farklıdır. Konseyin Cumhurbaşkanlığı seçimini ilgilendiren yetkileri oldukça geniş olup, yalnızca denetim değil, seçimin usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmesi ve özellikle adaylarla ilgili oldukça detaylı sayılabilecek hazırlık işlemlerini yönetmektedir. Ferdinand Mélin-Soucramanien, “Le Conseil constitutionnel, juge électoral”, **Pouvoirs**. Vol. 2, No. 105, 2003, s. 127 vd.; *Les missions du Conseil constitutionnel pour l’élection présidentielle 2012*, 2012, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/election-presidentielle-2012/les-missions-du-conseil-constitutionnel-pour-l-election-presidentielle-2012>, (10 Ekim 2019).

11. madde uyarınca kanun tasarıları için düzenlenecek referandumların ve Anayasanın 89. maddesi uyarınca anayasa değişikliği için düzenlenecek referandumların usulüne uygun şekilde gerçekleştirilmesini sağlamakla yetkili olduğu açıkça belirtilmiştir.

Seçimle ilgili olanlar dışında Anayasa Konseyinin öne çıkan görevleri arasında ayrıca “istişari” görevleri yer almaktadır. Örneğin Anayasanın 16. maddesinde öngörüldüğü üzere Cumhuriyet kurumları, ulusun bağımsızlığı, ülkenin bütünlüğü ya da uluslararası taahhütlerin uygulanması ciddi ve ani bir şekilde tehdit edildiğinde Cumhurbaşkanı, istisnai ve genişleyen yetkileri çerçevesinde alacağı önlemlerde Anayasa Konseyine danışmak zorundadır. Anayasa Konseyi bu sayılanlar dışında ayrıca parlamenterlerin ve Cumhurbaşkanı’nın görev ve sorumlulukları ile ilgili ve yasama ve yürütme erki arasındaki dengeyi sağlamakla ilgili çeşitli yetkileri bulunmaktadır²⁷.

Anayasa Konseyinin uluslararası andlaşmaların dolaylı yoldan denetlenmesine ilişkin yetkilerinin, norm denetimi ve Anayasanın 11. maddesi uyarınca gerçekleştirilecek referandumun gözetimi hususlarıyla yakından ilgili olduğu belirtilmelidir.

II. ANAYASA KONSEYİNİN ULUSLARASI ANDLAŞMALARIN DENETİMİNE İLİŞKİN YETKİLERİ

A. Fransız Hukukunda Uluslararası Hukuk ve İç Hukuk Arasındaki İlişkilerin Genel Görünümü

Fransız sistemi, uluslararası hukuka açık ve monist²⁸ bir sisteme sahiptir. Bu açıklık Anayasanın çeşitli maddelerine serpiştirilmiş durumdadır.

27 Anayasa Konseyinin yetkileri hakkında daha fazla bilgi için bkz. Hamon ve Troper, s. 796-797.

28 Uluslararası hukuk ve iç hukuk ilişkileri açısından monizm teorik olarak, bu her iki hukuk düzeninin aynı kaynaktan geldiğini ve aynı konuları düzenlediğini savunur. Bir başka ifade ile monizme göre esasında dünya üzerinde tek bir hukuk düzeni bulunmakta olup, uluslararası hukuk ve iç hukuk bu bütünün parçalarını oluşturmaktadır. Bu açıdan bir bütünü oluşturan iki hukuk düzeninden hangisinin, birbirine üstün geldiği monizmin başlıca tartışma konularından biridir. Düalist teori ise, tam tersine, her iki hukuk düzenin birbirinden bağımsız olduğunu ve birbiri ile temas etmediğini savunmaktadır. (Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk**, 17. Baskı, Ankara: Turhan, 2018, s.19 vd.). Bir ülkede hangi teorisinin benimsenmiş olduğunu ve ağır bastığını belirleyecek açık bir kistas bulunmadığını belirtmek gereklidir. Anayasa hükümleri başta olmak üzere iç hukukta uluslararası hukukun nasıl algılandığına ve uluslararası hukukun iç hukuka nasıl dahil edildiğine yönelik hükümler ve uluslararası hukukun iç hukukta uygulanmasına yönelik pratik, kümülatif olarak değerlendirilerek bir sonuca ulaşılır. Bu açıdan monist sistemin ağır bastığı ülkelerde, anayasanın uluslararası hukuka belirli bir açıklık sağladığı daha net bir ifadeyle uluslararası hukukun iç hukuka dahil olmasına kolaylaştırdığı belirtilmelidir. Ayrıca monist sistemlerde, her iki hukuk düzeninin tek bir bütünün parçaları olduğu kabul edildiğinden, iç hukuka dahil olan uluslararası bir normun iç hukuktaki statüsü ve iç hukuk normları ile çatışması ihtimali bir şekilde düzenlenmiş olur. Örneğin Anayasanın 90/5. maddesinde, usulüne uygun olarak yürürlüğe girmiş olan uluslararası andlaşmaların kanun hükmünde olduğuna yönelik ifade ve temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası andlaşma-kanun çatışmasının açıkça düzenlenmiş olması, monist bir sisteme yatkınlık açısından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Monizm ve düalizme dair tartışmalar için bkz. Deniz Tekin Apaydın, “Monizm-Düalizm İlişkinde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uyuşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 9, Sayı. 1, 2018, s. 534 vd.; Hacı Can, “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”, **Yasama Dergisi**, Sayı. 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, s. 14. vd.; Tolga Şirin, **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**, 2. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 230 vd.; Pazarıcı, s. 25; Edip Çelik, “Avrupa İnsan Hakları

Öncelikle Fransız Anayasasında, uluslararası hukukun tanınmasına yönelik genel bir ilke bulunduğunu belirtmek gereklidir. Yürürlükteki anayasanın, anayasallık blokuna dahil ettiği önceki tarihli 1946 Anayasasının Başlangıç kısmınının 14. paragrafında, Fransız Cumhuriyetinin, uluslararası kamu hukuku kurallarına uyum göstereceği açıkça ifade edilmiştir.

Bu çerçevede, en önemli madde kuşkusuz olarak Anayasanın 55. maddesidir. Söz konusu maddeye göre “*Usulüne uygun şekilde onaylanan ya da uygun bulunan andlaşmalar ya da anlaşmalar, bu andlaşma ya da anlaşmanın diğer tarafça da uygulanması koşuluyla, yayımlanmalarından itibaren kanunlardan daha üstün bir etkiye sahip olurlar.*” Bu hükümden de anlaşılacağı üzere Fransız sisteminde, iç hukuka dahil olan uluslararası normların statüsü ve diğer iç hukuk normları karşısındaki konumu Anayasa tarafından, monizm tercihinine paralel bir şekilde açıkça düzenlenmiştir. Nitekim Anayasanın 55. maddesindeki bu ifade neticesinde, olağan mahkemelerin, kanunların uluslararası andlaşmaların uygunluğunu denetledikleri bir yargı pratiği oluşmuştur. “*Conventionalité*” yani “sözleşmeye uygunluk” olarak adlandırılan bu denetim, Anayasa Konseyinin 1975 tarihli kararında, kendini böylesi bir denetimi yapmaya yetkili görmemesi ile şekillenmeye başlamıştır²⁹. Söz konusu kararda tartışma konusu olan esas husus, Anayasanın 55. maddesinin açık hükmü uyarınca, yürürlükte olan bir kanunun usulüne uygun şekilde iç hukuka dahil olmuş bir andlaşma ile çatışması halinde, anayasaya da aykırı hale gelip gelmeyeceğidir³⁰.

Kararı daha detaylı olarak incelemek gerekirse, “*Gebeliğin istemli şekilde sonlandırılması*”³¹ kararı olarak çevrilebilecek bu kararda, Anayasa Konseyine başvuran 60 senatör, kürtajı yasal hala getiren bu düzenlemenin anayasal temel hak ve özgürlüklere ve en önemlisi Fransa'nın taraf olduğu İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin³², yaşama hakkını güvence altına alan 2. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir³³.

55. maddenin açık hükmü karşısında, uluslararası bir andlaşma ile çatışan bir kanunun, anayasaya da aykırı olup olmadığı hususunda karar vermek zorunda kalan Konsey, *a priori* norm

Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”, *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt. 1. Sayı. 15, 1988, s. 50; Yahya Berkol Gülgeç, *Normlar Hiyerarşisi: Türk Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü*, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2016, s. 48-66; Sevin Toluner, *Milletlerarası Hukuk ve İç Hukuk Arasındaki İlişkiler*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973, s. 401; Melda Sur, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2016, s. 55-57.

29 Olivier Dutheillet De Lamothe, “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”, *Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid: 2-4 avril 2009*, Madrid, 2009. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france>, (10 Ekim 2019), s.1; Aynı zamanda bkz. Verpeux, Michel. “Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs: actes”, [<https://www-dalloz-fr-s.biblium.u-paris2.fr>], *Répertoire de contentieux administratif*, Janvier 2011. (26 Kasım 2019).

30 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975.

31 Anayasaya aykırı olduğu iddia edilen kanunun orijinal ismi şu şekildedir: “*Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*”

32 Türkiye'nin de taraf olduğu Andlaşma'nın tam ismi: “Ana İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme. 10.03. 1954 tarihli 6366 sayılı uygun bulma kanunu ile onaylanmıştır. (19.03.1954 tarihli ve 8662 sayılı R.G.).

33 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 – Saisine par 60 députés.

denetiminin düzenlendiği 61. maddenin, bu iki norm arasındaki çatışmayı çözümleme hususunda kendisini yetkilendirmediği ifade etmiştir³⁴. Ayrıca Konsey her iki maddenin kapsamının farklılığına³⁵ dikkat çekerek, bir uluslararası andlaşmaya aykırı olan kanunun, anayasaya da aykırı hale gelmediğine karar vermiştir ve incelemesini yalnızca anayasal ilkelere aykırılık hususu ile sınırlamıştır³⁶. Öte yandan Anayasa Konseyinin 55. maddenin gereklerinin yerine getirilmesi hususunda takındığı tutum, olağan yargı yerlerinin kanunların sözleşmeye uygunluğunu kontrol edebilmesinin, bir diğer ifade ile “*conventionalité*” denetiminin kapılarını açmıştır³⁷.

Anayasa Konseyinin, uluslararası andlaşmaların üstünlüğünü açıkça kabul ettiği ama bu üstünlüğü temin etmeyi diğer yargı yerlerine havale etmesi sonucunda, usulüne göre onaylanan ya da uygun bulunan uluslararası andlaşmaların iç hukuktaki üstünlüğünün de pekiştiğini belirtmek yerindedir. Örneğin Anayasa Konseyinin “*Gebeliğin istemli şekilde sonlandırılması*” kararından çok kısa bir süre sonra Fransız Yargıtayı, bir iç hukuk normunun uluslararası andlaşmaya uygunluğunu denetlemiştir³⁸. Ancak Fransız Danıştay, uzun yıllar boyunca uluslararası andlaşmaların kanunlar karşısındaki üstünlüğünü kabul etmekte direnmiş en sonunda, 1989 tarihli *Nicolo* kararında daha önceki içtihatlarından dönerek, bir uluslararası andlaşma normunun, kanunlar karşısındaki üstünlüğünü kabul etmiştir³⁹.

Usulüne göre yürürlüğe giren uluslararası andlaşmaların kanunlar karşısındaki üstünlüğün tanınması, bu andlaşmaların iç hukukun bir parçası olmalarından önce anayasayla çatışıp çatışmadıklarına yönelik yapılacak bir denetimin önemini artırmıştır. Nitekim bu önem Anayasa Konseyinin içtihatlarına da yansımış ve Konsey kendisine 54. madde çerçevesinde doğrudan tanınan anlaşma denetimi yetkisi dışında, diğer denetim usulleri ile de bu çerçevede yapılan başvuruları kabul edilebilir bularak, incelemektedir.

B. Anayasanın 54. Maddesi Çerçevesinde Gerçekleştirilen Denetim

Anayasanın 54. maddesi şu şekildedir:

34 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, para. 3.

35 Anayasa Konseyine göre, 61. madde çerçevesinde verilecek kararların “mutlak” ve “nihai” bir karakteri olup, anayasaya aykırılık kararı neticesinde bu normun ısdar edilmesine yahut yürürlüğe konulmasına engel olurlar. Ancak 55. maddenin öngördüğü uluslararası andlaşmaların kanunlara üstünlüğü ilkesi “görelî” ve “şarta bağlı” bir yapıya sahiptir. Öyle ki andlaşmanın karşı taraf ya da taraflarca uygulanması gibi bir koşulla, andlaşmanın uygulanma kapsamını daraltırlar. Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, para. 4.

36 Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, para. 6-11. Anayasa Konseyinin uluslararası andlaşma-kanun çatışmasında kendini yetkili görmemesinin esas gerekçelerinden birinin, *a priori* denetimde karar verme süresinin oldukça kısa olmasından kaynaklandığı da savunulmuştur. De Lamothe 2009, s.1.

37 Drago, s. 599. Nitekim Anayasa Konseyi daha sonraki kararlarında 55. maddenin gereklerinin yerine getirilmesi hususunda kendi yetkisizliğini hatırlatarak, uluslararası andlaşmaların üstünlüğü sağlayacak olanların diğer yargı yerleri olduğunu açıkça kabul etmiştir. Décision n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, para. 6; Décision n° 89-268 DC du 29 décembre 1989, para. 79; De Lamothe, s. 1. Anayasa Konseyi benzer şekilde ÖAS çerçevesinde kendisine yapılan bir başvuruda da benzer bir tutum benimsemiştir. Décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, para. 11-12.

38 Michel Verpeaux, Ariene Vidal-Naquet, Pierre De Montavilet, ve Agnès Roblot-Troizier, **Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence**, 2. Baskı, Paris: PUF, 2017, s. 405.

39 CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. p. 190, Aktaran Verpeaux, ve diğerleri, s. 405.

“Eğer Cumhurbaşkanı, Başbakan, meclislerden herhangi birinin başkanı ya da altmış milletvekili yahut altmış senatörün başvurusu ile Anayasa Konseyi, uluslararası bir taahhütün Anayasaya aykırı bir hüküm taşıdığına karar verirse, bu uluslararası taahhütün onaylanması ya da uygun bulunması için icazet verilmesi ancak, Anayasanın değiştirilmesi ile mümkündür.”

a. Denetime Konu Olacak “Uluslararası Taahhüt Kavramı”

Madde metninde yazan “uluslararası taahhüt” kavramını açıklığa kavuşturmak için Fransız sisteminde uluslararası anlaşmaların akdediliş usulüne değinmekte fayda bulunmaktadır.

Anayasanın 52/1. maddesine göre, Cumhurbaşkanı, “anlaşmaları” müzakere eder ve onaylar. 52/2. maddeye göre, onay işlemine tabi olmayan uluslararası “anlaşmaların” yapılmasına ilişkin müzakerelerden ise yalnızca haberdar edilir. Özetle Fransız sisteminde esas olarak iki tür anlaşma bulunduğu belirtilmelidir Birincisi “resmi usul” (*forme solennelle*) olarak adlandırılan ve Cumhurbaşkanının imzalaması ve onaylamasıyla iç hukuka dahil olan anlaşmalar ikincisi, “basit usul” (*forme simplifiée*) olarak adlandırılan ve Hükümetin imzalamasıyla, uygun bulunarak yürürlüğe giren anlaşmalar⁴⁰. Ancak uluslararası taahhüt hangi usulle yapılırsa yapılsın, belirli konuları düzenlemesi halinde, onaylanması ya da uygun bulunması için Parlatentonun bir kanunla buna icazet vermesi zorunludur. Bu çerçevede Anayasanın 53/1. maddesine göre: “Barış anlaşmaları, ticaret anlaşmaları ile uluslararası bir örgütle ilgili olan, Devlete mali yük getiren yasa hükümlerini değiştiren, kişi durumlarını ilgilendiren, toprak terki, değişimi ya da ilhakını öngören anlaşma ya da anlaşmalar ancak bir kanun vasıtası ile onaylanır ya da uygun bulunur”. Bir anlaşmanın onaylanması ya da uygun bulunması için Parlatentodan kanun çıkarılması ise Hükümetin talebi ile gerçekleşecektir⁴¹.

54. maddede yer alan ve anayasaya aykırı bulunan bir uluslararası taahhütün onaylanabilmesi ya da uygun bulunabilmesi için anayasanın değiştirilmesi gerektiğine yönelik ifadeden, bu denetimin yalnızca 53. maddede sayılan anlaşma ya da anlaşmalarla mı sınırlı olduğu anlaşılacaktır. Nitekim doktrinde 54. maddenin geniş yorumlanması ve onaylanması yahut uygun bulunması için bir kanun gerekmeyen uluslararası taahhütlerin de Anayasa Konseyinin önüne götürülmesi gerektiğini söyleyen yazarlar olduysa da⁴² Anayasa Konseyinin tutumu, aksi yönde olmuştur⁴³. Sonuç olarak 54. madde çerçevesinde anayasaya aykırı olduğu ileri sürülebilecek uluslararası taahhütler, ancak onaylanmalarından ya da uygun bulunmalarından önce Parlatentonun bir kanunla icazet vermesi gereken anlaşma yahut anlaşmalar olabilecektir.

40 M. Jean-Pierre Raffarin, “Rapport d’information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées : redonner tout son sens à l’examen parlementaire des traités”, **Les Rapports du Sénat**, No. 204, Décembre 2014. <https://www.senat.fr/rap/r14-204/r14-2041.pdf>. (10 Ekim 2019). s.7-8.; Emmanuel Decaux, “Le régime du droit international en droit interne”, **Revue internationale de droit comparé**, Vol. 62, No. 2, 2010, s. 473.

41 Debbasch, Charles, Frédéric Colin, Laurence Desfonds, Karine Favro, ve Phlie Marcangelo. **Constitution Ve République: Textes, jurisprudence, pratique**. 5. Baskı. Paris: Economica, 2012, s. 437.

42 Rousseau, Bonnet ve Gahdoun, s. 144.

43 Debbasch, ve diğerleri, s. 450.

b. Anayasa Konseyine Başvurmaya Yetkili Kişiler

Maddede açıkça sayıldığı üzere, Anayasa Konseyine başvurma yetkisi yalnızca, Cumhurbaşkanı, Başbakan, Parlamentonun her iki kanadından birinin başkanı, atmış milletvekili ya da altmış senatöre tanınmıştır. Belirtmek gerekir ki, 1992 yılında yapılan anayasa değişikliğine kadar 54. madde çerçevesinde Anayasa Konseyine başvurma yetkisi milletvekillerine ve senatörlere tanınmamıştı⁴⁴.

Ek olarak, 52. madde uyarınca uluslararası andlaşmaları akdetmeye ve gerektiğinde onaylamaya/uygun bulmaya yetkili olan yürütme erkine aynı zamanda bu normların anayasaya aykırılığını iddia etme yetkisi tanınmış olması iki gerekçe ile açıklanmaktadır. İlk olarak hükümetin her iki kanadının görüş ayrılığında olması ihtimalinden kaynaklı olarak, bir kanadın akdettiği andlaşmayı, diğer erk Anayasaya Konseyine götürmek isteyebilir⁴⁵. Örneğin Cumhurbaşkanı müzakerelerine bizzat dahil olmadığı; basit usulle gerçekleştirilen bir anlaşma aleyhine başvuruda bulunabilir. İkinci sebep ise daha çok taktikseldir. Yürütme erki, kamuoyunda güvenini tazelemek ve muhalefetten gelecek eleştirileri önlemek için, akdettiği uluslararası andlaşmanın anayasaya uygun olduğunu teyit ettirmek istediğinde, Anayasa Konseyine başvurabilecektir⁴⁶.

c. Denetimin Gerçekleştirilme Anı

Denetim, uluslararası andlaşmanın onaylanmasından/uygun bulunmasından önce; *a priori* olarak gerçekleştirilmektedir. Denetimin, andlaşmanın onaylanması ya da uygun bulunması için gereken kanun kabul edilene kadar gerçekleştirilmesi gereklidir⁴⁷.

d. Denetimde Referans Normlar

Uluslararası andlaşmaların anayasa uygunluk denetiminde, başvuru normları anayasa hükümleri ya da Anayasa Konseyinin “anayasallık blokuna” dahil ettiği diğer ilkelerdir. Anayasa Konseyi, uluslararası andlaşmaları anayasallık blokuna dahil etmediği için⁴⁸, bir uluslararası andlaşmanın diğer bir uluslararası andlaşma karşısında denetlenmesi, mümkün değildir⁴⁹.

44 1992 yılında gerçekleştirilen bu değişikliğe kadar parlamenterlere başvuru imkânı tanınmamış olması, Fransız yasa-merkezci geleneğinin dönüşümüne önemli bir örnek teşkil etmektedir.

45 Rousseau, Bonnet ve Gahdoun, s.146.

46 Rousseau, Bonnet ve Gahdoun, s. 143-145. Andlaşmayı akdeden yürütme erkinin aynı zamanda Anayasa Konseyine başvurusu “kıskartılmış başvuru” olarak nitelendirilmektedir. (Favoreu, s. 618.)

47 Rousseau, Bonnet ve Gahdoun, s.146. Söz konusu kanunun kabul edilmesi için belirli bir süre sınırı olmadığından, andlaşmanın akdedilmesinden yıllar sonra dahi 54. madde çerçevesinde bir başvuru yapılması mümkündür. Bu yönde bir karar için bkz. Décision n° 2006-541 DC du 28 septembre 2006.

48 Decaux, s. 478.

49 Daha fazla bilgi için bkz. Eric Olivia, Gaïa Patrick, André Roux, Richard Ghevontian, ve Ferdinand, Mélin-Soucrani, **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, 18. Baskı, Paris: Dalloz, 2016, s. 376.

Anayasa Konseyi bu denetimde, sıklıkla başvurduğu bir doktrin oluşturmuştur. Buna göre bir uluslararası andlaşma “ulusal egemenliğin icra edilmesi için gereken koşullara” aykırı olursa, anayasaya da aykırı hale gelir⁵⁰. Bu doktrinin ilk ortaya çıktığı 1970 tarihli *Luxemburg Andlaşması* kararında, Topluluk organlarının bütçeye ilişkin yetkilerinin artırılması, üye devletler arasındaki dengeyi değiştirmede için Konsey, “ulusal egemenliğin icra edilmesi için gereken koşulların” da ihlal edilmediğine karar vererek⁵¹, doktrinin doğumuna yol açmıştır. Bu doktrinin esasında, Anayasanın 3. maddesi çerçevesinde halka ait olan ulusal egemenliğin temsilciler eliyle başka bir kişi ya da organa, özellikle yabancı otoritelere ya da uluslararası örgütlere, devrini yasaklamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, egemenliğin bizzat kendisinin devri yasaklansa bile, egemenliğin kendisi tartışma konusu etmeyen bir yetki devri yasaklanmamaktadır⁵². Bir başka ifade ile ulusal egemenliğin sahibi, halk olarak kaldığı müddetçe, bunun kullanımına ilişkin yetki devri prensip olarak anayasa aykırı olmayacaktır. Bu çerçevede Konseyin, bu doktrini oluştururken başvurduğu 1946 Anayasasının Başlangıç kısmında yer alan ve Fransa'nın mütakabiliyet ilkesine saygı duyulması ve barışın inşası ve korunması için egemenliğe getirilecek sınırlamalara rıza göstereceği yönündeki ifade, Konsey tarafından “basit sınırlamalar” şeklinde tezahür eden bir yetki devri olarak yorumlanmakta ve bu sınırlamalar anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir⁵³. Ancak devletin savunma, para basma, yargılama ya da vatandaşlık konularına ilişkin yetkisine getirilen sınırlamalar, “ulusal egemenliğin icra edilmesi için gereken koşullara” temas ettiğinden anayasa da aykırı olacaktır⁵⁴. Yahut Fransa'nın bir andlaşmayı feshetme hakkına sahip olup olmaması da “ulusal egemenliğin icra edilmesi için gereken koşullara” aykırılık teşkil edebilir⁵⁵.

Anayasa Konseyi, egemenlik yetkisine yönelik hangi sınırlamaların anayasayı ihlal edeceğine ilişkin tüketici bir liste oluşturmamıştır. Konsey, önüne gelen andlaşmadan andlaşmaya geçecek, kümülatif bir inceleme yapmaktadır⁵⁶.

e. Denetimin Sonuçları

Anayasa Konseyi tarafından verilecek anayasaya uygunluk kararı sonucunda, uluslararası taahhüt onaylanacak ya da uygun bulunacaktır. Uygun bulma ve onaylama hususunda takdir yetkisi yürütme erkinde olduğu için⁵⁷, uluslararası andlaşmanın iç hukukta yürürlüğe girmemesi de mümkündür. Ek olarak, anayasaya uygunluk kararının bir “yorumlu red” niteliğinde verilebileceği de savunulmaktadır. Örneğin, Anayasa Konseyinin 2004 tarihli *Avrupa İçin*

50 Drago, s. 606.

51 70-39 DC du 19 juin 1970, para 9.

52 Michel Troper, “Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale?”, **La Constitution en 20 questions: question n° 5 Cinquantième anniversaire de la Constitution (2008)**, 2008. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution>, (29 Kasım 2017), s. 3.

53 Daha fazla bilgi için bkz. Troper, s. 4.

54 Troper, s. 4. Anayasa Konseyi

55 Örneğin bkz. Décision n° 2017-749 DC du 31 juillet 2017, para. 68-72.

56 Drago, s. 608.

57 Raffarin, s. 8.

Anayasa Kuran Andlaşma kararında⁵⁸, Andlaşma metnine dahil olan “Avrupa Temel Haklar Şartına” ilişkin Anayasa Konseyinin verdiği anayasa uygunluk kararında kullandığı tekniğin, yorumlu red olduğu iddia edilmektedir. Gerçekten de kararda Konsey, Şart’ın azınlıklara tanıdığı kimi hakların anayasal ilkelerle birlikte okunması gerekliliğine vurgu yapmış, Anayasanın 1-3. maddeleri çerçevesinde; köken, kültür, dil ya da inanç temelinde herhangi bir topluluğa toplu hakları tanınmadığını özellikle ifade etmiştir⁵⁹. Bu açıdan Mathieu, Konseyin Şart’ın hükümlerini nötralize edici bir yorum tekniği kullandığını ve Şart’ın ilgili hükümlerinin yalnızca Konseyin bu yorumu ile anayasaya uyumlu hale geleceğini iddia etmiştir⁶⁰. Hal böyle olmakla birlikte, Fransız sisteminde, uluslararası bir andlaşmanın *a posteriori* olarak denetlenmesi pratikte oldukça zor olduğundan, andlaşmanın yorumlu red tekniği ile anayasaya uygun bulunmasının bir etkisi bulunup bulunmadığı şüphelidir.

Denetimin ikinci sonucu anayasaya aykırılık kararıdır. Bu halde andlaşma onaylanmayarak, iç hukuka dahil olmayacaktır⁶¹.

Bir diğer ihtimal ise andlaşmayı anayasa ile uyumlu hale getirmektir. Buna göre andlaşmanın diğer tarafı/tarafları ile yapılacak müzakere sonucunda andlaşma metni revize edilebilir. Yahut anayasanın kendisi değiştirilir. Nitekim Avrupa Birliği (AB) entegrasyonu çerçevesinde gerçekleştirilen anayasa değişiklikleri, büyük ölçüde Anayasa Konseyinin AB kurucu andlaşmalarını anayasa aykırı bulması neticesinde gerçekleşmiştir.

AB entegrasyon sürecince Anayasa Konseyinin; 1992 tarihli “Maastricht”, 1997 tarihli “Amsterdam”, Andlaşmaları ile 2004 tarihli “Avrupa İçin Anayasa Kuran Andlaşma” ve 2007 tarihli “Lizbon Andlaşması”nı anayasa aykırı bulması neticesinde⁶², her bir anayasa aykırılık kararı bir anayasa değişikliği ile sonuçlanmıştır⁶³. Örneğin Konseyin, 1992 tarihli *Maastricht Andlaşmasının*, taşıdığı hükümleri “ulusal egemenliğin icra edilmesi için gereken koşullara” aykırı bulması⁶⁴ sonucunda, Anayasaya “Avrupa Birliği” başlığı altında, 88-1-88-4. maddeler eklenerek, mevcut anayasaya aykırılık giderilmeye çalışılmıştır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, Maastricht Andlaşmasını anayasa ile uyumlu hale getirmek için “Avrupa Birliği” başlığı altında eklenen genel hüküm, Anayasa Konseyi için diğer AB Kurucu andlaşmalarını kendiliğinden (*ipso*

58 Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004.

59 Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004, para. 16.

60 Bertrand Mathieu, “Le respect par l’Union européenne”, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-respect-par-l-union-europeenne], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 18, 2005, s. 2. Karş. Rousseau, Bonnet ve Gahdoun, s. 147.

61 Bu ihtimal Anayasa Konseyinin 1999 tarihli *Avrupa Dil Şartı* kararı örnek gösterilebilir. Anayasa Konseyinin anayasaya aykırılık kararı sonrasında, (Décision n° 99-412 DC du 15 juin 1999, para. 10.) Fransız Hükümeti metni onaylamayacağını açıkça belirtmiştir. Maxime Verrier, “L’Europe, la France et les langues régionales : une relation compliquée ?”, *Eurosorbonne*, 31 Temmuz 2017. https://eurosorbonne.eu/2017/07/31/france-langues-regionales-relation-compliquée/ (10 Ekim 2019).

62 Anayasa Konseyinin bahsi geçen andlaşmalara ilişkin kararları sırasıyla şu şekildedir. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992; Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997; Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004; Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

63 Daha detaylı bilgi için bkz. Debbasch, ve diğerleri, s. 452.

64 Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, para. 14-49.

facto) anayasaya uygun hale getirmemektedir. Bir başka ifade ile akdedilen diğer AB andlaşmaları, anayasaya eklenen şapka hükümlerle bir anayasaya uygunluk karinesinden yararlanmamaktadır⁶⁵. Öte yandan, bir anayasa/andlaşma çatışmasına çözüm bulabilme amacıyla getirilen anayasa değişikliğine rağmen, anayasaya yeni eklenen hükümlerin anayasaya aykırılığı gidermemesi muhtemeldir. Bu halde Anayasa Konseyinin değişen anayasa çerçevesinde, aynı andlaşmayı ikinci kez denetlemesinde bir engel bulunmamaktadır⁶⁶.

C. Anayasa Konseyinin Genişletici Yorumu Neticesinde Andlaşma Denetimi Olanasının Artması

Uluslararası andlaşma denetiminde, Anayasanın Konseyi açıkça yetkilendirdiği yegâne hüküm olan 54. maddenin varlığına rağmen, Anayasa Konseyi yaptığı genişletici yorum neticesinde, kendisine tanınan diğer yetkiler çerçevesinde, uluslararası andlaşmalara yönelik “dolaylı” bir denetim gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede öne çıkan en önemli madde, kanunların ısdar edilmelerinden önce anayasaya aykırılık denetimini mümkün kılan 61/2. maddedir. Anayasa Konseyi bu denetimi, uluslararası andlaşmanın onaylanmasına ya da uygun bulunmasına icazet veren kanun üzerinden “esasa” yönelik bir denetim olarak gerçekleştirmektedir⁶⁷. 54. maddenin varlığına rağmen Anayasa Konseyinin bu yönde bir denetimi kabul etmesinin nedeni, 1992 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar, Parlamenterlere 54. madde çerçevesinde Anayasa Konseyine başvuru yapma hakkının tanınmamış olmasından kaynaklandığı belirtilmelidir⁶⁸. Bu bağlamda, 61/2. madde çerçevesinde dolaylı yoldan yapılan denetime ilk örnek 1980 tarihli, *Fransa-Almanya Adli Yardım Anlaşması*” kararı olup, denetim onaya yetki veren kanun üzerinden gerçekleştirilmiştir⁶⁹.

1992 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliği ile Parlamenterlere andlaşmanın anayasaya aykırılığını doğrudan iddia etme hakkı tanınmasına rağmen, 61/2. madde “ek bir güvence”⁷⁰ olarak varlığını hala sürdürmektedir. Bir başka ifade ile Anayasa Konseyi, 54. madde ile yapılan başvuruların varlığına rağmen, 61/2. madde çerçevesinde yapılacak başvuruları da kabul etmektedir.

61/2. madde uyarınca, yapılacak başvuru onay ya da uygun bulma kanununun ısdar edilmesinden önce gerçekleştirildiği için *a priori* bir denetimdir.

Bu başlık altında öne çıkan ikinci husus ise, Anayasa Konseyinin referandum işlemlerinin usulüne uygun olarak yapılmadığına ilişkin gerçekleştirdiği denetimdir. Yukarıda da

65 Olivia, ve diğerleri 2016, s. 383.

66 Nitekim Maastricht Andlaşması, anayasa değişikliği sonrasında ikinci kez anayasaya uygunluk denetimine tutulmuştur. Décision n° 92-312 DC du 2 septembre 1992.

67 Fransız doktrininde uygun bulma kanununun denetlenebilirliğine yönelik başlıca tartışmalar için bkz. Louis Favoreu, **La Constitution et son juge**, Paris: Economica, 2014 s. 622-623.

68 Verpeaux, ve diğerleri, s. 393-394.

69 Décision n° 80-116 DC du 17 juillet 1980.

70 Terim için bkz. Decaux, s. 479.

bahsedildiği üzere, Anayasanın 11. maddesi uyarınca, “anayasaya aykırı olmaksızın” devlet kurumlarının işleyişi üzerinde etki yapabilecek bir andlaşmanın onayına icazet veren kanun tasarısının kabulü için referandum düzenlenebilmektedir. Madde hükmünde yer alan ve ancak “anayasaya aykırı olmayan” andlaşmaların referanduma sunulmasının mümkün olduğu yönündeki ifade, Anayasa Konseyi önünde oldukça ilginç bir denetimin kapılarını aralamaktadır. Şöyle ki Konsey referandum sürecinde, seçimlerin usulüne uygunluğunu gözeten bir seçim mahkemesine dönüştüğü için, bu esnada kabul edilen kararnamelere yönelik itirazlar hakkında da karar vermektedir⁷¹. İşte bu çerçevede, referandumla ilgili olarak çıkarılan kararname üzerinden, aynı uygun bulma kanunu üzerinden yapılan anayasaya aykırılık iddiasında olduğu gibi dolaylı yoldan bir anayasa aykırılık iddiası gündeme geldiğinde, Konsey “anayasaya aykırı olmaksızın” ifadesini geniş yorumlamakta ve kararname üzerinden uluslararası andlaşmayı denetleyebilmektedir⁷². Referandumda kabul edilen kararnamelere yönelik, itiraz yapma hakkının yalnızca siyasi organlara tanınmamış olması, pratikte bu denetimi tüm vatandaşlara açmaktadır. Ek olarak denetimin, andlaşmanın henüz onaylanmasından önce gerçekleşmesi nedeniyle *a priori* olarak icra edildiği belirtilmelidir.

Bu noktada, ana hatlarıyla ortaya konan Fransız anayasa yargısında, andlaşmaların onaylanmasından sonra gerçekleşen *a posteriori* denetimin mümkün olup olmadığının sorulması yerinde olur. Bu sorunun yanıtı teorik olarak olmasa da pratikte olumsuz olarak görünmektedir. Örneğin “öncelikli anayasallık sorunu kapsamında” bir uluslararası andlaşmanın anayasaya uygunluk denetimine tabi tutulabilmesi için öncelikle bu andlaşmanın anayasal bir hakkı ihlal ettiğinin ortaya konulması gereklidir. Daha da önemlisi, Anayasanın 61-1. maddesine göre ÖAS'nın konusunu ancak bir kanun oluşturabileceğinden, uluslararası andlaşmanın ÖAS çerçevesinde denetimi ancak andlaşmayı onaylayan ya da uygun bulan kanun üzerinden, dolaylı olarak gerçekleşecektir⁷³. Ancak Fransız Danıştay, önündeki bir uyuşmazlıkta, uygun bulma kanununun davaya uygulanabilir ve temel hak ve özgürlükleri ihlal edebilecek bir niteliği olmadığına karar vererek, ÖAS kapsamında yapılan itirazı Konseye iletmemiştir⁷⁴. Fransız Yargıtayı da benzer bir tutum benimsemiş olduğundan⁷⁵, bu iki Yüksek Mahkeme içtihat değişikliğine gidene kadar, ÖAS kapsamında yapılacak benzeri yöndeki itirazların Anayasa Konseyi önünde tartışılması mümkün gözükmemektedir.

Sonuç olarak, uluslararası hukuka açık ve bu hukuk düzeninin kanunlar karşısında üstünlüğünün açıkça kabul edildiği Fransız sisteminde, Anayasa Konseyinin 54. madde çerçevesinde sahip olduğu kontrol yetkisini, diğer denetim usullerine teşmil etmesi, anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirme çabası açısından dikkat çekicidir. Bu usulün *a priori* gerçekleştirilebilmesi ise *pacta sunt servanda* ilkesine saygı açısından bir avantaj teşkil etmektedir.

71 Jean-Baptiste Roche, “Le contrôle juridictionnel du referendum en France (2eme partie)”, *Revue juridique de l'Ouest*, Vol. 2, 2012, s.189.

72 Commentaire de la décision du 24 mars 2005, Les Cahiers du Conseil constitutionnel Cahier n° 18.

73 Xavier Magnon, *QPC – La question prioritaire de constitutionnalité*. 2. Baskı. LexisNexis, 2013, s. 91.

74 CE 14 Mai 2010, No. 312305, Lebon 65.

75 Cour de cassation, Chambre criminelle, 17 mai 2011, 10-82938.

SONUÇ

1958 tarihli Fransız Anayasasının 54. maddesi uyarınca gerçekleştirilen denetim, bu andlaşmaların Cumhurbaşkanı tarafından onaylanmalarından ya da uygun bulunmalarından önce *a priori* gerçekleştirilmektedir. 54. madde çerçevesinde Anayasa Konseyine başvurabilecekler; Cumhurbaşkanı, Başbakan, Parlamentonun her iki kanadının başkanından biri ya da parlamenterlerdir. Bir andlaşmanın anayasaya aykırı bulunması halinde bu iki metnin, andlaşma ve anayasanın, birbiri ile uyumlaştırılması gerekir. Buna göre anayasa değiştirilir ve andlaşmanın iç hukuka sorunsuzca dahil olması mümkün olur. Yahut bir anayasa değişikliğinin gündeme gelmemesi durumunda, akdedilen andlaşma, hiçbir zaman iç hukukta yürürlüğe girmeden, mevcut haliyle beklemede kalır. Bu ihtimalde, andlaşmanın karşı taraflarıyla bir müzakereye varılarak, andlaşma metninin anayasa hükümleri ile uyumlu hale getirilmesi her zaman mümkündür.

Fransız Anayasa Konseyi, 54. maddenin varlığına rağmen, 1958 Anayasasının kendisine verdiği yetkileri geniş yorumlayarak, bu denetimi diğer anayasa maddeleri vasıtaıyla da gerçekleştirmektedir. Örneğin, kanunların ısdar edilmelerinden önce *a priori* denetimine olanak sağlayan 61/2. madde bu açıdan önemlidir. Konseyin bu hükme başvurmasının nedeni, 1992 yılında gerçekleştirilen anayasa değişikliğine kadar, parlamenterlere 54. madde çerçevesinde Anayasa Konseyine başvurma imkânı tanınmamış olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak Konsey, 1992 değişikliğinden sonra bile, 61/2. madde vasıtasıyla önüne gelen uluslararası andlaşmalara yönelik anayasaya aykırılık iddialarını kabul edilebilir bulmaktadır. 61/2. madde çerçevesinde gerçekleştirilen denetimin, andlaşmanın onaylanmasına ya da uygun bulunmasına icazet veren kanun üzerinden “dolaylı” olarak gerçekleştirildiği belirtilmelidir.

Ek olarak Anayasa Konseyi, Anayasanın 11. maddesi uyarınca, belirli andlaşmaların onaylanabilmesi için düzenlenen referandum çerçevesinde kendisine verilen seçim gözetimi yetkileri vasıtasıyla da uluslararası andlaşmalara yönelik ilginç bir denetimin kapılarını aralamıştır. Anayasanın 11. maddesi uyarınca, yalnızca anayasaya uygun olan uluslararası andlaşmalar referanduma sunulabileceği için Konsey, referandum döneminde çıkarılan kararname vasıtasıyla, referanduma sunulan andlaşmaların anayasa uygunluğunu denetleme görevini kendinde görmektedir.

Fransız Anayasasında, uluslararası andlaşmaların *a posteriori* denetlenmelerini engelleyen bir hüküm olmamakla birlikte, şu anki yargı pratiğinden bunun henüz mevcut olmadığı anlaşılmaktadır.

Sonuç olarak Anayasa Konseyinin, anayasanın üstünlüğünü gerçekleştirebilme amacıyla, kendisine verilen yetkilerle ve içtihat yoluyla oluşturduğu ek denetim pratiği takdire değerdir. Halbuki Türk Anayasa Mahkemesi, usulüne göre yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmaların anayasaya uygunluğunun gündeme geldiği üç temel kararda da⁷⁶, Anayasanın 90/5. maddesini

76 Bu kararlar sırasıyla: AYM. E. 1996/55, K. 1997/33, K.T. 27.02.1997; AYM. E. 2010/92, K. 2012/86, K.T. 31.05.2012; AYM E. 2011/47, K. 2012/87, K.T. 31.05.2012,

katı yorumlamıştır. Anayasa Mahkemesi bu kararlarda, yürürlüğe girmiş uluslararası andlaşmalar için konulmuş bu yasağın, devletin uluslararası sorumluluğunu engellediğini göz önüne almakla⁷⁷ birlikte yürürlüğe girmemiş andlaşmalar için gerçekleştirilebilecek *a priori* mümkün olup olmadığı yönünde bir tartışmaya da yeşil ışık yakmamıştır. Sonuç olarak anayasa hukukumuzda katı bir şekilde uygulanan bu yasağın, içtihat yoluyla yumuşatılması mümkün gözükmediğinden, uluslararası andlaşmaların denetimine açıkça izin veren bir anayasa değişikliğinin yapılması tartışmaya değer bir konudur. Bu açıdan Fransız Anayasasının 54. maddesi ve Anayasa Konseyinin, *pacta sunt servanda* ilkesi ile anayasanın üstünlüğü arasında kurduğu bu etkili yargı pratiği, ileride gerçekleşmesi muhtemel bir anayasa değişikliği için önemli bir örnek oluşturmaktadır.

Kaynakça

- Ana Britannica. **Genel Kültür Ansiklopedisi: Cilt III**, Ana Yayıncılık, 2004.
- Anayurt, Ömer. **1958 Fransız Anayasasında Kanun Anlayışı: Kanunun Genelliğinden Sınırlı – Tahsisli Kanuna Geçiş**. Ankara: Seçkin, 2019.
- Apaydın, Deniz Tekin. “Monizm-Düalizm İkileminde Türk Hukuk Sistemi: Uluslararası Hukuka Bakış Üzerine Doktrinel Uyuşmazlığın Nedenleri ve AB Hukuku Işığında Bir Değerlendirme” **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 9, Sayı. 1, 2018, ss. 529-560.
- Bal, Ali. “Uluslararası Andlaşmaların Anayasa Mahkemesi Tarafından Denetlenmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt. 1, Özel Sayı: Rona Aybay’a Armağan, Aralık 2014, ss.459-509.
- Bastien, Francois. “Le Conseil constitutionnel et la Cinquième République. Réflexions sur l’émergence et les effets du contrôle de constitutionnalité en France”. **Revue française de science politique**, No. 3-4,1997, ss. 337-404.
- Can, Hacı. “Türk Hukuk Düzeninin Milletlerarası Hukuka Açıklığı”. **Yasama Dergisi**, Sayı. 12, Mayıs-Haziran-Temmuz-Ağustos 2009, ss. 5-65.
- Çelik, Edip. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk Hukukundaki Yeri ve Uygulaması”. **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Cilt. 1. Sayı. 15, 1988, ss. 47 – 56.
- De Lamothe, Olivier Dutheillet. “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”. **Visite au Tribunal Constitutionnel espagnol Madrid: 2-4 avril 2009**. Madrid, 2009. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres/controle-de-conventionnalite-et-controle-de-constitutionnalite-en-france>, (10 Ekim 2019)
- Debbasch, Charles, Frédéric Colin, Laurence Desfonds, Karine Favro, ve Phlie Marcangelo. **Constitution Ve République: Textes, jurisprudence, pratique**. 5. Baskı. Paris: Economica, 2012.
- Decaux, Emmanuel. “Le régime du droit international en droit interne”. **Revue internationale de droit comparé** 62, No. 2, 2010, ss. 467-505.
- Delcamp, Alain. “Le Conseil constitutionnel et le Parlement”. **Revue française de droit constitutionnel**, Vol.1, No. 57, 2004, ss. 37-83.
- Disant, Mathieu. “Les effets dans le temps des décisions QPC”. **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Vol. 40, No. 3, 2013, ss. 63-82.
- Drago, Guillaume. **Contentieux constitutionnel français**. 4. Baskı. Paris: PUF, 2016.
- Favoreu, Louis. **La Constitution et son juge**. Paris: Economica, 2014.

77 AYM. E. 1996/55, K. 1997/33, K.T. 27.02.1997 ve AYM. E. 2010/92, K. 2012/86, K.T. 31.05.2012; AYM.

- Favoreu, Louis, ve Philip Loïc. "Introduction", Louis Favoreu (ed.). **Le Conseil Constitutionnel** içinde. Paris, PUF, 2005, ss.3-8.
- Hamon, Francis, ve Michel Troper. **Droit Constitutionnel**. 38. Baskı. LGDJ, 2017.
- Gülgeç, Yahya Berkol **Normlar Hiyerarşisi: Türk Alman ve İngiliz Hukuk Sistemlerinde Kural İşlemlerin ve Mahkeme Kararlarının Hiyerarşik Gücü**. 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha, 2016.
- Ülgen, Özen. "Fransız Anayasa Yargısında Yeni Dönem: Öncelikli Anayasallık Sorunu". **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt. 11, Sayı 1, Ocak 2014, ss. 591-619.
- Jan, Pascal. "Le conseil constitutionnel". **Pouvoirs**, No. 99,1999, ss. 71-86.
- Kaboğlu, İbrahim Özden. **Anayasa Yargısı – Avrupa Modeli ve Türkiye**. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4.Baskı. İstanbul: İmge, 2007.
- Le Bot, Olivier. "Contrôles de constitutionnalité a priori et a posteriori en Europe". **Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel**, Vol. 40, No. 3, 2013, ss.117-135.
- Magnon, Xavier. **QPC – La question prioritaire de constitutionnalité**. 2. Baskı. LexisNexis, 2013.
- Mathieu, Bertrand. "Le Conseil constitutionnel "législateur positif" ou la question des interventions du juge constitutionnel français dans l'exercice de la fonction législative". **Revue internationale de droit comparé**, Vol. 62, No. 2, 2010, ss. 507-531.
- Mathieu, Bertrand. "Le respect par l'Union européenne", [https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-respect-par-l-union-europeenne], *Cahiers du Conseil constitutionnel*, No. 18, 2005.
- Mélin-Soucramanien , Ferdinand. "Le Conseil constitutionnel, juge électoral". **Pouvoirs**. Vol. 2, No. 105, 2003, ss. 117-131.
- Milli Birlik Komitesi Genel Kurul Toplantısı. Cilt. 6, 87. Birleşim, 17.05.1961. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/MBK_/d00/c006/mbk_00006087.pdf (15 Ekim 2019).
- Olivia, Eric, Gaïa Patrick, André Roux, Richard Ghevontian, ve Ferdinand, Mélin-Soucramanien. **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**. 18. Baskı.Paris: Dalloz, 2016.
- Pazarcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**. 17. Baskı.Ankara: Turhan, 2018.
- Raffarin, M. Jean-Pierre. "Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires étrangères, de la défense et des forces armées : redonner tout son sens à l'examen parlementaire des traités". Les Rapports du Sénat, No. 204, Décembre 2014. <https://www.senat.fr/rap/r14-204/r14-2041.pdf>. (10 Ekim 2019).
- Roche, Jean-Baptiste. "Le contrôle juridictionnel du referendum en France (2eme partie)". **Revue juridique de l'Ouest**, Vol. 2, 2012, ss. 183-227.
- Rousseau, Dominique , Julien Bonnet, ve Pierre-yves Gahdoun. **Droit du contentieux constitutionnel**. 11. Paris: LGDJ, 2016.
- Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**. 10. Baskı, İstanbul: Beta, 2016.
- Şirin, Tolga. **Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunda Kanun Kavramı**. 2. Baskı. İstanbul: On İki Levha, 2019.
- Temsilciler Meclisi. "Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Tasarısı ve Anayasa Komisyonu Raporu". **Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi**, 34. Birleşim, 09.03.1961. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM_/d00/c002/tm__00002034.pdf, (15 Ekim 2019).
- Teziç, Erdoğan. **Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)**. Gözden Geçirilmiş ve İlaveli 19. Baskı. İstanbul: Beta, 2015.
- Toluner, Sevin. **Milletlerarası Hukuk ve İç Hukuk Arasındaki İlişkiler**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1973.

Troper, Michel. “Comment la Constitution de 1958 définit la souveraineté nationale?”. **La Constitution en 20 questions: question n° 5 Cinquantième anniversaire de la Constitution (2008)**. 2008. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution> (29 Kasım 2017).

Verrier Maxime. “L’Europe, la France et les langues régionales: une relation compliquée ?”, *Eurosorbonne*. 31 Temmuz 2017. <https://eurosorbonne.eu/2017/07/31/france-langues-regionales-relation-compliquee/> (10 Ekim 2019).

Verpeaux, Michel, Ariene Vidal-Naquet, Pierre De Montavilet, ve Agnès Roblot-Troizier. **Droit constitutionnel. Les grandes décisions de la jurisprudence**. 2. Baskı.Paris: PUF, 2017.

Verpeux, Michel. “Contrôle de constitutionnalité des actes administratifs: actes”, [<https://www-dalloz-fr-s-biblium.u-paris2.fr>], *Répertoire de contentieux administratif*, Janvier 2011. (26 Kasım 2019).

<https://www.conseil-constitutionnel.fr>

<https://www.editions-dalloz.fr/recueil-lebon-recueil-des-decisions-du-conseil-d-etat.html>

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

<https://www.legifrance.gouv.fr>

Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma Bağlamında E-Oy ve Estonya Örneği*

E-Voting and Estonia Example in the Context of Participant Democracy and Online Decision Making

Bihterin VURAL DİNÇKOL** 

Alper IŞIK*** 

Öz

Teknolojide yaşanan dönüşüm, demokrasiyi ve onun kurumlarını da dönüştürmektedir. Özellikle katılımcı demokrasi bağlamında, teknoloji yurttaş katılımını sağlamanın aracı haline gelmiştir. Seçim uygulamaları, bu dönüşümün önemli bir yönünü temsil etmektedir. Dijital alanda son derece ilerlemiş bir ülke olan Estonya, karar alma konusunda dijital imkanları kullanarak e-oy kullanımını seçimlerde uygulamaya başlamıştır.

Anahtar Kelimeler: E-Oy, Estonya, Dijital demokrasi, Katılımcı demokrasi, Online karar alma

Abstract

The transformation in technology transforms democracy and its institutions. Especially in the context of participatory democracy, technology has become a means of ensuring citizen participation. Election practices represent an important aspect of this transformation. Estonia, which is a highly advanced country in the digital field, has begun to implement e-voting in elections by using digital means for decision making.

Keywords: E-Voting, Estonia, Digital democracy, Participant democracy, Online decision-making

GİRİŞ

Katılımcı demokrasi, yurttaş katılımını artırmayı hedefleyen bir demokrasi türü olarak ortaya çıkmıştır. Teknolojide yaşanan dönüşümler ise yurttaşların devlet yönetimine katılması bağlamında yeni imkanlar yaratmaktadır. Online karar alma olarak adlandırabileceğimiz bu imkanlar, demokrasiyi bir dönüşüm sürecine zorlamaktadır. Online karar alma bağlamında

* Bu makale “*Dijital Çağda Demokrasinin Dönüşümü*” isimli doktora tezinden üretilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, E-Mail: bihterin.dinckol@marmara.edu.tr

*** Dr. Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku ABD, E-Mail: alper@sakarya.edu.tr

değinishmesi gereken en önemli uygulama ise e-oy uygulamasıdır. Farklı alt başlıklar altında incelenebilecek e-oy uygulamalarının en dikkat çekicisi ise uzaktan internet oyu uygulamalarıdır. Estonya, 2005 yılından bu yana internet üzerinden e-oy kullanımını seçimlerinde uygulamaktadır. Eserde öncelikle katılımcı demokrasi ve online karar alma kavramları açıklanacaktır. İkinci bölümde ise e-oy kavramı tanımlanarak riskleri ve avantajlarına dair görüşler incelenecektir. Bölümün devamında e-oy türleri ve e-oy kullanımının nasıl gerçekleştiğinden bahsedilecektir. Son bölümde ise e-oy uygulamasında Estonya örneğinin bir incelemesi yapılacaktır.

I. Katılımcı Demokrasi ve Online Karar Alma

I. Katılımcı Demokrasi

Katılımcı demokrasi, yurttaşların doğrudan etki sahibi olarak, seçilmiş temsilcileri sınırlayabildiği bir demokrasi uygulamasıdır¹. Günümüzde katılımcı demokrasi, demokrasi türleri arasında özel bir konuma sahiptir. Bu özel konumu yaratan ise katılımcı demokrasinin yurttaş katılımına önem veren ve teşvik eden yapısıdır. Katılımcı demokrasi ilk olarak temsili demokrasilere alternatif olarak ortaya çıkmıştır. Ancak günümüzde katılımcı demokrasinin işlevi, temsili demokrasinin eksikliklerini gidermek olarak kabul edilmektedir. Katılımcı demokrasi kavramı, yerel yönetimlerde uygulanmaya daha uygun bir yöntemdir. Bu bağlamda mahalle meclisleri ya da kent meclisleri ile yurttaşın karar alma sürecine doğrudan katılımı sağlanabilir². Bunun yanı sıra ulusal düzeyde de katılımcı demokrasinin geliştirilmesi gerekmektedir.

2. E-Katılım ve Online Karar Alma

Teknolojinin gelişen imkanları ile birlikte dünya üzerinde katılımcı demokrasinin daha da yaygınlaşacağı ileri sürülebilir. Teknolojik imkanların katılımcı demokrasiyi geliştirmek amacıyla kullanılması e-katılım kavramını doğurmuştur. *Birleşmiş Milletler* siyasal katılımın online boyutuna, yani e-katılıma, ayrı bir önem vermektedir. Devletlerin e-katılım alanındaki performansları *UNE-Participation Index (BME-Katılım Endeksi)* tarafından değerlendirilmektedir. Bu endekse göre e-katılım “yurttaşları, katılımcı, kapsayıcı ve müzakereci kılmak üzere politika, karar alma ve hizmet tasarımı ve dağıtımına bilgi iletişim teknolojileri yoluyla dahil etme süreci olarak” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım üç ayaktan oluşmaktadır;

- 1) e-bilgi (Online bilgilerin mevcudiyeti)
- 2) e-danışma (Halka online danışma)
- 3) e-karar alma (Yurttaşları doğrudan karar süreçlerine dahil etme)³

1 Alexandre COUTANT, “La révolution ne sera pas numérisée”, in, *Internet et Politique*, Coordonné par: Alexandre COUTANT, CNRS Editions, Paris, 2012, s. 22.

2 Rıza TÜRMEN, “Ütopya Yazıları 2: Katılımcı Demokrasi”, T24 Haber Sitesi, 12 Temmuz 2018, <https://t24.com.tr/yazarlar/riza-turmen/utopya-yazilari-2-katilimci-demokrasi,20087> Erişim Tarihi: 03.06.2019.

3 *United Nations E-Government Survey*, United Nations, New York, 2018, s. 112.

Endeks, yukarıdaki kriterlerin her biri için e-katılım araçlarının ulusal devlet portallarında olup olmadığını değerlendirmektedir⁴.

İlk e-katılım seviyesi e-bilgidir. Devletler, yurttaşların karar verme aşamasında daha bilinçli seçimler yapmalarına yardımcı olmak için bilgi iletişim teknolojileri kanalları aracılığıyla bilgi sağlarlar. Çünkü halka açık bilgilere erişim olmadan sağlanan katılım demokratik açıdan uygun değildir. E-katılım modelinin ikinci seviyesini e-danışma oluşturmaktadır. İnsanlara danışmak, yeni politikalar oluşturmak ve yeni hizmetler veya projeler tasarlama sürecinin bir parçasıdır. Ancak danışmanın sonucunda, hükümet alınan girdileri kullanmak zorunda değildir. Daha ziyade, belirli bir konudaki kamusal duyarlılıklara daha iyi yanıt vermek için elde edilen bilgilerin hükümet tarafından kullanılma ihtimali vardır. Dolayısıyla e-danışma sonucunda ortaya çıkan sonuçlar bağlayıcı olmamaktadır. E-katılım modelinin üçüncü seviyesi olan e-karar alma, bir başka deyişle online karar alma, ise ciddi zorluklar içermekte ve tartışmalara sebep olmaktadır⁵. Dünya üzerindeki e-oy uygulamaları da online karar almanın bir yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. E-Oy

I. E-Oy Kavramı

E-oy, kısaca tanımlamak gerekirse; elektronik cihazların desteklediği oylamadır. Online seçimler seçim sürecini basitleştirip hızlandırabilir ve ayrıca seçim maliyetlerini azaltabilir. Bununla birlikte oy sayımı ve sonuçların belirlenmesi daha hızlı ve daha güvenilir bir şekilde yapılabilir. 1980'lerden bu yana birçok Batı demokrasisinde gözlemlenen, seçimlere katılım oranlarının düşmesi, seçmenlere ve siyasete seçmen ilgisini teşvik etmenin yeni yollarını aramayı tetiklemiştir. Elektronik oylama bu yollardan biri olarak düşünülmüştür⁶.

2. E-Oy Türleri ve Kullanımı

İnternet üzerinden oy kullanma şeklinde elektronik oy kullanma ise posta üzerinden oylama ile karşılaştırılmaktadır. Çünkü gizlilik konusunda yarattıkları şüphe ortaktır. Ayrıca dünya üzerinde eskiden beri kullanılan bir yöntem olmasından dolayı, internet oylamasının öncülü olarak görülmektedir. Ancak gelişen iletişim altyapısı bir dönem telefon ve faks aracılığıyla oy kullanmasını da mümkün kılmıştır. Öyle ki bazı Amerikalı astronotlar 1997 yılından itibaren ülkelerindeki seçimler için uzaktan oy kullanabilmiştir. Bu işlemi yapan ilk astronot, Rusya'nın Mir Uzay İstasyonunda yaşayan David Wolf'tur. Wolf, o dönem yaşadığı eyalet olan Teksas'ın

4 United Nations E-Government Survey 2018, s. 112.

5 United Nations E-Government Survey 2018, s. 118-120.

6 Norbert KERSTING/Harald BALDERSHEIM, "Electronic Voting and Democratic Issues: An Introduction", in, *Electronic Voting and Democracy: A Comparative Analysis*, Eds: Norbert KERSTING/Harald BALDERSHEIM, Palgrave Macmillan, New York, 2004, s. 3.

seçimlerinde oy kullanmıştır. İnternet üzerinden oy kullanmanın geçmişi aslında 1990'lı yıllara kadar götürülebilir. 90'lı yılların ortalarında hangi ülkenin genel seçimlerinde internet üzerinden oy kullanılmasına izin veren ilk ülke olacağını görmek için siyasi bir yarış başlamıştır⁷.

Oylamanın elektronik olarak yapılması kullanım şekline göre üç tür altında incelenebilir. Bunlardan ilki belirli bir merkezde oy kullanılmasıdır. Burada, internet sadece oy verme istasyonundan seçim merkezine veri aktarmak için kullanılır. Seçim bilgisayarları belirli bir merkezde bulunduğu için seçim görevlileri tarafından tamamen kontrol edilebilir. Kimlik belirleme ve doğrulama, oy kullanma yerindeki yetkililer tarafından mevcut seçmen kayıtları aracılığıyla yapılır. Bu sistemlere dışarıdan bilgisayar yoluyla manipülasyon, virüs veya diğer türlü saldırılar mümkün değildir çünkü dış iletişim yoktur ve veriler bir makinede depolanmaktadır⁸. Bu tür oylamalar kamuya açık bir bilgisayarda yapılmakta ve elektronik oylama makineleri sistemine benzemektedir. Oy verme istasyonundan merkeze bağlantı çoğu zaman Intranet tarafından gerçekleştirilmektedir. Böylelikle bilgisayar virüsleri veya harici servis saldırıları gibi dışarıdan yönelen tehditler prensip olarak mümkün olsa da daha kolay önlenebilir bir hale gelmektedir.

İkinci tür olan kiosk oyunda ise seçmenler, kütüphaneler, okullar veya alışveriş merkezleri gibi halka açık yerlerde bulunan özel bilgisayarları kullanma imkanına sahiptir. Ancak bu yöntemde seçim süreci kamu makamları tarafından kontrol edilememektedir. Dolayısıyla kimlik doğrulamasını sağlamak için, dijital imza veya akıllı kart, parmak izi gibi araçlara ihtiyaç duyulmaktadır.

Üçüncü tür olan internet oylaması ise evde ya da işyerinde yapılan uzaktan internet oylamaları anlamına gelmektedir. Kuşkusuz internet oylaması birçok riski de beraberinde getirmektedir. Burada, tanımlama ve doğrulama sorunları ile birlikte, oylamanın gizliliği ve seçim güvenliği ile ilgili sorunlar ortaya çıkabilir⁹. Bu konuda örnek olarak 2002 yılında ABD'de yapılan ara seçimlerde yaşanan sorunlar gösterilebilir. Bu seçimlerde Florida eyaletinde seçmenler yeni ve dokunmatik ekranlı oylama makineleri kullanmışlardır. Hala belirsiz kalan teknolojik problemler nedeniyle, bu seçimde bazı oylar kaybedilmiştir¹⁰. Daha da önemlisi kaybedilen bu oyların sonuca nasıl etki ettiğini bilmenin bir yolu yoktur¹¹.

Yukarıda belirtilen üç yöntemden ikisi belirli bir merkezde oy kullanılmasını içerirken bir tanesi uzaktan oy kullanılmasına ilişkindir. İlk iki yöntemde yurttaşlar, belirli noktalarda toplanan resmi oy verme merkezlerine gidip bu alanlarda elektronik olarak oyunu kullanabilir. Ancak esas devrim niteliğinde bir gelişme olarak görülmesi gereken, yurttaşların oylarını internet üzerinden ve belirli merkezlere gitmeden kullanabilecek olmasıdır. Bu durum geleneksel oy kullanmaya göre

7 GIBSON/KRIMMER/TEAGUE/POMARES, s. 280.

8 KERSTING/ BALDERSHEIM, s. 6.

9 KERSTING/BALDERSHEIM, s. 7.

10 Bu seçimde Florida eyaletinde 103.000 oyun kaybolduğu söylenmektedir. Kaynak için bkznz. <http://edition.cnn.com/2002/ALLPOLITICS/11/07/elec02.florida.votes.missing/> Erişim Tarihi: 03.04.2019.

11 BUCHSTEIN, s. 49.

daha verimli bir sistemdir. Çünkü yurttaşlar, oylarını internet aracılığıyla kullanma imkanına sahiptir. Uzaktan internet oylamaları, yurttaşların oylarını internet erişimine sahip herhangi bir yerden kullanmalarını sağlayarak seçmenlerin katılımını en üst düzeye çıkarmaya çalışır. Ancak internet üzerinden oy kullanma daha sınırlı bir uygulamadır. Dünyada birtakım ülkeler böylesi bir deneyimi sınırlı da olsa deneme yoluna gitmiştir.

Belirli noktalarda oy kullanabilecek olmanın da birtakım avantajları vardır. Bunların en önemlisi yurttaşların yalnızca kayıtlı oldukları merkezde değil, bütün merkezlerde oy kullanma hakkına sahip olmasıdır¹². Dolayısıyla seçimin yapılacağı gün kendi sandığından ya da oy verme merkezinden uzakta olan seçmenler, bu sayede başka bir oy verme merkezinde oy kullanma imkanına sahip olacaklardır. Resmi oy verme merkezlerinin mevcut olmadığı yani kütüphane, alışveriş merkezi, benzin istasyonu gibi yerlerde oy kullanmak için kiosk benzeri yerlerin bulunduğu sistemin de oy kullanma faaliyetine olumlu etkisi olduğunu söylemek gerekmektedir. Bu durum oy kullanma faaliyetinin günlük rutin bir aktivite gibi görülmesini sağlar¹³. Bu durum e-oy uygulamasının siyasal katılımı artırma fonksiyonunu da yerine getirmiş olur.

Özetle e-oy kavramından, internet üzerinden seçmenlerin evlerinden oy kullanması ile birlikte, seçmenlerin belirli oy verme merkezlerine giderek kağıt pusula olmadan ya da kağıt pusula ile birlikte elektronik makineler aracılığıyla oy vermesi de anlaşılmalıdır. İnternet üzerinden oy kullanılması diğer uygulamalara göre daha dar bir kullanım alanına sahiptir. Diğer e-oy yöntemlerinde ise oy kullanımının şekline ilişkin başlıca iki yöntem öne çıkmaktadır. Bunlardan ilki “*Optik Tarama Oylama Makineleri (Optical Scan Voting Machines)*” olarak adlandırılmaktadır. Optik Tarama Oylama Makineleri, seçmen tarafından işaretlenen kağıt pusulaları kullanır ve sonra elektronik tablolama için pusulaları tarar. Bu süreç, geleneksel oylamaya çok benzer, ancak oyların sayılmasını ve sonuçların çok daha kısa bir sürede sunulmasını sağlar. Diğer yöntem ise, “*Doğrudan Kayıt Elektronik Oylama Makineleridir (Direct Recording Electronic Voting Machines-DRE)*”. Bu makinelerde kağıt pusula kullanılmamaktadır. Makine, oyları elektronik olarak kaydeder ve seçmene hiçbir fiziksel çıktı vermeden, oyları elektronik olarak saklar. Brezilya ve Hindistan, ülke genelinde DRE oylama makinelerini uygulayan ülkelerdir. DRE oylama makineleri duruma göre kağıt bir çıktı da verebilmektedir. Bu makineler tipik olarak her seçmen için onaylamak üzere bir oy makbuzu çıktısı vermektedir. Bu makbuzlar daha sonra doğrulama amacıyla saklanmaktadır¹⁴.

Oy güvenliği ile ilgili kaygılar bütün elektronik oylama yöntemlerinde çeşitli soru işaretleri yaratabilir. Elektronik oylama durumunda, iletimin güvenliğini ve seçmenlerin oy hakkının korunmasını güvence altına almak için kriptografi kullanılabilir. Bunu yapmak için, seçmenin

12 Kerstin GOOS/Bernd BECKERT/Ralf LINDNER, “*Electronic, Internet-Based Voting*”, in, *Electronic Democracy in Europe*, Ralf LINDNER/Georg AICHHOLZER/Leonhard HENNEN (Eds.), Springer International Publishing, 2016, s. 138.

13 GOOS/BECKERT/LINDNER, s. 139.

14 Jeremy LAUKKONEN, “*Which Countries Use Electronic Voting?*” <https://www.lifewire.com/which-countries-use-electronic-voting-4174877> Erişim Tarihi: 04.04.2019.

oyu şifrelenir ve sonuçların ilanına kadar deşifre edilmez. Kriptografi teorik olarak yanılmaz olsa da, elektronik oylama bağlamında kullanılması oylamanın güvenliğini garanti edemez¹⁵.

3. E-Oy Uygulamasının Avantajları ve Riskleri

Uzaktan internet oylaması, seçmenlerin denetimli bir ortamda fiziksel olarak hazır bulunmadan oy kullanmalarını sağlar. Bunu kolaylaştırmak için seçmen, oylarını kaydetmek ve iletmek için denetimsiz mekanizmalara güvenmek zorundadır. Günümüzde bu mekanizmalar internete bağlı bir elektronik bilgisayar olmaktadır. Ancak bu durum bir güven sorunu yaratmaktadır. Çünkü elektronik oylamaya özgü olan kilit nokta, kimlik doğrulama, anonimlik, mahremiyet, güvenilirlik ve denetlenebilirlik ile ilgili gereksinimler arasındaki etkileşimdir. Bir oy kaydetmek için seçmenin kimlik doğrulaması gerekebilir. Daha sonra aynı seçmen, oylarının doğru bir şekilde kaydedildiğini ve sayılıp sayılmadığını kontrol etmelerini isteyebilir. Bu durumu seçmenin nasıl oy verdiğini açıklamadan yapmak oldukça zordur¹⁶. Dolayısıyla internet üzerinden oy verme ile ilgili olarak belirli riskler söz konusudur. Örneğin seçim sonuçlarının yakın olduğu durumlarda modern demokrasilerin meşruiyetini baltalama potansiyeline sahip olduğu iddiası ortaya atılabilir. Bu nedenle, internet oylamasının, modern demokrasilerdeki meşruiyet krizlerine ciddi bir eğilime yol açacağına dair şüpheler ortaya atılmaktadır. Ayrıca çeşitli psikolojik araştırmalar oylamanın yapıldığı yerin, oylamanın içeriği üzerinde önemli etkileri olabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla seçmenin üzerinde baskı olmasa dahi uzaktan oy kullanmak tercih edilmemelidir¹⁷. Bu durumla bağlantılı olarak, e-oylamanın gizli oy ilkesi ile bağdaşmadığı argümanı da ortaya atılmaktadır. Hatta bu nedenle, internet oylamasının çoğu Avrupa ülkesinde anayasaya aykırı olarak yürürlüğe girdiğini iddia edenler mevcuttur¹⁸.

İnternet üzerinden yapılan oylamaların kuşkusuz faydaları da mevcuttur. Bu tür sistemler, seçimlerin maliyetini azaltabilir. Seçmenlerin uzaktan oy kullanmasına izin verilmesi, seçimlere katılımı da artırabilir. Çünkü seçmenlerden oy kullanmak için fiziksel olarak oylama merkezinde bulunmalarını istemek, katılımlarının önünde bir engel olarak kabul edilebilir. Posta hizmetini kullanarak yapılan uzaktan oylamalarda yaşanabilecek olumsuzluklar, internet tabanlı oy verme uygulamalarıyla daha sorunsuz bir şekilde sürdürülebilir¹⁹. Dolayısıyla internet üzerinden oylama, bir yönüyle teknolojinin demokrasiye olumlu bir etkisi olarak görülebilecekken, bir yönüyle demokrasinin temel ilkeleri üzerinde bir tehlike yaratma potansiyeline sahiptir. Bu

15 François PELLEGRINI, "Chaines de confiance et périmètre de certification en matière de vote électronique", in, *Le Vote Électronique*, Ed: Gilles J. GUGLIELMI/Olivier IHL, LGDJ, Lextenso Éditions, Issy-les-Moulineaux, 2015, s. 248.

16 J. Paul GIBSON/Robert KRIMMER/Vanessa TEAGUE/Julia POMARES. "A Review of E-Voting: The Past, Present and Future" *Annals of Telecommunications*, Vol. 71, No. 7, 2016, s. 281.

17 Rivka WEILL, "Election integrity: the constitutionality of transitioning to electronic voting in comparative terms", in, *Digital Democracy in Globalized World*, Edited by: Corien PRINS/Colette CUIJPERS/Peter L. LINDSETH/Monica ROSINA, Edward Elgar Publishing, 2017, s. 152.

18 Hubertus BUCHSTEIN, "Online Democracy, Is it Viable? Is it Desirable? Internet Voting and Normative Democratic Theory", in, *Electronic Voting and Democracy: A Comparative Analysis*, Eds: Norbert KERSTING/Harald BALDERSHEIM, Palgrave Macmillan, New York, 2004, s. 40.

19 GIBSON/KRIMMER/TEAGUE/POMARES, s. 281.

yüzden internet üzerinden oy verme konusunda hassas bir denge gözetmek gerekmektedir. Bu tehlike ihtimallerinin nasıl ortadan kaldırılacağı ise genelde teknik sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun anlamı, hukuki düzenlemelerle demokrasi üzerindeki tehlikeleri bertaraf etmenin gittikçe zorlaşacak olmasıdır.

III. E-Oy Uygulamasında Estonya Örneği

İnternet üzerinden oy kullanma konusunda bazı ülkeler deneme sürecinin ardında daha da ileriye giden uygulamalara geçiş yapmışlardır. İnternet üzerinden oylama konusunda en ilerlemiş olan ülke Estonya'dır²⁰. Bu durum Estonya'nın bilişim odaklı, dijital okur-yazar nüfusa sahip, az nüfuslu bir ülke olmasıyla açıklanabilir. Ayrıca Estonya'nın bağımsızlığını kazandığı yıldan beri dijitalleşmeyi devlet politikası olarak belirlemesi de önemli bir etkidir.

Dijital gelişim konusunda büyük ilerlemeler kaydeden bir ülke olan Estonya'da tüm seçimler için internet üzerinden oy kullanmak mümkündür. Bu durum 2005 yılında yapılan yerel seçimlerde yürürlüğe girmiştir ve dünya üzerinde ülke çapında internet oylamasını uygulayan ilk ülke Estonya olmuştur²¹. Daha sonra 2007 yılında yapılan genel seçimlerde de bu uygulama devam etmiştir. İnternet üzerinden oy kullanabilmek için güvenli elektronik kimlik tespiti sağlayan ve dijital imza veren bir kimlik kartına sahip olmak gerekmektedir²².

Ancak Estonya'nın yürürlüğe koymuş olduğu uygulama, oy gizliliği açısından belirli tartışmalar da yaratmıştır. Çünkü Estonya anayasası da oyların gizliliği ilkesini benimsemiştir. Ancak seçmenlerin, kendi bilgisayarlarından kullanabilecekler e-oylar için gizlilik ilkesinin sağlanıp sağlanmadığı hususu tartışmalıdır. *Estonya Devlet Seçim Ofisi (State Electoral Office of Estonia)*, seçmenlerin birden fazla kez internet üzerinden oy kullanabileceklerini belirtir. İnternet üzerinden kullanılan oy her zaman değiştirilebilir ve son kullanılan oy geçerli olur. Seçmenin tercihini her zaman değiştirebilecek olması, üzerindeki baskıyı da bertaraf etmesi anlamına gelir²³.

2005 seçimleri için ulusal düzeyde çevrimiçi oylama uygulayan Estonya'nın bu uygulamasının destekçileri, oylamanın zorunlu gizliliğinden kurtulmak için farklı bir yaklaşım geliştirmişlerdir. Anayasal kuralların çözmeleri gereken problemlerle anlaşılması gerektiğini savunan bu anlayışa göre; gizlilik ilkesi, bireysel seçmenleri kendi isteklerine karşı yapılacak baskılardan korumak için vardır. Böyle bir kaygı taşıyan seçmenler için gizliliğin güvence altına alındığı oy merkezleri de hizmet vermektedir. Dolayısıyla e-oy kullanma tercihinde bulunan seçmenler, oylarının gizliliği için bu tür bir kalkana ihtiyaç duymayacaklarına karar vermişlerdir²⁴. Şüphesiz bu görüş, e-oy

20 R. Michael ALVAREZ/Thad E. HALL/Alexander H. TRECHSEL, "Internet Voting in Comparative Perspectives: The Case of Estonia", PS, July, 2009, s. 498.

21 Jason R.C. NURSE and Others, *An Independent Assessment of the Procedural Components of the Estonian Internet Voting System*, University of Oxford Cyber Studies Programme Working Paper Series No: 6, September 2016, s. 2.

22 *General Framework of Electronic Voting and Implementation thereof at National Elections in Estonia*, Tallinn, 2017, s. 4.

23 *General Framework of Electronic Voting and Implementation thereof at National Elections in Estonia*, Tallinn, 2017, s. 6.

24 BUCHSTEIN, s. 52.

kullanımının gelecekte fiziki oydan bağımsız olarak ne derece mümkün olabileceğiyle ilgili bir fikir vermektedir.

Estonya, internet oyunu bir zorunluluk olarak belirlememiştir. Seçmenler, isterlerse oylarını fiziki olarak da oy verme merkezlerine giderek kullanabilirler. Ancak seçmenlerin hem internet üzerinden hem fiziki olarak oy verme merkezlerinde oy kullanmaları halinde, sadece oy verme merkezinde kullanılan oy geçerli olmaktadır. Ayrıca internet üzerinden verilen oylar, bir siber saldırı ya da beklenmedik bir durumla karşılaşırsa iptal edilmektedir. Bu durumda seçmenlerin sadece oy verme merkezlerinde kullandıkları fiziki oylar geçerli olmaktadır²⁵.

Estonya mevzuatına göre, internet oylaması seçmenlere seçimlerinden on gün önce açılmakta ve dört gün önce kapanmaktadır. Seçmenlere bu süre zarfında internet üzerinden kullandıklarını oyu değiştirmenin yanı sıra, seçim gününde oy verme merkezlerinde de oyunu değiştirme imkanı sunulmaktadır. Dolayısıyla bir seçmen, e-oylamada oy kullanabileceği gibi, oy verme merkezlerinde kağıt oy kullanarak daha önce kullandığı e-oyu seçim gününde değiştirebilir²⁶. İnternet üzerinden kullanılan oylarda dijital imza kullanmak gerekmektedir. Bu durum seçmenlerin kimlik tespit işlemidir ve oylamanın temel güvenlik şartlarından birisidir.

Oy gizliliği ise şifrelenmiş oylarla sağlanmaktadır. Bu sistem posta oylarında kullanılan “*iç zarf*” ve “*dış zarf*” olarak adlandırılabilir iki katmandan oluşur. Seçmenler, oylamayı ve bilgisayar tarafından oluşturulan rastgele sayıyı seçimlere özel açık anahtarla şifreleyerek “*iç zarfı*” oluşturur. Şifrelenen oyun “*dış zarfı*”, seçmen tarafında dijital imza aracı kullanarak imzalanır. Bu şekilde genel anahtarla şifrelenmiş bir oylamanın yalnızca özel anahtarla şifresi çözülebilir. Bu da oyu sadece seçmenin görebilmesi anlamına gelir. Seçmen sahip olduğu özel anahtarla, oyunun merkeze varıp varmadığını da kontrol edebilir. Şifrelenmiş ve imzalı oylar toplanır ve sıralanır, seçmenlerin uygunluğu kontrol edilir. İnternette ve ayrıca oy verme merkezinde oy kullandığı belirlenen seçmenlerin internet oylamaları silinir. İnternet oylarının sayılmasından önce oylar, seçim bölgelerine göre sıralanır. İnternet oyu kullanan seçmenlerin listesi derlenir ve ardından dijital imzalar kaldırılır. Oyların sayılması sırasında, seçimlere özgü özel anahtarla isimsiz ve karma hale gelen oyların şifreleri çözülür. Bu işlem için gereken özel anahtar ise Seçim Komitesi üyelerinde dağıtık olarak bulunur. Dolayısıyla bütün Komite üyelerinin bir araya gelmesiyle bu işlem mümkün olur. Oyların bütün kişisel verilerden arındırılmasının ardından internet oylamasının özetlenmiş sonuçları verilir²⁷.

İnternet oylaması konusunda Estonya devleti sistemin son derece güvenli ve oy gizliliği konusunda yeterli güvenceleri sağladığını iddia etmektedir. Bu uygulamanın gittikçe yaygınlaştığı Estonya’da, internet üzerinden kullanılan oyların gizliliği her ne kadar resmi makamlar tarafından tartışma konusu yapılmaya da kafalarda soru işareti bırakabilmektedir. Ancak Estonyalı seçmenler, internet üzerinden oy kullanma konusunda oldukça yüksek oranlara ulaşmışlardır. Bu durum,

25 *General Framework of Electronic Voting and Implementation thereof at National Elections in Estonia*, Tallinn, 2017, s. 6.

26 **Susanne CAARLS**, *E-Voting Handbook*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010, s. 13.

27 *General Framework of Electronic Voting and Implementation thereof at National Elections in Estonia*, Tallinn, 2017, s. 7.

Estonyalı seçmenlerin sistemi güvendiklerinin bir işareti olarak kabul edilebilir. Estonya'da 2019 yılında gerçekleştirilen parlamento seçimlerinde, seçmenlerin %43,8'i oylarını internet üzerinden kullanmayı tercih etmiştir. Ancak aynı seçimde, seçmenlerin seçime katılım oranı %63,7'de kalmıştır. Dolayısıyla Estonya'da kayıtlı tüm seçmenlerin %27,9'u internet üzerinden oy kullanmıştır²⁸. Kuşkusuz Estonya'da seçimlere katılım oranının bu derece düşük olması, toplumda oy güvenliği ile ilgili neden tartışma olmadığı konusunda da bize bir fikir verebilir. Ancak her ne kadar seçimlere katılım oranı düşük olsa da Estonya'da seçmenlerin internet üzerinden oy kullanma oranı her seçimde artmaktadır.

Ayrıca 2017 yerel seçimi üzerinden yapılan bir araştırmaya göre, Estonya'da internet üzerinden oy kullanmanın maliyeti, seçim günü fiziksel olarak oy kullanmaya göre yarı yarıya daha az olarak tespit edilmiştir²⁹. Kuşkusuz bu durum, Estonya devleti açısından internet oylamasını yaygınlaştırmak için sağlam bir gerekçe oluşturmaktadır. İnternet oylaması sisteminin geliştirilmesi Estonya'nın 2020 hedeflerini belirleyen dijital ajandasında da kendine yer bulmuştur. Bireylerin ve sivil toplum kuruluşlarının kamusal yaşamda söz sahibi olma isteklerini artırma hedefi kapsamında; internetten oylama platformu daha da geliştirilecek ve internet oylaması için kullanım alanları genişletilecektir³⁰. Bu yüzden gelecek seçimlerde internet üzerinden oy kullanan seçmen yüzdesinin yükselmesi şaşırtıcı olmayacaktır. Estonya, internet oylaması konusunda bu denli yüksek bir orana ulaşan dünyadaki ilk ülkedir. Bu yüzden Estonya deneyimini takip etmek, internet oylamasının geleceği hakkında fikir edinmek için önem arz etmektedir.

Yurttaşların sahip olduğu bu hakkın yanı sıra Estonya, kabine toplantılarında da e-oy uygulamasına benzer bir sistem kullanılmaktadır. “*e-Kabine*” adı verilen bu sistem Estonya'nın dijital imkanları ne derece içselleştirdiğini göstermektedir. Estonya kabine üyeleri, fiziken toplanmadan önce kabine toplantısı hakkında online bir sistem üzerinden bilgi sahibi olabilirler. Kabine toplantısında görüşülecek konuları önceden bilen kabine üyeleri, görüşlerini güvenli bir online platform üzerinden iletme imkanına sahiptirler. Örneğin gündemde olan bir konuya ilişkin olarak verecekleri oyları bu sistem üzerinden işaretleyerek gönderebilirler. Kabine üyeleri, konunun tartışılması gerektiğini düşünüyorlarsa da yine sistem üzerinden bu şekilde bir işaretleme yapma imkanına sahiptirler. Böylelikle üzerinde önceden mutabakata varılan konular kabinenin fiziki toplantısında tekrar tartışılmamaktadır. Estonya devleti, bu sayede kabine toplantılarını ortalama 5 saatten, 30 dakikaya indirdiğini belirtmektedir³¹. Kuşkusuz bu durum demokrasinin bir tartışma rejimi olduğu düşünüldüğünde eleştirilebilir. Ancak sistem tartışmanın önüne bir

28 İstatistikler için bkznz. <https://www.valimised.ee/en/archive/statistics-about-internet-voting-estonia> Erişim Tarihi: 07.04.2019.

29 Robert KRIMMER/David DUENAS-CID/Iuliia KRIVONOSOVA/Priit VINKEL/Arne KOITMAE, “How Much Does an e-Vote Cost? Cost Comparison per Vote in Multichannel Elections in Estonia”, in, *Electronic Voting, Third International Joint Conference, E-Vote-ID 2018 Bregenz, Austria, October 2–5, 2018 Proceedings*, Eds: Robert KRIMMER/Melanie VOLKAMER/Véronique CORTIER/Rajeev GORÉ/Manik HAPSARA/Uwe SERDÜLT/David DUENAS-CID, Springer Nature Switzerland, 2018, s. 128.

30 *Digital Agenda 2020 for Estonia*, Ministry of Economic Affairs and Communications, 2013, s. 34.

31 <https://e-estonia.com/solutions/e-governance/e-cabinet> Erişim Tarihi: 05.05.2019.

engel koymamaktadır. Hatta kazanılan zaman ile esaslı bir şekilde tartışılması gereken konulara daha fazla zaman ayırma imkanı da doğmaktadır.

SONUÇ

Teknolojinin gelişimi günümüzde demokrasinin araçlarına da katkı sunmaktadır. Özellikle yurttaş katılımını artırmayı hedefleyen katılımcı demokrasi, teknolojik gelişmelerin bu yönde kullanılmasının önünü açmaktadır. Teknolojik gelişmeler, oy kullanımı konusunda çeşitli yenilikler vaad etmektedir. E-oy olarak adlandırılan bu gelişmeler, yurttaşların oy verme eylemlerini kolaylaştırmaktadır.

E-oy ile ilgili olarak birtakım riskler de akla gelmektedir. Bunlardan ilki bilgisayar üzerinden kullanılan oyların izlerinin takip edilebilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Böyle bir olasılık mümkün olmasa dahi yurttaşları bu olasılığa ikna etmek güçlük arz etmektedir. Üstelik ikna olmayan küçük bir azınlığın bile varlığı, bir meşruluk krizine yol açabilir. Bir başka risk ise oyları değerlendirmeye alan sistemlere yapılabilecek siber saldırılardır. Oylara yapılacak böyle bir müdahale seçimlerin güvenilirliğini ve inandırılığını tehlikeye düşürerek demokrasi fikrine faydadan ziyade zarar getirebilir. Bununla birlikte, seçimi fiziki oyla desteklenme gereği ortaya çıkmaktadır. Çünkü olası bir saldırı veya başka bir tür olumsuzluk durumunda oyların tekrar değerlendirilmesi gibi bir imkan olmayacaktır. Bu yüzden elektronik oy konusunda teknolojik gelişmelerin yanı sıra güvenlik önlemlerinin de yurttaşları oylarının güvenliği konusunda ikna etmesi gerekmektedir. Aksi bir durumda elektronik oyun yarattığı soru işaretlerini gidermek mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak e-oy uygulamaları güvenlik ve mahremiyete bakımından tartışmaya açıktır. E-oy kullanımı yurttaşlara tek alternatif olarak sunulduğunda bu iki konuya ilişkin soru işaretlerine de tatmin edici bir cevap verilmesi gerekmektedir. E-oy kullanımının güvenliği ve mahremiyetinin sağlanması teknik olarak mümkün olsa dahi yurttaşlar bu konuda ikna edilmedikçe teknik ilerleme gerçek bir gelişme doğurmaktan uzak olacaktır.

E-oy kullanımının gerektirdiği bu zorunluluk bu sistemin yalnızca iyi bir dijital okur-yazar yurttaşlar topluluğunda bu uygulamanın en az sorunla işleyeceğini bizlere göstermektedir. Estonya, az nüfusa sahip olması ve gelişmiş bir dijital okur-yazar nüfusuna sahip olmasından dolayı, uzaktan internet oylamasını 2005 yılından beri uygulayabilmektedir. Ancak Estonyada e-oy uygulamasının şimdiye kadar uygulanmış olması, e-oy uygulamasının sorunsuz bir uygulama olduğu anlamına gelmemektedir.

KAYNAKÇA

- ALVAREZ, R. Michael/HALL, Thad E./TRECHSEL, Alexander H., “Internet Voting in Comparative Perspectives: The Case of Estonia”, PS, July, 2009.
- BUCHSTEIN, Hubertus, “Online Democracy, Is it Viable? Is it Desirable? Internet Voting and Normative Democratic Theory”, in, *Electronic Voting and Democracy: A Comparative Analysis*, Eds: **Norbert KERSTING/Harald BALDERSHEIM**, Palgrave Macmillan, New York, 2004.
- CAARLS, Susanne, *E-Voting Handbook*, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 2010.
- COUTANT, Alexandre, “La révolution ne sera pas numérisée”, in, *Internet et Politique*, **Coordonné par: Alexandre COUTANT**, CNRS Editions, Paris, 2012.
- Digital Agenda 2020 for Estonia*, Ministry of Economic Affairs and Communications, 2013.
- General Framework of Electronic Voting and Implementation thereof at National Elections in Estonia*, Tallinn, 2017.
- GIBSON, J. Paul /KRIMMER, Robert/TEAGUE, Vanessa/POMARES, Julia, “A Review of E-Voting: The Past, Present and Future” *Annals of Telecommunications*, Vol. 71, No. 7, 2016.
- GOOS, Kerstin/BECKERT, Bernd/LINDNER, Ralf, “Electronic, Internet-Based Voting”, in, *Electronic Democracy in Europe*, Ralf LINDNER/Georg AICHHOLZER/Leonhard HENNEN (Eds.), Springer International Publishing, 2016.
- KERSTING, Norbert/BALDERSHEIM, Harald, “Electronic Voting and Democratic Issues: An Introduction”, in, *Electronic Voting and Democracy: A Comparative Analysis*, Eds: **Norbert KERSTING/Harald BALDERSHEIM**, Palgrave Macmillan, New York, 2004.
- KRIMMER, Robert/DUENAS-CID, David/KRIVONOSOVA, Iuliia/VINKEL, Priit/ KOITMAE, Arne, “How Much Does an e-Vote Cost? Cost Comparison per Vote in Multichannel Elections in Estonia”, in, *Electronic Voting, Third International Joint Conference, E-Vote-ID 2018 Bregenz, Austria, October 2–5, 2018 Proceedings*, Eds: **Robert KRIMMER/Melanie VOLKAMER/Véronique CORTIER/Rajeev GORÉ/Manik HAPSARA/Uwe SERDÜLT/David DUENAS-CID**, Springer Nature Switzerland, 2018.
- LAUKKONEN, Jeremy, “Which Countries Use Electronic Voting?” <https://www.lifewire.com/which-countries-use-electronic-voting-4174877> Erişim Tarihi: 04.04.2019.
- NURSE, Jason R.C. and Others, *An Independent Assessment of the Procedural Components of the Estonian Internet Voting System*, University of Oxford Cyber Studies Programme Working Paper Series No: 6, September 2016.
- PELLEGRINI, François, “Chaines de confiance et périmètre de certification en matière de vote électronique”, in, *Le Vote Électronique*, Ed: **Gilles J. GUGLIELMI/Olivier IHL**, LGDJ, Lextenso Éditions, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- TÜRMEEN, Rıza, “Ütopya Yazıları 2: Katılımcı Demokrasi”, T24 Haber Sitesi, 12 Temmuz 2018, <https://t24.com.tr/yazarlar/riza-turmen/utopya-yazilari-2-katilimci-demokrasi,20087> Erişim Tarihi: 03.06.2019.
- WEILL, Rivka, “Election integrity: the constitutionality of transitioning to electronic voting in comparative terms”, in, *Digital Democracy in Globalized World*, Edited by: **Corien PRINS/Colette CUIJPERS/Peter L. LINDSETH/Monica ROSINA**, Edward Elgar Publishing, 2017.
- United Nations E-Government Survey*, United Nations, New York, 2018.

Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği

Social Security of Prisoners and Convicted Working Under the Penal Code

Hatice Duygu ÖZER* 
Dilek DULAY YANGIN** 

Öz

Tutukluluk ve hükümlülükte geçirilen sürenin toplum ve mahkûm açısından verimli bir şekilde değerlendirilebilmesi için ceza infaz mevzuatımızda çeşitli çalışma programları düzenlenmiştir. Bu çalışmalarda çalışan açısından asıl amaç iş sözleşmesinden farklı olarak ücret elde etmek olmasa da, yapılan çalışma nedeniyle sigortalılık ilişkisinin oluştuğu kabul edilmektedir. 5510 sayılı Kanunda sadece Ceza İnfaz Kurumları bünyesindeki işyurtlarında çalışanların kısmen sigortalı olacakları düzenlenmiştir. Ancak bu grup dışında kalanların gerek ceza infaz kurumu içinde gerekse dışında yaptıkları çalışmalarından dolayı ortaya çıkacak sigortalılık ilişkisi açıkça düzenlenmemiştir. Çalışmamızda ceza infaz mevzuatı kapsamında yapılan tüm bu çalışmalarda kazanılan farklı sigortalılık statüleri incelenecektir. Ortaya çıkan farklılığın sosyal güvenlik hakkından herkesin yararlanmasını öngören Anayasal dayanağa ve eşitlik ilkesine uygunluğu değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hükümlü, Tutuklu, Sosyal Güvenlik, Zorunlu Çalışma, Ceza İnfaz Kurumu.

Abstract

Various work programs have been arranged in our penal code to ensure that the period spent in detention and conviction can be evaluated efficiently for the society and the prisoner. In these types of work, although the main purpose of the employee is not to obtain wage unlike the employment contract, it is accepted that the insurance relationship is formed due to the work done. Law No. 5510 stipulates that only those workers in workplaces within the penal institutions will be partially insured. However, the social security relationship that will arise due to the work carried out by those outside this group both inside and outside the penal institution is not regulated clearly. In this study, different insurance statuses gained in all these types of work within the scope of penal execution legislation will be examined. Conformity of this difference to the constitutional basis and equality principle, which envisages everyone to benefit from the right to social security, will be evaluated.

Keywords: Convicted, Prisoner, Social Security, Forced Labor, Penal Institution.

* Dr. Öğretim Üyesi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, E-Mail: hdozer@erzincan.edu.tr.

** Dr. Öğretim Üyesi, Manisa Celal Bayar Üniversitesi İİBF Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, E-Mail: dilek.yangin@cbu.edu.tr.

I. GİRİŞ

Ceza yargılaması devam ederken hürriyeti bağlayıcı bir tedbir olarak sanığın tutukluluğuna hükmedilebileceği gibi yapılan yargılama sonucunda verilen hapis cezası ile kişi hükümlü olmaktadır. Anılan süreçler insan hayatı açısından değerlendirildiğinde çok kısa süreler olmadıklarından ve hükümlü ve tutuklu sayısı da azımsanamayacak rakamlara ulaşmış olduğundan, tutukluluk ve hükümlülükte geçen süreler bu durumdaki kişilerin gerek çalışma yaşamı gerekse sosyal güvenlik hakları bakımından önemli bir etkiye neden olmaktadır¹.

Tutukluluk ve hükümlülük, yaptırım uygulanma süreçleri olmakla birlikte aynı zamanda bireylerin ıslah edilmesi ve topluma yeniden kazandırılması amacına da hizmet edecek şekilde olmalıdır². Bunu sağlamak adına modern infaz sistemlerinde, anılan bireylerin eğitimi, rehabilite edilmesi ve çalıştırılması gibi aşamalara da yer verilmektedir. Özellikle bu bireylerin çalıştırılmaları öteden beri uygulanan bir yöntem olup, ceza infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerin çalışması gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse mevzuatımızda zorla çalıştırma ve angarya yasağının bir istisnası olarak düzenlenmiştir. 1982 Anayasası'nın "Zorla Çalıştırma Yasağı" kenar başlıklı 18. maddesine göre "...Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz." Benzer düzenlemeler uluslararası belgelerde de söz konusu olup tutuklu ve hükümlü çalışmalarının angarya yasağının istisnası olarak ele alındığı görülmektedir³.

Bireylerin ıslah edilmesi ve topluma hazırlanmasında çalıştırma önemli olmakla birlikte, tutuklu ve hükümlüler yapmış oldukları çalışmalardan dolayı sosyal tehlikelere açık olduklarından ifa ettikleri işin niteliği gereği 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamında sınırlı da olsa bazı sigorta kolları bakımından koruma altına alınmışlardır. 5510 Sayılı Kanun yalnızca ceza infaz kurumları ve tutukevleri bünyesinde yapılan çalışmalar bakımından düzenleme getirerek kısmi sigortalılık hali öngörmüştür (md.5/a). Oysa hükümlülerin yalnızca ceza infaz kurumları bünyesinde çalıştırılmaları değil, bazı koşullarla ceza infaz kurumu dışında kamu veya özel kuruluşlar nezdinde çalıştırılmaları da söz konusu olup, 5510 sayılı Kanun'da söz konusu kişilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin bir düzenlemeye açık bir biçimde yer verilmemiştir. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin

1 Nüfusa oranla hükümlü veya tutuklu olarak infaz kurumlarında bulunan kişi sayısı itibarıyla Türkiye, dünya genelinde üçüncü sırada yer almaktadır. Türkiye'de her 347 kişiden biri, ceza infaz kurumlarında hükümlü veya tutuklu olarak bulunmaktadır (Özgenç, İzzet/Bayraktarlı, İhsan Yılmaz, "İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu ve Çözüm Önerisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, S. 1, s. 130).

2 Nitekim 5275 sayılı Kanun'un 29/2. maddesinde, çalıştırılmanın amacı, "hükümlülerin salıverilmelerinden sonra yaşamlarını sürdürecektir meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretme isteklerini geliştirmek veya güçlendirmek" olarak ifade edilmiştir.

3 Uşan, M. Fatih: "İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tutuklu ve Hükümlü Çalışması", Prof. Dr. Nuri Çelikle Armağan, C. II, İstanbul, 2001, s. 1439.

İnfazı Hakkında Kanun'da⁴ sadece hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiş olup, tutukluların çalıştırılmasına ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiştir. Yargılama aşamasında ülkemizde tutuklulukta geçen sürenin azımsanamayacak boyutta olduğu gerçeği ve tutukluların da en azından ceza infaz kurumu içinde çalıştırılmalarına yönelik düzenlemelere yer verilmesinin gerekliliği karşısında, infaz mevzuatında tutukluların da bazı durumlarda çalışabileceği yönünde düzenlemeler yapılmıştır.

Hükümlülere yönelik olarak düzenlenen çalışma türleri mevzuatta özetle şu şekilde belirlenmiştir: İlk olarak, hükümlülerin ceza infaz kurumu içinde bulunan atölye ve işyurtlarında çalıştırılmalarını sayabiliriz. Sözü edilen gruptakiler, 5275 sayılı Kanun'un 29. maddesinde düzenlenmişlerdir. 5510 sayılı K.m.5/1-a'da kısmen sigortalı olarak sayılanlar bu gruba göre çalışanlardır. İkinci çalışma türü olarak açık ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülere mahsus olan kurum dışındaki iş alanlarında çalıştırılma sayılabilir. Bu da anılan Kanun'un 30. maddesinde düzenlenmiştir. Üçüncü çalışma türü ise aynı Kanunun 31. maddesinde düzenlenmiş olan, hükümlülerin ceza infaz kurumunun kurum içi hizmetlerinde çalıştırılmalarıdır.

Bunların dışında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar denetimli serbestlik müdürlüğüne "kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması" biçimi dördüncü çalışma türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Denetimli serbestlik mevzuatında bu çalışmaya benzer diğer çalışma türü ise, kısa süreli hapis cezası alanların bu cezaya alternatif olarak "ücretsiz kamu hizmeti yerine getirme cezası" kapsamında çalışmasıdır. Hükümün açıklanması geriye bırakılanlar ve denetimli serbestlik sürecindekiler açısından getirilen bir başka çalışma türü ise, "gözetim altında çalışma"dır. Anılan tüm bu çalışma biçimlerinde kişilerin sosyal güvenlik haklarına sahip olup olmadıklarının tespiti önem arz etmektedir. Bu nedenle çalışmamızda ceza infaz mevzuatı kapsamında yaptırılan çalışmalardan kaynaklanan sosyal güvenlik hakları incelenecektir. İnceleme konumuz sosyal güvenlik hakları ile sınırlı olduğundan, ceza infaz mevzuatı kapsamında yapılan çalışmaların iş hukuku açısından değerlendirmesi yapılmayacaktır. Öte yandan, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlü ve tutukluların sosyal güvenlik hakları yaptıkları çalışmalara göre değerlendirildiğinden, infaz kurumlarında bulunup da çalışmayanların sigortalılıkları bu çalışmanın konusu olmadığı gibi anılan kişilerin mevcut sigortalılıklarının hükümlülük ve tutukluluk sürecinden etkilenmesi de incelenmeyecektir.

II. CEZA İNFAZ KURUMLARI BÜNYESİNDE ÇALIŞAN TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Ülkemizde, ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlülere meslek öğretmek veya var olan mesleklerini korumak amacıyla 1997 yılında 4301 sayılı Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri

4 RG. 25685, 29/12/2004.

İşyurtları Kurumuna İlişkin Bazı Mali Hükümlerin Düzenlenmesi Hakkında Kanunla İşyurtları Kurumu kurulmuştur⁵. Anılan Kanuna ve işyurtlarına ilişkin Yönetmeliğin⁶ 3. maddesine göre işyurdu, “*Hükümlü ve tutukluların meslek ve sanatlarını koruyup geliştirmek veya bunlara bir meslek ve sanat öğretmek, bu suretle üretilen ekonomik değerleri pazarlamak için kapalı, yüksek güvenlikli kapalı, kadın kapalı, çocuk kapalı, gençlik kapalı ve açık ceza infaz kurumları ile tutukevleri, gözlem ve sınıflandırma merkezleri ve çocuk eğitim evleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri üniteleri*” olarak tanımlanmıştır. Konu 15.07.2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında 4 No’lu Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile yeniden düzenlenmiştir⁷.

İşyurtları ceza infaz kurumunun içinde bulunabileceği gibi dışında da yer alabilmektedir. Sözü edilen durum, işyurtlarına ilişkin Yönetmeliğin 21. maddesinde yer alan, “*Hükümlüler, buldukları ceza infaz kurumlarının içinde veya dışında işyurduna ait atölye ve işkollarında... çalıştırılırlar.*” ifadesinden anlaşılmaktadır. Fiziki mekan olarak ceza infaz kurumunun içinde bulunmasa da, işyurtlarında yapılan tüm çalışmalar bu başlık altında yapılan çalışmaya dahildir⁸.

5510 Sayılı Kanun’un 5/1-a maddesine göre kısmen sigortalı olarak sayılan incelemekte olduğumuz gruba ilişkin düzenleme şu şekilde yapılmıştır; “*hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4. maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar*”. Görüldüğü üzere 5510 sayılı Kanun, Ceza İnfaz Kurumu bünyesinde bulunan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan “*hükümlü*” ve “*tutuklular*”dan bahsetmektedir⁹. Ancak infaz mevzuatında konuyu

5 T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri İşyurtları Kurumu 2018 yılı Faaliyet Raporu, http://www.iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/282.201.9181508faaliyet_raporu_2018.pdf, s. 12. (İşyurtları Kurumu Faaliyet Raporu), erişim tarihi, 03.07.2019.

6 Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği, RG. 26036, 27.12. 2005 .

7 İşyurtları Kurumu Faaliyet Raporu, s.12; Anılan rapora göre, 31.12.2018 tarihi itibarıyla 136 kapalı ceza infaz kurumu, 61 kapalı-açık ceza infaz kurumu, 76 açık ceza infaz kurumu, 14 F tipi ceza infaz kurumu, 4 eğitimevi, 9 kadın kapalı olmak üzere toplam 300 işyurdu müdürlüğü bulunmaktadır.

8 Aşağıda da açıklanacağı gibi ceza evi içinde bulunan işyurdunda, işyurtları yön.m.21’de belirtildiği gibi hem hükümlüler hem de tutuklular çalışabilmekteyken, cezaevi dışında bulunan işyurtlarında sadece tutuklular ve hükmen tutuklular çalışabilmektedir.

9 Tutuklu kavramı, Anayasa’mızın 19. maddesinde, “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak kişinin hürriyetinden yoksun bırakılması” olarak açıklanmıştır. Tutukluluk kavramına ilişkin detaylar ise, Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 100-108. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Anılan Kanunun 100. maddesinde, “Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir.” denilmek suretiyle bir tanımlama yapılmıştır. Bir başka tanıma göre ise, tutuklanma, kişinin, suçluluğuna ilişkin kesin bir karar verilmesinden önce özgürlüğünün geçici olarak hâkim kararıyla kaldırılması olarak da tanımlanmaktadır (Centel /Zafer, s. 329). Hükümlü ise, mevzuatta açık bir biçimde tanımına yer verilmemiş olsa da, mahkemede yapılan yargılama neticesinde hakkında verilen mahkûmiyet hükmü kesinleşen kişidir, (Adalet Bakanlığı Hukuk Sözlüğü), <http://www.sozluk.adalet.gov.tr/h%c3%bcck%c3%bcml%c3%bc>, erişim tarihi 19.10.2019. Çocuk hükümlü kavramı ise, 5275 sayılı Kanun’un 11/2. maddesinde, 12-18 yaş arasındaki çocuk hükümlüler olarak ifade edilmiştir.

düzenleyen 5275 sayılı Kanun'un 29. madde başlığında sadece “*Hükümlülerin Çalıştırılması*” ifadesine yer verilmiştir. Öte yandan konunun detaylarının düzenlendiği Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü¹⁰ 96-100. Maddelerinde de sadece hükümlülerin çalışmasına ilişkin esaslardan bahsedilmiştir. Oysa Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği'nin 21. maddesinde tutukluların da çalıştırılabileceği düzenlenmiştir.

5275 sayılı Kanun'un 29. maddesinde, ceza infaz kurumu bünyesi içinde çalıştırılacaklar, yetişkin ve çocuk hükümlüler olarak ikiye ayrılmıştır. Maddenin ilk fıkrasında, “*Kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan istekliler, kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında çalıştırılabilirler.*” hükmüne yer verilmiştir. Maddenin “*çalıştırılabilir*” biçiminde ifade edilmiş şekliyle, meslek sahibi olan hükümlülerde kişinin talebine göre çalıştırmanın gerçekleşeceği, meslek sahibi olmayanlar bakımından da bir çalıştırma zorunluluğu bulunmadığı anlaşılabilir¹¹. Burada ceza infaz kurumunun bu konuda bir takdir yetkisinin bulunduğu, uygun görülmeyen durumlarda hükümlülerin çalıştırılmayabileceği anlatılmak istenilmektedir. Ceza infaz kurumunca uygun görülen çalışmaya katılmak isteyen hükümlü ve tutuklular bakımından, çalışma iradesinin her durumda mümkün olmadığı örneğin işyurdu yönetim kurulunun fazla çalışma yapılmasına karar vermesi durumunda hükümlünün buna uyması gerektiği ifade edilmiştir¹².

Çalışmanın herkes için zorunlu olup olmadığı hususu ile ilgili olarak ayrıca Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği'nin 4. bölümündeki “*hükümlü ve tutukluların çalıştırılması*” ifadelerini de dikkate almak gerekmektedir. Anılan Yönetmeliğin, “*Hükümlü ve tutukluların çalıştırılma esasları*” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrasında da, “*Kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan istekli hükümlüler, kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında çalıştırılabilirler.*” hükmü yer almaktadır. Ancak maddenin ikinci fıkrasında ise, “*Tutuklulardan çalışmaları istenebilir; ancak buna mecbur tutulamazlar*”¹³. hükmü getirilmek suretiyle sadece hükümlülerin değil, tutuklularında çalışabileceği ancak tutukluların çalışması isteğe bağlı iken, meslek sahibi olmayan hükümlülerin çalıştırılmasının isteğe bağlı olmayacağı, ceza infaz kurumu çalıştırmak istediğinde, “*Kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen*” tüm hükümlülerin çalışmak zorunda olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır¹⁴. Nitekim 5275 sayılı Kanun'un 42/2-b bendinde,

10 RG. 26131, 6/4/2006.

11 **Engin**, Murat: “Suçu Önlüyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2012, Cilt 3, Sayı 2, s.28.

12 **Aykaç**, Hande Bahar: “Ceza İnfaz Kurumları Dışında Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, TISK Akademi, Eylül 2015, s.351

13 Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi İle Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 184/1. Maddesinde de aynı hüküm tekrarlanmıştır.

14 Aynı yönde, **Sözer**, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2017, s.100. Ayrıca, ülkemizde olduğu gibi Almanya'da da çalışmanın niteliğinin zorunlu olduğu, Fransada ise çalışmanın bir yükümlülük değil hak

“Kurum işyurdu yönetim kurulunca uygun görülen işte çalışmamak”, hükümlüye “Haberleşme veya iletişim araçlarından yoksun bırakma veya kısıtlama” disiplin yaptırımı uygulamayı gerektiren bir eylem olarak belirlenmiştir. Öte yandan sözü edilen hükümlüler çalışmaya istekli olsalar da, ceza infaz kurumu uygun bulmadıkça çalışamayacaklardır. Dolayısıyla yine tarafların serbest iradeleriyle iş sözleşmesi yapma koşulu gerçekleşmemiş olacağından, bu hükümlülerin işçi niteliğinde olmayacağı sonucuna ulaşılmaktadır¹⁵.

Hükümlülerin ceza infaz kurumu içinde çalıştırılmalarına ilişkin olan 29.maddenin 3, ve 4. fıkrasında “Çocuk hükümlülerin çalıştırılması yalnızca meslek eğitimine yönelik olur. Öğretim kurumlarına veya örgün eğitime devam eden çocuk ile genç hükümlüler, öğretim yılı içinde atölye ve işyerlerinde çalıştırılmazlar. Bunların çalıştırılmalarında 5.6.1986 tarihli ve 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu noktada Mesleki Eğitim Kanunu’na yapılan atıf dikkat çekicidir. Bunun gerekçesinin, anılan maddede yer alan, “Çocuk hükümlülerin çalıştırılması yalnızca meslek eğitimine yönelik olur” hükmü olduğu kabul edilmelidir. Ancak maddede Mesleki Eğitim Kanunu’na yapılan atfın, sosyal güvenlik hakları bakımından da, çocuk hükümlüler açısından, 5510 sayılı Kanun’un 5/1-a bendi değil de, 5/1-b bendine dahil olacakları sonucuna götürüp götürmeyeceğini değerlendirmek gerekir. Anılan bentte, aday çırak, çırak ve mesleki eğitim görenlerin iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası kapsamında kısmen sigortalı olacakları kabul edilmişken, 5/1-a bendindeki hükümlü ve tutukluların iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortasına dahil edildikleri görülmektedir. Çocuk hükümlüler, Mesleki Eğitim Kanunu kapsamındaki düzenlemeye paralel bir biçimde usta, kalfa ve çırak olarak sınıflandırıldıklarına göre¹⁶ bunlarınkısmen sigortalılık bakımından da çırakların dahil olduğu 5/1-b bendine dahil edilecekleri sonucu ortaya çıkmakta olup ulaşılan sonucun çocuk hükümlünün lehine olacağı açıktır. Zira iş kazası ve meslek hastalığı dışında çocuk hükümlünün analık sigortasından ziyade hastalık sigortasından yararlanma olasılığı daha yüksektir. Doktrinde ceza infaz kurumunda hükümlülerin çalıştırılmasına yönelik Ceza Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu’nun, bu Kanun’a aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağını belirtildiği; 3308 Sayılı Mesleki Eğitim Kanun’un 25. maddesinin 4. fıkrasında ise çırakların, iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortaları yönünden sigortalı sayılacaklarının öngörüldüğü ve anılan durumun kendi içerisinde bir çelişki yarattığı ifade edilmiştir¹⁷. Mesleki Eğitim Kanunu’nda 2016 yılında yapılan değişikliklerle

olarak düzenlendiğine ilişkin olarak **Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, Ankara 2008, s. 259. Tutukluların çalışma yükümlülüğü olmadığı yönünde, **Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2017, s. 405.

15 **Uşan**, s. 1443-1444; **Aykaç**, s. 351; **Arıcı**, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, s. 230. Uygulamada da SGK, sigortalı işe giriş bildirgesi verilirken bu grupta çalışanların sisteme girilirken işçi sayılmadıklarını belirlemek amacıyla “6 – Diğerleri”, koduyla girilmesini istemektedir.(Teselsül, 11/12/2014 tarihli ve 2014/32 sayılı Genelge), 2013/11 sayılı SGK Genelgesi, s. 59.

16 İşyurtlarına ilişkin yönetmelik, Prim vermede usul başlıklı m.37, “Hükümlü ve tutukluların çalıştığı atölye veya işyerinde, (Mülga ibare: RG-15/6/2012-28324) (...), usta, (Ek ibare:RG-15/6/2012-28324) kalfa (Mülga ibare:RG-15/6/2012-28324) (...) ve çırak durumunda olanların derecelerine göre günde asgari ve ortalama üretim düzeyinin miktarı işyurdu yönetim kurulunca, yetkili atölye şeflerinin kanaatleri sorulmak suretiyle tespit edilir.” şeklinde bir ayırım yapmıştır.

17 **Aykaç**, s. 351.

25. maddede yer alan “506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun iş kazaları ve meslek hastalıkları ile hastalık sigortaları hükümleri uygulanır.” hükmü kaldırılmış olsa da, 5510 sayılı K. m.5/1-b’de aynı hüküm yer almaktadır. Son tahlilde her ne kadar işyurtlarına ilişkin yönetmeliğin atfıyla ulaşılan sonuç çocuk hükümlünün lehine olsa da, 5510 sayılı Kanundaki açık hüküm karşısında sözü edilen kişilerin sadece iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortasından faydalanacakları açıktır.

Gerek çocuk gerekse yetişkin hükümlüler bakımından ceza infaz kurumu bünyesinde çalışanların kısa vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olan sigortalılıkları, 5510 Sayılı K.m.5/1-a’da açıkça belirttiği üzere 4/1-a’lı olarak kabul edilmektedir. Genel olarak iş sözleşmesiyle çalışanların 4/1-a’lı olarak kabul edildiği sosyal güvenlik sistemimizde, bu kurala bazı istisnalar getirilmiş ve sosyal güvenlik haklarının korunması ve sosyal güvenliğin yaygınlaştırılması bakımından iş sözleşmesiyle çalışmamış olsa dahi 4/1-a’lı sayılan gruba hükümlü ve tutuklular da isabetli bir biçimde dahil edilmiştir¹⁸. Bu noktada önemle belirtmek gerekir ki, ceza infaz kurumu bünyesinde çalışıp da 5/1-a bendi kapsamında sigortalı olanlar, 5510 sayılı K.m.53/4’de sigortalılığın çakışmasıyla ilgili olarak düzenlenen, “Sigortalının, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yer alan sigortalılık halleri ile 5 inci maddenin (a) ve (e) bentlerine tâbi sigortalılık hallerinin çakışması halinde, 4 üncü madde kapsamında sigortalı sayılır ve birinci fıkra hükmü uygulanır.” hükmüne tabidirler. Anılan durum, 2013/11 sayılı SGK Genelgesi m.6.1’de de şu şekilde ifade edilmiştir; “Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların, Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerine tabi çalışmaları halinde bu sigortalılık esas alınacak ve 5 inci maddenin (a) bendi kapsamındaki sigortalılıkları sona erdirilecektir.” Ayrıca 4/1-a kapsamında zorunlu sigortalı olanların işsizlik sigortasına da dahil olmaları mümkün olmasına karşın, kısmen sigortalı olan 4/1-a’lıların işsizlik sigortasına dahil olmaları mümkün değildir. Bu sebeple ceza infaz kurumu içinde çalışmakta olan hükümlü ve tutukluların 4/1-a kapsamında kısmen sigortalı oldukları döneme ilişkin işsizlik sigortası primi ödeyip işsizlik sigortasından yararlanmaları söz konusu olamayacaktır¹⁹.

Hükümlü ve tutukluların işvereni, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu, işveren vekilleri ise Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunun sorumlu müdür ve amirleridir (5510 sayılı Kanun m.12/5). Buna göre ceza infaz kurumlarında çalışan tutuklu ve hükümlülerin prim ödeme yükümlüsü, işverenleri olan Ceza İnfaz Kurumları ve Tutukevleri İşyurtları Kurumu olacaktır. 2013/11 sayılı Genelge’nin 2/10. maddesine göre, “bu kapsamda çalışanların sigortalılık bildirimini bunları çalıştıran kamu idareleri, işverenler ya da Ceza İnfaz

18 **Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Canıklıoğlu, Nürşen;** Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018, s. 123; İşyurtları 2018 yılı Faaliyet raporu verilerine göre, sigorta primi ödenerek çalıştırılan hükümlü ve tutuklu sayısı 27.387 olarak belirlenmiştir (http://www.iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/282.201.9181508faaliyet_raporu_2018.pdf, s. 21, erişim tarihi 03.07.2019).

19 **Güzel/Okur/Canıklıoğlu,** s. 700; **Saraç, Coşkun;** “İşsizlik Sigortası Edim Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 13, S. 1, 2011, (s. 1-26) (Basım Yılı: 2012), s. 7.

Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumunca işe başlatılmadan en geç bir gün önce Kuruma yapılacaktır.”

Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin²⁰ 14. maddesine göre, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların sigortalılığı, çalışmalarının sona erdiği veya işlerine son verildiği tarihten itibaren sona erer ve bu tarih, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İş Yurtları Kurumu'nca, 10 gün içinde Kurum'a bildirilir²¹.

B.SİGORTA TÜRLERİ BAKIMINDAN

1.Kısa Vadeli Sigortalar Bakımından

Kısa vadeli sigorta türleri, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, hastalık sigortası ve analık sigortasını kapsamakta olup, kurum bünyesinde bulunan işyurtlarında çalışan hükümlü ve tutukluların evvelce de belirtildiği üzere, kısa vadeli sigorta kollarının tamamına değil de, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası kapsamına dahil edilmiş oldukları görülmektedir. Bahsedilen düzenlemeden önce, 506 sayılı mülga Sosyal Sigortalar Kanunu'nun ilk halinde ise, anılan grupta yer alanlarsigortalı sayılmayanlar arasında “*yalnız ceza ve islahevleri içindeki atölyelerde çalıştırılan mahkumlar*” biçiminde ifade edilmekteydi. 506 sayılı Kanun'da 2003 yılında yapılan bir değişiklikle anılan kişilerin 1.1.2004 tarihinden itibaren yalnız iş kazası ile meslek hastalıkları, analık ve hastalık sigorta kolları açısından zorunlu sigortalı olacakları, uzun dönemli sigorta kolları açısından da istekleri halinde şartları taşımaları kaydıyla isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri düzenlenmekteydi. Bu yönüyle 5510 sayılı Kanunla 506 sayılı Kanundan farklı olarak sağlanan güvencenin kapsamı hastalık sigortası bakımından daraltılmıştır²². İş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı olan hükümlü ve tutuklulara bu sigorta kolundan sağlanan parasal yardımlardan koşullar oluştuğunda, geçici işgöremezlik ödeneği ile sürekli işgöremezlik geliri ödemesi yapılabileceği gibi hükümlü sigortalının ölümü halinde geride kalan hak sahiplerine cenaze ödeneği, ölüm geliri bağlanması ve kız çocuklarına evlenme ödeneği verilmesi söz konusu olacaktır²³.

20 RG. 27579, 12.05.2010.

21 13Merttir, Reşat: “Hükümlü ve Tutukluların Sigortalılığı ile İlgili Önemli Hususlar”, E-Yaklaşım Dergisi, Ocak 2016, S. 277.

22 Hükümlü ya da tutukluklu hastalık nedeniyle geçici işgöremez hale düştüğünde cezaevinde zaten istirahat halinde olduğundan, anılan kişilerin hastalık sigortası kapsamında olmaması ve dolayısıyla bu sigorta kolundan sağlanan parasal yardım olan geçici işgöremelik ödeneğini alamamasının isabetli olduğu yönünde, Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009, s. 255.

23 **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 393; Geçici işgöremezlik ödeneğine ilişkin olarak, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'te şu düzenlenme yer almaktadır; “*İşyurdunda çalıştırılan sigortalı hükümlülerin teşhis, tedavi giderleri ve sağlık yardımları ile bunların hastalanmaları ve raporlu bulunmaları hâlinde, raporlu oldukları gün sayısı kadar geçici iş göremezlik ödenekleri hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır*”. Birinci fıkrada ise daha önceki sigortalılığı nedeniyle SGK ile ilgili bulunanların sağlık giderlerinin bağlı oldukları sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanacağı hükmü yer almaktadır.

İş kazası ve meslek hastalığı konusunda, “Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar”²⁴’ın 74. maddesinde, “Mahpus olmayan işçilerin güvenliğini ve sağlığını korumak için alınan önlemler, aynı oranda bu kurumlarda da alınır. Mahpusların iş kazası ve meslek hastalıklarından ötürü, mahpus olmayan işçiler için kanunun öngördüğü tazminattan daha az olmayacak oranda bir tazminat alabilmeleri için düzenleme yapılır.” kuralı getirilmiştir. Ceza infaz mevzuatımızdaki düzenlemenin bahsi geçen hükme uygun olduğu görülmektedir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, hükümlü iken yapmakta olduğu çalışma esnasında meydana gelen bir iş kazası sonucu, ortaya çıkan zararının giderilmesi amacıyla maddi ve manevi tazminat istemiyle açılan bir davada Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin, dava konusu hükümlünün çalışan olarak değerlendirilemeyeceğinden dolayı söz konusu davanın iş mahkemesinde değil de, idari yargıda görülmesi gerektiği yönünde yeni tarihli bir kararı mevcuttur²⁵.

2. Uzun Vadeli Sigorta Kolları Bakımından

Ceza infaz kurumları içinde çalışan hükümlü ve tutuklular, infaz mevzuatı çerçevesinde işyurtlarında yaptıkları çalışmalardan dolayı kısmen sigortalı olsalar da, anılan sigortalılık kısa vadeli sigortalar bakımından işlerlik kazanacak; yaşlılık, malullük ve ölüm sigortasını kapsamına alan uzun vadeli sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmayacaklardır. Yukarıda bahsedildiği gibi anılan kişilerin bu süreci uzun vadeli sigorta kolları bakımından değerlendirebilmeleri için isteğe bağlı sigortalı olmaları gerekmektedir. Şayet kişiler isteğe bağlı sigortalı olamıyorlarsa bu durumda onlar için uygulanacak son çare, tutuklulukta geçen sürenin borçlanılmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bahsi geçen borçlanmanın yapılabilmesi için kişinin cezaevine girmeden önce zaten sigortalı olması gerektiğidir. Tutukluluk ya da gözaltı sürelerinin borçlanılması, 5510 sayılı Kanun’un 41. maddesinde belirtilmiş olup, 41. maddenin “f” fıkrasında, “sigortalı iken herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanlardan, bu suçtan dolayı beraat edenlerin tutuklulukta veya gözaltında geçen sürelerinin borçlanılabileceği” belirtilmiştir. Hizmet borçlanması, sigortalılıkta geçmeyen bazı sürelerin, daha sonra uzun vadeli sigorta kollarına ilişkin primlerin ödenmesi suretiyle sigortalı hizmetten sayılmasına olanak veren bir sosyal sigorta işlemi olup, yasadaki gösterilen hallerde söz konusu olmakta ve kıyas yoluyla genişletilmesi mümkün olmamaktadır²⁶. Bu noktada kişinin borçlanma yapabilmesinin bir

24 Bu standartlar, 1955’te Cenevre’de toplanan Suçların Önlenmesi ve Suçluların Islahı üzerine Birinci Birleşmiş Milletler Konferansı tarafından kabul edilmiş ve Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından 31 Temmuz 1957 tarihli ve 663 C (XXIV) sayılı ile 13 Mayıs 1977 tarihli ve 2076 (LXII) sayılı Kararlarıyla onaylanmıştır (<https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/876b6—Mahpusların-İslahı-İcin-Asgari-Standart-Kurallar.pdf>, s.251, erişim tarihi 09.07.2019).

25 Y. 21. H. D., 03.10.2017, E. 2016/4117, K. 2017/7265, lexpera.com.tr, erişim tarihi 20.10.2019. Kararda kaza tarihinde hükümlü olan davacı her ne kadar kısa vadeli sigorta kollarına tabi olup davaya konu zararlandırıcı olay Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından iş kazası olarak kabul edilmiş ise de bu durumun uyumsuzluğunun İş Mahkemesinde görülebilmesi için yeterli olmayacağı, uyumsuzluğun yukarıda belirtildiği üzere 5521 sayılı yasanın aradığı iş sözleşmesine dayalı çalışmasından veya İş Kanunundan kaynaklanmayıp 5275 sayılı yasa kapsamındaki yükümlülüğü çerçevesinde meydana gelen zararlandırıcı olaydan kaynaklandığı, bu çerçevede olay tarihinde hükümlü olan davacı ile davalı arasında kamu hukukuna dayalı ilişki olduğuna işaret edilmiştir.

26 Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s. 700; Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 529.

koşulu olarak “beraat etmiş” olmasının aranmasının sosyal güvenlik hukuku açısından gerekli olup olmayacağı tartışmaya açıktır²⁷. Öte yandan, hükümlülerin anılan haktan yararlanamaması kuralı karşısında, olağanüstü kanun yolları safhasında suçsuzluğu tespit edilip, beraat eden bir hükümlünün de maddenin lafzı karşısında borçlanma hakkını kullanamaması eleştiriye açık bir diğer husustur²⁸. Yapılan borçlanma sonucunda, borçlanılacak süreler sadece prim ödeme gün sayısında değerlendirilecek olup, bu tür borçlanmalarda sigortalılık başlangıç tarihi geriye yürümemektedir²⁹.

5510 sayılı Kanun’un 41. maddesi “f” fıkrasındaki hüküm, m. 4/1-(a) ve 4/1-(b) kapsamındaki sigortalıları ilgilendirmekte olup, esasında tutuklama yahut gözaltına alınma yalnızca 4/1-(a) kapsamındaki sigortalıları ilgilendirdiğinden, 4/1-(b) kapsamında çalışanlardan söz edilmemesi yerinde olurdu³⁰. 5510 sayılı Kanun’un 45. maddesinde, 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında olan sigortalılardan görevden uzaklaştırılan, görevi ile ilgili olsun veya olmasın herhangi bir suçtan tutuklanan veya gözaltına alınanların göreve iade edilmesi halinde işten uzak kaldığı sürelerin sigortalılık süresinden sayılacağı düzenlendiğinden, 41. maddede m. 4/1-(c)’ye tabi sigortalılardan söz edilmemiştir. Kanunun açık hükmü gereği mahkumiyetle sonuçlanan tutukluluk veya gözaltı sürelerinin borçlanılmasına olanak bulunmamakta olup, beraat etme ön koşul olarak kabul edilmektedir. Mahkum olanların isteğe bağlı olarak yaşlılık, ölüm ve malullük sigortalarının kapsamına girmesi mümkün iken, tutuklu yahut göz altında geçirdiği sürelerin borçlanılmasına imkan verilmemesi kendi içerisinde çelişki yaratmaktadır ve sosyal güvenlik hakkının niteliği ile de bağdaşmamaktadır³¹. Borçlanma talebinde bulunmanın diğer koşulu ise sigortalı iken tutuklanma yahut gözaltına alınma olup, bahsedilen koşulun beraat etme koşulu ile bir arada gerçekleşmesi de zorunludur³².

3. Genel Sağlık Sigortası Bakımından

Hastalık sigortasından yararlanma hakkı bulunmayan hükümlü ve tutuklular, genel sağlık sigortası bakımından da 5510 sayılı K. m. 60/3’ün açık hükmü gereği bu sigortanın kapsamı dışında bırakılmıştır³³. Maddede “ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan”

27 Ayrıca bkz. **Sözer**, s. 510.

28 Ceza yargılamasındaki olağanüstü kanun yolları 5271 sayılı Kanunda Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı, yazılı emir (Kanun yararına bozma) ve yargılamanın yenilenmesi olarak düzenlenmiştir. Bu süreçler hükmün infazını da etkilemeyeceğinden, kişi bu süreçte hükümlü statüsünde bulunup işyurtlarında çalışabilmektedir. Olağanüstü kanun yolları hakkında, **Centel/Zafer**, s.871-893.

29 **Kurtuluş**, Ahmet: “Tutuklulukta veya Gözaltında Geçen Sürelerin Borçlanılması”, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2018, S. 311.

30 **Tuncay/Ekmekçi**, s. 707.

31 **Aykaç**, s. 165; **Arıcı**, s. 472; **Başterzi**, Süleyman: “5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler”, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaşa Armağan Semineri, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, Ankara 2010, s. 89.

32 **Sözer**, s. 510.

33 5510 sayılı K.m.60/3’e göre; “...ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular,...genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmazlar.”

ifadesine yer verilip cezaevinde çalışma olgusuna değinilmediğinden, genel sağlık sigortası kapsamı dışına çıkarılanların sadece 5510 sayılı K.m.5/1-a maddesi kapsamında ceza infaz kurumu içinde çalışanlar değil, kurum dışında çalışanlar ve hatta hiçbir şekilde çalışmayanları da içerisine alacak biçimde düzenlendiği görülmektedir³⁴. Ancak anılan kişilerin genel sağlık sigortası kapsamı dışında kalmalarını telafi edecek bir düzenleme olarak 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un, 78. maddenin 2. fıkrasında, "Sağlık Bakanlığı, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile üniversitelerin sağlık kuruluşlarının, hükümlülerin tedavileri bakımından gerekli yardımları yapmakla görevli olduğu" belirtilmiştir³⁵. Öte yandan, anılan kişiler aslında çalışmalarından ötürü 4/1-a kapsamında sigortalı olduklarından, 5510 sayılı K.m.60/1-a bendi gereği kural olarak genel sağlık sigortalısı olma hakkına sahip olabilse de, kanunkoyucu bunu istisna olarak kabul edip, anılan kişileri genel sağlık sigortası kapsamı dışına çıkarmayı tercih etmiştir. İncelemekte olduğumuz konuyu düzenleyen iki farklı Kanun olan 5275 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun arasındaki ilişki doktrinde de değerlendirilmiş ve 5275 sayılı Kanunun önceki kanun niteliğinde olsa da özel nitelikte olduğundan uygulama önceliğine sahip olduğu sonucuna ulaşılmıştır³⁶.

Adalet Bakanlığı sorumluluğunda verilen yukarıda bahsedilen sağlık hizmetini şu şekilde özetlemek mümkündür: "Ceza infaz kurumlarında sağlık sorunu yaşayan hükümlü ve tutuklulara birinci basamak muayene ve tedavi hizmetleri, kurum revirinde aile hekimleri vasıtasıyla sunulmaktadır. Aile hekiminin uygun gördüğü durumlarda, hasta mahpus ileri tetkik, tedavi ve iyileştirme için devlet hastanelerine; daha ileri sağlık hizmeti gerekmesi halinde ise üniversite hastanelerine sevk edilmektedir. Mahpusun bulunduğu ildeki devlet veya üniversite hastanelerinde tedavisinin mümkün olamaması durumunda, tedavisinin yapılabileceği daha kapsamlı hastanelerin bulunduğu illere sevk edilmek suretiyle tedavisi yaptırılmaktadır"³⁷.

Hükümlü ve tutuklu kişilerin yukarıda bahsedilen sağlık giderlerinin kimin tarafından karşılanacağı Sağlık Bakanlığı'nın 2013/2 sayılı Genelgesinde³⁸ açıklanmış olup anılan haktan yalnızca tutuklu ve hükümlülerin faydalanabileceği düzenlenmiş, aileleri kapsama dahil

34 Kısım sigortalı sayılan ve ceza infaz kurumu bünyesinde çalışanların genel sağlık sigortalısı olarak kabul edilip, sadece ceza infaz kurumunda bulunup da çalışmayanların genel sağlık sigortası kapsamı dışına çıkarılması gerektiği yönündeki bizim de katıldığımız görüş için bkz. **Aslanköylü**, s. 1161.

35 Bu yükümlülük AİHS'de de ifadesini bulmaktadır; "... Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca, Devlet, bir kişinin insan onuruyla bağdaşan koşullarda alınmasını, tedbirin infazına yönelik yol ve yöntemin kişiyi, alıkonmanın doğasında kaçınılmaz olarak bulunan sıkıntı düzeyini açacak yoğunlukta ızdırıp ve zorluğa maruz bırakmamasını, infazın pratik gerekliliklerini dikkate alarak, diğer şeylerin yanı sıra kişiyi gerekli tıbbi yardımı sağlamak suretiyle, sağlık ve refahının yeterince sağlandığını güvence altına almakla yükümlüdür..." (26 Ekim 2000 tarihli Kudla/Polonya (Büyük Daire) kararı, § 94), [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Prisoners%20health-related%20rights%20\(tutuklu%20sa%C4%9Fl%C4%B1k%20haklar%C4%B1\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/saglik/Prisoners%20health-related%20rights%20(tutuklu%20sa%C4%9Fl%C4%B1k%20haklar%C4%B1).pdf), erişim tarihi 01.07.2019.

36 **Sözer**, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2018, s. 187, (GSS).

37 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Ceza İnfaz Kurumlarında Hükümlü ve Tutuklulara Sunulan Sağlık Hizmetleri Hakkında İnceleme Raporu, 24. Dönem 5. Yasama Yılı 2015 s.54, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2015/saglik_hizmetleri_hakkinda.pdf, erişim tarihi 01.07.2019.

38 Adli olaya taraf kişiler, hakkında tedavi ve denetimli serbestlik tedbirine hükmedilenler ile tutuklu ve hükümlü tedavi gideri hakkında Genelge, Sayı: 64047795/23642684/010-06.

edilmemiştir. Genelgeye göre “ceza infaz kurumları ve tutukevlerince üniversite hastanelerine (vakıf üniversiteleri hariç) sevk edilen tutuklu ve hükümlülerin; A-yatarak tedavisi esnasında gerekli görülen her türlü ilaç, muayene, tetkik, tahlil ve tıbbi malzemeleri sağlık hizmet sunucusu tarafından karşılanacaktır. B-Ayakta tedavide tıbbi muayene, kontrol, tetkik, diş protezi ve tedavilerine ait giderler sağlık hizmeti sunucusu tarafından karşılanacak olup, hastane tarafından temini mümkün bulunmayan tıbbi malzemeler (ortez, protez, gözlük, işitme cihazı, şeker ölçüm çubuğu, hasta alt bezi vb.) ile ilaç bedelleri Adalet Bakanlığı tarafından karşılanacaktır”. Ayrıca Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü’nün 120. maddesinde, sağlık giderlerinin nasıl karşılanacağına ilişkin detaylara yer verilmiştir³⁹.

Öte yandan, sosyal güvenlik açısından genel sağlık sigortalısı olan ve kısa ya da uzun vadeli sigorta kollarına istinaden kendisine tahsis yapılmış emekli kişilerden hükümlü veya tutuklu duruma düşenlerin sağlık yardımları ise kendi sigortalılıkları üzerinden sağlanmaktadır⁴⁰. Sözü edilen husus, 5275 sayılı K.m.32’de yer alan, “Sosyal güvenlik kurumlarına tâbi olanlar ile bunların hak sahiplerine yapılan her türlü yardım ve giderler, kendi mevzuatları çerçevesinde ilgili sosyal güvenlik kurumunca karşılanır.” hükmünün bir gereğidir.

Kişinin cezaevine girmesi gerek kendisi gerek aile üyeleri bakımından çeşitli sağlık sorunlarını beraberinde getirebileceğinden, genel sağlık sigortasının kapsamı dışında bırakılmasının Anayasa md.56 da öngörülmüş olan sağlık hakkına aykırılık oluşturduğu ilk bakışta düşünülse de, anılan kişilerin sağlık yardımından mahrum bırakılmadığı, yukarıdaki Genelgede de bahsedildiği gibi “gerekli görülen her türlü ilaç, muayene, tetkik, tahlil ve tıbbi malzemeleri sağlık hizmet sunucusu” tarafından karşılanacağı hükmüyle yalnızca Sağlık Uygulama Tebliği’nde⁴¹ sayılanlarla sınırlı sağlık yardımı alabilen genel sağlık sigortalılarından daha avantajlı olup olmadıkları sorusunu akla getirmektedir. Ancak Türkiye’de bulunan herkesin genel sağlık sigortalısı sayılması amacını taşıyan sosyal güvenlik sistemimizin yeknesaklığını sağlamak adına hükümlü ve tutukluları da genel sağlık sigortası kapsamına dahil etmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hükümlü ve tutuklular genel sağlık sigortası kapsamında bulunmamalarına

39 (1) Aşağıda sayılanlardan; a) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumundan emekli olmuş hükümlüler ile hak sahibi olup da hükümlü olan yakınlarının, b) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olarak çalışmaktayken meslek hastalığı, iş kazası ve görev malûllüğü nedeniyle bedeni veya ruhi arızaya uğramış olan ve daha sonra kurumlara giren hükümlüler ile hak sahibi olup da hükümlü olan yakınlarının, c) Sigortalılık niteliğinin yitirilmesinden itibaren verilen süreler içinde meydana gelen ve bu süre içinde kurumlara girmiş bulunan hükümlülerin, her türlü teşhis ve tedavi giderleri ile sağlık yardımları hükümlülerin bağlı buldukları sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanır.

(2) İşyurdunda çalıştırılan sigortalı hükümlülerin teşhis, tedavi giderleri ve sağlık yardımları ile bunların hastalanmaları ve raporlu bulunmaları hâlinde, raporlu oldukları gün sayısı kadar geçici iş göremezlik ödenekleri hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(3) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olmayan hükümlünün, estetik amaçlı veya kurumdaki yaşantısını devam ettirmesine engel oluşturmayan şikâyetiyle ilgili tedavi giderleri kendisi tarafından karşılanır.

(4) Herhangi bir sosyal güvenlik kurumuna tâbi olmayan hükümlünün üniversite hastaneleri dahil sağlık kurumlarındaki muayene, tetkik, kontrol ve tedavi bedelleri Sağlık Bakanlığı, ilaç bedelleri ise Bakanlık tarafından karşılanır.”

40 Kirazoğlu, Leyla/ Esen, Bünyamin: “Sosyal Güvenlik Sistemimizde Tutuklu ve Hükümlülerin Sigortalılığı”, E-Yaklaşım Dergisi, Nisan 2012.

41 RG., 28597, 24.03.2013.

rağmen,bakmakla yükümlü oldukları aile fertlerinin bazı istisnai durumlarda bu hakları devam etmektedir⁴².

Hükümlü ve tutuklular, hak sahibi olarak bakmakla yükümlü olunan kişi sıfatlarını da kaybetmektedir. Anılan husus, Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 8/2. maddesinde, "Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular,...hak sahibi olarak gelir ve aylık bağlananların eş, çocuk, ana ve babası genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi olarak sayılmaz." hükmü ile açıkça ifade edilmiştir.

4. İsteğe Bağlı Sigortalılık Bakımından

Sigortanın zorunlu olması esasına bir istisna oluşturan ve zorunlu sigorta kapsamı dışında kalan kişilerin sosyal güvenlik kapsamına alınmasını sağlayan isteğe bağlı sigortalılık, bu yolla kişilerin dışarıdan prim ödeyerek uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına katılmalarına imkân sağlamaktadır⁴³. 506 sayılı Kanun'dan farklı olarak 5510 sayılı Kanun'da, hükümlü ve tutukluların uzun vadeli sigorta kolları bakımından isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri açıkça düzenlenmemiştir.Ancak Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 93/2. maddesinde, "Kanunun 5 inci maddesinin (a), (b) ve (e) bentlerine göre sigortalılık hâli isteğe bağlı sigortalılık için engel teşkil etmez." hükmüne yer verilerek incelemekte olduğumuz hükümlü ve tutukluların isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri açıklığa kavuşturulmuştur.Bu kapsamda kazanılan isteğe bağlı sigortalılık, 5510 sayılı K.m.51/son hükmü gereği kişiye 4/1-b bendi kapsamında sigortalılık niteliği kazandıracaktır.

5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'na göre isteğe bağlı iştirakçi olma durumuyla ilgili olarak, 2013/11 sayılı SGK Genelgesinde ayrı bir düzenleme getirilmiş olup, 5434 sayılı Kanun'un mülga 12. maddesinin son paragrafı uyarınca; 657 sayılı Kanunun 48 nci maddesinin (A) 5 bendi uyarınca taksirli suçlar ve aşağıda sayılan suçlar dışında tecil edilmiş hükümler hariç olmak üzere, ağır hapis veya 6 aydan fazla hapis veyahut affa uğramış olsalar bile Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla, zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını

42 Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği madde 7/a bendine göre, "Kanunun 60 ıncı maddesi kapsamında genel sağlık sigortalısı sayılan kişilerden; a) Tutuklu ve hükümlü olanların genel sağlık sigortalılığı sona erer. Ancak Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi veya isteğe bağlı sigorta kapsamında sigortalılığı devam edenler ile 60 ıncı maddede sayılan gelir/aylık/ödenek almaya devam edenlerden tutuklu/hükümlü olanlar ve Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (c) bendine tabi olanlardan tutuklu olması nedeniyle Kanun'un 45. maddesinin birinci fıkrası kapsamında sayılanların bakmakla yükümlü olduğu kişilerinin bu sıfatları devam eder."

43 **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s. 180 vd; **Tuncay/Ekmekçi**, 356-357; **Tuncay**, Can: "Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015, s. 500; **Belverenli**, Demet, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Ankara 2016, s.71 vd.

açığa vurma suçlarından dolayı hükümlü bulunmaları nedeniyle Devlet Memurluğuna alınma şartlarını kaybetmiş olanların, isteğe bağlı sigortalı olamayacakları belirtilmiştir⁴⁴.

Doktrinde de ceza infaz kurumlarındaki atölyelerde çalışan tutuklu ve hükümlülerin ücretlerinden uzun vadeli sigorta primi kesilmediği için bu kimselerin, isteğe bağlı sigortalı olmalarına bir engel bulunmadığı, isteğe bağlı sigortalı olmaları durumunda emekli olma ve ailelerine sağlık yardımı sağlayabilme imkânına sahip olabilecekleri ifade edilmektedir⁴⁵. Anılan hükümlü ve tutuklular, vasileri aracılığı ile talepte bulunmaları durumunda uzun vadeli sigortalılık kollarına tabi olarak isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir⁴⁶. Ancak isteğe bağlı sigortalı olan kişiler uzun vadeli sigorta kolları dışında genel sağlık sigortalısı olma hakkına sahip iken, hükümlü ve tutuklular yukarıda incelemiş olduğumuz gibi genel sağlık sigortası kapsamında olmadıklarından, ödemiş oldukları isteğe bağlı sigorta primleri ile sadece uzun vadeli sigorta kollarına dahil olabileceklerdir. Ödeyecekleri prim miktarında bir farklılık olmayacağından, bu durum tıpkı sigortalı olmayıp da bakmakla yükümlü olunan kişi statüsündeki isteğe bağlı sigortalılarda olduğu gibi eşitsizliğe neden olmaktadır⁴⁷.

Bununla birlikte 2008 tarihinden sonra isteğe bağlı sigortalı sayılanlar bakımından, 5510 sayılı K.m.5/1-a bendine tabi olarak ceza infaz kurumları ile tutukevlerinin tesis atölye ve benzeri ünitelerinde çalıştırılan hükümlü ve tutukluların yanı sıra, cezaevinde bulunup, 5/1-a'lı sayılmayanlar da talep etmeleri halinde isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir⁴⁸. Bu durumda, aşağıda incelediğimiz diğer grupta yer alanlar da koşulları oluştuğunda isteğe bağlı sigortalı olabileceklerdir.

III. CEZA İNFAZ KURUMLARI DIŞINDA ÇALIŞAN TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN SOSYAL GÜVENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Ceza infaz kurumlarının içinde veya dışında olmakla birlikte ceza infaz kurumu bünyesinde sayılan işyurduna ait atölye ve işkollarında yapılan çalışmaya yukarıda değinilmiştir. Bu başlık altında ise, işyurduna bağlı olmayan ve ceza infaz kurumu dışında yapılan çalışmalar incelenecektir. Tekrar belirtmekte yarar var ki, kurum dışında yapılacak çalışmalarda, İş yurtlarına ilişkin Yönetmeliğin 21. maddesi gereği, tutuklular ve hükmen tutuklular yer alamayacaktır. Hükümlülerin kurum dışında çalışma esaslarına ilişkin olarak ise, 5275 sayılı Kanun'un 30. maddesindeki hükümlere

44 2013/11 sayılı Genelge s. 253.

45 **Tuncay/Ekmekçi**, s. 322; **Arıcı**, s. 231.

46 **Yılmaz**, Hüseyin; "Hükümlü ve Tutukluların İsteğe Bağlı Sigortalılığı", E-Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2010, S. 209. Prim ödemelerini de hükümlüler adına vasileri yapabilecektir. Aynı yönde, **Kirazoğlu/Esen**, SSIY. m. 108/13'de belirtildiği üzere, "Bu maddede belirtilen prim ödeme yükümlüleri adına üçüncü kişiler tarafından yapılan ödemeler de kabul edilir. Bu durum prim ödeme yükümlüsünü değiştirmez ve üçüncü kişiler lehine bir hak doğurmaz." hükümlülerin primlerini vasileri, tutuklularınkini ise vekâlet verdiği kişiler yapabilecektir.

47 **Başterzi**, Fatma, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayınları, Ankara 2006, s.54.

48 2013/11, sayılı Genelge, s.229.

riayet edilecektir. Anılan maddenin birinci fıkrasında hangi hükümlülerin kurum dışında çalışabileceği ise şu şekilde açıklanmıştır; “Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumlarında bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanmış hükümlüler, kurum dışındaki iş alanlarında çalıştırılabilirler.”Maddenin son fıkrasında “Hükümlülerin kurum dışında çalışma esasları Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte gösterilir⁴⁹.”hükmüne yer verilmiş ancak anılan yönetmelik henüz çıkarılmamıştır. Yönetmelik çıkarılıncaya kadar ise, Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük⁵⁰’ün 97 ve 98 inci maddeleri uygulanmaya devam edecektir. Ayrıca, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği’nin 22. maddesinde de çalışma ile ilgili esaslar düzenlenmiştir. Anılan düzenlemelerden hareketle çıkarılan Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu 14/01/2010 tarihli 137/3 nolu Genelgesinde⁵¹, “Buna göre; a) Açık kurumda bulunanlar kurum görevlileri gözetiminde, kapalı kurumda bulunanlar ise iç ve dış güvenlik görevlilerince alınacak tedbirler altında çalıştırılırlar. b) Hükümlüler kurum dışında kendi iş yerlerinde veya üçüncü dereceye kadar kan ve kayın hısımlarına ait işyerlerinde çalıştırılmazlar. c) Kurum dışında çalıştırılma, işveren veya temsilcisi ile işyurdu müdürlüğü arasında düzenlenecek (Ek-10) da bulunan örnek protokol çerçevesinde gerçekleştirilecektir. d) Protokol onay için işyurtları Daire Başkanlığı na gönderilecektir. e) Hükümlüler en az iki kişiden oluşan ekipler halinde çalıştırılacaktır. f) Ceza infaz kurumu idaresi, asayiş, güvenlik, sağlık ve benzeri hallerde hükümlüleri çalışma yerine göndermeyebilir. (4) Özel sektör ile kuruma ait işkollarında yapılacak çalışmalar (Ek-11) de düzenlenen protokol esaslarına göre yapılacaktır.” hükmü yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bu başlık kapsamında hükümlülerce yapılan çalışmaların da zorunlu olduğu görülmektedir. Şöyle ki, ilgili Tüzüğün 98/1 maddesine göre, “Açık kurumlardaki hükümlülerden iş temin edildiği halde çalışmayanlar, ...iş yurdu yönetim kurulu kararı ve infaz hakiminin onayı ile kapalı kurumlara iade edilirler.” biçiminde çalışmamaya yönelik cezai nitelikte bir hüküm bulunmaktadır.

Doktrinde, bu tür çalışmanın “allaperto” olarak adlandırıldığı ve tarım, deniz ve su ürünleri avcılığı inşaat, yol, maden orman gibi iş alanlarında geçerli olacak ve ekip halinde yürütülecek nitelikte olduğu belirtilmiştir⁵². Ancak önemle belirtmek gerekir ki, Birleşmiş Milletler Mahpusların Islahı İçin Asgari Standart Kurallar’ın 73. maddesinde, “Sanayi veya tarım kuruluşunun doğrudan idare tarafından işletilmesi ve özel işletmeciler tarafından işletilmemesi tercih edilir.” denilmek suretiyle kurum dışı kuruluşta çalışmanın istisnai nitelikte olması gerektiğinin altı çizilmiştir.

49 2/7/2018 tarihli ve 700 sayılı KHK’nin 160. maddesiyle, bu fıkra da yer alan “tüzükte” ibaresi “Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikte” şeklinde değiştirilmiştir.

50 RG., 26131, 6/4/2006. Bu tüzüğün 195. maddesinde yer alan şu hükümle bir önceki tüzük yürürlükten kaldırılmıştır; “5/ 7/ 1967 gün ve 6/8517 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile yürürlüğe konulan Ceza İnfaz Kurumları ile Tevkifevlerinin Yönetimine ve Cezaların İnfazına Dair Tüzük yürürlükten kaldırılmıştır.”

51 <http://www.iydb.adalet.gov.tr/Resimler/BilgiBankasi/icindekiler.pdf>, s.11, erişim tarihi 03.07.2019.

52 Donay, Süheyl: Türk Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 2014, s.101. Ceza ve Tevkifevleri İç Yönetmeliği’nin 34. maddesinde de yapılacak çalışma alanları şu şekilde belirlenmiştir; “Marangozluk, mobilyacılık, demircilik, terzilik, ayakkabıcılık, çiftçilik, matbaacılık, balıkçılık, dökümcülük, halıçılık, dokumacılık, konservedicilik, çiçekçilik madeni eşya imalatçılığı, sabun imalatçılığı, gemi imalatçılığı, inşaat işleri, ziraat ve arıcılık vesair her türlü meslek ile bunların icrasına yardımcı olanlardır.”

B. SİGORTALILIK NİTELİĞİ BAKIMINDAN

Ceza infaz kurumu bünyesinde bulunan işyurtlarında çalışanların kısmen sigortalı olacakları 5510 sayılı K. m. 5/1-a ile açıkça belirlenmiş olmasına karşın, kurum dışında işyurdu olmayan kamu veya özel sektöre ait işyerinde yaptıkları çalışmalar bakımından hangi sigortalılık statüsüne dahil olacakları 5510 sayılı Kanunda açıkça ifade edilmemiştir. Bu belirsizlik, doktrinde iki farklı yorumun yapılmasına neden olmaktadır. İleri sürülen bir görüş, 5275 sayılı K. m. 30 kapsamında çalışanların da 5510 sayılı K. m. 5/1-a bendine göre kısmen sigortalı olacakları yönündedir⁵³. Diğer görüş ise, kısmen sigortalılığı düzenleyen hükmün sadece 5275 sayılı K. m. 29'a göre yapılan kurum içi çalışanlar için uygulanacağı, kurum dışında çalışanların 5510 sayılı K.m.4/1-a bendi gereği zorunlu sigortalı olacağı yönündedir⁵⁴.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki görüşü savunanlara göre de kurum dışında yapılan çalışma zorunlu nitelikte bir çalışma olup, tarafların serbest iradelerine dayanmayan ve ceza infaz kurumu ile işveren arasında yapılan bir protokole dayanan bir çalışma olduğundan, taraflar arasında iş ilişkisi bulunmamaktadır⁵⁵. Aralarındaki ilişki iş sözleşmesi olmasa da, bahsi geçen nitelikte çalışanların çalışma biçimini işçilerin çalışma biçimine benzetmek mümkündür. Zira doktrinde de belirtildiği üzere, 5275 sayılı K. m. 30 kapsamında çalışma, kurum içi çalışmadan farklı olarak mesleki eğitim sağlamayı amaçlamamakta, bu çalışmanın salt iş görmeyi konu edindiği anlaşılmaktadır. Yine kurum içi çalışmadan farklı olarak, ücretin kurum dışı çalışmanın esaslı unsurlarından biri olarak belirlenmesi kurum dışı çalışmanın amacının mesleki eğitim değil, iş görme olduğuna işaret etmektedir⁵⁶.

Sigortalılık nitelikleri açısından değerlendirildiğinde, doktrinde 5510 sayılı K.m.5/1-a hükmünün ceza infaz kurumu dışında çalıştırılanları kapsam dışında tutmuş gibi görünmekle birlikte, ceza infaz kurumu dışında ve bir işveren nezdinde çalışan hükümlülerin de evleviyetle 5/1-a maddesinden yararlanacağı sonucuna ulaşılmıştır⁵⁷. Diğer görüş ise, sosyal sigortalar mevzuatında konuya ilişkin önceki düzenlemeleri de ele alarak, 506 sayılı Kanunun 3/I-1 maddesinin ilk şeklinde, cezaevi içinde çalışanların sigortalı sayılmayacağı kuralının karşıt anlamından cezaevi dışında çalışanların zorunlu sigortalı olacakları sonucu çıktığını ifade etmiştir. Ancak 506 sayılı Kanunda 2003'te yapılan değişiklikle kanun metni 5510 sayılı Kanun hükmüne benzer bir şekilde kurum içinde çalışanları kısmen sigortalı kabul etmiştir. Bu durumda yazar haklı olarak, her iki kanun metninin karşıt anlamından kurum dışında çalışanların sigortalılığına ilişkin bir anlam çıkarılamayacağı sonucuna ulaşmıştır⁵⁸. Yazar anılan gruptaki kişilerin kısmen sigortalı olacakları

53 Engin , s. 29; Aykaç, s. 353-357.

54 Sözer, s. 100; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2018, s. 104.

55 Uşan, s. 1444; Engin, s. 29; Aykaç, s. 35. Yazarın işaret ettiği eski tarihli bir Yargıtay kararında ise, "hükümlü ve işveren arasındaki ilişki temelinde ceza infaz kurumunun aracılığına dayalı olsa da, bu durum ilişkinin hizmet ilişkisi olmasını etkilemez" yönünde karar verilmiştir (Y. 9. HD, 27.11.1980, 12525/14266, Günay, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, C. 1, Ankara 1998, s. 66 vd).

56 Engin, s.29.

57 Engin, s.29-30.

58 Aykaç, s.356.

sonucuna ulaşsa da, bu noktada gerekçe olarak 5510 sayılı K. m. 5/1-a'daki hükmün kıyas yoluyla kurum dışı çalışanlara da uygulanacağını kabulünün zor olduğunu zira 5/1-a bendi gibi istisna niteliğindeki hükümleri kıyas yoluyla genişletmenin mümkün olmayacağını ifade etmiştir⁵⁹. Bu nedenle kurum dışı çalışanların sigortalılığının da, kanunkoyucu tarafından kurum içi çalışanlar gibi 5510 sayılı Kanunda açıkça belirlenmesi gerekliliğinin altını çizmiştir.

Kanımızca, kurum dışı çalışanların sigortalılığını 5/1-a kapsamında sigortalı saymak yerine 4/1-a bendi kapsamında sigortalı saymak isabetli olacaktır⁶⁰. Zira kanunkoyucunun, incelediğimiz grupta çalışanları sigortalı sayılmayanlar ve kısmen sigortalılar⁶¹ olan istisnai gruplar içinde düzenlememesini, bahsedilen kişilerin gerçekleştirdikleri hizmet ilişkisinden ötürü 4/1-a bendi kapsamında zorunlu sigortalı olması gerektiği biçiminde yorumlamak gerekir. Ancak anılan maddede iş sözleşmesiyle çalışmasa da bu şekilde çalışıyormuş gibi sayılan grupta incelemekte olduğumuz kişilerin de açıkça ifade edilmiş olması gerektiği kuşkusuzdur.

Öte yandan, konunun infaz mevzuatında da açıkça ele alınmadığı görülmektedir. Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği'nin 20. maddesinin son fıkrasında, "*Ceza infaz kurumu içinde veya dışında; hükümlü, tutuklu ve hükmen tutuklularını işyurduna bağlı yerlerde çalışmaları bu Yönetmelik hükümlerine, işyurduna bağlı olmayan yerlerde ise ceza infaz kurumu (Değişik ibare:RG-15/6/2012-28324) iç yönetmeliği hükümlerine tâbidir.*" ifadesine yer verilerek bu grupta çalışanlar bakımından iç yönetmelik hükümlerinin uygulanacağını ortaya koymaktadır. Ancak eski tarihli iç yönetmelikte⁶² de Tüzüğe atf yapılmış olup, Tüzükte de sosyal güvenlik haklarına yönelik özel bir düzenleme yapılmamıştır. Aynı şekilde yukarıda bahsedilen 2010/13 sayılı Adalet Bakanlığı Genelgesi'nde de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Genelge'de bahsedilen kamu sektörü ve özel sektör işverenleriyle yapılması gereken protokollerde, "*Hükümlülere ait sigorta primi, işverenin kendi sigorta hissesi ile birlikte işveren tarafından Sosyal Güvenlik Kurumuna ödenecektir.*" ifadesine yer verilerek, bu grupta çalışanların işverenlerinin cezaevi içinde çalışanlar gibi ceza infaz kurumları olmadığı açıkça belirtilmiştir. İş sözleşmesiyle çalışmadıkları gerçeği bir kenara bırakıldığında, anılan gruptaki kişileri çalıştıran işverenler bakımından işyerinde çalışan diğer 4/1-a'lı çalışanlardan bu gruptakileri ayırt etmeye gerek olmadığını söylemek mümkündür. Öte yandan, bahsedilen

59 **Yongalık**, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır" Kuralı ve Değerlendirilmesi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S. 1, Y. 2011, 1-15, s.10-12. Yazar, hukuk sistemimizde bu yönde açık bir hüküm bulunmadığından, istisnaların da kendi dar amaçları kapsamında geniş yorumlanabileceği ve istisnaların da, kendi anlam ve amaçları dahilinde, düzenlenmemiş bir olaya benziyorsa/uyuyorsa kıyasen de uygulanabileceğini ifade etmiştir. Ancak hukuk normlarının kıyasen uygulanıp uygulanmayacaklarına karar verilirken eşit durumda olanların eşit uygulamalara tabi olmalarının sağlanmasına dikkat edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. İncelemekte olduğumuz konu açısından değerlendirildiğinde, ceza infaz kurumu içinde çalışanlarla dışında çalışanların eşit durumda olmadıklarını söylemek güç olsa da, kanunkoyucunun sadece ceza infaz kurumları içinde çalışanları kısmen sigortalı sayması yönündeki tercihe bakıldığında, bu iki grubu eşit statüde görmediği sonucu ortaya çıkmaktadır.

60 Aynı yönde, **Üvedi**, Sevgi: "Hükümlü ve Tutukluların Sigortalılığı", E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2013, S. 251.

61 Kanunkoyucunun kısmen sigortalıları düzenlerken ceza infaz kurumundayken çalışmakta olanlar gibi genel bir ifadeye yer vermeyip grubu sadece "ceza infaz kurumu bünyesindeki tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalışanlar" olarak sınırlaması da bilinçli bir tercih olarak görülmelidir.

62 Ceza ve Tevkifevleri İç Yönetmeliği, Resmi Gazete ile Yayın Tarihi: 19.12.1967.

gruptaki kişileri 4/1-a'lı kabul etmek Sosyal Güvenlik Kurumu açısından bakıldığında da olumlu bir sonuç verecektir. Zira işverenden sadece kısa vadeli sigorta kolları primi tahsil etmek yerine zorunlu sigortalı niteliğindeki hükümlü adına tüm primleri tahsil etmek Sosyal Güvenlik Kurumu'nun lehine olacaktır. Kanaatimizce, zorunlu 4/1-a bendi kapsamında sigortalılığın kabulü Ceza İnfaz Kurumu bakımından da, prim borçlusu olmadığı için olumsuz sonuç doğurmayacağı gibi bu nitelikte çalışan hükümlüler için de uzun vadeli sigorta kollarına dahil olacaklarını bilerek çalışmak çalışma isteğini ve verimini artıracaktır.

C. İŞVERENLERİN TEŞVİK EDİLMESİ

Kurum dışında hükümlü çalıştıracak olan gerek kamu gerekse özel sektör işverenine bu gruptakileri çalıştırmayı teşvik edecek avantajlar sağlanması şart olup, 5275 sayılı Kanun'un 30/4. maddesinde yer alan “*İş alanlarına sahip kuruluşların hükümlü çalıştırmaları teşvik olunur.*” hükmünün göz önünde tutulması gerekmektedir⁶³. İş mevzuatımızda “eski hükümlüler” istihdama dahil edebilmek amacıyla İş K.m.30/1. maddesinde de, “*...kamu işyerlerinde ise ... yüzde iki eski hükümlü işçiyi ...meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.*” düzenlemesine yer verilmiştir⁶⁴.

Eski hükümlü çalışma yükümlülüğünün düzenlendiği mevzuatımızda hükümlüleri çalıştıran özellikle özel sektör işverenlerinin evleviyetle teşvik edilmesi önem arz etmektedir. Ancak son yıllarda sıklıkla uygulanan istihdamı artırıcı nitelikteki işveren teşvikleri arasında bu yönde bir teşvik, tespit ettiğimiz kadarıyla yer almamaktadır. Ayrıca bahsi geçen teşviğin sadece 5275 sayılı K.m.30 kapsamında hükümlü çalıştıran işverenlerle sınırlı tutulmaması, ileride ele alacağımız “*gözetim altında çalıştırma*” biçiminde yanında hükümlü çalıştıran işverenlere de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

IV. KURUM HİZMETİNDE ÇALIŞTIRILANLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Evvelce etraflıca ele aldığımız çalışma türlerinden farklı olarak 5275 sayılı K.m.31'de hükümlülere yönelik “*kurum hizmetinde çalışma*” hakkı tanınmıştır. Anılan maddeye göre, “*İyi halli hükümlüler, idare ve gözlem kurulu kararı ile kurum yönetimi tarafından durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırılabilir. Çocuk hükümlüler, kendi yaşam alanları veya eğitsel amaçlar dışında*

63 Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İsyurtları Kurumu ve İsyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği'nin 22. maddesinde, iş güvenliğinin işverence sağlanması, iş kazasının yasal yükümlülüklerinin yerine getirilmesi gibi ek yükümlülüklerin işverenler üzerinde bırakıldığı görülmektedir. Sadece bu hükmün olması bile kanımızca işverenlere teşvik sağlanması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Öte yandan yönetmeliğe göre işverenler isabetli bir şekilde hükümlünün firar etmesi ve diğer kanunî takibatı gerektirir bir olaya sebebiyet vermesinden ise sorumlu olmayacaklardır.

64 Eski hükümlü çalışma yükümlülüğü hakkında bkz. **Bedük**, Mehmet Nusret: “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, Kamu-İş Dergisi, C. 11, S. 2/2010, s. 47-87.

*çalıştırılmazlar*⁶⁵.” Yapılan çalışmaya ilişkin detaylı bir düzenlemeye yer verilmemiş olduğu görülmektedir. Konuya ilişkin Tüzük’ün, 98. maddesindeki genel düzenleme gereği bu kişilerin ücret karşılığı bir çalışma yaptıkları kuşkusuzdur. “*Kurum içinde ve kurum dışında çalıştırmada uygulanacak ilkeler*” başlıklı anılan maddenin birinci fıkrasında, “*Hükümlüler, kurumların içinde veya dışında iş yurduna ait atölye, tesis ve benzeri üniteler ile kurum dışındaki başka işyerlerinde çalıştırılabilirler. Bu çalışmalarına karşılık hükümlülere iş yurtları kurumu yüksek kurulunca belirlenen ücret ödenir.*”

Öte yandan, Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetmeliği’nin 32. maddesinde, “*Bu şekilde çalıştırılan hükümlülere, genel bütçede ödenek olmaması durumunda genel bütçe tarafından belirlenen gündelik ücret, işyurdu bütçesinden ödenebilir. Bu hükümlü ve tutuklular işyurdunda çalışan hükümlü ve tutuklu kapsamında değerlendirilmezler.*” biçiminde düzenleme yapılarak anılan kişilerin ücretlerine ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir⁶⁶.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, 5275 sayılı Kanun’un 31. maddesinde ve Tüzüğü’nün 99. maddesinde kurum içi hizmetlerde sadece “*iyi halli hükümlülerin*” çalıştırılabileceği ifade edilmiş olmasına karşın, İşyurtlarına ilişkin Yönetmeliğin 32. maddesinde hükümlüler gibi tutukluların da çalıştırılabileceği ifade edilmiştir. Ancak yönetmeliğin bahsi geçen maddesi kanaatimizce hem diğer mevzuatla hem de kendi içinde çelişkiye neden olmaktadır. Şöyle ki, maddenin 1. fıkrası ve 2. fıkrasının son cümlesinde hükümlü ve tutuklulardan bahsedilirken, 2. fıkranın ilk cümlesinde ücret ödemeye ilişkin esaslar belirlenirken sadece hükümlülerden bahsetmektedir. Bahsedilen durumda maddenin lafzından kurum içinde çalışan hükümlülere ücret ödenirken tutuklulara ücret ödenmeyeceği sonucu çıkmaktadır ki, varılmak istenen sonucun bu olmaması gerekir.

Bahsi geçen gruptakilerin yapabileceği işler ceza infaz kurumunun iç hizmetleri olarak adlandırılan işyurtlarına ilişkin yönetmeliğin 32. maddesinde, “*Ceza infaz kurum mevcudunun %10’unu geçmemek üzere, bazı hükümlü ve tutuklular, liyakat durumları da göz önüne alınarak, berberlik, temizlik, yemek işleri ile bunlara benzer işler*” olarak tespit edilmiş olup, Tüzüğü’nün 99. maddesinde ise, bunlardan farklı olarak “*Hekim, psikiyatri uzmanı, psikolog, sosyal çalışmacı, öğretmen ve benzeri mesleklerle sahip olan hükümlülerden; iyi hâl gösterenlerin, idare ve gözlem kurulu kararıyla, kurumun servislerinde meslekleriyle ilgili görevlere yardımcı veya eğitici olarak çalıştırılabilecekleri*” düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin ortak hükmü olarak ise, “*Hükümlü, yöneticilerin ve görevlilerin kişisel işlerinde çalıştırılmaz.*” ifadesine yer verilmiş olduğu görülmektedir.

65 Maddenin 1. Fıkrasının (25.05.2005, 53513 S.K.) 2005 yılında değişikliğe uğramadan önceki hali şu şekilde idi; “*Kurum yönetimi, cezasının en az bir yılını iyi hâlli olarak çekmiş bulunan hükümlüleri, durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırabilir. Çocuk hükümlüler, kendi yaşam alanları veya eğitsel amaçlar dışında çalıştırılmazlar.*” Yapılan değişiklikle bir yıl sınırının kaldırılmış olduğu görülmektedir.

66 Anılan maddenin birinci fıkrası, RG. 28324, sayı 15.06.2012 tarihli Resmi Gazete ile değiştirilmiştir.

B. SİGORTALILIK NİTELİĞİ BAKIMINDAN

İşyurtlarına ilişkin yönetmeliğin 32. maddesinin devamındaki “*Bu hükümlü ve tutuklular işyurdunda çalışan hükümlü ve tutuklu kapsamında değerlendirilmezler*” ifadesi dikkat çekici olup sigortalılık niteliği bakımından değerlendirildiği vakit, kurum iç hizmetlerinde çalıştırılanların 5510 sayılı K.m.5/1-a bakımından kısmen sigortalı olmayacakları sonucu ortaya çıkmaktadır. Bahsi geçen grupta çalışanların sigortalılıkları ile ilgili bir düzenlemede bulunmadığından, herhangi bir sigortalılık statüsünde olmadıkları anlaşılmaktadır. Bu husus, 2013/11 sayılı SGK Genelgesinde, “*Ancak, hizmet akdi koşulları yerine gelmediğinden kamuya yararlı bir işte çalışan hükümlü ve tutukluların sigortalı sayılmasına imkan bulunmamaktadır.*” ifadesine yer verilerek açıklığa kavuşturulmuştur⁶⁷. Ancak aşağıda inceleyeceğimiz gibi kurum iç hizmetlerinde yapılan çalışma teknik olarak kamuya yararlı bir işte çalıştırma olarak kabul edilemez. Kaldı ki bu şekilde kabul edilmiş olsaydı dahi hizmet içi işlerde çalışanların sigortalı sayılmayacağı sonucu, sosyal güvenliğin herkese yaygınlaştırılması gerektiği yönündeki yaklaşıma uygun düşmediği gibi bu grupta çalışanların sosyal güvenlik sistemi dışında olmaları aile bireyleri açısından da aynı olumsuz sonucun tekrarı niteliğinde olacaktır⁶⁸. Bu nedenle kanaatimizce, anılan kişilerin yaptığı çalışma da bir çeşit “*ceza infaz kurumu içinde yapılan çalışma*” olduğundan, en azından 5/1-a kapsamında kısmen sigortalı sayılmaları gerekecektir.

Öte yandan, bir hükümlünün ceza infaz kurumu bünyesindeki işyurdunda mı yoksa kurum hizmetinde mi çalışacağına infaz mevzuatı incelendiğinde kişinin kendisinin değil de ceza infaz kurumunun karar verdiği sonucu çıkmaktadır. Bu noktada kurum hizmetinde çalışmanın koşulu olarak, öncelikle “iyi halli hükümlü” olma koşulu aranmıştır⁶⁹. Ardından idare ve gözlem kurulunun olumlu karar vermesi ve nihayet hükümlünün Tüzüğün 99/3 maddesinde belirlenen mesleklere sahip olması aranmaktadır. Görüldüğü üzere kurum hizmetinde çalışmak, işyurdunda çalışmaktan daha nitelikli bir çalışma olarak değerlendirilmektedir. O halde anılan kapsamda çalışanları sigortalı saymamak yerine bu kişilerin sigortalılıklarını belirlemek adına sosyal güvenlik mevzuatında açık düzenleme yapmakta yarar bulunmaktadır.

V. DENETİMLİ SERBESTLİK MEVZUATI KAPSAMINDA ÇALIŞTIRILANLARIN SOSYAL GÜVENLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Denetimli serbestlik, 5275 sayılı K.m.104’de ifade edildiği üzere, “*Cezaları ertelenen, salıverilen veya haklarında hapis cezası dışında herhangi bir tedbire hükmedilen hükümlülerin toplum içinde izlenmesi, iyileştirilmesi, psikososyal problemlerinin çözülmesi, salıverme sonrası korunması ve*

67 Sigortalılık İşlemleri 2013/11 Genelge, s. 28.

68 Aynı yönde, Uşan, s. 1459.

69 İyi hal kavramı, 5275 sayılı K. m. 89/1’de, “*ceza infaz kurumlarının düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara içtenlikle uyarak, haklarını iyi niyetle kullanarak, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirerek geçmiş ve uygulanan iyileştirme programlarına göre de toplumla bütünleşmeye hazır olduğunun disiplin kurulunun görüşü alınarak idare kurulunca saptanmış bulunması*” olarak açıklanmıştır.

yargılanan kişiler hakkında sosyal araştırma raporlarının düzenlenmesi ve mağdurun korunması” sürecidir. Bahsedilen süreçte hükümlüler için farklı çalışma türleri düzenlenmiştir. Anılan çalışma türlerinden, kamuya yararlı bir işte çalıştırma, kamu hizmeti cezası ve gözetim altında çalıştırma türleri düzenlenmiş olup, bu nitelikte yapılan çalışmaların sigortalılık statüsüne nasıl etki ettiği bu başlık altında incelenecektir. Bahsedilen çalıştırma biçimleri de esasen ceza infaz kurumu dışında yapılan çalışmalar olsa da, nitelik itibarıyla 5275 sayılı Kanun’un 30. maddesinde düzenlenen, “*kurum dışında çalıştırma*”dan farklı olup, bir infaz türü olarak kabul edilmektedir.

Sözü edilen nitelikteki çalışmalar zorunlu olarak çalıştırmalar olsa da, ILO’nun yasaklamış olduğu zorla çalışma kavramına dahil edilmemektedir⁷⁰. Şöyle ki, 1930 tarihli Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 29 sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi⁷¹ ile 1949 tarihli Örgütlenme ve Toplu Sözleşme Hakkı Sözleşmesinin 98. maddelerinde “*Sözleşme zorla ya da zorunlu çalıştırmanın her tür biçimine son verilmesini öngörmektedir. Ancak, ..., mahkûmların belirli bir denetime göre çalıştırılmaları, ... için istisna tanınmaktadır.*”

B. KAMUYA YARARLI BİR İŞTE ÇALIŞTIRMA

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50. maddesinde, “*kısa süreli hapis*⁷² *cezalarının suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre*” farklı tedbirlere çevrilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu

70 **Bilgiç**, Şükrü: “Mahkûmların İyileştirilmesinde Zorunlu Çalıştırmanın Önemi”, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu, Bildiri Kitabı, “Uluslararası Yaklaşımlar” 8-10 Aralık, 2015, s.147, http://www.cte-ds.adalet.gov.tr/e_bulten/sempozyum_e_kitap.pdf, erişim tarihi 17.07.2019. Zorla çalıştırma yasağının istisnası olarak kabul edilen çalışmalar, bu konuda temel ILO Sözleşmesi olarak kabul edilen 29 Sayılı Zorla Çalıştırma Sözleşmesi’nin 2. maddesinde 5 farklı konuda düzenlenmiştir. Bunlardan konumuzu ilgilendiren istisna, 2/3. maddede, “Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet” olarak ifade edilmiştir. Öte yandan benzer düzenlemeye, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 4/-a maddesinde de yer verilmiştir. Anılan maddede, “Bu Sözleşmenin 5. maddesinde öngörülen şartlar altında tutuklu bulunan kimseden veya şartlı salıverilmesi süresince olağan olarak yapılması istenen çalışma, zorla veya zorunlu çalıştırmadan sayılmaz.” hükmü yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünlütürk Ulutaş, Çağla/ULutaş, T.Barbaros**: “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 40, Ekim 2015, s. 327-339. Zorla çalıştırma yasağıyla ilgili olarak, 29 sayılı ILO Sözleşmesi’nin 11.06.2014 tarihli Ek protokolle revize edildiği ayrıca 2014 tarihli ve 203 sayılı ILO Tavsiye kararıyla da zorla çalıştırmaya ilişkin önleme, koruma, çözüm yolları ve adalete erişim gibi konularda ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş olduğunun altı çizilmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki, anılan Protokol ve Tavsiye kararında zorla çalıştırmanın tanımı ve istisnalarına ilişkin olarak 29 sayılı Sözleşmede yer alan düzenlemelerle ilgili bir değişikliğe gidilmemiştir (TBMM Genel Kurul görüşme Tutanağı, Yasama Yılı. 5, Birleşim. 28, 13.12.2014, https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/genel_kurul.cl_getir?pEid=35919, erişim tarihi 20.10.2019).

71 ILO Kabul Tarihi: 6 Haziran 1930, Resmi Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 23 Haziran 1998 / 23381 Türkiye’de Yürürlüğe Girdiği Tarih: 30 Ekim 1998. Anılan sözleşmede, zorla çalıştırma, “*Çalışma veya hizmetin bir kamu makamının nezaret ve kontrolü altında icra edilmesi ve söz konusu ferdin özel kişilerin, şirketlerin veya özel-tüzel kişilerin hizmetine bırakılmaması veya verilmemesi şartıyla, bir mahkemenin verdiği mahkumiyet kararının sonucu olarak yapmaya mecbur edildiği bir iş veya hizmet*” olarak tanımlanmıştır.

72 TCK.m.49’a göre kısa süreli hapis şu şekilde tanımlanmıştır; “*Hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.*”

maddedeki tedbirlerden biri de, “*Mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılma*”dır. Kamuya yararlı bir işte çalıştırma, hapis cezasına seçenек yaptırımlardan biri olarak kabul edilmiştir. Bu tür bir çalışmanın gerek ülkemizde ve gerekse yabancı hukuk sistemlerinde sıklıkla başvuru olan bir yöntem olduğu görülmektedir⁷³.

Kamuya yararlı işten ne anlaşılması gerektiği hususunda tanım yapılmasa da doktrinde şu yönde örnekler verilmiştir; hükümlünün ağaç dikmesi, temizlik işlerinde çalıştırılması, hastane, yaşlılar yurdu ve devlete ait kurumlarda çalışma hatta kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerini yerine getirmesi gibi⁷⁴. Amacı açısından değerlendirildiğinde iş hukukundaki çalışmadan oldukça farklı olan bahsi geçen çalışma biçiminde, hükümlü tarafından topluma verilen zararın topluma yararlı bir işte çalıştırılması suretiyle telafi edilmesinin asıl amaç olduğu ortaya çıkmaktadır⁷⁵.

Kavram olarak “Kamuya yararlı bir işte çalıştırma” kullanılsa da, ceza mevzuatı incelendiğinde, buna benzer bir başka kavram olan “kamu hizmeti cezası” kavramına da rastlamak mümkündür. Şöyle ki, 5275 sayılı K. m. 105’de, “*Kamuya yararlı bir işte çalıştırma*” başlığı altında, “*Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde yer alan kısa süreli hapis cezasının yaptırım seçeneklerinden kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, ücretsiz olarak bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde çalıştırılmasıdır.*” biçiminde düzenlenen konu, Tüzükte de aynı şekilde ifade edilerek, şu şekilde düzenlenmiştir; “*Kamuya yararlı bir işte çalıştırma; hükümlünün, bir kamu kurumu veya kuruluşunda belirli hizmetlerde, mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla ücretsiz olarak çalıştırılmasıdır,*” (Tüzük m. 51/6-a). Ayrıca anılan maddenin devamında, “*İki yıl veya daha az süre ile hapis cezasına mahkûm olanlardan, hükümlülük süresinin yarısını iyi hâlde geçirenlerin, istekleri bulunmak koşuluyla kendilerinin veya yasal temsilcilerinin veya Cumhuriyet başsavcılığının istemi üzerine, mahkûmiyet sürelerinin geriye kalan yarısını kamuya yararlı bir işte çalıştırılmasına mahkemece karar verilebilir.*” (Tüzük m.51/6-d) ifadesi ile iki yılı aşmayan mahkûmiyeti olanlar bakımından da bahsedilen çalışma olanağı tanınmıştır⁷⁶. Oysa Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği’nin⁷⁷ 4/m maddesinde, kavram “*kamu hizmeti cezası*” olarak adlandırılarak, şu şekilde tanım yapılmıştır; “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 50. maddesinin birinci fıkrasının (f) bendinde öngörülen, bir kamu kurumunun veya kamu yararına hizmet veren bir özel kuruluşun belirli hizmetlerinde ücretsiz*

73 **Turhan**, Faruk/**Altıkat**, Abdurrahim: “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Y. 2012, s. 36.

74 **Çetin**, Soner Hamza: Türk Ceza Kanununda Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2011, s. 222-223.

75 **Alıcı**, Burhan: “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3, s.132.

76 TCK.m.50/f’deki düzenleme ile, 5275 sayılı CGTİHK.m.105/4’dekinin de infaz hukuku açısından farklı olduğu hususunda, **Çetin**, s. 227-228. Her ikisinin de aynı nitelikte olduğu yönünde, **İnce**, Hüseyin: “Kısa Süreli Hapis Cezasına Uygulanabilecek Seçenek Yaptırımlardan Kamuya Yararlı Bir İşte Çalıştırma Yaptırımı”, Adalet Dergisi, Y. 99, Ocak 2008, s.191.

77 RG., 28578, 05.03.2013.

olarak çalıştırılmadır”. Kanaatimizce, yapılan tanımın kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezasına işaret ettiği açıktır. Öte yandan, aynı yönetmeliğin 66. maddesinde de kamu hizmeti cezası değil, kamuya yararlı bir işte çalışma cezası kavramı tercih edilmiştir⁷⁸. Bu durumda, infaz mevzuatı kapsamında iki farklı çalışma türünün mü yoksa sadece kamuya yararlı bir işte çalıştırma cezası adı altında tek bir çalışmanın mı olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş, her iki kavramın farklı çalışma türleri olduklarını zira amaçlarının farklı olduğunu ifade etmiştir⁷⁹. Diğer görüşe göre de, çalışma cezası, kamu yararına çalışmanın ileri adımı olarak uygulamaya konulmuş bir şeklidir⁸⁰. Kanaatimizce infaz hukuku açısından her iki kavram arasında farklılıklar bulunsa da, iki kavramın ortak özelliklerinden biri, çalışmanın “ücretsiz” yapılmasıdır. İkinci olarak, her iki çalışmada da hükümlünün gönüllü olması koşulu arandığı görülmektedir⁸¹. Ücretsiz olarak yapılan bu çalışmanın iş sözleşmesi çerçevesinde yapılmadığı kuşkusuzdur. Ancak sosyal güvenlik hukuku açısından önemli olan, yapılan çalışmanın ücretsiz olmasının sigortalı olmayı engelleyip engellemeyeceğidir⁸². Bu sorunun cevabı, Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu’nun⁸³ 14/2. maddesinde şu şekilde verilmiştir; “Kamu yararına çalışma yaptırımının infazında 17/7/1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu hükümleri uygulanmaz.” 5560 Sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un⁸⁴ 44. maddesiyle eklenen hükmün gerekçesinde, bu grupta çalışanların sigortalı kabul edilmemelerinin dayanağı olarak, hizmet akdiyle çalışmamaları ve ücret almadıkları için sosyal güvenlik kanununda (o dönem yürürlükte olan 506 sayılı SSK) bu çalışanlara ilişkin düzenleme bulunmaması gösterilmiştir⁸⁵. Gerekçede de belirtildiği gibi her ne kadar anılan çalışma, bir cezanın denetimli serbestlik kapsamında infaz şekli olsa da, bu nitelikte çalışanları sosyal güvenlik sisteminin tamamen dışında tutmak kanaatimizce isabetli değildir. Burada asıl anlatılmak istenen, bahsedilen çalışmanın zorunlu ya da kısmen sigortalılık ilişkisi kuramayacağıdır. Yoksa bu nitelikte çalışanların örneğin isteğe bağlı sigortalılık niteliği kazanmasına her hangi bir engel olmamalıdır. Öte yandan, doktrinde de belirttiği gibi, anılan ifade mevcut sigortalılık ilişkisini de ortadan kaldıracığı yönünde bir yoruma da müsait olduğundan, bu şekilde anlaşılması gerekmektedir⁸⁶. Ancak bu nitelikte yapılan çalışmanın söz konusu hüküm nedeniyle gizli kayıtdışı sigortalılık niteliğinde olacağı da unutulmamalıdır.

78 Belirtmek gerekir ki, anılan yönetmeliğin yürürlükten kaldırdığı bir önceki yönetmelikte de (Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri İle Koruma Kurulları Yönetmeliği, RG. 26497, 18.04.2007), kavram kamuya yararlı işte çalıştırma olarak ifade edilmiş olup, kamu hizmeti cezası diye farklı bir kavrama yer verilmemiştir.

79 **Aykaç**, s. 357-362. Yazar, kamuya yararlı işte çalıştırma cezasında asıl amacın hükümlünün iyileştirilmesi ve topluma kazandırılması olmasına karşın, kamu hizmeti cezasında hükümlünün topluma verdiği zararı kamu hizmetinde çalışarak geri ödemesi amacından hareket edildiğini ifade etmiştir.

80 **Alıcı**, s. 142.

81 **İnce**, s. 191.

82 Sigortalılık kavramı açısından “ücret” unsurunun şart olmadığı yönünde, **Güzel/Okur/Caniklioğlu**, s.82. Ayrıca 5510 sayılı Kanunda ücretsiz çalışmanın sigortalılık ilişkisi kurmayacağı tek durum, m. 6/1-a’ da, “işverenin işyerinde ücretsiz çalışan eşi” olarak düzenlenmiştir.

83 RG. 25881, 20/7/2005.

84 RG., 26381, 19.12.2006.

85 ⁸⁷Madde gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d22/c137/tbmm22137025ss1255.pdf>, s. 17. erişim tarihi 14.07.2019.

86 **Aykaç**, s.363.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1992 tarihli "Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki 16 Sayılı Tavsiye Kararı"nın⁸⁷ 28. maddesinde açıkça şu hükme yer verilmiştir; "*Bir kamusal cezanın veya tedbirin yüklenmesi veya infaz edilmesiyle mevcut herhangi bir sosyal güvenlik sisteminden yararlanma hakkı sınırlandırılmamalıdır.*" Anılan hükme istinaden yabancı hukuklarda pek çok sistemde bu nitelikte çalışan hükümlülerin işçi sayıldıkları ya da en azından iş kazası yönünden sigortalı oldukları görülmektedir⁸⁸. Aynı yönde olarak, "Mahkûmlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar" ın⁷⁴ maddesinde, "*Mahkûmların, işe ilişkin hastalıklar da dahil olmak üzere, iş kökenli yaralanma ve incinmelere karşı, yasaların özgür işçilere tanıdığından eksik bir düzeyde olmayacak şekilde sigortalanması için düzenlemeler yapılacaktır.*"

Anılan hükümde ilk bakışta sadece sağlık yardımlarının verilmesi gerektiğinin altı çizilmiş olsa da, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının parasal nitelikli yardımlarına da hak kazanmaları sağlanması gerektiği sonucu da çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, genel sağlık sigortası sistemimiz, 5510 sayılı K.m.60'da, "*ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular, ...genel sağlık sigortalısı ve genel sağlık sigortalısının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılmazlar.*" ifadesine yer vererek, aynı kanunun 5/1-a bendinde belirtilen ve sadece "*ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular*" grubundan daha geniş bir kesimi genel sağlık sigortasının kapsamından çıkarmıştır⁸⁹. "*Ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde bulunan hükümlü ve tutuklular*" ın sağlık hizmetleri her ne kadar Adalet Bakanlığı'na sağlanıyor olsa da, yukarıda bahsedilen Mahkûmlara Uygulanacak Muameleye İlişkin Standart Asgari Kurallar'da ifade edilen, "*yasaların özgür işçilere tanıdığından eksik bir düzeyde olmayacak şekilde sigortalanması için düzenlemeler yapılacaktır*" hükmünü tam karşılayamamaktadır.

Bu nedenle kanaatimizce de, anılan nitelikteki çalışmalar bakımından da bir sigortalılık ilişkisi kurulması isabetli olacaktır. Zorunlu iş ilişkisinin bulunduğu işyurtları bünyesinde yapılan çalışmalarda dahi kısmen sigortalılık ilişkisini kabul eden sosyal güvenlik sistemimizin, gönüllülük esasına göre işleyen kamuya yararlı işte çalıştırmada evleviyetle bir sigortalılık ilişkisi kurması isabetli olacaktır. Ayrıca kurulacak ilişki sayesinde bahsi geçen infaz şeklinin uygulanabilirliğini de olumlu etkileyecektir. Aksinin kabulü, hükümlüyü iki kez cezalandırmak anlamına gelecek olup, suçun zararını telafi etme amacından hareket eden bu infaz şeklinin hükümlü ve hatta ailesine zarar vermeye dönüştüğü ifade edilmiştir⁹⁰.

Kurulması önerilen sigortalılık ilişkisinin en azından iş kazası ve meslek hastalığı sigorta koluna ilişkin olması gerektiği görüşünün⁹¹ yanında, kanaatimizce kurum dışında çalışan diğer

87 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Kamusal Cezalar ve Tedbirler Hakkındaki R (92)16 Sayılı Tavsiye Kararı, http://www.cte.adalet.gov.tr/menudekiler/uluslararası/dsm_tavsiyekararlari/8.pdf, erişim tarihi 14.07.2019.

88 **Aykaç**, s. 363-364.

89 Sade ceza infaz kurumu bünyesinde bulunan işyurtlarında çalışanlar değil, çalışın çalışması ceza infaz kurumu bünyesinde bulunan tüm tutuklu ve hükümlüler genel sağlık sigortasının kapsamı dışındadır.

90 **Harland** Alan T. : "Court-Ordered Community Service in Criminal Law: The Continuing Tyranny of Benevolence." Buffalo Law Review, vol. 29, no. 3, Summer 1980, s.476.

91 **Aykaç**, s. 364.

hükümlülerde olduğu gibi zorunlu sigortalı olarak kabul edilmeleri uygulama birliği sağlayacaktır. Ücretsiz olarak çalışacak bu kişilerin sosyal sigorta primlerinin ise İş-Kur tarafından uygulanan “Toplum Yararına Çalışma” programına benzer bir biçimde 5510 Sayılı K.m.4/1-a bendi kapsamında sigortalı sayılarak Adalet Bakanlığının prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte işveren sayılmadığı bir sistem getirilebilir⁹².

C. GÖZETİM ALTINDA ÇALIŞTIRMA

Denetimli serbestlik mevzuatı çerçevesinde yapılan çalışmaların sonucusu ise, gözetim altında çalıştırma olarak adlandırılmaktadır. Belirtmek gerekir ki, gözetim altında çalıştırma üç farklı durumda gerçekleşebilmektedir⁹³. Bunlardan ilki, hapis cezasının ertelendiği⁹⁴ durum olup, TCK.m.51/4-b hükmü gereği, “Bir meslek veya sanat sahibi hükümlünün, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması” şeklinde gerçekleşir. İkinci durum ise, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 231/8-b. maddesinde yer alan ve hakkında hükmün açıklanmasının geriye bırakılması kararı⁹⁵ verilen kişinin, “Bir meslek veya sanat sahibi olması halinde, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında ücret karşılığında çalıştırılması”dır. Üçüncü durum ise, 5275 sayılı CGTİHK.m. 107/7’de, “Hükümlü, denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere, bir kamu kurumunda veya özel olarak aynı meslek veya sanatı icra eden bir başkasının gözetimi altında, ücret karşılığında çalıştırılabilir.” şeklinde düzenlenen ve diğerlerinden farklı olarak bir infaz biçimi niteliğinde uygulanan bir yöntem olup, koşullu salıverilmeden yararlanan hükümlüler içindir⁹⁶. Bu çalıştırma biçiminde diğerlerinden farklı olarak, kişinin sadece denetim süresinde, infaz kurumunda öğrendiği meslek veya sanatı icra etmek üzere çalıştırılması gibi bir sınırlama da bulunmaktadır.

Görüldüğü gibi uygulama dayanakları farklı olsa da, gözetim altında çalıştırmanın üç türünde de benzer biçimde, bir meslek ya da sanat sahibi hükümlüye mahkemenin takdiri doğrultusunda

92 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 96.

93 Çetin, s. 217.

94 TCK. m. 51’e göre, “İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezası ertelenebilir... Ancak, erteleme kararının verilebilmesi için kişinin; a) Daha önce kasıtlı bir suçtan dolayı üç aydan fazla hapis cezasına mahkûm edilmemiş olması, b) Suçu işledikten sonra yargılama sürecinde gösterdiği pişmanlık dolayısıyla tekrar suç işlemeyeceği konusunda mahkemede bir kanaatin oluşması gerekir.”

95 Hükmün açıklanmasının geriye bırakılması bir çeşit cezanın ertelenmesi gibidir (Donay, s. 188). 5271 sayılı Ceza Muhakemesi K. m. 231/8’e göre, (Ek: 6/12/2006-5560/23 md.) “Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. (Ek cümle: 18/6/2014 - 6545/72 md.) Denetim süresi içinde, kişi hakkında kasıtlı bir suç nedeniyle bir daha hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilemez. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemenin belirleyeceği süreyle, sanığın denetimli serbestlik tedbiri olarak... gözetim altında çalıştırılmasına karar verilebilir.” hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunu, bu haliyle hapis cezasının ertelenmesinden bir önceki basamağı teşkil etmektedir ve ertelenmeden daha lehe olduğu gibi seçenek yaptırımlara çevirme kurumundan da daha lehedir Taner, F. Gökçen: “Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelenmeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 2011, S. 4, s. 292.

96 Hükümlünün koşullu salıverilmesi için 5275 sayılı K. m. 107’de belirtilen iyi hal koşulu ile cezasının belirlenen kısmını infaz kurumunda çekmiş olması koşulunu yerine getirmesi gerekir.

gönüllülük esasına dayanmayan ancak ücret karşılığında yapılan bir çalışma yaptırılabilceği anlaşılmaktadır. “Başkasının gözetimi altında çalışma” ifadesini iş ilişkisinin tespiti açısından değerlendirebilmek için, bu gözetimin ne anlama geldiğini belirlemek gerekir. Konuyla ilgili açıklayıcı bir hüküm ilgili mevzuatta bulunmamakla birlikte, anlatılmak istenen kanaatimizce, iş hukukundaki işçiyi gözetme kavramından farklı olarak, hükümlünün belirlenen işyerinde meslek ve sanatını gerektiği gibi yerine getirip getirmediğinin işverence gözlemlenmesidir. İşverene yükletilen bu ek gözetim yükümlülüğü, ceza infaz kurumu ile imzalamış olduğu protokolden kaynaklanmaktadır. Söz konusu protokol nedeniyle gözetim altında çalışan hükümlü ile işveren arasında tipik bir iş sözleşmesinin bulunmadığı söylenebilir. Ancak Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 52. maddesinde, “*protokolde...iş güvenliği ve sağlığı için gerekli önlemlerin işveren tarafından alınacağı,...iş, vergi ve sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin yükümlülüklerin işverenler tarafından yerine getirileceği, sanık veya hükümlülere ücret ödeneceği bilgisine yer verilir.*” ifadelerine yer verilerek, ilişkinin iş sözleşmesinden farklı görülmediği ortaya konulmuştur. Yine her üç çalışmada da, çalışmanın kamu ya da özel sektöre ait bir işyerinde yaptırılması esas kabul edilmiştir⁹⁷. Her üç çalışma türüyle ilgili olarak da, kamu ya da özel sektöre ait işyerinde çalışmaya başlamadan önce Denetimli Serbestlik Müdürlüğü ile işyeri temsilcisi arasında bir çalışma protokolü imzalanması gerektiği Denetimli Serbestlik Hizmetleri Yönetmeliği'nin 52. maddesinde düzenlenmiştir.

İncelemekte olduğumuz konuyla ilgili olarak 52. maddenin 3. fıkrasında, “*Gözetim altında çalışma protokolünde ... sosyal güvenlik mevzuatına ilişkin yükümlülüklerin işverenler tarafından yerine getirileceği,...bilgisine yer verilir.*” ifadesi gereği, gözetim altında çalıştırma yukarıda incelediğimiz kamuya yararlı işte çalıştırmanın aksine ücretli bir biçimde yapıldığından, “*sosyal sigortalar kanunu hükümleri uygulanmaz*” düzenlemesinden farklı olarak bu kapsamda çalışanların sigortalı olacağına işaret edilmektedir. Ancak maddedeki hüküm sigortalılık türüne ilişkin bir bilgi vermediği gibi sosyal güvenlik hukuku mevzuatında da konuya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda kanaatimizce, ceza infaz kurumları dışında çalışanların sigortalılığına ilişkin olarak vardığımız sonucu bu grupta çalışanlar bakımından da kabul ederek bu kişileri zorunlu 4/1-a bendi kapsamında sigortalı olarak nitelendirmek gerekecektir⁹⁸.

Zorunlu sigortalı kapsamında kabul edilecek bu çalışanların tüm sigorta kolları açısından kapsama dahil olacakları açıktır. Bu noktada akla genel sağlık sigortasına ilişkin “*cezaevi bünyesinde bulunan hükümlü ve tutukluların genel sağlık sigortası kapsamı dışında tutulacağı*” hükmüyle bu durumun çelişip çelişmeyeceği sorusu gelmektedir. Ancak kanaatimizce cezanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geriye bırakılması durumlarında kişi nitelik itibarıyla sanık veya hükümlü sayılsa da, cezaevi bünyesinde diğer bir ifade ile cezaevi içinde olmadığından, genel sağlık sigortası dışındakiler grubuna dahil olmayacaktır.

97 Yanında çalışılacak işyerinin seçiminde dikkatli olunması, rekabet yasağını ihlal etmeyecek biçimde bir işyeri belirlenmesi gerektiği yönünde, Donay, s. 195.

98 Aynı yönde, Aykaç, s.366.

VI. SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Tutukluluk ve hükümlülük yaptırım süreci niteliğini taşımakla birlikte bireylerin ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması amacına da hizmet etmektedir. Bu çerçevede infaz hukukunda bireylerin çalıştırılması da rehabilitasyonun bir parçası olmakla birlikte gerek uluslararası sözleşmelerde gerekse ulusal mevzuatta zorla çalıştırma ve angarya yasağının bir istisnası olarak düzenlenmiştir. Yabancı hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk hukuk sisteminde de hükümlü ve tutukluların farklı durumlarda farklı koşullarla çalıştırılmalarına ilişkin esaslar belirlenmiştir.

5510 Sayılı Kanun, yalnızca ceza infaz kurumları ve tutukevleri bünyesinde yapılan çalışmalar bakımından düzenleme getirerek kısmi sigortalılık hali öngörmüş olup, bu kişilerin kurum dışında kamu veya özel kuruluşlar nezdinde çalıştırılmaları durumunda sosyal güvenlik haklarına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Gerek çocuk gerekse yetişkin hükümlüler bakımından ceza infaz kurumu bünyesinde çalışanların kısa vadeli sigorta kolları açısından zorunlu olan sigortalılıkları, 5510 Sayılı K.m.5/1-’de açıkça belirtildiği üzere 4/1-’li olarak kabul edilmektedir. Ayrıca 5510 sayılı Kanunda ceza infaz kurumu ve tutukevleri bünyesinde çalıştırılan tutuklu ve hükümlülerin iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası bakımından sigortalı sayılacakları hükme bağlanmış olup bu kişiler hastalık sigortası hükümlerinden yararlandırılmamışlardır. Her ne kadar işyurtlarına ilişkin yönetmeliğin Mesleki Eğitim Kanununa atfıyla ulaşılan sonuç çocuk hükümlünün lehine olsa da, 5510 sayılı Kanundaki açık hüküm karşısında bu kişilerin sadece iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortasından faydalanacakları açıktır.

Genel sağlık sigortası bakımından ise Türkiye’de bulunan herkesin genel sağlık sigortalısı sayılması amacı taşıyan sosyal güvenlik sistemimizin yeknesaklığını sağlamak adına hükümlü ve tutuklularında genel sağlık sigortası kapsamına dahil edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Kişinin cezaevine girmesi gerek kendisi gerekse aile üyeleri bakımından çeşitli sağlık sorunlarını beraberinde getirebileceğinden Anayasal bir zemine sahip olan sağlık hakkının temini için bu kişilerin genel sağlık sigortası kapsamına alınması faydalı olacaktır.

Tutuklulukta geçen sürelerin borçlanılabilmesi bakımından ise mahkumiyetle sonuçlanan tutukluluk veya gözaltı sürelerinin borçlanılmasına imkan olmayıp borçlanma için beraat etme ön koşul olarak kabul edilmektedir. Ayrıca mahkum olanların isteğe bağlı olarak yaşlılık, ölüm ve malullük sigortalarının kapsamına girmesi mümkün iken, tutuklu yahut göz altında geçirdiği sürelerin borçlanılmasına imkan verilmemesinin kendi içerisinde çelişki yarattığı ve sosyal güvenlik hakkının niteliği ile de bağdaşmadığı kanaatindeyiz.

Ceza infaz kurumları dışında çalıştırma ise, Kurumun işyurdu imkânlarının bulunmadığı durumlarda istisnai olarak tercih edilmesi gereken bir çalışma türüdür. Bu çalıştırma kurum ile özel ya da kamu sektörü işvereni arasında imzalanan protokole dayalı olarak yapılmaktadır. Sosyal güvenlik sistemimiz, bu nitelikte çalışanları sigortalı sayılmayanlar ve kısmen sigortalılar olan istisnai gruplar içinde düzenlememiştir. Bu da bu kimselerin sigortalılık nitelikleriyle ilgili farklı yorumların ortaya çıkmasına yol açmıştır. Çalışmamızda vardığımız sonuç, bu kişilerin

gerçekleştirdikleri hizmet ilişkisinden ötürü 4/1-a bendi kapsamında zorunlu sigortalı olması gerektiği yönündedir.

Bir başka çalışma türü olan kurum hizmetinde çalıştırma ise, kurumun kendi iç hizmetlerinde belli nitelikleri haiz olanların çalıştırılmasını öngörmektedir. İlgili yönetmelikte, bunların işyurdunda çalışan hükümlü ve tutuklu kapsamında değerlendirilmeyeceği düzenlenmişse de kanaatimizce yapılan iş, işyurtlarında yapılan çalışmadan farklı olarak değerlendirilemeyeceğinden bu kişiler en azından onlar gibi kısmen sigortalı sayılmalıdırlar.

Denetimli Serbestlik mevzuatı gereği yapılan kamuya yararlı işte çalıştırmada ise, hükümlü tarafından topluma verilen zararın topluma yararlı bir işte çalıştırılması suretiyle telafi edilmesi hedeflendiğinden, ücretsiz yapılan bu çalışmanın sigortalılık niteliği kazandırmayacağı düşünülmektedir. Ancak bu nitelikteki çalışmalar bakımından da bir sigortalılık ilişkisi kurulmalıdır. Zorunlu iş ilişkisinin bulunduğu işyurtları bünyesinde yapılan çalışmalarda dahi kısmen sigortalılık ilişkisini kabul eden sosyal güvenlik sistemimizin, gönüllülük esasına göre işleyen kamuya yararlı işte çalıştırmada evleviyetle bir sigortalılık ilişkisi kurması isabetli olacaktır. Gözetim altında çalıştırmada, meslek sahibi hükümlünün kısa süreli hapis cezasını cezaevinde geçirmesinin hem kendisine hem de topluma vereceği zarardan kurtulmak adına, infaz süresini bir işveren yanında gözetim altında geçirmesi esası söz konusudur. Nitelik itibarıyla ceza infaz kurumları dışında bir işveren yanında yapılan çalışmayla benzerlik gösterdiğinden, bu gruptaki çalışanların da zorunlu 4/1-a bendi kapsamında sigortalı olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Sonuç olarak, çalışmamızda infaz mevzuatı kapsamında birbirinden farklı amaçlara hizmet eden ve farklı özellikteki kişiler için düzenlenmiş çalışma türleri olduğu ortaya konulmuştur. Oysa 5510 sayılı SSGSSK. bunlardan sadece bir tanesine ilişkin sigortalılık niteliği belirlemiş diğerleriyle ilgili açık düzenleme yapmamıştır. Bu belirsizlik sigortalılık niteliğine ilişkin farklı yorumlara neden olmaktadır. Öte yandan ceza infaz mevzuatı kapsamında çalışanlara farklı sigortalılık statüsü tanınmış olması hem sosyal güvenlik hakkına herkesin ulaşması gerektiği ilkesine hem de eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle kanaatimizce infaz mevzuatında hükümlü ve tutukluların çalıştırılmasına ilişkin esaslar gözden geçirilerek, bu çeşitliliğin en aza indirilmesi ve sigortalılık statüsü belirlenirken de yeknesaklık sağlanması isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Bursa 2018.

Alıcı, Burhan: “Belçika Ceza Hukukunda Çalışma Cezası”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XV, Y. 2011, S. 3.

Aslanköylü, Resul: Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Şerhi, Ankara 2009.

Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.

Aykaç, Hande Bahar: “Ceza İnfaz Kurumları Dışında Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, TİSK Akademi, Eylül 2015.

Başterzi, Fatma, Yaşlılık Sigortası, TİSK Yayınları, Ankara 2006.

- Başterzi**, Süleyman: “5510 Sayılı Yasaya Göre Yaşlılık Sigortası ve Yeni Gelişmeler”, Yargıtay 10. Hukuk Dairesi Onursal Başkanı Coşkun Erbaş’a Armağan Semineri, 5510 Sayılı Yasaya Göre Malullük-Yaşlılık Sigortası, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Yeni Gelişmeler, Ankara 2010.
- Bedük**, Mehmet Nusret, “Kamu Kurum ve Kuruluşlarında Eski Hükümlü İşçi Çalıştırılması”, Kamu-İş Dergisi, C.11, S.2/2010.
- Belverenli**, Demet, 5510 Sayılı Kanun Kapsamında İsteğe Bağlı Sigortalılık, Ankara 2016.
- Bilgiç**, Şükrü: “Mahkûmların İyileştirilmesinde Zorunlu Çalıştırmanın Önemi”, Türkiye’de Denetimli Serbestlik 10. Yıl Uluslararası Sempozyumu, Bildiri Kitabı, “Uluslararası Yaklaşımlar” 8-10 Aralık, 2015.
- Centel**, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2017.
- Çetin**, Soner Hamza: Türk Ceza Kanununda Seçenek Yaptırımlar, Ankara 2011.
- Demirbaş**, Timur: İnfaz Hukuku, Ankara 2008.
- Donay**, Süheyl: Türk Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 2014.
- Engin**, Murat: “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2012, C. 3, S. 2.
- Günay**, Cevdet İlhan: Şerhli İş Kanunu, C.1, Ankara 1998.
- Güzel**, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2018.
- Harland** Alan T. :”Court-Ordered Community Service in Criminal Law: The Continuing Tyranny of Benevolence.” Buffalo Law Review, vol. 29, no. 3, Summer 1980.
- İnce**, Hüseyin: “Kısa Süreli Hapis Cezasına Uygulanabilecek Seçenek Yaptırımlardan Kamuya Yararlı Bir İste Çalıştırma Yaptırımı”, Adalet Dergisi, Y. 99, Ocak 2008.
- Kirazoğlu**, Leyla/Esen, Bünyamin: “Sosyal Güvenlik Sistemimizde Tutuklu ve Hükümlülerin Sigortalılığı”, E-Yaklaşım Dergisi, Nisan 2012.
- Kurtuluş**, Ahmet: “Tutuklulukta veya Gözaltında Geçen Sürelerin Borçlanılması”, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2018.
- Merttir**, Reşat: “Hükümlü ve Tutukluların Sigortalılığı ile İlgili Önemli Hususlar”,E-Yaklaşım Dergisi, Ocak 2016, S. 277
- Özgenç**, İzzet/Bayraktarlı, İhsan Yılmaz: “İnfaz Kurumlarındaki Hükümlü Sayısındaki Artış Sorunu Ve Çözüm Önerisi”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XXIII, Y. 2019, S. 1.
- Saraç**, Coşkun: “İşsizlik Sigortası Edim Koşulları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 13, S. 1, 2011, (s.1-26) (Basım Yılı: 2012)
- Sözer**, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, İstanbul 2017.
- Sözer**, Ali Nazım: Türk Genel Sağlık Sigortası, İstanbul 2018, (GSS).
- Taner**, F. Gökçen: “Hükümün Açıklanmasının Ertelelenmesinin (Geri Bırakılmasının) Hukuki Niteliği ve Ertelemeyi Kabul Edip Etmediğinin Sanığa Duruşma Devresinin Sona Ermesinden Önce Sorulmasının Hukuka Aykırılığı Üzerine”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2011, S. 4.
- Tuncay**, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, İstanbul 2017.
- Tuncay**, Can: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2015.

- Turhan**, Faruk/**Altıkat**, Abdurrahim: “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2,S. 2, Y. 2012.
- Uşan**, M. Fatih: “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Tutuklu ve Hükümlü Çalışması”, Prof. Dr. Nuri Çelikle Armağan, C. II, İstanbul, 2001.
- Ünlütürk Ulutaş**, Çağla/**Ulutaş**, T.Barbaros: “Angarya ve Zorla Çalıştırma: Uluslararası Düzenlemeler ve Yüksek Mahkeme Kararları Işığında Bir Değerlendirme”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 8, S. 40, Ekim 2015, (s. 327-339).
- Üvedi**, Sevgi: “Hükümlü ve Tutukluların Sigortalılığı”, E-Yaklaşım Dergisi, Kasım 2013, S. 251.
- Yılmaz**, Hüseyin: “Hükümlü ve Tutukluların İsteğe Bağlı Sigortalılığı”, E-Yaklaşım Dergisi, Mayıs 2010, S. 209.
- Yongalık**, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır” Kuralı ve Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 60, S.1, Y. 2011, (s. 1-15).

2011/95/AB Sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17(1)(B). Maddesi Uyarınca İkincil Koruma Statüsü Haricinde Tutma Sebebi Olan “Ciddi Suç İşlenmesi” Kavramının Yorumuna İlişkin Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Tercümesi ve Değerlendirilmesi

Translation and Evaluation of the Preliminary Ruling of the European Court of Justice Dated 13 September 2018 on Interpretation of the Concept of “Committing A Serious Crime” as a Reason for Exclusion From Subsidiary Protection Under Article 17(1)(B) Of 2011/95/Eu Qualification Directive

Nuray EKŞİ* 

Öz

Bu çalışmada öncelikle AB Vasıf Yönergesi'nin 17(1)(b) maddesinde yer alan ciddi suç işleme sebebiyle ikincil koruma haricinde tutma hükmüne ilişkin ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli yorum kararının Türkçe tercümesine yer verilecektir. Çalışmanın son kısmında, AB ve Türk hukukunda hariçte tutmanın yasal dayanakları hakkında bilgi verildikten sonra ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli yorum kararı değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hariçte tutma, ikincil koruma, mülteci statüsü haricinde tutma, ikincil koruma haricinde tutma, AB Vasıf Yönergesi, ciddi suç

Abstract

In this study, translation of the preliminary ruling of the ECJ dated 13 September 2018 concerning the interpretation of the concept of committing serious crime in Article 17(1)(b) of the EU Qualification Directive as a reason for exclusion from subsidiary protection will firstly be made. In the last part of this study following the legal sources of exclusion in Turkish and the EU law, the preliminary ruling of the ECJ dated 13 September 2018 will be evaluated.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi emekli öğretim üyesi, E-Mail: nurayeksi@gmail.com

Keywords: Exclusion, subsidiary protection, exclusion from refugee status, exclusion from subsidiary protection, EU Qualification Directive, serious crime

I. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Tercümesi

Avrupa Birliği Adalet Divanı (İkinci Daire) Kararı 13 Eylül 2018

(Ön karar talebi-özgürlük, güvenlik ve adalet alanı-sınırlar, sığınma ve göç-mülteci statüsü veya ikincil koruma statüsü-2011/95/AB sayılı Yönerge-madde 17-ikincil koruma haricinde bırakma-sebepler-ciddi bir suç işlenmesi-suçun ciddiyetinin ulusal hukuk uyarınca öngörülen cezaya göre belirlenmesi-izin verilip verilmeyeceği-bireysel olarak değerlendirme gereği

[Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşması'nın] (ABİİA'nın) 267. maddesi¹ uyarınca Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Macaristan Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi'nin) 29 Mayıs 2017 tarihli kararlar yapılan ve 16 Haziran 2017 tarihinde Mahkeme [ABAD]² tarafından alınan başvuruya konu

Shajin Ahmed

Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal

arasındaki C-320/6 sayılı davaya ilişkin yargılamada,

Hakimler M. Ilešič, Daire Başkanı, A. Rosas (Raportör), C. Toader, A. Prechal ve E. Jarašiūnas, Judges,

Savcı: P. Mengozzi,

Katip: A. Calot Escobar

oluşan Mahkeme (İkinci Daire),

1 Çevirenin notu: Avrupa Birliği üyesi devletlerin mahkemeleri, Avrupa Birliği hukukunun yorumu konusunda tereddüt ettiklerinde Adalet Divanı'na başvurabilirler. Yorum kararı almak için Adalet Divanı'na başvuru yapılması halinde Adalet Divanı kararını verinceye kadar üye devlet mahkemesi davayı bekletmektedir. ABİİA'nın 267. maddesinin metni şöyledir:

Madde 267 – Avrupa Birliği Adalet Divanı, aşağıdakiler hakkında ön karar verme yetkisine sahiptir:

a) Antlaşmaların yorumu,

b) Birlik kurum, organ, ofis veya ajanslarının tasarruflarının geçerliliği ve yorumu.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde ortaya konması halinde, bu mahkeme kendi kararını vermek için konuya ilişkin bir karara gerek duyarsa, Adalet Divanı'ndan bu sorun hakkında karar vermesini talep edebilir.

Bu tür bir sorunun, iç hukuka göre kararlarına karşı kanun yolunun kapalı olduğu bir ulusal mahkemede görülmekte olan bir davada ortaya konması halinde, bu mahkeme Divan'a başvurmakla yükümlüdür.

Bu tür bir sorunun bir üye devlet mahkemesinde görülmekte olan tutuklu bir kişiyle ilgili bir davada ortaya konması halinde, Avrupa Birliği Adalet Divanı mümkün olan en kısa sürede harekete geçer.

2 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevirinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

yazılı usulü dikkate alarak ve

–Shajin Ahmed, adına G. Győző, ügyvéd,

–Macaristan Hükümeti adına ajanları³ olarak hareket eden M.Z. Fehér, G. Koós ve M.M. Tátrai,

–Çek Hükümeti adına ajanları olarak hareket eden M. Smolek, J. Vláčil ve A. Brabcová,

–Fransız Hükümeti adına ajanları olarak hareket eden E. Armoët, E. de Moustier ve D. Colas,

–Hollanda Hükümeti adına ajanları olarak hareket eden M.H.S. Gijzen ve M.K. Bulterman,

–Avrupa Komisyonu adına ajanları olarak hareket eden A. Tokár ve M. Condou-Durande

tarafından yapılan beyanları göz önünde bulundurarak

Savcı'nın mütalaasını dinledikten sonra görüş almaksızın aşağıdaki kararı vermiştir.

Karar

- 1 Ön karar almak için yapılan bu başvuru, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 13 Aralık 2011 tarihli ve 2011/95/AB sayılı uluslararası korumadan yararlanacak üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızlar için tek tip mülteci veya ikincil koruma statüsü vasıflarının belirlenmesine ve sağlanacak korumanın kapsamına ilişkin standartlar hakkında Yönergesi'nin (OJ 2011 L 337 s. 9) 17(1)(b) maddesinin yorumu ile ilgilidir
- 2 Bu başvuru Afgan vatandaşı Shajin Ahmed ile önceki adı Macaristan Göç ve Vatandaşlık Bürosu (Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) olan Macaristan Göç ve İltica Bürosu (Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal) (Büro) arasındaki uyuşmalık bağlamında yapılmıştır ve Büro'nun Ahmed'in uluslararası koruma talebini reddetmesine ilişkindir.

Hukuki Dayanak

Uluslararası Hukuk

- 3 28 Temmuz 1951 yılında Cenevre'de imzalanan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Konvansiyon (Birleşmiş Milletler Anlaşmalar Serisi Vol. 189 s. 150 No 2545 (1954) 22 Nisan 1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyon, New York'ta 31 Ocak 1967 tarihinde imzalanan ve 4 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe giren Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Protokol ile değiştirilmiş ve Konvansiyona eklemeler yapılmıştır (Cenevre Konvansiyonu).
- 4 Cenevre Konvansiyonu'nun 1. maddesinin A bendindeki mülteci tanımının ardından F bendinde

'Bu Konvansiyon hükümleri:

- 3 Çevirenin notu: Burada "ajan" kelimesi idare hukuku açısından devleti temsil edenleri ifade etmek için kullanılmıştır. "Kamu ajanı, işgücünün kamu hizmeti ile ilişkisini, sürekliliğine ve hukuksal ilişki türüne bakmaksızın tanımlayan en geniş terimdir. Kamu personeli, kamu görevlisi, memur, sözleşmeli personel vb. terimlerini kapsamaktadır" (<http://80.251.40.59/politics.ankara.edu.tr/karahan/makaleler/kavramlar.pdf> (6.12.2018)).

- a) bunlara mütedair milletlerarası belgelerde tarif edildiği manada barışa karşı bir suç, bir harb suçu veya insanlığa karşı bir suç işlediği;
- b) mülteci sıfatıyla kabul edildiği memlekete ilticadan evvel iltica memleketi dışında ağır bir genel suç işlediği;
- c) Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine aykırı fiillerden suçlu olduğu hususunda ciddi kanaat mevcut olan bir şahıs hakkında tatbik edilmez' ifadesine yer verilmiştir.

AB Hukuku

5 ABİİA'nın 78. maddesinin (1) ve (2) fıkralarına göre:

1. Birlik, uluslararası korumaya muhtaç üçüncü ülke uyruklarına, onlara uygun düşen bir statü vermek ve geri göndermeme ilkesine uyulmasını sağlamak amacıyla, iltica, ikincil koruma ve geçici korumaya ilişkin ortak bir politika geliştirir. Bu politika, Mültecilerin Hukuki Statüsüne Dair 28 Temmuz 1951 tarihli Cenevre Konvansiyonu ile 31 Ocak 1967 tarihli Protokol'e ve ilgili diğer antlaşmalara uygun olmalıdır.
2. 1. paragrafın amaçları doğrultusunda, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi, olağan yasama usulü uyarınca hareket ederek, aşağıdakileri içeren ortak bir Avrupa iltica sistemine ilişkin tedbirler kabul eder:

- a) üçüncü ülke uyrukları için, Birlik genelinde geçerli tek tip bir mülteci statüsü,
- b) uluslararası korumaya muhtaç üçüncü ülke uyrukları için, Avrupa iltica hakkı kazanmaksızın, tek tip bir ikincil koruma statüsü...?

6 ABİİA'nın 78(2). maddesinin (a) ve (b) bentleri uyarınca kabul edilen 2011/95 sayılı Yönerge, mülteci olarak veya başka bir şekilde uluslararası koruma ihtiyacı olan üçüncü ülke vatandaşlarının ve vatansızların statülerinin ve vasıflarının belirlenmesine ve sağlanacak korumanın kapsamına ilişkin asgari standartlar hakkında 2004/83/AT sayılı ve 29 Nisan 2004 tarihli (OJ 2004 L 304 s. 12) Konsey Yönergesi'ni yürürlükten kaldırmıştır.

7 2011/95 sayılı Yönerge'nin Dibacesinin 3, 4, 8, 9, 12, 23, 24, 33 ve 39. paragrafları aşağıdaki ifadeleri içermektedir:

'(3) Avrupa Konseyi 15-16 Ekim 1999 tarihlerinde Tampere'de yaptığı özel toplantısında Cenevre Konvansiyonu'nun tam ve kapsamlı uygulanmasına dayanan Avrupa Ortak Sığınma Sistemi'nin oluşturulması için çalışmaların sürdürülmesi konusunda anlaşmaya varılmıştır...'

(4) Cenevre Konvansiyonu...mültecilerin korunmasında uluslararası hukuki rejimin mihenk taşını [oluşturmaktadır]

(8) 15-16 Ekim 2008 tarihlerinde kabul edilen Avrupa Göç ve Sığınma Paktı'nda⁴, Avrupa Konseyi'nce, üye devletler ile diğer devletler arasında koruma sağlanması ve koruma türleri açısından önemli farklılıkların olduğu belirtilerek [Avrupa Konseyi tarafından 4 Kasım 2004 tarihinde kabul edilen ve 2005-2010 döneminde özgürlük, güvenlik ve adalet alanında

4 European Pact on Immigration and Asylum.

izlenecek amaçları belirleyen] Lahey Programı'nda belirtilen Avrupa Ortak Sığınma Sisteminin oluşumunun tamamlanması için yeni girişimlerin yapılması ve böylece daha fazla koruma sağlanması çağrısı yapmıştır.

- (9) Avrupa Konseyi [2010 yılında kabul edilen] Stokholm Programı'nda, ortak koruma alanı oluşturma amacına ilişkin taahhüdünü ve [ABİİA'nın] 78. maddesi uyarınca en azından 2012 yılına kadar uluslararası koruma verilen kişiler için, ortak sığınma usulüne ve yeknesak statüye dayanan, dayanışmayı hatırlatmıştır.

...

- (12) Bu Yönerge'nin temel amacı, bir yandan gerçek anlamda uluslararası koruma ihtiyacı içinde olan kişilerin belirlenmesi için gerekli olan ortak kriterlerin üye devletlerce uygulanmasını ve diğer yandan bütün üye devletlerde bu kişiler için mevcut olan asgari faydaların temin edilmesini sağlamaktır.

...

- (23) Mülteci tanımına ve kapsamına ilişkin standartlar üye devletlerin yetkili kurumları tarafından Cenevre Konvansiyonu'nun uygulanmasında rehber olacak şekilde oluşturulmalıdır.

- (24) Cenevre Konvansiyonu'nun 1. maddesi anlamında sığınma talep edenlerin mülteci olarak tanınmasına ilişkin ortak kriterlerin hazırlanması zorunludur.

...

- (33) İkincil koruma statüsünün tanımına ve kapsamına ilişkin standartlar da oluşturulmalıdır. İkincil koruma, tamamlayıcı nitelikte ve Cenevre Konvansiyonu'ndan kaynaklanan mülteci korumasına ek olmalıdır.

...

- (39) Stokholm Programı ile yapılan mülteciler veya ikincil koruma statüsüne muktedir kişiler için ortak bir statü oluşturmak ve gerekli ve objektif gerekçelerle istisnai olarak [koruma] haricinde tutmak çağrısına bir yanıt verilirken, bu Yönerge'de mültecilerin yararlandıkların haklar ve menfaatlerin aynısı ikincil koruma statüsünden yararlanacaklara da verilmelidir ve yararlanma aynı şartlara tabi kılınmalıdır.

- 8 2011/95 sayılı Yönerge'nin 2. maddesine göre:

'Bu Yönerge'nin amaçları bakımından aşağıdaki tanımlar uygulanır:

- (a) "uluslararası koruma", mülteci statüsü ve (e) ve (g) benlerinde tanımlanan şekilde ikincil koruma statüsünü ifade eder.

...

- (f) "ikincil korumaya muktedir kişiler", mülteci olarak tanımlanamayan fakat menşe ülkesine veya vatansızlar açısından önceki mutad mesken ülkesine geri gönderilirlerse 15. maddede tanımlandığı şekilde ciddi zarar görme riski ile karşılaşacağına inanılmasını gerektiren esaslı sebepler bulunan, hakkında 17. maddenin (1) ve (2). fıkraları uygulanamayan ve bu korku

nedeniyle söz konusu ülkelerin korumasından yararlanamayan veya yararlanmak istemeyen üçüncü ülke vatandaşlarını veya vatansızları ifade eder.

(g) “ikincil koruma statüsü”, bir üye devlet tarafından üçüncü ülke vatandaşının veya vatansızın ikincil koruma statüsü almaya muktedir kişi olarak tanınmasını ifade eder.

...

9 2011/95 sayılı Yönerge'nin ‘mülteci olma vasfı’ başlığını taşıyan III. Bölümü'nün ‘hariçte tutma’ başlığını taşıyan 12. maddesinin (2) ve (3). fıkraları şöyledir:

‘2. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişinin

(a) bu suçlara mütedair hükümler ihdas eden uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde savaş suçu, barışa karşı suç, insanlığa karşı suç işlediğine;

(b) mülteci statüsü verilmeden önce yani mülteci statüsünün verilmesine bağlı olarak ikamet izni düzenlendiği andan evvel iltica memleketi dışında siyasi olmayan ciddi bir suç işlediğine inanılmasını gerektiren ciddi sebepler varsa; özellikle zalimce eylemleri siyasi amaçlarla işlemiş olsa bile siyasi olmayan suç olarak vasıflandırılabilir;

(c) [San Fransisko’da 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan] Birleşmiş Milletler Şartı’nın 1. ve 2. maddeleri ile Dibacesinde belirtilen şekilde Birleşmiş Milletlerin ilkelerine ve amaçlarına aykırı eylemlerden dolayı suçluysa;

3. fıkra 2, bu fıkrada belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik eden kişilere de uygulanır.

10 2011/95 sayılı Yönerge'nin IV. Bölümü'nde yer alan ve ‘mülteci statüsünün yenilenmesinin reddi, sona ermesi ve iptali’ başlıklı 14. maddesinin 4. paragrafına göre:

‘Üye devletler aşağıdaki hallerde hükümet, idare, adliye veya adliye benzeri kurumları tarafından verilen mülteci statüsünü iptal edebilir, yenilenmesini reddedilebilir veya sonlandırabilirler:

(a) bulunduğu üye devletin güvenliği açısından tehlikeli olduğuna delalet edecek makul sebeplerin bulunması;

(b) söz konusu üye devletin toplumu açısından tehlike teşkil eden ciddi bir suçtan dolayı mahkûm olduğuna dair kesin bir mahkeme kararı varsa.’

11 2011/95 sayılı Yönerge'nin ‘ikincil koruma vasfı’ başlıklı V. Bölümü'nde yer alan ve ‘hariçte tutma’ başlığını taşıyan 17. maddesine göre:

‘1. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız kişi, aşağıdaki hallerde ikincil koruma statüsünden hariçte tutulacaktır:

(a) Bu suçlara mütedair hükümler ihdas eden uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde savaş suçu, barışa karşı suç, insanlığa karşı suç işlemişse;

(b) Ciddi bir suç işlemişse;

(c) Birleşmiş Milletler Şartı’nın 1. ve 2. maddeleri ile Dibacesinde belirtilen şekilde Birleşmiş Milletlerin ilkelerine ve amaçlarına aykırı eylemlerden dolayı suçluysa;

- (d) bulunduğu üye devletin toplumu veya güvenliği açısından tehlike teşkil ediyorsa;
2. Fıkra 1, bu fıkarda belirtilen suç ya da fiillerin işlenmesine iştirak eden veya bu fiillerin işlenmesini tahrik eden kişilere de uygulanır.
 3. Bir üye devlet, söz konusu üye devlet tarafından kabul edilmeden önce 1. fıkranın kapsamı dışında olan ve söz konusu üye devlette hapis cezası verilmesini gerektiren suç veya suçları işleyen ve sadece bu suçun cezasını çekmemek için menşe ülkesini terk eden üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız, ikincil koruma statüsü haricinde bırakabilir.

Macaristan Hukuku

12 Menedékjogról szóló (LXXX sayılı ve 2007 tarihli Sığınma Hakkı Kanunu'nun) (*Magyar Közlöny* 2007/83; 'Sığınma Hakkı Kanunu'), 8. maddesi aşağıdaki hükmü içermektedir:

'1. Hakkında Cenevre Konvansiyonu'nun 1. maddesinin D, E ve F bentlerinde belirtilen hariçte tutma sebepleri uygulanacak olan bir yabancıya mülteci statüsü verilmeyebilir.

2. Cenevre Konvansiyonu'nun 1(F)(b) maddesi anlamında "siyasi olmayan ciddi suç" –suçun amacı, saiki, işleme usulü, kullanılan ve öngörülen araçlar gibi halin bütün özellikleri dikkate alınarak– suçun cezai yönünün siyasi yönünden daha ağır bastığı, Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren herhangi bir eylemi ifade eder.

13 11(3). maddeye göre:

'İltica makamı, Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı kesinleşmiş bir mahkeme kararıyla mahkûm olan mültecinin, mülteci statüsünü iptal edebilir.'

14 Sığınma Hakkı Kanunu'nun ikincil koruma statüsü haricinde bırakmayı düzenleyen 15. maddesine göre:

'(a) Yabancıya

(aa) bu suçlara mütedair hükümler ihdas eden uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde savaş suçu, barışa karşı suç, insanlığa karşı suç işlediğine;

(ab) Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suç işlediğine;

(ac) Birleşmiş Milletlerin amaç ve ilkelerine karşı suç işlediğine;

(b) üye ülke topraklarında [kalmasının] kamu güvenliği açısından tehlike teşkil ettiğine

inanılmasını gerektiren ciddi sebepler varsa ikincil koruma statüsü verilmez.

Esas davadaki uyuşmazlık ve ön karar için yöneltilen sorular

15 Ahmed, menşe ülkesinde babasının Necibullah (Najibullah) rejiminde⁵ üst düzey yetkili olması sebebiyle karşılaşacağı zulüm riski sebebiyle Büro'nun 13 Ekim 2000 tarihli kararıyla mülteci statüsünü almıştır.

5 Çevirenin notu: Necibullah rejimi hakkında bilgi için bk. Mohammad Aref SALİHY, Afganistan'da İktidar

- 16 Daha sonra Macaristan'da Ahmed'e karşı ceza davası açılmış ve ceza davası esnasında Afganistan İslam Cumhuriyeti konsolosluğunun dava sonucundan haberdar edilmesini istemiştir.
- 17 Ahmed'in [Afganistan İslam Cumhuriyeti konsolosluğunun]⁶ korumasından [yararlanma]⁷ talebinden, eğer gönüllü olarak menşe ülkesine gönderilirse zulüm riskinin sona ereceği neticesine varılabileceği düşüncesiyle Büro, 2014 yılında mülteci statüsünü gözden geçirmek için resen bir usul başlatmıştır.
- 18 Fővárosi Ítéltábla'nın (Macaristan Budapeşte Eyaleti Temyiz Mahkemesi'nin) 21 Mayıs 2014 tarihli nihai kararıyla adam öldürmeye teşebbüsten, Ahmed, iki yıl hapis cezasına mahkum edilmiş ve dört yıl süreyle medeni haklardan mahrum bırakılmıştır. Környéki Törvénszék (Macaristan Budapeşte Eyalet Mahkemesi) 14 Temmuz 2014 tarihli kararıyla şantaj suçuna teşebbüsten dolayı Ahmed'in dört yıl hapis cezasına çarptırılmasına ve üç yıl süreyle medeni haklardan yoksun bırakılmasına hükmetmiştir.
- 19 Büro, 4 Kasım 2014 tarihli kararıyla, Sığına Hakkı Kanunu'nun 11(3). maddesine istinaden Ahmed'in mülteci statüsünü geri almıştır.
- 20 30 Haziran 2015 tarihinde Ahmed, yeniden mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsü için başvurmuştur, 9 Aralık 2015 tarihinde bu başvuru Büro tarafından reddedilmiştir.
- 21 Ahmed, bu karara karşı Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Macaristan Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi'nde) dava açmıştır. Mahkeme kararı bozmuş ve Büro'ya yeni bir idari süreç başlatmasını emretmiştir.
- 22 Yeni idari süreç esnasında Büro, 10 Ekim 2016 tarihli kararıyla geri göndermeye ilişkin engelin varlığını kaydetmekle beraber Ahmed'in mülteci statüsü ve ikincil koruma statüsü başvurularının her ikisini de reddetmiştir. Büro, Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suçu işlemesi sebebiyle Ahmed hakkında Sığınma Hakkı Kanunu uyarınca hariçte tutma sebebi gerçekleştiği için Ahmed'e ikincil koruma statüsünün verilmemesi gerektiği görüşünü benimsemiştir. Bu bağlamda, Büro, bu kararın 18. paragrafında atıf yapılan ilamlarda Ahmed'e verilen cezaları göz önüne almıştır
- 23 Ahmed, [ABAD'a ön karar yoluyla başvuran mahkemede] yani Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi'nde), bu kararın ikincil koruma statüsü verilmesi başvurusunun reddinde ilişkin kısmıyla ilgili olarak dava açmıştır.
- 24 Ahmed'e göre, Macaristan hukuku uyarınca beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılmayı gerektiren bir suçu işlemesinin ikincil koruma statüsünden hariçte tutulması için bir sebep olarak

Mücadelesi ve Dış Müdahaleler, 1973-2014, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Uluslararası İlişkiler Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 45 vd.

6 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevrinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

7 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevrinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

- kullanılmasıyla [Macaristan]⁸ milli mevzuatı, hukuku uygulamakla yükümlü idarelerin ve bunlar tarafından alınan kararların hukukiliğini gözden geçiren mahkemelerin takdir yetkisini tamamen ortadan kaldırmıştır. 2011/95 sayılı Yönerge'nin ikincil koruma statüsü haricinde bırakmaya ilişkin 17(1)(b) maddesindeki 'ciddi suç işlemesi' ibaresinin somut olaya ilişkin bütün özelliklerin değerlendirilmesi yükümlülüğünü ifade ettiğini söylemiştir.
- 25 Ön karar talep eden mahkeme, aynı kriterin yani Macaristan mevzuatına göre 'beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suçu işlemesi' sebebiyle bir şahsın hapis cezasına mahkûm olmasının, hem Sığınma Hakkı Kanunu'nun 11(3). maddesi uyarınca mülteci statüsünden hem de bu Kanun'un 15(a)(ab) maddesi uyarınca ikincil koruma statüsünden hariçte bırakılma sonucunu doğurduğunu belirtmiştir. Bunun aksine 2011/95 sayılı Yönerge, ikincil koruma statüsü haricinde bırakma ve mülteci statüsünün iptali için farklı kriterler öngörmüştür.
- 26 Bu bağlamda, ön karar talep eden mahkeme, mülteci statüsünün iptali ile ilgili olarak, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 14(4)(b) maddesinin ilgili şahsın 'özellikle ciddi' bir suç işlemesi kriterini kullandığını, böylece suç işleyen şahsın söz konusu üye devletin toplumu için tehlike arzettiğinin ima edildiğini, buna karşın Yönerge'nin 17(1)(b) maddesindeki ikincil korumadan hariçte tutmanın 'ciddi suç' işlenmesine bağlı olduğu ve böylece suç teşkil eden eylemin Yönerge'nin 14(4)(b) maddesinde belirtilen suçtan daha az ciddi olduğunun belirtilmek istenildiğini ifade etmiştir.
- 27 Ön karar talep eden mahkemeye göre, Macaristan kanununda [suçun ciddiyetinin tespiti için]⁹ kullanılan kriter olan verilen cezanın süresinin dikkate alınması, gerçekte işlenen suçun ciddiyetinin değerlendirilmesini mümkün kılmamaktadır.
- 28 'Ciddi suçun', sadece verilen ceza kriteri esas alınarak tanımlanması, en fazla beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlarda dahil Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle cezalandırılmasını gerektiren herhangi bir suçun işlenmesinin, otomatik olarak ciddi suç şeklinde muamele görmesi sonucunu doğuracaktır. Üstelik verilen cezaya göre hariçte bırakma sebebi, cezanın infazının ertelenebileceği gerçeğinin de dikkate alınmasına yol açar.
- 29 Ön karar talep eden mahkemeye göre, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 14(4) ve 17(1). maddelerinde kullanılan terminoloji, somut olayın bütün özelliklerinin ve ceza mahkemesi kararının kapsamlı bir şekilde değerlendirilmesini ima etmektedir.
- 30 Ön karar talep eden mahkeme, 2011/95 sayılı Yönerge'nin ikincil koruma statüsünden hariçte tutmaya ilişkin 17(1)(b) maddesinin Adalet Divanı'nın 9 Kasım 2010 tarihli *B ve D (C-57/09 ve C-101/09, EU:C:2010:661, paragraf 87)* davasında verdiği yorum kararı ışığında, 2004/83 sayılı Yönerge'nin hariçte tutmaya ilişkin 12(2). maddesinin (b) ve (c) bentlerinin, şimdiki 2011/95 sayılı Yönerge'nin 12(2). maddesinin (b) ve (c) bentlerinin, yorumunun açıklığa

8 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevrinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

9 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevrinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

kavuşturulmasının gerekli olduğunu düşünmektedir, ki [ABAD'ın]¹⁰ bu kararına göre, ilgili üye devletin yetkili makamlarının, her somut olayda bilgisi kapsamında olan somut vakıaları değerlendirerek normal şartlarda mülteci olma şartlarını taşıyan şahsın yaptığı eylemlerin bu maddede belirtilen hariçte tutmaya ilişkin iki sebepten herhangi birine girip girmediğini değerlendirene kadar bu hükmü uygulamaması gerekir.

31 Bu şartlar altında, Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi) davanın bekletici mesele yapılmasına ve ön karar almak için aşağıdaki soruların Adalet Divanı'na yöneltilmesine karar vermiştir.

'[2011/95 sayılı Yönerge'de] kullanılan "ciddi suç işlemesi" ibaresinden belirli bir üye devlet hukukuna göre işlenen suç için öngörülen cezanın ikincil koruma statüsü talep eden şahsın bu statü haricinde bırakılması için tek başına bir kriter teşkil edeceği sonucuna varılabilir mi?'

Yöneltilen sorulara ilişkin değerlendirmeler

32 Yöneltiltiği soruyla ön karar talep eden mahkeme, esas olarak, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1) (b) maddesinin, ikincil koruma başvurusu yapan kişinin bir üye devlet mevzuatı uyarınca koruma haricinde bırakılmasını gerektiren 'ciddi suç işlediği' farzedildiğinde, bu üye devletin mevzuatının uygulanmasını engellediği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağını sormaktadır.

33 Bu bağlamda 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesindeki 'ciddi suç' ibaresi Yönerge'de tanımlanmadığı gibi Yönerge'de bu konuda söz konusu ibarenin anlamını ve kapsamını belirlemek için millî hukuklara atıf yapan bir hüküm içermemektedir.

34 Aynı husus, 2011/95 sayılı Yönerge'nin mülteci statüsünün iptaline ilişkin 14(4)(b) maddesinde ifade edilen 'özellikle ciddi suç' ibaresi ile Yönerge'nin 12(2)(b) maddesinde ifade edilen 'siyasi olmayan ciddi suç' ibaresi için de geçerlidir.

35 Çek ve Macar Hükümetlerine göre, AB mevzuatında uluslararası koruma başvuruları bağlamında 'ciddi suç' ibaresi tanımlanmadığından bu ibareyi tanımlamak üye devletlerin mevzuatlarına bırakılmıştır. Buna karşın, Ahmed, Fransız ve Hollanda Hükümetleri ile Avrupa Komisyonu, bu ibarenin, uluslararası koruma başvuruları bağlamında AB hukukunun mültecilere ilişkin genel prensipleri ve amacı dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini ve dolayısıyla 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesinin Cenevre Konvansiyonu, özellikle Konvansiyon'un 1(F)(b) maddesi ve Yönerge'nin esas olarak aynı içeriğe sahip olan 12(2)(b) maddesi ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmişlerdir.

36 Bu bağlamda, ilk olarak hatırlanmalıdır ki, AB hukukunun yeknesak olarak uygulanması ihtiyacı ve eşitlik prensibi uyarınca anlam ve kapsamının belirlenmesi amacıyla üye devletlerin hukuklarına açıkça atıfta bulunmayan AB hukukunun lafzı, normal şartlarda Avrupa Birliği genelinde yeknesak ve bağımsız bir şekilde yorumlanmalıdır ve bu yorum

10 Çevirenin notu: Köşeli parantez içindeki ibare, çevrinin daha kolay anlaşılır olması açısından çeviren tarafından eklenmiştir.

- yapılırken *inter alia* hükmün içeriği ve parçası olduğu kurallarda izlenen amaçlar dikkate alınmalıdır (aynı yönde bkz. 28 Temmuz 2016 tarihinde *JZ*, C-294/16 PPU, EU:C:2016:610, davasında verilen karar paragraf 35-37; 26 Temmuz 2017 tarihinde *Ouhrami*, C-225/16, EU:C:2017:590 davasında verilen karar paragraf 38; ve 12 Nisan 2018 tarihinde *A ve S*, C-550/16, EU:C:2018:248 davasında verilen karar paragraf 41).
- 37 2011/95 sayılı Yönerge'nin Dibacesinin 12. paragrafından anlaşılacağı üzere, Yönerge'nin temel amaçlarından biri bütün üye devletlerin gerçekte uluslararası koruma ihtiyacı olan kişilerin belirlenmesinde ortak kriterlerin uygulanmasıdır. ABİİA'nın 78(1). maddesinden uluslararası koruma ihtiyacı olan üçüncü ülke vatandaşlarına uygun bir statünün verilmesi düşüncesiyle Avrupa Birliği'nin sığınma, ikincil koruma, geçici koruma ve *non-refoulement* ilkesine uyulmasını temin etmek için geliştirdiği ortak politika Cenevre Konvansiyonu'na uygun olmalıdır.
- 38 Bu bağlamda, 2004/83 sayılı Yönerge'de olduğu gibi 2011/95 sayılı Yönerge'de de 'uluslararası koruma' kavramıyla bağlantılı olarak mülteci statüsüne uygulanan sistem ve ikincil koruma statüsüne uygulanan sistem olmak üzere iki farklı sisteme atıf yapıldığı belirtilmelidir (2004/83 sayılı Yönerge için bkz. *N.*, C-604/12, EU:C:2014:302 davasında verilen 8 Mayıs 2014 tarihli karar paragraf 26).
- 39 2011/95 sayılı Yönerge'nin Dibacesinin 33. paragrafından anlaşılacağı üzere, ikincil koruma tamamlayıcı niteliktedir ve Cenevre Konvansiyonundan kaynaklanan mültecilerin korunmasına ektir (bkz. *Alo ve Osso*, C-443/14 davasında verilen 1 Mart 2016 tarihli karar ve C-444/14, EU:C:2016:127 paragraf 31).
- 40 2011/95 sayılı Yönerge'nin Dibacesinin 4, 23 ve 24. paragrafından anlaşılacağı üzere, Cenevre Konvansiyonu mültecilerin korunması rejiminin mihenk taşıını teşkil etmektedir ve mülteci statüsü vasfını ve kapsamını belirleyen Yönerge hükümleri, Konvansiyonu ortak kavramlar ve kriterlere dayalı olarak uygulamalarını sağlamak için üye devletlerin yetkili makamlarına rehberlik etmek için kabul edilmiştir (bkz. *Alo ve Osso*, C-443/14 davasında verilen 1 Mart 2016 tarihli karar ve C-444/14, EU:C:2016:127, paragraf 28 anılan içtihatlar).
- 41 Adalet Divanı tarafından muhtelif vesilelerle belirtildiği üzere 2004/83 sayılı Yönerge'de olduğu gibi, yönerge hükümleri, yönergenin genel çerçevesi, amacı ve Cenevre Konvansiyonu'nun yanı sıra ABİİA'nın 78(1). maddesinde atıf yapılan diğer ilgili milletlerarası anlaşmalar ile uyumlu olarak yorumlanmalıdır (9 Kasım 2010 tarihinde *B ve D*, C-57/09 davasında verilen karar ve C-101/09, EU:C:2010:661 paragraf 78; 1 Mart 2016 tarihinde *Alo ve Osso*, C-443/14 ve C-444/14, EU:C:2016:127 davasında verilen karar paragraf 29; ve 31 Ocak 2017 tarihinde *Lounani*, C-573/14, EU:C:2017:71 davasında verilen karar paragraf 42).
- 42 Bu düşünceler Cenevre Konvansiyonu ile bağlantılı oldukları sürece, Konvansiyon ile öngörülen sistem sadece mültecilere uygulanacağından ve ikincil koruma statüsünden yararlanacaklara uygulanmadığından yalnızca kimin mülteci statüsü vasfını taşıyacağına ve bu statünün kapsamının belirlenmesine ilişkin şartlarla ilgilidirler, bununla beraber 2011/95 sayılı Yönerge'nin Dibacesi'nin 8, 9 ve 39. paragraflarından anlaşılacağı üzere AB mevzuatı

- uluslararası korumadan yararlanacak bütün kişiler için yeknesak bir statü oluşturmak amacını taşımaktadır (aynı yönde bkz. 1 Mart 2016 tarihinde *Alo ve Osso*, C-443/14 ve C-444/14, EU:C:2016:127 davasında verilen karar paragraf 31 ve 32).
- 43 İkincil koruma statüsü haricinde bırakılma sebepleri açısından AB mevzuatının, mültecilere uygulanacak kurallarından ilham alarak bunları mümkün olduğu ölçüde ikincil koruma statüsünden yararlanacak olanlara da teşmil ettiğini belirtmek gerekir.
- 44 2011/95 sayılı Yönergenin ikincil koruma statüsünden hariç tutmaya ilişkin 17(1). maddesinin (a)-(c) bentlerinin içeriği ve yapısı, Yönerge'nin mülteci statüsü haricinde bırakmaya ilişkin 12(2). maddesinin (a)-(c) benleriyle benzerlikler taşımaktadır ki bu bentler de esas olarak Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesinin (a)-(c) içeriğini aynen yansıtmaktadır.
- 45 2011/95 sayılı Yönerge'nin ve aynı şekilde 2004/83 sayılı Yönerge'nin hazırlık belgelerinden açıkça anlaşılacağı üzere (bkz. Avrupa Komisyonu tarafından sunulan 30 Ekim 2001 tarihli yönerge teklifine ilişkin gerekçelerin 4.5 ve 7. bölümleri (COM(2001) 510 nihai) (OJ 2002 C 51 E, s. 325) ve Komisyon tarafından 21 Ekim 2009 tarihinde yapılan yönerge önerisi (COM(2009) 551 nihai)), 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1). maddesinin (a)-(c) bentlerinden, AB yasa koyucusunun ikincil koruma statüsü haricinde tutma sebeplerini mültecilere uygulananlara benzer şekilde düzenleme niyetinde olduğu anlaşılmaktadır.
- 46 Ne yazık ki, hariçte bırakma sebepleri 'ciddi suç' ibaresi çerçevesinde yapılandırılmıştır, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesindeki hariçte bırakma sebepleri Cenevre Konvansiyonu'nun 1(F)(b) maddesinde ve 2011/95 sayılı Yönerge'nin 12(2)(b) maddesinde mülteci statüsünden haricinde bırakma sebeplerinden daha geniştir.
- 47 Bu hükümde öngörülen mülteci statüsü haricinde bırakma sebeplerinde mülteci olarak kabul edilmeden önce iltica ülkesi dışında işlenen siyasi olmayan ciddi suç ibaresi kullanılmışken 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesinde öngörülen ikincil koruma statüsü haricinde bırakma sebeplerinde genel olarak ciddi suç ibaresi kullanılmıştır ve dolayısıyla ciddi suç ne ülkesel ne de geçicilikle veya söz konusu suçun niteliği ile sınırlıdır.
- 48 *B ve D* (C-57/09 ve C-101/09, EU:C:2010:661 paragraf 87) davasında verdiği 9 Kasım 2010 tarihli kararında ABAD, 2004/83 sayılı Yönerge'nin 12(2). maddesinin (b) ve (c) bentlerinin, şimdiki 2011/95 Yönerge'nin 12(2). maddesinin (b) ve (c) bentlerinin lafzından, ilgili üye devletin yetkili makamlarının, her somut olayda bilgisi kapsamında olan somut vakıaları değerlendirerek normal şartlarda mülteci olma koşullarını taşıyan şahsın yaptığı eylemlerin bu maddede belirtilen hariçte tutmaya ilişkin iki sebepten herhangi birine girip girmediğini değerlendirene kadar bu hükmü uygulamaması gerektiğinin açık olduğunu ifade etmiştir.
- 49 O halde mülteci statüsünden hariçte bırakmaya ilişkin her karar somut olayda ayrıntılı olarak halin bütün şartlarının incelenmesini gerektirmektedir ve bu karar otomatik olarak verilemez (bkz. aynı yönde 9 Kasım 2010 tarihinde verilen *B ve D*, C-57/09 ve C-101/09, EU:C:2010:661, paragraf 91 ve 93).

- 50 Bu tür bir gereklilik, bir şahsın ikincil korumadan hariçte tutma kararlarına da teşmil edilmelidir.
- 51 Mülteci statüsü haricinde bırakma sebeplerinde olduğu gibi ikincil koruma haricinde tutma sebeplerinin temelinde yatan amaç, bu statünün verdiği korumayı hak etmediği düşünülen kişilerin ikincil koruma statüsü haricinde bırakılmasıdır ve Ortak Avrupa Sığınma Sisteminin güvenilirliğinin sağlanmasıdır, ki bu sistem hem mülteci statüsünün tanınmasına ve mülteci statüsünün kapsamına ilişkin kurallara hem de koruma ihtiyacı olan şahıslara uygun bir statünün verilmesi için gerekli ikincil koruma şekillerine ilişkin önlemleri kapsamaktadır (aynı yönde bkz. 2004/83 sayılı Yönergeye ve mülteci statüsüne ilişkin olarak 9 Kasım 2010 tarihinde *B ve D*, C-57/09 ve C-101/09, EU:C:2010:661 davasında verilen karar paragraf 104 ve 115).
- 52 Belirtmek gerekir ki, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesi bir kişinin ciddi suç işlediğine dair 'ciddi sebeplerin' olması halinde ikincil koruma statüsünden hariç tutulmasına izin vermiştir. 2011/95 sayılı Yönerge'nin 18. maddesinde öngörülen genel kurala istisna teşkil eden bu hüküm hariçte tutma için bir sebep ihdas etmektedir.
- 53 Bununla beraber, ön karar talep eden mahkemeye göre, Sığına Hakkı Kanunu, Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektirecek şekilde cezalandırılabilir herhangi bir suçun otomatik olarak ciddi suç şeklinde vasıflandırılmasına yol açmaktadır.
- 54 Komisyon'un doğru olarak gözlemlendiği üzere bu vasıflandırma muhtelif eylemleri veya değişen derecede ciddiyeti kapsayabilmektedir. Komisyon'un görüşüne göre, ikincil koruma başvurusu yapan şahıs hakkında karar veren yetkili makamların veya milli mahkemelerin, öngörülen ceza dışında başka kriterlere dayanarak, normal şartlarda mülteci statüsü alma şartlarını yerine getiren şahsın işlediği suçun uluslararası koruma başvurusunun reddi sonucunu doğuracak kadar ciddi olup olmadığını incelemeye muktedir olmalıdır.
- 55 Bu bağlamda, ilgili üye devletin ceza yasasında öngörülen ceza kriteri, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesi uyarınca ikincil koruma haricinde tutmayı haklı kılmak için suçun ciddiyetini değerlendirmede özel bir önem taşımakla beraber, ilgili devletin yetkili makamları, bu hükümde öngörülen hariçte tutama sebebini, ancak normal şartlarda başvuru statü için gerekli şartları sağlayan şahsın yaptığı eylemlerin hariçte bırakma kapsamına girmesini gerektiren ciddi sebepler olarak kabul edilip edilmeyeceğinin belirlenmesi için her somut olayda bilgisi dahilinde olan özel vakıları değerlendirdikten sonra uygulayabilir (bkz. kıyasen 9 Kasım 2010 tarihinde *B ve D*, C-57/09 ve C-101/09, EU:C:2010:661 davasında verilen karar paragraf 87 ve 31 Ocak 2017 tarihinde *Lounani*, C-573/14, EU:C:2017:71, davasında verilen karar paragraf 72).
- 56 Bu yorum Avrupa Sığınma Destek Ofisi'nin (European Asylum Support Office-EASO) 'Hariçte Bırakma: Vasıf Yönergesi'nin 12. ve 17. maddeleri (2011/95/AB)' başlıklı Ocak 2016 raporunda desteklenmiştir, ki raporun 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesine ilişkin 3.2.2. paragrafında kişinin ikincil koruma statüsü haricinde bırakılmasına yol açan suçun ciddiyetinin *inter alia* eylemin niteliği, eylemin sonuçları, suç işlemede kullanılan yöntemler,

öngörülen cezanın niteliği gibi bir çok kriter ışığında değerlendirilmesini ve diğer bir çok ülkenin sözkonusu eylemi ciddi suç olarak vasıflandırıp vasıflandırmadığına bakılmasını tavsiye etmiştir. EASO bu bağlamda üye devletlerin yüksek mahkemelerince verilen çok sayıda karara atıf yapmıştır.

- 57 Benzer tavsiyeler 1951 Cenevre Konvansiyonu ve Mültecilerin Statüsüne ilişkin 1967 Protokolü'nde de vardır (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği-BMMYK 1992 paragraf 155-157).
- 58 Yukarıdaki açıklamalar ışığında ön karar için yöneltilen sorunun cevabı şu şekildedir: 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesinin, 'ciddi suç' işlediği kabul edilen ikincil koruma başvuru sahibinin söz konusu üye devletin ceza hukukunda belirli bir suç için yer alan ceza kriteri tek başına esas alınarak koruma haricinde bırakılmasını öngören üye devletin mevzuatının [uygulanmasını] engellediği şekilde yorumlanmalıdır. Somut olayın özelliklerinin tamamına ilişkin eksiksiz bir kovuşturma yaparak söz konusu suçun ciddiyetinin değerlendirilmesi üye devletin ikincil koruma başvurusuna ilişkin kararı veren yetkili makamına veya mahkemesine aittir.

Yargılama Masrafları

- 59 Esas davanın tarafları arasındaki yargılama ile ilgili olduğundan, milli mahkemede görülen davadaki bir aşama olan işbu yargılamaya ilişkin masrafları belirlemek, milli mahkemenin görevidir. Taraflarca yapılan masraflar hariç, Mahkemeye beyanların sunulmasından doğan masraflar tahsil edilemez.

Yukarıda belirtilen sebeplerle Mahkeme (İkinci Daire) aşağıdaki hükme varmıştır:

Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin 13 Aralık 2011 tarihli ve 2011/95/AB sayılı uluslararası korumadan yararlanacak üçüncü ülke vatandaşları ve vatansızlar için tek tip mülteci veya ikincil koruma statüsü vasıflarının belirlenmesine ve sağlanacak korumanın kapsamına ilişkin standartlar hakkında Yönergesi'nin 17(1)(b) maddesinin, 'ciddi suç' işlediği kabul edilen ikincil koruma başvuru sahibinin söz konusu üye devletin ceza hukukunda belirli bir suç için yer alan ceza kriteri tek başına esas alınarak koruma haricinde bırakılmasını öngören üye devletin mevzuatının [uygulanmasını] engellediği şekilde yorumlanmalıdır. Somut olayın özelliklerinin tamamına ilişkin eksiksiz bir kovuşturma yaparak söz konusu suçun ciddiyetinin değerlendirilmesi üye devletin ikincil koruma başvurusuna ilişkin kararı veren yetkili makamına veya mahkemesine aittir.

[İmzalar]

II. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Konusu ve Bu Kararın Değerlendirilmesi

A. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Konusu

ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli kararı, Uluslararası Korumadan Yararlanacak Üçüncü Ülke Vatandaşları ve Vatansızlar İçin Tek Tip Mülteci veya İkincil Koruma Statüsü Vasıflarının Belirlenmesine ve Sağlanacak Korumanın Kapsamına İlişkin Standartlar Hakkında AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/95/EU sayılı ve 13.12.2011 tarihli Yönergesi'nin¹¹ ikincil koruma statüsü haricinde bırakma sebeplerini düzenleyen 17(1)(b) maddesinin yorumuna ilişkindir. ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli kararının değerlendirilmesi açısından "mülteci statüsü haricinde tutma" ve "ikincil koruma statüsü haricinde tutma" ibareleri ile neyin kastedildiğinin belirtilmesi önem taşımaktadır. Bu nedenle mülteci ve ikincil koruma haricinde bırakma müesseselerini kısaca açıklamak faydalı olacaktır.

Bir yabancı'nın uluslararası korumadan yararlanması bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Ancak bu koruma mutlak değildir. Çünkü söz konusu şartlar gerçekleşmiş olsa bile bazı ciddi suçları işleyenlerin bu korumadan yararlandırılmaması gerekir. Diğer bir ifadeyle, iltica hukukunda asıl olan haksız yere zulme uğrama riskiyle ülkesinden kaçanlara koruma sağlanmasıdır. Zulüm yaptığı veya bazı suçları işlediği için zulme maruz kalacaklara koruma sağlanması iltica sisteminin ruhuna aykırıdır. Bu nedenle zulüm yapan veya bazı nitelikli suçları işleyenler iltica statüsü haricinde bırakılmaktadır¹². Ayrıca Avrupa Mülteciler ve Sürgün Hakları Konseyi'ne (European Council on Refugees and Exiles-ECRE) göre uluslararası koruma, ağır suç işleyenlerin işledikleri suçların sonuçlarına katlanmalarını için kullanılan bir kılıf olmamalıdır¹³. II. Dünya Savaşı sonrası ağırlık kazanan bu eğilim 1951 Cenevre Konvansiyonu ile "korumayı hak etmeyen" veya "koruma sağlamaya değmeyen" kişilerin mülteci statüsü haricinde bırakılması şeklinde kendini göstermiştir¹⁴. Mülteci statüsü haricinde bırakma, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesinin (a),

11 Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, OJ L 304 30.9.2004 s. 12-23. Bu Yönerge, AB Parlamentosu ve Konseyi'nin 2011/95/EU sayılı ve 13.12.2011 tarihli Uluslararası Korumadan Yararlanacak Üçüncü Ülke Vatandaşları ve Vatansızlar İçin Tek Tip Mülteci veya İkincil Koruma Statüsü Vasıflarının Belirlenmesine ve Sağlanacak Korumanın Kapsamına İlişkin Standartlar Hakkında Yönerge'nin [Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals and of stateless persons as beneficiaries of international protection for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted, OJ L 337 20.11.2011 s. 9-26] 40. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Böylece, 2004/83/EC sayılı Yönerge'nin yerini, 2011/95/EU sayılı Yönerge almıştır.

12 EKŞİ Nuray, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, İstanbul 2017, s. 187.

13 Position on Exclusion from Refugee Status the European Council on Refugees and Exiles PP1/03/2004/Ext/CA March, 16(2004) IJRL, s. 258.

14 WATT Ella, International Criminal Law and New Zealand Refugee Status Determinations: A Case Note on *Attorney-General v Tamil X*, (2012)43 VUWLR, s. 240.

(b) ve (c) bentlerinde düzenlenmiştir¹⁵. Devletler, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesinden daha kapsamlı hükümleri iç hukuklarına koyarak iltica sisteminin suçlular tarafından bir araç olarak kullanılmasını engellemeye çalışmaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesinde ifadesini bulan "ciddi suçlara", diğer bazı nitelikli suçlar da eklenerek Konvansiyon'un yanı sıra iç hukuklardaki düzenlemelerle bazı suçları işleyenlerin iltica sistemi dışında tutulması sağlanmaya çalışılmaktadır¹⁶. Nitekim 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesinde mülteci statüsü haricinde tutma ve 17. maddesinde ikincil koruma haricinde tutma, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesine nazaran daha geniş şekilde düzenlenmiştir. Aynı husus, 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun¹⁷ mülteci, şartlı mülteci ve ikincil koruma statüsü haricinde tutmayı düzenleyen 64. maddesi ile Geçici Koruma Yönetmeliği'nin¹⁸ geçici koruma haricinde tutmaya ilişkin 8. maddesi için de geçerlidir.

2013 yılına kadar olan süreçte Türk hukukunda suç işleyenlerin iltica sistemi dışında bırakılmasına ilişkin hükümler Türkiye tarafından 1961 yılında onaylanan Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Konvansiyonu'nda yer almaktaydı. Ancak Türkiye, bu Konvansiyonu coğrafi kısıtlama ile uyguladığından Avrupa dışından gelen ve sığınma talep edenlerin iltica sistemi haricinde bırakılmasını düzenleyen hükümler yoktu. 11 Nisan 2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanan 6458 sayılı YUKK'un 64. maddesi ile bu eksiklik giderilmiştir. 6458 sayılı YUKK'da öngörülen uluslararası koruma türleri olan "mülteci", "şartlı mülteci" ve "ikincil koruma" haricinde bırakılma sebepleri 64. maddede yer almaktadır. İdarenin takdirine bağlı olarak verilen ve halen Suriyeliler için uygulanan "geçici koruma", YUKK'un 91. maddesi ile bu maddeye istinaden 2014 yılında uygulamaya konulan Geçici Koruma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Geçici Koruma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde kimlerin hangi sebeplerle geçici koruma haricinde tutulacağına ilişkin esaslar öngörülmüştür. Başta terör suçları olmak üzere bazı suçları işleyenlerin iltica sistemi dışında tutulması özellikle II. Dünya Savaşı sonrası milletlerarası antlaşmalarda ve yasal düzenlemelerde yer almaya başlamıştır. Türkiye'nin taraf olduğu 1951 Cenevre Konvansiyonu'nda ve yasal düzenlemelerimizde suç işleyenlerin iltica sistemi dışında bırakılmasına ilişkin ayrıntılı hükümler olmakla beraber bu hükümlerin yorumlanması ve uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Suç işleyenlerin iltica sistemi dışında tutulması konusu Türkiye açısından kritik öneme sahip bir konudur. Bu öneminden dolayı ve Türk mevzuatında konuya ilişkin hükümlerin dayanağını teşkil eden suçluların iltica sistemi dışında tutulmasına ilişkin Avrupa Birliği mevzuatını yorumlayan Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen kararlardan istifade edilmesi¹⁹ düşüncesi ile bu çalışma yapılmıştır.

15 Bu bentlere ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve mahkeme kararları için bkz. EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 68 vd.

16 EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 188.

17 RG 11.4.2013/28615.

18 RG 2210.2014/29153. Ayrıca bkz. Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ Nuray, Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi, 88(2014)6 İBD, s. 65-89.

19 EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, III-IV.

Mülteci statüsü veya ikincil koruma statüsü haricinde bırakmayı, mülteci veya ikincil koruma başvurusunun reddinden ayırmak gerekir. İlkinde, tanıma uysalar bile suç işleyenler, mülteci veya ikincil koruma statüsünden hariçte bırakılmaktadır. Diğer bir ifadeyle, hariçte bırakılmayı gerektiren bir suçu işlememiş olsalardı normalde mülteci veya ikincil koruma statüsü alabilecek olan yabancılar sırf bu suçları işledikleri için hariçte tutulmaktadırlar. İkincisinde yani başvurunun reddinde ise, yabancı, mülteci veya ikincil koruma tanımına ve kapsamına girmediği için talebi reddedilmektedir. Ayrıca mülteci statüsü veya ikincil koruma statüsü haricinde bırakmayı, mülteci statüsünün veya ikincil koruma statüsünün iptali ya da sonlandırılmasından da ayırmak gerekir. Çünkü birincisi statüsünün hiç verilmemesi sonucunu doğururken ikincisi mevcut statüsünün sonlandırılması sonucunu doğurmaktadır²⁰. 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesi, ikincil koruma tanımına uysalar bile ciddi suç işleyenlerin ikincil koruma statüsü haricinde bırakılmalarını öngörmektedir. Yönerge'nin 14. maddesi ise, ikincil koruma statüsünün sona erdirilmesine, iptaline veya süresinin uzatılmamasına ilişkindir. Belirtmek gerekir ki, aslında ikincil koruma statüsü haricinde bırakılması gereken bir yabancıya bu statü verildikten sonra hata yapıldığının anlaşılması halinde ikincil koruma statüsü iptal edilebilecektir. Böyle bir durumda, iptal kararı geçmişe yürürlü olacak ve söz konusu yabancı başlangıçtan itibaren ikincil koruma statüsü almamış sayılacaktır²¹.

B. Avrupa Birliği Hukukunda Uluslararası Koruma Haricinde Bırakmaya İlişkin Düzenlemeler²²

Daha önce ifade edildiği üzere, Avrupa Birliği ülkelerinde mülteci statüsü veya ikincil koruma statüsü bir yönerge ile düzenlenmiştir. İlk defa 2004 yılında yapılan 2004/83/AT sayılı Yönerge, 2011 yılında yenilenmiş ve 2011/95/AB sayılı Yönerge'ye dönüştürülmüştür. ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli kararı yönergenin 2011 versiyonuna ilişkin olmakla beraber açıklamalarımızda öncelikle yönergenin ilk hali olan 2004 yılındaki metne yer verilecektir.

Kısaca "Vasıf Yönergesi" (Qualifications Directive) olarak anılan Mülteci Olarak veya Başka Bir Şekilde Uluslararası Koruma İhtiyacı Olan Üçüncü Ülke Vatandaşlarının ve Vatansızların Statülerinin ve Vasıflarının Belirlenmesine ve Sağlanacak Korumanın Kapsamına İlişkin Asgari Standartlar Hakkında 2004/83 Sayılı ve 29 Nisan 2004 Tarihli Konsey Yönergesi²³, Avrupa Birliği üyesi devletlerde mülteci (refugee) statüsünden veya ikincil koruma statüsünden (subsidiary protection) yararlanmak üzere başvuran kişileri belirlemek için aranılacak asgari şartları düzenlemektedir. Vasıf Yönergesi'nde yer alan, mülteci tanımı, 1951 Cenevre Konvansiyonu ile aynıdır. Vasıf Yönergesi'nin 2(d) maddesine göre, ırkı, dini, tâbiyeti, belli bir toplumsal

20 Position on Exclusion from Refugee Status the European Council on Refugees and Exiles, 264; EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 77.

21 Position on Exclusion from Refugee Status the European Council on Refugees and Exiles, 264; EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 77.

22 Bu başlık altında yer alan bilgiler EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, s. 24-29'dan aynen alınmıştır.

23 Bkz. dn 11.

gruba mensubiyeti veya siyasi düşüncelerinden dolayı zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu üçüncü ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan ya da söz konusu korku nedeniyle yararlanmak istemeyen üçüncü ülke vatandaşını veya bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen vatansız kişiyi ifade eder²⁴. İlk defa Yönerge'nin 15. maddesiyle ikincil koruma müessesesi AB hukukuna sokulmuştur²⁵. İkincil korumaya muktedir kişi, mülteci olarak nitelendirilemeyen, ancak menşe ülkesine veya ikamet ülkesine geri gönderildiği takdirde; ölüm cezasına mahkûm olacak veya ölüm cezası infaz edilecek, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacak, uluslararası veya ülke genelindeki silahlı çatışma durumlarında, ayırım gözetmeyen şiddet hareketleri nedeniyle şahsına yönelik ciddi tehditle karşılaşacak olması nedeniyle menşe ülkesinin veya ikamet ülkesinin korumasından yararlanamayan veya söz konusu tehdit nedeniyle yararlanmak istemeyen üçüncü ülke vatandaşını ya da vatansız kişiyi ifade eder (Vasıf Yönergesi md. 2/f)²⁶. "Üçüncü ülke vatandaşı" ifadesiyle kastedilen, AB üyesi olmayan herhangi bir ülkenin vatandaşıdır²⁷.

2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi'nin 3. maddesine göre, üye devletler, kimlerin mülteci veya ikincil koruma statüsüne muktedir olduğuna ve bunlara verilecek haklara ilişkin daha lehe hükümler ihdas edebilir. Zaten Yönerge'nin adından da anlaşılacağı üzere, Yönerge, üye devletler için asgari şartları düzenlemektedir. Üye devletlerce bu şartların altında bir hüküm ihdas edilemez, ama daha mülteci veya ikincil koruma yanlısı hükümler getirilebilir²⁸. Vasıf Yönergesi'nde, mülteci ya da ikincil korumaya muktedir kişi statüsünün verilmesi için aranılan vasıflar; bu statülerden yararlanamayacak şahıslar; statülerin sona ermesi ve bu statü sahiplerinin hakları düzenlenmiştir²⁹.

2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi, özellikle terör eylemleri ile iltica arasındaki çizgiyi çekmeleri ve söz konusu eylemleri gerçekleştirenlerin iltica statüsüne alınmamları için üye devletlere başvurabilecekleri yasal zemini hazırlamıştır. 2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesi mülteci statüsü haricinde bırakılmayı gerektiren hallere ilişkindir. 2004/83 sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesinin metni şöyledir³⁰:

Hariçte Tutma

24 EKŞİ Nuray, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, İstanbul 2012, s. 104.

25 GUILD Elspeth/GARLICK Madeline, *Refugee Protection, Counter-Terrorism, and Exclusion in the European Union*, 29(2010)4 RQS, s. 71-72. Belirtmek gerekir ki, AB üyesi ülkelerin, ikincil koruma yükümlülüğü diğer milletlerarası antlaşmalardan da kaynaklanmaktadır. Ancak AB mevzuatında ilk defa ikincil koruma Vasıf Yönergesi ile düzenlenmiştir.

26 EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, 105.

27 EKŞİ, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, 24-25

28 EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, 105; EKŞİ, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, 25.

29 EKŞİ, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı)*, 105; EKŞİ, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, 25.

30 EKŞİ, *Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması*, 26.

Madde 12-

1. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız

- (a) BMMYK dışında diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya ajansından koruma veya yardım alıyorsa ve Cenevre Konvansiyonu'nun 1D maddesi kapsamına giriyorsa mülteci statüsü haricinde tutulur. Bu tür bir yardımın veya korumanın herhangi bir sebeple sona ermesi halinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen bir kararla durumlarının belirlenmemiş olması halinde, bu kişiler *ipso facto* bu Yönerge'den yararlanırlar;
- (b) ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca o ülke vatandaşlarının sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle eş değer hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu kabul edilmişse mülteci statüsü haricinde tutulur.

2. Üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızlar, aşağıda belirtilen hallerden birinin varlığı hususunda ciddi kanaat mevcutsa mülteci statüsü haricinde tutulabilir:

- (a) Uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlemişse;
- (b) Mülteci olarak kabulünden önce iltica ülkesi dışında siyasi olmayan ciddi bir suç işlemişse, bununla beraber mülteci statüsünde ikamet izni verilmeden önce özellikle zalimane eylemler siyasi amaçlarla işlenmiş olsa bile siyasi olmayan ciddi suç olarak vasıflandırılabilir;
- (c) Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1 ve 2. maddeleri ile Önsözünde belirtilen ilke ve amaçlarına aykırı eylemlerinden dolayı suçlu ise.

3. Paragraf 2, söz konusu suçları veya eylemleri tahrik eden veya bunlara başka yollarla iştirak eden kişilere de uygulanır.

Her ne kadar 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesi, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesi ile hemen hemen aynı içeriğe sahipse de 12. maddede bazı yönlerden mülteci statüsü haricinde bırakılmanın kapsamı genişletilmiştir. *Guild/Garlick*, 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesinin 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F maddesinden farklarını üçe ayırmıştır. *Guild/Garlick* tarafından yapılan üçlü ayırım şöyledir³¹:

- (1) 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12(2)(b) maddesi hariçte tutmanın kapsamını genişletmiş; 1951 Cenevre Konvansiyonu'ndan farklı olarak, iltica başvurusu yapmadan önce veya iltica başvurusunu yaptıktan sonra hakkında karar verilene kadar olan süreçte siyasi amaçla olsa dahi özellikle zalimane eylemlerde bulunanların mülteci statüsü haricinde bırakılacakları ifade edilmiştir³².
- (2) Ayrıca 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin Başlangıç kısmının 22. paragrafında Vasıf Yönergesi'nin 12(2)(c) maddesinin, 1951 Cenevre Konvansiyonu'nun 1F(c) maddesinden farklı olarak BM Güvenlik Konseyi'nin terörle ilgili kararlarını da kapsadığı ifade edilmiştir.

31 EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 26-27.

32 GUILD/GARLICK, 72.

Böylece 1F maddesinde terör kavramı kullanılmamasına rağmen Vasıf Yönergesi'nde bu kavram kullanılmıştır³³.

- (3) 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 14(5). maddesinde üye devletlerin kişileri mülteci statüsü haricinde tutabilecekleri yeni bir sebep öngörülmüştür. Bu maddede, 14(4). maddeye atıfta bulunulmuştur. 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 14(4). maddesi uyarınca bir kişiye bulunduğu devletin güvenliği açısından risk teşkil etmesi veya toplum açısından tehlike teşkil eden ciddi bir suçtan dolayı mahkûm olması sebebiyle mülteci statüsü verilmeyebilir; verilmiş olan statü iptal edilebilir veya geri alınabilir³⁴.

Vasıf Yönergesi'nde bazı değişiklikler yapılmış ve yeniden düzenlenen metin 2011 yılında AB Resmî Gazetesi'nde yayınlanmıştır³⁵. Diğer bir ifadeyle, 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin yerini, 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi almıştır. 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nin "hariçte tutma" (exclusion) başlığını taşıyan 12. maddesinin metni şöyledir³⁶:

Hariçte Tutma

Madde 12-

1. Üçüncü ülke vatandaşı veya vatansız

- (a) BMMYK dışında diğer bir Birleşmiş Milletler organı veya ajansından koruma veya yardım alıyorsa ve Cenevre Konvansiyonu'nun 1D maddesi kapsamına giriyorsa mülteci statüsü haricinde tutulur. Bu tür bir yardımın veya korumanın herhangi bir sebeple sona ermesi halinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen bir kararla durumlarının belirlenmemiş olması halinde, bu kişiler *ipso facto* bu Yönerge'den yararlanırlar;
- (b) ikamet ettiği ülkenin yetkili makamlarınca o ülke vatandaşlarının sahip oldukları hak ve yükümlülüklerle eş değer hak ve yükümlülüklerle sahip olduğu kabul edilmişse mülteci statüsü haricinde tutulur.

2. Üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızlar, aşağıda belirtilen hallerden birinin varlığı hususunda ciddi kanaat mevcut mülteci statüsü haricinde tutulabilir:

- (a) Uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlemişse;
- (b) Mülteci olarak kabulünden önce iltica ülkesi dışında siyasi olmayan ciddi bir suç işlemişse, bununla beraber mülteci statüsünde ikamet izni verilmeden önce özellikle zalimane eylemler siyasi amaçlarla işlenmiş olsa bile siyasi olmayan ciddi suç olarak vasıflandırılabilir;
- (c) Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1 ve 2. maddeleri ile Önsözünde belirtilen ilke ve amaçlarına aykırı eylemlerinden dolayı suçlu ise.

33 GUILD/GARLICK, 72-73.

34 GUILD/GARLICK, 73.

35 Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), 104-105.

36 EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 27-28.

3. Paragraf 2, söz konusu suçları veya eylemleri tahrik eden veya bunlara başka yollarla iştirak eden kişilere de uygulanır.

O halde 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 12. maddesi aynen 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nde yer almaktadır. Ayrıca 2004/83/EC sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17. maddesi, 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17. maddesinde aynen muhafaza edilmiştir. Her iki Yönerge'nin 17. maddesi ikincil koruma haricinde tutmayı düzenlemektedir. 2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17. maddesinin metni şöyledir³⁷:

Hariçte Tutma

Madde 17-

1. Üçüncü ülke vatandaşları veya vatansızlar

(a) uluslararası belgelerde tanımlandığı şekilde barışa karşı suç, savaş suçu veya insanlığa karşı suç işlediğine;

b) ciddi bir suç işlediğine;

(c) Birleşmiş Milletler Şartı'nın 1. ve 2. maddeleri ile Başlangıcında yer alan ilke ve amaçlara aykırı eylemlerinden dolayı suçlu olduğuna

dair ciddi sebepler varsa ikincil koruma haricinde bırakılır.

2. 1. paragraf aynı zamanda bu paragrafta belirtilen eylem veya suçlara iştirak eden veya söz konusu eylem veya suçları teşvik edenlere de uygulanır.

3. Üye devletler, 1. paragraf dışında kalan ve eğer söz konusu üye devlette işlenseydi hapis cezası ile cezalandırılmayı gerektiren bir veya birden fazla suç işleyen ve bu suçun yaptırımından kurtulmak için ülkesini terk eden üçüncü ülke vatandaşını veya vatansız kişiyi statü verilene kadar ikincil koruma haricinde tutabilir.

2011/95/EU sayılı Vasıf Yönergesi'nin 17(3). maddesinde ikincil koruma başvurusu yapan kişi hakkında üye devlette mahkûm olması aranmamaktadır. Bu hüküm uyarınca kişinin ikincil koruma haricinde tutulabilmesi için belirtilen suçları işlediğine dair ciddi sebeplerin varlığı yeterlidir. Zaten çoğu olayda ya ceza mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunmaması ya da delil yokluğu sebebiyle mahkûmiyete karar verilmesi mümkün olmayabilir. Bu maddede, ikincil koruma haricinde bırakılma kararı verilirken titiz ve dikkatlice yapılacak incelemeden uzaklaşmıştır³⁸.

C. Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 13 Eylül 2018 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi

Kısaca "Vasıf Yönergesi" olarak anılan 2011/95/EU sayılı Yönerge'de mültecilerin uluslararası koruma haricinde bırakılması sebepleri 12. maddede düzenlenmiştir. Ayrıca Vasıf Yönergesi'nin

37 EKŞİ, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, 28-29.

38 GUILD/GARLICK 74.

17. maddesinde ikincil koruma statüsü haricinde bırakma sebepleri sayılmıştır. ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli kararı ikincil koruma haricinde bırakma sebeplerini düzenleyen 17. maddesinin (1). fıkrasının (b) bendinde yer alan "ciddi suç" ibaresinin yorumuna ilişkindir. Bilindiği üzere, Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Anlaşma'nın (ABİİA'nın) 267. maddesi uyarınca Avrupa Birliği üyesi devletlerin mahkemeleri, Avrupa Birliği hukukunun yorumu konusunda tereddüt ettiklerinde Adalet Divanı'na başvurabilirler. Yorum kararı almak için Adalet Divanı'na başvuru yapılması halinde Adalet Divanı kararını verinceye kadar üye devlet mahkemesi davayı bekletmektedir³⁹.

2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesinin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde ikincil koruma haricinde bırakma sebepleri sayılmıştır. Bu sebepler arasında (b) bendinde, ikincil koruma talep eden şahsın "ciddi bir suç işlediğine" delalet edecek sebeplerin varlığı da yer almaktadır. Böyle bir durumda, ikincil koruma statüsünün tanımına ve kapsamına girse bile, yabancı, ikincil koruma haricinde tutulmaktadır. ABAD'ın 13 Eylül 2018 tarihli kararına konu olan olayda, Afganistan vatandaşı Ahmed, Afganistan'da yaşayan babasının Necibullah (Najibullah) rejiminde üst düzey yetkili olması sebebiyle zulüm görme riski altında olduğunu belirterek mülteci statüsü almak için başvurmuştur. 2007 yılında yürürlüğe giren LXXX sayılı Macaristan Sığınma Hakkı Kanunu'nda, iki tür uluslararası koruma öngörülmüştür. Birincisi, mülteci statüsü ve ikincisi, ikincil koruma statüsüdür. Bu Kanun ile Macaristan, 2004/83/AT sayılı –şimdiki 2011/96/AB sayılı– Yönerge'yi Macaristan iç hukukuna aktarmıştır. Macaristan Göç ve İltica Bürosu tarafından Ahmed'e mülteci statüsü verilmiştir. Ahmed, Macaristan'da bu statü ile kaldığı esnada adam öldürmeye teşebbüs ve şantaj suçlarından dolayı aleyhine ceza davası açılmıştır. Ahmed, Macaristan'da işlediği suçlardan dolayı beş yıldan fazla hapis cezası almıştır. Bu sebeple önceden kendisine verilen mülteci statüsü iptal edilmiştir. Kendisine yeniden mülteci statüsü verilmesi veya mülteci statüsünün verilmemesi halinde ikincil koruma statüsü verilmesi için yaptığı talep, Macaristan Göç ve İltica Bürosu tarafından reddedilmiştir. Macaristan Sığınma Hakkı Kanunu'nun 8. maddesinde mülteci statüsü haricinde bırakma ve 15. maddesinde ikincil koruma statüsü haricinde bırakma düzenlenmiştir. Macaristan Sığınma Hakkı Kanunu'nun ikincil koruma statüsü haricinde bırakmayı düzenleyen 15(a)(ab) maddesine göre, Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezasını gerektiren bir suçu işlediğine inanılmasını gerektiren ciddi sebepler varsa yabancıya ikincil koruma statüsü verilmez. Macaristan Göç ve İltica Bürosu'na göre Ahmed, ikincil koruma statüsü haricinde bırakılabilir. Çünkü beş yıldan fazla hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Üstelik, Macaristan Göç ve İltica Bürosu'na göre, Afgan vatandaşı Ahmed ülkesine geri gönderilebilir. Çünkü Afgan vatandaşı Ahmed, aleyhine açılan ceza davalarının sonucundan Afganistan konsolosluğunun haberdar edilmesini istemiştir. Ahmed'in bu istemi, ülkesinin diplomatik korumasından yararlanmayı düşündüğünün bir göstergesidir. Diğer bir ifadeyle, Ahmed'in, ceza davasının sonucu hakkında Afganistan konsolosluğunun bilgilendirilmesine ilişkin talebi, Macaristan Göç ve İltica Bürosu tarafından kendi ülkesinin diplomatik korumasından yararlanma isteği olarak yorumlanmıştır. Dolayısıyla Macaristan Göç ve İltica Bürosu, Afganistan'a geri

39 ABAD'dan yorum kararı talep edilirken uyulması gereken ilkeler hakkında bkz. Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2016/C 439/01), OJ 25.11.2016 C 439 s. 1-6.

gönderilmesi halinde Ahmed'in zulüm riskiyle karşılaşmayacağı değerlendirilmesini yapmıştır. Macaristan Göç ve İltica Bürosu'na göre, Ahmed, Afganistan'a geri gönderilebilir. Ahmed, non-refoulement⁴⁰ yani geri gönderme yasağı ilkesinin kapsamına girmemektedir. Ahmed, bu karara karşı Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi'nde dava açmıştır. Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi, 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesinin (1). fıkrasının (b) bendinde yer alan ciddi suç işleyenlerin ikincil koruma haricinde bırakılmasına ilişkin hükmün yorumunda tereddüt etmiştir. Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi, 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin, Sığınma Hakkı Kanunu ile Macaristan iç hukukuna aktarıldığını; bu Kanun'un 8. maddesinde mülteci ve 15. maddesinde ikincil koruma statüsü haricinde bırakılmanın düzenlendiğini; ayrıca 8. maddede, ciddi suçun Macaristan hukukuna göre beş yıl veya daha fazla süreyle hapis cezası almak şeklinde tanımlandığını belirtmiştir. Oysa 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesinde "ciddi suçun" tanımlanmadığını ifade etmiştir. Bu nedenle 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesinin (b) bendinde ifadesini bulan "ciddi suç" ibaresinin, AB üyesi devletlerin hukuklarına göre mi yoksa bu hukuklardan bağımsız olarak mı vasıflandırılıp vasıflandırılmayacağı sorusunun cevaplandırılması gerektiği sonucuna varmıştır. Budapeşte İdare ve İş Mahkemesi, 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17. maddesinin (1). fıkrasının (b) bendinde yer alan ciddi suç ibaresinin, ikincil koruma statüsü haricinde bırakma kararını veren üye devletin mevzuatına göre mi yoksa bu mevzuattan bağımsız olarak mı değerlendirileceği hususunda ABAD'dan yorum kararı talep etmiştir.

Macaristan Sığınma Hakkı Kanunu'nun 8. maddesinde, beş yıl veya daha fazla hapis cezası alanların işlediği suç "ciddi suç" olarak kabul edilmiştir. ABAD işlenen suça verilen cezanın "ciddi suçu" belirlemede tek başına kullanılmayacağını ifade etmiştir. ABAD'daki yargılamaya dahil olan Çekya Hükümeti ve Macar Hükümeti, ciddi suçun 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesinde tanımlanmaması sebebiyle tanımın üye devletlerin hukukları esas alınarak yapılması gerektiğini öne sürmüşlerdir. AB Komisyonu, Fransız Hükümeti, Hollanda Hükümeti ve Afgan vatandaşı Ahmed'e göre, ciddi suç ibaresi AB hukukunun ilticaya ilişkin genel prensipleri ve amacı dikkate alınarak yorumlanmalıdır.

ABAD'a göre, üye devletlerin hukuklarına açıkça atıfta bulunmayan AB yasal düzenlemelerinin lafzı, normal şartlarda Avrupa Birliği genelinde yeknesak ve bağımsız bir şekilde yorumlanmalıdır. 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin Dibacesinin 12. paragrafından anlaşılacağı üzere, Yönerge'nin temel amaçlarından biri bütün üye devletlerin gerçekte uluslararası koruma ihtiyacı olan kişilerin belirlenmesinde ortak kriterlerin uygulanmasıdır. 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17(1) (b) maddesindeki hariçte bırakma sebepleri, Cenevre Konvansiyonu'nun 1(F)(b) maddesinde ve 2011/95 sayılı Yönerge'nin 12(2)(b) maddesinde mülteci statüsünden haricinde bırakma sebeplerinden daha geniştir. ABAD, Avrupa Sığınma Destek Ofisi'nin (European Asylum Support Office-EASO) 'Hariçte Bırakma: Vasıf Yönergesi'nin 12. ve 17. maddeleri (2011/95/AB)' başlıklı Ocak 2016 raporuna da atıfta bulunmuştur. Avrupa Sığınma Destek Ofisi tarafından hazırlanan raporun, 2011/95/AB sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesine ilişkin 3.2.2. paragrafında kişinin

40 Non-refoulement ilkesi ve bu ilkenin kabul edildiği milletlerarası antlaşmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. bası, İstanbul 2018, s. 128 vd.

ikincil koruma statüsü haricinde bırakılmasına yol açan suçun ciddiyetinin *inter alia* eylemin niteliği, eylemin sonuçları, suç işlemede kullanılan yöntemler, öngörülen cezanın niteliği gibi bir çok kriter ışığında değerlendirilmesini ve diğer bir çok ülkenin söz konusu eylemi ciddi suç olarak vasıflandırıp vasıflandırmadığına bakılmasını tavsiye etmiştir. EASO bu bağlamda üye devletlerin yüksek mahkemelerince verilen çok sayıda karara atıf yapmıştır. ABAD, 2011/95 sayılı Yönerge'nin 17(1)(b) maddesindeki işlenen suçun "ciddi" nitelikte olup olmadığının, bir üye devletin ceza hukukunda belirli bir suç için öngörülen ceza kriteri tek başına esas alınarak belirlenemeyeceğini; Yönerge'nin 17(1)(b) maddesinin böyle bir belirlemeye engel olduğunu belirterek somut olayın özelliklerinin tamamına ilişkin eksiksiz bir inceleme yaparak söz konusu suçun ciddiyetinin değerlendirilmesinin üye devletin yetkili makamlarına veya mahkemelerine ait olduğunu ifade etmiştir.

Kanaatimizce ABAD kararında isabetli bir sonuca varılmıştır. AB ortak sığınma sisteminin oluşturulması için 2011/95/AB sayılı Yönerge'de yer alan kavramların yeknesak bir şekilde yorumlanması gerekir. Yeknesak yorum ise üye devletlerin mevzuatlarında yer alan ve yapılan eylemlerin ciddi suç olarak tanımlanmasında kullanılan kriterlerin, AB'nin ilticaya ilişkin mevzuatında yer alan genel ilkeler ve bu mevzuatın amacıyla desteklenmesi gerekir.

Yararlanılan Kaynaklar

- Council Directive 2004/83/EC of 29 April 2004 on minimum standards for the qualification and status of third country nationals or stateless persons as refugees or as persons who otherwise need international protection and the content of the protection granted, OJ L 304 30.9.2004 s. 12-23.
- Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on standards for the qualification of third-country nationals and of stateless persons as beneficiaries of international protection for a uniform status for refugees or for persons eligible for subsidiary protection and for the content of the protection granted, OJ L 337 20.11.2011 s. 9-26.
- EKŞİ Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (Tasarısı), İstanbul 2012.
- EKŞİ Nuray, Mahkeme Kararları Işığında Suçluların İltica Sistemi Dışında Bırakılması, İstanbul 2017.
- Nuray EKŞİ, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, 5. bası, İstanbul 2018.
- EKŞİ Nuray, Geçici Koruma Yönetmeliği Uyarınca Geçici Korumanın Şartları, Geçici Koruma Usulü, Sağlanan Haklar ve Geçici Korumanın Sona Ermesi, 88(2014)6 İBD, s. 65-89.
- GUILD Elspeth/GARLICK Madeline, Refugee Protection, Counter-Terrorism, and Exclusion in the European Union, 29(2010)4 RQS.
- Position on Exclusion from Refugee Status the European Council on Refugees and Exiles PP1/03/2004/Ext/CA March, 16(2004) IJRL, s. 258.
- Recommendations to national courts and tribunals in relation to the initiation of preliminary ruling proceedings (2016/C 439/01), OJ 25.11.2016 C 439 s. 1-6.
- WATT Ella, International Criminal Law and New Zealand Refugee Status Determinations: A Case Note on *Attorney-General v Tamil X*, (2012)43 VUWLR, s. 240.

7146 Sayılı Kanunla Yapılan Yeni Bedelli Askerlik Düzenlemesi ve Düşündürdükleri

The New Paid Military Service Regulation Formed By The Law 7146 and Impressions

Arzu ARSLAN ERTÜRK^{*} 

Öz

Askerlik görevi erkek vatandaşlar için öngörölmüş olan zorunlu bir hizmettir. Bu hizmet sadece bir görev değil aynı zamanda da bir haktır. Askerlik yükümlölüğünün fiilen sahada ifa edilen ve toplumda “vatani görev” olarak adlandırılan kısmını muvazaflık dönemi oluşturmaktadır. Muvazzaf askerlik dönemi, yükümlü tarafından fiilen yerine getirilir. Ancak zaman zaman çıkarılan kanunlarla, kişilerin muvazzaf askerlik görevini bir bedel karşılığında ya da bu bedele ek olan kısa bir eğitim süreci ile yerine getirmesi mümkün olabilmektedir. Askerlik görevi yükümlüsünün işçi/gemiadamı/gazeteci olması durumunda söz konusu yükümlölük iş sözleşmesi üzerinde, iş hukuku boyutuyla bir takım sonuçları da beraberinde getirmektedir. Bu çalışmada en son Kanunla yapılan bedelli askerlik düzenlemesi ve bu düzenlemenin işçi/gemiadamı/gazeteci bakımından İş Kanunları kapsamında çalışma ilişkisi açısından ortaya çıkabilecek sonuçları değerlendirilmektedir.

Anahtar Kelimeler: bedelli askerlik, askerlik hizmeti, askerlik ve iş sözleşmesi, kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin, ücretsiz izin, iş sözleşmesinin askıda kalması.

Abstract

Military service is a compulsory service for male citizens. This service is not only a duty but also a right. The part of the obligational of military service, which is actually performed in the field and referred to as “national duty “ in the public, is the regular soldiery period. The active military service period is actually carried out by the obligator himself. However, with the laws enacted from time to time, it is possible to fulfill the duty of active military service for a compensational payment or with a short education process which is in addition to this payment. In the event that the military service obligator is a worker/seafarer/journalist, the obligation brings a number of consequences on the employment contract in relation with labor law. In this study, the most recent regulation came into effect with the latest law regarding paid military service and the consequences of this regulation in terms of labor relations regarding workers / seafarers / journalists are evaluated.

Keywords: paid military service, military service, soldiery and employment contract, severance pay, annual paid leave, unpaid leave, suspension of employment contract.

* Doçent Doktor, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: aerturk@marmara.edu.tr.

GİRİŞ

“Vatan Hizmeti”¹ başlığını taşıyan Anayasa² m.72 hükmüne göre askerlik her Türk vatandaşı için hem bir hak hem de bir görevdir. Yine 1111 sayılı Askerlik Kanunu³ m.1 hükmü ise Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek için mecburi bir askerlik yükümlülüğü öngörmektedir. Yasal düzenlemelerden anlaşılacağı üzere, askerlik görevi erkek vatandaşlar için zorunlu bir hizmet olup bu hizmet sadece bir görev değil aynı zamanda da bir haktır.

Kişinin askerlik çağı yoklama, muvazaflık ve yedeklik olmak üzere üç devreden oluşmaktadır (AsK. m. 3)⁴. Bu çağ; kişinin nüfusta kayıtlı olan yaşına göre, yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci günü başlayıp kırkbir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci günü sona ermekte olup en fazla yirmibir yıla tekabül etmektedir (AsK. m.2). Ancak tüm bu süreç içerisinde, askerlik hizmeti denildiğinde akla ilk gelen kısmı muvazaflık dönemidir. Zira askerliğin fiilen sahada ifa edilen ve aslında toplumda “vatani görev” olarak adlandırılan kısmını muvazaflık dönemi oluşturmaktadır.

Muvazaflık dönemi kişinin askerlik şubesi tarafından sevk tarihinden başlayarak terhis tarihine kadar geçecek süreyi kapsamaktadır. Söz konusu süre, “er ve erbaş” ya da “yedek subay” olarak yerine getirilmesine göre farklılık göstermektedir. Muvazaf askerlik süresi er ve erbaşlar için onsekiz aydır. Ancak silahlı kuvvetlerin ihtiyaçları da dikkate alınmak suretiyle bu sürenin barışta, önce onbeş aya ve bilahere oniki aya indirilmesine Cumhurbaşkanlığı karar verebilir. Yedek subaylar ise er ve erbaşların süresinin iki katı kadar askerlik yapmak suretiyle görevini tamamlamaktadır(AsK. m. 5/ f 1 ve 2).

Askerlik yükümlüsü olan kişi, bu hizmetin muvazaflık dönemini fiilen yerine getirmediği sürece askerlik çağından çıkarılamaz (AsK. m.5/f son). Ancak bazen Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaç fazlası olduğu durumlarda, ülke çıkarları ve ihtiyaçları da dikkate alınarak, gerekli yasal düzenlemeler yapılmak suretiyle, kişilerin muvazaf askerlik görevini bir bedel karşılığında ve kimi zaman da bu bedele ek olan kısa bir eğitim süreci ile yerine getirmesi mümkün olabilmektedir. Bu durum “bedelli askerlik” olarak adlandırılmaktadır.

Uygulamada muvazaf askerlik hizmetinin bir bedel ödenmek suretiyle yerine getirilmesine ilişkin olarak farklı tarihlerde yapılmış farklı düzenlemeler mevcuttur. Son olarak 03.08.2018 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 7146 sayılı Kanun⁵ ile 1111 sayılı Askerlik Kanununun

1 “Vatan Hizmeti” başlığının soyut ve genel bir kavram olduğu, bu başlığın askerlik hak ve ödevini tam olarak karşılamadığı, Anayasa’daki “vatan hizmeti” kavramının neden askerlik görevine hasredildiği konusunda ne Anayasa metninde ne de bu konuya ilişkin bilimsel çalışmalarda herhangi bir açıklamanın mevcut olmadığı yolundaki eleştiri için bkz. **Okur**, Ali Rıza: Muvazaf Askerlik ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması, 2, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm> .

2 RG. 09.11.1982, Sayı:17863.

3 RG. 12-17.07.1927, Sayı: 631-635.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Birecik**, Mustafa: Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, 4 vd.; **Baybora**, Dilek: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1998, Sayı: 4, Cilt: 12, 5 vd.

5 Kabul Tarihi: 26.07.2018, 7146 Sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde

ek m.1 hükmünün birinci fıkrası değiştirilmiş ve yurt dışında yaşayan Türk vatandaşların bedelli askerliğine ilişkin yeni bir düzenleme yapılmıştır. Yine aynı Kanun ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 55 hükmü ile de geçmiştekilerden farklı olarak yurt içinde yaşayan yükümlüler için genel ve kalıcı bir bedelli askerlik düzenlemesi getirilmek istenmektedir.

İşçinin muvazzaf askerlik görevini yerine getirmek üzere işinden ayrılmasının iş sözleşmesi üzerindeki sonuçları İş Kanununda yer yer düzenlenmiştir: İş sözleşmesinin muvazzaf askerlik görevini yerine getirmek üzere işçi tarafından sona erdirilmesi halinde yasal kıdem tazminatı alacağı doğmaktadır. Yine muvazzaf askerlik görevi sona eren işçinin eski işine geri dönmek üzere işverene başvurma hakkı da mevcuttur. Tüm bu düzenlemelerin bedelli askerlik uygulaması açısından geçerli olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Diğer yandan son bedelli askerlik düzenlemesinin yapıldığı Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmüne göre işçi, bedelli askerlik süresince ücretsiz izinli sayılacaktır. Söz konusu düzenlemenin iş sözleşmesi üzerindeki sonuçları, bedelli askerlik sürecinin işçinin yıllık ücretli izin süresinden de mahsup edilip edilemeyeceği, bedelli askerlik süresinin işçinin kıdeminin ya da yıllık ücretli iznin hakkının hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağı hususlarının da açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Bu çalışmada öncelikle bedelli askerlik kavramı ve içeriği üzerinde durulacak, geçmişten günümüze kadar yapılmış olan bedelli askerlik düzenlemeleri ve özellikle son düzenlemenin içeriği, bu yükümlülüğü yerine getirmek için hangi seçenekleri sunduğu incelenecektir. Ardından bedelli askerliğin İş Kanunları açısından iş sözleşmesinin devamına, sona ermesine, sona erdiği hallerde askerden dönen işçinin/gemiyadamının/gazetecinin yeniden işe alınması gibi çeşitli durumlara etkisi üzerinde durulacaktır. Konuya ilişkin olarak uygulamanın bakış açısını yansıtmak amacıyla, önemli yargı kararlarına da yer verilecektir.

I. BEDELLİ ASKERLİK KAVRAMI

Askerlik Kanununda “muvazzaf askerliğe” alternatif olarak bedelli askerliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemelere göre, Kanunun belirlediği şartları taşıyan kişiler yine Kanunda belirtilen bedeli ödemek suretiyle muvazzaf askerlik görevini yerine getirmiş sayılmaktadır. Bu bağlamda, kanuni askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek bakımından, askerlik hizmetini fiilen yerine getirenler ile bedelli askerlik yapanlar arasında herhangi bir fark mevcut değildir⁶.

Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. RG.03.08.2018, Sayı: 30498.

6 **Manav Özdemir**, Eda/**Göktaş**, Seracettin: Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi, Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2018, Sayı:40, 50; **Okur**, 2, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm>; **Şen**, Murat: İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Aktilerinin Durumları, Yargıtay Dergisi, Cilt:27, Sayı:3, Temmuz 2001, 561-562; **Gül**, Ali Haydar: Bedelli Askerlikten Yararlanma Şartları, Bedelli Askerliğin İş İlişkileri İle Adli ve İdari Soruşturma ve Kovuşturmalara Etkileri, 3 Ağustos 2018, 4 <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri>, (erişim tarihi: 03.11.2019).

Askerlik yükümlülüğüne tabi tutulmaya ve bu yükümlülüğün yerine getirilmesine ilişkin esaslar AsK. m. 10 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, Türk Silahlı Kuvvetlerinin yıllık asker ihtiyacı Genel Kurmay Başkanlığı tarafından belirlenmekte ve o yıl askere alınacakların tamamı, celp sistemine uygun olarak temel askerlik eğitimine tabi tutulmaktadır. Ancak Genel Kurmay Başkanlığı tarafından belirlenen ihtiyaç fazlası yükümlü mevcut ise bu yükümlülerden bedel ödemeye istekli olanlar, belirlenen bedeli ödemek suretiyle muvazzaf askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaktadır⁷. Bedel verecek yükümlülerin tespiti, bedel ödeme esasları ve yükümlüler için uygulanacak işlemler Cumhurbaşkanlığı kararı ile belirlenecektir.

Askerlik Kanununun bedelli askerliğe ilişkin düzenlemeleri de ödenecek bedelin türüne göre “döviz karşılığı” ve “Türk Lirası karşılığı” olmak üzere iki değişik şekilde sınıflandırılabilir⁸. Döviz karşılığı bedelli askerlik, AsK. ek m.1 hükmünde düzenlenmiş olup yurt dışında oturma ya da çalışma izni bulunan yükümlülere ilişkindir. Kanun koyucu muhtemelen bu kişilerin uzakta olduğunu, yurt dışında çalıştığını dikkate alarak oradaki işlerinin ve yaşamlarının sekteye uğramamasını hedeflemede ve bu kişilerin döviz karşılığı olarak ödeyecekleri bedel ile alacakları uzaktan eğitimi muvazzaf askerlik hizmetlerine karşılık saymaktadır. Türk Lirası karşılığı bedelli askerliğe ilişkin düzenlemeler ise bekleyen yükümlü sayısının azaltılması veya hazineye ek gelir sağlanması amacı ile zaman zaman düzenlenen geçici maddeler ile yapılmaktadır. Bu konuda en son düzenleme, 7146 sayılı Kanunla 1111 sayılı Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 55 hükmü ile yapılmıştır. Madde hükmü ile geçmişteki diğer düzenlemelerden farklı olarak sürekli bir bedelli askerlik düzenlemesi getirilmektedir. Söz konusu düzenlemeler aşağıda daha geniş bir şekilde inceleme konusu yapılacaktır⁹.

II. GEÇMİŞTEN GÜNÜMÜZE BEDELLİ ASKERLİĞE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

A. 7146 SAYILI KANUN ÖNCESİNDE BEDELLİ ASKERLİĞE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Ülkemizde ilk bedelli askerlik uygulaması 1987 tarihinde yapılmıştır¹⁰. Bundan sonra sırası ile 1992, 1999, 2011 ve 2014 yıllarında bedelli askerlik uygulamasına rastlanmaktadır. 2018 tarihinde yapılmış olan bedelli askerlik düzenlemesi ise sonuncusudur.

7 Bedel ödeme isteğinde bulunanların, Türk Silahlı Kuvvetlerinin ihtiyaç fazlası asker miktarından az olması halinde, geri kalan ihtiyaç fazlası yükümlülerin tamamı askerlik hizmetini er veya erbaş olarak yerine getireceklerdir. Ancak bedel ödeme isteklisi Genel Kurmay Başkanlığının tespit ettiği miktardan fazla ise bedel ödeyecek olanlar, isteklilerin tamamının katıldığı bir kura ile tespit olunacaktır. Yine istekli miktarı, Genel Kurmayca tespit edilen miktara eşit veya ondan az ise bunların tamamı herhangi bir kuraya başvurulmaksızın, bedel ödeyerek askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılacaktır (AsK. m. 10); Şen, 562.

8 Okur, 3 <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm> .

9 Bkz. aşağıda II, B.

10 1980 yılında, 12.11.1980 tarihli ve 2338 sayılı Kanun ile “1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu” na geçici m.6 hükmü eklenmiş, söz konusu hüküm daha sonra 24.03.1981 tarihinde 2440 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Madde hükmü uyarınca 31 Aralık 1980 (dahil) tarihine kadar yurt içinde ve yurt dışında yüksek öğrenim kurumlarından mezun olanlar arasından, Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı olan meslek ve vasıflara sahip

İlk bedelli askerlik uygulaması, 16.04.1987 tarihinde kabul edilen 3358 sayılı Kanunun¹¹ m. 9 hükmü uyarınca Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 20 hükmü ile yapılmıştır. Askerlik Kanunu geçici m. 20, 21 ve 22 hükümlerine göre, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar saklı, yoklama kaçağı ve bakaya olanlar da dâhil olmak üzere tüm yükümlülerden istekli olanlar, yürürlük tarihinden itibaren 2 yıl içinde başvurmuş olmaları ve belirlenen miktarda bedeli tek defada ödemiş olmaları kaydıyla askerlik hizmetini yapmış sayılmışlardır. Bedelli askerlik hükmünden yararlanan yükümlülerden *1946 ve daha yaşlı doğumlu olanlar herhangi bir temel eğitime tabi tutulmazken, diğer yükümlüler –üç aylık – temel askerlik eğitimine tabi tutulmuşlardır.*

1992 yılında uygulanan ikinci bedelli askerlik uygulaması, 21.05.1992 tarihinde kabul edilen 3802 sayılı Kanunun¹² m. 2 hükmü ile değiştirilen Askerli Kanunu m. 10/ f 2 hükmü ile yapılmıştır. Askerlik Kanunu m. 10/f 2 hükmü uyarınca, o yıl askere alınacak yükümlülerin tamamı, mevcut celp sistemine göre temel askerlik eğitimine tabi tutulmuşlar, temel eğitime sevk edilen ve Genelkurmay Başkanlığınca belirlenen ihtiyaç fazlası yükümlüler, – *iki aylık-temel askerlik eğitimini müteakiben* bedel ödemek suretiyle askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılmışlardır.

1999 tarihli bedelli askerlik düzenlemesi, 1999 depreminin hemen ertesinde gündeme gelmiş ve deprem sonrasında ülke ekonomisine katkı sağlanması amacıyla uygulanmıştır. Bu şekilde oluşan ödeneğin tamamı, Maliye Bakanı tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde, 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen deprem dolayısıyla, bu afete maruz kalan bölgede yer alan illerdeki hasar ve zararların giderilmesi için gereken her türlü harcamanın finansmanında kullanılmak üzere özgülülmüştür (AsK. geçici m. 37/f 4). 02.11.1999 tarihinde 4459 sayılı Kanunun¹³ m. 1 hükmü ile Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 37 hükmüyle getirilen bu düzenleme uyarınca, 1 Ocak 1973 tarihinden önce doğmuş ve henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış yükümlüler;

- a) Bedel ödemeye istekli olmaları,
- b) Kanunun yürürlük tarihinden itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları
- c) 15.000 Alman Markı veya ödeme tarihindeki karşılığı yabancı ülke parasını ya da Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru üzerinden hesaplanacak Türk Lirası parayı ödemeleri,
- d) Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek birlik ve kurumlarda – *bir aylık – temel askerlik eğitimlerini yapmaları şartıyla,*

31 Aralık 1999 tarihinde kırk yaşını tamamlamış olanlardan

- a) istekli olmaları,
- b) 20 000 Alman Markı veya karşılığı yabancı ülke ya da Türk Lirası parayı ödemeleri halinde,

olanlar er olarak askere sevk edilmiş, dört aylık temel askerlik eğitimini müteakip de terhis edilmişlerdir. Madde hükmü düzenlemesi bedelli askerlik düzenlemesini andırmakla beraber, herhangi bir bedel öngörmemektedir. Bu düzenlemenin de bir bedelli askerlik düzenlemesi olduğu yönünde bkz. **Manav/Özdemir /Göktaş**, 50.

11 RG. 28.04.1987, Sayı: 19444.

12 RG. 01.06.1992, Sayı: 21245.

13 RG. 04.11.1999, Sayı: 23866.

herhangi bir temel askerlik eğitimine tabi tutulmaksızın askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılmışlardır.

30.11.2011 tarihinde 6252 sayılı Kanunun¹⁴ m. 4 hükmü ile Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 46 hükmüyle bedelli askerlik uygulaması dördüncü kez hayata geçirilmiştir. Askerlik Kanunu geçici m.46 hükmü uyarınca, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış ve 31 Aralık 2011 tarihi itibariyle (bu tarih dâhil) 30 yaşından gün almış yükümlüler, istekte buldukları takdirde, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları ve 30.000 Türk Lirası parayı ödemeleri şartıyla *herhangi bir temel askerlik eğitimine tabi tutulmaksızın askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmışlardır.*

Yine bir diğer bedelli askerlik uygulaması ise 10.12.2014 tarihinde 6582 sayılı Kanunun¹⁵ m.1 hükmü ile Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 52 hükmü kapsamında yapılmıştır. Buna göre; geçici m. 52 hükmünün yürürlüğe girdiği tarihte henüz fiil askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1988 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan yükümlüler; kendi istekleri ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren iki ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları ve 18.000 Türk Lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar yabancı ülke parasını defaten ödemeleri şartıyla *temel askerlik eğitimine de tabi tutulmaksızın askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılmışlardır.*

Geçmişten günümüze bedelli askerlik uygulamaları gözden geçirildiğinde; 1987, 1992 ve 1999 tarihlerinde yapılan bedelli askerlik düzenlemelerinde, yükümlünün belirli bir bedel ödemesinin yanında belirli bir süre temel eğitime katılması da öngörülmüştür. Bu sebeple, bu dönemlerde bedelli askerlikten yararlanmak isteyen yükümlülerin iş sözleşmelerini İş K. m.17 (1475 sayılı eski İş K. m.13) hükmü uyarınca sona erdirmelerinin gerekli olduğu ifade edilmiştir¹⁶. 2011 ve 2014 tarihlerinde yapılan bedelli askerlik düzenlemelerinde ise bedel ödeme haricinde herhangi bir temel eğitim şartı aranmamıştır.

B. 7146 SAYILI KANUN KAPSAMINDA BEDELLİ ASKERLİĞE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Askerlik Kanunu ek m. 1 hükmü yurt dışında yaşayan Türk vatandaşı yükümlülerin döviz karşılığı bedelli askerliğine ilişkin bir düzenleme içermektedir. Söz konusu düzenlemenin birinci fıkrası, son olarak 26.07.2018 tarihinde kabul edilen 7146 sayılı Kanunun m.1 hükmü ile değişikliğe uğramıştır.

Askerlik Kanunu ek m.1 hükmü uyarınca, yurt dışında oturma ya da çalışma izni bulunan yükümlüler; toplam en az üç yıl süre ile işçi sıfatıyla, işveren sıfatıyla veya bir meslek ya da sanatı

14 RG. 15.12.2011, Sayı: 28143.

15 RG. 13.12.2014, Sayı: 29204.

16 **Manav Özdemir/Göktaş**, 52.

icra ederek fiilen yabancı bir ülkede bulunanlardır¹⁷. Bu kişiler, durumlarını ispata yarayan belgelerle birlikte bağlı buldukları Türk Konsoloslukları aracılığı ile askerlik şubelerine başvurdukları, 2.000 avro veya karşılığı kadar yabancı ülke parasını başvuru tarihinde defaten ödedikleri ve Millî Savunma Bakanlığınca verilecek *uzaktan eğitimi aldıkları takdirde* muvazzaf askerlik görevini yerine getirmiş sayılacaklardır.

Türk Lirası karşılığı bedelli askerliğe ilişkin düzenleme ise 7146 sayılı Kanunla Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 55 hükmü ile yapılmıştır. Madde hükmü uyarınca her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış ve 1 Ocak 1994 tarihinden (bu tarih dâhil) önce doğan yükümlüler; istedikleri takdirde madde hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç ay içinde askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine başvurmaları, 15.000 Türk Lirası veya Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuruna göre ödeme tarihindeki karşılığı kadar konvertibl yabancı ülke parasını defaten ödemeleri ve *21 gün temel askerlik eğitimini yerine getirmeleri şartıyla* muvazzaf askerlik yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılacaklardır.

Düzenlemeden anlaşıldığı üzere Kanunun çizdiği genel çerçeve kapsamında, 01.01.1994 tarihi de dahil olmak üzere bu tarihten önce doğmuş ve fiili askerlik hizmetine başlamamış tüm yükümlüler, 15.000 TL ödemek ve 21 gün temel askerlik eğitimini yerine getirmek şartıyla muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacaklardır.

Yine geçici m. 55/f 4 hükmü, bu madde hükümlerinden yararlananların temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacağını ifade ederek daha önceki bedelli askerli düzenlemelerinde mevut olmayan yeni ve çok da tartışmalı bir düzenlemeye yer vermiştir.

III. YENİ BEDELLİ ASKERLİK UYGULAMASININ İŞ HUKUKU BAKIMINDAN DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

A. İŞÇİNİN KIDEM TAZMİNATI ALACAĞINA HAK KAZANIP KAZANAMAMASI MESELESİ

1. Genel Olarak

Kıdem tazminatı, kanunda belirtilen asgari bir yıllık çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin yine kanunda sayılan sebeplerden biriyle son erdirilmesi halinde, işçinin kıdemi ve ücreti dikkate alınarak, kendisine ya da kanuni mirasçılara, işveren tarafından ödenen, tazminat niteliği taşıyan bir miktar paradır¹⁸. İşçinin kıdem tazminatı alacağı, İş K. geçici m. 6 hükmünün yaptığı atıfa binaen, eski 1475 sayılı İş Kanununun halen yürürlükte olan m.14 hükmü

17 Bu kişiler, 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanununa tabi yükümlülerdir (AsK. Ek m.1).

18 **Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, 726; **Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen /**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019, 650 vd.; **Okur**, 5 <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm> ; **Şakar**, Müjdat: Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, 19.

ile düzenlenmektedir¹⁹. Kıdem tazminatı Deniz İş Kanununda ve Basın İş Kanununda da ayrı ayrı düzenlenmiştir. Deniz İş Kanunu m. 20 hükmünde yer alan kıdem tazminatı düzenlemesi İş Kanunu ile hemen hemen paraleldir. Gazetecilere ilişkin kıdem tazminatı alacağına ise Basın İş K. m. 6 hükmünde yer verilmiş olup²⁰ gerek hak kazanma koşulları gerekse sonuçları açısından İş Kanunundaki düzenlemeden oldukça farklıdır.

1475 sayılı eski İş Kanununun m. 14 hükmüne göre işçinin kıdem tazminatı talep edebilmesi için bir yıllık fiili çalışma şartının dışında iş sözleşmesinin bu madde hükmünde belirtilen sona erme şekillerinden birisiyle sona ermesi gerekmektedir. Bu sona erme hallerinden bir tanesi de işçinin iş sözleşmesinin “*muazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla*”²¹ sona ermesidir. Belirtmek gerekir ki, madde hükmünün lafzından, iş sözleşmesinin muazzaf askerlik sebebi ile mutlaka sona erdirilmesi gerektiği gibi bir anlam çıkmamaktadır. Ancak işçi, iş sözleşmesini muazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla sona erdirirse²² kıdem tazminatı talep edebilecektir²³.

İş sözleşmesinin işçi tarafından muazzaf askerlik görevi sebebiyle sona erdirilmiş sayılması için işçi işinden ayrılmalı ve işçinin işten ayrılma tarihi ile askere gitme tarihi arasında uzun bir süre geçmemiş olmalıdır. Söz konusu süre, fesih sebebinin askere gitme olduğunu kabul etmeye imkân sağlayacak *makul bir süre* olmalıdır²⁴. Bu makul sürenin ne kadar olması gerektiği hususunda kesin bir süre vermek mümkün olmayıp her olay kendi özelliği içinde değerlendirilerek belirlenmelidir²⁵.

19 İş Kanunu geçici m.6 hükmüne göre, kıdem tazminatı için bir kıdem tazminatı fonunun kurulacak olup fona ilişkin kanuni zemin hazırlanana kadar bu konuda 1475 sayılı eski İş Kanununun m. 14 hükmü uygulanmaya devam edecektir.

20 “Akdin işveren tarafından feshi ve kıdem tazminatı” başlıklı Basın İş K. m. 6 hükmüne göre meslekte en az beş yıl çalışmış olan gazetecilere kıdem tazminatı hakkı tanınmaktadır. Bu beş yıllık kıdem gazetecinin ilk defa mesleğe girişinden itibaren hesaplanır. Akdin feshi halinde gazeteci bu süreye ilişkin kıdem tazminatını alacaktır. <https://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspix?MevzuatKod=1.3.5953&MevzuatIliski=0&sourceXmlSearch> = (erişim tarihi: 03.11.2019).

21 Ancak işçi, *muazzaf askerlik görevi dışında manevra veya başka bir nedenle silah altına alınır*sa, işçinin iş sözleşmesi İş K. m.31 hükmü kapsamında iki ay – çalışma süresine göre en fazla 90 gün – askıya alınmakta olup bir kıdem tazminatı ödemesi söz konusu değildir. Askı süresinin sona ermesi halinde iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacağından işçi bu durumda kıdem tazminatına hak kazanacaktır. İşçinin iş sözleşmesinin muazzaf askerlik sebebiyle sona erdirilmesinin bu durumla bir bağlantısı bulunmamaktadır. Bkz. **Süzek**, İş Hukuku, 734.

22 İşçi tarafından yapılacak feshin türü ve ihbar süresi-ihbar tazminatı verilip verilmeyeceği konularında doktrinde tartışmalar mevcuttur. İlgili tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, İş Hukuku, 740-743; **Şen**, 576-577.

23 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 654-655; **Birecik**, 9; Eğer iş sözleşmesi işçi değil de işveren tarafından muazzaf askerlik sebebiyle sona erdirilmiş ise, bu fesih İş K. m.25/II hükmü dışında yapılmış bir fesih olacağından işçi yine kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bkz. **Süzek**, İş Hukuku, 734; **Baybora**, 9.

24 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 654; **Mollamahmutoglu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal** Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2019, 313; **Süzek**, İş Hukuku, 734; **Manav Özdemir/Göktaş**, 57; **Güner**, Erol: İş Kanunu Bağlamında Muazzaf Askerlik, Ve Diğer Askeri Kanuni Ödev Yükümlülüğünden Doğan Haklar, 299, <https://docplayer.biz.tr/31141440-Is-kanunlari-baglaminda-muazzaf-askerlik-diger-askeri-ve-kanuni-odev-yukumlulugunden-dogan-haklar.html> (erişim tarihi: 03.11.2019); **Demirbilek**, Tamer: Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar, TBB Dergisi, 2014 (155), 439 <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014.115.1436> (erişim tarihi: 03.11.2019); **Birecik**, makul sürenin tespitinde örf ve adetlerin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir, bkz. **Birecik**, 17.

25 **Manav Özdemir/Göktaş**, 57. Uygulamada Yargıtay, davacının muazzaf askerlik görevi sebebiyle ayrıldıktan ondört ay sonra askere gitmesi durumunda, aradan geçen sürenin uzun olduğuna dikkat çekerek iş sözleşmesinin muazzaf

2. Konuya İlişkin Doktrin Görüşleri

Eski İş Kanunu m. 14 hükmünün bedelli askerliği kapsayıp kapsamadığına ilişkin birbirinden farklı görüşler mevcuttur:

Doktrinde bir görüşe göre, bedelli askerlik yapmak üzere iş sözleşmesini sona erdiren işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır²⁶. İşçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için iş sözleşmesini muvazzaf askerlik görevi nedeniyle sona erdirmesi yeterli olup muvazzaf askerlik hizmetinin süresinin kısa olması ya da bedelli olarak yapılmasının bir önemi yoktur²⁷. 1111 sayılı Askerlik Kanunu muvazzaf askerlik hizmetinin fiilen yapılması ile bir bedel ödemek suretiyle yerine getirilmesi arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır. Yükümlü, yapılan düzenlemedeki şartları sağladığında bedelli askerlik yapmakta ve bu şekilde muvazzaf askerlik hizmetini de yerine getirmiş sayılmaktadır. Bu sebeple, bedelli askerlik yaparak muvazzaf askerlik görevini ifa etmek üzere işinden ayrılan işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır²⁸. Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü ile her ne kadar temel askerlik süresi içerisinde işçinin ücretsiz izinli sayacağı düzenleme altına alınmışsa da işçinin muvazzaf askerlik hizmeti niteliği taşıyan 21 günlük temel askerlik eğitimine bağlı olarak iş sözleşmesini kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdirmesini sınırlayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle işçi, bedelli askerlik kapsamında 21 günlük temel askerlik hizmetini gerekçe göstererek, muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesini kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdirebilecektir²⁹.

Doktrinde başka bir görüş, Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmünün yükümlülere seçimlik bir hak tanıdığını ifade etmektedir. Söz konusu hüküm, bedelli askerlik sebebiyle fiilen silahlata alınmış olan yükümlünün, bu sebeple iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde kıdem tazminatı talep etmesini engelleyen bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle m. 55 hükmü uyarınca işçinin ücretsiz izinli sayılması konusu iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmemesi durumunda devreye girecek bir düzenlemedir³⁰.

askerlik sebebiyle bozulduğunu kabul etmenin mümkün olmadığına karar vermiştir. Yarg 9. HD., 17.02.1986, 71/1686, ilgili karar için bkz. *Tekstil İşv. Dergisi*, Ekim 1986, 17; Buna karşılık Yüksek Mahkeme, iş sözleşmesini sona erdirdikten üç ay hatta beşbuçuk ay sonra askere gidilmesi durumunda iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik sebebiyle sona erdirildiğine karar vermiştir. **Süzek**, *İş Hukuku*, 734; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 654.

26 **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, 312-313; **Şen**, 576-577; **Astarlı**, Muhittin: İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2016, 356; **Gül**, 5 <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-so-rusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> (erişim tarihi: 03.11.2019).

27 **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, 312-313; **Astarlı**, 356-358; **Şen**, 576; **Demirbilek**, 439; **Birecik**, 15.

28 **Okur**, 2 <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm>; **Astarlı**, 357; **Birecik**,

29 **Gül**, 5 <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> (erişim tarihi: 03.11.2019).

30 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 654; **Özdemir**, Erdem: Bedellide Tazminat Tartışması, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869> (erişim tarihi: 03.11.2019); Aynı yönde, **Gül**, 5 <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-ilis-kileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> (erişim tarihi: 03.11.2019).

İşçinin kıdem tazminatı talebinde bulunabileceği yönündeki başka bir görüş ise işverenin, bedelli askerlik temel eğitimine katılan işçinin iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı bulunmadığını, muvazzaf askerlik görevini yerine getirmesi nedeniyle işten çıkarılan bir işçinin başta işe iade davası olmak üzere, kıdem ve ihbar tazminatı talep etme hakkının doğduğunu ifade etmektedir. *Yazara* göre, 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 14 hükmü bir yıllık kıdem şartını yerine getiren işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde işverene kıdem tazminatı ödeme yükümlülüğü getirmektedir. Yirmibir günlük temel eğitim için de olsa işçi, işten ayrılması durumunda kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Bu kuralın ana hareket noktası, işçinin askerlik hizmeti sebebi ile işten ayrılıyor olmasıdır. Zira muvazzaf askerlik nedeni ile bir yıllık kıdemini dolduran işçinin kıdem tazminatı alabileceği yönündeki kural, askerliğin bedelli olup olmaması bakımından bir ayrıma tabi tutulmamaktadır³¹. Yine bu yönde mevcut bir görüş, bedelli askerlik düzenlemesinin herhangi bir temel eğitim süresi öngörmemesi halinde dahi, bedeli ödemek için başka bir olanağı olmayan işçinin iş sözleşmesini kıdem tazminatı bedelini sağlamak amacıyla İş K. m. 17 hükmü uyarınca sona erdirmesi halinde, buradaki feshin de iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik nedeniyle feshi olduğu yolundadır³².

Doktrinde bir diğer görüşe göre ise, bedelli askerlik yapan işçinin kıdem tazminatı alınamayacağını söylemek için bedelli askerliğin niteliğine bakmak gerekmektedir. Bedelli askerlik uygulaması yükümlü için bir gün dahi olsa temel eğitime katılmayı gerektiriyorsa, işçi kıdem tazminatına hak kazanacaktır. Ancak temel eğitim olmaksızın sadece bedel ödenmesi öngörülmüş olup işçi hiç askere alınmayacaksa, işçi kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır³³.

Doktrinde bedelli askerlik yapan işçinin kıdem tazminatı alamayacağı yolunda aksi görüş de mevcuttur:

Bu görüşe göre, 7146 sayılı Kanun, bedelli askerlikten yararlananların temel askerlik eğitimi süresince işveren tarafından ücretsiz izinli sayılacağını hüküm altına almış olmakla, bedelli askerliğin bundan böyle bir fesih nedeni olmadığını ifade etmek istemektedir. Böylece bedelli askerlik sebebiyle iş sözleşmesinin feshi, artık kıdem tazminatı almayı gerektiren bir fesih sebebi olmaktan çıkmıştır. Söz konusu düzenleme ile hem işçi hem de işveren güvence altına alınmak istenmiştir³⁴. Zira bedelli askerliğe ilişkin önceki düzenlemelerde işverenin işçiyi işe

31 **Kaykayoğlu**, Onur: Bedellide Tazminat Tartışması, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869> (erişim tarihi: 03.11.2019).

32 **Okur**, 5 <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm> .

33 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 654; **Baysal**, Mustafa: Bedelli Askerlik Yapan İşçi Kıdem tazminatı alır mı? <https://iscidunyasi.com/bedelli-askerlik-yapan-isci-kidem-tazminatı-alir-mi/> (erişim tarihi: 03.11.2019). *Baysal* da işçinin seçimsiz bir hakkı bulunduğunu düşünmektedir; **Güner**, 303-304; **Kılıç**, Cem: Bedelli askerlik Yapanlar Kıdem Tazminatı Alamaz, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/cem-kilic/bedelli-askerlik-yapanlar-kidem-tazminatı-alamaz-1980585> (erişim tarihi: 03.11.2019).

34 **Manav Özdemir/Göktaş**, 59. *Yazarlar* ayrıca, muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesine kıdem tazminatı hukuki sonucunun bağlanmasının, muvazzaf askerlik süresinin uzun olmasından kaynaklandığını, oysa bedelli askerlikte 21 gün olan temel askerlik eğitim süresinin kısa olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. **Manav Özdemir/Göktaş**, 61; **Kurt**, Resul: Bedellide Tazminat var mı? <https://www.dunya.com/kose-yazisi/bedellide-tazminat-var-mi/423539> (erişim tarihi: 03.11.2019).

başlatma yükümlülüğü mevcut değil iken, yeni düzenleme ile işveren, askerlik temel eğitiminin tamamlandığı yirmibir gün sonunda işçiyi işe başlatmak zorundadır. Aksi takdirde iş sözleşmesi işveren tarafından haklı bir neden olmaksızın sona erdirilmiş sayılacaktır. Söz konusu düzenleme ile iş sözleşmesi askıya alınmakla işveren tarafından sözleşmenin sona erdirilmesinin önüne geçilmektedir. Kanunda işçinin ücretsiz izinli sayılacağına yönelik bir düzenleme mevcut olmasa idi işçi bedelli askerlik temel eğitimini yerine getirmek için iş sözleşmesini sona erdirmek zorunda kalacaktı. Bu durum ise işçiye kıdem tazminatı talep etme hakkı verecek idi. Ancak Kanun işçinin işini güvence altına almak amacı ile onu temel askerlik eğitimi süresince ücretsiz izinli saymaktadır. Her ne kadar bedelli askerlik yoluyla muvazzaf askerlik hizmeti yerine getirilmekte ise de yirmibir günlük temel eğitim sürecinde iş sözleşmesi askıya alındığından, sözleşmenin feshi söz konusu olmayıp kıdem tazminatı da talep edilemez³⁵.

Bedelli askerlik yapan işçinin kıdem tazminatı talep edemeyeceğini ileri süren bir diğer görüşe göre ise, bedelli askerlik için iş sözleşmesini sona erdiren işçi istifa etmiş sayılmalıdır. Bu nedenle, muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi ve bunun sonucunda kıdem tazminatı talep etme hakkı mevcut değildir³⁶.

3. Konuya İlişkin Önemli Yargı Kararları

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 09.06.1983 tarihli kararına³⁷ konu olan olayda davacı muvazzaf askerlik görevini ifa etmek üzere iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı alacağını talep etmiş ve 01.11.1982 tarihinde 4 aylık fiili askerlik görevini yerine getirmek üzere sevk edilmiştir. Davacı işçi daha sonra 26.11.1982 tarihinde, yaptığı dört aylık fiili askerlik hizmetinin muvazzaf askerlik hizmeti yerine geçtiği gerekçesi ile İş Kanunu m. 14 hükmü uyarınca kıdem tazminatı alacağı için dava açmıştır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, "...2338 sayılı Yasanın geçici 6/5. maddesinde temel askerlik eğitimi süresince maaşsız ve ücretsiz izinli sayılacağı kuralı getirilmişse de bu kuralın çalışanın işini güvence altında tutmak amacına yönelik bulunduğu kuşkusuzdur. Öbür yandan İş Yasasının değişik 14. maddesinde muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle ayrılanlara kıdem tazminatı verileceği öngörülmüştür. Davacı bu koşulun gerçekleşmesine bağlı istekte bulunduğuna göre, isteğin esasının incelenerek hak ettiği kıdem tazminatına hükmedilmesi yasaya aykırılık teşkil etmez." şeklinde hüküm ihdas etmiştir.

Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 05.11.2015 tarihli kararına³⁸ konu olayda, davalı 31.05.2012 tarihinde muvazzaf askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmiştir. Bundan tam 4 gün sonra 04.06.2012 tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunan işçinin kıdem tazminatına hak kazandığına ilişkin yerel mahkeme kararı Yargıtayca onanmıştır. Yargıtay alt mahkeme kararını

35 **Manav Özdemir/Göktaş**, 59; **Kurt**, Resul: Bedellide Tazminat var mı? <https://www.dunya.com/kose-yazisi/bedellide-tazminat-var-mi/423539> (erişim tarihi: 03.11.2019).

36 Datassist Mevzuat Grubu, <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/bedelli-askerler-kidem-tazminatı-alabilecek-mi/> (erişim tarihi: 03.11.2019).

37 Yarg. 9. HD., 09.06.1983, E. 1983/3488, K. 1983/5183. Karar için bkz, www.kazanci.com.tr.

38 Yarg. 9 HD., 05.01.2015, E. 2014/15064, K. 2015/31360, bkz. www.lexpera.com.tr.

onarken işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle sona erdirmesini kıdem tazminatına hak kazanma bakımından yeterli görmüş, bu noktada muvazzaf askerlik hizmetinin süresine ve ne şekilde ifa edildiğine bir önem atfetmemiştir. Diğer bir söylemle, muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş olmak bakımından fiilen askerlik hizmetini yerine getirmiş olma ile – açık kanun düzenlemesine binaen – bu hizmeti bedelli olarak yerine getirmiş olma arasında herhangi bir fark gözetmemiştir. Ancak karar oy çokluğu ile verilmiş olup bir de karşı oy yazısı bulunmaktadır.

Karşı oy yazısına göre “...davacının istifadan 4 gün sonra 04.06.2012 tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunduğu ve askerliğini bedelli yaptığı, bir gün dahi silah altına alınmadığı da sabittir. 1475 sayılı Yasanın 14/1-3 maddesiyle tanınan hakkın fiilen askerlik yapmak için mecburen işyerinden ayrılmak zorunda olanlara yönelik olması karşısında askerlik yükümlülüğünü yerine getirmek yerine bedelini ödeyerek bu yükümlülüğünden kurtulan işçi 1475 sayılı Yasa'nın 14/1-3 maddesinden tanınan haktan yararlanamaz. Bu itibarla kıdem tazminatı talebinin reddi yerine kabulü doğru olmamıştır.”

Görüldüğü üzere karşı oy yazısında, askerlik hizmetinin işçiyi işten ayrılmak zorunda bırakıp bırakmadığından yola çıkılmış ve fiili askerlik eğitiminin var olup olmamasına göre bir sonuca varılmıştır. Bu bağlamda temel askerlik eğitimi sebebiyle bir gün dahi işten ayrılmak zorunda olan işçinin m. 14/f 1-3 hükmünden faydalanabileceği ancak zorunlu askerlik temel eğitimi olmaksızın sadece bedel ödemek suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirenlerin işten ayrılmak zorunda bulunmadıkları argümanından hareket edilerek m. 14/ f 3 kapsamında bir kıdem tazminatı alacağı doğmayacağı ifade edilmiştir.

4. Deniz İş Kanununa ve Basın İş Kanununa Göre Kıdem Tazminatı Meselesi

Kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler açısından İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu paralellik göstermektedir. Tıpkı 1475 sayılı eski İş K. m. 14 hükmünde olduğu gibi Deniz İş Kanunu m. 20/ f 3 hükmü uyarınca, iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle sona erdirilmesi durumunda, bir yıllık asgari çalışma süresini dolduran gemiadamı kıdem tazminatına hak kazanır. Ancak gemiadamının muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle kıdem tazminatı talep ederek iş sözleşmesini sona erdirmesi mecburi değildir. Şüphesizdir ki tarafların anlaşması durumunda iş sözleşmesinin askerlik süresince askıya alınması her zaman mümkündür³⁹. Kıdem tazminatına hak kazanma bakımından İş Kanununa tabi işçiler için söylediklerimizi Deniz İş Kanununa tabi çalışan gemi adamları için de söylemek mümkündür. Öyleyse, As K. geçici m. 55 hükmü gemiadamına da seçimlik bir hak sunmaktadır. Gemiadamı ya bedelli askerlikten kaynaklanan yirmibir günlük temel askerlik eğitimi sebebiyle iş sözleşmesini sonlandırarak kıdem tazminatı talep edecek ya da As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca temel askerlik eğitimi süresince ücretsiz izinli sayılacaktır.

39 **Bedük**, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012, 289.

İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş sözleşmesini sona erdirmesi hali Basın İş Kanunu açısından kıdem tazminatına hak kazandıracak bir sona erme hali değildir. Kanun koyucu Basın İş K. m. 6 hükmünde mevcut fesih sebepleri arasında bu duruma yer vermemiştir. Ancak doktrinde bir görüş, Basın İş Kanununda bu konuda bir boşluğun mevcut olduğunu, bu boşluğun 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 14 hükmü ile doldurulması gerektiğini, iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle sona erdiren gazetecinin de kıdem tazminatına hak kazanacağını ifade etmektedir⁴⁰.

Basın İş Kanunu, m. 16/f 3 hükmü muvazzaf askerlik hizmeti sırasında işçiye ödenecek ücrete ilişkin bir düzenleme içermektedir. Madde hükmüne göre işveren, muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle silahlaltına alınan gazeteciye normal askerlik süresince, aldığı son ücretin yarısını öder⁴¹. Görüldüğü üzere, kanun koyucu kıdem tazminatına ilişkin Basın İş K. m. 6 hükmünde muvazzaf askerlik hizmetini kıdem tazminatına hak kazandıran bir sona erme sebebi olarak görmemekte⁴²; ancak bu duruma uygun olarak m. 16/f 3 hükmü uyarınca muvazzaf askerlik hizmeti süresince işvereni gazeteciye ücret ödeme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bu durum muvazzaf askerlik yükümlülüğünü bedelli olarak yerine getirenler için de aynı olmalıdır.

Basın İş K. m. 16/f 3 hükmünün öngördüğü düzenleme hem gazetecinin iş sözleşmesini askerlik süresince askıda bırakmakta, hem de bu süreç içinde gazeteci için ücret öngörmektedir. Söz konusu madde hükmü ile zaten temel askerlik hizmeti süresince gazetecinin iş sözleşmesinin askıda kalmasına ilişkin gerekli düzenleme yapılmıştır. Bu sebeple, gazetecinin yapacağı bedelli askerlik için As K. geçici m. 55/f 4'e gitmeye gerek yoktur. Burada gazetecinin iş sözleşmesi, Basın İş K. m.16/f 3 hükmü uyarınca yirmibir günlük temel eğitim süresince askıda kalacaktır. İşveren de bu süre boyunca gazeteciye aldığı son ücretin yarısı kadar ücret ödemeye devam edecektir.

5. Değerlendirme

Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü bedelli askerlik sebebiyle fiilen silahlaltına alınan yükümlünün, bu sebeple iş sözleşmesini sona erdirmesi halinde, kıdem tazminatı talep etmesini engelleyen bir düzenleme içermemektedir. Madde hükmüne göre işçinin ücretsiz izinli sayılması hali ise iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmemesi durumunda devreye girecek bir düzenlemedir. Özetle, As K. geçici m. 55 hükmü yükümlülere seçimlik bir hak tanımaktadır: İşçi isterse 1475 sayılı İş K. m.14 hükmüne göre iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunacaktır. Bu yola başvurmaması halinde ise As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca, işçi ücretsiz

40 **Sümer**, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013, 206; **Gökçek Karaca**, Nuray: Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010, 193.

41 **Şakar**, 13-14; "Gazetecinin, muvazzaf askerlik sırasında bu haktan yararlanabilmesi için, muvazzaf askerliğe gazetecilik görevi sırasında gitmiş olmalıdır. İşinden ayrılan ve daha sonra muvazzaf askerlik için silah altına alınan gazeteciye eski işverenin ücret ödemeyükümlülüğü mevcut değildir.", bkz. **Sümer**, 96; **Karakullukçu**, Feyza Sultan: İş Kanunu Hükümleri Işığında Basın İş Kanununa Göre Çalışma Karşılığı Olmayan Ücret, <http://www.mondaq.com/turkey/x/778074/employee+rights+labour+relations/kanunu+hkmleri+nda+basn+i+kanununa+gre+alma+karl+olmayan+cret> (erişim tarihi:03.11.2019).

42 **Şakar**, 14.

izinli sayılacaktır. Bu durumda teknik olarak iş sözleşmesi bedelli askerlik süresince askıya alınacak, işçi askerden döndüğünde ise iş sözleşmesi kaldığı yerden devam edecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki işçinin bedelli askerlik sebebiyle eski İş K. m. 14 hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanabilmesi, düzenlemenin yükümlü tarafından fiilen yerine getirilecek bir temel askerlik eğitimi öngörmesine bağlıdır. Bedelli askerlik düzenlemesinin fiili temel eğitim süresi öngörmediği durumlarda, askerlik hizmeti işçi için iş sözleşmesini sona erdirmeyi gerektirmeyeceğinden işçinin keyfi bir fesihle bu madde kapsamında askerlik hizmetini sebep göstererek kıdem tazminatı talep etmesi kanaatimizce mümkün değildir.

İş Kanunu ile Deniz İş Kanunu kıdem tazminatına ilişkin düzenlemeler açısından genel olarak paraleldir. Bu sebeple Kıdem tazminatına hak kazanabilme bakımından, İş Kanununa tabi çalışanlar için söylediklerimizi Deniz İş Kanununa tabi çalışanlar için de aynen söylemek mümkündür.

Gazeteci açısından bir sonuca varmak için ise kıdem tazminatına ilişkin Basın İş K. m. 6 hükmünü, aynı Kanunun m.16/f 3 hükmü ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Bu iki düzenleme bir arada değerlendirildiğinde kanun koyucunun gazetecinin muvazzaf askerlik hizmetini bir fesih nedeni olarak görmediğini, aksine bu süreç içerisinde iş sözleşmesinin devam etmesini amaçladığını ve bu amacına uygun bir şekilde, askerlik hizmeti sırasında işveren için gazeteciye ücret ödeme yükümlülüğü öngördüğünü söylemek yanlış olmayacaktır. Bu durum, muvazzaf askerlik yükümlülüğünü bedelli olarak yerine getirenler için de aynıdır.

Diğer yandan Basın İş K. m. 16 hükmü, As K. geçici m. 55 hükmüne göre gazeteci için daha lehe görünmektedir. Bu nedenle, As K. geçici m. 55 hükmünün öngördüğü ücretsiz izinli sayılma halinin uygulanmasında gazeteci açısından bir hukuki yarar mevcut değildir. Zira Basın İş K. m.16/f 3 hükmü askerlik temel eğitimi süresince zaten gazetecinin iş sözleşmesini askıda bırakmakta, bununla beraber gazeteciye bu süreç içinde bir miktar ücret ödenmesini de öngörmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, bedelli askerlikte yirmibir günlük temel eğitim sürecinde gazetecinin, As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca ücretsiz izinli sayılmasını gerektiren bir hukuki yarar mevcut değildir.

B. BEDELLİ ASKERLİK SONRASINDA İŞVERENİN İŞÇİ İLE SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU MESELESİ

İş Kanunu m. 31/f 4 hükmü uyarınca, herhangi bir askeri ve kanuni ödevi sebebiyle işten ayrılan işçi, bu ödevinin sona ermesinden itibaren iki ay içinde eski işine dönmek istediği takdirde, işveren bu kişiyi eski işine veya benzer bir işe boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk yere, başka isteklilere tercihen öncelikle ve o andaki şartlarla almak zorundadır. Aranılan şartlar mevcut olmasına rağmen işveren “iş sözleşmesi yapma” yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma talebinde bulunan eski işçiye üç aylık ücreti tutarında tazminat ödeyecektir.

Madde hükmünde “*herhangi bir askeri ödevi*” ifadesine yer verilmiş olmakla, sadece muvazzaf askerlik görevi nedeniyle değil her türlü askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesi sona eren işçi tekrar işe alınma hakkından yararlanacaktır⁴³. Bu haktan yararlanmak için madde hükmünde öngörülen iki aylık süre ise bir hak düşürücü süre olup süresi içinde başvurmayan işçi, yeniden işe alınma hakkını kaybedecektir⁴⁴.

Yine İş Kanunu m.31/f 4 hükmü, tamamen sona ermiş bir iş sözleşmesinin yeniden kurulması zorunluluğundan bahsetmektedir. Bu sebeple madde hükmünün ilk cümlesinde bahsi geçen “*işten ayrılma*” ifadesi, İş K. m. 31/f 1 hükmünde olduğu gibi geçici askerlik ya da kanuni bir ödev sebebiyle iş sözleşmesinin *askıya alınması* anlamına gelmemektedir⁴⁵. Uygulamada Yargıtay da iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik sebebiyle sona erdirilmesi halinde, askerlik dönüşünde işe alınmayan işçinin iş güvencesinden yararlanamayacağını, İş K. m. 18 vd. hükümlerine dayanarak işe iade davası açamayacağını ifade etmektedir. Zira iş sözleşmesi muvazzaf askerlik sebebiyle sona erdirilmiş olup askıda değildir⁴⁶.

Öncelikle İş K. m. 31/f 4 hükmü ile “*her türlü askerlik hizmetini ifa edenler*” kapsama alınmış olduğundan, askerlik görevini bedelli olarak yerine getirenlerin de madde hükmü kapsamında olduğu şüphesizdir⁴⁷. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi Askerlik Kanununda muvazzaf askerlik yükümlülüğünü yerine getirme, askerlik hizmetini sadece fiilen yapma durumuna özgülenmemiştir. Kanunda mevcut şartları taşıyarak belirlenen bedeli ödeyenler de muvazzaf askerlik yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmaktadır. Yani muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş olmak bakımından fiilen askerlik hizmetini yerine getirenler ile bedelli askerlik yapanlar arasında bir fark bulunmamaktadır⁴⁸. İş Kanunu m. 31/f 4 hükmü bedelli askerlik hizmetini de kapsayan bir düzenlemedir. Zira bedelli askerlikten kaynaklanan yirmibir günlük temel askerlik eğitimi, İş K. m.31/f 4 kapsamında askeri ve kanuni bir ödevdir.

Öyleyse işverenin, bedelli askerlik yapan işçi ile temel askerlik eğitimi sonrasında İş K. m. 31/f 4 hükmü uyarınca sözleşme yapma zorunluluğunun olup olmadığı meselesinin taraflar arasındaki iş sözleşmesinin mevcut durumuna göre farklılık göstereceğini söylemek yanlış olmayacaktır:

Eğer işçi 1475 sayılı İş K. m.14/f 3 hükmüne göre iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle sona erdirerek kıdem tazminatı alacağını almış ise işverenin İş K. m. 31/ f 4 hükmü uyarınca askerlik hizmetini tamamlayan işçi ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu mevcuttur. Ancak bunun için işçinin, temel askerlik eğitiminin sona ermesinden itibaren iki ay içinde eski

43 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 273; Süzek, İş Hukuku, 314; Manav Özdemir/Göktaş, 61; Şen, 590; Güner, 299; Baybora, 14; Birecik, 37; Gül, 6, <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> .

44 Süzek, İş Hukuku, 314; Şen, 592; Baybora, 14; Birecik, 39.

45 Ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, İş Hukuku, 314; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 643

46 Yarg. 9.HD. 06.11.2006, E. 2006/2046, K. 2006/29128. Karar için bkz. www.legalbank.com.tr .

47 Şen, 590-591; Gül, 6, *Yazar*, yirmibir günlük temel askerlik eğitiminin hem askeri hem de kanuni bir görev olduğunu ifade etmektedir. Bkz. <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> (erişim tarihi:03.11.2019).

48 Manav Özdemir/Göktaş, 61; Şen, 590.

işine dönme talebi ile işverene başvurması gerekmektedir. Aksi takdirde işverenin “iş sözleşmesi yapma” yükümlülüğünden bahsedilemeyecektir.

Ancak 1111 sayılı Askerlik Kanununa eklenen bedelli askerliğe ilişkin geçici m. 55 hükmü uyarınca işçi yirmibir günlük temel eğitim süresince ücretsiz izinli sayılırsa, işverenin İş K. m. 31/f4 hükmü uyarınca “iş sözleşmesi yapma” yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir. Zira bu süreçte iş sözleşmesi sona ermemiş olup askıdadır. Yirmibir günlük temel eğitimin sona ermesinin ardından işçinin işyerine kabul edilmemesi ise kanaatimizce de iş sözleşmesinin işverence hukuka aykırı bir şekilde sona erdirilmesi anlamına gelecektir. Bu sebeple işçi işe iade dava açabilecek ve işe iadenin sonuçları doğacaktır⁴⁹.

Deniz İş Kanununda işverene muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren gemiadamı ile sözleşme yapma yükümlülüğü yükleyen herhangi bir hüküm mevcut değildir. Basın İş K. m. 6 hükmüne göre ise kanun koyucu gazetecinin muvazzaf askerlik hizmetini bir fesih nedeni olarak görmemektedir. Basın İş K. m.16/f 3 hükmüne göre askerlik temel eğitimi süresince iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. Henüz sona ermemiş bir iş sözleşmesinde işveren için Basın İş Kanunu kapsamında bir sözleşme yapma zorunluluğundan da bahsedilemez. Ancak işveren işçiyi askerlik eğitiminin bitiminde işe başlatmaz ise iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacağından gazeteci için İş K. m. 18 vd. hükümleri uyarınca işe iade davası açma hakkı doğacaktır⁵⁰.

C. BEDELLİ ASKERLİK SÜRESİNCE İŞÇİNİN ÜCRETSİZ İZİNLİ SAYILMASI MESELESİ

Daha önce de belirttiğimiz gibi 7146 sayılı Kanunun m. 2 hükmü ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa eklenen geçici m. 55/f 4 hükmüne göre, bedelli askerlikten yararlanan işçiler, 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince ücretsiz izinli sayılacaklardır.

Ücretsiz izin uygulamasının hukuki temelini çoğu zaman işçi ile işveren arasındaki bir anlaşma oluşturmaktadır. Yine toplu iş sözleşmesine bu yolda konulan açık hüküm gereğince de işçi ücretsiz izne çıkarılabilir⁵¹. Ancak işçinin işverence tek taraflı olarak ücretsiz izne çıkarılması “*çalışma koşullarında esaslı değişiklik*” oluşturacaktır. Bu nedenle, İş K. m. 22 hükmü gereğince işverenin ücretsiz izin önerisini yazılı olarak yapması, işçinin ise söz konusu öneriyi altı işgünü içinde yazılı olarak kabul etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde işveren işçiyi ücretsiz izne çıkaramaz⁵².

49 **Manav Özdemir/Göktaş**, 62.

50 **Manav Özdemir/Göktaş**, 61; **Yamakoğlu**, Efe/**Karaçöp**, Eda: İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, 480; **Taşkent**, 26; **Gül**, 4, (erişim tarihi: 03.11.2019) <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri>.

51 **Taşkent**, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 3, 22; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 481.

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Süzek**, Sarper: İş Aklının Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı 2007, 127 vd., 131, 133; **Taşkent**, 23 vd.

Ücretsiz izin uygulamasının hukuki temelini kimi zaman da bu konuda mevcut olan açık kanun hükümleri oluşturmaktadır. Özellikle 4857 sayılı İş Kanunu sınırlı da olsa bazı özel durumlarda işçiye tek taraflı olarak ücretsiz izine ayrılma hakkı tanımıştır⁵³. Bu durumlarda ise sözleşmede yer alan bir hükmün uygulanması yahut tarafların anlaşması ile çalışma koşullarının değiştirilmesi değil, kanunun işçiye tanıdığı bir hakkın kullanılması söz konusudur⁵⁴.

Ücretsiz izin müessesesi iş sözleşmesinin askıya alınmasına ilişkin özel bir uygulamadır⁵⁵. Diğer bir ifade ile ücretsiz izin süresince iş sözleşmesi askıda kalır. İş sözleşmesinin askıda olduğu bu dönemde sözleşme varlığını sürdürecektir. Ancak tarafların bu sözleşmeden doğan esas borçları askı süresinin sonuna kadar ertelenmiş sayılacaktır. Böylece ücretsiz izin süresince işçinin iş görme ve işverenin de ücret ödeme borcu ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık, iş sözleşmesinden doğan diğer yan borçlar askı süresince devam etmektedir. Öyle ki, askı süresince işçinin sadakat borcu ve işverenin işçiyi gözetme borcu varlığını sürdürmekte olup, bu borçlara aykırı davranılması iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi sonucunu doğuracaktır⁵⁶.

Askerlik Kanunu geçici m. 55/f 4 hükmü uyarınca bedelli askerlikten yararlanan işçiler, madde hükmü ile belirlenmiş olan yirmibir günlük temel eğitim sürecinde ücretsiz izinli sayılacaktır. Kanun koyucunun açık iradesi uyarınca yirmibir günlük bu süre boyunca işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi varlığını sürdürecektir ancak tarafların bu sözleşmeden kaynaklanan “ücret ödeme” ve “iş görme” temel borçları askıda kalacaktır. İşveren bu süre içerisinde işçinin devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiremez. İşçi yirmibir günlük temel eğitimin sonunda işveren tarafından işe başlatılmak zorundadır. İşveren işçiyi askerlik temel eğitiminin bitiminde işe başlatmaz ise iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacaktır. Bu durumda işçinin İş K. m. 18 vd. hükümleri uyarınca işe iade davası açma hakkı doğacaktır⁵⁷.

Madde hükmüne ilişkin olarak akla gelen bir diğer durum da, As K. geçici m. 55/f 4 hükmünde öngörülen işçinin yirmibir günlük temel askerlik eğitimi süresinde ücretsiz izinli sayılma durumunun mutlak suretle uygulanıp uygulanmayacağıdır;

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere doktrinde mevcut bir görüşe göre, Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü yükümlülere seçimlik bir hak vermektedir. Madde hükmü ile her ne kadar işverenin temel askerlik eğitimi süresince işçiyi ücretsiz izinli sayacağı düzenleme altına alınmakta ise de,

53 **Taşkent**, 26; İş Kanununda m. 56/f 4 hükmü uyarınca yıllık ücretli iznini işyerinin bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek işçiye talep etmesi ve bu durumu belgelemesi koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren tarafından “toplam dört güne kadar ücretsiz izin” verilmesi öngörülmektedir. Yine İş K. m. 74/ f 5 hükmü uyarınca, doğum öncesinde ve sonrasında toplam 16 haftalık yasal analık iznini kullanmış olan kadın işçiye isteği halinde “altı aya kadar ücretsiz izin verileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yamakoğlu/Karaçöp**, 484 vd.

54 **Süzek**, Askı, 131; **Taşkent**, 26; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 484.

55 **Süzek**, Askı, 129; **Taşkent**, 20; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 480.

56 **Süzek**, Askı, 127; **Taşkent**, 20.

57 **Manav Özdemir/Göktaş**, 61; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 480; **Taşkent**, 26; **Gül**, 4, (erişim tarihi: 03.11.2019) <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri> .

işçinin muvazzaf askerlik hizmeti niteliğindeki yirmibir günlük temel askerlik eğitimine bağlı olarak iş sözleşmesini kıdem tazminatına hak kazanacak şekilde sona erdirmesini sınırlayan herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle işçi dilerse iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunacaktır. Bu yola başvurması halinde ise As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca işçi ücretsiz izinli sayılacaktır⁵⁸.

Doktrinde yer alan karşı görüşe göre ise, bu konuda “genel kanun-özel kanun” ilişkisi göz önünde tutulmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır. Eski İş K. m. 14 hükmü genel bir düzenleme olup As K. geçici m. 55 hükmünde genel mahiyetteki düzenlemenin bedelli askerlikte uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiş olması, bu konuda işçiye seçimlik hak verildiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira madde hükmü ile bedelli askerlikte temel askerlik eğitimi süresince işçinin ücretsiz izinli sayılması tarafların iradesine bırakılmış değildir. Özel Kanun hükmünün uygulamada daima önceliği vardır. Bu nedenle, özel norm olan As K. geçici m. 55 hükmünde işçinin ücretsiz izinli sayılacağına yönelik bir düzenleme mevcut olmasa idi işçi bedelli askerlik temel eğitimini yerine getirmek için iş sözleşmesini sona erdirmek zorunda kalacaktır⁵⁹.

Öncelikle İş Kanunu ile Askerlik Kanunu arasında “genel kanun-özel kanun” ilişkisi olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu iki Kanun da farklı amaçlara hizmet eden birer “özel kanun”dur. İş Kanunu işçi-işveren ilişkileri açısından “özel kanun” niteliği taşımakta iken Askerlik Kanunu, yükümlülerin askerlik hizmetini düzenleyen bir “özel kanun” niteliğindedir. Farklı amaçlara hizmet eden bu iki Kanun arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi kurmak mümkün görünmemektedir. Bu bağlamda kanaatimizce, As K. geçici m. 55 hükmü, Eski İş Kanunu m. 14’e göre özel kanun hükmü olarak nitelendirilerek mutlak surette uygulanacak bir hüküm olmayıp, yukarıda tartıştığımız şekliyle İş Kanunlarının konuya ilişkin kıdem hükümleri karşısında işçiye ve gemiadamına seçimlik bir hak vermektir⁶⁰.

Yine gazeteci açısından Basın İş K. m.16/f 3 hükmü ile getirilen düzenleme ise As K. geçici m. 55 hükmüne göre daha lehe bir düzenleme olarak görünmektedir. Zira Basın İş K. m. 16 hükmü uyarınca askerlik temel eğitimi süresince gazetecinin iş sözleşmesi askıda kalmakta ve bu süreç içinde gazeteciye işveren tarafından bir miktar ücret ödenmektedir. Söz konusu düzenleme mevcut iken As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca gazetecinin temel askerlik eğitimi süresince ücretsiz izinli sayılmasında herhangi bir hukuki yararı bulunmamaktadır.

58 **Özdemir**, Erdem: Bedellide Tazminat Tartışması, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869> (erişim tarihi: 03.11.2019); Aynı yönde, **Gül**, 4 <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri>, (erişim tarihi: 03.11.2019).

59 **Manav Özdemir/Göktaş**, 59.

60 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda III, I, 2, 3 ve 4.

D. BEDELLİ ASKERLİK SÜRESİNİN İŞÇİNİN YILLIK ÜCRETLİ İZİNİNDEN MAHSUP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ MESELESİ

Bedelli askerlik konusunda akla gelen önemli sorulardan biri de işçinin yirmibir günlük temel askerlik eğitimini yıllık ücretli iznini kullanırken yerine getirip getiremeyeceğidir. Bu soruyu cevaplayabilmek için öncelikle yıllık ücretli izine ilişkin yasal düzenlemelerin niteliğini ve hangi amaca hizmet ettiğini ortaya koymak gerekmektedir.

Yıllık ücretli izin hakkı AY. m. 50 ile güvence altına alınmış bir dinlenme hakkıdır. Anayasa bu hakkın kapsamının ve şartlarının kanunla düzenleneceğini hüküm altına almaktadır. Anayasanın anılan maddesi doğrultusunda, işçinin yıllık ücretli izin hakkı İş K. m. 53 ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir⁶¹.

İşçi, işyerinde fiilen işe başladığı gün itibarıyla, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olmakla yıllık ücretli izne hak kazanmaktadır (İş K. m.53/f 1). Yıllık ücretli izin hakkından vazgeçilemez (İş K. m.53/f 2). İş Kanununun yıllık ücretli izne ilişkin hükümleri nispi emredici olup bu hakkı işveren kullanırmak, işçi de kullanmak zorundadır. Örneğin; işçi, yüksek ücret karşılığında yıllık izin hakkından vazgeçemeyecektir. Taraflar arasında yapılan ve bu tür hükümler içeren sözleşmeler geçersizdir. Böylece işçi, sağlığının korunması amacıyla uygun olarak kendisinin yapabileceği hukuki işlemlerden dahi korunmaktadır. Ayrıca işçinin her yıl belirli bir süre ücreti ödenerek dinlendirilmesi, sağlığının korunmasının yanında iş gücünün yenilenmesini de sağlamaktadır⁶². Yine İş K. m. 58 hükmü ile izin süresince çalışma yasağı konulmuştur. Yıllık ücretli iznini kullanan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığına tespit edilmesi halinde, bu izin süresinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınacaktır.

Gemiadamının yıllık ücretli izin hakkı ise Deniz İş Kanunu m. 40 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, işçinin yıllık ücretli izin hakkından yararlanabilmesi için gemiadamının aynı işyerinde veya aynı işverenin emrinde bir takvim yılı içinde bir veya birkaç iş sözleşmesine dayanarak en az altı ay çalışmış olması gerekmektedir. Tıpkı İş Kanununa tabi çalışan işçi gibi gemiadamı da iş ilişkisinin devamı süresince, işverenden alacağı para ya da başka menfaatler karşılığında yıllık ücretli izin hakkından feragat edemez⁶³.

Basın İş Kanunu m. 21 hükmü de gazetecinin yıllık ücretli izin hakkını düzenlemektedir. Kanun hükmüne göre, günlük yayın yapan gazetede en az bir yıl çalışan, günlük yayın yapmayan gazetede ise en az altı ay çalışan gazeteci yıllık ücretli izne hak kazanmaktadır. Tıpkı diğer iki İş Kanununda olduğu gibi Basın İş Kanununda da gazetecinin yıllık ücretli izin hakkından feragat edemeyeceği hüküm altına alınmıştır (Basın İş K. m.20/ f 3)⁶⁴.

61 Ayrıca İş K. m. 60 hükmüne dayanılarak yayımlanan bir “Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği” de mevcuttur.

62 Süzek, İş Hukuku, 819-820.

63 Bedük, 201; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 772.

64 Sümer, 254-255; Gökçek Karaca, 224-225; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 772.

Uygulamada bedelli askerliğin yirmibir günlük temel eğitiminin işçinin yıllık ücretli iznine denk getirildiği, işçi ile işverenin bu kapsamda anlaştığı, sözleşme yaptığı ya da işverenin işçisinin elinden bu yönde beyanlar aldığı durumlar mevcuttur. Yine Milli Eğitim Bakanlığı ile Milli Savunma Bakanlığı'nın ortak girişimi ile eğitim ve öğretim hizmetlerinin aksamadan yürütülebilmesi ve bedelli askerlikten faydalanan öğretmenlerin temel eğitimlerini yarıyıl veya yaz tatilinde yerine getirebilmesi için temel askerlik eğitiminin ertelenmesi imkânı getirilmiş, Milli Eğitim Bakanlığı 10.09.2018 tarihinde bu yönde bir genelge yayımlayarak ilgili kurumlara dağıtmıştır⁶⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki muvazzaf askerlik hizmeti kanuni şartları taşıyan yükümlülerce bedelli askerlik olarak da ifa edilebilecek olup bu hizmet yükümlüleri için bir vatan hizmetidir. Bu nedenle söz konusu durumu “ücret karşılığı bir iş” olarak yorumlamak ve İş K. m. 58 hükmü uyarınca izin sırasında çalışma yasağı kapsamında değerlendirmek mümkün değildir⁶⁶. Ancak yıllık ücretli iznin temel amacı işçinin dinlenmesi, sağlığının korunması ve iş gücünü tazelenmesidir. Bu sebeple yıllık ücretli izin sürecinde işçinin bedelli askerlik eğitimi tamamlaması bu kurumun amacına tümüyle aykırıdır⁶⁷. Diğer yandan üç İş Kanununda da mevcut olan, işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceğine ilişkin hükümler karşısında (İş K. m.58; Deniz İş K. m.40/f.3; Basın İş K. m. 21/f.3) bedelli askerliğin temel eğitim sürecinin işçinin/gemiadamının/gazetecinin yıllık ücretli izninden mahsup edilmesi mümkün görünmemektedir. Kaldı ki Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü bedelli askerlik yükümlülerinin temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacağını belirtmek suretiyle temel eğitimin ne şekilde yerine getirileceği konusuna açıklık getirmektedir. Bu bağlamda, Milli Eğitim Bakanlığı Genelgesi kapsamında yerine getirilmesi yarıyıl veya yaz tatiline ertelenen yirmibir günlük temel eğitimler de bu döneme denk gelen yıllık ücretli izinlerden mahsup edilmeksizin ücretsiz ya da aylıksız izin olarak yerine getirilmelidir⁶⁸.

E. BEDELLİ ASKERLİK SÜRESİNİN İŞÇİNİN KIDEM VE YILLIK ÜCRETLİ İZİN SÜRESİNİN HESABINA DÂHİL EDİLİP EDİLEMeyeceĞİ MESELESİ

1. İşçinin Kıdem Süresinin Hesabına Dâhil Edilip EdilemeyeceĞi Meselesi

İşçinin işyerindeki kıdemi, iş mevzuatında mevcut olan kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süreleri, ihbar süreleri gibi işçi lehine pek çok hakkın doğumu ve hesaplanması için önemlidir.

1475 sayılı eski İş Kanununun halen yürürlükte olan kıdem tazminatına ilişkin m. 14 hükmüne göre kıdem tazminatının hesaplanmasında dikkate alınacak kıdem süresinin başlangıcı “...*işçinin*

65 Manav Özdemir/Göktaş, 55.

66 Manav Özdemir/Göktaş, 54; Güner, 304.

67 Manav Özdemir/Göktaş, 54-55; <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/bedelli-askerler-kidem-tazminatinalabilecek-mi/> (erişim tarihi: 03.11. 2019).

68 Manav Özdemir/Göktaş, 55.

işe başladığı tarih..” dir⁶⁹. İşveren, madde hükmünde öngörülen koşulları sağlamış olan işçiye “hizmet sözleşmesinin devamı süresince” her geçen tam yıl için otuz günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeyecektir. Görüldüğü üzere kanun koyucu madde hükmünde, kıdem süresinin hesabı için işçinin sadece fiilen çalıştığı süreyi değil hizmet sözleşmesinin devamı süresini esas almaktadır. Bu bağlamda, bir yıllık kıdem süresinin hesabında işçinin fiilen çalıştığı sürelerin yanında çalışmadığı halde işverenin emir ve talimatına hazır olarak geçirilen süreler (İşK. m. 66), iş sözleşmesinin askıda kaldığı hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izin süreleri ile işverenin verdiği diğer izin süreleri (İşK. m. 55) ve kısa çalışma süresi de dikkate alınmaktadır.

Uygulamada Yargıtay iş sözleşmesinin askıda olduğu sürelerin işçinin kıdem süresinden sayılmaması gerektiğini, bu nedenle ücretsiz izinde geçen sürelerin de kıdem tazminatına esas süre bakımından dikkate alınmayacağını ifade etmektedir⁷⁰. Ancak doktrinde isabetli olarak ileri sürülen bir görüşe göre, İş K. m. 14 hükmü açık bir şekilde kıdem tazminatı için iş sözleşmesinin devamı süresinin esas alınacağını ifade etmiştir. Bu bağlamda askı süreleri de kıdem süresine dâhil edilmelidir⁷¹.

Tüm askı süreleri gibi ücretsiz izin süreleri de iş sözleşmesinin devam ettiği süreler olup bu süreç içinde taraflar sözleşmeden kaynaklanan temel borçları yerine getirilmeler de sadakat borcu ve işverenin işçiyi gözetme borcu gibi diğer yan borçlarını yerine getirmekle yükümlüdürler. Askı döneminde hem iş sözleşmesinin varlığını sürdürdüğünü ve işçinin bazı borçlarının devam ettiğini kabul etmek hem de buna karşılık bu dönemi işçinin kıdeminden saymamak büyük bir tutarsızlık oluşturacaktır⁷².

Bu durum İş K. m. 14 hükmünü değiştiren 04.07.1975 tarihli ve 1927 sayılı Kanununun gerekçe metninde de açık bir şekilde ifade edilmektedir. Gerekçe metnine göre, “*Kıdem tazminatına hak kazandıracak bir yıllık sürenin sadece işyerinde fiilen çalışılan süreleri değil, işçinin istirahat...izin ve diğerleri gibi hizmet akdinin askıda kaldığı bütün durumları da kapsayacağı açıktır. Zira aslolan hizmet akdinin başlaması ve devamıdır. Yukarıda anılan askıda kalma durumları ise zaten hizmet akdini sona erdiren durumlar değildir*”⁷³.

69 Kıdem süresinin başlangıcı için genel kural olarak işçinin “fiilen işe başladığı tarih” esas alınmaktadır. Ancak istisnai olarak işçi, işverenin emir ve talimatı altına girmeye hazır olmakla beraber, işverenden kaynaklanan bazı nedenlerden ötürü çalışmaya başlatılmıyorsa, bu durumun ortaya çıktığı tarih kıdem tazminatının hesabında başlangıç sayılmaktadır. Bkz. **Yamakoğlu/Karaçöp**, 499; **Süzek**, İş Hukuku, 744; **Manav Özdemir/Göktaş**, 54 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 667-668.

70 Yarg. 22 HD., 11.09.2017, E. 2015/16706, K. 2017/17208, bkz. www.kazanci.com.tr ; Yarg. 22.HD., 11.04.2016, E.2015/5275, K. 2016/10340, bkz. www.kazanci.com.tr.

71 **Doğan Yenisey**, Kübra: Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku ve Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002, 83-84; **Süzek**, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 112; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 500; **Süzek**, İş Hukuku, 745; **Manav Özdemir/Göktaş**, 54; Karşı görüş, **Gül**, 4, <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalar-etkileri>.

72 **Süzek**, Genel Teori, 110; **Süzek**, İş Hukuku, 745; **Doğan Yenisey**, 83.

73 **Süzek**, Genel Teori, 113; **Süzek**, İş Hukuku, 745.

Deniz İş Kanunu m. 20 hükmü uyarınca gemiadamının kıdem süresinin başlangıcı da işe başladığı tarihtir. Bu tarih, işçinin fiilen işe başladığı gündür. Kıdem süresinin sonu ise sözleşmenin sona erdiği tarihtir⁷⁴. Gemiadamının kıdem tazminatına ilişkin m. 20 hükmü 1475 sayılı eski İş Kanunu m. 14 hükmü ile paraleldir. Madde hükmüne göre, işveren gemiadamına, işe başladığı tarihten itibaren “*hizmet akdinin devamı süresince*” her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeyecektir. Kanun koyucu İş Kanununa tabi işçinin kıdem süresini hesap ederken kullandığı düşünce şeklini gemiadamı için de aynı şekilde kullanmış ve gemiadamının kıdem süresinin hesabında fiilen çalıştığı süreyi değil iş sözleşmesinin devamı süresini esas almıştır. Bu bağlamda, gemiadamının kıdem süresinin hesabında da İş Kanununa tabi işçinin kıdem süresinin hesabında kabul ettiğimiz düşünceyi kabul ederek, iş sözleşmesinin askıda kaldığı sürelerin de kıdem hesabında dikkate alınacağı sonucuna varmak doğru olacaktır.

Basın İş Kanunu m. 6/f 2 hükmüne göre gazetecinin kıdem süresi, mesleğe ilk giriş tarihinden itibaren hesaplanacaktır⁷⁵. Doktrinde mevcut bir görüşe göre, gazetecinin kıdem süresinin hesabında deneme süresi, izin, tatil, dinlenme gibi sebeplerle çalışılmayan günler ve basın iş sözleşmesinin askıda bulunduğu süreler dikkate alınmalıdır⁷⁶. Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmünün de belirtildiği şekliyle, yükümlü işçi yirmibir günlük bedelli askerlik hizmeti süresince ücretsiz izinli sayılacak olup iş sözleşmesi askıda kalacağından, bu süre işçinin kıdem hesabında dikkate alınmalıdır. Diğer bir görüşe göre ise; kıdem süresinin hesabında iş sözleşmesinin devam ettiği süreler dikkate alınmalıdır. İş sözleşmesinin devam etmeyip askıda kaldığı süreler ise gazetecinin kıdem süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır⁷⁷. Bu sebeple, işçinin ücretsiz izinli sayılacağı bedelli askerlik süresi kıdem süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır.

Kanaatimizce, iş sözleşmesinin askıda olduğu ücretsiz izin süresinde iş sözleşmesinin sona erdiğini söylemek mümkün değildir. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz gibi sözleşmenin askıda kaldığı bu dönemde her ne kadar iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borçlar yerine getirilmese de taraflar yan borçları yerine getirmekle yükümlüdürler. Askı dönemi, iş sözleşmesinin varlığını sürdürdüğü ve taraflarca bazı yan borçların devam ettiği bir dönemdir. Hatta Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmünden bağımsız olarak Basın İş K. m. 16 hükmü askerlik temel eğitimi süresince gazetecinin iş sözleşmesinin askıda olduğunu kabul etmekte ve bu süreçte işverene, gazeteciye bir miktar ücret ödeme borcu yüklemektedir. Bu veriler ışığında, iş sözleşmesinin askıda kaldığı temel askerlik eğitimi süresinin de gazetecinin kıdem süresinin hesabında dikkate alınması gerekmektedir.

74 **Bedük**, 295.

75 Mesleğe ilk giriş tarihi olarak, Başbakanlık Basın Yayın ve Enformasyon Genel Müdürlüğündeki gazetecilerle ilgili sicildeki tarih esas alınacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Sümer**, 210-211; **Şakar**, 20; **Gökçek Karaca**, 195; **Gökçek Karaca**, Nuray: Gazetecilerin Kıdem Tazminatı Hakkı, TÜHİS, Şubat 2004, 9-10. Bkz. <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/134.875.1318.pdf>. (erişim tarihi: 03.11.2019). Aksi görüş için bkz. **Akyiğit**, Ercan: Basın İş Hukuku'nda Kıdem Tazminatı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:24, Sayı: 3-4-5, Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013, 18.

76 **Sümer**, 211-212.

77 **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, 8-19; **Gökçek Karaca**, 197; **Gökçek Karaca**, Kıdem Tazminatı, 11.

2. İşçinin Yıllık Ücretli İzin Süresinin Hesabına Dâhil Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için İş K. m. 53 hükmüne göre, işyerinde fiilen çalışmaya başladığı günden itibaren, deneme süresi de dâhil olmak üzere, en az bir yıl çalışmış olmak gerekmektedir. İş Kanunu m. 55 hükmü ise çalışılmadığı halde yıllık ücretli iznin hesabında çalışılmış gibi sayılan süreleri sınırlayıcı bir şekilde sayarak düzenlenmiştir⁷⁸.

İş Kanun m. 55/j hükmü “işveren tarafından verilen diğer izinler”in yıllık ücretli izin sürelerinin hesabı bakımından çalışılmış gibi sayılacağını ifade etmektedir. Kanun koyucu madde hükmünde çalışılmış gibi sayılan süreleri belirlerken ücretli izin, ücretsiz izin ayrımı yapmaksızın “diğer izinler” deyimini kullanmayı tercih etmiştir. Bu nedenle “diğer izinler” ifadesinin işveren tarafından verilen hem ücretli hem de ücretsiz izinleri kapsadığı kabul edilmelidir. Böylece yıllık ücretli izin süresinin hesabında işçinin ücretsiz izinli olduğu süreler de dâhil edilmelidir⁷⁹.

Doktrinde de, ücretsiz izin sürelerinin İşK. m. 55/(j) kapsamında yıllık ücretli izne hak kazanma açısından çalışılmış gibi sayılan süreler arasında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁸⁰. Buna karşılık uygulamada Yargıtay kimi kararlarında yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan bir yıllık bekleme süresinin hesabında “ücretsiz izin” süresini dikkate almamakadır⁸¹. Ancak kanun koyucunun öngörmediği bir sınırlamanın yargı kararları ile getirilmesinin uygun olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir⁸².

Deniz İş Kanununda ise İş Kanunu m. 55 hükmünde olduğu gibi yıllık ücretli izin sürelerinin hesabında hangi sürelerin çalışılmış gibi kabul edileceğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildir. Doktrinde bir görüşe göre Deniz İş Kanununda, İşK. m. 55 hükmünde olduğu gibi bir düzenlemeye yer verilmediği dikkate alınır, burada çalışılıp çalışılmadığına bakmaksızın hizmet akdinin hukuken devam ettiği sürenin esas alınması daha uygundur⁸³. Ancak Deniz İş K. m. 42/f. 2 hükmüne göre, “evlenmelerde üç güne, ana ve babanın, karı ve kocanın, kardeş ve çocukların ölümünde iki güne kadar verilmesi gereken izin süreleriyle bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinler ve hekim raporuyla verilen dinlenme ve hastalık izinleri” fiilen çalışılmış günler gibi hesaba katılmalıdır. Doktrinde mevcut diğer bir görüşe göre ise sadece madde hükmünde yer verilen günlerin ve sürelerin yıllık ücretli izin süresinin hesabında da dikkate alınması gerekir⁸⁴. Kanaatimizce, Deniz İş Kanununda, gemiadamının ücretsiz izinli olduğu sürelerin çalışılmış gibi sayılacağına ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanun koyucunun bu yönde açık bir iradesi mevcut olmadığına göre, gemiadamının temel

78 Süzek, İş Hukuku, 825-826.

79 Süzek, İş Hukuku, 826; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 587 dn. 243; Manav Özdemir/Göktaş, 55; Yamakoğ – lu/ Karaçöp, 500

80 Süzek, Genel Teori, 109 vd.; Doğan Yenisey, 84.

81 Süzek, İş Hukuku, 826; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 587; Manav Özdemir/Göktaş, 55; Yamakoğlu /Karaçöp, 500.

82 Manav Özdemir/Göktaş, 55.

83 Akyiğit, Ercan: Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:24, Sayı:1-2, Şubat-Mayıs 2012, 15-16, <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/134.753.4267.PDF> (erişim tarihi: 03.11.2019).

84 Bedük, 203.

askerlik eğitimi sebebiyle ücretsiz izinli olduğu süreler yıllık ücretli izin süresinin hesabında çalışılmış süreler gibi dikkate alınmamalıdır.

Basın İş Kanunu m. 21/f 2 hükmüne göre yıllık ücretli iznin hesabında gazetecinin kıdemi sözleşmenin devam etmiş ya da aralıklarla yeniden kurulmuş olmasına bakılmaksızın gazetecilik mesleğinde geçirdiği tüm süre dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu sebeple, gazetecinin askerlik temel eğitimi sebebiyle iş sözleşmesinin askıda kaldığı süreler de yıllık ücretli izin süresinin hesabında dikkate alınmalıdır⁸⁵.

SONUÇ

Askerlik Kanunu, muvazzaf askerliğe alternatif olarak bedelli askerliğe ilişkin düzenlemelere yer vermektedir. Söz konusu düzenlemelere göre, Kanunda belirtilen şartları taşıyan yükümlüler yine Kanunda belirlenen bir miktar bedeli ödeyerek muvazzaf askerlik görevini yerine getirmiş sayılmaktadırlar. Bu bağlamda, muvazzaf askerlik görevini fiilen yerine getirenler ile bedel ödemek suretiyle yerine getirenler arasında bir fark bulunmamaktadır. Askerlik Kanununda bedelli askerliğe ilişkin olarak farklı tarihlerde yapılmış farklı düzenlemeler mevcuttur. Bu konudaki en son düzenleme, 03.08.2018 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 7146 sayılı Kanun ile 1111 sayılı Askerlik Kanununun ek m.1 hükmünün birinci fıkrası değiştirilmesi ile ve bu kanuna geçici m. 55 hükmünün eklenmesi ile yapılmıştır. Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü ile geçmişteki düzenlemelerden farklı olarak yurt içinde yaşayan yükümlüler için genel ve kalıcı bir bedelli askerlik düzenlemesi getirilmek istenmektedir.

Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmüne göre Kanunun çizdiği genel çerçeve kapsamında, 01.01.1994 tarihi de dâhil olmak üzere bu tarihten önce doğmuş ve fiili askerlik hizmetine başlamamış tüm yükümlüler, 15.000 TL ödemek ve 21 gün temel askerlik eğitimi yerine getirmek şartıyla muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılacaklardır. Yine Askerlik Kanunu geçici m. 55/ f 4 hükmü daha önceki bedelli askerli düzenlemelerinde mevcut olmayan yeni ve çok da tartışmalı bir düzenlemeye de yer vermiştir. Madde hükmü uyarınca, bu madde hükmünden yararlanan yükümlüler temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları işyeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılacaklardır.

Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmü ile yükümlülere seçimlik bir hak tanınmaktadır: İşçi isterse 1475 sayılı İş K. m.14 hükmüne göre iş sözleşmesini feshederek kıdem tazminatı talebinde bulunacak; bu yola başvurmaması halinde ise As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca, işçi ücretsiz izinli sayılacaktır. Bu durumda iş sözleşmesi bedelli askerlik süresince askıya alınacak, işçi askerden döndüğünde ise iş sözleşmesi kaldığı yerden devam edecektir. Ancak ifade etmek gerekir ki işçinin bedelli askerlik sebebiyle eski İş K. m. 14 hükmü uyarınca kıdem tazminatına hak kazanabilmesi, düzenlemenin yükümlü tarafından fiilen yerine getirilecek bir temel askerlik eğitimi öngörmesine bağlıdır. Eğer düzenleme herhangi bir fiili temel eğitim süresi öngörmese

85 Sümer, 256.

idi, işçinin keyfi bir fesihle bu madde kapsamında askerlik hizmetini sebep göstererek kıdem tazminatı talep etmesi kanaatimizce mümkün olmayacaktı.

Kıdem tazminatına hak kazanabilme bakımından, İş Kanununa tabi çalışanlar için söylediklerimizi Deniz İş Kanununa tabi çalışanlar için de aynen söylemek mümkündür. Basın İş Kanunu ise gazetecinin muvazzaf askerlik hizmetini bir fesih nedeni olarak görmemiş, bu süreç içerisinde iş sözleşmesinin devam etmesini amaçladığını ve bu amacına uygun olarak da askerlik hizmeti sırasında işverene, gazeteciye ücret ödeme yükümlülüğü öngörmüştür. Bu durum muvazzaf askerlik yükümlülüğünü bedelli olarak yerine getirenler için de aynıdır. Diğer yandan Basın İş K. m. 16 hükmü, As K. geçici m. 55 hükmüne göre gazeteci için daha lehe olduğundan, gazeteci için As K. geçici m. 55 hükmü uyarınca ücretsiz izinli sayılmayı gerektiren bir hukuki yarar mevcut değildir.

İşverenin, bedelli askerlik yapan işçi ile temel askerlik eğitimi sonrasında İş K. m. 31/f 4 hükmü uyarınca sözleşme yapma zorunluluğunun olup olmadığı meselesi taraflar arasındaki iş sözleşmesinin mevcut durumuna göre farklılık gösterecektir: Eğer işçi 1475 sayılı İş K. m.14/f 3 hükmüne göre iş sözleşmesini muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle sona erdirerek kıdem tazminatı alacağını almış ise işverenin İş K. m. 31/f 4 hükmü uyarınca askerlik hizmetini tamamlayan işçi ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğu mevcuttur. Ancak 1111 sayılı Askerlik Kanunu geçici m. 55 hükmüne göre işçi yirmibir günlük temel eğitim süresince ücretsiz izinli sayılması halinde, işverenin İş K. m. 31/f 4 hükmü uyarınca “iş sözleşmesi yapma” yükümlülüğü mevcut değildir. Deniz İş Kanununda işverene muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini sona erdiren gemiadamı ile sözleşme yapma yükümlülüğü yükleyen herhangi bir düzenleme yoktur. Basın İş Kanunu m. 6 hükmü ise gazetecinin muvazzaf askerlik hizmetini bir fesih nedeni olarak görmemektedir. Basın İş K. m.16/f 3 hükmüne göre askerlik temel eğitimi süresince iş sözleşmesi askıda kalmaktadır. İş sözleşmesi henüz sona ermediğinden işveren için Basın İş Kanunu kapsamında bir sözleşme yapma yükümlülüğünden bahsedilemez.

Askerlik Kanunu geçici m. 55/f 4 hükmü uyarınca bedelli askerlikten yararlanan işçiler, yirmibir günlük temel eğitim sürecinde ücretsiz izinli sayılacaktır. Bu süre boyunca işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi varlığını sürdürmekte ancak tarafların temel borçları askıda kalacaktır. İşveren yirmibir günlük temel eğitim sonrasında işçiyi işe başlatacak olup başlatmaz ise iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiş sayılacak ve işçinin İş K. m. 18 vd. hükümleri uyarınca işe iade davası açma hakkı doğacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, As K. geçici m. 55 hükmü, eski iş Kanunu m. 14'e göre özel kanun hükmü niteliği taşımamakta olup, İş Kanunlarının konuya ilişkin kıdem hükümleri karşısında işçiye ve gemiadamına seçimlik bir hak vermektedir.

İş Kanunlarında işçi/gemiyadamı/gazeteci için öngörülen yıllık ücretli izin hakkının temel amacı ise işçinin dinlenmesini, sağlığının korunmasını ve iş gücünü tazelemesini sağlamaktır. Bu sebeple yıllık ücretli izin sürecinde işçinin/gemiyadamının/gazetecinin bedelli askerlik eğitimini tamamlaması bu kurumun amacına tümüyle aykırıdır. Diğer yandan üç İş Kanununda da mevcut olan, işçinin yıllık ücretli izin hakkından vazgeçemeyeceğine ilişkin hükümler karşısında (İş K.

m.58; Deniz İş K. m.40/f.3; Basın İş K. m. 21/f.3) bedelli askerliğin eğitim sürecinin işçinin/gemiadamının/gazetecinin yıllık ücretli izninden mahsup edilmesi mümkün değildir.

İşçinin işyerindeki kıdemi, iş mevzuatında mevcut olan kıdem tazminatı, yıllık ücretli izin süreleri, ihbar süreleri gibi işçi lehine pek çok hakkın doğumu ve hesaplanması için önemlidir. Bedelli askerlik için öngörülen yirmibir günlük temel eğitim süreci işçinin/gemiadamının/gazetecinin kıdem süresinin hesaplanmasında da dikkate alınmalıdır.

Diğer taraftan, bedelli askerlikte öngörülen yirmibir günlük temel eğitim süresi işçi ve gazeteci için yıllık ücretli izin sürelerinin hesabında dikkate alınmalı iken gemiadamının yıllık ücretli izin süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır.

KAYNAKÇA

- Akyiğit**, Ercan: Deniz İş Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:24, Sayı:1-2, Şubat-Mayıs 2012, <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/134.753.4267.PDF> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Akyiğit**, Ercan: Basın İş Hukuku'nda Kıdem Tazminatı, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:24, Sayı: 3-4-5, Ağustos-Kasım 2012/Şubat 2013 (Kıdem Tazminatı).
- Astarlı**, Muhittin: İş İlişkinin sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı Açısından Yargıtay'ın 2015 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015, İstanbul 2016.
- Baybora**, Dilek: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1998, Sayı: 4, Cilt: 12.
- Baysal**, Mustafa: Bedelli Askerlik Yapan İşçi Kıdem tazminatı alır mı? <https://iscidunyasi.com/bedelli-askerlik-yapan-isci-kidem-tazminatı-alir-mi/> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Bedük**, Mehmet Nusret: Deniz İş Sözleşmesi, Bursa 2012.
- Birecik**, Mustafa: Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul 2019.
- Demirbilek**, Tamer: Kıdem Tazminatına Hak Kazanabilmek İçin Öngörülen Koşullar, TBB Dergisi, 2014 (155), <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2014.115.1436> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Doğan Yenisey**, Kübra: Hizmet Akdinin Değiştirilmesi ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Ekonomik Krizin İş Hukuku ve Uygulamasına Etkisi, İş Hukukuna ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2002 Yılı Toplantısı, İstanbul 2002.
- Gökçek Karaca**, Nuray: Gazetecinin Basın İş Kanunu'ndan Doğan Hakları ve Sorumlulukları, İstanbul 2010.
- Gökçek Karaca**, Nuray: Gazetecilerin Kıdem Tazminatı Hakkı, TÜHİS, Şubat 2004, <https://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/134.875.1318.pdf> (Kıdem Tazminatı).
- Gül**, Ali Haydar: Bedelli Askerlikten Yararlanma Şartları, Bedelli Askerliğin İş İlişkileri İle Adli ve İdari Soruşturma Ve Kovuşturmalara Etkileri, 3 Ağustos 2018, <http://www.mgc.com.tr/bedelli-askerlikten-yararlanma-sartlari-bedelli-askerligin-is-iliskileri-ile-adli-ve-idari-sorusturma-ve-kovusturmalara-etkileri>.
- Güner**, Erol: İş Kanunu Bağlamında Muvazzaf Askerlik, Ve Diğer Askeri Kanuni Ödev Yükümlülüğünden Doğan Haklar, <https://docplayer.biz.tr/31141440-Is-kanunlari-baglamında-muvazzaf-askerlik-diger-askeri-ve-kanuni-odev-yukumlulugunden-dogan-haklar.html> (erişim tarihi: 03. 11.2019).

- Karakullukçu**, Feyza Sultan: İş Kanunu Hükümleri Işığında Basın İş Kanununa Göre Çalışma Karşılığı Olmayan Ücret, <http://www.mondaq.com/turkey/x/778074/employee+rights+labour+relations/kanunu+hkmleri+nda+basn+i+kanununa+gre+alma+karl+olmayan+cret>(erişim tarihi: 03.11.2019).
- Kaykayoğlu**, Onur: Bedellide Tazminat Tartışması, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Kılıç**, Cem: Bedelli askerlik Yapanlar Kıdem Tazminatı Alamaz, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/cem-kilic/bedelli-askerlik-yapanlar-kidem-tazminatialamaz-1980585> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Kurt**, Resul: Bedellide Tazminat var mı? <https://www.dunya.com/kose-yazisi/bedellide-tazminat-var-mi/423539> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Manav Özdemir**, Eda/**Göktaş**, Seracettin: Bedelli Askerliğin İş Sözleşmesine Etkisi, Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl:2018, Sayı:40.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal** Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara 2019.
- Okur**, Ali Rıza: Muvazzaf Askerlik Ve Bedelli Askerliğin Hukuki Sonuçları Açısından Karşılaştırılması, <http://www.kazanci.com/kho2/hebb/files/makale-alirizaokur-6.htm> .
- Özdemir**, Erdem: Bedellide Tazminat Tartışması, <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Sümer**, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013.
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019 (İş Hukuku)
- Süzek**, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı 2007 (Askı).
- Süzek**, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989 (Genel Teori).
- Şakar**, Müjdat: Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, <http://www.calismatoplum.org/sayi17/sakar.pdf> (erişim tarihi: 03.11.2019).
- Şen**, Murat: İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumları, Yargıtay Dergisi, Cilt:27, Sayı:3, Temmuz 2001.
- Taşkent**, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Mess Sicil İş Hukuku Dergisi, Yıl: 2006, Sayı: 3.
- Yamakoğlu**, Efe/**Karaçöp**, Eda: İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, İstanbul 2014, <http://iskanunu.com/sizin-sorduklariniz/bedelli-askerler-kidem-tazminat-alabilecek-mi/>(erişim tarihi: 03.11.2019).

Küreselleşmenin Hukuki Boyutları ve Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları ile Uluslararası Adalet Divanı'nın Devletlerin Egemenliği Üzerindeki Etkisi

The Legal Dimensions of the Globalization and the Effect of the United Nations Specialized Agencies and International Court of Justice on the Sovereignty of States

Abdulkadir GÜLÇÜR* 

Öz

Birleşmiş Milletler'in kurulması ve ardından kabul edilen uluslararası belgeler ile uluslararası hukuk önemli bir değişim yaşamıştır. Eş zamanlı olarak küreselleşme kavramı altında değerlendirilen gelişmeler, kabul edilen uluslararası kurallar ile birlikte devletlerin mutlak egemenlik sınırlarının silikleşmesi yönünde dramatik bir dönüşümün fitilini ateşlemiştir. Bu durumun meydana gelmesinde, uluslararası hukukta daha önce yalnızca devletler arasında ulusal menfaatler üzerinden yürüyen karşılıklı ilişkilerin, uluslararası toplumun ortak menfaatlerini kapsayacak şekilde genişlemesi ve bununla bağlantılı olarak uluslararası hukukun öznelinin yalnızca devletler olmaktan çıkarak, uluslararası örgütlerin, devlet-dışı aktörlerin ve bireylerin de sisteme dahil olması etkili olmuştur.

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler İhtisas Kuruluşları, Uluslararası Adalet Divanı, Küreselleşme, Egemenlik, Uluslararası hukuk.

Abstract

International law has experienced a significant change by the establishment of United Nations and adoption of international instruments, hereafter. Meanwhile, both improvements which considered under the concept of globalization and adopted international rules had pulled the trigger towards the dramatic change regarding the blurring of the absolute sovereignty of states. In the happening of that change, expansion of inter-state relations which based on the national interests to covering common interests of the international community and related with that, alongside the states, the international organizations, non-state actors, and individuals as being subjects of the international law have been effective.

* Arş. Gör., Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Adana Bilim ve Teknoloji Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Uluslararası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: abdulcadir.gulcur@marmara.edu.tr

Bu makale konusunu seçmemde tavsiyeleri ile yol gösteren kıymetli hocam Prof. Dr. Bihterin DİNÇKOL'a teşekkür ederim. Makalenin yazımına ilişkin tüm eksiklikler kuşkusuz tarafıma aittir.

Keywords: United Nations Specialized Agencies, International Court of Justice, Globalization, Sovereignty, International law.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun kurucu isimleri olarak kabul edebileceğimiz Vitoria, Suarez, Gentili ve Grotius'tan itibaren, yirminci yüzyılın başlarına kadar geçen zaman diliminde, uluslararası hukukun işleyişi yalnızca devletler arasındaki ilişkilerden ibaretti. Bu doğrultuda, anılan dönem klasik uluslararası hukuk olarak nitelendirilmekteydi.¹ Bununla birlikte, son yüzyıl içerisinde yeni aktörlerin uluslararası hukukta yer almaya başlaması modern uluslararası hukukun farklılaşmasına olanak sağlamıştır. Bu kapsamda, önce Milletler Cemiyeti'nin, ardından Birleşmiş Milletler'in kurulması ve bunu takiben çok sayıda uluslararası antlaşmanın kabul edilmesiyle yeni bir dönem başlamıştır. Bu dönüşümde; iletişim, ulaşım ve teknoloji imkanlarının dünya tarihinde daha önce olmadığı kadar hızlı şekilde gelişmesini takiben, yaşanan değişimin küreselleşme adı altında gündemimize girmesi de etkili olmuştur.

I. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN KURULUŞUNA ZEMİN OLUŞTURAN METİNLER

Birleşmiş Milletler'in kuruluşu ile oluşan uluslararası düzeni kavrayabilmek için bu düzenin fikri yapıtaşlarını oluşturan adımları takip etmek önem arz etmektedir. Konuyla ilgili olarak, ilk temel fikrin küresel barışın sağlanmasına ilişkin olduğunu dikkate aldığımızda, bu yöndeki düşünceleri 17. ve 18. yüzyıldaki filozofların² çalışmalarında görebilmek mümkündür. Ancak savaşın engellenmesi ve barışın sağlanması yönünde uluslararası hukuk pratiğinin oluşumu Birinci Dünya Savaşı'ndan sonraki döneme rastlamaktadır. Savaşın akabinde, Amerikan

1 Peter Haggemacher, "Vitoria'dan Vattel'e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet" (Çev. İdil Selçuk), Cemal Bâli Akal (Ed.), **Devlet Kuramı** içinde (257-265), Dördüncü Baskı, Ankara: Dost Kitabevi, 2013, s. 258 vd.; Hakkı Hakan Erkiner, "Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluşturduğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 18, S. 1 (2012), s. 138.

2 Bkz. Immanuel Kant, **Perpetual Peace a Philosophical Essay (1795)**, (Translated by M. Campbell Smith), London: George Allen & Unwin Ltd., Third Edition, 1917. Kant, uluslararası hukuk alanındaki Grotius, Puffendorf ve Vattel gibi düşünürlerin çalışmalarının devletler tarafından kendi saldırı eylemlerini meşrulaştırmak için alıntıldığını ifade ederek, devletlerin kendi haklarını hukuk vasıtasıyla arayacakları bir harici mahkeme (*external tribunal*) olmadığı için savaş yoluna başvurduklarını ve bu doğrultuda hiçbir devletin savaşı kınayamadığını, zira her birinin savaş vasıtasıyla yaşadığı uyumsuzlukta kendi yargıçlığını yaptığını ifade etmektedir. Netice itibarıyla Kant, uluslararası hukukun fikri temelinde devletlere savaş hakkının tanınması yönünde bir anlam bulunmadığına işaret etmektedir. *Ibid.*, s. 131-135. Esasında Kant'ın uluslar arasında harici bir mahkeme bulunmadığı yönündeki çıkışı, eserini yazdığı tarih itibarıyla yeni bir dönemin kapılarının açılmasının hemen öncesine tekabül etmekteydi. Zira uluslararası uyumsuzlukların çözümünde salt hukuki bir yargı merci gibi kabul edilmese de diplomatik yollarla yargısal çözümün karması sayılan ve ilk modern uluslararası yargısal çözüm yöntemi olarak kabul gören yapı, ABD ile Birleşik Krallık arasında 1794 tarihli "Jay Antlaşması" ile kurulan komisyonlardır. Anglo-Amerikan usulü komisyonların yerini ilerleyen yıllarda hukuki özelliği daha ağır basan karma komisyonlar ve nihayetinde uluslararası daimî mahkemeler almıştır. Bkz. John G. Merrils, **International Dispute Settlement**, Cambridge: Cambridge University Press, Fifth Edition, 2011, s. 84.

Devlet Başkanı Wilson tarafından ifade edilen 14 prensipten oluşan ve “Wilson İlkeleri” olarak bildiğimiz kurallar ile ulusal ihtiyaçlar haricinde silahlanmanın önüne geçilmeye çalışılmıştır.³ Paris Barış Konferansı'nın 25 Ocak 1919'da yapılan toplantısında, uluslararası barışın sağlanması için beynelmil bir topluluk oluşturulması gerektiği hususunda anlaşan devletler, bu konuda çalışmaların yürütülmesi için özel bir komisyon kurmuşlardır. Komisyonun hazırladığı Milletler Cemiyeti Misakı, 28 Haziran 1919 tarihli Versay Barış Antlaşması ile kabul edilmiştir. Versay Barış Antlaşması'nın 10 Ocak 1920 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Milletler Cemiyeti kurulmuştur. Ancak, Milletler Cemiyeti'ni kuran belge Misak (Covenant) şeklinde olduğu için, Birleşmiş Milletler Şartı kadar bir uluslararası örgütün kurucu belgesi olma hüviyetinde değildir.⁴

Milletler Cemiyeti'nin âkit tarafları, Misak'ın Başlangıcı'nda birincil hedeflerinin; uluslararası iş birliğinin geliştirilmesi ile barış ve güvenliğin sağlanması, bu doğrultuda da özellikle savaş yoluna başvurulmaması olduğunu ifade etmişlerdir. Milletler Cemiyeti Misakı m. 11/1, herhangi bir savaşın veya savaş tehdidinin bir cemiyet üyesini doğrudan etkilesin veya etkilemesin bütün cemiyeti ilgilendiren bir mesele olarak ele alınacağını ve Cemiyetin barışın korunması için makul ve etkili her türlü önlemi alabileceğini hükme bağlamaktadır. Misak'ın m. 12/1 hükmü ise, cemiyet üyelerinin aralarındaki bir anlaşmazlığı tahkime veya Cemiyet Konseyi'ne havale etmesini ve bu doğrultuda tahkim heyetinin kararından veya Konseyin raporundan üç aylık bir süre geçinceye kadar da savaşa başvuramaları gerektiğini düzenlemektedir.⁵

Milletler Cemiyeti Misakı'ndan daha sonra 27 Ağustos 1928'de imzalanan ve Paris Paketi/ Antlaşması olarak da bilinen ve metnin müzakerecileri olan Amerikan ve Fransız Dışişleri Bakanlarının soy isimlerinden oluşturulan Kellogg-Briand Paketi ile uluslararası hukukta ilk defa uyuşmazlıkların savaş yoluna başvurarak çözümlenmesi yasaklanmıştır. Diğer bir deyişle, savaş yoluna başvurulması hukuka aykırı hale getirilmiştir. Paktın birinci maddesinde, âkit taraflar kendi halkları adına uluslararası uyuşmazlıkların çözümünde savaşa başvurmayı kınadıklarını ve savaşı başkalarıyla ilişkilerinde bir enstrüman olarak kullanma şeklindeki ulusal siyaseti terk ettiklerini bildirmişlerdir. İkinci maddede ise tüm uyuşmazlık ve ihtilafların çözümünün yalnızca “barışçıl yollarla” (*pacific means*) gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak, yorumcular buradaki ifadenin sadece dostane çözüm yöntemlerini kastetmediğini, aynı zamanda dostane sayılamayacak (ekonomik yaptırımlar, ambargolar, diplomatik ilişkilerin kesilmesi, misilleme ve zararlar karşılık verme gibi) zorlayıcı tedbirleri içerdiğini vurgulamaktadırlar.⁶ Üçüncü madde onaylamaya ilişkin olup, başlangıçta 15 imzacı devlet tarafından kabul edilen belge ile nihai olarak 63 devlet bağtlanmıştır. ABD'li Bakan Kellogg, Paktın müzakereleri esnasında 23 Haziran 1928'de, belgenin hiçbir şekilde meşru savunma hakkına zarar vermediğini veya kısıtlama

3 Clive Parry, “League of Nations”, Rudolf Bernhardt (Ed.), **Encyclopedia of Public International Law, Volume 5, International Organizations in General** içinde (192-201), Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1983, s. 192.

4 *Ibid*, s. 192 vd.

5 *Ibid*, s. 193.

6 Cynthia D. Wallace, “Kellogg-Briand Pact (1928)”, Rudolf Bernhardt (Ed.), **Encyclopedia of Public International Law, Volume 3, Use of Force – War and Neutrality – Peace Treaties** içinde (236-239), Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1982, s. 237.

getirmediğini ifade etmiştir.⁷ Paktın eksik taraflarından birisi ise yaptırımlara ilişkin hiçbir hüküm ifade etmemesidir. Başlangıç Kısımında, Paktı ihlal eden bir devletin anlaşma ile sağlanan ayrıcalıklardan faydalandırılmayacağı belirtilmektedir. Bu doğrultuda, saldırıda bulunan bir devlete karşı diğer âkit tarafların silaha başvurmasını engelleyecek bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, savaş boyutuna varmayan silahlı faaliyetler de Pakt kapsamında yasaklanmamıştır.⁸

Bütün zayıflıklarına rağmen, Kellogg-Briand Paktı önemli sonuçlar doğurmuştur. Pakt, bir uluslararası antlaşma olarak etki doğurmasının yanında, kuvvet kullanma yasağına ilişkin getirdiği kural sayesinde teamül hukuku kuralına dönüşen bir uygulama ortaya çıkarmıştır.⁹ Örneğin, Japonya'nın Mançurya'yı işgalinden sonra bu bölgede kurmaya çalıştığı Mançukuo devleti, Pakt'ın düzenlemeleri sayesinde diğer devletler tarafından tanınmamıştır. Bu sonucun gerçekleşmesinde, ABD Dışişleri Bakanı Henry Lewis Stimson'un 7 Ocak 1932'de Çin ve Japonya'ya gönderdiği nota ile Kellogg-Briand Paktı'na aykırı şekilde savaş yoluyla yeni bir devletin kurulmasının uluslararası hukuka aykırı olduğunu ifade etmesi önemli rol oynamıştır. ABD'nin bu yaklaşımı diğer ülkeler tarafından da kabul görmüş, neticede Mançukuo diğer devletler tarafından tanınmamıştır. Bu olay literatürde genellikle "Stimson Doktrini" olarak ifade edilmektedir.¹⁰ Pakt, İkinci Dünya Savaşı'nı engelleyememiş olsa bile özel olarak savaş hukuku, genel anlamda da uluslararası hukuk tarihinde bir dönüm noktası olarak kabul edilmektedir.¹¹ Öyle ki, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonraki Nürnberg yargılamalarının meşruluğu, Almanya'nın savaş öncesinde bu Pakt ile bağitlanmasıyla açıklanmaktadır.

İkinci Dünya Savaşı devam ederken, yeni kurulacak düzenin hukuki temellerinin oluşturulmasında, sistemin temel sac ayaklarını anlayabilmek adına Atlantik Bildirisi¹² üzerinde durulması gerekli bir belgedir. İkinci Dünya Savaşı halihazırda devam etmekteyken, 14 Ağustos 1941'de Amerika Birleşik Devletleri Başkanı Roosevelt ile İngiltere Başbakanı Churchill bir araya gelerek dünya açısından daha iyi bir geleceği amaçlayan ve kendi ülkeleri tarafından benimsenen sekiz ortak ilkeyi açıklamışlardır. Atlantik Bildirisi'ndeki bu ortak ilkeler, sonrasında 1 Ocak 1942'de Washington'da akdedilen Birleşmiş Milletler (BM) Deklarasyonu'nu¹³ imzalayan devletler tarafından da ortak amaç ve ilkeleri içeren bir plan olarak kabul edilmiştir. Mevcut uluslararası sistemde halen önemi devam eden bu ilkeleri, öğretide *Sands* tarafından da belirtildiği üzere üç temel başlıkta ifade etmek mümkündür. Birincisi kuvvet kullanımının ve buna bağlı olarak

7 *bid*, s. 237 vd.

8 *Ibid*, s. 238.

9 Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk (Giriş – Kaynaklar)**, (Ed. Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri), İstanbul: Beta Yayınları, 2017, s. 188.

10 Richard N. Current, "The Stimson Doctrine and the Hoover Doctrine", **The American Historical Review**, Vol. 59, No. 3 (April 1954), s. 513 vd. Amerikan literatüründe dönemin Devlet Başkanı Hoover'ın ismi de birlikte zikredilmektedir.

11 Wallace, s.238.

12 Yearbook of the United Nations, (1946-1947), s. 2. Atlantik Bildirisi, siyasi önemine karşın, savaş sonrasında dünyaya daha iyi bir gelecek sağlama amacıyla imzacı Devletlerin ulusal siyasetlerindeki bazı ortak ilkeler üzerinde uzlaşmayı ifade ettiği için yükümlülük doğuran bir antlaşma olarak kabul edilmemektedir. Toluner, s. 75.

13 Yearbook of the United Nations, (1946-1947), s. 1.

yayımlacılığın yasaklanması, ikinci olarak hak ve özgürlükleri insanlara temin edecek bir barış düzeni kurmak, üçüncü ve son olarak da milletlerin refahını sağlayacak biçimde ekonomik iş birliğini geliştirmek ve bunun sonucunda da serbest ticareti yaymak.¹⁴

BM Deklarasyonu'nun İkinci Dünya Savaşı devam ederken önce 26 devlet tarafından, ardından savaşın bitimine doğru aralarında Türkiye'nin bulunduğu 21 ülke tarafından daha kabul edilmiş olması, savaşın kazanılmasının ardından kurulacak yeni düzenin meşruiyetini güçlendirmiştir. Akabinde, San Francisco'da toplanan Konferans neticesinde 26 Haziran 1945'te BM Şartı 51 ülkenin temsilcileri tarafından imzalanarak kabul edilmiş ve 24 Ekim 1945'te yürürlüğe girmiştir. BM Şartı'nın getirdiği en önemli düzenlemelerden birisi (yukarıda belirttiğimiz Kellogg-Briand Paktı ve Atlantik Bildirgesi'nde de amaçlandığı şekilde) kuvvet kullanımının yasaklanmasıdır. Şart'ın m. 2/4 hükmü ile kuvvet kullanımı büyük ölçüde yasaklanmış, istisnai olarak m. 51'de bireysel veya toplu olarak meşru müdafaa hakkı ile Şartın VII. Kısmı uyarınca Güvenlik Konseyi'nin kararı doğrultusunda kuvvet kullanımına izin verilmiştir. Sonuç itibarıyla, yeni kurulan BM'nin temel amaçlarından birisi barışın sağlanması olmuştur.¹⁵

II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER'İN KURULUŞUNDAN SONRA YAŞANAN DÖNÜŞÜM

A. 1945 SONRASI KABUL EDİLEN ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR VE OLUŞTURULAN REJİMLER

BM'nin kuruluşundan itibaren geçen beş yıllık periyod, küresel kuralların oluşturulmasındaki en etkili dönem olarak görülebilir. Kırk dört ülke tarafından üç hafta boyunca müzakere edilen Bretton Woods Antlaşmaları 27 Aralık 1945'te imzalanarak, savaş sonrası kalkınma ve finans sisteminin oluşturulması amacıyla Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu (IMF) kurulmuştur. 30 Ekim 1947'de ise uluslararası ticaret bakımından önemli olan çerçeve kuralları belirleyen Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Antlaşması (GATT) kabul edilmiştir.¹⁶ Bu antlaşma ile ticaret önündeki engellerin kaldırılması vasıtasıyla küresel ticarete büyümenin önü açılmıştır. Ticaret önündeki engellerin GATT-WTO rejimi uyarınca kademeli bir şekilde kaldırılmaya başlanması, ülkeleri en etkili olabilecekleri ürünleri üretmeye yöneltmiştir. Bu sayede üretimde de uzmanlaşma gerçekleşmiş, ülkeler en iyi oldukları ürünleri dışarıya ihraç ederken kendilerinin üretmedikleri veya üretmelerinin pahalıya kaçacağı ürünleri dışarıdan ithalat yoluyla elde etmeye başlamışlardır.¹⁷ Sonuç itibarıyla ekonomi alanındaki küreselleşme uluslararası anlamda hukuki altyapısının tesis edilmesiyle mümkün hale gelmiştir.

14 Philippe Sands, **Hukuksuz Dünya**, (Çev. Bilge Fırze Çallı), İstanbul: Alfa Yayınları, 2016, s. 39.

15 Peter Malanczuk, **Akehurst's Modern Introduction to International Law**, 7th Edition, London and New York: Routledge Publishing, 1997, s. 27.

16 Sands, s. 43.

17 Rafael Reuveny, "On Free Trade, Climate Change, and the WTO", (Eds. Jim Sheffield et al.), **Globalization: Yesterday, Today, and Tomorrow** içinde (177-193), Emergent Publications, 2013, s. 188.

İnsan hakları alanında da 1945'ten sonraki beş yıllık dönem içerisinde önemli gelişmeler olmuştur. 9 Aralık 1948'de ilk küresel insan hakları antlaşması olarak nitelendirilebilecek Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılmasına İlişkin Paris Sözleşmesi imzalanmıştır. Ertesi gün ise (10 Aralık 1948'de) BM Genel Kurulu tarafından İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi kabul edilmiştir. Bağlayıcı bir hukuki metin olmasa da Avrupa, Amerika ve Afrika kıtalarında daha sonradan kabul edilecek insan hakları belgelerine öncülük etmiş olması bakımından Evrensel Bildirge'nin önemi büyüktür. Nitekim hükümlerinin çoğu, 1966 tarihli BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik ve Sosyal Haklar Sözleşmesi'ne kaynaklık etmiştir.¹⁸ Dolayısıyla uluslararası hukuk, devletin dış egemenliğini sınırlayan bir alan olarak özellikle 1945'ten sonra hızlı bir dönüşüm geçirmiştir. Diğer yandan devletler; ekonomik, siyasi ve askeri nedenlerle Avrupa Birliği, NATO, Amerikan Devletleri Örgütü veya Avrupa Konseyi gibi ulus-üstü ya da uluslararası kuruluşlara üye olmak suretiyle bu kuruluşların alacakları kararları yerine getireceklerini taahhüt etmekte ve bağlandığı sözleşmelerde belirtilen kurallara uyma yükümlülüğü altına girmektedirler.¹⁹ Bu süreç içerisinde uluslararası örgütlerin yanı sıra bireyler de uluslararası hukukun bir parçası haline gelmişlerdir. Yukarıda belirttiğimiz Uluslararası Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi ve 1949 Cenevre Sözleşmeleri ile bireyler uluslararası hukukun parçası olmaya başlamışlardır. Söz konusu değişim yeni uluslararası antlaşmalarla hızla genişlemiş, özellikle insan hakları ile insancıl hukuk alanlarında bireylerin uluslararası sistemin bir parçası olması mümkün hale gelmiştir.²⁰

1. Birleşmiş Milletler'in İhtisas Birimleri ve Küreselleşme İlişkisi

Uluslararası kuralların oluşturulmasına öncülük etmesi haricinde BM, küreselleşmenin de başat aktörlerinden birisi haline gelmiştir. Çeşitli alt kuruluşları ile eğitimden (UNESCO) sağlığa (WHO), tarımdan (FAO) işçiliğe (ILO), ekonomiden (IMF) çevreye (UNEP) kadar pek çok farklı başlıkta uzmanlaşmış uluslararası örgütü bünyesinde barındırmaktadır. Bahsedilen adem-i merkezîyetçi sistemin çeşitli avantajları olduğu düşünülmektedir. Öncelikle bu sayede teknik konularda azami uzmanlaşmanın sağlandığı, buna karşılık siyasi anlaşmazlıkların ise asgariye indirildiği kabul edilmektedir. Diğer taraftan söz konusu yapının yerel toplumların ilgili kesimlerinde daha etkili olacağı ve bu sayede uluslararası yapıya daha büyük destek sağlayacağı düşünülmektedir.²¹

Genel olarak küreselleşme başlığı altında değerlendirme yapmak gerekirse, Birleşmiş Milletler'in yeni küresel düzenin kurulmasındaki rolü dikkate değerdir. Özellikle Milenyum Zirvesi'nin ardından yayınlanan Deklarasyon'da, küreselleşmenin tüm dünya insanları için pozitif bir etkisi

18 Sands, s. 42.

19 Oktay Uygun, "Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt 20, (2003), s. 254 vd.

20 Hisashi Owada, "Human Security and International Law", (Eds. Ulrich Fastenrath et al.) *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma* içinde (505-520), Oxford University Press, 2011, s. 515.

21 John Gerard Ruggie, "The United Nations and Globalization: Patterns and Limits of Institutional Adaptation", *Journal of Global Governance*, Vol. 9, No. 3 (July-Sept. 2003), s. 302.

olduğu ifade edilmiş, bununla birlikte büyük fırsatlar sunmasına karşın faydaları ile maliyetlerinin eşitsiz şekilde dağıldığı vurgulanmıştır. Bu doğrultuda, Deklarasyona imza atan devlet başkanları, gelişmekte olan ülkeler ile geçiş ekonomilerinin meydana gelen değişime karşı hususi zorluklar yaşadıklarının farkında olduklarını ifade etmişlerdir. Bu nedenle, tüm çeşitlilikleriyle insanlığın ortak değerlerine dayanan bir gelecek kurma yolunda devamlılık arz eden geniş çaplı çabalamalar neticesinde küreselleşmenin kapsayıcı ve adil hale gelebileceğini belirtmişlerdir.²² BM Milenyum Zirvesi'nde varılan sonuçların, "kollektif sorumluluk" ile "ortak insanlık" kavramları arkasında BM ordusuna yetki sağlama yoluyla "egemenliğe boyun eğdirme" çağrısı olduğu yönünde eleştiriler yapılmıştır.²³ Ancak bu tür eleştirilere rağmen, devletler gittikçe BM'nin alt kuruluşlarıyla daha sıkı ilişkili hale gelmektedirler. Zira ülkelerin karşı karşıya geldiği çeşitli sorunlar ulusal düzeyde çözümlenemeyecek meselelerden oluşmaktadır. Bu bakımdan örneğin, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği'nin yapısı ve gündemini oluşturan konular ulus-ötesi sorunları ilgilendirmektedir.²⁴

İhtisaslaşma içeren pek çok konuda BM'nin öncü rolü ve bu sayede devletleri çeşitli uluslararası antlaşmaların akdedilmesine yönlendirmesi reddedilemez bir gerçek olmakla birlikte, küresel hukukun oluşturulması bağlamında örgütün bazı eleştirilere uğradığını da belirtmek gerekmektedir. İspanyol yazar *Domingo*, ulus-devlet kavramına odaklanılmak suretiyle Birleşmiş Milletler sisteminin oluşturulmasının doğuştan kusurlu bir yapı meydana getirdiğini, bu nedenle de sistemin, küresel insanlar topluluğunun temel güvenlik, sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılamakta nihai aşamada yetersiz kaldığını savunmaktadır.²⁵ Yazara göre, ulus-devlet paradigması ve BM sistemi esaslı ve derin bir reforma tabi tutulmalıdır. Bu doğrultuda özellikle hem devletlerden hem de devlet dışı aktörlerden insan haklarına yönelik gerçekleşen kesintisiz ihlallerle mücadele edilebilmesi başta olmak üzere, küreselleşen dünyanın ihtiyaçlarını karşılayabilecek küresel ölçekte güce sahip yeni kurumlara ihtiyaç duyulmaktadır.²⁶

2. Ekonomik Küreselleşme

Uluslararası hukuk bir asgari kurallar manzumesi tesis etmek suretiyle küreselleşmeye zemin oluşturmaktadır. Küreselleşme başta telekomünikasyon gibi zaruri sektörlerin uluslararasılaşması, mal ve hizmetlerin küresel ölçekte ticaretinin yapılması ve çevrenin ya da bireyin bir Devletin sınırlarının ötesinde de korunabilmesi olgularına bağlı olarak, mevcut uluslararası toplumda şimdiye kadar kabul gören uluslararası ilişkilerin klasik Devlet-merkezli yapısını kaybetmeye başlaması öncelikle zikredilmek suretiyle önemli sonuçlara yol açmıştır.²⁷

22 United Nations Millennium Declaration, 18 September 2000, A/RES/55/2, s.2, para. 5.

23 Diane Sabom, "U.N. Wants to Rule New World Order", *Insight on the News*, 23 October 2000, s. 21.

24 Danielle S. Petitto, "Sovereignty and Globalization: Fallacies, Truth, and Perception", *New York Law School Journal of Human Rights*, Vol. 17, (2001), s.1168.

25 Rafael Domingo, *The New Global Law*, Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2010, s. 53; William Twining, "Responding to Globalization", *Osgoode Hall Law Journal*, Vol. 49, (2011), s. 356.

26 *Ibid.*

27 Angela Del Vecchio, "Globalization and Its Effect on International Courts and Tribunals", *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, (2006), s. 1.

Ekonomik küreselleşmenin gerçekleşebilmesi için gerekli unsurlar olan taşımacılık, ticaret, bankacılık ve telekomünikasyon uluslararası hukuk düzenlemeleri ile teşvik edilmekte ve kolaylaştırılmaktadır.²⁸ Bugün söz konusu alanlarda konulmuş uluslararası kurallar sayesinde sınır-aşan hukuki işlemler sorunsuz şekilde yürütülebilmektedir.

Günümüzde devletlerin kahir ekseriyeti uluslararası ekonomik düzeninin bir parçası konumundadır. Bu bakımdan Dünya Ticaret Örgütü, Dünya Bankası, IMF gibi uluslararası kuruluşların da etkisiyle ulus devletlerin mutlak egemenlik anlayışının ekonomi alanında önemli derecede değiştiğini ifade edebiliriz.²⁹ Belirtilen uluslararası kurumların yanı sıra, küresel ticaretin artık internet ortamında çeşitli platformlar vasıtasıyla dünyanın pek çok yerinden gerçekleştirilebilmesi sayesinde ürünlerin üretimi, imalatçının sorumluluğu, işçi ve tüketicinin korunması gibi alt başlıklarda gelişen uygulamalar sayesinde ortak standartlar oluşmaya başlamıştır. Bu ortak standartların oluşumunda uluslararası toplumun etkisi yadsınamaz. Tam da bu sebeple, uluslararası iş ve ticaretle ilgili düzenlemeler, bir ulusun gereklerinden ziyade bütün uluslararası toplumun ihtiyaçlarını karşılamayı amaçladığı için ulusal yasalardan ziyade uygulama içinde gelişen küresel hukuk tarafından oluşturulmaktadır.³⁰ Ekonomik küreselleşme bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, ulus-ötesi şirketlerin büyüyerek stratejik kararlarını ulusal kurumlardan ve kuruldukları ülkelerden ayrı şekilde alabilmeleridir. Bu durum ulusal devletlerin ekonomi alanında karakteristik yetkilerini kullanabilmelerini daha da zorlaştırmakta veya kısmen etkisizleştirmektedir.³¹

3. Yargısal Küreselleşme

Küreselleşmenin yargısal boyutunun da incelenmesi, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Küreselleşme denildiğinde akla gelen imgeler genellikle hukuktan ziyade ulus-ötesi şirketlerin sınır-ötesi piyasalardaki faaliyetleri olmaktadır.³² Buna karşın yargısal küreselleşme; ulusal mahkemelerin uluslararası hukuku uygulamaları, ulusal mahkemelerin karmaşık yargısal süreçlerde AİHM, ABAD, UAD gibi uluslararası mahkemelerle etkileşim kurmaları veya ulus-ötesi yargısal süreçlerde farklı yerlerde bulunan yargısal makamların birbirlerinin yetkilerine ve kararlarına “yargısal nezaket” (*judicial comity*) göstermeleri ve mümkün oldukça diyalog kurmaları şeklinde tezahür edebilmektedir.³³

Örnek verecek olursak, kural olarak yabancı kamu hukuku kuralları bir ulusal mahkemenin yabancılık unsuru içeren davasında incelenmesine hukuki engel teşkil eder. Ancak günümüzde

28 Sands, s. 48.

29 Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 203 vd.

30 Vecchio, s.3.

31 Miguel de la Madrid H., “*National Sovereignty and Globalization*”, **Houston Journal of International Law**, Vol. 19, No.3 (1997), s. 557.

32 Anne-Marie Slaughter, “*Judicial Globalization*”, **Virginia Journal of International Law**, Vol. 40, Iss. 4 (2000), s.1103.

33 Slaughter, s. 1104; Işıl Özkan, **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014, s. 207.

özellikle ekonomik içerikli davalarda yabancı bir ülkeyi ilgilendiren vergisel konuların veya idari para cezalarının diğer ülkede de tanındığına ilişkin örnekler verebilmek mümkündür. Nitekim *U.S. v. Trapilo* davasında³⁴ ABD Temyiz Mahkemesi, Kanada Federal Telekomünikasyon Hile Kanunu'nun amacının yabancı ülke sistemlerinin kullanılması suretiyle Kanada'nın zarara uğratılması olduğunu kabul ederek karar vermiştir.³⁵ Bir başka davada ABD, daha önce Amerika'da verilmiş olan bir çevresel para cezasının (*U.S. v. Ivey*) ilgili kişilerin Kanada'da bulunuyor olmaları nedeniyle, Kanada Ontario'da bulunan mahkeme aracılığıyla icrası talebinde bulunmuştur. Mahkeme, çevrenin korunmasının sınır aşan önemini dikkate alarak yabancı kamu hukuku istisnasını fazlaca genişletmenin uygunsuz olacağını değerlendirerek, talebi kabul etmiştir.³⁶

Ancak yukarıda verilen örneklerin aksine gösterilebilecek ve hukukun küreselleşmesi ile ilgili soru işaretleri uyandırabilecek kararlardan da bahsetmekte fayda bulunmaktadır. Tabii ki burada ulusal mahkemelerin kendi kamu düzenine aykırılık nedeniyle tenfizini reddettikleri pek çok kararı bir kenara bırakarak daha farklı bir örnek üzerinden gideceğiz. Amerikan Temyiz Mahkemesi 9. Dairesi'nin 2004 yılında verdiği "*Yahoo! Inc. v. la Ligue Contre le Racisme et L'antisemitisme*" kararına³⁷ baktığımızda yabancı mahkeme kararlarının özellikle anayasal haklarla bir çatışma olduğunda diğer bir ülkede her zaman icra edilemeyeceğini görüyoruz. Söz konusu davada, Amerikan yerel mahkemesi, Nazi içerikli yayınların *Yahoo!* arama motorundan kaldırılmasının Amerikan anayasasının ifade özgürlüğü ile ilgili Ek 1 düzenlemesine aykırı olacağı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.³⁸ Temyiz Mahkemesi ise, Fransız kişiler üzerinde kişi bakımından yargı yetkisi bulunmadığı için yerel mahkemenin davayı yetki bakımından reddetmesi gerektiği sonucuna varmıştır.³⁹ Sonuç itibarıyla, hukukun küreselleşmesinin ulusal hukukları ortadan kaldıracak bir seviyeye henüz varmadığı söylenebilir.⁴⁰

Diğer taraftan yargısal küreselleşmeye sert şekilde karşı çıkan düşünceden bahsetmemiz uluslararası hukukun geleceği bakımından önem arz etmektedir. Özellikle Amerikan literatüründe karşılaştığımız uluslararası yargıya şiddetli muhalefet düşüncesi, fikri temelini demokratik meşruiyete dayandırmaktadır. Bu görüşe göre, Cenevre'deki, Hamburg'daki veya Lahey'deki bir uluslararası mahkemenin (Uluslararası Adalet Divanı, Uluslararası Ceza Mahkemesi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi veya DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Organı) yargıçları Washington D.C.'de bulunan Amerikalı federal yargıçlar gibi olmamalarına rağmen, demokratik

34 (<https://www.ravellaw.com/opinions/4dcda50c8ff7d6c6dc9ac3f7b7df52a4>) (Çevrimiçi: 14.10.2017), United States v. Trapilo, 130 F.3d 547, Second Circuit (1997).

35 Özkan, s. 239.

36 **Looking Ahead: International Law in the 21st Century**, Canadian Council on International Law, The Hague, London and New York: Kluwer Law International, 2002, s. 109; Özkan, s. 240.

37 *Yahoo! Inc. v. la Ligue Contre le Racisme et L'antisemitisme*, 379 F.3d 1120, Ninth Circuit, (2004). (<https://www.ravellaw.com/opinions/c7712cc144ec93b461ca13314d304ede?query=379%20F.%203d%201120>) (Çevrimiçi: 14.10.2017).

38 *Ibid*, para. 10.

39 *Ibid*, para. 33.

40 Bkz. Özkan, s. 212.

meşruiyete aykırı olarak emredici bir şekilde ABD ile ilgili bir hususta karar verebilmektedirler.⁴¹ Sözüünü ettiğimiz bu yaklaşım halihazırda uluslararası hukukun ve hukukun üstünlüğünün küresel ölçekte tesis edilmesi çabalarını baltalamaktadır. Bu nedenle hukukçuların da yaşanan değişime ayak uydurarak kendi ulusal yargıçıları haricinde, uyuğunda buldukları devletlerin kurucu antlaşmalarıyla bağtlandığı uluslararası yargı makamlarının da ülkelerini etkileyebilecek kararlar verebileceğini kabul etmeleri gereklidir. Bu doğrultuda, farklı ülkelerin yargıçlarının ve hukukçularının birbirlerini, çalıştıkları ülkelerin hükümetlerinin temsilcileri gibi görmek yerine aynı alanda çalışan sınır aşan meslektaşlar olarak görek iş birliğini geliştirmeleri önem arz etmektedir.⁴²

4. Siyasal Küreselleşme

Egemenlik kavramı hukukta iki boyutuyla değerlendirilmektedir. İlk boyut egemenliğin ilgili ülkenin anayasasında yer alan şekliyle uygulanmasıdır ki, bu durum “içsel” egemenlik olarak adlandırılmaktadır. Egemenliğin “dışsal” unsuru ise, bir devletin diğer devletlerden bağımsız olarak varlığını sürdürebilmesi ve bu doğrultuda uluslararası toplumun eşit bir üyesi olabilmesidir.⁴³ Bu kapsamda bir devletin emredici kurallar (*jus cogens*) haricinde istediği uluslararası norm ile gerek teamül kurallarına uyma yoluyla gerekse de uluslararası antlaşmalar vasıtasıyla bağtlanabilmesi mümkündür. Bu yönü itibarıyla uluslararası hukukun devletler bakımından rızaya dayanan bir yapısı olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla egemen güç olarak devletin, bir uluslararası hukuk normuyla hususen bağlanmış olması için buna rıza göstermiş olması gereklidir.⁴⁴

Bahsettiğimiz bu genel kurala karşın küreselleşmenin de etkisiyle dünyanın herhangi bir bölgesinde yaşanan insani krizin diğer bölge ülkelere tesir edebilmesi ve bu yolla küresel barış ve düzene karşın tehdit oluşturması nedeniyle ülkelerin kendi egemenlik sınırları dahilinde gerçekleşen kitlesel olaylar, ilgili devlet insan hakları ve insancıl hukuk kuralları ile bağtlanmamış olsa dahi uluslararası hukukun konusunu oluşturabilmektedir. Bu kapsamda, 1998 tarihli Roma Statüsü'nün m. 13 (b) hükmü uyarınca Statü'ye taraf olmayan ülkelerde, m. 5 kapsamındaki

41 Bkz. Jeremy A. Rabkin, *Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States*, New Jersey: Princeton University Press, Second Printing, 2007, ss. 21-24. Karş. Anupam Chander, “*Globalization and Distrust*”, *The Yale Law Journal*, Vol. 114 (2005), s. 1195. Yazar sadece yukarıda bir kısmı sayılan uluslararası yargı mercilerinin değil, Dünya Bankası ve Uluslararası Para Fonu gibi tüm uluslararası otoritelerin milliyetçi perspektiften oldukça sorunlu göründüğünü vurgulamıştır. *Ibid*, s. 1199. Ancak kendi hukuki yaklaşımını ulusalcı (*nationalist*) olmaktan ziyade ulus-ötesi (*transnationalist*) olarak belirtmiştir. Bu bağlamda ulus-ötesi yaklaşımı her konuyu uluslararası zaviyeden ele alan bir fikri duruş olmaktan ziyade küresel veya bölgesel hukuki uygulamaların eğer düzgün şekilde kurulurlarsa yerel demokrasilere zarar vermeden insanlığın gelişimine fayda sağlayacağı görüşünde olduğunu ifade etmiştir. *Ibid*, s. 1120.

42 Slaughter, s. 1124.

43 Ivan Simonovic, “*State Sovereignty and Globalization: Are Some States More Equal?*”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 28, No. 3 (2000), s. 384.

44 Vaughan Lowe, “Private Disputes and the Public Interest in International Law”, (Duncan French, Matthew Saul and Nigel D. White eds.), *International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques* içinde (3-16), Oxford, Portland: Hart Publishing 2010, s. 13; Ronald A. Brand, “*External Sovereignty and International Law*”, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, Iss. 5 (1994), s. 1685; Simonovic, s. 393.

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin yargı yetkisine tabi olan suçların işlenmesi halinde, BM Şartı'nın VII. Kısımı uyarınca harekete geçen Güvenlik Konseyi'nin kararı ile Savcılığa iletilmek suretiyle ilgili ülkede işlenen suçlar, Mahkeme'nin yetkisine tabi tutulabilmektedir. Bu durum, devletlerin kendi ülkelerinde gerçekleşen insan hakları ve insancıl hukuk ihlallerinin artık klasik anlamda o ülkelerin kendi iç siyasi meseleleri olmaktan ziyade genel itibariyle uluslararası toplumu ilgilendiren meseleler haline geldiğini göstermektedir.

Siyasal anlamda bölgesel iş birlikleri de küreselleşmenin temellerini oluşturan fikirlerden ayrı düşünülemez. Bu kapsamda en kayda değer örnek hiç şüphesiz Avrupa Birliği'dir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Lizbon Antlaşmasına ilişkin kararında, Avrupa Birliği'ni "egemen devletlerin egemenlik güçlerini devretmek üzere oluşturduğu bir topluluk" olarak tanımlamıştır.⁴⁵ Doktrinde de ifade edildiği üzere, Avrupa Birliği bir devlet görünümünde olmamasına rağmen uluslararası hukuk kurallarına tabi olmaktadır. Bu doğrultuda, AB'yi nevi şahsına münhasır (*sui generis*) bir uluslararası örgüt gibi kabul etme şeklinde genel bir yaklaşım bulunmaktadır. Bununla beraber özellikle Lizbon Antlaşması örneğinde görüleceği üzere anayasal forma yaklaşan ulus-üstü (*supranational*) özellikleri onu diğer uluslararası hukuk yapılarından farklı bir konuma getirmektedir.⁴⁶ Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahsettiğimiz 30 Haziran 2009 tarihli kararında vurguladığı şekilde bu ulus-üstü yapıyı açıklamak gerekirse, "egemen güçlerin Avrupa Birliği'ne veya başka bir hükümetler-arası örgüte aktarılması hususunda yetkilendirme, siyasi üstünlüğün ilgili uluslararası örgüte kaymasına izin vermektedir. Bununla birlikte, bu yöndeki bir yetkilendirme Üye Devletler vasıtasıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle, Üye Devletler Antlaşmaların yapıcıları olarak kalmaya devam etmektedirler."⁴⁷ Mahkeme'ye göre, dış ilişkilerde durum biraz daha farklıdır. Zira Üye Devletlerin kendi hukuki kişilikleri, dış ilişkilerde AB'ye nazaran giderek ikinci plana düşmektedir. Bu doğrultuda adeta bir federal devlete benzer şekilde gerçekleşeceği tahmin edilen dönüşüm, Lizbon Antlaşması'nda yansıma bulmamıştır. Mahkeme eğer böyle bir düzenleme olsaydı, anayasal düzlemde sorun oluşturacağına da işaret etmiştir.⁴⁸

Son olarak, Alman Anayasa Mahkemesi AB'nin siyasi sınırları yok etmediğini ve Lizbon Antlaşması m. 50 uyarınca bir Üye Devletin diğer Üye Devletlerin rızası olmasa bile birlikte çekilebileceğini dolayısıyla bütünleşme sürecinin her bir devlet bakımından geri alınabilir olduğunu ve bu durumun uluslararası hukuk bakımından çoğu zaman problem oluşturan bir

45 BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08 – para. 1 ve para. 229. Kararda sıkça atıf yapılan Alman Federal Anayasası'nın konuyla ilgili "Avrupa Birliği" başlıklı 23. Maddesinin 1. Fıkrası şu şekildedir: "Birleşmiş bir Avrupa'nın gerçekleşmesi için Federal Almanya Cumhuriyeti, demokratik hukuk devleti ilkeleri, sosyal ve federatif esaslara ve yetki ikamesi ilkelerine bağlı olan ve bu Anayasaya benzer bir şekilde temel hakların korunmasını sağlayan Avrupa Birliği'nin gelişmesine katkıda bulunur. Federasyon bunun için, Federal Konseyce onaylanan bir yasayla egemenlik haklarını devredebilir". Alman Anayasasının Türkçe-Almanca karşılaştırmalı metni için bkz. <http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf> (Çevrimiçi: 30.04.2018).

46 Bart Van Vooren & Ramses A. Wessel, *EU External Relations Law*, Cambridge: Cambridge University Press, Third Printing, 2016, ss. 2-5.

47 BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08 – para. 231.

48 *Ibid*, para. 376. Esasında Lizbon Antlaşması'nın müzakerelerinde AB Dışişleri ve Güvenlik Politikası Yüksek Temsilcisinin "AB Dışişleri Bakanı" şeklinde isimlendirilmesi düşünülmüşse de Birleşik Krallık'ın itirazı üzerine bundan vazgeçilmiştir.

devletten ayrılma (*secession*) kategorisine girmediğini aksine egemen devletlerin oluşturduğu bir birlikten onu yöneten uluslararası antlaşma ile tanınan bir hak neticesinde çıkma anlamına geldiğini vurgulamaktadır.⁴⁹ Netice itibarıyla AB kendine özgü hukuki yapısıyla bölgesel siyasi birliklere ilişkin özgün bir örnek oluşturmaktadır. Bu tür hukuki-siyasi birliklerin dünyanın başka bölgelerinde de gelecekte oluşması mümkün olursa, küreselleşmenin öngördüğü nihai sonuca gidişi kolaylaştırıcı bir sonuç meydana gelmiş olacaktır.

III. ULUSLARARASI HUKUK VE KÜRESELLEŞME İLİŞKİSİ

A. ULUSLARARASI MAHKEME KARARLARININ ULUSAL HUKUKLARDA UYGULANMASI

Hukukun küreselleşmesini sadece ulusal hukuklar arasındaki bir etkileşim olarak görmek eksik bir yaklaşım olacaktır. Günümüzde çeşitli uluslararası antlaşmalar ile tanınmış olan hukuki imkanlar sayesinde belirli kategoride yer alan uyuşmazlıklar uluslararası mahkemeler nezdinde dava konusu edilebilmektedir. Bunun da ötesinde uluslararası mahkemelerden elde edilen kararlar ulusal hukuklar içerisinde doğrudan etkili olabilmektedir. Örneğin; uluslararası yatırım uyuşmazlıklarının çözümüne ilişkin ICSID Konvansiyonu'nun m. 54(1) hükmü uyarınca; "Her üye ülke bu Sözleşmeye uygun olarak verilmiş her kararı bağlayıcı kabul edecek ve kararın parasal yükümlülüklerini kendi sınırları içerisinde kendi Devlet mahkemesinin nihaî bir kararı gibi yerine getirecektir...".⁵⁰ Yüksek tazminat miktarlarının dava konusu edildiği ICSID uyuşmazlıklarında, aleyhine karar verilen devletler zikredilen madde uyarınca yatırımcıların zararlarını tazmin etmektedirler.⁵¹ Uluslararası yatırım hukuku bu yönü itibarıyla son 50 yılda klasik uluslararası hukukta büyük bir değişime yol açmıştır. Başta ICSID olmak üzere, 1970'li yıllardaki petrol tahkim davalarından itibaren özel kişiler de uluslararası hukukun öznesi haline gelebilmişlerdir. Dolayısıyla uluslararası hukukun egemenler arası yapısı daha da genişleyerek özel kişilerin egemen devletler ile uyuşmazlıklarını da kapsar hale gelmiştir.⁵²

Uluslararası mahkemelerin ulusal hukuk sistemleri üzerindeki etkisi başka örnekler ile de gösterilebilir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin (UDHM) *Enrica Lexie* davasında 1982 BMDHS m. 290/5 uyarınca verdiği geçici tedbir emri ile iki Hintli balıkçının korsan zannedilerek İtalyan donanması askerleri tarafından vurulmasına ilişkin olayda hem İtalya'nın hem de Hindistan'ın tüm yargısal süreçleri askıya alması ve uyuşmazlığı daha da derinleştirecek şekilde

49 *Ibid*, para. 233, 329.

50 Resmi çeviri için bkz. 2.6.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete, s. 427; Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Sözleşmenin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun.

51 Güncel bir örnekten bahsetmek gerekirse, Ekvador devleti aleyhine, Occidental Petroleum şirketinin yatırımını askıya aldığı için ICSID tahkim mahkemesi tarafından verilen yaklaşık 1 milyar dolarlık tazminat kararının icrası için taraflar anlaşmış olup, Ekvador ödemeyi kabul etmiştir. Bkz. <https://www.lexislegalnews.com/articles/5336/ecuador-agrees-to-pay-occidental-1-billion-in-satisfaction-of-icsid-award> (Çevrimiçi: 15.10.2017).

52 Brand, s. 1692.

yeni yargısal işlemlerden kaçınmaları istenmiştir.⁵³ Bu karar üzerine Hindistan Yüksek Mahkemesi (*Indian Supreme Court*) iki İtalyan denizci ile ilgili suçlamalardan ötürü gerçekleştirilen tüm yargısal süreçleri askıya aldığı açıklamıştır.⁵⁴

Bu olumlu örnekler rağmen, ulusal mahkemelerin uluslararası hukuka uygun davranmadığı çeşitli örnekler de gösterilebilir. Bu olumsuz örneklerden birisi olan ve aşağıda daha ayrıntılı şekilde ele alınacak olan Uluslararası Adalet Divanı'nın (UAD) 31 Mart 2004'te karara bağladığı *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular* davası, ABD'nin farklı eyaletlerinde çeşitli ağır suçlardan ötürü mahkûm olmuş 54 Meksika vatandaşı hakkında yargılama süreçlerinde 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne aykırı davranıldığı iddiasını incelemekteydi. *Medellín* bu mahkumlardan birisi olup, UAD'ın 2004 tarihli *Avena* kararının ardından Texas Temyiz Mahkemesi'ndeki dosyası ABD Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. ABD Yüksek Mahkemesi 3'e karşı 6 oyla kendiliğinden icra kabiliyeti olmayan (*non-self-executing*) bir antlaşmanın Kongre tarafından bir yasa çıkarılmadığı sürece uygulanmasının mümkün olmadığı ve bu durumda Devlet Başkanının bir uluslararası yükümlülüğün gerçekleştirilmesi talebi olsa dahi (eyalet hukukuna aykırı şekilde) yerel mahkemeler üzerinde bağlayıcı olmayacağına hükmetmiştir.⁵⁵ Karşı oy veren Yüksek Mahkeme üyeleri ise antlaşma hükümleri ve UAD kararının ulusal yargı organına hitap ettiğini ve dolayısıyla kendiliğinden icra kabiliyetini haiz olduğunu savunmuşlardır.⁵⁶ Karar özellikle bir uluslararası mahkemenin kararının iç hukukta uygulanması bağlamında yaşanan zorlukları göstermesi bakımından önem taşımaktadır.

1. Uluslararası Adalet Divanı'nın Kararlarına Uyulmaması Problemi

Geçmiş tarihli davalara baktığımızda özellikle UAD'ın verdiği geçici tedbir emirlerinin uygulanmamasına ilişkin örnekler şahit olmaktayız. Bu durumun önemli nedenlerinden birisi de Divan'ın Statüsü'nün 41. maddesinin İngilizce metninin geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı ile ilgili olarak müphem bir karakter taşımasıdır. Buna karşın Statünün Fransızca metninden geçici tedbirlerin bağlayıcılığı daha rahat biçimde anlaşılabilirdi. Bunun üzerine UAD *LaGrand* davasında ilk defa açık bir şekilde verdiği geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olduğunu vurgulamıştır.

Hem *LaGrand* davasında hem de daha öncesinde yine benzer konulu bir dava olan *Paraguay v. USA* davasında ABD, UAD tarafından verilen geçici tedbir emrine uymamıştır. Son zikredilen dava, ABD'de işlediği tecavüz ve öldürme suçlarından dolayı idama mahkûm edilen Angel Breard isimli bir Paraguay vatandaşıyla ilişkindir. Breard'ın tutuklanmasının ardından ABD'li yetkililer tarafından Paraguay Konsolosluğu'na bir bilgi verilmemiştir. Bu durum, ABD'nin de tarafı olduğu 1963 tarihli Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'ne aykırılık teşkil etmekteydi.

53 “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 July 2015, *ITLOS Reports 2015*, para. 131 ve 141/1.

54 Kaynak: http://www.ansa.it/english/news/politics/2015/08/26/india-suspends-italian-marine-case_bd7f3fa7-b1bc-408a-96d8-421c3bb140b2.html (Çevrimiçi: 15.10.2017).

55 Opinion of the Court, *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), s. 34 vd.

56 Breyer, J., Dissenting, *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), s. 32.

Amerikan hükümeti bahsedilen uluslararası antlaşmaya uygun davranmadığını kabul etti ama idam cezasını ertelemeye razı olmadı. Zira hem Virginia eyalet yasalarına göre hem de ABD federal yasalarına göre, Breard'ın yapacağı yeni başvurularda konsolosluk erişimine ilişkin usulî haktan yararlanması mümkün değildi. Bunun üzerine Paraguay, Uluslararası Adalet Divanı'nda ABD aleyhine bir dava açtı.⁵⁷ UAD, 9 Nisan 1998'de Breard'ın idam edilmesinden beş gün önce verdiği geçici tedbir kararı ile davada nihai kararını verene kadar infazın gerçekleştirilmemesini emretti.⁵⁸ Ancak, ABD Yüksek Mahkemesi 3'e karşı 6 oyla UAD'ın geçici tedbir emrinin yürürlüğe konmasını reddetti. Yüksek Mahkeme'nin gerekçesi, uluslararası hukukla pek de bağdaşmayacak şekilde konsolosluk yetkilileriyle iletişime geçmenin davanın seyrini değiştirmeyeceği ve Virginia Eyaleti'nin idam kararına ilişkin olarak ABD Anayasası ve uluslararası hukuk tarafından getirilen kısıtlamalardan bağımsız olarak tam yetkili olduğu şeklindeydi. Virginia valisinin de af yetkisini kullanmaması üzerine Breard idam edildi.⁵⁹

Paraguay v. USA davasından birkaç yıl sonra, bu sefer Almanya yine benzer konulu bir uyuşmazlık nedeniyle ABD aleyhine UAD'a başvurmuştur. *LaGrand* ismiyle anılan bu davada, Karl-Heinz LaGrand ve Walter Bernhard LaGrand isimli Alman vatandaşı iki kardeş ABD'de silahlı banka soygunu gerçekleştirerek bir adamı öldürmüş ve bir kadını ağır şekilde yaralamışlardır. Breard davasına benzer şekilde yine Amerikalı yetkililer Alman Konsolosluğu'na tutuklamaya ilişkin bilgi vermemişlerdir. Bunun üzerine LaGrand kardeşler konsolosluk ile görüştürülmeden aleyhlerinde mahkûmiyet kararı verildiği için federal mahkemeye başvuruda bulunmuşlardır. Ancak, federal mahkeme de yerel mahkeme huzurunda ileri sürülmemiş usulî bir hatanın temyize konu edilemeyeceğini belirterek davayı reddetmiştir. Almanya diplomatik yoldan girişimlerde bulunarak kararı icra edecek Arizona Eyaleti valisini ikna etmeye çalışmış ancak başarılı olamamıştır. Karl LaGrand 24 Şubat 1999'da idam edilmiştir. Bunun üzerine Almanya, Walter LaGrand da idam edilmeden önce uluslararası hukuk yollarını işletmeye karar vermiş ve infazdan bir gün önce, 2 Mart 1999'da "çok acil" olduğunu belirterek, UAD'a geçici tedbir başvurusunda bulunmuştur.⁶⁰ Divan hemen ertesi gün toplanarak, nihai kararını verene kadar Walter LaGrand'ın infaz edilmemesini emretmiştir.⁶¹ Ancak, ABD Dışişleri Bakanlığı vasıtasıyla karar eline ulaştırılmış olmasına rağmen (Lahey' deki UAD kararı 3 Mart 1999'da verdiğinde saat farkından dolayı ABD bir gün geriden geliyordu), Arizona Valisi UAD'ın nihai kararını beklemeyi reddetti ve 3 Mart 1999'da infaz gerçekleştirildi. Buna karşın, UAD' da başlatılan yargılama devam etti ve 2001 tarihinde Divan ilk kez, verdiği geçici tedbir kararlarının bağlayıcı olduğunu ortaya koydu. Bunun yanı sıra, ABD'nin geçici tedbir emrine uymamasının uluslararası hukuku

57 Sands, s. 11.

58 Vienna Convention on Consular Relations (*Paraguay v. United States of America*), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, **I.C.J. Reports 1998**, s. 258, para. 41.

59 Sands, s. 12-13.

60 Application Instituting Proceedings filed in the Registry of the Court on 2 March 1999, *LaGrand Case (Germany v. United States of America)*. (*The request for provisional measures is of extreme urgency. The execution of the German national Walter LaGrand, set to take place in the State of Arizona on 3 March 1999, would deprive both this Court and Germany of the opportunity to have the case decided on its merits.*)

61 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Provisional Measures, Order of 3 March 1999, **I.C.J. Reports 1999**, s. 16, para. 29.

ihlal ettiğine karar verdi. Almanya bir tazminat isteminde bulunmamıştı ancak eğer tazminat istenilseydi, Divan, ABD'nin süre baskısı altında olması ve literatürde geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığının tartışılması gibi sebepleri göz önüne alacağını belirtmiştir.⁶²

Uluslararası mahkeme kararlarına uyulmayan bu örneklerin bir genellemeye yol açmaması yerinde bir yaklaşım olacaktır. Zira Divan'ın da belirttiği gibi o dönemde geçici tedbir kararlarının bağlayıcılığı, emsal bir içtihat olmadığı için tartışılmaktaydı. Günümüzde benzer bir davada ABD'nin tavrının nasıl olacağını öngörmek mümkün olmasa da *LaGrand* davasının akabinde meydana gelen yeni hukuki gelişmeler ve davalar ABD'nin uluslararası hukuka yaklaşımı konusunda bazı ipuçları vermektedir. UAD'ın 31 Mart 2004'te karara bağladığı *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular* davasında Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nde yer alan haklardan yararlandırılmadan ABD'deki farklı eyaletlerde çeşitli suçlardan yargılanarak ölüm cezasına çarptırılmış 54 Meksika uyruklunun durumları Divan'ın önüne getirilmiştir.⁶³ Divan, 51 Meksikalının tutuklandıkları zaman 1963 tarihli Viyana Sözleşmesi m. 36/1(b) hükmü uyarınca haklarına dair bilgilendirilmemeleri nedeniyle, ABD'nin Sözleşme'den doğan uluslararası yükümlülüğüne aykırı davrandığını kararlaştırmıştır.⁶⁴ İhhalin uygun şekilde telafisi için Divan, ABD'nin kendi seçtiği usulle, dava konusu Meksika uyruklulara verilen mahkumiyet ve cezaları yeniden incelemesini ve gözden geçirmesini istemiştir.⁶⁵ Yaklaşık bir yıl sonra, 28 Şubat 2005'te ABD Başkanı George Bush, eyalet mahkemelerinin UAD kararına uyarak uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi yönünde işlem tesis etmelerini sağlamak için Adalet Bakanı'na bildirimde bulunmuştur.⁶⁶ Buna rağmen, bir hafta sonra Dışişleri Bakanı Condolezza Rice, ABD'nin Viyana Sözleşmesi'nden kaynaklanan uyuşmazlıklarda UAD'ın yargı yetkisini tanımasına olanak sağlayan İhtiyari Protokol'den çekildiğine yönelik olarak BM Genel Sekreteri'ni bilgilendirmiştir.⁶⁷ Dışişleri Bakanlığı Sözcüsü Darla Jordan Sözleşme'den çekilmeyi, "Konsolosluk Sözleşmesi'nin benzer şekilde yorumlanabileceği veya ulusal ceza sistemini Sözleşme'ye katıldığımızda öngöremeyeceğimiz şekilde aksatabilecek başka UAD kararlarından korunmanın yolu" olarak açıklamıştır.⁶⁸

Buna rağmen, ABD'nin İhtiyari Protokol'den çekilmesinin geçerliliği ile ilgili doktrinde önemli karşı argümanlar ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, 1969 tarihli Viyana Antlaşmalar

62 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, **I.C.J. Reports 2001**, s. 508, para. 115-116.

63 *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, **I.C.J. Reports 2004**, s. 24, para. 15.

64 *Ibid*, s. 53, para. 106/1.

65 *Ibid*, s. 72, para. 153/9.

66 "U.S. Strategy for Responding to ICJ's *Avena Decision*", **The American Journal of International Law**, Vol. 99, No. 2 (Apr., 2005), s. 489; Sands, s. 382.

67 7 Mart 2005 tarihinde BM Genel Sekreterliği'ne ulaşan ABD'nin İhtiyari Protokol'den çekildiğine ilişkin bildirim için bkz. https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3&clang=_en (Çevrimiçi: 22.04.2018).

68 Sands, s.382. Yazar burada ABD'nin çekilme kararının kendi aleyhine de sonuçlar doğurabileceğine, 1979'da İranda Amerikan elçilik binasının göstericiler tarafından işgal edilmesi olayını örnek göstererek, İhtiyari Protokol'ün Amerika'nın UAD huzurunda dava açabilmesine olanak tanıdığına vurgu yapmıştır. Karar için bkz. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment, **I.C.J. Reports 1980**.

Hukuku Sözleşmesi'nin çekilme ve fesih ihbarlarını düzenleyen 56. maddesi uyarınca eğer antlaşma açıkça düzenlemediyse, yalnızca tarafların böyle bir ihtimali niyet etmiş olmaları veya antlaşmanın doğası gereği böyle bir hakkın uygulanabileceği anlaşılıyorsa ancak bu sayede bir çekilme veya fesih ihbarı mümkün hale gelmektedir. Bununla birlikte, 1963 tarihli Konsolosluk Sözleşmesinin İhtiyari Protokolünün müzakereleri bu şekilde fesih veya çekilmeye ilişkin bir bilgi sunmamaktadır. Hatta Sözleşmeye daha çok ülkenin taraf olması için UAD'ın zorunlu yargı yetkisini kabul amacıyla İhtiyari Protokol hazırlanmış ve bunun öncülüğünü de ABD üstlenmiştir.⁶⁹ *Quigley* ABD'nin çekilmeye yönelik bildirimini geçerli olmadığını düşündüğünü ifade ederek, ABD'nin kendi vatandaşlarının konsolosluk haklarını korumak için bundan sonra UAD'a başvurmak istediğinde yetki şartını sağlamak için İhtiyari Protokol dışında muhtemelen başka bir yasal dayanak bulamayacağını ifade etmiştir.⁷⁰ Halihazırda UAD bünyesinde görülen ve yukarıdaki davalarla benzerlik gösteren *Jadhav* davasında, Divan 18 Mayıs 2017'de verdiği geçici tedbir kararıyla, casusluk suçlamasıyla Pakistan'da idama mahkûm edilen Hindistan vatandaşı Kulbhushan Jadhav'ın idamının vereceği nihai karara kadar bekletilmesini emretmiştir.⁷¹ Pakistan Dışişleri tarafından 1 Haziran 2017'de yapılan açıklamada, Jadhav'ın idamının bekletileceği ifade edilmiştir.⁷²

Esasında salt yukarıda yer verdiğimiz davalara baktığımızda dahi klasik egemenlik anlayışının nasıl dönüşüme uğradığını görmek mümkündür. Zira ABD'nin 1963 Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin sadece devletler bakımından hak ve yükümlülükler doğurduğu itirazına rağmen, UAD *LaGrand* davasında zikredilen Sözleşme'nin m.36/1 hükmünün bireyler bakımından da hak yarattığını kabul etmiştir.⁷³ Hatta bu doğrultuda, ABD Yüksek Mahkemesi'nin *Medellín v. Texas* kararına rağmen, 1963 Viyana Sözleşmesi'nin kendiliğinden icra kabiliyeti olduğu (*self-executing*) genel kabul görmektedir.⁷⁴ *Medellín* dahil 5 Meksika vatandaşının durumu Meksika tarafından 31 Mart 2004 tarihli *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular Kararının Yorumlanması Talebi* ile tekrar UAD huzuruna getirilmiştir. Meksika'nın 2008 yılında yaptığı *Avena Kararının Yorumlanmasına İlişkin Talep*, karara konu olan kendi vatandaşlarından beş tanesinin durumunun tekrar değerlendirilmeden haklarında infaz kararı verilmesine

69 John Quigley, "The United States' Withdrawal From International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences", *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 19 (2009), s. 295-297. Quigley, Antlaşmalar Hukuku alanında önemli bir eserin müellifi olan Aust'un kitabında belirttiği, "çekilmeye ilişkin hüküm bulunmayan anlaşmazlıkların çözümüne dair genel antlaşmalarda dahi çekilmenin genellikle mümkün olduğuna" dair ifadesinin 1969 Viyana Sözleşmesi m. 56 ile ters düştüğünü vurgulamıştır. Karş. Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2007, s. 291.

70 *Ibid.*, s. 301.

71 *Jadhav Case (India v. Pakistan)*, Order of 18 May 2017, s. 15, para. 61.

72 <http://www.livemint.com/Politics/2tAms0Ck9ISyUE4nXajKN/Kulbhushan-Jadhav-will-not-be-executed-until-mercy-pleas-exh.html> (Çevrimiçi: 16.10.2017).

73 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, *I.C.J. Reports* 2001, s. 466, para. 77; Ayrıca bkz. *Owada*, s. 516 vd.

74 Andrew Solomon, "When Can an Individual Enforce a Right Set Forth in an International Treaty?", *American Society of International Law and the International Judicial Academy*, Vol. 1, Iss. 3 (July 2006). http://www.judicialmonitor.org/archive_0706/asilsidebar.html (Çevrimiçi: 22.04.2018).

dayanmaktadır. Meksika'nın bu Talebi, UAD Statüsü'nün 60. Maddesine dayanmakta olup, ABD'nin İhtiyari Protokol'den daha önce çekilmiş olmasından etkilenmemektedir.⁷⁵

İnfazların gerçekleşmemesi için UAD tarafından 16 Temmuz 2008 tarihinde geçici tedbir kararı verilerek, mevcut davada nihai karar çıkana kadar ve 31 Mart 2004 tarihli *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular Kararı* uyarınca mahkumların durumu yeniden incelenmedikçe infazların gerçekleştirilmemesi emredilmiştir.⁷⁶ Buna rağmen, Medellín 5 Ağustos 2008 tarihinde Texas Eyaleti'nde idam edilmiştir. Bu idam nedeniyle Divan, ABD'nin 16 Temmuz 2008 tarihli Geçici Tedbir Emri'nden doğan yükümlülüğüne aykırı davrandığına karar vermiştir.⁷⁷ Ayrıca Divan, 2004 tarihli *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular Kararının* 153. paragrafında sayılan Meksika uyrukluların hepsinin mahkûmiyet ve cezalarının, Konsolosluk İlişkileri Hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 36. maddesi dikkate alınmak suretiyle yeniden incelenip değerlendirilmediği müddetçe ABD'nin üzerine düşen uluslararası yükümlülüğü yerine getirmiş sayılmayacağını ifade etmiştir.⁷⁸ Divan Medellín'in idamının, 2004 tarihli *Avena ve Diğer Meksika Uyruklular Kararı'nın* ihlali olduğuna yönelik hüküm verilmesini isteyen Meksika'nın talebine karşın, mevcut yargılamanın Statü'nün 60. maddesi uyarınca gerçekleştirilmesi nedeniyle bu yöndeki ihlalleri yorumlamaya yetkili olmadığına karar vermiştir. Bununla beraber, *Avena* kararının halen bağlayıcılığını koruduğunu ve ABD'nin buradan kaynaklanan yükümlülüklerini uygulaması gerektiğine hükmetmiştir.⁷⁹

Genel olarak uluslararası mahkeme kararlarının, özelde de UAD kararlarının uygulanması ve dolayısıyla uluslararası hukuk kurallarının iç hukuk sistemlerinde etkili hale getirilmesi için uluslararası hukuka aykırı fiillerin iç hukuk sistemlerine yansımaya ilişkin teorik anlamda yeni tedbirler düşünülmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir.⁸⁰ Bu doğrultuda, uluslararası hukuk ile ulusal hukukların birbirinden bağımsız ancak birbirleriyle etkileşim halinde olduğunu göz önünde bulundurmak suretiyle, iki hukuk sistemi arasında iş birliği ve koordinasyonun sağlanmasına özel önem verilmesi gerekmektedir. Bu sayede, Birleşmiş Milletlerin yargı organı olan UAD, uluslararası toplumda hukukun üstünlüğünün sağlanmasına ilişkin rolünü daha iyi bir biçimde icra edebilecektir.⁸¹

75 Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, **I.C.J. Reports 2008**, s. 323, para. 44; Quigley, s. 298.

76 Provisional Measures, Order of 16 July 2008, **I.C.J. Reports 2008**, s. 331, para. 80/II.

77 Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)* (Mexico v. United States of America), Judgment, **I.C.J. Reports 2009**, s. 19, 21; para. 53-53, 61/2.

78 *Ibid.*, s. 19 vd., para. 55.

79 *Ibid.*, s. 20, para. 56-60.

80 Mariko Kawano, "Decisions of the International Court of Justice on Disputes Concerning Internal Law" (Giorgio Gaja and Jenny Grote Stoutenburg eds.), **Enhancing the Rule of Law through the International Court of Justice** içinde (119-138), Leiden, Boston: Brill Nijhoff Publishing, 2014, s.137.

81 *Ibid.*

IV. KÜRESELLEŞMENİN ULUSLARARASI HUKUK VASITASIYLA DEVLET EGEMENLİĞİNDE GERÇEKLEŞTİRDİĞİ DÖNÜŞÜM

A. ULUSAL KAMU MENFAATİNDEN ULUSLARARASI TOPLUMUN ORTAK MENFAATİNE DOĞRU UZANAN YOL

Uluslararası hukukta özellikle son yirmi yılda devletler arasında çatışan menfaatlerden ziyade küresel ortak menfaatlara vurgu yapılmaya başlanmıştır.⁸² Bu durum kamu menfaatinden ziyade (*public interest*) ortak menfaat (*common interest*) kavramının ön plana çıkmasına neden olmuştur. Sözü edilen saptama, Amerikalılar-arası İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre; "Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amacı sınırlı sayıda devlet arasında karşılıklı hakların değişimi değil, uyruğundan bağımsız olarak, Amerika kıtasındaki tüm insanların insan haklarının korunmasıdır."⁸³ Bu doğrultuda doktrinde, insan hakları antlaşmalarının uluslararası toplumun menfaatlerini korumak şeklinde objektif bir yükümlülük ortaya çıkardığı ifade edilmiştir.⁸⁴ Benzer şekilde çevrenin korunmasında ve deniz hukukunun korsanlığın bastırılması ile deniz çevresinin korunması gibi alt başlıklarında da tüm uluslararası toplumun menfaati olduğu kabul görmektedir.⁸⁵ Bu kapsamda örneğin; denizde korsanlık faaliyetlerinin bastırılmasında devletlerden ziyade IMO, NATO, AB ve BM gibi uluslararası kuruluşlar daha etkin bir şekilde faaliyet göstermektedirler.⁸⁶

Belirtmeye çalıştığımız değişimi, UAD yargıcı olarak görev yapmış *Simma*'nın ifadesiyle söyleyecek olursak; "uluslararası hukuk, devletlerarasında karşılıklı hak ve yükümlülüklerden müteşekkil bir alan olmanın ötesindeki yeni bir aşamaya geçerek, bir bütün olarak uluslararası toplumun (sadece devletlerin değil tüm insanlığın) ortak menfaatlerini bünyesine dahil etmiştir."⁸⁷ Bu nedenle uluslararası hukukun artık mütakabiliyet (karşılıklılık) ilkesine dayanan sınırlarının genişlediği yönünde geniş bir kabul oluşmuş vaziyettedir. Dolayısıyla yeni uluslararası hukuk sadece devletlerarasındaki ilişkiler ile değil, bir ülkenin kendi vatandaşları ile ilişkisi veya farklı ulusların vatandaşlarının birbirleri arasındaki ilişkiler ile de ilgilenmektedir.⁸⁸

Yukarıda uluslararası örgütler bakımından yaşanan gelişmelerin devletlerin egemenliği üzerindeki etkisini ele almaya çalışmıştık. Bunların haricinde, hükümet-dışı örgütler de konu bakımından

82 Rosalyn Higgins, **Problems & Process: International Law and How We Use It**, Reprinted, Oxford and New York: Oxford University Press, 2004, s. 11.

83 Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, Oc-1/82 Of September 24, 1982, "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights), s. 6, para. 24.

84 Yoshifumi Tanaka, "Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea", **Max Planck UNYB**, Vol. 15, (2011), s. 335.

85 *Ibid*, s. 336.

86 *Ibid*, s. 337.

87 Bruno Simma, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", **The European Journal of International Law**, Vol. 20 No. 2 (2009), s. 268.

88 Julian Ku & John Yoo, "Globalization and Sovereignty", **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 31, (2013), s. 223.

önem arz etmektedir. Bahsedilen örgütler insan hakları ve çevrenin korunmasında olumlu çalışmalar yapmalarına rağmen, bazı ülkeler tarafından faaliyetleri kısıtlanmaktadır. Bu hususta, Rusya'nın Duma Meclisi tarafından çıkartılan bir yasa ile Uluslararası Af Örgütü ile İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Rusya Federasyonu'ndaki faaliyetlerini kısıtlaması örnek gösterilebilir.⁸⁹ Yasal düzenlemeler haricinde fiili müdahaleler yoluyla da sivil inisiyatiflerin ve hükümet dışı örgütlerin faaliyetlerine müdahale edilebilmektedir. Bu kapsamda Rusya'nın Barents Denizi'ndeki petrol platformu Prirazlomnaya'ya Greenpeace üyeleri tarafından yapılan protestolara karşı 30 göstericinin tutuklanması⁹⁰ veya sivil toplum kuruluşlarının yapmak istedikleri protesto gösterilerinin yasaklanması ve engellenmesi⁹¹ örnek verilebilir. Ulusal hükümetlerin bu yönde olumsuz tutumları bulunabilmesine rağmen, hükümet-dışı örgütlerin sayısı uluslararası ölçekte genişleyen bir zeminde ve farklı alanlarda olmak üzere artış göstermektedir.

Söz konusu örgütlerin faaliyetleri; siyasi partiler, işçi sendikaları, işveren dernekleri gibi yeni toplumsal dinamiklere adapte olma sorunu yaşayan geleneksel örgütlenmelerin tahtını sallamaktadır. Bu durum hükümet-dışı örgütlerin toplumsal ve küresel sorunların diyalog ve müzakerelerinde siyasi kurumlar ve hükümetler-arası örgütler tarafından daha fazla dikkate alınmasına olanak sağlamaktadır.⁹² Bunun yanı sıra uluslararası mahkemeler de uyuşmazlıkların çözümünde hükümet-dışı örgütlerin "mahkeme dostu" (*amicus curiae*) olarak davalarla ilgili raporlarını kabul etmektedirler. Özellikle NAFTA ve ICSID mahkemeleri yatırımcı-Devlet tahkimlerinde *amicus* başvurulara izin vermektedir. UAD ve UDHM söz konusu başvurulara çekimeli davalarda daha mesafeli bakmalarına rağmen, özellikle kendilerinden danışma görüşü talep edilmesi halinde *amicus* başvuruları da dikkate almaktadırlar. Bu durum, bilhassa devlet-dışı aktörlerin uluslararası hukukta gittikçe artan önemini göstermesi bakımından kayda değerdir.⁹³

1. Uluslararası Hukukun Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisine Yönelik Görüşler

Ulus devletin egemenliği bakımından uluslararası hukuku değerlendirdiğimizde, doktrinde uluslararası hukuku egemenliğe nazaran üstün olarak tanıyan bir grup yazar tarafından ifade edildiği üzere, egemenlik kavramı içsel bir anlam taşıyıp, devlet içindeki meşru otoritenin salt kaynağı olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle, egemenlik uluslararası hukukta *per se* normatif bir kavram değildir. Zira uluslararası hukukun merkezinde devlet değerleri yerine evrensel insani değerler yer almaktadır.⁹⁴

89 Dukagjin Leka, "Challenges of State Sovereignty in the Age of Globalization", *Acta Universitatis Danubis Juridica*, Vol. 13, No. 2, (2017), s. 66.

90 Esra Katman, "Arctic Sunrise Davası Işığında, Uluslararası Hukuk ve Çevre Koruma Eylemleri", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1 (2014), ss. 142-143. Uyuşmazlığın UDHM tarafından değerlendirilmesine ilişkin açıklamalar için bkz. Abdulkadir Gülçür, *Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargı Yetkisi*, İstanbul: Beta Yayınları, 2017, ss. 149-160.

91 Bkz. Case of Lashmankin and Others v. Russia, Judgment delivered by Third Section of ECHR, 7 February 2017.

92 De la Madrid, s. 559.

93 Lance Bartholomeusz, "The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals", *Non-State Actors and International Law*, Vol. 5 (2005), s. 285.

94 Paul Schiff Berman, "From International Law to Law and Globalization", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 43 (2005), s. 525.

Post-modern yaklaşımı benimseyen yazarlar ise ilk grup yazarlar gibi dizginlenmemiş bir egemenlik anlayışını reddetmekle birlikte uluslararası normları önceleyen bir yaklaşıma da karşı çıkmaktadırlar. Zira ulus-devlet çıkarları peşinen takip edilen basit önceller olmayıp, uluslararası hukukun norm ve kurumları da dahil olmak üzere çeşitli güçlerin etkisi altında şekillenen menfaatlerdir.⁹⁵

Üçüncü gruptaki yazarlar ise, “yeni egemenlik” kavramını savunmaktadır. Buna göre, ulus-devletler geniş çerçevede uluslararası ve ulus-ötesi rejimlere ve kurumlara katılarak, kendi hükümlerini bakımından zorunlu olan eylemleri daha önceden olduğu gibi yine kendi sınırları içerisinde gerçekleştirmektedirler.⁹⁶ Ancak bu yaklaşım da özellikle sınır-aşan (extra-territorial) eylemlerde insan hakları bakımından sorumlulukları göz ardı etmektedir. Bu kapsamda AIHM’in İngiltere’nin Irak’taki askeri faaliyetleri nedeniyle verdiği ihlal kararları akla getirilebilir.⁹⁷ *Berman*’ın önerisi; akademisyenlerin “egemenliğin ötesine geçerek”, küresel çağda hukuku analiz etmek için yeni kavramlar inşa etmesi gerektiği şeklindedir.⁹⁸

Netice itibarıyla uluslararası hukuk, dünya düzeninin asgari ve uygun çerçevede gerçekleşmesi için önemli olan rolünü üstlenmek suretiyle, insani sorunlar sınır-aşan seviyeye ulaştığı sürece bunlarla mücadele etmeye devam edecektir.⁹⁹ Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, ulusal düzeni tesis etmeye yönelik standartların küresel ölçekte de aynı şekliyle uygulanmamasıdır. Aksi takdirde hatalı şekilde bir dünya devleti düzeni oluşturma çabasına girişilmiş olunacaktır.¹⁰⁰ Küreselleşmenin nihai amacı bir dünya devleti oluşturmak olsa da uygulayıcıların *de facto* olarak bu şekilde küresel düzeni dizayn denemeleri meşruiyet bağlamında sorgulanacaktır. Bu doğrultuda gelecekte kişilerin tam manasıyla ve her yönüyle uluslararası hukukun öznelere olmaları halinde uluslararası hukukun varlığı sonlanacak ve yerine küresel hukuk ikame olacaktır.¹⁰¹

95 *Ibid*, s. 526.

96 *Ibid*, s. 527 vd. Bu görüşteki yazarlara örnek olarak bkz. Brand, s.1696 vd. Yazara göre, “eğer devletin görevi güvenliği sağlamaksa ve uluslararası hukukun üstünlüğünü güçlendirmek güvenliğin artmasını sağlıyorsa, o zaman egemenin rolü uluslararası hukukun üstünlüğünü güçlendirmek olmalıdır. Bu durum, geleneksel egemenlik işlevlerinin uluslararası bir organa devredilmesi suretiyle gerçekleştirilecekse, o şekilde yapılmalıdır. Demokrasi odaklı bir dünyada, vatandaşı-egemeni temsil eden makamların vatandaşların güvenliğini artıracak ulusal, bölgesel veya küresel hukuki düzenlemelere yönelik her türlü fırsatı değerlendirmesi gerekir. Egemenin işlevi budur.”

97 Bkz. Case of Al-Skeini and Others v. UK, Judgment delivered by Grand Chamber of ECHR, 7 July 2011.

98 Berman, s. 530. Aynı yönde bkz. Domingo, s. 63. Yazar, egemenlik kavramının desteklenmesinin pragmatik amaçlardan ziyade çoğunlukla retorik nedenlere dayandığını ifade etmektedir.

99 *Petito*, s. 1169.

100 Domingo, s.107. Esasında *Domingo* küresel bir hükümet anlayışına da karşı çıkmaktadır. Zira yazara göre, evrensel devlet, hürriyetlerin sonunu başlatan bir sürece neden olabilecektir. Hukuk alanında özgürlük ve çoğulculuğun korunması için devlet gibi toplam yapıların evrensel olarak değil birbirinden özgün olarak ortaya çıkması gereklidir. Küresel bir devletin kurulması, evrenselliğin toptan homojen ve dayatmacı bir yapıya dönüşmesi suretiyle emperyalizmin zaferine işaret edecektir. *Ibid*, s. 172; Twining, s. 357.

101 Domingo, s. 56.

SONUÇ

Uluslararası hukukun kaynakları olarak kabul gören UAD Statüsü'nün m. 38 hükmüne göre uluslararası antlaşmalar ilk sırada uluslararası hukukun kaynakları olarak sayılmışlardır. Uluslararası antlaşmalar devletlerin kendi iradeleri ile akdettikleri metinlerdir. Bu doğrultuda çeşitli etkenler antlaşmaların hazırlanmasında belirleyici olmakla beraber bir antlaşma ile bağitlanıp bağitlanmamak ilgili devletin rızasına bağitlıdır. Uluslararası teamül hukuku da benzer şekilde devletlerin kendi eylemleri ile oluşmakta ve devletler bu eylemlerini hukuk haline geleceği bilinci (*opinio juris*) ile gerçekleştirmektedirler. Buna karşın hukukun genel ilkeleri doğrudan hukuk bilimi tarafından saptanan ilkelerdir. Uluslararası hukukun bu üç asli kaynağına baktığımızda hukukun genel ilkeleri haricinde hem antlaşmaların hem de teamül hukukunun devletlerin kendi rızai davranışları ile bağlayıcı hale getirdikleri kurallardan meydana geldiklerini görmekteyiz. Bu nedenle, uluslararası hukuk bağlayıcılığını esasında yine kendi kural koyucusu olan devletlerden almaktadır. Ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ilkesinin önemi de tam bu noktada anlaşılmalıdır. Ancak devletlerin kendi rızaları ile bağlandıkları uluslararası kurallardan ve yine kendi rızalarıyla yetkisini kabul ettikleri uluslararası yargı mercilerinin kararlarından memnun olmadıkları zaman iç hukukta bu kural ve kararların etki doğurmasını engelleyen işlemlere girişmeleri uluslararası anlamda hukukun üstünlüğüne sekte vurmaktadır.

Küreselleşme çabaları özellikle hukukun üstünlüğü anlayışını ve bunun uygulanış biçimini devletlerin tekelden çıkararak evrensel boyuta taşıma çabasında olması nedeniyle özel önem arz etmektedir. Bilhassa iletişim imkanlarının da artmasıyla bugün bir ulusun içerisinde yaşanan insani kriz rahatlıkla bölgesel hatta küresel bir sorun haline gelme istidadı gösterebilmektedir. Bu durum devletleri ve onları oluşturan insan topluluklarını eskisinden daha fazla birbirine bağitlı hale getirmektedir. Dolayısıyla artık ulusal menfaatler ve güvenlik kaygılarının yanı sıra uluslararası toplumun menfaatleri ve güvenlik ihtiyaçları da hukuk bilimi tarafından çözümlenmesi gereken bileşenler haline gelmiştir.

Uluslararası örgütlerin sayısının günden güne artması da uluslararası hukukun yapıcısı olan devletlerin haricinde küresel kuralların oluşturulmasında etkin bir diğer güç olarak karşımıza çıkmalarını sağlamaktadır. Diğer yandan insan hakları, insancıl hukuk, çevre hukuku ve yatırım hukuku gibi alanlarda devletlerin egemenliği gittikçe silikleşmekte ve sayılan alanlardaki problemler sadece bir ulusu değil yukarıda ifade edildiği gibi çoğu zaman tüm uluslararası toplumu ilgilendirmektedir. Özellikle insan hakları ve yatırım hukuku alanlarında bireylerin devletleri uluslararası yargı mercileri önünde dava edebilmesi, klasik Vestfalya dönemi ulus-devlet egemenliği bakış açısınca düşünülmesi mümkün olmayan gelişmelerdir.

Sonuç olarak, devletlerin egemenliğinin belirli alanlarda önemli ölçüde gerilediğini ve sınırların yasal anlamda olmasa bile egemenlik anlamında silikleştiğini söylemek hatalı olmayacaktır. Bununla beraber, bu değişimin BM'nin kurucularının düşündüğü veya hayal ettikleri seviyeye eriştiğini söyleyebilmek de pek mümkün görünmemektedir. Fikirsal anlamda 18. yüzyıldan itibaren savaşın yasaklanmasına ilişkin düşüncelerin, Birinci Dünya Savaşı'nın ardından

diplomatların ve devlet başkanlarının uğraşlarıyla uluslararası hukuka girmesinin sağlanması dünya tarihi bakımından oldukça önemli bir gelişme olmuştur. Bugüne kadarki kazanımları geriye götürecek şekilde olumsuz olayların zaman zaman yaşanmış olması ileriye yönelik bir karamsarlık oluşturmamalıdır. Hukukun üstünlüğünün küresel anlamda tesis edilmeye çalışılması ve bu yöndeki dönüşümde uluslararası hukukun rol olması için fikirsel çabalar devam ettirilerek, üretilen teorik düşüncelerin pratiğe dönüştürülmesi işleminin gerçekleşmesi, devletlerin yetkili organları ve birbirleri arasındaki iş birliği mekanizmaları vasıtasıyla sağlanmalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar ve Makaleler

- Abdulkadir Gülçür, **Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin Yapısı ve Yargı Yetkisi**, İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- Andrew Solomon, "When Can an Individual Enforce a Right Set Forth in an International Treaty?", **American Society of International Law and the International Judicial Academy**, Vol. 1, Iss. 3 (July 2006).
- Angela Del Vecchio, "Globalization and Its Effect on International Courts and Tribunals", **The Law and Practice of International Courts and Tribunals**, Vol. 5, (2006), ss. 1-11.
- Anne-Marie Slaughter, "Judicial Globalization", **Virginia Journal of International Law**, Vol. 40, Iss. 4, (2000), ss. 1103-1124.
- Anthony Aust, **Modern Treaty Law and Practice**, Cambridge: Cambridge University Press, Second Edition, 2007.
- Anupam Chander, "Globalization and Distrust", **The Yale Law Journal**, Vol. 114 (2005), ss. 1193 – 1236.
- Bart Van Vooren & Ramses A. Wessel, **EU External Relations Law**, Cambridge: Cambridge University Press, Third Printing, 2016.
- Bruno Simma, "Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner", **The European Journal of International Law**, Vol. 20, No. 2 (2009), ss. 265 – 297.
- Clive Parry, "League of Nations", Rudolf Bernhardt (Ed.), **Encyclopedia of Public International Law, Volume 5, International Organizations in General** içinde (192-201), Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1983.
- Cynthia D. Wallace, "Kellogg-Briand Pact (1928)", Rudolf Bernhardt (Ed.), **Encyclopedia of Public International Law, Volume 3, Use of Force – War and Neutrality – Peace Treaties** içinde (236-239), Amsterdam, New York, Oxford: North-Holland Publishing Company, 1982.
- Danielle S. Petit, "Sovereignty and Globalization: Fallacies, Truth, and Perception", **New York Law School Journal of Human Rights**, Vol. 17, (2001), ss. 1139-1172.
- Diane Sabom, "U.N. Wants to Rule New World Order", **Insight on the News**, 23 October 2000.
- Dukagjin Leka, "Challenges of State Sovereignty in the Age of Globalization", **Acta Universitatis Danubius Juridica**, Vol. 13, No. 2, (2017), ss. 61-72.
- Esra Katıman, "Arctic Sunrise Davası Işığında, Uluslararası Hukuk ve Çevre Koruma Eylemleri", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 1 (2014), ss. 139-158.

- Hakkı Hakan Erkiner, “*Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştığı Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 18, Sayı 1 (2012), ss. 51-146.
- Hisashi Owada, “Human Security and International Law”, (Eds. Ulrich Fastenrath et al.) **From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma** içinde (505-520), Oxford University Press, 2011.
- Immanuel Kant, **Perpetual Peace a Philosophical Essay (1795)**, (Translated by M. Campbell Smith), London: George Allen & Unwin Ltd., Third Edition, 1917.
- Işıl Özkan, **Hukukun Küreselleşmesi ve Ulusötesi Hukuk**, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2014.
- Ivan Simonovic, “*State Sovereignty and Globalization: Are Some States More Equal*”, **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 28, No. 3 (2000), ss. 381-404.
- Jeremy A. Rabkin, **Law Without Nations? Why Constitutional Government Requires Sovereign States**, New Jersey: Princeton University Press, Second Printing, 2007.
- John G. Merrills, **International Dispute Settlement**, Cambridge: Cambridge University Press, Fifth Edition, 2011.
- John Gerard Ruggie, “*The United Nations and Globalization: Patterns and Limits of Institutional Adaptation*”, **Journal of Global Governance**, Vol. 9, No. 3 (July–Sept. 2003), ss. 301-321.
- John Quigley, “*The United States’ Withdrawal From International Court of Justice Jurisdiction in Consular Cases: Reasons and Consequences*”, **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 19 (2009), ss. 263-305.
- Julian Ku & John Yoo, “Globalization and Sovereignty”, **Berkeley Journal of International Law**, Vol. 31, (2013), ss. 210-235.
- Lance Bartholomeusz, “*The Amicus Curiae before International Courts and Tribunals*”, **Non-State Actors and International Law**, Vol. 5 (2005) ss. 209-286.
- Looking Ahead: International Law in the 21st Century**, Canadian Council on International Law, Kluwer Law International, The Hague, London and New York, 2002.
- Mariko Kawano, “Decisions of the International Court of Justice on Disputes Concerning Internal Law” (Giorgio Gaja and Jenny Grote Stoutenburg eds.), **Enhancing the Rule of Law through the International Court of Justice** içinde (119-138), Leiden, Boston: Brill Nijhoff Publishing, 2014.
- Mehmet Akad, Bihterin Vural Dinçkol, Nihat Bulut, **Genel Kamu Hukuku**, 12. Basım, İstanbul: Der Yayınları, 2016.
- Miguel de la Madrid H., “*National Sovereignty and Globalization*”, **Houston Journal of International Law**, Vol. 19 No. 3 (1997), ss. 553-563.
- Oktay Uygun, “*Küreselleşme ve Değişen Egemenlik Anlayışının Sosyal Haklara Etkisi*”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, Cilt 20, (2003), ss. 250-284.
- Paul Schiff Berman, “*From International Law to Law and Globalization*”, **Columbia Journal of Transnational Law**, Vol. 43 (2005), ss. 485-556.
- Peter Haggemacher, “Vitoria’dan Vattel’e Uluslararası Hukuk Kişisi Olarak Egemen Devlet” (Çev. İdil Selçuk), Cemal Bâli Akal (Ed.), **Devlet Kuramı** içinde (257-265), Dördüncü Baskı, Ankara: Dost Kitabevi, 2013.
- Peter Malanczuk, **Akehurst’s Modern Introduction to International Law**, 7th Edition, London and New York: Routledge Publishing, 1997.
- Philippe Sands, **Hukuksuz Dünya**, (Çev. Bilge Firuze Çallı), İstanbul: Alfa Yayınları, 2016.
- Rafael Domingo, **The New Global Law**, Cambridge and New York: Cambridge University Press, 2010.

- Rafael Reuveny, "On Free Trade, Climate Change, and the WTO", (Eds. Jim Sheffield et al.), **Globalization: Yesterday, Today, and Tomorrow** içinde (177-193), Emergent Publications, 2013.
- Richard N. Current, "The Stimson Doctrine and the Hoover Doctrine", **The American Historical Review**, Vol. 59, No. 3 (April 1954) ss. 513-542.
- Ronald A. Brand, "External Sovereignty and International Law", **Fordham International Law Journal**, Vol. 18, Iss. 5 (1994), ss. 1685-1697.
- Rosallyn Higgins, **Problems & Process: International Law and How We Use It**, Reprinted, Oxford and New York: Oxford University Press, 2004.
- Sevin Toluner, **Milletlerarası Hukuk (Giriş – Kaynaklar)**, (Ed. Ayşe Nur Tütüncü ve diğerleri), İstanbul: Beta Yayınları, 2017.
- United Nations Millennium Declaration, 18 September 2000, A/RES/55/2.
- "U.S. Strategy for Responding to ICJ's Avena Decision", **The American Journal of International Law**, Vol. 99, No. 2 (Apr., 2005), ss. 489-492.
- Vaughan Lowe, "Private Disputes and the Public Interest in International Law", (Duncan French, Matthew Saul and Nigel D. White eds.), **International Law and Dispute Settlement: New Problems and Techniques** içinde (3-16), Oxford, Portland: Hart Publishing 2010.
- William Twining, "Responding to Globalization", **Osgoode Hall Law Journal**, Vol. 49, (2011), ss. 353-373. Yearbook of the United Nations, (1946-1947).
- Yoshifumi Tanaka, "Protection of Community Interests in International Law: The Case of the Law of the Sea", **Max Planck UNYB**, Vol. 15, (2011), ss. 329-375.
- Yargı Kararları ve İnternet Kaynakları**
- 2.6.1988 tarih ve 19830 sayılı Resmî Gazete.
- Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America), Judgment, **I.C.J. Reports 2004**.
- Breyer, J., Dissenting, Medellín v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).
- BVerfG, Judgment of the Second Senate of 30 June 2009 – 2 BvE 2/08.
- Case of Al-Skeini and Others v. UK, Judgment delivered by Grand Chamber of ECHR.
- Case of Lashmankin and Others v. Russia, Judgment delivered by Third Section of ECHR, 7 February 2017.
- "Enrica Lexie" Incident (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 July 2015, **ITLOS Reports 2015**.
- Inter-American Court of Human Rights, Advisory Opinion, Oc-1/82 Of September 24, 1982, "Other Treaties" Subject to the Consultative Jurisdiction of the Court (Art. 64 American Convention on Human Rights).
- Jadhav Case (India v. Pakistan), Order of 18 May 2017.
- LaGrand (Germany v. United States of America), Provisional Measures, Order of 3 March 1999, **I.C.J. Reports 1999**.
- LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, **I.C.J. Reports 2001**.
- Opinion of the Court, Medellín v. Texas, 552 U.S. 491 (2008).
- Provisional Measures, Order of 16 July 2008, **I.C.J. Reports 2008**.
- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Provisional Measures, Order of 16 July 2008, **I.C.J. Reports 2008**.
- Request for Interpretation of the Judgment of 31 March 2004 in the Case concerning Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America) (Mexico v. United States of America), Judgment, **I.C.J. Reports 2009**.

United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, **I.C.J. Reports 1980**.

United States v. Trapilo, 130 F.3d 547, Second Circuit (1997) (<https://www.ravellaw.com/opinions/4dcda50c8ff7d6c6dc9ac3f7b7df52a4>) (Çevrimiçi: 14.10.2017).

Vienna Convention on Consular Relations (Paraguay v. United States of America), Provisional Measures, Order of 9 April 1998, **I.C.J. Reports 1998**.

Yahoo! Inc. v. la Ligue Contre le Racisme et L'antisemitisme, 379 F.3d 1120, Ninth Circuit, (2004). (<https://www.ravellaw.com/opinions/c7712cc144ec93b461ca13314d304ede?query=379%20F.%203d%201120>) (Çevrimiçi: 14.10.2017).

http://www.ansa.it/english/news/politics/2015/08/26/india-suspends-italian-marine-case_bd7f3fa7-b1bc-408a-96d8-421c3bb140b2.html (Çevrimiçi: 15.10.2017).

<https://www.lexislegalnews.com/articles/5336/ecuador-agrees-to-pay-occidental-1-billion-in-satisfaction-of-icsid-award> (Çevrimiçi: 15.10.2017).

<http://www.livemint.com/Politics/2tAms0Ck9IStyUE4nXajKN/Kulbhushan-Jadhav-will-not-be-executed-until-mercy-pleas-exh.html> (Çevrimiçi: 16.10.2017).

<http://www.recht-harmonisch.de/GG-turkisch.pdf> (Çevrimiçi: 30.04.2018).

https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=III-8&chapter=3&clang=_en (Çevrimiçi: 22.04.2018).

Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi Açısından Peter Von Hagenbach'ın Yargılanmasının Önemi ve Anlamı

The Meaning and Importance of the Trial of Peter von Hagenbach for the History of International Criminal Law

Gökhan GÜNEYSU** 

Öz

Uluslararası Ceza Hukuku tarihi güncelliğini arttıran çalışma alanlarından bir tanesidir. Peter von Hagenbach'ın 1474 yılında yargılanması ve ölümüne mahkûm edilmesi, Uluslararası Ceza Hukuku literatüründe sıklıkla atıf yapılan tarihi olaylardandır. Bu tarihsel özelliği bulunan çalışmada söz konusu yargılama hakkında bilgi verilecektir. Öncelikle Hagenbach'ın içinde bulunduğu siyasal durum hakkında bilgi verilecek, sonrasında da Hagenbach'ın siyasi ve askeri kariyeri incelemeye tabi tutulacaktır. Esas olarak Hagenbach'ın yargılanması aşaması ele alınacaktır. Gerçekleştirilen yargılamanın safhaları, mahiyeti, Uluslararası Hukuk ile gerçekten ilgili olup olmadığının tartışılmasına yardım edecek şekilde, incelenmeye çalışılacaktır. Yargılamanın uluslararası karakterde olup olmadığı; Hagenbach'ın işlediği iddia edilen suçlarının bugün düzenlenmiş olan suçlardan hangisine yakın olabileceği de bu çalışmada ele alınan konulardandır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, Uluslararası Hukuk Tarihi, Uluslararası Ceza Hukuku Tarihi, Peter von Hagenbach

Abstract

The history of International Criminal Law emerges as one the most interesting specialization areas. In the literature of International Criminal Law, there is a very short list of pre-Nuremberg criminal trials that have been constant references, which undoubtedly includes a certain and notorious case of Peter von Hagenbach, who was put on trial and then executed in 1474. It is the objective of this paper to shed some light on this famous case. The paper will first offer a short analysis of the political environment leading to conflict and trial in later years. The real nature of the trial especially as regards its international character shall be probed into, with a view to establish this case's so-far immensely taken-for-granted relevancy for International Criminal Law analysis.

Keywords: Public International Law, History of International Law, History of International Criminal Law, Peter von Hagenbach

* Doç. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Milletlerarası Hukuk ABD Öğretim Üyesi, E-Mail: gguneyusu@anadolu.edu.tr.
Bu çalışma, Prof. Dr. Ferit Hakan BAYKAL'ın aziz hatırasına ithaf edilmiştir.

I. GİRİŞ

Savaş suçu işlediği iddiasıyla tarihte yargılandığı bilinen kişilerden ilkinin William Wallace olduğu ifade edilir¹. Savaş suçu veya benzeri suçları işlediği iddia edilen şahısların savunmalarında kendilerine amirlerince verilen emirleri yerine getirdiklerini ve sırf bu nedenle ceza almamaları gerektiğini ileri sürmeleri, tarihte sıklıkla karşılaşılmış bir olgudur. Amirin emri, bir hukuka uygunluk yahut mazeret sebebi olarak insanlık tarihi boyunca kullanılmıştır². Roma Hukuku'nda örneğin, amirin emri savunması aşikâr bir şekilde hukuka aykırı olmayan eylemler için kabul edilmektedir³.

Tarihte bilinen ilk “amirin emri” savunmalarından birisinin sahibi Peter von Hagenbach'tır⁴. Hagenbach yargılamasının önemi genellikle amirin emri konusuyla ilgili olarak hatırlanmıştır. Bununla beraber bu yargılamanın ilaveten önemi, tartışmalı da olsa, bir şahsın eylemlerinden dolayı ‘uluslararası’ sayılabilecek bir mahkemede yargılanmış olmasından da gelmektedir⁵. Aynı şekilde, yargılama aşamasında savunma hakkına önemli derecede saygı gösterilmesi de dikkat çekici bir başka özellik olarak belirginleşmektedir.

Burgonya Dükü tarafından bölgedeki Breisach kentinin (Fr. Brisac) valisi ve genel olarak da bölgenin idarecisi olarak atanan⁶ Hagenbach, hakkındaki cinayet, tecavüz ve kundakçılık suçlamaları nedeniyle yargılanmıştır⁷. Hagenbach, kentin yöneticiliğini üstlenince, Dük'ün ondan beklentisi bu şehrin vatandaşlarının itaatini sağlama olmuştur⁸. Ensisheim Kenti'ni örneğin

- 1 Beth VAN SCHAACK ve Ronald C. SLYE, “A Concise History of International Criminal Law: Chapter 1 of Understanding International Criminal Law”. Santa Clara University, Legal Studies Research Paper No. 07-42; Understanding International Criminal Law, Aspen Publishers, 2007.
- 2 Amirin Emri ile ilgili daha kapsamlı bilgi için bkz: Gökhan GÜNEYSU, Uluslararası Hukukta Amirin Emri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015; Michael WALZER, Haklı Savaş, Haksız Savaş: Tarihten Örneklerle Desteklenmiş Ahlaki Bir Tez, Alfa Yayıncılık, 2017, ss. 404-412.
- 3 IV The Digest of Justinian, Law, 157, tit XVII.; Mark J. OSIEL, “Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War”, California Law Review, Volume 86, Issue 5, October 1998, s. 946'dan aktaran GÜNEYSU, s. 22.
- 4 Cenap ÇAKMAK, Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Ekin Basım-Yayın-Dağıtım, 2014, s. 244; Robert CRYER, “Superior Orders and the International Criminal Court”, içinde Nigel D. WHITE, Richard BURCHILL and Justin MORRIS (Ed.), Essays On Conflict and Security Law in Memory of Hilaire McCoubrey, Cambridge: CUP, 2005, s. 50; GÜNEYSU, s. 22; L. C. GREEN, Superior Orders in National and International Law, Leiden: Sijthoff, 1976, s. 264; Ali Şahin KILIÇ, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, 2009; William A. SCHABAS, An Introduction to the International Criminal Court, Fourth Edition, Cambridge University Press, 2011, s. 1; Vojtěch TKADLČÍK, Defence of Superior Orders and its Reflection in the Statute of International Criminal Court, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Masaryk Üniversitesi, Brno, 2017, s. 28.
- 5 Hakan KARAKEHYA, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008, s. 136.
- 6 GÜNEYSU, s. 23; SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited”, s. 46.
- 7 Selcen ERDAL, Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi, Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi S.B.E. Konya, 2010, s. ; 9; Howard S. LEVIE, “The Rise and Fall of an Internationally Codified Denial of the Defense of Superior Orders”, Military Law & Law of War Review, Volume 30, 1991, s. 185.
- 8 Marcus KORTE, Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund: Die Wirkung des Befehls im deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004, s.38; GÜNEYSU, s. 23.

“hizaya getirmek” Hagenbach için sorun olmamıştır. Bu kent için tek bir idam yeterli olmuşken Breisach daha dirençli çıkmıştır⁹. Bunun üzerine Hagenbach bir terör dalgası estirmiş; eylemleri yalnızca Breisach kentinin değil; komşu bölgelerin ve hatta bölgeden sıklıkla geçen İsviçreli tüccarların bile ciddi rahatsızlık duymalarına neden olmuştur¹⁰. Bu sert tedbirler, sonuç olarak araları aslında çok da iyi olmayan Avusturya, Fransa gibi devletleri bir araya getirmiş; bunlarla Yukarı Ren Bölgesi şövalyelerinin bir ittifak kurmalarına neden olmuştur. Neticede, kendi paralı askerlerinin de ihaneti sonrası Peter von Hagenbach gücünü kaybetmiş ve yargılanmıştır¹¹.

Hagenbach yargılamasından Uluslararası Hukuk ve Uluslararası Ceza Hukuku konularında yazılmış birçok eserde bahsedildiğini görmekteyiz. Bununla beraber, konu hakkında detaylı çalışmalar dilimizde yapılmış değildir. Çoğu zaman yapılan referanslar birkaç paragrafı aşmayan atıflar şeklinde kalmaktadır. Bu çalışma bu eksikliği gidermek amacıyla taşımaktadır. İlâveten, yapılan incelemede Hagenbach'ın sahip olduğu resmi görevlendirmenin mahiyeti veya idam tarihine kadar çeşitli konularda eksik yahut hatalı bilginin de sunulduğu görülmektedir. O kadar ki Hagenbach'ın “imparator” olduğu dahi ifade edilmiştir. Şu da var ki bu davaya yüzeysel olarak yapılan atıflar yalnızca Türkçe literatüre özgü değildir. Yabancı dillerde yapılan yayınlarda da Hagenbach Yargılaması, herkesin hemen hemen istisnasız olarak kısaca değinip geçtiği bir vaka olarak ortaya çıkmaktadır.

Peter von Hagenbach'ın yargılanması hakkındaki birincil kaynaklar az sayıdadır. İkincil kaynaklar ise daha ziyade bu üç kaynağa atıf yapmaktadır. Hagenbach'ın siyasi, idari ve askeri kariyeri hakkında ise daha fazla kaynak mevcuttur. Yargılama hakkındaki kaynaklardan bir tanesi Basel şehrinde bir keşişin tuttuğu günlüktür. Johannes Knebel tarafından tutulan bu günlük Hagenbach'ın kötü ününün yaratılmasındaki en büyük etkenlerden biri olmuştur¹². Diğer bir kaynak ise Reimchronik'tir¹³. Johannes von Durlach tarafından yazılan bu metin de bize yargılama hakkında detaylı bilgi vermektedir. Knebel gibi Durlach da Hagenbach'ı şeytani bir kişi olarak tanıtmaktadır. Bu ikisi kadar bilinmeyen ve nispeten daha yakın bir tarihte keşfedilen üçüncü kaynak ise Nürnberg Devlet Arşivi'nde bulunmuş olan bir mektuptur. Mektup, muhtemelen Breisach ve çevresine aşina olmayan, orada meskûn olmayan ancak yapılan yargılama hakkında rapor hazırlanması istenmiş olan anonim bir kişiye aittir¹⁴.

9 Ruth PUTNAM, Charles The Bold: Last Duke of Burgundy 1433-1477, G.P. Putnam's Sons, New York and London, 1908, s. 373.

10 Hitomi TAKEMURA, International Human Rights to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009, s. 139.

11 TAKEMURA, s. 139.

12 Johannes KNEBEL, Die Chronik des Klosters Kaisheim, Litterarischer Verein in Stuttgart (H. Laupp), 1902.

13 Konu hakkında daha fazla bilgi için bkz. Heinrich WITTE, “Der Zusammenbruch der burgundischen Herrschaft am Oberrhein”, Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins, Neue Folge, Band II, Akademische Verlagsbuchhandlung von JCB Mohr, 1887, ss. 1-58.

14 Claudius SIEBER-LEHMANN, “Eine bislang unbekannte Beschreibung des Prozesses gegen Peter von Hagenbach”, Basler Zeitschrift für Geschichte und Altertumskunde, Band 93, 1993, s. 143.

II. TARİHSEL ARKAPLAN

Hukuki analizin tarihsel şartları bertaraf ederek yalnızca hükümlerin içeriklerinin analize hasredilmesi, hiç şüphesiz ki kısır bir anlamlandırmaya neden olacaktır. Bu nedenle hukukla ilgili gelişmelerin siyasal-tarihsel gelişmelerden bağımsız olarak analiz edilmemesi gerekmektedir. Marxist anlayışın da işaret ettiği üzere¹⁵:

“...(B)ütün din ve hukuk dizgeleri, tarihte beliren bütün kurumsal görüşler, ancak o çağın maddi yaşam koşulları anlaşılırsa ve bunlar maddi koşulların sonucu olarak görülüyorsa, anlaşılabilirler. İnsanların...toplumsal varlıkları, bilinçlerini etkiler.”

Peter von Hagenbach'ın yargılaması da salt bir ceza hukuku hadisesi olarak nitelendirilemez. Hemen her hukuksal gelişmede söz konusu olduğu üzere, bu meselenin de içinde bulunduğu bir şartlar bütünü bulunmaktadır. Güç ilişkileri, Uluslararası Hukuk'ta kristalize olmaktadır¹⁶. Bu bölümde işte bu güç ilişkilerinin belirlediği tarihsel arkaplan incelenecektir.

Burgonya Dükü Charles, girmiş olduğu politik ve askeri mücadelelerin sonucunda kuvvetini arttırmış ve önemli toprak kazanımları elde etmiştir¹⁷. 1469 yılında, ekonomik sıkıntılar nedeniyle Avusturya Arşidükü Sigismund, Yukarı Ren bölgesindeki topraklarını Burgonya Dükü Charles'a bırakmak zorunda kalmıştır¹⁸. Bu anlaşmanın yapılmasında önemli bir rolü, Arşidük'ün İsviçre Konfederasyonu ile problemler yaşaması ve bu tehdit karşısında desteğini istediği Fransa Kralı 11. Louis'nin destek vermekten çekinmesi oynamıştır¹⁹.

9 Mayıs 1469 tarihinde imzalanan St. Omer Andlaşması ile Burgonya Dükü aslında geçici bir süreliğine bölgenin idaresini eline geçirmiştir. Andlaşma gereğince, Yukarı Elzas, Breisach, Ferret, Hauenstein bölgeleri ile Ortenberg mıntıkası ve Ren kıyısında bulunan Rheinfelden, Säckinggen, Laufenburg ve Waldshut şehirleri, ödenecek 50.000 florin karşılığında, Burgonya idaresine rehin olarak bırakılmıştır. Andlaşma hükümlerine göre; bölgede önceden tanınmış olan hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümü Dük tarafından açıkça kabul edilmiştir. Bununla beraber, babasının hırslı dış politikasını benimseyen ve daha da ileri götüren Dük esas olarak Kutsal Roma Cermen İmparatoru olmak amacındadır ve geçici olarak kazanılan toprakları geri

15 Friedrich ENGELS, “Karl Marx'ın ‘Ekonomi Politığın Eleştirine Katkısı’”, (içinde) Karl MARX ve Friedrich ENGELS, Felsefe İncelemeleri, çev. Cem EROĞUL, Yordam Kitap, 2006, s. 75'ten aktaran Faruk YALVAÇ, “Marksizm, Uluslararası Hukuk ve Meta Mübadelesi Kuramı”, (içinde), Faruk YALVAÇ (Ed.), Tarihsel Materyalizm ve Uluslararası İlişkiler, İmge Kitabevi, Ankara, 2017, s. 166. Konu hakkında ayrıca bkz. Sergei ALEXEYEV, Socialism and Law: Law in Society, Progress Publishers, Moscow, 1990, ss. 53-70.

16 Ali Murat ÖZDEMİR, Güç Buyruk Düzen: Uluslararası Hukuk Kuramında Eleştirelilik ve Emperyalizm, İmge Kitabevi, Ankara, 2011, s. 15.

17 Carl Christoph BERNOULLI, “Der Landvogt Peter von Hagenbach”, Beiträge zur vaterländischen Geschichte, Band 13/3, 1893, s. 316 vd.; Georg SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited. The Hagenbach Trial of 1474”, içinde C.H. ALEXANDROWICZ (Ed.), Grotian Society Papers 1968, Studies in the History of the Law of Nations, Springer, 1970, 46.

18 KORTE, s. 38; SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited”, s. 46.

19 Claudius SIEBER-LEHMANN, “Burgunderkriege” Historisches Lexikon der Schweiz. <<https://beta.hls-dhs-dss.ch/de/articles/008881/2011-03-17/>>, (Son erişim tarihi: 11.04.2019) (Burgunderkriege).

verme gibi bir düşüncesi olmadığı genel olarak kabul edilmektedir. Açıkçası Andlaşma şartları da Charles'ın bölgeye önünde sonunda sahip olmasını kolaylaştıracak şekilde hazırlanmıştır. Buna göre, verilen borcun tek defada ve ilave faiziyle beraber ödenmesi gerekmektedir²⁰. Bu, Charles'a göre pek de olası görünmemiştir.

Bu gelişmelerin ardından Dük, güvendiği Peter von Hagenbach'ı bölgeyi yönetmesi amacıyla görevlendirmiştir. Hagenbach'ın en önemli görevi ise Dük'ün bölgedeki güç ve iktidarını konsolide etmek ve bu plana karşı gelişmesi olası yerel bir direnişi kırmak olarak tespit edilmiştir. Hagenbach saldırgan bir iktisadi politika takip etmiş ve ekonomik olarak komşu İsviçre kentlerinde de hoşnutsuzluk yaratmıştır²¹. Benzeri bir hayal kırıklığı da Avusturya Arşidükü Sigismund'da gözlenmektedir. Kendisini koruması için anlaştığı Charles, daha önceden yüklenmiş olduğu askeri yardımlarda bulunmamıştır. Bu gelişmeler, aslında birbirleriyle anlaşamayan siyasi birim ve rakipleri bir araya getirmiş ve kendi aralarında anlaşmalarına neden olmuştur. Charles'ın vermiş olduğu sözleri yerine getirmediğini gören Sigismund, (çatışma halinde bulunduğu) İsviçreliyle anlaşma yolunda önemli adımlar atmıştır. 30 Mart 1474 tarihinde, Habsburg ve İsviçreli arasında gerginliği ortadan kaldıran andlaşmanın taslak metni üzerinde mutabakat sağlanmıştır²². Bu çok önemli hadise Konstanz şehrinde gerçekleştiğinden, bu andlaşmaya Konstanz Andlaşması adı da verilmektedir. Bu andlaşma ile on yıllık bir süre için öngörülmesi olan bir askeri ittifak da önemli şehir devletleri arasında tesis edilmiştir. Bu yeni oluşan dinamik ise genelde Burgonyalılar, özelde ise Hagenbach için kötü sonuçlar yaratmıştır.

III. PETER VON HAGENBACH: HAYATI ve KARIYERİ

Hagenbach ismi yönettiği Breisach ve bölgedeki diğer yakın şehirlerde yüzyıllarca söz dinlemeyen çocukları korkutmak için kullanılmıştır. Nesiller boyu yaratılan bu korkunç imge ne kadar doğrudur araştırılması gereklidir. En son örneğini Georg Schwarzenberger'in yazmış olduğu iki makale ile gördüğümüz kapsamlı ve kendini tekrar edegelmiş bir hukuk ve tarih literatürü, Hagenbach isminin büyük bir nefretle anılan bir tiran, hain ve işgalci olarak belleklere kazınmasına neden olmuştur²³. Bununla beraber, nispeten daha yakın tarihli çalışmalar bize biraz daha farklı ve dengeli bir Hagenbach portresi çizmektedir²⁴.

Hagenbach, Sundgau'da soylu sınıfından gelen ancak maddi olarak çok güçlü olmayan bir ailede doğmuştur²⁵. Birden fazla yerel yöneticiye hizmet eden Hagenbach, sonrasında Burgonya

20 PUTNAM, s. 252.

21 SIEBER-LEHMANN, Burgunderkriege.

22 SIEBER-LEHMANN, Burgunderkriege.

23 SIEBER-LEHMANN, "Beschreibung", s. 141.

24 Hagenbach'a ilişkin tarihyazınının değişen yaklaşımı hakkında detaylı bilgi için bkz. Gregory S. GORDON, "The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law", (içinde) Kevin Jon HELLER and Gerry J. SIMPSON (Ed.), Untold Stories: Hidden Histories of War Crimes Trials, Oxford University Press, 2013, s. 26-30.

25 BERNOULLI, s. 316; Wilhelm VISCHER, "Hagenbach, Peter von", Allgemeine Deutsche Biografie, Historische Kommission der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 10, 1879, s. 345.

Dükü Philipp'in hizmetine girmiştir. Diplomatik ve askeri başarılarına imza atmış, yeteneklerini ispatlamıştır. Hagenbach, 1465 ve 1469 yılları arasında bir zamanda şövalye unvanı ile ödüllendirilmiştir.

Sonrasında Hagenbach, Philipp'in oğlu ve varisi Dük Charles'in Kutsal Roma İmparatoru ile olan diplomatik görüşmelerini dahi üstlenmiştir. Görüldüğü üzere Hagenbach, bir anda siyasi sahnede ortaya çıkmış, o ana kadar hiç bilinmeyen bir aktör değildir. Bilakis, uzun bir zaman içinde çok sayıda siyasi aktörün verdiği askeri ve diplomatik görevleri yerine getirmiş, başarılı bir devlet adamı olarak tanınmıştır²⁶. Öyle ki kariyerinin belli bir dönemine gelindiğinde, Hagenbach'ı Burgonya Dükü'nün dış politika ve diplomasi alanında en güvendiği çok dar bir kadro içinde görmek mümkündür. Petra Ehm'e göre; Guillaume Hugonet, Megen Lord'u Guy de Brimeu, Antoine Haneron, Guillaume de Clugny ile birlikte Peter von Hagenbach da bu en tepede bulunan karar alma ve danışma ekibi içinde kendine yer bulmuştur²⁷.

Hagenbach'ın kaderi aslında kendi etki alanını fazlasıyla aşan politik gelişmeler ile çizilmiştir. Hesabına çalıştığı Burgonya Dükü ile problemleri olan yöneticiler, Fransız Kralı'nın da etkisi ile²⁸ 31 Mart 1474 tarihinde, beş yıl kadar önce St. Omer Andlaşması ile Burgonya idaresine geçici olarak emanet edilen bölgenin geri alınması hususunda anlaşmışlardır²⁹. Bu anlaşma, aslında aralarında sorunlar bulunan Avusturyalılar ve İsviçrelilerin de taraf olduğu bir anlaşmadır. Bu elbette Hagenbach'ın siyasi gelişmeleri iyi takip edememesi nedeniyle iki düşman devleti, Burgonya'ya karşı birleştirmiş olması anlamına geliyordu. Hagenbach'ın İsviçreli tüccarlar ve devlet adamlarına karşı yapıcı olmayan tavırları kendisi için büyük bir sorun yaratmış ve sonunu hazırlamıştır³⁰.

Bu anlaşma öncesi ve sonrasında da şiddet eylemleri baş göstermiştir. Bunun üzerine Hagenbach, Burgonya Dükü'nden askeri yardım da alır. Ancak, sayısı 300'ü aşmayan paralı asker grubu Hagenbach ve Burgonya Dükü'ne karşı gelişmekte olan bölgesel tepkiyi göğüslemek için yetersiz kalmıştır. Fransa'nın Picardie bölgesinden gelen bu paralı askerleri ile Breisach'a geri dönen Hagenbach şehirde düzeni sağlayamamıştır. İlk olarak, şehirdeki Almanca konuşan paralı askerlerin de yerel halk ile işbirliğine girmesiyle Fransız paralı askerler şehirden uzaklaştırılmıştır. Alman paralı askerlerin kalkışmasında önemli bir diğer neden de Dük Charles'in Hagenbach'ı

26 Burgonya Dükü Charles, Hagenbach gibi yetenekli ve çalışkan kişilikleri kendisine çekmeyi başarmıştır. Bunun en büyük sebebi liyakate dayalı olarak yukarı doğru mobilite sağlamasıdır. Asil sınıftan olmayan Bernhard von Rammstein gibi kişilikler hep başarıları sayesinde yükselmişlerdir, Charles da bu şekilde yetenekli bir ekip yaratmayı başarmıştır. Konu hakkında kapsamlı bilgi için bkz. Claudius SIEBER-LEHMANN, "Die Anziehungskraft des burgundischen Hofes und das Reich", (içinde) Werner PARAVICINI (Ed.): La cour de Bourgogne et l'Europe. Le rayonnement et les limites d'un mode'le culturel; Actes du colloque international tenu à Paris les 9, 10 et 11 octobre 2007, avec le concours de Torsten Hiltmann et Frank Viltart, Ostfildern (Thorbecke) 2013 (Beihefte der Francia, 73), s. 690.

27 Petra EHM, Burgund und das Reich Spätmittelalterliche Außenpolitik am Beispiel der Regierung Karls des Kühnen (1465-1477), Pariser Historische Studien herausgegeben vom Deutschen Historischen Institut Paris Band 61 R. Oldenbourg Verlag München 2002, s. 147.

28 KORTE, s. 38.

29 VISCHER, s. 347.

30 VISCHER, s. 347.

finansal olarak yeterince desteklememiş olmasıdır³¹. Parasal sıkıntı çeken Hagenbach da Almanca konuşan lejyonerlerin sadakatini sağlayamamış veya daha doğru ifadesiyle koruyamamıştır. Hagenbach'ın giderek sertleşen politika ve kararlarından çok zarar gören yerel halk da bu paralı asker kalkışmasına destek vermişlerdir³². 11 Nisan günü ise Hagenbach ev hapsine zorlanmıştır. Tüm bu gelişmeler sırasında, Breisach kentinin halkının da olaylara direkt olarak katıldığı ve olayların bir toplu kalkışma olarak da görülebileceğini hatırlatmak gerekir³³. Bu kalkışma daha sonrasında ikinci safhasına geçmiş, Hagenbach kendi evinden alınarak hapsedilmiştir³⁴. Hagenbach'ın ev hapsinde tutulan siyasal bir figürden açıkça mahpusa dönüşmesinde, özellikle civar il ve bölgelerde yaşayanların, yani İsviçrelilerin ve Avusturyalıların da içinde bulunduğu düşmanlarının, baskısı önemli bir rol oynamıştır. Bu son değişiklikte ise Breisach kentinin sakinlerinin rol oynamadığı görülmektedir³⁵. Bununla beraber, ev hapsinden zindana taşınması sırasında Hagenbach'ın elleri kelepçelenmiş, bütün vücudu ise kendisini sert bir şekilde bağlayan zincirlerle kaplanmıştır³⁶.

IV. YARGILAMA

Yaşadığı dönem itibarıyla Hagenbach'ın bu safhadan sonra veya önce herhangi bir yargılama olmaksızın öldürülmesi de alışılmadık bir çözüm olmazdı. Kaldı ki Hagenbach, yakalanıp hapsedildiği gün linçten Breisachlı Friedrich Kappelar'ın inisiyatif alması ile ancak kurtulabilmiştir³⁷. Kappelar'ın, Arşidük Sigismund'un emrini bekleme fikrini diğerleri de benimsemiş; Hagenbach canını, en azından bir süre daha, böyle kurtarabilmiştir. Arşidük Sigismund ise Hagenbach'ın, Burgonya Dükü'nün önemli bir memuru olması gerekçesiyle, kamuya açık bir duruşmada yargılanma hakkı olduğunu ifade ederek, kaderinin mahkemece belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir³⁸. Hagenbach'ın yargılanması 9 Mayıs 1474 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Yargılamadan birkaç gün önce, Hagenbach işkenceye maruz kalmıştır. Yapılan işkence sonrasında da suçlamaları kabul etmiştir.

Hagenbach'ın sorgusunda kullanılan işkence aletleri Basel kentinden getirilmiştir³⁹. İşkencecilerin ve bu hadiseyi izleyen kalabalığın umudu ve beklentisi Hagenbach'ın suçlamaları hemen kabul edeceği yönündedir. İnsanlık dışı muameleler sonunda Hagenbach sıklıkla çılgık atmış ve ölümü talep ettiğini ifade etmiştir. Bununla beraber, buradan nihayetinde bir itiraf gelmesini bekleyen işkencecilerin hevesi her defasında kursaklarında kalmış ve işkence dört defa durdurulup yeniden

31 GORDON, s. 31.

32 GORDON, s. 31.

33 VISCHER, s. 347.

34 SIEBER-LEHMANN, Beschreibung, s. 142.

35 SIEBER-LEHMANN, Beschreibung, s. 142.

36 GORDON, s. 31.

37 GORDON, s. 32.

38 GORDON, s. 32.

39 FABER, s. 316.

başlatılmıştır. Ancak beşinci defada Hagenbach “durun, itiraf edeceğim” diyerek işkenceden kurtulabilmiştir⁴⁰.

Yargılama için *ad hoc* bir mahkeme kurulmuştur⁴¹. Yirmi sekiz üyesi bulunan mahkeme heyeti⁴², dönemin asillerinden veya yerel bir yargıçlar heyetinden değil, farklı şehir ve bölgeleri temsil eden kişilerden teşkil edilmiştir⁴³. Sadece bu olay için teşkil edilen mahkeme Breisach kentinin pazar yerinde toplanmıştır⁴⁴. Mahkeme başkanlığına Ensishheim kentinden Thomas Schütz getirilmiştir. Mahkemede iddia makamının talebi üzerine bu makamın sözcüsü olarak görev yapan Henry Iselin'e göre Hagenbach'ın yaptıkları, her türlü hukuk ve adalet kavramsallaştırmasının ihlalidir. Iselin'e göre, bu eylemler doğal hukuka göre de suç teşkil etmektedir⁴⁵. Hagenbach, yargılama sırasında adam öldürme, tecavüz, yalancı tanıklıkta bulunma ve yabancı paralı askerlerini adam öldürmeye azmettirme suçlamalarına maruz kalmıştır⁴⁶.

Hagenbach'ın savunmasında, müdafî olarak söz alan Hans Irmy⁴⁷ öncelikle Hagenbach'ın kendi gücünü korumak saikiyle hareket eden Burgonya Dükü'nün emirlerini yerine getirmekten başka bir şey yapmadığını ve bu emirleri yerine getirmekle de yükümlü olduğunu ileri sürmüştür⁴⁸. Hagenbach'ın temsilcisi yargılamada şunu ifade etmiştir⁴⁹:

“Yerine getirmekle görevlendirildiği emri sorgulama hakkına sahip değil, bilakis itaat etmek görevi vardır. Yoksa askerlerin üstlerine mutlak bir itaat borcu olduğu mahkemece bilinmemekte midir? Hagenbach'ın Dük'e emirlerinden dolayı karşı koyabileceğine veya bu emirleri reddedebileceğine inanan var mıdır?”

Aynı ifadeyi kişisel olarak Hagenbach da tekrarlamış ve ayrıca Dük'ün emirlerini yerine getirip getirmediğinin teyidi amacıyla meselenin bizzat Dük'e sorulması için duruşmanın

40 FABER, s. 316.

41 Harry, HOBBS, “Towards a Principled Justification for the Mixed Composition of Hybrid International Criminal Tribunals.” *Leiden Journal of International Law* 30, no. 1, 2017, s. 197; Sami SELÇUK, “2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 26, Sayı: 4, Ekim-2000, s. 542.

42 HOBBS, s. 197.

43 ERDAL, s. 9; GORDON, s. 32; KORTE, S. 39; SIEBER-LEHMANN, “Beschreibung”, s. 144.

44 SCHWARZENBERGER, “Forerunner of Nuremberg”, s. 19.

45 SCHWARZENBERGER, “Forerunner of Nuremberg”, s. 19.

46 SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited”, s. 49, Süleyman Emre ZORLU, “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2016, s. 115.

47 Başka kaynaklarda Johannes Yrmi olarak da zikredilmektedir.

48 Silva HINEK, “The Superior Orders Defence: Embraced at Last?” *The New Zealand Postgraduate Law E-Journal*, Issue 2, 2005, s. 4; Koji KUDO, *Command Responsibility and the Defence of Superior Orders*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Leicester University, 2007, s. 26; Charles NERLINGER, *Pierre De Hagenbach et La Domination Bourguignonne en Alsace (1469-1474)*, Nancy, 1890, s. 130.; Martha MINOW, “Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence”, *McGill Law Journal/ Revue de Droit de McGill*, Volume 52, Issue 1, 2007, s. 18.

49 GORDON, s. 34; GÜNEYSU, s. 24; KORTE, s. 39.

ertelenmesini talep etmiştir⁵⁰. Verilen bir ara karar ile bu talep reddedilmiştir⁵¹. İddia makamına göre, savunmanın daha fazla tanık beyanına ihtiyaç yoktur. Tanıklık olarak Hagenbach'ın ifadesi yeterli görülmelidir ve ayrıca tanıklık talebi de karşılanmış sayılmalıdır⁵². Hagenbach'ın ise sadece işkence sırasında, kendisine atılan suçlamaları kabul ettiği tarihsel kaynaklardan bilgisine ulaşılabilen bir vakıadır⁵³. Daha detaylı bir bilgiye de ulaşılmış değildir.

Savunma tüm bu gelişmelerden sonra, direkt olarak Hagenbach'ın suçlamaları kabul etmesinin işkence altında gerçekleşmesi gerçeği üzerinden hareket etmiştir. Savunmanın buradaki stratejisi bu ikrarı değersizleştirebilmektir⁵⁴. Ancak bu da mahkemeyi ikna etmemiştir. Mahkeme heyetinin kararı tartışması ve inşa etmesi yalnızca birkaç saat sürmüştür. Savunmaları kabul edilmeyen ve ayrıca yetkisizlik iddiası da reddedilen Hagenbach suçlu bulunmuş ve idama mahkûm edilmiştir⁵⁵.

Kararın hemen sonrasında İrmy bir kez daha amirin emri savunmasını ileri sürerek verilen karara itirazını seslendirmiştir, ancak sonuç alamamıştır⁵⁶. İrmy'ye göre Charles'a ulaşılması ve O'nun söz konusu emirleri verip vermediği teyit edilmelidir. Ancak bu talep de kabul görmemiştir. Bunun sonrasında Hagenbach'ın şövalye unvanı elinden alınmıştır. Bir protokol görevlisi kalabalıktan sıyrılarak Hagenbach'a yaklaşmış ve St. George'un Kalkanı Şövalyeleri Tarikatı üyeliğinin geri alındığını ilan etmiştir⁵⁷. Protokol görevlisi orada hazır bulunanlara ahlaki bir vaaz da vermeyi ihmal etmemiştir⁵⁸. Sonrasında bir başka görevli elindeki metalden yapılmış örme eldiven ile Hagenbach'ın yanağına sert bir şekilde vurarak bu aşağılayıcı ritüeli tamamlamıştır⁵⁹.

Artık Hagenbach'ın idamı kesinlik kazanmıştır. Bu zamana kadar kaderine razı ve sakin görünen Hagenbach ilk defa bu safhada korku ve endişe emaresi göstermiştir. Son sözlerinden birisi “bana acıyın ve beni kılıçla öldürün” olmuştur. Hagenbach'ın bu isteği kabul edilmiş ve infazın kılıç ile yapılmasına karar verilmiştir⁶⁰. İnfaz için çok sayıda cellat gönüllü olduğunu ifade etmiş, bu taliplerden Kolmar kentinin infazcısı bu imtiyazlı (?) görev için seçilmiştir⁶¹.

50 NERLINGER, s. 131; SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited”, s. 50.

51 SCHWARZENBERGER, “Breisach Revisited”, s. 50.

52 SIEBER-LEHMANN, “Beschreibung”, s. 145.

53 SIEBER-LEHMANN, “Beschreibung”, s. 145.

54 SIEBER-LEHMANN, “Beschreibung”, s. 146.

55 KORTE, s. 39.

56 NERLINGER, s. 132.

57 GORDON, s. 36.

58 SIEBER-LEHMANN, s. 146.

59 GORDON, s. 36.

60 GORDON, s. 36.

61 GORDON, s. 36; SCHWARZENBERGER, “Forerunner of Nuremberg”, s. 19.

Nihayetinde Hagenbach aynı gün idam edilmiştir⁶². İdama karar veren mahkemeye göre Hagenbach “ Tanrı’ya ve insana ait hukuku ayaklar altına almıştır”⁶³. Mahkeme Başkanı Schütz idamı şöyle emretmiştir: “Adalet yerini bulsun!”⁶⁴.

V. YARGILAMANIN ULUSLARARASI CEZA HUKUKU TARİHİ AÇISINDAN ÖNEMİ

Peter von Hagenbach söylenegeldiği gibi bir şeytan mıydı? Yoksa kendisini aşan güç mücadelelerinde, tuttuğu tarafın yenilmesi veya zayıf olması nedeniyle mi idam edilmiştir? Bu soruların hepsine doğru cevap verebilmek bugün için mümkün görünmemektedir. Ancak, Hagenbach’ın bazı sivilleri öldürdüğü ve genel olarak da sert mizaçlı bir idareci olduğu bilinmektedir. Benzer bir şekilde, gençliğinden ölümüne kadar şiddet kullanarak kendisine bir kariyer inşa ettiği de doğrudur. Ancak kanaatimizce Hagenbach, tıpkı amiri Burgonya Dükü Charles gibi, esas olarak değişen zamanların ve yeniden oluşan politik güç dengelerinin kurbanı olmuş tarihi bir kişiliktir. Aslında Almanca konuşan bir kişi olmasına rağmen, Fransız dilini de anadili gibi konuşabilen bir idareci olarak diplomatik görevleri başarıyla üstlenmiştir⁶⁵. Ancak Hagenbach eşzamanlı olarak çevresinde bir “Fransız” olarak da algılanmıştır. Bu, Hagenbach’ın “yabancı idareci” olarak zihinlerde yer etmesine ve Almanca konuşan yerli halk arasında sevilmemesine neden olmuştur.

Hagenbach’ın yargılmasında hukukçular açısından ilginç hususlar öne çıkmaktadır. Hemen idam edilmeyip yargılama yapılması başlı başına önemli bir gelişmedir. İlaveten, Hagenbach’ın savunma hakkına en azından görünürde büyük saygı gösterilmiştir. Hagenbach’ın müdafii olarak seçilen kişinin değiştirilmesi talebi örneğin, mahkeme tarafından kabul edilmiş ve Hans Army böylelikle atanmıştır. İddiaları dinlenmiş ve en azından mahkeme heyetine göre çürütülerek reddedilmiştir. Dolayısıyla zamanının savunma hakkı kapsamında değerlendirildiğinde, her türlü zalimce eylemi gerçekleştirdiği iddia edilen bir şahsın dinlenilmesi bu hakkın tarihsel olarak gelişimi ve evrimi açısından önemli görülmelidir⁶⁶.

62 LEVIE, s. 186; SCHABAS, s. 1; Gary D. SOLIS, “Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums” American University International Law Review, Volume 15, Issue 2, 2000, s. 485.

63 Muhammed DEMİREL, Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Oniki Levha Yayıncılık, Ekim 2014, s. 194; Harry, HOBBS, “Towards a Principled Justification for the Mixed Composition of Hybrid International Criminal Tribunals.” Leiden Journal of International Law 30, no. 1, 2017, s. 197; Yasin POYRAZ ve, Ömer Vehip ÖNEN, “Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü”, YBHD • Yıl 4 • Sayı 2019/1, s.191; Ivan SIMONOVIC, “The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication”, Fordham International Law Journal, Volume 23, Issue 2, 1999, ss. 452-453.

64 SCHWARZENBERGER, Forerunner of Nuremberg, s. 19.

65 EHM, s. 220.

66 Bununla beraber Putnam, yargılamanın hukukilik örtüsüne bürünmüş bir linç girişimi olduğunu ileri sürer; PUTNAM, s. 392.

Görünürde, Hagenbach'ın savunması iki temel ayağa oturtulmuştur. Bunlardan ilki amirin emridir⁶⁷, diğeri ise elde edildiği iddia edilen itirafların işkence altında söylenmiş olmalarından dolayı değersiz görülmelerini sağlamak çabasıdır. Mahkeme, bu iddiaları neticede reddetmiş ve idama hükmetmiştir. Bununla beraber Mahkeme Heyeti'nin amirin emri savunmasını dinlemiş ve sonrasında bu savunmayı çürütmüş olması, en azından bir ihtimal olarak bu savunmanın kabul edilebileceği izlenimini oluşturmaktadır. Demek oluyor ki başka şartlar altında bu savunmanın kabulü Heyet için söz konusudur. En azından o zamanki anlayış bunu kabul etmiş görünmektedir. Neden somut olayda bu savunmanın reddedildiği hususunu ise verilen nihai kararda görmek mümkündür. "Tanrı'ya ve insana ait" kuralların çiğnenmiş olması bu reddin temelini oluşturmaktadır. Hagenbach'ın, Dük'ün emirlerini yerine getirirken gerçekleştirdiği eylemler önemli bütün kuralların ağır ihlalleri olarak görülmüştür. Demek oluyor ki Hagenbach, aşikâr bir şekilde hukuka aykırılık teşkil edecek şekilde davranmıştır. Bu derece ağır ihlallerin ise daha önceden verilmiş bir amir emri ile meşru sayılamayacağı, karar tarafından ifade edilmiş olmaktadır.

Günümüz Uluslararası Ceza Hukuku açısından bir karşılaştırma yapmak gerekirse; Hagenbach'ın eylemlerinin, Uluslararası Ceza Mahkemesi Roma Statüsü'nün⁶⁸ 7. maddesinde aranan şartları karşıladığı ileri sürülebilir. Roma Statüsü'nün zikredilen maddesi, "...sivil nüfusa karşı yaygın ve sistematik bir saldırı..."dan bahsetmektedir⁶⁹. Olayda, yerel halkta yalınlık yaratarak Charles'ın hükümranlığını kabul ettirme saikiyle davranan Hagenbach'ın yaygın ve sistematik şiddet eylemlerini belli bir plana uyarak gerçekleştirdiği bilinmektedir.

Aynı şekilde, Hagenbach'ın yerel halka karşı öldürme, işkence, ırza geçme⁷⁰ gibi eylemlerde bulunduğu da iddia edilmektedir. Bu eylemler de Roma Statüsü'nün 7. maddesinde sayılan fiillerdendir⁷¹. Roma Statüsü'nün insanlığa karşı suçun oluşması için aradığı bir başka şart ise kasttır. Fiillerin Hagenbach tarafından bilindiği ve istendiği konusunda herhangi bir şüphe de söz konusu olmamalıdır. Hagenbach soğukkanlı bir değerlendirme ile sırf kendi Dükü Charles'ın gelirini ve sahibi olduğu bölgeyi arttırmak amacıyla hareket etmiştir. Dolayısıyla insanlığa karşı suçun unsurlarının tamamen mevcut olduğu neticesine ulaşılmaktadır⁷².

İlginç bir şekilde, mahkemenin "aşikâr hukuka aykırılık" yaklaşımını benimsediği kabul edilirse; verilen kararın günümüz Uluslararası Ceza Hukuku hükümlerini bir anlamda teyit eden bir yapısı

67 Yoram DINSTEN, The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965, s. 123, GÜNEYSU, s. 22.

68 Rome Statute of the International Criminal Court, United Nations, Treaty Series, vol. 2187, s. 3 vd.

69 Metin için şu kaynaktan istifade edilmiştir: İbrahim KAYA, Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayıncılık, 2013, s. 402.

70 Bu konuda Putnam şunu yazmaktadır: "It seems as though, having once abandoned restraint towards the city, his personal passions, too, were permitted to run riot, and he spared no wife nor maid to whom he took a fancy", PUTNAM, s. 380.

71 Yusuf AKSAR, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 157; Kamuran REÇBER, Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, 2018, s. 266.

72 International Criminal Court, Elements of Crime, 2011, s. 1-5. <<<https://www.icc-cpi.int/>>> (Erişim Tarihi: 21. 11. 2019)

ortaya çıkmaktadır. Günümüzdeki anlayış gereğince ancak belli bazı şartların varlığı halinde, amirin emri savunması bir hukuka uygunluk veya mazeret nedeni olarak (ama ancak istisnaen) kabul edilmektedir. Roma Statüsü'nün 33 maddesi şöyledir⁷³:

“1. Mahkeme'nin yargı yetkisine giren bir suçun, bir hükümet veya askeri veya sivil bir üst makam emrine uyan bir şahıs tarafından işlenmiş olması, aşağıdaki haller dışında, şahsı cezai sorumluluktan kurtaramaz:

- (a) Şahsın hükümet veya söz konusu üst makamın emirlerine uyması kanuni bir zorunluluk ise;
- (b) Şahsın emrin kanunsuz olduğunu bilmemesi halinde; ve
- (c) Emrin açıkça kanunsuz olmaması halinde.”

Buna göre; aşikâr olarak(yukarıdaki metinde *açıkça* olarak çevrilmiştir) hukuka aykırı bir emrin yerine getirildiği hallerde bu savunmanın ileri sürülmesinin herhangi bir etkisi olmayacaktır. Ayrıca, emri alan astın emrin hukuka aykırı olduğunu bildiği durumlarda da savunmanın reddedilmesi gerekmektedir⁷⁴. Hagenbach hiç şüphesiz tecrübeli bir asker ve diplomattır. Kendisine verilen emirlerin o günün hukukuna da aykırı olduğunu bilecek konumdadır. Esasen bölgenin Charles'a nihai olarak bağlanmasını sağlamak ve iktisadi gelir getirmek amaçlarına hizmet amacıyla şiddet eylemlerinde bulunmuştur. Bu nedenle, günümüzdeki uluslararası ceza hukuku anlayışına göre de cezalandırılması gerekmektedir.

Aşikâr hukuka aykırılık tezine yakın bir tavrın mahkeme heyetince sergilenmesi kadar ilgi çekici olan ise *respondeat superior* ilkesinin otomatik olarak uygulama bulmamış olmasıdır⁷⁵. Bu yaklaşımda amirin sorumluluğu mutlaktır, herhangi bir şartın varlığı aranmadan astın sorumlu tutulmamasını öngörür. Hagenbach olayında bu ilkenin reddini görebilmekteyiz. Bu tavır yargılamayı hukuk tarihi açısından ilginç kılan bir diğer konudur.

Mahkemenin uluslararası veya bölgesel nitelikte olup olmadığı literatürde tartışmalıdır⁷⁶. Yargılayanların hepsinin bağlı bulunduğu farklı farklı siyasi veya idari birimler, bir şekilde, Kutsal Roma Cermen Devleti yapısı içindedir. Ancak, o dönemlerde söz konusu devlet, bünyesindeki siyasal yapılar üzerinde etkin bir kontrol uygulamaktan uzaktır. En azından, bütün alt-birimleri

73 Madde metnini KAYA, s. 436'dan aynen alıntılıyorum.

74 Durmuş TEZCAN, Mustafa Ruhan ERDEM ve Murat ÖNOK, Uluslararası Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 403.

75 Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: DEMİREL, s. 223-227; GÜNEYSU, s. 90-95.

76 Bu da gayet anlaşılırdır, çünkü söz konusu yargılama ulus ve devlet öncesi bir zamanda gerçekleştirilmiştir. Ama her hal ve şartta Hagenbach Yargılaması'nın uluslararası ceza hukuku açısından önemi büyüktür. Bu önemi gösteren bir başka olay da bu vakanın Roma Statüsü'nün müzakere sürecinde çok sayıda devlet temsilcileri tarafından hatırlanmış olmasıdır. Günümüz Uluslararası Ceza Hukuku'nun doğumu anında bu olaya ciddi atıfta bulunmuştur. Bu hususu Folnovic şu çalışmasında vurgulamaktadır: Alen Folnovic, Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freie Universität Berlin, 2007, s. 104.

üzerinde sürekli, sıkı bir denetim uygulama yeteneği merkezi iktidarda mevcut değildir⁷⁷. Bu devletler ve şehirler birbirleriyle olan ilişkilerini çoğunlukla özgürce oluşturabilmektedirler. Günümüz uluslararası ilişkiler disiplininin egemen devlet kavramından çok uzak olmayan bir durumun varlığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Bu da gerçekleştirilen yargılamanın en azından uluslararası-benzeri olduğu fikrini güçlendiren bir unsurdur⁷⁸. Alternatif olarak, Cryer'a göre Hagenbach yargılaması modern anlamında uluslararası olmasa bile ulus-aşırı (transnational) sayılacak bir mahiyettedir⁷⁹. Schabas da Hagenbach Yargılaması'nı ilk gerçek anlamda uluslararası yargılama olarak betimlemektedir⁸⁰.

Kanaatimizce burada gerçekleştirilen yargılamayı uluslararası bir ceza yargılaması olarak görmek mümkündür. Hagenbach'ın yapmış olduklarından dolayı yargılanmasının dönemin yerel hukuk uygulamasına, özellikle de Suabiya (Schwabe) pratiğine, uygun olduğuna işaret eden yazarlar mevcuttur⁸¹. Bununla beraber burada ilgi çekici olan veya daha doğru ifade ile orijinal olan yargılama yapan heyetin kuruluşu ve temsil ettikleridir. Hagenbach yargılaması Avusturya Arşidükü Sigismund adına gerçekleştirilmiştir. Bununla uyumlu olarak, kurulan mahkemenin savcılık görev ve makamı Sigismund'un Elzas'a Hagenbach yerine idareci olarak atadığı Hermann von Eptingen tarafından üstlenilmiştir⁸². Mahkeme ise Konstanz Andlaşması tarafı olan birim ve devletler temsilcilerinden oluşmuştur⁸³. Bu, söz konusu andlaşmanın tarafı olanların kendilerini bir siyasi birlikten çok daha fazlası olarak gördüklerinin delili olarak yorumlanmıştır. Bu yaklaşıma göre bu andlaşmanın tarafları kendilerini 'hukuki bir topluluğun' üyesi olarak görmektedirler⁸⁴. Bizim görüşümüze göre de Hagenbach yargılamasının, uluslararası ceza hukuku ile ilgili eserlerde kısaca da olsa ele alınması bu anlamda yanlış olmayacaktır. Bugünün alışlagelmiş siyasal ve hukuki aktörlerinin mevcut olmadığı bir zamanda gerçekleşmiş de olsa, görüldüğü üzere, uluslararası andlaşma yetkisine sahip birimlerin bir araya gelmesi ile oluşturulmuş bir mahkeme eliyle gerçekleştirilen Hagenbach yargılamasının uluslararası nitelikte olduğu fikrini güçlendiren faktörler mevcuttur.

Hagenbach hakkındaki suçlamaların ve yorumların, tarihsel süreç içerisinde, haksız yere giderek abartıldığına da işaret etmek gerekmektedir. Bunda Schwarzenberger'in ve Almanca konuşan akademyanın katkısını göz ardı etmemek gerekir. Bunda, Hagenbach'ın siyasal mücadelenin kaybeden taraftan olmasının ve tarih anlatısının buna göre şekillenmesinin de rolünü unutmamak gerekir.

77 SCHWARZENBERGER, "Forerunner of Nuremberg", s. 19.

78 Poyraz ve Önen de bu yargılamanın *uluslararası* ceza yargılamasının bilinen ilk örneği olduğunu hatırlatmaktadırlar; POYRAZ/ÖNEN, s. 192.

79 CRYER, s. 50

80 SCHABAS, s. 1; Fabián O. RAIMONDO, General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008, s. 75

81 GORDON, s. 32.

82 GORDON, s. 33.

83 GORDON, s. 32.

84 Esas olarak Hermann Heimpel'a atfedilen bu yaklaşım için bkz. GORDON, s. 32.

Eğer Hagenbach'ın suç işlediğini kabul edilecekse, işlendiği iddia edilen suçların, uluslararası ceza hukuku bakış açısıyla vasıflandırılması ayrıca önem kazanmaktadır. Ortada fiili olarak bir savaş bulunmamaktadır; ancak Burgonyalılar bir parasal katkı karşılığı söz konusu arazinin idaresini rehin olarak üstlenmişlerdir. Burada alınan hak bir kontrol ve idare yetkisidir ve esasen hükümler-arası bir borcun ödenmesi için güvence oluşturma amacını taşımaktadır. Söz konusu bölge ve birimlerin mülkiyeti Charles'a geçmiş değildir. Schwarzenberger burada bir işgal durumundan bahsetmek gerektiğini hatırlatsa ve dolayısıyla ortada savaşa yakın bir durumdan bahsedilebileceğine işaret etse de, savaş suçları vasıflandırmasını reddetmiştir⁸⁵. Bu vasıflandırmanın doğru olmadığını biz de düşünmekteyiz. Charles söz konusu bölgenin idaresini geçici bir süre için dahi olsa üstlenmiş durumdadır. Hagenbach da atamış olduğu yöneticidir. Bu nedenle Hagenbach'ın bölgeye ve halkına karşı bir savaş içinde bulunduğu iddiası doğru olmamaktadır. Burada söz konusu olan, Charles'ın; kendi idarecileri eliyle, sınırları belli bir bölge üzerinde ve en azından kuramsal olarak kalıcı olmayacak şekilde bu bölgede egemen tasarruflarında bulunmasının Andlaşma ile kabul edilmiş olduğudur. Bu nedenle savaş halinin reddi doğru bir sonuç olarak görülmelidir.

Schwarzenberger'e göre bu olayda insanlığa karşı işlenen suçlardan bahsetmek mümkündür⁸⁶. Hagenbach'ın amacı idareyi sağlamak, Charles'ın iktidarını bölgede güçlendirmek ve ekonomik olarak da yönetimine varidat sağlamaktır. Günümüz anlamında belli kıstaslara göre bir halkın kısmen veya tamamen yok edilmesini sağlayacak eylemlerde bulunmak gibi bir kastı olmadığı kabul edilebilir görünmektedir. Ancak sistematik ve yaygın bir şekilde saldırıda bulunması da bir gerçekliktir. Bunların ışığında biz de işlenen suçların günümüz anlamında *insanlığa karşı suç* olarak vasıflandırılabilceğini düşünmekteyiz.

VI. SONUÇ

Uluslararası Ceza Hukuk Tarihi açısından bu yargılamanın daha o dönemde gerçekleştirilmiş olması başlı başına önemli bir vakıa olarak değerlendirilmelidir. Aynı şekilde, amirin emri savunmasının reddedilmesi de Uluslararası Hukuk öğrencileri açısından önemli bir içtihat olarak görülmelidir. Mahkemenin yapısı da o günün şartları altında bugünün "uluslararası yargılaması" sayılabilecek bir özelliktedir. Bu nedenlerle, Hagenbach yargılaması hukukçuların sürekli atf yapageldikleri ve yapacakları, tarihi önemi hakikaten haiz, 'uluslararası yargılama' olarak nitelendirilmesi gerekli olan bir olaydır. Yargılama, uluslararası sayılması için gerekli özellikleri göstermektedir. Andlaşma ile bir araya gelmiş, yani uluslararası ilişkilere girme ehliyetine kısmen veya tamamen sahip bulunan siyasal birim ve aktörlerin temsilcilerinin bir araya geldiği bir mahkeme heyeti kurulmuştur. Yargılama sürecinde savunma hakkı belli bir oranda da olsa Hagenbach'a sağlanmıştır. Hagenbach savunmasında amirin emri gerekçesiyle ceza almaması gerektiğini savunmuştur. Bu bağlamda mahkeme, işlenen suçların ciddiyetine atf yaparak bu

85 Benzeri bir yaklaşım için bkz: Oktay ALTUN, Uluslararası Ceza Divanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, S.B.E., 2004, s. 12

86 SCHWARZENBERGER, "Breisach Revisited", s. 51.

savunmayı kabul etmemiştir. Bu, işlenen suçların aşikâr bir şekilde hukuka aykırı olduğunu mahkemenin de düşündüğü anlamında yorumlanabilir. Mahkeme, Tanrı'nın ve kullarının haklarının bu kadar şiddetli bir biçimde ihlal edilmesinin Hagenbach tarafından hukuka aykırı eylemler olarak bilinmesi gerektiğine işaret etmiş olmalıdır.

Hagenbach asil sınıfından olan ancak maddi olarak kuvvetli olmayan bir aileden gelerek Burgonya Devleti içinde yükselmiş başarılı ve hırslı bir kişiliktir. Bu yükselişi ve özellikle Charles'ın kendisine duyduğu güvenden dolayı Düke karşı büyük bir minnettarlık beslemiştir. Bu yüzden Charles'ın menfaatine olacak her şeyi kendisinin kişisel bir meselesiymiş gibi benimsemiş olan bir idareci haline dönüşmüştür. Hagenbach bu özelliğiyle Adolf Eichmann'ı hatırlatmaktadır. Eichmann gibi o da amirinden gelen emirleri sorgulamadan yerine getirmeyi tercih etmiştir. Hagenbach'ın henüz atanırken, bölgesel direnişi kırma ve Burgonya'ya ekonomik katkılar sağlama görevleri de mevcuttur. Bu nedenlerle Hagenbach bölge halkına karşı olması gerekenden daha sert davranmıştır. İlaveten, etkileri sınır aşan mahiyette eylemleri de olmuş, İsviçre tebaasının da hoşnutsuzluğuna neden olmuştur. Hagenbach'ın bu eylemleri işlerken mevcut kastı bölge halkının kısmen veya tamamen yok edilmesi olmamıştır. Bu yüzden günümüz anlamında bir soykırımdan bahsetmenin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşıyoruz. Yıldırma, sömürme gibi saiklerle yaygın ve sistematik bir şekilde uygulanan bu politikanın sonucu oluşan eylemler ise Schwarzenberger tarafından insanlığa karşı suç olarak değerlendirilmiştir. Yapılan bu yargılama sayılan nedenlerle, Uluslararası Ceza Hukuku tarihi açısından önemini korumaya devam etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKSAR, Yusuf: Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- ALEXEYEV, Sergei: Socialism and Law: Law in Society, Progress Publishers, Moscow, 1990.
- ALTUN, Oktay: Uluslararası Ceza Divanı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, S.B.E., 2004.
- BERNOULLI, Carl Christoph: "Der Landvogt Peter von Hagenbach", Beiträge zur vaterländischen Geschichte, Band 13/3, 1893, ss. 313-381.
- CRYER, Robert: "Superior Orders and the International Criminal Court", içinde Nigel D. White, Richard Burchill and Justin Morris (Eds.), Essays On Conflict and Security Law in Memory of Hilaire McCoubrey, Cambridge: CUP, 2005, ss. 49-67.
- ÇAKMAK, Cenap: Uluslararası Hukuk: Giriş, Teori ve Uygulama, Bir Uluslararası İlişkiler Yaklaşımı, Ekin Basım-Yayın-Dağıtım, 2014.
- DEMİREL, Muhammed: Amirin Emri: Amirin Emrini Yerine Getirmenin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, Oniki Levha Yayıncılık, Ekim 2014.
- DINSTEIN, Yoram: The Defence of 'Obedience to Superior Orders' in International Law, A. W. Sijthoff, Leyden, 1965.
- EHM, Petra: Burgund und das Reich Spätmittelalterliche Außenpolitik am Beispiel der Regierung Karls des Kühnen (1465-1477), Pariser Historische Studien herausgegeben vom Deutschen Historischen Institut Paris Band 61, R. Oldenbourg Verlag München 2002.
- ERDAL, Selcen: Uluslararası Ceza Mahkemesinin Ulus-Devlet Egemenliğine Etkisi, Doktora Tez, Selçuk Üniversitesi S.B.E., Konya, 2010.

- FABER, C. W.: “Peter von Hagenbach, der burgundische Landvogt am Oberrhein”, Vom Jura zum Schwarzwald : Blätter für Heimatkunde und Heimatschutz, Band 2, Jahr 1885, ss. 294-320.
- FOLNOVIC, Alen: Aspekte der Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl im deutschen und internationalen Recht, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Freie Universität Berlin, 2007.
- GORDON, Gregory: “The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law”, (içinde) Kevin Jon Heller and Gerry J. Simpson (Editörler), Untold Stories: Hidden Histories of War Crimes Trials, Oxford University Press, 2013, ss. 13-49.
- GÜNEYSU, Gökhan: Uluslararası Hukukta Amirin Emri, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, Nisan 2015.
- HINEK, Silva: “The Superior Orders Defence: Embraced at Last?” The New Zealand Postgraduate Law E-Journal, Issue 2, 2005, ss. 2-50.
- HOBBS, Harry: “Towards a Principled Justification for the Mixed Composition of Hybrid International Criminal Tribunals.” Leiden Journal of International Law 30, no. 1, 2017, ss. 177-97.
- KARAKEHYA, Hakan: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uygulanabilir Hukuk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 57, Sayı 2, 2008, ss. 133-163.
- KAYA, İbrahim: Uluslararası Hukukta Temel Belgeler, Seçkin Yayıncılık, 2013.
- KILIÇ, Ali Şahin: “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Devletlerin Egemenliği Üzerine Ulusal Egemenlik Odaklı bir İnceleme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 58, Sayı 3, 2009, ss. 615-657.
- KORTE, Marcus: Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund: Die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2004.
- KUDO, Koji: Command Responsibility and the Defence of Superior Orders, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Leicester University, 2007.
- LEVIE, Howard S: “The Rise and Fall of an Internationally Codified Denial of the Defense of Superior Orders”, Military Law & Law of War Review, Volume 30, 1991, ss. 183-214.
- MINOW, Martha: “Living Up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defence”, McGill Law Journal/ Revue de Droit de McGill, Volume 52, Issue 1, 2007, ss. 1-54.
- NERLINGER, Charles: Pierre De Hagenbach et La Domination Bourguignonne en Alsace (1469-1474), Nancy, 1890.
- OSIEL, Mark J.: “Obeying Orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War”, California Law Review, Volume 86, Issue 5, October 1998, ss. 939-1129.
- ÖZDEMİR, Ali Murat: Güç Buyruk Düzen: Uluslararası Hukuk Kuramında Eleştirelilik ve Emperyalizm, İmge Kitabevi, 2011.
- POYRAZ, Yasin / Ömer Vehip ÖNEN: “Uluslararası Ceza Yargısının Gelişiminde Uluslararası Ceza Mahkemesinin Rolü”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 2019/1, s.187-222.
- PUTNAM, Ruth: Charles The Bold: Last Duke of Burgundy 1433-1477, G.P. Putnam's Sons, New York and London, 1908.
- RAIMONDO, Fabián O.: General Principles of Law in the Decisions of International Criminal Courts and Tribunals, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2008.
- REÇBER, Kamuran: Uluslararası Hukuk, Dora Yayıncılık, 2018.
- SCHABAS, William A: An Introduction to the International Criminal Court, Fourth Edition, Cambridge University Press, 2011.

- SCHWARZENBERGER, Georg: "Breisach Revisited. The Hagenbach Trial of 1474", içinde C.H. Alexandrowicz (Ed.), *Grotian Society Papers 1968, Studies in the History of the Law of Nations*, Springer, 1970, ss. 46-51.
- SCHWARZENBERGER, Georg: "Forerunner of Nuremberg", *Information Bulletin*, May 18 1948, ss. 15 ve 19.
- SELÇUK, Sami: "2000-2001 Adli Yıl Açış Konuşması", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 26, Sayı: 4, Ekim-2000, ss. 525-626.
- SIEBER-LEHMANN, Claudius: "Burgunderkriege" *Historisches Lexikon der Schweiz*, 2011, ss. 1-7. <<https://beta.hls-dhs-dss.ch/de/articles/008881/2011-03-17/> >
- SIEBER-LEHMANN, Claudius: "Die Anziehungskraft des burgundischen Hofes und das Reich", içinde Werner PARAVICINI (Ed.), *La cour de Bourgogne et l'Europe. Le rayonnement et les limites d'un mode`le culturel; Actes du colloque international tenu à Paris les 9, 10 et 11 octobre 2007, avec le concours de Torsten Hiltmann et Frank Viltart, Ostfildern (Thorbecke) (Beihefte der Francia, 73)*, 2013, s. 686-696.
- SIEBER-LEHMANN, Claudius: "Eine bislang unbekannte Beschreibung des Prozesses gegen Peter von Hagenbach", *Basler Zeitschrift für Geschichte und Alterstumkunde*, Band 93, 1993, ss. 141-154.
- SIMONOVIC, Ivan: "The Role of the ICTY in the Development of International Criminal Adjudication", *Fordham International Law Journal*, Volume 23, Issue 2, 1999, SS. 440-459.
- SOLIS, Gary D.: "Obedience of Orders and the Law of War: Judicial Application in American Forums" *American University International Law Review*, Volume 15, Issue 2, 2000, ss. 481-526.
- TAKEMURA, Hitomi: *International Human Rights to Conscientious Objection to Military Service and Individual Duties to Disobey Manifestly Illegal Orders*, Springer Verlag, Berlin-Heidelberg, 2009.
- TALEBPOUR, Mansour: *Impunity and the International Criminal Court*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, SOAS, University of London, 2012. <<http://eprints.soas.ac.uk/15620>>.
- TEZCAN, Durmuş/ Mustafa Ruhan ERDEM / Murat ÖNOK: *Uluslararası Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- TKADLČÍK, Vojtěch: *Defence of Superior Orders and its Reflection in the Statute of International Criminal Court*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Masaryk Üniversitesi, Brno, 2017.
- VAN SCHAACK, Beth / Ronald C. SLYE: "A Concise History of International Criminal Law: Chapter 1 of Understanding International Criminal Law". Santa Clara Univ. Legal Studies Research Paper No. 07-42; *Understanding International Criminal Law*, Aspen Publishers, 2007, ss. 7-47.
- VISCHER, Wilhelm: "Hagenbach, Peter von", *Allgemeine Deutsche Biografie*, Historische Kommission der Bayerischen Akademie der Wissenschaften, Band 10, 1879, ss. 345-348.
- WALZER, Michael: *Haklı Savaş, Haksız Savaş: Tarihten Örneklerle Desteklenmiş Ahlaki Bir Tez*, Alfa Yayıncılık, 2017.
- WITTE, Heinrich: "Der Zusammenbruch der burgundischen Herrschaft am Oberrhein", *Zeitschrift für die Geschichte des Oberrheins*, Neue Folge, Band II, Akademische Verlagsbuchhandlung von JCB Mohr, 1887, ss. 1-58.
- ZORLU, Süleyman Emre: "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Kuruluşunda Tarihsel Süreç ve BM Güvenlik Konseyinin Uluslararası Ceza Mahkemesinin İşleyişi Üzerindeki Yetkileri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 24, Sayı 2, 2016, ss. 111-150.

Uluslararası Hukuk ve AB Hukuku Boyutuyla Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması

Transborder Flows of Personal Data: An International Law and EU Law Perspective

Berna AKÇALI GÜR* 

Öz

Bilgi iletişim ve veri işleme teknolojilerinde meydana gelen gelişmelere istinaden, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin uluslararası düzenlemelerin yeniden yorumlanmasına, güncellenmesine ve hatta konuya münhasır yeni düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Küresel dijital ekonominin gelişimi açısından kişisel verilerin sınır ötesine aktarılmasının engellenmesi arzu edilmemektedir. Ancak, kişilik hakları ve ulusal güvenliğe etki eden yönleri sebebiyle, kişisel veri aktarımları üzerinde tesis edilen devlet kontrolleri de meşru kabul edilmektedir. Bu iki tezat hedef arasında hassas bir dengenin kurulmaya gayret edildiği bu süreçte, özellikle Birleşmiş Milletler ve bağlı kuruluşları, Avrupa Birliği, Dünya Ticaret Örgütü, Avrupa Konseyi ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü konuyu kendilerinin faaliyet alanlarına uygun açılardan ele alan çalışmalar yapmaktadırlar. İletişim teknolojilerinin ve dijital ekonominin uluslararası karakteri göz önüne alındığında devletlerin kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak tesis edeceği düzenin etkili olabilmesi için bu gelişmeler çerçevesinde ele alınması gerekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Hukuk, AB Hukuku, Kişisel Verilerin Korunması, Kişisel veriler, kişisel verilerin yurt dışına aktarılması

Abstract

The developments in information communication and information processing technologies have not only led to revision and re-interpretation of existing international instruments relevant to the cross-border transfer of personal data but also necessitated new ones specifically targeting this area. The obstruction of trans-border flows of personal data may have an adverse effect on the growth of digital economy. On the other hand, state based controls are justified mainly due to its impact on individual rights and national security. In this current phase of pursuing a balance between the two conflicting goals, the United Nations and its agencies, European Union, World Trade Organization, Council of Europe and the Organization for Economic Co-operation and Development have all been involved. In order for any state law in this area to be effective it shall be structured by taking the relevant

* Dr. Öğr. Üyesi, Kadir Has Üniversitesi, Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi,
E-Mail: berna.gur@khas.edu.tr

international law instruments and negotiations in consideration given the international character of the communication technologies and the digital economy.

Keywords: International Law, EU Law, Protection of Personal Data, Personal Data, transborder flows of personal data

GİRİŞ

1990lı yıllardan bu yana bilgi iletişim ve veri işleme teknolojilerinde meydana gelen gelişmeler ve özellikle iletişim ağlarının yüksek hız ve kapasiteye ulaşması sonucu kişisel veriye dayalı ekonominin küresel ticari faaliyetlerde payı hızla arttı. Bu ekonomik hareketlilikten pay almayı arzu eden devletler, olumsuz buldukları etkilerini de yönetmek istemektedirler. Olumsuz etkiler arasında kişisel verilerin sınır ötesine kontrolsüz aktarılması ön plana çıkmıştır. Devletler konuya özellikle kişilik hakları ve ulusal güvenliğe ilişkin yönleri sebebi ile hassasiyet göstermekte ve denetim mekanizmaları tesis etmektedirler. Karakteri itibariyle uluslararası nitelik taşıyan veri ekonomisine ilişkin bu düzenlemeler ancak mevcut uluslararası taahhütler ve hali hazırda bu konuda devam eden küresel ve bölgesel müzakereler çerçevesinde şekillendirilirse etkili olabilecektir.

Uluslararası hukukun bu alana ilişkin çok çeşitli kaynakları bulunmaktadır. Birleşmiş Milletler (BM) ve bağlı kurumları, Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), Avrupa Konseyi (AK) gibi Türkiye'nin de üye bulunduğu uluslararası ve bölgesel örgütler mevcut uluslararası düzenlemeleri yeni gelişmeler ışığında tekrar yorumlamak, model kanunlar oluşturmak, kişisel verilerin korunması konusuna has ikili ve çok taraflı sözleşmeler hazırlamak gibi çeşitli girişimlerde bulunmuşlardır. Türkiye'nin üyelik müzakerelerinin devam ettiği Avrupa Birliği (AB)'de de konuya ilk zamanlardan başlayarak hassasiyetle eğilmiş ve kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır. Türkiye ile yakın ilişkileri sebebi ile bu düzenlemeler de bu inceleme kapsamında değerlendirilmiştir. Düzenlemelerin ilk örnekleri, özel hayatın gizliliği ve kişilerin kendi verilerine ilişkin haklarını korumak odaklıdır. Daha sonra hazırlanan düzenlemelerde ise kişisel verilerin stratejik ve özellikle ekonomik değeri de ön plana çıkmaktadır. Son dönemde ise, öncelikleri göz önüne alındığında çoğunlukla birbirine tezat duran bu iki hedef hassas bir dengede ele alınmaya çalışılmaktadır.¹

Bu makalede öncelikle uluslararası hukuk boyutuyla kişisel verilerin korunması konusu tarihsel gelişimi içerisinde ortaya konulacaktır. İkinci bölümde konu AB hukuku kapsamında değerlendirilmektedir. Daha sonra konu, mevcut gelişmeler ışığında uluslararası hukukun kaynakları ile ilişkili olarak incelenecektir.² Son bölümde Türkiye'de yeni gelişmeye başlayan

1 Verilerin Korunması ve Özel Hayatın Gizliliği Uluslararası Konferansı'nın, 14-16 Eylül 2005 tarihinde gerçekleşen 27. toplantısında Montrö Beyannamesi benimsenmiştir. Konferans üyeleri, mevcut haliyle, 76 farklı ülkenin kişisel verileri koruma alanında yetkili kurumlarıdır. Bu beyannamenin 10. maddesi bahse konu dengenin kurulmasının önemine ilişkindir. Beyanname metni için bakınız: Montreux Declaration (2005) – 'The protection of personal data and privacy in a globalized world: a universal right respecting diversities', Declaration of the 27th International Conference of Privacy and Data Protection Commissioners, Montreux, Switzerland, September 2005.

2 Uluslararası hukukun iç hukuka etkisi yönünden bakınız: Olgun Akbulut, "Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", **Bahçeşehir Üniversitesi**

bu alanda, devletin mevcut uluslararası taahhütlerinin ve yeni gelişmelerin önem ve etkisine dikkat çekmek hedeflenmektedir. Burada özellikle uluslararası düzenlemelerde farklı ülkelerin düzenlemeleri arasında birlikte işlerliği (interoperability) sağlamanın³ gerek ekonomik hedeflere yönelik gerekse kişilik haklarının etkin korunabilmesi ve ulusal güvenliğe ilişkin risklerin yönetilebilmesine ilişkin önemine işaret edilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA OLGUSUNUN TARİHSEL GELİŞİMİ⁴

Uluslararası hukukta kişisel veri hem korunması gerekli şahsi bir hakkın konusu hem de ekonomik bir değer olarak ele alınmıştır. Bu çerçevede uluslararası hukuki düzenlemeleri iki ayrı grupta düşünebiliriz. Birinci grup düzenleme temel bir hak olarak özel hayatın gizliliğine ilişkin maddeleri içeren uluslararası antlaşmalardır. Bu maddeler ilerleyen yıllarda kişisel bilgilerin korunması hakkını da kapsadığı şeklinde yorumlanmıştır. Diğerleri ise bilgi ve iletişim teknolojilerinin neden olduğu hızlı dönüşümün neden olduğu kişisel verilerin korunması konusuna has zorluklara cevap vermektedir. Bu düzenlemeler teknolojik gelişmelere ve ticari faaliyetlere engel oluşturmamak anlayışıyla kaleme alınmıştır.

Ancak, devletler, veri koruma standartları arasında ülkesel farklılıkları ve ulusal güvenliğe ilişkin riskleri öne sürerek korumacı yaklaşımlarında ısrarcı olabilmektedirler. Bu halde ulusal düzenlemeler arasındaki farklılaşmanın derinleşmesi ve uluslararası standartlar üzerinde çok taraflı bir uzlaşma sağlayarak ulusal düzenlemeler arasında birlikte işlerliğin sağlanamaması riski doğmaktadır. BM, küresel iletişim ağı internete erişimi hem küresel kalkınmaya ilişkin, hem de temel hak ve özgürlüklerin etkin kullanılmasına olanak sağlayan önemli bir hak olarak kabul etmiştir.⁵ Bu hakkın kısıtlanmasının olumsuz etkileri yapılan çalışmalarda anlatılmıştır.⁶

Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9/115-116, Mart-Nisan 2014, sf: 7-45.

Işıl Özkan, "Uluslararası Hukuk – Özel Hukuk İlişkileri", **Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi**, sf:8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), 2014, sf. 2127 (Çevrimiçi) <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/1-1%20C5%9F%20C4%B1-%20C3%96ZKAN.pdf> (Erişim Tarihi: 25 Kasım 2017).

- 3 Christopher Kuner, *Transborder Data Flow and Data Privacy Law*, Oxford, Oxford University Publishing, 2013, sf. 175-180.
- 4 Kişisel verilerin korunmasına münhasır mevzuatların ilk olarak İkinci Dünya Savaşı sonrasında Avrupada hazırlandığı bilinmektedir. Bu yıllarda kişisel verilerin korunması kişilik haklarına ilişkin bir iç hukuk meselesi olarak değerlendirilmektedir. 1990'larda İnternet kullanımının yaygınlaşması ve veri işleme teknolojilerindeki diğer gelişmeler sonucu, son dönemde uluslararası boyutu önem kazanan bir alandır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bakınız: G. Gonzales Fuster, *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Switzerland, Springer International Publishing, sf. 65.
- 5 J. Lee Riccardi, "The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?", **Boston College International & Comparative Law Review**, S:6/1, 1983, sf. 243-272.
- 6 BM İnsan Hakları Komisyonu, *Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression*, Frank La Rue, A/HRC/17/27, 16 May 2011.
- 6 BM İnsan Hakları Komisyonu, *The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet*, A/HRC/RES/32/13, 18 Temmuz 2016.

ITU, *Achieving Universal and Affordable Internet in the Least Developed Countries: ICTs, LDCs and the SDGs, ICT and Telecommunications in Least Developed Countries*, 2018. (Çevrimiçi) <http://handle.itu.int/11.1002/pub/810be2fb-en>

Bu bağlamda, birlikte işlerliğin sağlanamaması ve diğer korumacı yaklaşımlar, devletlerin tesis edecekleri ağır kontrol mekanizmaları, interneti üzerinde ülkesel ya da bölgesel sınırlar tesis edilmiş parçalı bir hale (internet fragmentation) dönüştürebilecektir. Bu BM'in mevcut yaklaşımına göre arzu edilmeyen bir durumdur.⁷

BM tarafından 1976 tarihinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin standartları belirlemek amacı ile 45/95 sayılı Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri hazırlanmıştır. Bu belgenin yayımlanması ise ancak 14 Aralık 1990 tarihinde gerçekleşmiştir. Bu metin, hazırlanması ve yayımlanması arasındaki süre içerisinde yayımlanan iki diğer düzenlemeye temel oluşturmuştur. Bunlar, Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı'nın (OECD) 1980 senesinde yayınladığı Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Transferine İlişkin Rehber İlkeler ve AK üyeleri tarafından 1981 senesinde imzalanan Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (108 sayılı Sözleşme)'dir. BM, son olarak, Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) uzun dönemli çalışma programına "Sınır ötesi transferlerde kişisel verilerin korunması" başlığı ile bu konuyu dâhil etmiştir.⁸

Yayımlanmış ilk uluslararası belge olarak OECD tarafından hazırlanan rehber ilkelerin dikkat çekici bir yönü, yurt dışına aktarım konusuna özel olarak değinilmiş olmasıdır. OECD'nin konulara öncelikle ekonomik açıdan baktığı kabul edildiğinde, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının uluslararası ekonomik bir değer olarak potansiyelinin ortaya çıkmış olduğu anlaşılacaktır. Rehber ilkelerin eklenmiş bulunduğu OECD Konseyi Tavsiye Kararı'nda kişisel verilerin sınır ötesine aktarılmasının sosyal ve ekonomik gelişmeye olumlu katkıları olacağı ve kişilerin özel hayatlarının gizliliğine ilişkin ulusal düzenlemelerin bu sınır ötesi akışları aksatabileceği ifade edilmiştir.⁹

Nitekim 3. Bölüm 16. maddede, OECD'ye üye ülkelerin arasında yapılacak aktarımlarda ve yine ülkesel yetki alanından geçiş yapılarak gerçekleştirilecek veri hareketlerinde kısıtlama yapılmaması öngörülmektedir. 17. maddede kısıtlamanın ancak aktarma yapılacak OECD üyesi ülkenin rehber ilkelerine itaat etmiyor olması, aktarılan verinin özel düzenlemeye tabii belli bir sınıf veri olması ve aktarma yapılacak ülkede denk bir korumanın bulunmaması ya da üçüncü bir ülkeye yapılacak aktarmanın devletin ülkesel mevzuatından kaçınmak sonucunu doğurabileceği hallerde getirilmesi kabul edilmiştir.¹⁰ 18. maddede kişisel özgürlükler ve özel hayatın korunmasına ilişkin düzenlemelerin sınır ötesi aktarmalara kısıtlama getirebileceği göz önüne alınarak uygulamanın orantılılık esasına göre yapılması gerektiğine dikkat çekilmiştir. 5. Bölümde ise kişisel verilere ilişkin konularda uluslararası işbirliğinin önemi vurgulanmıştır.

(Erişim Tarihi: 18 Ocak Kasım 2019).

7 William J. Drake, Vinton G. Cerf, Wolfgang Kleinwächter, *Internet Fragmentation: An Overview (White Paper)*, Davos, World Economic Forum, Ocak 2016.

8 Bu konu Bölüm 4'te daha detaylı ele alınmaktadır.

9 OECD, *OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*, Preface, 23 September 1980.

10 Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Transferine İlişkin Rehber İlkeler 4. maddesinde ulusal bağımsızlık, ulusal güvenlik, toplum düzeni gibi istisnalar ayrıca tanınmıştır.

Bu belge tavsiye niteliğindedir ve bağlayıcı özelliği bulunmamaktadır. Buna karşın, kişisel verilerin korunması konusunda yayınlanmış ve çok uluslu bir organizasyonda kabul edilen ilk belge olması nedeniyle Kişisel Verilerin Korunması hukuku alanında önemlidir. Pek çok ulusal düzenleme bu rehberle uygun olarak kaleme alınmıştır.¹¹ Etki alanı itibarıyla konuya ilişkin uluslararası hukuk kaynakları arasında, esnek hukuk kuralları kategorisinde etkili bir örnek teşkil etmektedir.¹² Kişisel verilerin sınır ötesine aktarılması konusu daha az detaylı olmakla beraber, bir başka esnek hukuk kuralı olarak 45/95 sayılı Bilgisayara Geçirilmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler’de benzer şekilde ele alınmıştır. Kişisel verilerin ve bilginin serbest aktarılması esas alınmış, kısıtlamalarda orantılılık esası aranmıştır.

Kişisel verilerin ve bilginin sınır ötesi aktarılmasının serbest bırakılması esası bu iki düzenlemenin hazırlanma dönemlerinin belirleyici politikalarının bir yansımasıdır. Bu dönemde bilgi ve iletişim teknolojilerinin gelişmesine engel oluşturabilecek her türlü yasal düzenlemeye mesafeli durulmuştur. İletişimi sınırlandıracak her türlü ulusal düzenleme gerek teknolojik ve ekonomik gelişmelere gerekse fikir ve ifade özgürlüğüne olumsuz etki edeceği fikri ağır basmaktadır. Genel olarak bilgi, bilim ve ekonomik özgürlüklerin karşısında bir duruş olarak algılanabilmektedir.¹³

Uluslararası hukukun kaynakları arasında bölgesel düzenlemeler incelendiğinde, AK’nin bünyesinde 1981 senesinde imzalanmış olan 108 sayılı Sözleşme ön plana çıkmaktadır. AK tarafından hazırlandığı için çoğunlukla AK üyesi ülkelerin taraf olduğu bu sözleşme, üye olmayan ülkelerin de imzasına açıktır. 2013’ten bu yana, Konsey üyesi olmayan altı ülke bu sözleşmeyi onaylamıştır.¹⁴ Bu açıdan değerlendirildiğinde kişisel verilerin korunması konusunda özel olarak hazırlanmış ve bağlayıcı olduğu kabul edilen ilk ve hala tek uluslararası belge olması nedeniyle büyük bir önem taşımaktadır. AK da yaygınlaştırılması için büyük çaba harcamaktadır.

Esasında, 108 sayılı Sözleşme metni ilk imzaya açıldığı dönem için dahi yenilikçi hükümler içeren bir metin olarak kabul edilmemektedir. AK bünyesinde alınan kararlardan ve AK üyesi ülkelerin mevzuatlarında bulunan hükümlerden faydalanılarak hazırlanmıştır.¹⁵ O dönemde büyük ticari işletmeler ve devlet kurumları bu gelişmeler sayesinde çok büyük veri bankaları kurulmuştur. Verimlilik ve üretkenlik açısından çok büyük avantajlar sağlansa da; kişilerin özel hayatının gizliliğinin ihlal edilebileceğine dair endişeler doğmuştur. AK’da da 1960’larda

11 Fred H. Cate, Peter Cullen, Viktor Mayer-Schönberger, *Data Protection Principles for the 21st Century*, Mart 2014, Oxford Internet Institute: Oxford University (Çevrimiçi) https://www.oii.ox.ac.uk/archive/downloads/publications/Data_Protection_Principles_for_the_21st_Century.pdf (Erişim Tarihi: 15 Mart 2018)

12 OECD Rehber İlkeleri 2013 senesinde güncellenmiştir. OECD faaliyetleri hakkında daha detaylı bilgi için bakınız: OECD, “OECD Privacy Guidelines”, 2013 (Çevrimiçi) <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/privacy-guidelines.htm>, (Erişim Tarihi: 15 Mart 2018).

13 Stuart S. Malawer, “Global Governance of E-commerce and Internet Trade: Recent Developments”, *Virginia Lawyer*, S:14, June/July 2001, sf. 14-19.

14 Bu makalenin yazıldığı tarih itibarı ile bu devletler Meksika, Uruguay, Senegal, Tunus, Yeşil Burun Adaları ve Mauritius’tur. Arjantin ve Fas başvuru sürecini tamamlamıştır. Japonya ve Güney Kore de gözlemci olarak katılmıştır.

15 L. Andrew Bygrave, *Data Privacy Law An International Perspective, An International Perspective*, New York: Oxford University Press, 2014, sf: 36.

verileri elektronik işlemeye imkân veren bilgi teknolojilerin gelişmesine cevaben bir dizi kararlar çıkarılmıştır. Kararların amacı üye ülkelerin iç mevzuatlarının gelişmesine ön ayak olarak bu endişeleri gidermektir. Sonradan, kararların yeterli olmadığı, bağlayıcı bir sözleşmenin daha verimli olacağı düşünülmüştür. 108 sayılı Sözleşme bu gelişmeler sonucunda kaleme alınmıştır.¹⁶

İlerleyen yıllarda iletişim teknolojilerindeki yeni gelişmeler, veri ekonomisi temelli iş modellerinin yaygınlaşması, verinin sınırlar ötesine rahatça aktarılıp, farklı ülkelerin yetki alanına giren bölgelerde muhafaza edilebilmesi ve işlenebilmesi 108 sayılı Sözleşmeye ek bir protokol hazırlanmasına sebebiyet vermiştir.¹⁷

108 sayılı Sözleşme'nin temel iki hedefi kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi hallerinde oluşabilecek hak ihlallerine karşı gerçek kişileri korumak ve sözleşmeye taraf ülkeler arasındaki kişisel verilerin aktarılmasını düzenlemektir. Bu çerçevede, gerçek kişilere ilişkin, ırk, cinsel tercih, sabıka kaydı gibi hassas verilerin uygun önlemler alınmadan toplanmasını ve işlenmesini yasaklamaktadır.¹⁸ Burada yer alan bir başka önemli hak ise ilgili kişilerin kendileri hakkında toplanan verileri öğrenebilmesi ve eksik ya da yanlış ise düzeltme yapabilmesine ilişkindir.¹⁹ Bu hali ile OECD ve BM'in hazırlamış olduğu rehber ilkelere benzer şekilde asgari şartları düzenlemektedir.

2001 yılında, AK, 108 sayılı Sözleşme'ye ek 181 sayılı Protokolü (Ek Protokol) imzaya açmıştır. Bu protokolle iki hedef yerine getirilmiştir. Öncelikle taraf ülkelere kişisel verilerin korunması alanında görevlerini tam bağımsızlıkla yerine getirecek denetleyici makam kurmaları şartı getirilmiştir.²⁰ Buna göre, kontrol makamları araştırma ve müdahale etme yetkisine sahip olacaklar ve aynı zamanda hukuki süreçte aktif rol alabileceklerdir. Yine bu tip kurumlarda alışlageldiği üzere ilgili kişilerin yaptıkları şikâyetleri inceleme yetkisine sahip olmaları beklenmektedir. İkincisi ise 108 sayılı Sözleşme'de taraf olmayan ülkelere yapılacak kişisel veri aktarılmasına ilişkin hüküm bulunmazken bu protokolün 2. maddesi ile söz konusu eksiklik giderilmiştir. Buna göre taraf ülkeler taraf olamayan ülkelere kişisel veri aktarılmasına ancak ilgili devletin ya da organizasyonun denk bir koruma sağlayacağına emindikten sonra izin verebileceklerdir.²¹

2018 senesinde, yedi yıl süren, 108 sayılı Sözleşme'yi modernleştirme çalışmaları tamamlanmıştır. Yeni metin 223 sayılı Protokol ile 18 Mayıs 2018 tarihinde kabul edilmiştir.²² Değişiklikler

16 Avrupa Konseyi, "Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data Strasbourg", 28 Ocak 1981.

Avrupa Konseyi, "Background", www.coe.int (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/dataprotection/convention108/background> (Erişim Tarihi: Ocak 2018)

17 181 No'lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol (Ek Protokol).

18 108 sayılı Sözleşme, 6. madde

19 108 sayılı Sözleşme, 8. madde

20 181 sayılı Protokol, 1. madde

21 181 sayılı Protokol, 2(b) madde

22 25 Haziran 2018 tarihinde tarafların imzasına açılmıştır. Bu makalenin yazım tarihi itibarı ile 25 ülke imzalamıştır. Konu ile ilgili bilgi ve dökümanlar için bakınız: Avrupa Konseyi, "223 sayılı Sözleşmenin Detayları", (Çevrimiçi)

yapılırken, sözleşmenin temel prensiplere odaklı ve teknoloji-nötr karakteri korunmuştur. Diğer taraftan öngörülen koruma standartları yükseltilmiş ve sözleşmenin kapsamı genişletilmiştir.²³ Bu şekilde AB'nin kişisel verileri koruma mevzuatında meydana gelen değişiklikler ile paralellik sağlanmıştır.²⁴ Bir başka önemli gelişme de sözleşmeye uygunluğun denetlenmesine ilişkin yapıyı güçlendirilmesidir.²⁵ Sözleşme Komitesi'nin yetkileri genişletilmiş ve başka yetkilerin yanında, ulusal mevzuatlarda tanımlanan koruma standartlarının yeterliliğini Sözleşme hükümleri kapsamında değerlendirme hakkı tanınmıştır. Taraf devletlerin uygulamalarının sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığının daha etkin bir şekilde denetlenebilmesinin sözleşmenin uluslararası itibarının arttıracağı öngörülmektedir. Son olarak, Avrupa Birliği'ne ve uluslararası organizasyonlara sözleşmeye taraf olma hakkı tanınmıştır.²⁶ Türkiye henüz yeni metni onaylamamıştır.

A. ULUSLARARASI HUKUK'TA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ KAVRAMI VE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI İLE İLİŞKİSİ

Kişisel Verilerin Korunması konusunun ortaya çıkmasından evvel hazırlanmış olan temel hak ve hürriyetlere ilişkin uluslararası antlaşmalarda özel hayatın gizliliğine ilişkin maddeler bulunmaktadır. Bu maddelerin “kişisel verilerin korunması” konusunu da kapsamı gerektiği kabul görmektedir. Bu bağlamda özel hayatın korunmasına ilişkin uluslararası belgelere bu makale konusu kapsamında değinmek konunun bütünlüğü açısından önem arz etmektedir.²⁷

BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde, özel hayatın gizliliğine ilişkin 12. maddenin bu hakkı kapsadığı kabul edilmiştir.²⁸ Madde içeriği şu şekildedir:

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223> (Erişim Tarihi: 16 Ocak 2019)

23 Avrupa Komisyonu, *Proposal for a Council Decision authorizing Member States to ratify, in the interest of the European Union, the Protocol amending the Council of Europe Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108)*, COM (2018) 451 final, 5 Haziran 2018.

24 Greenleaf, Graham, “Renewing Convention 108: The CoE's 'GDPR Lite' Initiatives”, *Privacy Laws & Business International Report*, S:142, 3 Ağustos 2016, sf. 14-17.

25 Konu ile ilgili bilgi ve dökümanlar için bakınız: Avrupa Konseyi, “Modernisation of the Data Protection Convention 108”, (Çevrimiçi) <https://www.coe.int/en/web/portal/28-january-data-protection-day-factsheet?desktop=true> (Erişim Tarihi: 10 Mart 2018)

26 223 sayılı Protokol, 27(173) madde.

27 Bu iki kavramın karşılaştırmalı incelemesi derin ve karmaşık bir konudur. Bu makalede konu, kısaca iki kavramın arasında kesişen alanlar ve farklar olduğunu belirtmek ve bu bağlamda özel hayatın gizliliğine ilişkin uluslararası düzenlemelerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmek hedefi ile ele alınmıştır. Bu konuda daha ayrıntılı bir değerlendirme için bakınız: Juliane Kokott, Christoph Sobotta, “The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR”, *International Data Privacy Law*, S:3/4, 1 Kasım 2013, sf. 222-228.

Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, sf. 131-173.

28 Christopher Kuner, “International Organizations and the EU General Data Protection Regulation”, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper Series, S:20/2018, Şubat 2018, sf:4.

“Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.”

Yine Türkiye'nin taraf olduğu ve bağlayıcılığı olan Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin mahremiyet hakkına ilişkin 17. maddesinin de bu hakkı kapsadığı kabul edilmektedir. Bu sözleşmede, devlete özel hayatın gizliliğine saygı göstermek, keyfi ya da hukuka aykırı şekilde bu hakkı ihlal etmemek gibi olumsuz yükümlülükler getirildiği gibi ve bu hakkı korumak için önlemler almak gibi olumlu yükümlülükler de getirilmiştir.²⁹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de (AİHM) kişisel bilgilerin işlenmesi ve muhafaza edilmesine ilişkin uyuşmazlıkları, Avrupa İnsan Hakları Beyannamesi'nin özel hayatın gizliliğine ilişkin 8. madde kapsamında değerlendirmiştir. Dolayısıyla bu konuda içtihat oluşmuştur.³⁰ Mevzu bahis kararlar hiç şüphesiz ki yerel mahkemelerin kararları üzerinde etkili olmaktadır. Bu bağlamda devletlerin bu temel hakkı ihlal edecek tasarruflarda bulunmaması öngörülmüştür. Aynı zamanda devletlerin bu korumayı sağlamakta pozitif bir yükümlülüğü olduğu da kabul edilmiştir. Kısacası AİHM, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin yorumuyla benzer bir yaklaşım sergilenmiştir.

Özel hayatın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının örtüşmeyen kısımları da bulunmaktadır.³¹ Kişisel veri, veri sahibinin özel hayatına ilişkin olmak zorunda değildir. Bu sebeple korunmaya tabii kişisel veri, bireyin özel hayatına ilişkin olmasa dahi ilgili her türlü bilgiyi kapsar. Buna karşın özel hayatın gizliliği kişinin özel, aile ve ev hayatına, fiziksel ve ahlaki bütünlüğüne, onuruna ve şöhretine, kendisi hakkında yanıltıcı bir imajın oluşmasını engellemeye, ilgisiz ve utandırıcı gerçeklerin açıklanmamasına, özel fotoğrafların izinsiz yayınlanmamasına ve gizli kalacağına güvenilerek verilen veya alınan bilginin açıklanmasının engellenmesine ilişkin olabilmektedir.³² Bu farklılıklar sebebi ile kişisel verilerin korunması ayrı bir hak olarak düzenlenmektedir.

II. AB HUKUKU'NDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Avrupa Komisyonu, AB üyelerinin ulusal mevzuatlarının öngördüğü kişisel verileri koruma standartları arasındaki farklılıkların AB iç pazarında kişisel veri aktarılmasının önünde bir engel teşkil ettiğini fark etmiştir. Bu sebeple, 1990 senesinde bu mevzuatların uyumlu hale getirilmesinin önemine işaret etmiş ve bu konuda bir direktif hazırlanmasını teklif etmiştir. Direktifin

29 BM İnsan Hakları Komitesi, *The Right to Respect of Privacy, Family, Home and Correspondence, and Protection of Honour and Reputation*, CCPR General Comment No:16, 8 Nisan 1988.

30 AİHM, “*Fact Sheet-Personal Data Protection*”, September 2018.

31 L. Andrew Bygrave, *Data Privacy Law, An International Perspective*, sf:82-98.

Orla Lynskey, *The Foundations of EU Data Protection Law*, sf: 173.

32 AK Parlamenteler Meclisi, *Declaration on Mass Communication Media and Human Rights*, Resolution No: 428, 1970, Paragraf C.

hazırlanıp kabul edilmesi beş yıl sürmüş ve nihayet 24 Aralık 1995'te Kişisel verilerin işlenmesi ve serbest dolaşımına ilişkin olarak kişilerin korunmasına ilişkin 95/46/EC sayılı Direktif (AB KVK Direktifi) kabul edilmiştir. Bu direktif de zamanla ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmiştir. Bilgi iletişim teknolojilerinin sunduğu yenilikler ve kişisel verilerin giderek genişleyen bu küresel ağın merkezine oturması konunun tekrar ele alınmasını gerektirmiştir. Nitekim hazırlanan Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) 2016'da kabul edilmiş ve 25 Mayıs 2018'de yürürlüğe girmiştir. Bu bölümde her iki düzenlemeye de sınır ötesi veri aktarılması açısından değinilmektedir.

Diğer bir önemli gelişme de, aynı süre zarfında kişisel verilerin korunmasının anayasal bir hak olarak tanınmasıdır. AB Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesinde yer alan bu hak, 2009'da Lizbon Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle anayasal bir hak statüsüne kavuşmuştur. Ayrıca AB'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 16. maddesi de AB Parlamentosu'na ve AB Konseyi'ne kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kuralların belirlenmesine ilişkin bir yükümlülük getirmiştir. Kişisel Verilerin Korunmasının özel hayatın korunmasından ayrı bir anayasal bir hak olarak tanınması AB'ne özgü bir yaklaşım olarak ortaya çıkmıştır. AB uyum sürecinde bulunan Türkiye'de de bu yaklaşım benimsenerek kişisel verilerin korunması ayrı bir anayasal hak olarak yer almıştır.³³

AB iç pazarının işleyişinin malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımı temeline dayanmaktadır. AB KVK Direktifi, bu "dört özgürlüğün" sağlanabilmesi için verilerin de serbestçe akabilmesi fakat aynı anda kişilerin temel haklarının da korunması gerektiği anlayışı üzerine kaleme alınmıştır.³⁴ Bu iki hedef ancak AB üyelerinin mevzuatlarının uyumlu hale getirilmesi ile sağlanabilecektir. Bu uyumun sağlanabilmesi için de AB düzeyinde bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu özellikle belirtilmiştir. AB Hukukunda direktifler doğrudan iç mevzuatın yerini almamaktadır. Üye ülkeler mevzuatlarını uyumlu hale getirmektedirler. Üyeler arasında mevzuat farklılıkları sadece direktif ile düzenlenmeyen hususlarda ya da direktif ile farklılıkların tanındığı alanlarda olabilmektedir. AB KVK Direktifi de aynı şekilde, temel hususları düzenleyerek üye devletlere farklılaşma alanı bırakmıştır. AB üyelerinin hali hazırda 108 sayılı Sözleşme'ye taraf olduğu da direktif metninde göz ardı edilmemiş, direktifin bu sözleşme ile sağlanan korumayı güçlendireceği ve arttıracığı belirtilmiştir.³⁵

AB KVK Direktifinde, AB sınırları dışına aktarılacak verilerin durumu IV. Bölüm'de düzenlenmiştir. Burada kişisel verilerin ancak "uygunluk denetimini" geçmiş ülkelere aktarılmasına izin verileceği belirtilmiştir. Dolayısı ile ulusal düzenlemeleri ve/veya uluslararası taahhütleri göz önüne alındığında yeterli korumanın sağlanacağına Avrupa Komisyonu tarafından karar verilmiş olma şartı aranmaktadır. Kural bu olmakla beraber, uygunluk denetiminin yaygınlaşmasının zorluğu, kişisel tercihler ve ekonomik hayatın gerekleri göz önünde bulundurularak istisnalar da getirilmesi gerekli görülmüştür.

Bu istisnalar çerçevesinde; yeterli korumanın bulunmaması durumunda dahi,

33 TC Anayasası, 20(3) madde

34 AB KVK Direktifi, Giriş Bölümü, 3. paragraf

35 AB KVK Direktifi, Giriş Bölümü, 11. paragraf

- i. ilgili kişinin açık rızası olması,
- ii. veri aktarılmasının ilgili olduğu kişinin taraf olduğu bir sözleşmenin ifası ya da bir sözleşmeden kaynaklanan sair yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli olması,
- iii. aktarılmanın yapılmasında toplumsal fayda ya da kanuni mecburiyet bulunması,
- iv. kanuni hakların ispat edilmesi korunması, savunması için gerekli ya da mecburi olması,
- v. ilgili kişinin menfaatlerinin korunması için gerekli olması

gibi durumlarda üçüncü ülkelere veri aktarılması uygun görülmektedir.³⁶ Yine aynı maddenin 2. ve 4. paragrafına göre veri sorumlusunun sözleşme ile kişilerin özel hayatının korunması ve ilgili temel hak ve hürriyetlerinin korunacağını taahhüt etmesi halinde AB üyeleri bu veri sorumlularına veri aktarılmasına izin verebileceklerdir. Burada kastedilen kimi uluslararası şirketlerin merkezinin olduğu ülkenin yeterli koruma sağladığına dair bir uygunluk kararı olmasa dahi kişisel verileri koruma standartlarına ilişkin taahhüdün kurumun kendisi tarafından yapılabileceğidir. Bu iki şekilde olabilmektedir: Bağlayıcı şirket kuralları ya da model sözleşmeler.³⁷ Bu şekilde onaylanan veri aktarılmasından AB üyeleri, Avrupa Komisyonu'nu ve diğer AB üyelerini haberdar etmek zorundadırlar.

Bu gibi yöntemlere ek olarak ikili uluslararası antlaşmalar da kullanım alanı bulmuştur. Örneğin ABD Ticaret Bakanlığı AB ve İsviçre makamlarına danışarak AB Adalet Divanı'nın 2015 senesinde iptal etmiş olduğu Güvenli Liman Özel Hayatın Gizliliği Çerçeve Prensipleri³⁸ ve onun yerini alan Özel Hayatın Gizliliğine İlişkin Çerçeve Prensiplerini hazırlamıştır. Avrupa Komisyonu tarafından uygunluk denetimi onayı verilen her iki belge, bu çerçeve prensipleri onaylayan ABD merkezli şirketlere AB'den yapılacak aktarmalara izin verilmesi hedefiyle hazırlanmıştır.

Katılımı tamamen şirketlerin kendi takdirine bırakılmış olan bu program kapsamına ABD Federal Ticaret Komisyonu'nun veya Ulaştırma Bakanlığı'nın yetki alanına giren ticari işletmeler dâhil olabilmektedir. Başvuran şirketlere, bağlı buldukları bakanlıklar tarafından uygun görülmesi halinde sertifika verilmektedir. Bu şirketler bu şekilde, ABD devletleri kanunlarından doğan yükümlülükleri saklı kalmak kaydıyla belgede yer alan prensiplere uygun faaliyet göstereceklerini taahhüt etmektedirler. Böylece ABD'nin kişisel verilerin korunması hukukuna yaklaşımının AB'den çok farklı olmasına rağmen ABD merkezli Facebook, Microsoft, Google gibi küresel faaliyetleri bulunan şirketlerin AB'deki faaliyetlerine devam edebilmeleri ve AB'den toplayacakları verilere AB'ne denk bir koruma sağlamaları sağlanmasında hedeflenmiştir.

36 AB KVK Direktifi 26(1)(a) madde.

37 Bağlayıcı şirket kuralları ile çok uluslu şirketlerin yetkili organları tarafından alınan ve bu grup şirketlerinin tüm çalışan ve yöneticiler için bağlayıcı nitelik taşıyan kurallar kastedilmektedir. Bu şekilde benimsenen kişisel verileri koruma standartları AB tarafından onaylanmak sureti ile sınır ötesi ancak şirket içi veri aktarılması mevzuata uygun şekilde gerçekleştirilebilmektedir. Bu uygulamanın dayanağı AB KVK Direktifi'nin 26(2) maddesidir. Yine aynı maddeye göre standart sözleşme maddeleri kullanmak sureti ile uygunluk denetimini geçmemiş ülkelere veri transferi yapmak mümkün olabilmektedir. Bu iki uygulama GDPR'da 46(2)b ve 46(2)c maddelerinde düzenlenmiştir.

38 Bu taahhütnamenin 26 Temmuz 2000 tarihli 520 nolu Avrupa Komisyonu Uygunluk Denetimine ilişkin rapor metni için bkz: Official Journal of the European Communities, 25 Ağustos 2000.

İlk belgenin iptali ve ikincisinin hazırlanması basit bir mevzuat yeniliği sebebiyle ortaya çıkmamıştır. Bu değişiklik kişisel verilerin sınır ötesine aktarılmasına ilişkin en çok ses getiren dava kabul edilebilecek *Schrems Davası* sonucunda gerçekleşmiştir.³⁹ 6 Ekim 2015 tarihli kararında AB Adalet Divanı ABD devlet kurumlarının elektronik iletişime genel erişim hakkına ilişkin mevzuatın güvenli liman taahhüdüne göre üstün olması, ABD devlet kurumlarının AB'den elde edilen verilere de istisnai ve belirli hallerde değil, genel bir hak olarak erişebileceği sonucunu doğurmaktadır. Bu özel hayatın korunması hakkının en temelden riske atılması olarak değerlendirmiştir.⁴⁰

AB Komisyonu tarafından uygunluk onayı verilen ve ABD tarafından hazırlanan ikinci belge bu mahkeme kararının sonucunda kaleme alınmıştır. Buna göre şirketlerin taahhütlerinin kapsamı genişletilmiş ve ABD Ticaret Bakanlığı ve Federal Ticaret Komisyonu'nun inceleme ve yaptırım gücü arttırılmıştır. AB üyelerinin kişisel verileri koruma kurumları ile işbirliği arttırılmıştır. En önemlisi belirlenmiş şartlar, sınırlar ve denetim olmadan ABD devlet kurumlarının kişisel verilere genel erişimi olamayacağı taahhüt edilmiştir. Yine AB'den gelecek soru ve şikâyetleri ile ilgilenecek bir yetkili atanması da yenilikler kapsamındadır.⁴¹ Bu uygunluk onayının da ABAD tarafından iptal edilmesi riskine karşı pek çok şirketin AB'de veri merkezlerine yatırım yaptığı da bilinmektedir.⁴²

1995 senesinden beri geçerli olan AB KVK Direktifi 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlükten kalkmış ve yerini GDPR almıştır. GDPR, mevcut uluslararası (supranational) ve uluslararası belgelere bakıldığında kişisel verilere ilişkin hazırlanmış en kapsamlı mevzuattır. Kişisel verilerle ilgili işlem yapan tüm kamu kurumlarına ve özel kuruluşlara ağır sorumluluklar getirmektedir. Bu sebeple GDPR hükümlerine uyum sağlayabilmeleri için AB üyelerine 2 yıl geçiş süresi tanınmıştır.

GDPR'ın hazırlanmasında iki temel hedef üzerinde durulmuştur. Birincisi, ilgili kişilerin veri koruma haklarının geliştirilmesi, ikincisi ise kamu kurumlarının ve ticari işletmelerin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen veri aktarımını, AB üyeleri arasındaki mevzuat farklılıklarını ortadan kaldırarak kolaylaştırmaktır.⁴³ Bu kapsamda sadece AB üyeleri arasındaki kişisel veri akışı değil, AB sınırları ötesine yapılacak veri aktarılmasının da bağlı olduğu şartlar düzenlenmektedir.

AB sınırları dışına ve uluslararası organizasyonlara aktarılacak verilere ilişkin hükümler temelde tüzüğün 5. bölümünde ele alınmıştır. Bu bölümde, veri aktarılmasına ilişkin olarak Direktif ile getirilen genel kısıtlamalara büyük değişiklik yapılmamıştır.⁴⁴ Ancak uygunluk denetimi sürecine

39 Graham Greenleaf, "International data privacy agreements after the GDPR and Schrems", **Privacy Laws & Business International Report**, S:139, 30 Ocak 2016, sf. 12-15.

40 *Schrems v Data Protection Commissioner (Facebook)* (C-362/14).

41 Avrupa Komisyonu, *EU Commission and United States agree on new framework for transatlantic data flows: EU-US Privacy Shield*, Press Release, 2 Şubat 2016.

42 Amir Misroch, "U.S. Tech Firms Look to Data Centers on European Soil", **The Wall Street Journal**, 6 Ekim 2015.

43 Avrupa Birliği Konseyi, *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) – Preparation of a general approach*, S: 9565/15, 11 Haziran 2015.

44 GDPR 44. madde

ve veri aktarımlarının yapılmasına ilişkin alternatif yöntemlere ilişkin yenilikler ve değişiklikler göze çarpmaktadır. 45. maddede uygunluk denetiminde aranacak şartlar daha geniş detaylı olarak tanımlanmıştır.⁴⁵ Yine uygunluk denetiminin her 4 senede bir tekrarlanacağı ve şartların değişmesi halinde uygunluk kararının iptal edilebileceği eklenmiştir.

İki mevzuat arasındaki önemli farklardan birisi, Direktif'te yer almamasına karşın uygulamada yaygın olarak kullanılan koruma tedbiri 'bağlayıcı şirket kuralları'nın GDPR ile tanınması ve detaylı olarak düzenlenmesidir.⁴⁶ Bunun yanı sıra, model sözleşme hükümleri GDPR'da da koruma tedbiri olarak kalmış, ancak ayrıca denetleme kurumu tarafından onay alınması şartı kaldırılmıştır. GDPR'da amaca yönelik sözleşmeler de Direktifte olduğu gibi koruyucu tedbir olarak tanınmış ancak bu yöntemin bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumların "uyum mekanizması"⁴⁷ sürecinden geçmesi şartı getirilmiştir.⁴⁸

GDPR'da kişisel verileri koruma kurumlarının oluşturacakları sözleşme hükümlerinin de sınır ötesi veri aktarımına temel olabileceği kabul edilmiştir. Diğer yeni yöntemler arasında iş etiği kuralları⁴⁹, sertifikasyon⁵⁰, idari düzenlemeler⁵¹ ve üçüncü ülke yargı organlarının kararları⁵² bulunmaktadır. Bu farklı koruyucu tedbir alternatiflerinin düzenlenmesi ile, uygulamada dikkate değer bir rahatlama sağlayacağı düşünülmektedir. Nitekim direktifte yer alan istisnalar da GDPR'da daha detaylı tanımlanmak suretiyle tanınmış, aynı zamanda veri sorumlusunun

45 GDPR ile insan haklarına ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin korumanın bulunması, kamu otoritelerinin aktarılmış veriye erişimine ilişkin şartlar, bağımsız denetleyici ve düzenleyici bir kurumun varlığı ve faaliyetlerinin etkili olması, uluslararası taahhütler ve diğer uluslararası yükümlülükler uygunluk denetiminde aranacak şartlar arasına girmiştir.

46 GDPR 47. madde

47 GDPR ile AB üyesi ülkelerin kişisel verilerin korunması ile görevli bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumları arasında işbirliği mecburiyeti getirilmiştir. Bu çerçevede birden fazla ülkeyi ilgilendiren meselelerde de Avrupa Veri Koruma Kuruluna danışılabilecektir. Bu uygulamanın amacı AB'de faaliyet gösteren organizasyonların uyması gereken kurallar arasında tutarlılığın sağlanmasıdır. Tutarlılığın sağlanmasına ilişkin hükümler GDPR 7. Bölüm, 2. Kısımda ele alınmıştır.

48 AB KVK Direktifi, Giriş Bölümü, 3. Paragraf

49 GDPR üçüncü ülkelere yapılacak veri aktarımlarında koruyucu tedbir olarak iş etiği kuralları da tanınmıştır. İş etiği kuralları bir AB üyesi ülkenin bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumu tarafından onaylanmış işletmelerin daha sonra bu kurallara dayanarak yapacakları kişisel veri aktarımları için ayrıca izin almaları gerekmemektedir. İş Etiği kuralları GDPR 4. bölüm, 5. kısımda, iş etiği kurallarının üçüncü ülkelere yapılacak veri aktarımları ile ilgili atıf ise 46(2)(e) maddede düzenlenmiştir.

50 GDPR 46(2)(f) maddesinde ise sertifikasyon prosedürü ile üçüncü ülkelere veri aktarımı yapılabileceği konusu düzenlenmiştir. Burada sertifikasyon ile beraber veriyi ithal edecek veri sorumlusunun ve işleyenin de kişinin haklarını koruyan, bağlayıcı ve yaptırımı olan taahhütlerinin bulunması şartı aranmaktadır. Sertifikasyona ilişkin hükümler de GDPR 4. Bölüm, 5. Kısımda yer almaktadır.

51 GDPR 46(3)(b) maddesine göre kamu kurumları arasında uzlaşma sağlanan idari düzenlemeler de, eğer ilgili kişilerin hakları için yeterli koruma sağlıyorsa veri aktarımı için kabul edilen yöntemlerden biri olabilecektir. Bu düzenlemelere dayanarak yapılacak veri aktarımları bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumların onayı sonrası gerçekleştirilebilecektir.

52 Üçüncü ülke mahkemelerinin ya da idari makamlarının kararları eğer veri aktarımını gerektiriyorsa, bu ancak aktarımın uygun bir uluslararası sözleşme çerçevesinde yapılması halinde hukuka uygun kabul edilecektir. Bu kapsamda bir sözleşmenin bulunmaması halinde diğer koruma tedbirleri çerçevesinde aktarım yapılabilecektir. Bu konu GDPR 48. maddede düzenlenmiştir.

zorlayıcı meşru menfaatleri⁵³ de bu istisnalara eklenmiştir.⁵⁴

GDPR'da AB dışına aktarılabilecek belli kategorilerdeki verilerin toplumsal menfaatlere ilişkin nedenler üye ülkeler tarafından kısıtlanabileceğini 49. maddenin 5. fıkrası ile düzenlenmiştir. Bu uygulamanın birlik içindeki uyumu tehdit edebileceği ve ticari hayat üzerinde olumsuz etki yaratabileceğine dikkat çekilmiştir. Ancak genel olarak GDPR'ın AB'nin iç pazarına ve AB'nin dış ilişkilerine nasıl yansıtacağını daha katıyetle değerlendirmek uygulamada örneklerin ortaya çıkması ile mümkün olacaktır.

A. AB ve AK İŞ BİRLİĞİ

AB ve AK kişisel verileri koruma hukukunun gelişiminde gerek uluslararası örgütlere gerekse Avrupa bölgesi dışındaki ülkelere öncü örnek teşkil etmektedir.⁵⁵ Bilgi ve iletişim teknolojilerinde öncü kabul edilebilecek ABD'de konu bir bütün olarak düzenlenmemiştir.⁵⁶ Özel hayatın gizliliği hakkının anayasal bir hak olduğuna ilişkin Yüksek Mahkeme kararına⁵⁷ karşın, bu kararın sağladığı kapsam, incelediğimiz mevzuatlara mukayese ile çok sınırlı kalmaktadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin sağlık, finans, sigorta gibi sektörlerde has federal düzenlemeler bulunmaktadır. Buna ek olarak eyaletler arasında da yaklaşım farklılıkları bulunmaktadır. Bu parçalı ve karmaşık yapı sonucunda, uygulanacak mevzuat, ilgili işlemin ilişkili olduğu sektöre ve işlemlerin bağlantılı olduğu eyaletlere göre farklılık göstermektedir.⁵⁸ Her ne kadar sektörlerde has farklı uygulamalar AB'de de bulunsun da mevzuat genel olarak bütünlük arz etmektedir. Bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumlarının varlığı güven sağlamaktadır. Dolayısıyla uluslararası hukuk belgelerinin benzer yapısını dikkate aldığımızda yeni mevzuat hazırlayan ülkelere Avrupa bölgesinin yaklaşımının daha çok tercih edilmesi⁵⁹ şartı koyucu değildir.

53 GDPR 49. maddede, üçüncü ülkelere yapılacak veri aktarımları için diğer hukuki zeminlerin uygulanamaması halinde, aktarımın tekrarlanmadığı, sınırlı sayıda ilgili kişiyi kapsadığı ve veri sorumlusunun zorlayıcı meşru menfaatlerinin bulunduğu durumlar için bir istisna tanımıştır. Burada veri sorumlusunun menfaatinin ilgili kişinin menfaatlerine göre ağır basmaması ve veri sorumlusunun koruyucu tedbirler uygulamış olması şartı da bulunmaktadır. Veri sorumlusunun, durumdan gerek bağımsız denetleyici ve düzenleyici kurumu gerekse ilgili kişileri haberdar etme yükümlülüğü bulunmaktadır.

54 Direktif'in 26(1)(a) maddesinde yer alan ilgili kişinin onayı şartı GDPR 49(1)(a) maddesinde açık onay olarak değiştirilmiştir.

55 Graham Greenleaf, "The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108", *International Data Privacy Law*, S:2/2, 1 Mayıs 2012, sf: 68-92.

L. Andrew Bygrave, *Data Privacy Law, An International Perspective*, sf:208.

A.L. Newman, *Protectors of Privacy: Regulating Data in the Global Economy*, New York: Cornell University Press, 2008.

56 Robert Gellman, Pam Dixon, "Failures of Privacy Self-Regulation in the United States", in Wright D., De Hert P. (eds) *Enforcing Privacy*, Switzerland: Springer International Publishing, 2016, sf: 53-77.

57 *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965)

58 Graham Greenleaf, "Data protection in a Globalized World" in *Research Handbook on the Governance of the Internet*, Ed. by Ian Brown, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2013, sf:228, 229.

59 Graham Greenleaf, "The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108", *International Data Privacy Law*, S:2:2, 2012, sf. 68-92.

108 sayılı Sözleşme'ye taraf olmak da hali hazırda AB Uygunluk Denetiminde etkili bir faktör olarak göz önüne alınmaktadır. GDPR'da bu durum özellikle belirtilmiştir. Uygunluk denetiminin şartlarını düzenleyen GDPR 45(2)c maddesinde de verinin aktarılacağı üçüncü ülkenin koruma standartlarının uygunluğunun tespit edilmesinde, özellikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası taahhütleri ve yükümlülüklerine dikkat edileceği belirtilmiştir. AB'nin 108 sayılı Sözleşme'ye verdiği önem AB ile kişisel veri paylaşımında bulunmak isteyen diğer ülkelere bu Sözleşme'ye taraf olmak için önemli bir inisiyatif teşkil etmektedir. Sözleşmenin GDPR'a mukayeseli olarak daha az detaylı ve genel hükümler içeren yapısını koruması kişisel verilerin korunması hukukuna Avrupa modelinin küresel yayılma hedeflerini gerçekleştirebilmesi açısından önemlidir.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI: GÜNCEL GELİŞMELER

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) 'bilginin sınır ötesi aktarılmasında kişisel verinin korunması' konusunu uzun vadeli çalışma programına dâhil etmiştir.⁶⁰ Bilindiği üzere ILC'nin hedefi uluslararası hukuk boyutunda henüz düzenleme yapılmamış alanları antlaşma taslakları hazırlamak suretiyle geliştirilmesi ve yazılı kurallara dönüştürülmesidir. Dolayısı ile ILC tarafından kişisel verilerin korunması alanında bir uluslararası antlaşma hazırlanması ihtimali bulunmaktadır. Hatta kişisel verilerin korunması konusunun ulusal sınırları aşan bir olguya dönüştüğü göz önünde bulundurularak, BM bünyesinde kurulacak bir organizasyon tarafından yönetilmesi konusu akademik çevrelerde tartışılmaktadır.⁶¹

2015 yılında BM bünyesinde toplanan dünya liderleri 2030 yılına yönelik sürdürülebilir kalkınma için 17 adet küresel hedef belirlemiştir. Bu hedeflere ulaşılabilmesi için bilgi iletişim teknolojilerinin sunduğu imkânlardan en iyi şekilde faydalanılması gerektiği, bu amaçla ileri dönük politikaların belirlenmesinin önemine de işaret edilmiştir.⁶² BM Ticaret ve Kalkınma Örgütü (UNCTAD) bugünün dijital ekonomisinde kişisel verilerin akışının ana kaynak konumuna geldiğini, güvenlik ve bu verilerin gizliliği ve ulusal mevzuatların uyumsuzluğu gibi konuların çözülmemesi halinde bu ticari aktivitelerin olumsuz etkileneneceğine işaret etmiştir. Bu amaçla kişisel verilerin korunması ve yurt dışına veri akışına ilişkin düzenlemeler ve bu düzenlemelerin ticaret ve kalkınmaya etkilerini inceleyen çok kapsamlı bir çalışma hazırlamıştır. Bunun yanı sıra üye ülkelere ve bölgesel organizasyonlara mevzuat aralarında kişisel verilerin korunması

60 BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Programme of Work*, 2017.

61 Paul de Hert, Vagelis Papakonstantinou, "Three Scenarios for International Governance of Data Privacy: Towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency?"; *Journal of Law and Policy for the Information Society*, S: 9/3, Yaz 2013, sf. 271-324.

62 BM Genel Kurulu, *Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development* A/RES/70/1, 25 Eylül 2015.

63 UNCTAD, *Data protection regulations and international data flows: Implications for trade and development*, Switzerland: UN Publications, 2016, sf. Preface, iii.

ve özel hayatın gizliliği konusunun da yer aldığı⁶⁴ elektronik ticaret ile ilgili hususlarda destek sağlamaktadır.

Meslelere daha çok ticaret ve kalkınma perspektifinden bakan UNCTAD'ın yanı sıra BM bünyesinde bir başka kurum olan Uluslararası Telekomünikasyon Birliği (ITU) de konuya daha geniş bir perspektiften yaklaşmaktadır. Bu kurum öncülüğünde ve BM Genel Sekreterliğinin himayesinde iki aşamalı Dünya Bilgi Toplumu Zirvesi (WSIS) düzenlenmiştir. Zirve üye devlet temsilcileri, uluslararası kuruluşlar, BM kuruluşları, BM ihtisas kuruluşları, sivil toplum örgütleri ve konu ile ilgili özel şirketlerin katılımıyla gerçekleşmiştir. Bilgi iletişim teknolojilerinin yönetimi konusu çok geniş bir yelpazede ele alınmıştır.

2003 yılında Cenevre'de gerçekleşen ilk zirvede⁶⁵ her ne kadar internet yönetiminin geleceği hakkında kararlar alınamamışsa da Cenevre İlkeleri Beyannamesi⁶⁶ benimsenmiştir. Bu beyannamede geleceğin Bilgi Toplununun temelini oluşturacak ilkeler belirlenmiştir. Bu belgenin 35. maddesinde bilgi iletişim teknolojilerine erişim ve ticaret için kullanılmasını geliştirirken güvenliğinin, kişisel verilerin korunmasının ve özel hayatın gizliliğinin sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

2005 yılında Tunus'ta gerçekleşen 2. Zirvede Tunus Taahhütnamesi ve Tunus Takvimi benimsenmiş, aralarında kişisel verilerin korunması ve sınır ötesine akışı konularının da bulunduğu tüm internetle ilgili konuları tartışmak ve raporlar hazırlamak üzere her sene toplanması öngörülen Internet Yönetimi Forumu (IGF) kurulmuştur. Bu foruma internet kullanımına ilişkin menfaat sahibi her grubun katılabilmesi öngörülmüştür. Tunus'ta benimsenen belgelerde kişisel verileri ve özel hayatın gizliliği konularına verilen önem tekrar edilmiş, bu konularda sadece uluslararası işbirliği değil tüm menfaat sahiplerinin işbirliğinin önemli olduğu vurgulanmıştır.⁶⁷ Bu toplantıda alınan kararlara bağlı olarak, UNCTAD bünyesinde 2016-2018 senelerinde çalışarak İnternet ve kamu politikaları ile ilgili konularda bir rapor hazırlamak üzere bir çalışma grubu oluşturmuştur.

BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (OHCHR) bünyesinde hazırlanan "Dijital Çağda Özel Hayatın Gizliliği Hakkı" başlıklı rapor 2018 yılı Ağustos ayında BM Genel Kurulu'na sunulmuştur.⁶⁸ Rapor özel hayatın korunması konusunu kişisel verilerin korunması ile bütünlük içinde ele almaktadır. Raporun amacı konuya ilişkin temel ilkeleri, standartları ve en iyi uygulamaları belirlemektir. İçerik sadece devletlerin değil, özel işletmelerin de konuya ilişkin sorumluluklarını da kapsamaktadır. Bu raporu takiben, BM Genel Kurulu'nda son gelişmeleri de değerlendirme kapsamına alan bir karar alınmıştır.⁶⁹ Kararda, pek çok diğer hususun yanı

64 Cecile Barayre, "Data Protection Regulations and International Data Flows: Implications for Trade and Development" [Power Point Sunum] MIKTA Workshop on Electronic Commerce, WTO Headquarters, Geneva, 5 Temmuz 2016.

65 BM, *Geneva Plan of Action*, WSIS-03/GENEVA/DOC/0005, 10-12 December 2003.

66 BM, *Declaration of Principles. Building the Information Society: A Global Challenge in the New Millennium*, WSIS-03/GENEVA/DOC/0004-E, 10-12 December 2003.

67 BM, *Tunis Commitment*, WSIS-05/TUNIS/DOC/7, 16-18 Kasım 2005, Tunus, m. 39 ve 46.

68 OHCHR, *The Right to Privacy in the Digital Age*, A/HRC/39/29, 3 Ağustos 2018.

69 BM Genel Kurulu, *The Right to Privacy in the Digital Age*, A/C.3/73/L.49/Rev.1, 14 Kasım 2018.

sıra, konuya ilişkin uluslararası düzenlemelere işaret edilmiş ve devletlerin ulusal mevzuatlarının bu düzenlemelere uyumlu olmasının önemi hatırlatılmıştır. Kısacası BM ve bağlı kurumları İnternetle ilgili politikaların oluşturulmasında aktif rol almaya gayret etmektedir. Mevcut çalışmalara bakıldığında kişisel verilerin korunması konusuna hem kişilik hakları boyutu hem de kalkınmanın itici gücü olan ticari boyutuyla bakmaktadır.

DTÖ kuruluş amacına uygun olarak İnternet'in özellikle elektronik ticaret boyutuyla ilgili meselelerinde konuya müdahil olmuştur. İnternet kullanılarak gerçekleştirilen mal ve/veya hizmet ticaretinin DTÖ kurucu antlaşmaları çerçevesinde nasıl değerlendirilmesi gerektiğine dair incelemeler yapmaya karar vermiştir.⁷⁰ Son zamanlarda e-ticaretle ilgili konularda bağlayıcı kararlar alınması da gündeme gelmiştir.⁷¹ DTÖ Uyuşmazlık Mahkemesinin e-ticaret ile ilgili içtihatları⁷² bulunmaktadır. Ancak kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin bir kararı bulunmamaktadır. Son dönemde, DTÖ'nün özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması gibi konuları uluslararası ticari faaliyetleri kısıtlayıcı bir engel gibi gördüğü ve üye ülkelere bu görüşü yönünde baskı yaptığı kanaati oluşmuştur. DTÖ kendi internet sitesinde bu iddiaların asılsız olduğunu, üye ülkelere baskı yapma yetkisi olmadığını belirtmiştir. Ayrıca DTÖ kurucu antlaşmalarından Hizmet Ticareti Genel Antlaşması'nın (GATS) XIV maddesinde devletlerin, kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi ve paylaşılması ve kişisel kayıt ve hesapların gizliliğinin korunması ile ilgili olarak özel hayatın gizliliğinin korunmasına ilişkin tedbirler alabileceğini hakkının tanındığını belirtmiştir.^{73 74}

DTÖ örneğinde de görüldüğü üzere uluslararası antlaşmalarda yer alan, devletlerin ülkesel yetkileri ve uluslararası taahhütleri arasındaki dengenin gözetilmesinde büyük önem taşıyan toplumsal ahlaka, ulusal güvenliğe vs. ilişkin istisnaların yorumlanmasında uluslararası örgütler ve mahkemeler önemli rol oynayacaktır. Bahse konu istisnalara kişisel verilerin korunmasının dâhil kabul edilmesi gerektiği hâlihazırda hâkim görünen görüştür. Gerek uluslararası örgütler gerekse uluslararası mahkemeler genel istisnalar çerçevesinde ileri sürülen itirazların meşru bir zemine dayanıp dayanmadığını değerlendirebilecek tecrübeye sahiptir. İçtihatlar arttıkça uluslararası mahkemelerin rolünü daha sağlıklı değerlendirmek mümkün olacaktır.

70 DTÖ, *Work programme on electronic commerce*, 25 Eylül 1998, WT/L/274.

71 DTÖ, *Programme of Side Events, 11. DTÖ Bakanlar Konferansı*, 10-13 Aralık 2017.

72 DTÖ Temyiz Organ'ının *US-Gambling* ve *China-Audiovisuals* kararları örnek olarak verilebilir. 1. Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, adopted 20 April 2005, DSR 2005: XII, p. 5663.

2. Appellate Body Report, China – Measures Affecting Trading Rights and Distribution Services for Certain Publications and Audiovisual Entertainment Products, WT/DS363/AB/R, 19 Ocak 2010, sf.3.

73 DTÖ, *WTO and Internet Privacy*, (Çevrimiçi) https://www.WTO.org/english/tratop_e/serv_e/gats_factfiction10_e.htm (Erişim Tarihi: 10 Ocak 2018)

74 Maria Veronica, Perez Asinari, "Is There Any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules", *Electronic Communication Law Review*, S:9, 2002, sf. 249.

IV. TÜRKİYE'DE KİŞİSEL VERİLER HUKUKUNUN GELİŞİMİ

Türkiye, 2016 Nisan tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ile ilk kez kişisel verilerin korunmasına özel hazırlanmış bir mevzuat ile tanıştı. Aynı kanunun 11. maddesinde Kişisel Verileri Koruma Kurumunun (KVKK) kurulmasına karar verildi. Kurul 17 Ocak 2017'de yemin ederek görevine başladı.

AB'ndeki gelişmelerle mukayese edildiğinde KVKK'nın çok yeni olması, onu uygulamakla görevli kurumun yakın bir tarihte görevine başlamış olması kişisel verilere ilişkin olarak daha evvel bir koruma sağlanamamış olduğu izlenimi yaratabilir. Bu noktada Anayasa'da⁷⁵, Ceza Kanunu'nda⁷⁶, Borçlar Kanunu'nda, sağlık, elektronik haberleşme, bankacılıkla ilgili yönetmeliklerde konuya ilişkin hükümlerin bulunduğunu belirtmek gerekir.

2010 yılında 5982 sayılı Kanun'la yapılan Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 20. maddesine eklenen ilave fıkra fıkra şu şekilde kaleme alınmıştır:

“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”

Türkiye'ye göre daha etkin koruma sağladığı kabul edilen pek çok ülkede kişisel verilerin korunması Anayasal bir hak olarak görülse de ayrıca ve özel olarak düzenlenmiş bir hak değildir. Daha çok özel hayatın korunması, ifade özgürlüğü gibi diğer anayasal haklar ile bağdaştırılmak suretiyle anayasal bir hak olarak yorumlanmaktadır.⁷⁷

Bu yasal düzenlemeler ve uygulamalar küresel bir mukayese içerisinde değerlendirildiğinde, Türkiye'nin, en az korumanın sağlandığı ülkelere göre daha iyi konumda, limitli korumanın sağlandığı ülkeler arasında yer aldığı görülecektir.⁷⁸ Genel olarak, mevzuatları liberal demokrasilere öncü örnek teşkil eden AB'nin ve üyesi ülkelerin ve ABD'nin uyguladığı koruma standartları Türkiye'ye göre daha yüksek değerlendirilmektedir.⁷⁹ Uluslararası ortak standartların varlığı ve bunların daha çok ülke tarafından benimsenmesi, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının kaçınılmaz olduğu bu dönemde çok önem kazanmıştır.

75 Elif Küzeci, “Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması”, *Bilişim Dergisi*, S: 38/128, Şubat 2011, sf. 142-149.

76 Rezzan İtişgen, “Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S:6/23, Ekim 2015, sf.178-202.

77 Fruzsina Molnar-Gabor, “Data Protection”, *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, Eylül 2016, (Çevrimiçi) <http://oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e95?prd=MPECCOL> (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2019).

78 DLA Piper, Data Protection Laws of the World, (Çevrimiçi) <https://www.dlapiperdataprotection.com> (Erişim Tarihi: Ocak 2018)

79 A.e.

A. KVK'NIN ULUSLARARASI KAYNAKLARI

KVK da Türkiye'nin uluslararası antlaşmalardan doğan taahhüt ve yükümlülükleri gözetilerek hazırlanmıştır. Türkiye'nin, kişisel verilerin korunmasına ilişkin etkin hukuki düzenlemelerin hayata geçirilmesi ve bağımsız denetleyici ve düzenleyici bir kurumun kurulması taahhüdü hem AK bünyesinde hazırlanan 108 sayılı Sözleşme'ye Ek Protokol'de, hem de AB müktesebatına uyum programının bir şartı olarak da yer almaktadır. Bu bağlamda o dönemde yürürlükte olan AB Direktifine uygun düzenlemeler yapılması öngörülmektedir. 2005'de başlayan üyelik müzakerelerine bağlı olarak sunulan program kapsamında Bilgi Toplumu ve Medya başlığı altında da bu taahhütler yer almaktadır. 2015'te Avrupa Komisyonu'nun yayınladığı raporda kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin yapılmamasının yarattığı problemlere işaret edilip, düzenlemelerin geciktirilmemesi tavsiye edilmiştir.⁸⁰ Bu bağlamda Türkiye'deki gelişmeleri her iki taahhüt kapsamında incelemek yerinde olacaktır.

Türkiye, AK bünyesinde hazırlanan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren 108 sayılı Sözleşme'ye ilk imza atan ülkeler arasında yer almıştır. Ancak taahhüt edilmiş olan özel kanun tam 35 yıl sonra 2016'da yürürlüğe girmiştir. 108 sayılı Sözleşme de, aynı sene, bu kanunun yayımlanmasından hemen önce 17 Mart 2016 tarihli ve 29656 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak iç hukuka dâhil etmiştir.⁸¹ Öncesinde, Türkiye haricinde bu sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen, onay işlemlerini tamamlamayıp yürürlüğe koymayan başkaca ülke bulunmamaktaydı. 108 sayılı Sözleşme ve Ek Protokol temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşmadır. Anayasa 90. madde kapsamında değerlendirildiğinde, ulusal mevzuat ile aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda bu antlaşmanın hükümleri esas alınacaktır.⁸²

Bu halde KVK'nun, 108 sayılı Sözleşme ve AB KVK Direktifi model alınarak hazırlanması bir tesadüf değildir. Bu haliyle AB mevzuatına uyum sağlanmış, 108 sayılı Sözleşme ve Ek Protokolü taahhütlerine de uygun bir adım atılmıştır. Ancak KVK'ya temel oluşturan AB KVK Direktifi 25 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla yerini GDPR'a bırakmaktadır. Dolayısı ile uyum süreci ve AB ile yakın ticari ilişkiler de dikkate alınırca, ikincil mevzuatın GDPR dikkate alınarak kaleme alınacağı düşünülmektedir.

Mevcut hali ile Türkiye'deki yasal çerçeve ve uygulama AB Uygunluk Denetimini geçmek için yeterli değildir. Bunun sebepleri Avrupa Komisyonu'nun 2018 tarihli Türkiye Raporu'nda raporunda açıklanmıştır. Kişisel verileri koruma mevzuatına ilişkin en önemli sebep KVK Kurumu'nun denetleme görevini yerine getirirken tamamen bağımsız hareket edeceğine dair güvence verilememesi ve kişisel verileri koruma hakkının ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı

80 Avrupa Komisyonu 2015 tarihli Türkiye Raporu'nda bu eksikliğin giderilmesini talep etmiştir. Bakınız: Avrupa Komisyonu, *Commission Staff Working Document Turkey 2015 Report*, SWD(2015) 216 final, 10 Kasım 2015.

81 Ek Protokol de 5 Mayıs 2016 tarihinde yayımlanarak iç hukuka dâhil edilmiştir.

82 Anayasa 90. maddenin yorum ve uygulamasına ilişkin olarak: Olgun Akbulut, "Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S: 9/115-116, Mart-Nisan 2014, sf: 7-45.

ile dengelenememiş olmasıdır.⁸³ Buna ek olarak kolluk kuvvetlerinin ve yargı organlarının faaliyetlerinin kişisel verileri korumaya ilişkin yasalar tarafından tam kapsamıyor olması da belirtilmiştir.⁸⁴ Mevzuatın uyumlu hale getirilmemiş olması ticari, idari ve güvenliğe ilişkin güven veri paylaşımının sağlanmasına engel oluşturmaktadır. Nitekim AB Polis Teşkilatı (EUROPOL)⁸⁵ ve AB Adli İşbirliği Teşkilatı (EUROJUST)⁸⁶ ile kişisel veri paylaşımına dayanan uluslararası antlaşmalara ilişkin müzakereler mevzuattaki yetersizlikler sebebi ile açılmamaktadır.

Türkiye'nin AB uygunluk denetimini geçecek standartlara ulaşmayı hedeflediği kabul edilirse, kolluk kuvvetleri ve yargı organlarının faaliyetlerinin de kişisel verileri koruma yasalarına tabi olmasını ve KVK Kurumu'nun denetleme görevini yerine getirirken tam bağımsız bir şekilde hareket etmesini sağlaması gerekmektedir. Kurumun tam bağımsızlıkla hareket eden bir kurum olması şartı 181 sayılı Ek Protokol'ün 3. maddesinde de yer almaktadır. Bu bağlamda uluslararası antlaşmadan kaynaklanan bir taahhütün bulunduğu göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Bu şartlar ilgili kişiyi merkezine alan gerek idari makamlara, gerek yargı mercilerine, gerekse özel kuruluşlara karşı ilgili kişilerin temel hak ve hürriyetlerine öncelik veren etkili bir denetim sistemi kurulmasıyla ilişkilidir.

B. KİŞİSEL VERİLERİN TÜRKİYE'DEN YURT DIŞINA AKTARILMASI

KVK Kanunu'na göre kişisel verinin aktarılacağı ülke ile Türkiye arasında uluslararası bir antlaşma bulunması ya da ilgili kişinin açık rızası olması hallerinde kişisel veriler yurt dışına aktarılabilir. Bu iki şartın da bulunmaması halinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin şartların ek tedbirleri ile beraber uygulanmadığı farklı bir uygunluk denetimi devreye girmektedir. Bun göre kişisel verinin işlenmesine ilişkin KVK Kanunu'nun 5(2)⁸⁷ ve 6(3)⁸⁸ maddelerinde

83 Avrupa Komisyonu, *Commission Staff Working Document Turkey 2018 Report*, SWD 366 final, 17 Nisan 2018.

84 Avrupa Komisyonu, *Commission Staff Working Document Turkey 2016 Report*, SWD 366 final, 9 Kasım 2016.

85 EUROPOL AB'nin suçlara ilişkin istihbarat faaliyetlerini yürüten kurumudur. Bakınız: About EUROPOL, (Çevrimiçi) <https://www.europol.europa.eu/about-europol> (Erişim Tarihi: 18 Ocak 2019)

86 EUROJUST AB'nin sınırötesi suçlar ve organize suçlarla mücadelede adli organlar arasında işbirliğini sağlamakla görevli kurumudur. Bakınız: EUROJUST, *EUROJUST Core Business*, (Çevrimiçi) <http://www.eurojust.europa.eu/about/background/Pages/eurojust-core-business.aspx> (Erişim Tarihi 20 Mart 2017)

87 KVK Kanunu 5(2) madde metni şu şekilde kaleme alınmıştır: “(2) Aşağıdaki şartlardan birinin varlığı hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür:

a) Kanunlarda açıkça öngörülmesi.

b) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması.

c) Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel

verilerin işlenmesinin gerekli olması.

ç) Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması.

d) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması.

e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmesinin zorunlu olması.

f) İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

88 KVK Kanunu 6. maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: “(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı,

belirtilen şartların yerine gelmesi halinde, yurt dışına aktarılmanın uygun olup olmadığı, KVK Kanunu 9. maddede KVK Kurulu'nun (Kurul) yeterli korumanın bulunduğunu kabul ettiği ülkeler ve diğerleri için ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kurul yeterli korumanın bulunduğunu değerlendirdiği ülkeleri açıkça ilan edecektir. Değerlendirmesine, yani bir ülkenin kişisel veri aktarımı açısından güvenli olup olmadığına madde 9(4) çerçevesinde karar verir. Buna göre; Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaları, aktarımın yapılacağı ülke ile Türkiye arasında veri aktarımına ilişkin karşılıklılık durumunu, her somut aktarımda kişisel verinin niteliği ile işleme amaç ve süresini, kişisel verinin aktarılacağı ülkenin konuyla ilgili mevzuatı ve uygulamasını ve kişisel verinin aktarılacağı ülkede bulunan veri sorumlusu tarafından taahhüt edilen önlemleri dikkate alacaktır. Aynı maddede Türkiye'nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilirliği de belirtilmiştir. Bu onay mekanizmasının tek istisnası olarak Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmaların kapsamına giren durumlar belirtilmiştir.⁸⁹

Kurul tarafından yeterli korumanın bulunduğu karar verilememiş, yani oluşturulacak güvenli ülke listesinde bulunmayan ülkelere yapılacak kişisel veri aktarımları da kanunun 9(2)b maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli korumanın sağlanacağını yazılı olarak taahhüt etmeleri ve kurulun izninin bulunması kaydıyla ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına verilerinin aktarılabilirliği düzenlenmiştir.⁹⁰

Bahsedildiği üzere bu alan GDPR 2. Bölüm'de detaylı olarak düzenlenmiştir. AB ile yakın ilişkiler göz önüne alındığında Kurul'un ikincil mevzuatının GDPR'da yer alan hükümlere paralel olarak hazırlanması ihtimali yüksektir. Ekonomik sebeplerin yanısıra EUROPOL ve EUROJUST ile yapılacak işbirliği antlaşmalarında ve AB Vize Muafiyeti Yol Haritası'nda⁹¹ kişisel verileri koruma mevzuatının AB standartlarına uygun seviyede olması beklenmektedir.⁹²

ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.

(2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.

(3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir.

(4) Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır."

89 Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Kişisel Verilerin Yurt Dışına Aktarılması" (Çevrimiçi) <http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VERER%C4%B0LER%C4%B0N%20YURTDI%C5%9EINA%20AKTARILMASI.pdf> (Erişim Tarihi: 17 Ocak 2018)

90 İbrahim Korkmaz, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında bir Değerlendirme", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S:124, 2016, sf. 81-152.

91 AB Komisyonu, *Turkey's Progress on the Visa Liberalisation Roadmap*, 4 Mayıs 2016, 56. madde.

92 AB Komisyonu, *Exchanging and Protecting Personal Data in a Globalised World*, 10 Ocak 2017, sf. 14.

Nurullah Tekin, "An Assessment of the Turkish Draft Law On Protection of Personal Data in Light of the EU Data Protection Directive", **Human Rights Review**, S:4/1, Haziran 2014, sf. 21-89

Kurul'un kişisel verilerin yurt dışı aktarımına uygulayacağı denetim aynı zamanda 181 sayılı Ek Protokol çerçevesinde yapmış olduğu taahhütler kapsamında da yer almaktadır. Bu protokolün 2. maddesine göre 108 sayılı Sözleşme'ye taraf olmayan bir uluslararası örgüte ya da ülkeye gönderilebilmesi için, o örgütün veya ülkenin 108 sayılı Sözleşme'ye uygun veri koruma standartlarına sahip olması gerekmektedir.

SONUÇ

Her devletin ülkesel sınırları dâhilinde bulunan gerçek kişilerin verilerinin kendi belirleyeceği standartlar çerçevesinde işlenmesini arzu etmesi olağandır. Aynı şekilde bu verilerin aktarılacağı diğer devletlerin uyguladığı koruma standartlarının uygunluk denetiminin de kendi kurmuş olduğu bir düzenleyici ve denetleyici kurum tarafından gerçekleştirilmesini de ulusal menfaatleri açısından en uygun seçenek olarak görebilir. Kişisel verileri koruma mevzuatı olan ve konuya münhasır düzenleyici ve denetleyici bir kurumu bulunan pek çok ülkenin konuya yaklaşımı bu şekildedir.

Bu çerçevede kişisel verilerin yurt dışına aktarılması gibi başka devletlerin ülkesel yetki alanıyla kesişmesinin arzu edilmeyen bir durum olarak algılanması şaşırtıcı değildir. Nitekim yurt dışına aktarıldığında kişisel veri devletin ülkesel yetki alanı dışında kalabilmektedir. Bu nedenle arzu edilen kontrol ve denetim güç ve hatta çoğu zaman imkânsız kalabilmektedir. Buna karşın sınır ötesi ticari faaliyetlerin ekonomik faydalarından mahrum kalmak istemeyen ve hali hazırda bölgesel ve uluslararası hukuk çerçevesinde belli taahhütleri bulunan devletlerin sınır ötesi kişisel veri aktarılmasını tamamen engelleyici değil, kişiyi verinin sahibi olarak merkezine alan düzenleyici ve denetleyici yaklaşımların benimsediği görülmektedir. Ancak işlemlerin sınır-ötesi karakteri, ulusal sınırlarla limitli denetleme ve düzenleme faaliyetlerinin uluslararası standartlarla desteklenmesini gerektirmektedir. Mevcut uluslararası düzenlemeler yeni gelişmeler karşısında yer yer yetersiz yer yer de atıl kalabilmektedir. Bu sebeple hali hazırda bu düzenlemelerde değişiklikler yapılmakta ve yeni çok taraflı antlaşmalar üzerinde müzakereler devam etmektedir.

Türkiye'de de, kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasının hukuka uygunluğu daha çok kişisel verilerin gönderileceği ülke ile kişisel verinin elde edildiği ülkenin sağladığı koruma ve denetleme standartlarında uygunluk olmasına bağlanmıştır. Bu bağlamda gerek tabiiyetinde bulunan gerçek kişilerin temel bir hakkını korumak gerekse güvenliğe ilişkin ve ekonomik menfaatlerini gözetmek hedefi ile ulusal mevzuatın ortak standartların öngörüldüğü uluslararası antlaşmalara uygun hazırlanması ve etkin olarak uygulanmasına özen göstermek önem arz etmektedir. KVK 20. maddede de kişisel verilerle ilgili uluslararası gelişmeleri izlemek ve değerlendirmek Kurumun görevleri arasında zikredilmiştir. Nitekim Anayasa'nın 90. madde temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalara, ulusal mevzuat ile uyumsuz olması halinde üstünlük atfetmektedir. Bahsi geçen sebepler ile ve özellikle doğası itibari ile uluslararası nitelik taşıyan kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin hususların uluslararası hukuk boyutuyla da ele alınması gerek teorik çalışmalarda gerekse uygulamada bütünlük sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, O. (2014), “*Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türkiye Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri*”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S: 9/115-116, Mart-Nisan 2014, sf: 7-45.
- Barayre, C. (2016), “*Data Protection Regulations and International Data Flows: Implications for Trade and Development*” [Power Point Sunum] MIKTA Workshop on Electronic Commerce, WTO Headquarters, Geneva.
- Bygrave, L.A. (2014), *Data Privacy Law An International Perspective*, New York: Oxford University Press.
- Cate, F.H., Cullen, P., Mayer-Schönberger, V. (2014) *Data Protection Principles for the 21st Century*, Oxford Internet Institute: Oxford University.
- De Hert, P., Papakonstantinou, V. (2013) “*Three Scenarios for International Governance of Data Privacy: Towards an International Data Privacy Organization, Preferably a UN Agency?*”, Journal of Law and Policy for the Information Society, S: 9/3, Yaz 2013, sf. 271-324.
- Drake, W.J., Cerf, V.G., Kleinwächter, W. (2016) *Internet Fragmentation: An Overview (White Paper)*, World Economic Forum: Davos.
- Fuster, G. G. (2014) *The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU*, Springer International Publishing, Switzerland, 2014.
- Gellman R., Dixon P. (2016) Failures of Privacy Self-Regulation in the United States. In: Wright D., De Hert P. (eds) *Enforcing Privacy*, Springer International Publishing, Switzerland, 2016, sf: 53-77.
- Greenleaf, G. (2012), “*The influence of European data privacy standards outside Europe: implications for globalization of Convention 108*”, International Data Privacy Law, S:2/2, sf: 68–92.
- Greenleaf, G. (2013), “*Data protection in a Globalized World*”, Research Handbook on the Governance of the Internet, Ed. by Ian Brown, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited.
- Greenleaf, G. (2016), “*Renewing Convention 108: The CoE’s ‘GDPR Lite’ Initiatives*”, Privacy Laws & Business International Report, S:142, sf. 14-17.
- Greenleaf, G. (2016) “*International Data Privacy Agreements After the GDPR and Schrems*”, Privacy Laws & Business International Report, S:139, sf. 12-15.
- İtişgen, R. (2015), “*Türk Ceza Hukukunda Kişisel Verileri Hukuka Aykırı olarak Verme veya Ele Geçirme Suçu*”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Ekim 2015, S:6/23, sf.178-202.
- Kuner, C. (2013), *Transborder Data Flow and Data Privacy Law*, Oxford, Oxford University Publishing, 2013.
- Kuner, C. (2018), “*International Organizations and the EU General Data Protection Regulation*” (2018). University of Cambridge Faculty of Law Research Paper Series, No. 20/2018, sf:4.
- Lynskey, O. (2015) *The Foundations of EU Data Protection Law*, 2015, Oxford: Oxford University Press.
- Malawer, S., (2001), “*Global Governance of E-commerce and Internet Trade: Recent Developments*”, Virginia Lawyer, S:14, sf. 14-19.
- Misroch, A. (2015), “*U.S. Tech Firms Look To Data Centers on European Soil*”, The Wall Street Journal.
- Molnar-Gabor, F. (2016) “*Data Protection*”, Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press.
- Kokott J., Sobotta C., “*The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*”, International Data Privacy Law, S:3/4, 1 Kasım 2013, sf. 222–228.
- Korkmaz, İ. (2016), “*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında bir Değerlendirme*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S:124, sf. 81-152.
- Küzeci, E. (2011), “*Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması*”, Bilişim Dergisi, S: 38/128, Şubat 2011, sf. 142-149.

- Newman, A.L., (2008), *Protectors of Privacy: Regulating Data in the Global Economy*, New York: Cornell University Press.
- Özkan, I. (2014), “*Uluslararası Hukuk – Özel Hukuk İlişkileri*”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, S:8 (Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan), sf. 2127.
- Riccardi, J.L., “*The German Federal Data Protection Act of 1977: Protecting the Right to Privacy?*”, Boston College International & Comparative Law Review S:6/1, 1983, sf. 243-272.
- Tekin, N. (2014), “*An Assessment of the Turkish Draft Law On Protection of Personal Data in Light of the EU Data Protection Directive*”, Human Rights Review, S:4/1, sf. 21-89
- Veronica, M., Asinari, P. (2002), “*Is There Any Room for Privacy and Data Protection within the WTO Rules*”, Electronic Communication Law Review, S:9, sf.249.

Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurul Kararı Işığında Avalde Eşin Rızasının Gerekliğinin Değerlendirilmesi

Evaluation of the Requirement of Spouse's Consent in the Guarantee in Commercial Bill in the Light of the General Assembly of the Judgment of Judgment

Mehmet HELVACI* 
Raziye AKSU ÖZKAN** 

Öz

Bu çalışmada, Yargıtay İctihadı Birleştirme Genel Kurulu kararı ışığında avalde eşin rızası düzenlemesi incelenmiştir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) madde 603 uyarınca eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Aval, kambiyo senedinin ödenmesini kısmen veya tamamen temin amacına yönelik özellikli bir kambiyo taahhüdüdür. Aval, TBK m. 603'ün uygulama alanına girmemektedir; çünkü aval tek taraflı hukuki işlemdir. Avalin hukuki niteliği üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve garanti sözleşmesi de değildir; çünkü bu sözleşmelerde gerekli unsurlar avalde bulunmamaktadır. Aval verdirilerek eşin rızasına ilişkin TBK m. 584'ün dolanılacağı gerekçesi yerinde değildir. Zira kefalette eşin rızası hükmüne takılmamak için aval yoluna başvuran kişiler, avalde de eşin rızası hükmüne takılmamak için başka yöntemleri tercih edebilirler. Bununla birlikte kambiyo senetlerinin kaynağının uluslararası sözleşme olması da aval de eşin rızasının uygulanmasına engeldir.

Anahtar Kelimeler: Aval, Eşin Rızası, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı

Abstract

In this study, the consent of the spouse was examined in the light of the decision of the General Assembly of the Court of Cassation. Pursuant to Article 603 of the Turkish Code of Obligations, provisions on the consent of the spouse shall be applied to other contracts made by natural persons under a different name for the provision of personal assurance. The guarantee is a special type of commercial bill commitment for the purpose of ensuring the payment of a bill, as to the whole or part of its amount. The Guarantee in Commercial Bill does not fall into the field of application of TBK 603; because the guarantee in commercial bill is a unilateral legal transaction. The legal nature of the guarantee in commercial bill is not the undertaking of the third party and the guarantee contract; because the necessary elements in

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-Mail: helvaci@istanbul.edu.tr.

** Dr. Ar. Gör., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: raziye_aksu1905@hotmail.com.

these contracts are not available. The reason why the favors for the consent of the spouse is issued is not appropriate. Because people who resort to the guarantee in commercial bill way in order to avoid the consent of the spouse on bail, they may choose other methods to avoid being stuck with the consent of the spouse. However, the existence of international contracts as the source of the bills of exchange is also an obstacle to the application of the consent of the spouse.

Keywords: The Guarantee in Commercial Bill, Spouse's Consent, Application Area of Surety Agreement

GİRİŞ

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu (YİBGK) kefalette eşin rızasına ilişkin hükümlerin avalde uygulanmayacağı yönünde oyçokluğuyla karar vermiştir¹. Buna karşın karşı oy yazılarında ve doktrinde, avalde eşin rızasının aranması gerektiği savunulmuştur². Bu çalışmanın konusu, YİBGK kararında avalde eşin rızasının aranması gerektiği yönündeki karşı oy gerekçelerinin incelenmesidir.

Çalışmanın ilk kısmında avalin maddi ve şekli şartları incelenmiştir. Bu kısımda, kambiyo senedi dışında bir senetten doğan borç için aval verilebilir mi, aval vermeye ehil olmak için hangi şartlar gereklidir, avalin yeri neresi olmalıdır; kimin için aval verildiğinin belirtilmesi zorunlu mudur gibi soruların yanıtları aranmıştır. İkinci kısımda kefaletin uygulama alanı başlıklı 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi (m.) ve kefalette eşin rızasına ilişkin TBK m. 584 irdelenmiştir. Burada özellikle TBK m. 603'ün uygulanabilmesi için gerekli koşullara yer verilmiştir. Üçüncü kısımda avalde eşin rızasının aranması gerektiğine yönelik karşı oy yazısında yer alan gerekçeler başlık haline getirilerek değerlendirilmiştir.

Bu bölümde öncelikle avalin hukuki niteliğinin tek taraflı hukuki işlem mi, sözleşme mi olduğu tartışması yapılmıştır. Ayrıca avalin üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi ve garanti sözleşmesinin olup olmayacağı konusuna değinilerek, karşı oyda yer alan diğer gerekçeler incelenmiştir.

I. AVAL KURUMU

Aval, kambiyo senedinin ödenmesini kısmen veya tamamen temin amacına yönelik özellikli bir kambiyo taahhüdüdür³. Aval maddi ve şekli şartlardan oluşmaktadır. Maddi şartlardan kasıt, avalin şekline ilişkin şartların dışında kalan tüm hususlardır. Avalin maddi şartları, kural olarak

1 YİBGK, E. 2017/4, K. 2018/5, T. 20.4.2018.

2 Kırcı, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 437-438; Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 53-54; Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 369-370; Barlas, Nami, Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Y. 76, S. 2, 2011, s. 28; Altop, Atilla, Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK M. 603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?, Özel Sayı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan-C. II, Ankara 2016, s. 300.

3 Aksu Özkan, Raziye, Aval Kurumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 23.

kambiyo senedinden doğan borcun bulunması ve aval verenin ehil olmasıdır. Şekli şartları bir irade açıklamasının aval olarak nitelendirilebilmesi için taşınması gerekli olan şartlardır. Buna göre avalin, aval beyanını, avalin kimin için verildiğini gösteren bir kaydı, aval verenin imzasını ve aval miktarını içermesi gerekmektedir⁴. Bu dört unsuru içeren irade açıklaması 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 701, f. 1 düzenlemesinde “aval şerhi” şeklinde ifade edilmiş olup aynı hüküm uyarınca, aval şerhinin poliçe veya alonj üzerine yazılması gerekmektedir.

A. AVALİN MADDİ ŞARTLARI

1. Kural Olarak Kambiyo Senedinden Doğan Borcun Bulunması

Avalin maddi şartlarından ilki aval suretiyle temin edilecek borcun kural olarak kambiyo senedinden doğan bir borç olmasıdır. Aval kural olarak poliçe, bono ve çekten doğan borcun temini için verilecektir (TTK m. 700, f. 1; 778; 794). Bununla birlikte, poliçe hükmünde sayılan emre yazılı havaletlerle, bono hükmünde sayılan emre yazılı ödeme vaatlerine de aval verilebilir (TTK m. 827, 830)⁵.

2. Aval Vermeye Ehil Olunması

Avalin maddi şartlarından diğeri aval verenin işlemi yapmaya ehil olmasıdır. Kambiyo senetlerinde ehliyet TTK m. 670’de genel hükümlere gönderme yapılarak düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, sözleşme ile borçlanmaya ehil olan kişi, kambiyo senetleriyle borçlanmaya da ehildir. TTK m. 670’in göndermesi gereği, kambiyo senetleriyle borçlanmak isteyen gerçek kişinin fiil ehliyetini haiz olup olmadığı incelenecektir. Zira, aval bir hukuki işlemdir ve hukuki işlem yapabilmeye ehliyeti, fiil ehliyetinin⁶ içerdiği bir husustur⁷.

Buna göre tam ehliyetliler, TMK m. 10 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip ve ergin olup kısıtlanmamış kişilerdir. Bu kişilerin fiil ehliyetleri tam olduğu için hiçbir sınırlamaya tâbi olmaksızın kendileri aval verebilir⁸. Sınırlı ehliyetliler⁹, kendisine oy danışmanı atanmış kişiler, TMK m. 429, f. 1/b. 8

4 Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, s. 192.

5 Aksu Özkan, s. 23, 24; Domaniç, s. 186; İpekçi, Nizami/İlbuldu, Nedret, Türk Ticaret Yasasında Aval, İpekçi Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 11.

6 Fiil ehliyetinin, kişinin kendi fiilleriyle hak ve borçlar kurabilmesi, bunlara son verebilmesi veya yeni hukuki kurumlar yaratabilmesidir. Bkz. Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, Yedinci Bası, İstanbul 2016, s. 48; Zevkililer, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1997, s. 230; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, Beta, İstanbul 2007, s. 280-281.

7 Aksu Özkan, s. 24, 25.

8 Aksu Özkan, s. 25; Tam ehliyetliler, her türlü işlemlerini kendileri yapabilir. Bkz. Akipek/Akıntürk, s. 303; Helvacı, Kişiler, s. 64.

9 TMK m. 429 uyarınca, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla beraber, korunması için kendilerine yasal danışman atanan kişilerdir. Yasal danışmanlık kanunda oy danışmanlığı ve yönetim danışmanlığı olarak iki gruba ayrılmaktadır. Oy danışmanı atanan sınırlı ehliyetli kişi, kanunda sayılan belirli işlemleri kendisi yapmakla beraber,

uyarınca, yasal danışmanın rızasını alarak aval verebilir. Kendisine yönetim danışmanı atanan kişiler, malvarlığının sermaye bölümü üzerinde yönetim danışmanın onayı veya bizzat yönetim danışmanın temsili ile tasarruf edebileceğinden, malvarlığının sermaye bölümü üzerinde aval verilmesi de aynı koşullara tâbidir¹⁰.

Gerçek kişiler açısından aval vermeye ehliyeti hususunda incelenecek üçüncü grup ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılardan oluşan sınırlı ehliyetsizlerdir (TMK m. 16)¹¹. Doktrinde sınırlı ehliyetsizin aval vermeye ehil olup olmadığı hususunda bir tartışma vardır. Bir görüş sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasıyla dahi aval veremeyeceği yönündedir. Görüşün dayanak noktası vasi tarafından kefalet sözleşmesinin yapılmasını yasaklayan TMK m. 449 hükmüdür. Aval, kefalet sözleşmesine göre daha ağır sorumluluklar yüklediği için sınırlı ehliyetsiz aval veremeyecektir¹².

Kanaatimizce vesayet altında bulunan kişilerin kambiyo senediyle borçlanmaları hususunda değerlendirilmesi gereken düzenleme TMK m. 449 değil, TMK m. 462, f. 1/b. 5'tir. Hükümde vasisin, vesayet makamından izin alarak kambiyo taahhüdünde bulunabileceği düzenlenmektedir. Kambiyo taahhüdüyle ilgili herhangi bir ayırım da yapılmamaktadır. Bu sebeple, vesayet altında bulunan aval veren de, vasisinin vesayet makamından izin alması suretiyle aval verebilecektir; çünkü aval, poliçe bedelinin ödenmesini temin amacıyla yönelik bir kambiyo taahhüdüdür¹³. Bu hususta, TMK m. 462, f. 1/b. 5'te açık hüküm varken, kıyas yoluyla TMK m. 449 uygulanamaz.

Bununla birlikte, avalin kefalet sözleşmesine göre daha ağır sorumluluklar yüklediği gerekçesi de TMK m. 462, f. 1/b. 5 olduğu için geçerli bir gerekçe olamaz. Zira hüküm uyarınca vesayet altında bulunan bir kişi, vasisinin vesayet makamından izin alması suretiyle poliçede düzenleyen, muhatap, ciro eden olabilir. Poliçede düzenleyen olmak, poliçede aval verene göre daha ağır sorumluluk yüklemektedir. Poliçede düzenleyen, poliçenin asli sorumlusudur. Düzenleyen lehine aval veren kişinin dahi, ödeme yaptıktan sonra düzenleyenden kambiyo alacağını isteme hakkı vardır (TTK m. 702, f. 3).

Ayrıca kambiyo senetlerinde borçlanma ehliyetine ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde, TMK m. 449'un sınırlı ehliyetsizlere kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin görüşün gerekçesinin yerinde olmadığı görülecektir. Zira söz konusu kararlarda, sınırlı ehliyetsizlerin yasal

bu işlemlerin geçerli olması için danışmanın rızasını alması gereklidir. Aksi takdirde, sınırlı ehliyetlinin yaptığı işlem geçersizdir. Kendisine yönetim danışmanı atanan kimse, malvarlığının geliri ve kendi kazancı üzerinde dilediği gibi tasarruf etme hakkına sahiptir; buna karşılık malvarlığının sermaye bölümü üzerinde tasarruf hakkı yoktur, işlemleri ancak yönetim danışmanın onayı ile yapabilir veya yönetim danışmanı bizzat yapar. Bkz. Helvacı, Kişiler, s. 64-66.

10 Aksu Özkan, s. 26.

11 Sınırlı ehliyetsizlerin, kendi işlemleriyle borç altına girebilmesi için yasal temsilcilerinin rızası gereklidir. Yasal temsilcinin işlemin yapılmasından önce gösterdiği rızaya izin, işlem yapıldıktan sonra gösterdiği rızaya da icazet veya onama denir. Öte yandan, söz konusu işlemleri sınırlı ehliyetsiz adına yasal temsilci de yapabilir. Bkz. Helvacı, Kişiler, s. 80-81; Akipek/Akıntürk, s. 328-329.

12 Demirkapı, Ertan, Kambiyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, Güncel Yayınevi, İzmir 2005, s. 35.

13 Aksu Özkan, s. 26-28; Güral, Jale, Kefalet Akdiyle Aval Arasındaki Fark ve Benzerlikler, AÜHFĐ, C. VIII, S. 3-4, 1951, s. 454.

temsilcinin rızasıyla bono dahi düzenleyebileceği kabul edilmektedir¹⁴. Şayet, sınırlı ehliysiz ve yasal temsilcisi bakımından aval verilmesinin yasak işlem olmasının gerekçesi, avalin kefalet sözleşmesine göre daha ağır sorumluluklar yüklemesi ise, sınırlı ehliysizin bono düzenlemesine de izin verilmemesi gerekirdi.

Öte yandan, vasi tarafından yapılabilen bir hukuki işlemin, velayet altında bulunan sınırlı ehliysizin kendisi veya onun adına velisi tarafından evleviyetle yapılabilmesi gerekmektedir. Zira, TMK m. 343, f. 1 uyarınca, velayet altındaki çocuğun fiil ehliyeti vesayet altındaki çocuk gibidir. Bu bağlamda sınırlı ehliysiz, yasal temsilcisinin rızasıyla aval verebilir veya yasal temsilci sınırlı ehliysiz adına aval verebilir¹⁵. Sınırlı ehliysizin aval vermek suretiyle borçlandırılmasında uyulması gereken prosedür, yasal temsilcinin vasi veya veli¹⁶ olmasına göre değişmektedir. Yasal temsilcinin vasi olduğu durumda, sınırlı ehliysizin kendisi veya onun adına vasisinin aval verilebilmesi için vesayet makamının izni gerekmektedir.

Zira, aval bir kambiyo taahhüdüdür ve vasinin kambiyo taahhüdünde bulunabilmesi için TMK m. 462, f. 1/b. 5 uyarınca, vesayet makamının izni alınmalıdır. Buna karşın, yasal temsilcinin veli olduğu durumda, velisinin rızasıyla sınırlı ehliysizin kendisi veya onun adına velisinin aval verilebilmesi için herhangi bir izne gerek yoktur¹⁷. TMK m. 342 uyarınca, vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velayetteki temsile de uygulanacaktır¹⁸.

Dolayısıyla, yasal temsilci vasi ise, sulh mahkemesinden izin alması gerekirken; veli ise, bu işlemi tek başına yapabilecektir. TMK m. 453 uyarınca, sınırlı ehliysizlere, şayet vesayet makamı tarafından bir meslek veya sanatın yürütülmesi için izin verilmişse, o kişiler bununla ilgili işlemleri yapabilecek, dolayısıyla izin verilen meslek veya sanatın yürütülmesi kapsamındaki işlemlerle

14 Y. HGK. E. 1980/11-1968 K. 1981 T. 25.11.1981; Y. 19. HD. E. 1999/724 K. 1999/1789 T. 18.3.1999; Y. 12. HD. E. 1988/3112 K. 1988/15133 T. 8.12.1988; Y. 11. HD. E. 1979/5859 K. 1979/5811 T. 20.12.1979; Y. HGK. E. 1980/11-1968 K. 1981 T. 25.11.1981; Y. 19. HD. E. 1999/724 K. 1999/1789 T. 18.3.1999; Y. 12. HD. E. 1988/3112 K. 1988/15133 T. 8.12.1988-Kazancı.

15 Aksu Özkan, s. 26-28; Ertekin, Erol/Karataş, İzzet, Uygulamada Ticarî Senetler, Tümüyle Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1996, s. 143-144; Kınacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın – Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara 1987, s. 119; Öztan, 2017, s. 72; Eriş, küçüklerin ancak temsilcileri aracılığıyla kambiyo senedi düzenleyeceğini belirtmektedir. Bkz. Eriş, Gönen, Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Kıymetli Evrak, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 132.

16 TMK m. 335, f. 1 uyarınca, kural olarak henüz erginlik yaşını doldurmamış çocuklar velayete tâbidir; ancak, ergin olmuş bulunan bir çocuk kısıtlandığı takdirde hâkim kendisine bir vasi atanmasına gerek görmedikçe, TMK m. 335, f. 2 uyarınca, ana ve babasının velayeti altında kalır. Dolayısıyla, ergin olmakla beraber kısıtlanmış bulunan kişiler de, ana veya babaları varsa ve veli olma niteliğini haiz iseler velayete tâbidir.

17 Aksu Özkan, s. 27; Yargıtay'ın sınırlı ehliysizle ilgili önüne gelen bir uyumsuzlukta, reşit olmayan çocuğa velâyetten onu borçlandırmak suretiyle veli tarafından imzalanmış bononun, diğer şartları haiz ise kambiyo senedi vasfında bulunduğu hükmüne bağlanmıştır. Bkz. Y. 12. HD. E. 8335, K. 9699, T. 14.12.1981-Eriş, Gönen, Açıklamalı – İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu Kıymetli Evrak ve Taşıma, Seçkin Yayınevi, Ankara 1988, s. 147.

18 *Akıntürk*, TMK m. 462 ve m. 463'de bentler halinde sayılan önemli hukuki işlemlerde vasilerin vesayet dairelerinden önceden izin almaları gerekirken, aynı konularda velilerin böyle bir zorunluluğu olmadığını, velilerin bu işlemleri de diğerleri gibi vesayet dairelerinden izin almaksızın yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. Turgut, Türk Medenî Hukuku-Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 416.

ilgili aval de verebileceklerdir.Vasinin vesayet makamından izin alarak kambiyo taahhüdünde bulunabileceğini düzenleyen TMK m. 462, f. 1/b. 5 uyarınca, vasi, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler adına aval verebilir¹⁹.

B. AVALİN ŞEKLİ ŞARTLARI

1. Avalin Yeri

TTK m. 701, f. 1 uyarınca, aval şerhi, ancak poliçe veya alonj üzerine yazılabilir. Aval şerhinin, poliçenin ön ve arka yüzü üzerine yazılması, aval bakımından bir geçerlilik şartıdır²⁰. Dolayısıyla, avalin, kambiyo senedinden doğan borcun temini amacıyla, temin edilen kambiyo senedi dışında başka bir senet üzerinde verilmesi mümkün değildir²¹.

2. Aval Beyanı

Aval beyanı, kişisel teminat verme amacını içeren bir irade açıklamasıdır²². Bu beyan, TTK m. 701, f. 2 uyarınca, “aval içindir” veya buna eş anlamlı başka bir ibareyle ifade edilebilir. Dolayısıyla, aval verilebilmesi için, kullanılması gereken belli bir kavram yoktur²³. Kanaatimizce poliçe bedelinin ödenmesini kişisel olarak temin etme amacını ifade eden her türlü kelime veya cümle, aval verilmesi için yeterlidir.

Aval beyanının poliçenin ön veya arka yüzünde olmamasının hukuki sonucu ayrıca değerlendirilmelidir. TTK m. 701, f. 3 uyarınca, muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Hükümde, aval beyanı bulunmaksızın sadece imza ile aval verilebileceğine ilişkin kanuni karine²⁴ düzenlenmektedir. Bu

19 Aynı yönde bkz. Güral, s. 454; Kınacıoğlu, s. 209; Öztan, 2017, s. 72; Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 57-58; Aksu Özkan, s. 29.

20 Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997, s. 799; Sengir, Turgut, Aval Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1967, s. 10, 11; Ülgen, Hüseyin/Helvaci, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019, s. 187; Kınacıoğlu, s. 247; Demirkapı, s. 47; Nüsha ve suret üzerine aval verilmesinin incelenmesi için bkz. Aksu Özkan, s. 48-50.

21 Öztan, 1997, s. 800; Ertekin/Karataş, s. 488; Kınacıoğlu, s. 247; İpekçi/İlbuldu, s. 13; Aksu Özkan, s. 47, 48.

22 Aksu Özkan, s. 50.

23 Öztan, 1997, s. 800; İpekçi/İlbuldu, s. 26.

24 Karine, karine temeli ve karine sonucu şeklinde iki parçadan oluşmaktadır. Karine temeli, karine içeren hukuk kuralında bulunan ve varlığından başka bir olgunun varlığının veya yokluğunun çıkarıldığı işaret, belirtidir. Karine sonucu ise, karine içeren hukuk kuralında, karine temelinden hareketle çıkarılan sonucu ifade eder (Topuz, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 72-73; Karakaş, Fatma Tülay, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHFD, C. 62, S. 3, 2013, s. 740-741). Kanuni karineler, kesin kanuni karineler ve kesin olmayan kanuni karineler şeklinde ikiye ayrılır. Kesin olmayan kanuni karineler, karineden hareketle ulaşılan karine sonucunun aksinin ispatlanabildiği karineler iken; kesin kanuni karineler, karineden hareketle ulaşılan karine sonucunun aksinin ispatı mümkün olmayan karinelerdir (Akipek/Akıntürk, s. 208). Kesin olmayan kanuni karinede, karine aleyhine olan taraf hem karine temelini çürütmeye yönelik karşı ispat faaliyetinde bulunabilir hem de karine sonucunun aksini ispat edebilir. Kesin kanuni karinede ise, karine aleyhine olan taraf, ancak karine temeline yönelik ispat faaliyeti içindedir ve bu karşı ispat niteliğindedir. Zira, kanun koyucu karine

karineye göre, imza atanın amacı ne olursa olsun, poliçenin yüzünde görülen her imza, muhataba veya düzenleyene ait değilse, aval şerhi sayılacaktır²⁵. Hüküm bir kesin kanuni karine teşkil etmektedir²⁶. Zira, kanunda bu karinenin sonucunun aksinin ispatının mümkün olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca, karinenin sonucunun aksinin ispat edilebileceği halin şartlarından da çıkartılamaz; çünkü, kıymetli evrak sıkı şekil koşullarına tâbidir²⁷. Dolayısıyla, kıymetli evrakta senet metni ve şekil şartları tarafların muhtemel iradelerine ve senet dışındaki olaylara göre yorumlanamaz²⁸.

Bu bağlamda, bir imzanın aval olarak kabul edilebilmesi için, senedi düzenleyen ve muhatabın imzasından ayrı olarak, poliçenin yüzüne atılması gerekmektedir; çünkü, aval şerhinde kural TTK m. 701, f. 1 uyarınca aval beyanının bulunmasıdır. Bu kuralın istisnasını, poliçenin yüzünde aval beyanı bulunmaksızın sadece imza ile aval verilebileceğini düzenleyen TTK m. 701, f. 3 hükmü oluşturmaktadır; ancak, poliçenin yüzüne atılan imza, muhatabın veya düzenleyenin kambiyo taahhüdüne ilişkin olmamalıdır²⁹.

Kanaatimizce poliçenin arkasına hiçbir açıklama içermeksizin atılan imzanın hukuki niteliği, hiçbir şekilde aval olarak nitelendirilemez; çünkü, aval şerhinde kural, TTK m. 701, f. 1 uyarınca aval beyanının bulunmasıdır³⁰. Bu kuralın istisnasını, poliçenin yüzünde aval beyanı bulunmaksızın sadece imza ile aval verilebileceğini düzenleyen TTK m. 701, f. 3 hükmü oluşturmaktadır. Söz konusu hüküm ise, poliçenin arkasında hiçbir açıklama içermeksizin imza atılarak aval verilemeyeceğine yönelik bir olumsuz düzenleme³¹ oluşturmaktadır³². Dolayısıyla, poliçenin arka yüzünde aval verilmek isteniliyorsa, aval beyanının bulunması şarttır.

sonucunun aksini ispata izin vermemektedir (Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 174; Topuz, s. 114).

25 Öztan, 1997, s. 805; Aksu Özkan, s. 55.

26 Aksu Özkan, s. 55; Öztan, 1997, s. 805; Demirkapı, s. 65; İpekçi/İlbuldu, s. 28.

27 Kanunda bir karinenin sonucunun aksinin ispatının mümkün olduğu açıkça düzenlendiği veya böyle bir düzenleme olmamakla birlikte, karinenin sonucunun aksinin ispat edilebileceği halin şartlarından çıkarıldığı durumda bir kesin olmayan kanuni karine bulunmaktadır. Kanuni bir karinenin, bu kıstaslar uygulanarak, kesin olmayan kanuni karine olduğu sonucuna varılamazsa, kesin kanuni karine olduğu kabul edilmelidir. Bkz. Aksu Özkan, s. 57.

28 Poroy/Tekinalp, s. 45.

29 Aksu Özkan, s. 55.

30 Aksu Özkan, s. 60; Doktrinde poliçenin arka yüzüne aval beyanı olmaksızın atılan imzanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Avalde eşin rızası açısından bu konu önem arz etmediği için tartışmalara yer verilmeyecektir. Bu imzanın aval, garanti cirosu veya beyaz ciro olup olmadığının incelenmesi için bkz. Aksu Özkan, s. 57-63.

31 *Karayalçın*, yasadâ açık hüküm bulunmaması halinde kanun koyucunun olumlu bir düzenlemeyi sakıncalı bulunduğu için o konuda bir hüküm koymamayı uygun görmesi durumunda bir olumsuz düzenleme söz konusu olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Karayalçın*, Yaşar, Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, Genişletilmiş 5. Baskı 2001'den 6. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 129; *Hatemi*, kanun düzenlemesinin "ratio legis"inden, "sınırlı sayı" ilkesine uyulduğunun ve "karşıt anlam" delilinden bu konuda kanunkoyucunun olumsuz çözüm yerine olumlu çözümü benimseyen bir kural getirmek istemediğinin anlaşılması halinde menfi çözümün söz konusu olacağını belirtmektedir. Bkz. *Hatemi*, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s. 94.

32 Biz, TTK m. 701, f. 3'ün poliçenin arkasına sadece imza ile aval verilemeyeceğine yönelik olumsuz bir düzenleme oluşturduğunu, hükmün düzenlendiği Cenevre Konferansı'ndaki tartışmaların da teyit ettiğini belirtmiştik. Bu konuda dipnotta "Bu konuyu inceleyen *Carry*, Cenevre konferansında bu hususun tartışıldığını, hükmün mevcut hali uyarınca senedin arka yüzünde aval beyanı olmaksızın sadece imza atılması suretiyle aval verilemeyeceğini;

3. Kimin İçin Aval Verildiği

Aval şerhinin unsurlarından birisi de, avalin kimin için verildiğinin belirtilmesidir³³. Bu unsur, avalin kimin için verildiği belirtilmemişse, düzenleyici lehine verilmiş sayılacağını düzenleyen TTK m. 700, f. 4 hükmünün mefhum-u muhalifinden çıkartılmaktadır. Lehine aval verilen kişinin, hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın anlaşılması gerekmektedir³⁴. Lehine aval verilen kişinin, policeden sorumlu bir kişi olması gerekmektedir³⁵. Policeden sorumlu olmadan kasıt, avalden doğan hakların ileri sürüldüğü sırada, lehine aval verilen kişinin policeden dolayı sorumlu olarak gözükmektedir. Policeden sorumlu olmayan kişi için verilen aval geçersizdir; çünkü, TTK m. 700, f. 1 uyarınca, aval ile poliçe bedelinin ödenmesi teminat altına alınmaktadır. Aval şerhinde, lehine aval verilen kişinin belirtilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, söz konusu aval, TTK m. 701, f. 4 uyarınca, düzenleyen için verilmiş sayılır. Buna göre, senedin ön veya arka yüzüne aval beyanı verilip imza atılması durumunda, bu aval, senedin düzenleyeni lehine verilmiş sayılacaktır³⁶. Bu kimin için aval verildiğinin belirtilmesi, avalin oluşumu açısından zorunlu unsur değildir. Kanun bu boşluğu doldurmuştur.

4. Aval Miktarı

Aval, poliçe bedelinin tamamı veya bir kısmı için verilebilir. TTK m. 700, f. 1 uyarınca, poliçe bedelinin ödenmesi aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir. Aval veren, poliçe bedelinin bir kısmı için sorumlu olacağını belirtecek şekilde kısmi aval beyanında bulunabilir; ancak, kısmi aval vermek istiyorsa, bunu açıkça senet üzerinde belirtmelidir³⁷.

5. İmza

TTK m. 701, f. 2 uyarınca, aval beyanının aval veren kişi tarafından imzalanması gerekmektedir; ancak, TTK m. 756 uyarınca, bu imzanın el ile atılmış olması şarttır. Aval veren, el ile atılan imza yerine, mekanik herhangi bir araç veya el ile yapılan veya onaylanmış bir işaret veya resmî bir şahadetnâme kullanamaz. Keza, parmak basmak suretiyle imza da mümkün değildir³⁸. Aksi takdirde, aval geçersizdir.

bunun için hükmün değiştirilmesi gerektiğini; ancak, kambiyo mektuplarının arka tarafına bir imza atılmakla icabında aval verilmiş olacağını kabul edilebileceğini tazammun eden bir metnin tanzimine yanaşılmamış olduğu gibi müphemiyet arz etmeyen bir metin için tenakuz teşkil edebilecek izahatın rapora dercine de yanaşılmadığını belirtmektedir. Bkz. Carry, s. 302-304." ifadesine yer vermiştik. Bkz. Aksu Özkan, s. 60 dpn. 206.

33 Sengir, s. 22.

34 Aksu Özkan, s. 66.

35 Öztan, 1997, s. 802; Aksu Özkan, s. 64; Poroy/Tekinalp, s. 220.

36 TTK m. 701, f. 4 kesin kanuni karine oluşturmaktadır. Bununla birlikte, TTK m. 701, f. 4'te düzenlenen kanuni karinenin niteliği ve aksinin ispat edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. İnceleme için bkz. Aksu Özkan, s. 66-70.

37 Domaniç, s. 195; Poroy/Tekinalp, s. 222; Kınacıoğlu, s. 249; Demirkapı, s. 158 vd.

38 Öztan, 2017, s. 73.

II. KEFALETİN UYGULAMA ALANI VE KEFALETTE EŞİN RIZASI

6098 sayılı TBK'nın "uygulama alanı" madde başlıklı 603. maddesi uyarınca "Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır"³⁹. Hükümün gerekçesinde, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan teminat amaçlı sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı yer almaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükümü uygulamadaki amaç kıstası, kefilin, yani teminat verenin korunması olmalıdır.

Hükümün uygulanması için kişisel güvence verilmesi gerekir. Bu sebeple, aynı teminatlar TBK m. 603'ün uygulama alanı dışındadır⁴⁰. Zira alacaklıya bir güvence tesis eden teminatlar, teminat olarak ortaya konulan değere ve bu değer üzerinde alacaklıya tanınan hakkın niteliğine göre "nesnel/ayni teminatlar" ve "kişisel/şahsi teminatlar" şeklinde ikiye ayrılmaktadır⁴¹. Aynı teminatta alacaklıya alacağının güvencesi olarak belli bir şey üzerinde herkese karşı ileri sürülebilir bir nesnel hak sağlanmaktadır⁴².

Kişisel teminatta alacağın teminatı olarak borçlunun yanı sıra başka kişi veya kişilerin de alacaklıya karşı tüm malvarlığıyla sorumlu olmak üzere borç yüklenmesi söz konusudur⁴³. Teminat veren, bir üçüncü şahsın borcunu zamanında ve gereği gibi yerine getirmesini teminen, ortaya kişisel itibarını ve ödeme gücünü koymaktadır⁴⁴. Örneğin kefalet, teminat amacı güden garanti sözleşmesi, teminat amaçlı mevcut borca katılma ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi verilebilir.

Kişisel güvence gerçek kişilerce verilmelidir. Tüzel kişiler tarafından verilen kişisel güvencelerde TBK m. 603 uygulanmaz. Gerçi gerçek kişiler ibaresi kullanılmasa dahi tüzel kişilerin evlenmeleri ve eşlerinin olması mümkün olmayacağı için, eşin rızasının aranması onlar için geçerli olmayacaktır.

Kişisel güvenceyi içeren hukuki işlemin niteliği "sözleşme" olmalıdır. Doktrinde TBK m. 603'te açıkça sözleşme kavramı kullanılsa bile, hükümün aileyi koruma amacından yola çıkılarak,

39 Hükümün ilk hali Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 608. maddesidir. Buna göre, kefil koruyan hükümlerden kurtulmak amacıyla, gerçek kişilerce başka ad altında yapılan sözleşmelerde kefalet hükümlerine tâbidir. Bu hükme yönelik, borçlar hukukunun temelinde şekil serbestisinin ve dolayısıyla bunun uzantısı olan sözleşme serbestisinin yer aldığı, buna ilişkin hükümlerin de şeklin bir geçerlilik şartı olması sebebiyle kanunda açıkça belirtilmesine ihtiyaç duyulduğu, söz konusu düzenlemenin Anayasa m. 48'de güvence altına alınan sözleşme hürriyeti ilkesi ile bağdaşmadığı yönünde eleştiriler yapılmıştır ve hüküm değiştirilerek mevcut halini almıştır. Bkz. Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Boralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005, s. 273-374.

40 Gümüş, s. 369-370.

41 Barlas, Nami, Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlarla İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, s. 569.

42 Barlas, Aynı Teminatlar, s. 570; Kuntalp, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1995, s. 280; Develioğlu, s. 2.

43 Kuntalp, s. 287; Develioğlu, s. 13.

44 Barlas, Aynı Teminatlar, s. 571; Kuntalp, s. 289.

uygulama alanının kişisel güvence verilmesini içeren tüm işlemlere yayılması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁵. Buna göre, kefalet bir sözleşme olması nedeniyle sehven hukuki işlem yerine sözleşme ifadesi kullanılmıştır⁴⁶. Sözleşme kelimesinin kullanılması tek taraflı hukuki işlemleri bu hükmün kapsamı dışında bırakmaya yönelik bilinçli bir terminolojik tercih değildir⁴⁷. Sözleşme kelimesinin kullanılmasının bilinçli bir terminolojik tercih olmadığı savına katılmıyoruz. Zira eşin rızasına ilişkin hükmün gerekçesinde "...başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı..." belirtilmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme *sözleşmesi* yapılmasında olduğu gibi...⁴⁸. Gerekeçedeki ifadeye dikkat edilmelidir. Burada da TBK m. 603'teki gibi iki kez sözleşme kavramı kullanılmıştır. Şayet kanun yapılırken amaç sözleşme yerine hukuki işlem olsaydı en azından gerekçede hukuki işlem kavramı kullanılabilirdi.

Aynı ifadenin iki kez kullanılmış olması bunun bilinçsiz bir terminolojik tercih olduğu savını çürütecektir. Bununla birlikte hükmün dolanılacağı gerekçesiyle, avalin de TBK m. 603'ün kapsamına gireceği gerekçesine katılmıyoruz. Zira kefalette eşin rızası hükmüne takılmamak için aval yoluna başvuran kişiler, avalde de eşin rızası hükmüne takılmamak için başka yöntemleri tercih edebilirler. Üstelik kambiyo senetleri açısından farklı yollara başvurmak daha kolaydır. Örneğin aval vermeye razı olan kişiye bonoda düzenleyen olarak veya ciranta olarak imza attırılabilir. Bu durumda kanunun dolanıldığı gerekçesi de ileri sürülemez. Ayrıca varsayalım ki hakikaten kanun koyucunun amacı sözleşme yerine hukuki işlemi kastetmek olsun. Bu durumda TBK m. 603 düzenlemesinin, bir örtülü boşluk⁴⁹ oluşturduğu dikkate alınmalıdır⁵⁰. Bu boşluk türü, yalnızca amaca uygun sınırlama yoluyla doldurulmalıdır⁵¹. Bir başka deyişle, normun uygulama alanı, mantıklı amacın ötesinde, amaca uygun değerlendirildiğinde olaylara uymayacak şekilde geniş tutulmuştur⁵² ve amaca uygun şekilde daraltılmalıdır. Hükmün getirilmesindeki amaç aile kurumunun korunmasıdır.

Buna karşın sırf ailenin korunması için, TTK'da şekli ve unsurları düzenlenmiş bir kurumun tüm esasları göz ardı edilemez. Ek olarak, şayet ailenin korunması her şeyin üstünde tutulacak bir amaçtı, kanun koyucunun TTK m. 584, f. 3'te düzenlenen eşin rızasına ilişkin istisnaları getirmemesi gerekiyordu. Aslında getirilen istisnalarla, eşin rızasına ilişkin normun uygulama alanının mantıklı amacın ötesinde geniş tutulduğu zımni olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla,

45 Özen, s. 53-54; Altop, s. 300; İkinci karşı oy yazısı paragraf 4.

46 Alltop, s. 300.

47 Özen, s. 53-54; Altop, s. 300; İkinci karşı oy yazısı paragraf 4.

48 Kanunun gerekçesi için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, ET. 26.11.2018.

49 *Kırca*, örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğunu, ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, düzenlemenin somut olaya uygun olmadığını, zira kanunun söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almadığını belirtmektedir. Bkz. *Kırca*, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHFD, C. 50, S. 1, 2001, s. 96.

50 Aksu Özkan, s. 113, 114.

51 Demir, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 101.

52 *Kırca*, Örtülü Boşluk, s. 99 dpn. 49.

kefalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin dolanılacağı gerekçesiyle, TBK m. 603'ün avale de uygulanması gerektiği savunulmamalıdır. Sonuç olarak TBK m. 603'ün uygulanması için kişisel güvence içeren işlemin hukuki niteliği sözleşme olmalıdır.

Kefalette eşin rızasını⁵³ düzenleyen TBK m. 584 uyarınca “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. – Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez.”⁵⁴ Bu bağlamda, eşlerden birisi eğer bir borca kefil olacaksa ve TMK m. 170, f. 1 uyarınca, yargıç tarafından verilmiş bir ayrılık kararı veya TMK m. 197 uyarınca, eşlerin ayrı yaşama hakkı yoksa, eşinin yazılı rızasının alması gerekmektedir. Eşin rızasının yazılı şekilde ve açık olması gerekir. Sözlü veya zımni izin geçerli olmayacaktır. TBK m. 12 uyarınca, eşin rızasının, adi yazılı şekilde verilmesi yeterlidir⁵⁵. Noter onayı gibi resmi bir koşul kanunda aranmamıştır.

Kanaatimizce izni aranan eşin, izni olduğuna dair beyanı kendisinin yazmasına gerek yoktur. İzni aranan eşin, eşinin kefil olduğundan, kefalet miktarından haberdar olması şartıyla kefalet sözleşmesi için izni aranan eş, bu izni, kendi beyanının altına imza atmak suretiyle verebileceği gibi, kefil olacak eş tarafından yazılan beyanın altına imza atarak da verebilir⁵⁶. Bununla birlikte, eşin rızasına ilişkin irade açıklaması, sözleşmenin içinde veya sözleşmeden ayrı bir belgede yer alabilir⁵⁷. Zira eşinin kefil olmasına izni aranan eşin, bu durumdan haberdar olması ve bunu bilerek izin vermesi yeterli olup imzanın da aynı belge içinde olmasına gerek yoktur⁵⁸.

Bu durumda, ayrı belgede izin veren eşin, imzasını kapsayacak şekilde diğer eşin kefil olduğu borcun alacaklısını, alacağını tutarını, kefalet tarihini ve türüne vakıf olduğunu gösteren

53 Kırca, haklı olarak “rıza” terimi yerine “izin” teriminin kullanılması gerektiğini, zira rızanın hukuki işleme izni ve daha sonradan icazeti de kapsadığını oysa bir eşin kefalet sözleşmesini imzaladıktan sonra kefilin eşinin buna icazet vermesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Biz de “Aval Kurumu” adlı çalışmamızda yazara katılarak ilgili hükümden “eşin rızası” olarak bahsetmiştik. Bu çalışmada kanunun sistematikliğini bozmamak adına “rıza” terimini kullanacağız. Bkz. Kırca, s. 435 dpn. 2.

54 Hükümün kaynağını OR Art. 494 Abs 1 oluşturur. Buna göre: “Evli bir kişi, eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça; ancak eşinin yazılı rızasıyla, geçerli olarak kefil olabilir; bu rızanın, işlemin yapılmasından önce veya en geç işlemin yapıldığı anda verilmiş olması gerekir.” İsviçre Borçlar Kanunu’nun kefaletle ilişkin hükümlerinin çevirisi için bkz. Koç, Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu’nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Mahmut Tevfik Birselle Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s. 268; Hükümün mehz kanunla karşılaştırılarak, Türk hukukunda yargıç tarafından bir ayrılık kararı verilmemiş olsa dahi TMK m. 197 uyarınca eşlerin ayrı yaşama hakkının ortaya çıktığı durumda da evli kişilerin eşlerinin rızasına gerek olmadığı ve dolayısıyla hükümün uygulama alanının daraltıldığı hususunda bkz. Özen, s.183.

55 Özen, s. 193; Aksu Özkan, s. 106.

56 Özen, s. 193; Kırca, eşin rızasının tek taraflı bir hukuki işlem olması ve bizatihi kendisinin teminat niteliği taşıması sebebiyle 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’nun 5. maddesinin ikinci fıkrasına girmediğini ve elektronik imzanın eş tarafından kullanılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Kırca, Eşin İzni, s. 443 dpn. 49.

57 Özen, s. 193; Kırca, Eşin İzni, s. 445; Aksu Özkan, s. 106.

58 Aksu Özkan, s. 106.

ifadeler bulunmalıdır⁵⁹. TBK m. 584 uyarınca, eşin rızası, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmelidir. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, bu işleme icazet verilmesi işlemi geçerli hale getirmeyecektir. Bununla birlikte, “kefalet sözleşmesinin kurulduğu andan” ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Doktrinde bir görüş, “kefalet sözleşmesinin kurulduğu an”ın geniş yorumlanması gerektiği⁶⁰; ancak, kefilin eşinin izninin aranması, kefil olma ehliyetini sınırlayan bir husus olduğundan, bu iznin kefilin yazılı beyanını yaptığı anda mevcut olması gerektiği yönündedir⁶¹. Diğer bir görüş ise, “kefalet sözleşmesinin kurulduğu an”dan anlaşılması gerekenin, kefalet senedinin, kefilin hâkimiyet alanından çıktığı an olduğu; buna karşın, kefilin, kefil olma iradesini kefalet senedine imzalayarak yansıttığı anın, TBK m. 584 kapsamında “sözleşmenin kurulmasından önceki” bir an olduğu yönündedir⁶².

TBK m. 584’ü üçüncü fıkra eklenerek kefalette eşin rızası şartının uygulama alanı daraltılmıştır⁶³. Hüküm uyarınca, “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.” Buna göre ticaret siciline kayıtlı bir ticari işletmenin sahibi işletmesiyle ilgili konularda eşinin izni olmaksızın kefil olabilecektir.

Kanaatimizce, “işletme sahibi” ile kastedilen, tacirdir ve bu kavram TTK m. 12, f. 1 ve 2’yi kapsamaktadır Zira, bir ticari işletmenin maliki değil, onun işleteni ticari hayatın içindedir ve ticari işletmesiyle ilgili gerçekleştirmek istediği hukuki işlemlerde tacirden basiretli iş adamı gibi davranması beklenir. Keza, “işletme sahibi” ifadesi, TTK’da⁶⁴, ticaret sicilinde ve doktrinde⁶⁵, bir

59 Kırca, s. 444; Öktem Çevik, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 89-90, 2012, s. 127.

60 Özen, kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada kefilin eşi de hazır bulunuyorsa, eşin sözleşme metnini kefilin sonra imzalamasının mümkün olduğunu; diğer taraftan, kefilin eşin rızasının bir koşula bağlı olarak da verilebileceğini belirtmektedir. Bkz. Özen, s. 192; Kefilin eşinin izninin koşula bağlı olarak verilebileceği hususunda bkz. Zevkçiler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 670.

61 Özen, s. 192-193.

62 Gümüş, s. 343-344; Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 91-92.

63 1 Nisan 2013 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 6455 Sayılı Kanun’un 77. maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun “Eşin rızası” başlıklı 584. maddesine üçüncü fıkra eklenerek verilecek kefaletlerde aranan eş izninin istisnaları düzenlenmiştir.

64 TTK m. 11, f. 3’ün gerekçesinde hükmün işletmesini devreden kişiyi devre zorlayacak şekilde yorumlanamayacağını; “işletme sahibi”nin arzu ederse unvanını devir dışında tutabileceği yer almaktadır. Kanımca, burada “işletme sahibi” ile kastedilen, ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kimsedir, zira tacirler ticaret unvanını kullanmakla yükümlüdürler.

65 Özdamar, bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için öncelikle gelir sağlama amacının bulunması gerektiğini, dolayısıyla, “bir işletme sahibinin” amacı gelir elde etmekten ziyade hayır vs. yapmak ise bu unsurun gerçekleşmemiş

ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten kimseyi ifade etmek için de kullanılmış bir ibaredir. Dolayısıyla, bu ibare “işletme maliki” şeklinde dar yorumlanamaz. Bununla birlikte, söz konusu işletenin, “sicile kayıtlı bir ticari işletmeyi” kısmen de olsa kendi adına işleten kişi olması gerekmektedir. Sonuç olarak, TTK m. 12, f. 1 uyarınca, bir ticari işletmeyi kendi adına işleten kişi, ticari işletmesini sicile kaydettirmişse⁶⁶ veya TTK m. 12, f. 2 uyarınca, ticari işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kişi diğer koşulları da taşıması kaydıyla, eşinin izni aranmaksızın kefil olabilecektir. Diğer yandan, TBK m. 584 uyarınca, söz konusu kişilerin, “ticari işletmesiyle ilgili” konularda kefil olması durumunda, eşinin izni aranmayacaktır. eşin rızasına getirilen bu istisna, bir tacirin, kendi ticari işletmesi ile ilgili olan ve yararlı olabilecek bir kişiye ticari hayatın akışını sekteye uğratmadan kefil olabilmesi için getirilen bir istisnadır. Dolayısıyla, sicile kayıtlı bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten eş, ticari işletmesiyle ilgili olmayan bir konuda kefil olmak isterse, bu işleme eşinin izni yine aranacaktır. Örneğin, ticari işletme niteliğinde sicile kayıtlı bir restoran işletmecisi, arkadaşının, bankadan ev almak için çektiği kredi için kefil olaksa, yine eşinin izni aranmalıdır.

Zira, hüküm bir istisna hükmüdür ve dar yorumlanması gerekir. Bununla birlikte ticaret şirketinin ortak veya yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak verilecek kefaletlerde de eşin rızası aranmaz. Buna göre, kefalet verilecek şirket tipinin ticaret şirketi olması gerekir. Bunlar kollektif, komandit, kooperatif, anonim ve limited şirketlerdir (TTK m. 124). Kefil olacak kişinin ticaret şirketlerinin ortağı veya yöneticisi olması gerekir. Ortakların sorumluluk sınırına bakılmaksızın, her şirket ortağı için hüküm uygulanacaktır ve ortaklar sınırsız, haczi kabil tüm malvarlığıyla kişisel olarak sorumluluk doğuracak şekilde kefalet sözleşmesi yapabilecektir⁶⁷. Kefalet şirketin işleriyle ilgili olmalıdır. TBK m. 584, f. 3’ün getirdiği diğer istisnalar ise “mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar” tarafından verilecek kefaletlere, “27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun⁶⁸” kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlere ve tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletlere ilişkindir. Söz konusu durumlarda da eşin rızası aranmayacaktır.

Eşin rızası olmaksızın yapılan kefalet sözleşmesi geçersizdir ve bu geçersizlik, daha sonra kefalet sözleşmesine eş tarafından icazet verilmesiyle de düzelmeyeceği için “kesin hükümsüzlük”

sayılacağını belirtmektedir. Bkz. Özdamar, Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Ticari İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 1, Kış 2007, s. 48.

66 *Kırca*, kısmen de olsa kendi adına ticari işletmeyi işletmekle birlikte, ticari işletmesini sicile kaydettirmeyen tacirin vereceği kefaletlerde eşinin izninin aranacağını belirtmektedir. Bkz. *Kırca*, Eşin İzni, s. 451.

67 *Özen*, uygulamada anonim şirket pay sahibinin, yalnızca şirkete karşı sorumluluğu olmasına rağmen, kendisinden şirketle ilgili işlere kefil olması istenerek, şirketler hukuku hükümlerinin dolandırıldığını, bu yönde tek engel olan eşin rızasının kaldırılmasının yerinde olmadığını belirtmektedir. Bkz. *Özen*, s. 187.

68 *Özen*, kalıcı olacağı düşüncesiyle hazırlanan, ömrü yüzyıllarla ölçülmesi beklenen temel bir kanunda, gelip geçici çıkarları düzenleyen özel bir kanuna, üstelik tam adı, tarihi ve sayısı ile birlikte değinilmesinin, kanun yapma tekniğiyle bağdaştırılamayacak bir davranış olduğunu belirtmektedir. Bkz. *Özen*, s. 187.

niteliğindedir⁶⁹. Dolayısıyla eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmesinin hukuki sonuç doğurması isteniyorsa, yeniden, kanuni şartları haiz bir kefalet sözleşmesi yapılmalıdır⁷⁰.

III. AVALDE EŞİN RIZASININ UYGULANMASI GEREKTİĞİNE İLİŞKİN GEREKÇELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. AVALIN HUKUKİ NİTELİĞİ AÇISINDAN GEREKÇELER

1. Avalin Sözleşme Olması Gerekçesi

Avalde eşin rızasının aranması gerektiğine ilişkin görüşün gerekçelerinden biri aval kurumunun hukuki niteliğinin sözleşme olmasıdır⁷¹. Buna göre, aval veren üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmiştir; ancak kambiyo senedi üzerine attığı imza ile senet lehtarına yaptığı önerme/taahhüt, senet lehtarının açık veya örtülü kabul beyanıyla sözleşmeye (garanti sözleşmesine) dönüşmüştür. Lehtar, aval verenle aynı zamanda aynı yerde olmasa bile söz konusu imzalı taahhüdü açık veya örtülü olarak kabul ederek sözleşmenin kurulmasına imkan sağlayacağı gibi, aval verenin ismini veya imzasının üzerini çizerek veya aval beyanının yanına bu önermeyi reddettiğine ilişkin bir ifade yazmak suretiyle öneriyi reddederek, kambiyo senedinin geçerliliğine olumsuz etkisi olmaksızın aval sözleşmesinin (garanti sözleşmesinin) kurulmasına engel de olabilecektir⁷².

Bununla birlikte, avalin nasıl verileceği ve ifade ediliş biçimi bir kambiyo işlemi olsa da, aval verme işleminden önceki aşamada, alacağını teminat altına almak isteyen kişi ile borçlu ve aval veren arasında görüşme ve anlaşma bulunmadığı, başka bir ifadeyle sözleşme bulunmadığı söylenemez. Alacağını teminat altına almak isteyen kişi, borçlusundan herhangi bir kişinin değil, tanıdığı, ekonomik durumuna güvendiği bir kişinin şahsi teminatını ve dolayısıyla senede aval vermesini ister. Aynı şekilde, aval veren de kimin lehine ve kimin alacağını teminat altına aldığını bilerek şahsi teminat vermeyi kabul eder⁷³. Birinci karşı oyun beşinci paragrafında avalde üçüncü kişi (senet borçlusu) lehine verilen söz konusu taahhüdün bir sözleşme niteliğinde olduğu hususunda öğretide bir görüş ayrılığı bulunmadığı⁷⁴; sekizinci paragrafında ise öğretide bu alanda yayınlanan en son makalede de ifade olunduğu üzere, avalin bir sözleşme olduğu konusunda öğretide neredeyse tam bir ittifak bulunduğu ifade edilmiştir⁷⁵.

69 Barlas, s. 55.

70 Özen, s.194.

71 İlk karşı oy yazısı paragraf 5; Demirkapı, s. 104-111; Güral, s. 443; Poroy/Tekinalp, s. 74; Koşer, Nihal, Aval ve Avalin Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Önen'e Armağan, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 244.

72 İlk karşı oy yazısı paragraf 8.

73 İkinci karşı oy yazısı paragraf 3.

74 İlk karşı oy yazısı paragraf 5.

75 Birinci karşı oy yazısı paragraf 8, atıf yapılan eserler ise aynen "M. Çelebi Can, "Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?", Gazi Üniv. HFD, C.21, S.3, Baskı T.:24.01.2018 s.65, Dipnot 83, yöneliş: Poroy/Tekinalp, s. 207; F.Öztaş, 2016, s. 164-165; Tandoğan, s.489;Karayalçın, s.220; Demirkapı, s. 104-110, Güral, s.443-445; Jacobi, 1956, s.676"dır. Bu eserler aşağıda değerlendirileceği için, doğrudan alıntı yapılmıştır.

Kanaatimizce gerekli irade beyanı adedine bağlı olarak yapılan hukuki işlemlerin türleri⁷⁶ ayrımında, aval tek taraflı hukuki işlem kategorisinde yer almaktadır⁷⁷. Zira tek taraflı hukuki işlemlerde, işlemin kurulması için tek tarafın irade açıklaması gereklidir. Dolayısıyla avalin hukuki niteliği açısından da tek veya iki tarafın irade açıklamasıyla mı kurulduğu incelenmelidir. Buna göre, aval, aval verenin veya yetkili temsilcisinin poliçe veya alonj üzerine atılan imzasıyla oluşmaktadır. Zira, avalin şekline ilişkin TTK m. 701, f. 1 ve 2’de, avalin, poliçe veya alonj üzerinde aval veya buna eş anlamlı bir ibareyle ifade edilmesi ve bu beyanın aval veren tarafından imzalanması gerektiği düzenlenmiştir.

Bir başka deyişle, aval suretiyle bir poliçe borçlusu lehine aval verilebilmesi için, sadece aval verenin veya yetkili temsilcisinin irade beyanı yeterli görülmüştür. Bununla birlikte, avalin tek taraflı hukuki işlem olduğunu TTK m. 701, f. 3’de ortaya koymaktadır. Hüküm uyarınca, muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Hükümde, aval beyanı bulunmaksızın⁷⁸ sadece imza ile aval verilebileceğine ilişkin kanuni karine düzenlenmektedir. Bu karineye göre, imza atanın amacı ne olursa olsun, poliçenin yüzünde görülen her imza, muhataba veya düzenleyene ait değilse, aval şerhi sayılacaktır. Kanun koyucu bu hükümde açıkça avalin, sadece aval verenin senedin ön yüzüne attığı imza ile kurulacağını düzenlemiştir. Avalin oluşması için başka bir irade beyanı aramamıştır.

Bununla birlikte aval bir sözleşme olsaydı, iki tarafın irade beyanına da gerek olurdu; çünkü sözleşme, belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan hukuki işlemdir⁷⁹. Şayet aval bir sözleşmeylese diğer tarafı kimdir ve

76 Hukuki işlemler, arzu edilen hukuki sonucun gerçekleşmesi için gerekli irade beyanının adedi açısından, “tek taraflı hukuki işlem”, “iki taraflı hukuki işlem (sözleşme)”, “karar” ve “müşterek hukuki işlem” şeklinde ayrılmaktadır. Bkz. Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kavramlar, Temel Kaynaklar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 172-175; Eren, hukuki işlemleri, hukuki işleme katılanların sayısına göre, tek taraflı hukuki işlem veya iki veya çok taraflı hukuki işlemler olarak ikiye ayırmaktadır. İki veya çok taraflı hukuki işlemler, sözleşme veya karar şeklinde vücut bulmaktadır. Bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2018, s. 165-168; Tekinay, Sulhi Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 53 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 94 vd.

77 Aynı doğrultuda bkz. Özen, s. 53; Poroy/Tekinalp, s. 219; Can, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2012, s. 94; Bozer/Göle, kefilin hukuki sorumluluğunun kaynağının kefalet sözleşmesi olmasına karşın, avalin tek taraflı yazılı bir beyan olduğunu belirtmiş; ancak bu görüşünün gerekçelerine yer vermemiştir. Bkz. Bozer, Ali/Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017, s. 163; Kayar, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2003, s. 78; Alttop, s. 298; Aynı yönde bkz. Y. HGK, T. 24.05.2017, E. 2017/12-1135, K. 2017/1012 – Kazancı, ET. 26.11.2018.

78 Yargıtay, ETK’nın 613. maddesindeki (TTK m. 701, f. 3) aval ile ilgili kanuni karinenin, senedin yüz tarafına hiçbir ibare derc edilmeksizin müccerret olarak atılan imzayı hedef tutmuş bulunduğu için, ETK’nın 589. maddesi hükmüne tevfikeyan davacının şahit beyanı altındaki imzasının o imzayı atanı ilzam etmeyen bir imza olarak kabulü gerektiği yönünde bir karar vermiştir. Bkz. Y. 11. HD. E. 4835 K. 4956 T. 3.4.1980 – Eriş, 1988, s. 370.

79 Eren, s. 200.

kabul beyanını nasıl vermektedir? Doktrinde avalin karşı tarafına yönelik ilk görüş, lehine aval verilen kişidir⁸⁰. Buna göre aval, aval verenle lehine aval verilenin anlaşmasıyla meydana gelir⁸¹.

Kanaatimizce görüş yerinde değildir; çünkü lehine aval verilen senedin düzenleyeni de olabilir. Görüş uyarınca avalin meydana gelebilmesi için senedi düzenleyen açık ya da örtülü kabul beyanı gereklidir. Oysa TTK m. 701, f. 4 uyarınca, kimin için verildiği belirtilmemişse, aval, düzenleyen lehine verilmiş sayılır. Hüküm, poliçede düzenleyen lehine aval verilebilmesi için düzenleyen zımni de olsa irade beyanına ihtiyaç olmadığı ortaya koymaktadır. Örneğin düzenleyeni D, lehdarı L olan bir bono C'ye ciro edilmiştir. C'nin arkadaşı A, aval veriyorum yazarak imzasını atmıştır. Bu durumda A, D lehine aval vermiş sayılacaktır. D'nin haberi bile olmamasına rağmen onun lehine aval verilmiş sayılıyor. Kanun koyucunun düzenleyen iradesini aramaması, sözleşmenin tarafının lehine aval verilen olduğu görüşünü çürütmektedir.

Diğer görüş, aval sözleşmesinin karşı tarafının kim olduğuna yönelik yapılan tartışmada, bu sözleşmenin, aval beyanı verilirken poliçe elinde bulunan kişiyle yapılmış olması gerektiği, ancak bu kişinin poliçenin hamili olması da gerekmediği sonucuna varmıştır⁸². Şayet poliçe elinde bulunan kişiden kasıt düzenleyense, yukarıda açıklandığı üzere düzenleyen lehine aval verilmesi için, düzenleyen irade beyanı gerekmemektedir. Bundan başka poliçeyi elinde bulduran poliçenin hamili olabilir ve doktrindeki görüş uyarınca, aval sözleşmesinin bir tarafını hamil oluşturabilir⁸³. Örneğin, düzenleyeni D, lehdarı L ve muhatabı M olan bir poliçe olsun. L, poliçeyi C'ye ciro etmiştir. C de L'nin senedin arka yüzünde bulunan isminin yanına "L için avaldır." yazarak imzalamıştır. Buna göre, C, L lehine aval veren olmuştur. Uygulamada karşılaşılmayacağı tahmin edilmekle birlikte, C'nin kendi cirasına aval vermesi teorik olarak mümkündür. Zira TTK m. 700/2 uyarınca aval, üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir. Bu durumda, doktrindeki görüş uyarınca senedi elinde bulduran hamil, olayda C ve aval veren yine C sözleşmenin tarafı olacaktır. Buna karşın sözleşmenin olabilmesi için iki tarafın irade beyanı gereklidir. Tarafları aynı olduğu durumda sözleşmeden bahsedilemez. Bununla birlikte, yine aynı poliçede bu sefer C, L lehine aval vermemiş; senedin ön yüzüne tek başına imzasını atmıştır. Daha sonra poliçeyi C1'e ciro etmiştir. Bu durumda sözleşmenin tarafları C1 ile C olmalıdır ve sözleşmenin kurulması için tarafların anlaşması gerekmektedir. Oysa TTK m. 701/3 uyarınca muhatabın veya düzenleyen imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Olayda C'nin senedin ön yüzüne tek başına imza atması TTK m. 701/3 uyarınca aval sayılmıştır. Kanunda ayrıca başka bir kişinin iradesi aranmamıştır. Dolayısıyla olayda C1'in kabul beyanına gerek olmaksızın, aval kurulmuştur. Aval sözleşmesinin tarafının hamil olacağını savunan yazarlardan birine göre, aval sözleşmesi ile aval veren, lehine aval verdiği

80 Güral, s. 403; Koşer, avalin hukuki niteliğinin sözleşme olduğunu iddia ettiği başlığın altında senedin verilmesinden, karşı tarafın kabulünden bahsetmiş; ancak karşı tarafın kim olduğu üzerinde durmamıştır. Daha sonra, avalin tarafları bölümünde aval verebilecek ve lehine aval verilebilecek kişiler şeklinde başlık atmıştır. Biz buradan, yazarın avalin karşı tarafının lehine aval verilen olarak kabul ettiğini çıkartmaktayız. Bkz. Koşer, s. 244, 245.

81 Güral, s. 443.

82 Demirkapı, s. 108-109.

83 Can, Mehmet Çelebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği – Avalde Eşin Rizası Aranmalı mı?, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, 2017, S. 3, s. 46.

kişiden sonra gelenlere karşı kendi iradesinden doğan bir sorumluluk yüklenmiş olacaktır. Bu da, “üçüncü kişi yararına sözleşme” ile açıklanabilecektir⁸⁴.

Kanımızca, aval verenin, lehine aval verileden sonra gelenlere karşı sorumlu olması, aval verenin iradesinden değil, kanundan kaynaklanmaktadır. Zira, TTK m. 724, f. 1 uyarınca, bir poliçeyi düzenleyen, kabul eden, ciro eden veya o poliçeye aval veren kişiler hamile karşı müteselsil borçlu sıfatıyla sorumludurlar. Öte yandan, aval sözleşmesinin “üçüncü kişi yararına sözleşme” şeklinde nitelendirilmesi de yerinde değildir. Zira, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişi yararına eksik sözleşme veya üçüncü kişi yararına tam sözleşme şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Her iki türde de, üçüncü kişi lehine hüküm koyduran tarafın, üçüncü kişiye edimi ifa edeceği taahhüdünde bulunan taraftan, edimin kendisine ifa edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır⁸⁵. Oysa, aval veren ile düzenleyen arasında cirantalardan biri için yapıldığı ileri sürülen aval sözleşmesinde, düzenleyenin aval verene poliçe hükümleri çerçevesinde başvurma hakkı bulunmayacağı için poliçe bedelini isteme hakkı bulunmayacaktır⁸⁶.

Avali sözleşme olarak nitelendirme durumunda, sözleşmeyi kabul beyanının ne şekilde verildiği açıklanmalıdır. Doktrinde avalin sözleşme⁸⁷ olduğuna dair görüşlerden birinin hareket noktası, TTK m. 699, f. 1’de, poliçeyi kabul edenin geri vermesinden bahsedilmesidir. Buna göre, aval verenin de, kabul eden gibi senedi geri vermesi gerekmektedir ve bu “geri verme” olgusu, senedi teslim alanla aval veren arasında bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü için yeterli olmaktadır⁸⁸. İlk olarak, avalin hukuki nitelendirilmesi, poliçede muhatabın “kabul”üne kıyas yapılarak belirlenmemelidir. Aval ile kabul birbirinden farklı kurumlardır. Bununla birlikte, avalde senedin geri verilmesi olgusu bakımından, muhatabın, poliçe üzerindeki kabul şerhini geri vermeden önce çizmiş olursa kabulden kaçınacağını düzenleyen TTK m. 699, f. 1 esas alınmaz. Zira, aynı maddenin ikinci fıkrasında, muhatabın hamile veya poliçede imzası bulunan bir kişiye poliçeyi kabul ettiğini yazı ile bildirmişse, bunlara karşı kabul beyanı çerçevesinde sorumlu olacağı düzenlenmektedir. Bir başka deyişle, doktrinde aval sözleşmesinin kurulması için gerekli görülen “geri verme” olgusunun dayandırıldığı TTK m. 699, f. 1, kabul beyanının poliçe dışında

84 Demirkapı, s. 110.

85 Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 428 vd.

86 Demirkapı, s. 110 dph. 410.

87 Demirkapı, s. 104-111; Güral, s. 443; Öztan, avalde, tıpkı kabulde olduğu gibi, aval verenin irade beyanının karşı tarafça kabul edilmesi gerektiğini, bunun için de, işlem hazırlar arasında cereyan etse bile, aval şerhi konmuş veya bu maksatla imzalanmış senedin karşı tarafa “verilmesi” ve onun da bunu “alması” gerektiğini belirtmektedir. Bkz. Öztan, 2017, s.164-165; Can, s. 46; Poroy/Tekinalp, avale ilişkin bölümde avalin tek taraflı hukuki işlem olduğunu belirtmekle birlikte, “kambiyo oluşum sözleşmesi”ne ilişkin bölümde, avalin, aval şerhinin imzalanmasıyla değil, senedin teslimi ile doğmakta olduğunu ve bu halde de başka bir kambiyo sözleşmesinin bağtlandığını belirtmektedir. Bkz. Poroy/Tekinalp, s. 74.

88 Demirkapı’nın, avalin sözleşme olduğu tespitine yönelik gerekçeleri incelendiğinde bir ikileme kaldığı görülmektedir. Yazar, önce, aval imzası atıldıktan sonra poliçenin geri verilmesinin aval ilişkisinin unsuru olarak görmüş, ancak daha sonra anılan dipnotta geri vermenin aval ilişkisinin geçerlilik şartı olarak sayılamayacağına değinerek gerekçesinden vazgeçmiş ve aval verenin açık bir öneride bulunurken, poliçeyi teslim alan her kişinin kabul beyanında bulunacağı varsayımından hareket etmiştir. Bkz. Demirkapı, s. 107 dph. 402; Koşer, s. 244.

da verilebileceğini ve dolayısıyla senedin geri verilme unsurunun söz konusu olmayacağını düzenleyen TTK m. 699, f. 2 ile birlikte değerlendirilmelidir⁸⁹.

Peki senedin geri verilmesi ne tür bir fiildir? Doğal olarak kambiyo senedinin tedavül edebilmesi için bu senedin geri verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, geri verme unsuru, maddi bir fiildir ve bunu hukuki işlemin kurucu unsuru değil, etkinlik unsuru⁹⁰ olarak nitelendirmekte fayda vardır, zira imza atmakla aval ilişkisi kurulmaktadır; ancak aval ilişkisi, hukuki sonuçlarını poliçenin geri verilmesiyle doğurmaktadır. Öte yandan, aval verenin veya yetkili temsilcisinin imzasının poliçenin üzerine veya alonja atılması gerekse de, burada senedin zilyetliğinin aval verene geçirilmediği, hatta poliçeyi elinde bulunduranın poliçeyi tutarak imza attırabileceği de göz ardı edilmemelidir. Son olarak, doktrinde geri verme unsuruna bağlı olarak, aval sözleşmesinin reel sözleşmeyle (*contractus realis*) karıştırılması riskinden bahsedilmiştir⁹¹. Kanaatimizce, aval sözleşme olarak nitelendirilse dahi böyle bir durum söz konusu olamaz. Zira, reel sözleşmelerde, geri verme unsuru kurucu unsurdur ve kanunda açıkça zikredilmektedir.

Ayrıca birinci karşı oyda avalin sözleşme olduğu yönünde doktrinde öncelikle tam bir ittifak olduğu; ardından doktrinde *neredeyse* tam bir ittifak olduğu söylenmiştir. Burada bir çelişki bulunmaktadır. Bununla birlikte doktrinde tespit edebildiğimiz kadarıyla yedi farklı eserde avalin hukuki niteliği tek taraflı hukuki işlem olarak belirlenmiştir⁹². Karşı oyda ise, avalin sözleşme olduğu savunulan sekiz esere yer verilmiştir⁹³. Sekize karşı yedi eser kanaatimizce bu konunun doktrinde ittifak olmadığını gösterecek niceliktedir. Benzer şekilde karşı oyda avale dair yapılan son çalışmalarda avalin sözleşme olduğu ortaya konulmuştur; ancak en son çalışma olarak atf

89 *Demirkapı*, önce, TTK m. 699, f. 1'i esas aldığı belirtilmiş; ancak dipnotta, kabul beyanının senet dışı olarak verilebileceğini düzenleyen ETK m. 611, f. 2 uyarınca, "teslim – verme" olgusunun kabul bakımından bir geçerlilik şartı olmadığını ve kabul gibi aval sözleşmesinin de tam iradi sözleşme olarak kabul edilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Bkz. *Demirkapı*, s. 107 ve dnp. 402.

90 Hukuki işlem; hukuki işlemin kurucu unsuru, geçerlilik unsuru ve etkinlik unsuru şeklinde üç unsurdan oluşmaktadır. Kurucu unsur, irade beyanı gibi, hukuki işlemin meydana gelmesi için gerekli unsurdur; etkinlik unsuru ise hukuki işlem kurulduktan sonra, hukuki işlemin sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli unsurdur; vasiyetnamenin hükümlerinin etkilerini doğurabilmesi için de vasiyet edenin ölmesinin gerekmesi gibi. Bkz. Eren, s. 120 vd.; *Kocayusufpaşaoğlu* da aynı durumu, hukuki işlemin hükümlerini doğurması için gerçekleşmesi gerekli diğer şartlar altında incelemiştir. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 92.

91 *Kocayusufpaşaoğlu*, real sözleşmeden, sözleşme olgusunun tamamlanması veya hüküm ifade etmesi için, tarafların irade beyanları dışında maddi bir olayın (*şeyin karşı tarafa tesliminin*) gerçekleşmesi zorunlu olan durumlarda bahsedileceğini belirtmiştir. Bkz. *Kocayusufpaşaoğlu*, s. 96; *Demirkapı*, kıymetli evrak hukukunda borcun doğduğu anın akit teorisi ile açıklandığından yola çıkarak avalin de kambiyo senetleri üzerinde verildiğinden bahisle, senedin geri verilmesini akit teorisindeki geri verme unsuruna benzetmiş, ancak sonra yukarıdaki dipnotta belirtildiği üzere bir varsayımla sorunu çözerek, avali tam iki taraflı iradi bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Bkz. *Demirkapı*, s. 143; Kanaatimizce yazarın görüşü kabul edilse dahi, yazar kambiyo taahhüdünün oluşumundaki teslim sözleşmesini ve bunun ifasını oluşturan senedin verilmesini yanlış değerlendirmiştir; çünkü, senedin verilmesi, teslim sözleşmesinin kurulması için değil, ifa içindir. Kabul, araya girme, aval gibi işlemler hazırlar arasında yapıldığında zilyetliğin geçirilmediği, senedin verilmesinin salt maddi bir fiille oluştuğu bunun real sözleşmeyle karıştırılmaması gerektiği yönünde bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 95.

92 Özen, s. 53; Aksu Özkan, s. 81-86; Poroy/Tekinalp, s. 219; Can, Kıymetli, s. 94; Bozer/Göle, s. 163; Kayar, 78; Altop, 300.

93 Eserler için bkz. yuk. dnp. 75.

yapılan eserde, söz konusu savın gerekçesi olarak herhangi bir şey sunulmamıştır⁹⁴. Atıf yapılan ikinci eserde, kambiyo sözleşmelerinin anlatıldığı kısımda avalin kambiyo sözleşmesi olduğu ifade edilmiştir⁹⁵. Buna karşın aynı eserde, kefalet sözleşmesiyle aval karşılaştırılırken avalin tek taraflı ve bağımsız bir taahhüt olduğu belirtilmiştir⁹⁶.

İkinci karşı oyda, aval verme işleminden önceki aşamada, alacağını teminat altına almak isteyen kişi ile borçlu ve aval veren arasında görüşme ve anlaşma bulunmadığı, başka bir ifadeyle sözleşme bulunmadığı söylenemeyeceğini ileri sürmektedir. Buna göre alacağını teminat altına almak isteyen kişi, borçlunun tanıdığı bir kişinin senede aval vermesini isterken; aval veren de kimin lehine ve kimin alacağını teminat altına aldığını bilerek şahsi teminat vermeyi kabul edeceğini ileri sürmüştür.

Öncelikle TBK m. 603'ün uygulama alanına girmesi için aranan sözleşme niteliği, avalde olmalıdır. Avalden önceki aşamada tarafların arasındaki ilişki kambiyo senedi açısından önemli değildir. Zira kambiyo senetlerinde soyutluk ilkesi geçerlidir. Şayet karşı oyda yer alan bu görüş kabul edilirse, aval, aval verilmeden önce yapılan bir sözleşmedir. O zaman aval verenin imzasının hukuki niteliği ne olacaktır? Bununla birlikte, aval verenin tanıdığı bir kişiye aval vermeyi kabul edeceği savı da yerinde değildir. Zira TTK m. uyarınca, aval veren lehine aval verilene yazmasa dahi aval oluşur. Bu aval, düzenleyen lehine verilmiş sayılır. Yani kanun koyucu aval veren lehine aval verilene tanınması şartını aramamıştır. Keza aval verilerek teminat altına alınan borç, kambiyo senedinden doğan borçtur. Bu sebeple, aval verenin kimin borcunu teminat aldığını bilmesine gerek yoktur.

Kanaatimizce aval, tek taraflı bir hukuki işlemdir. Zira sözleşmenin oluşabilmesi için karşılıklı öneri ve kabul beyanlarının varlığı gereklidir; ancak, aval işleminin oluşumu incelendiğinde, bu beyanların, dolayısıyla sözleşme ilişkisindeki tarafların bulunmadığı görülmektedir.

2. Avalin Üçüncü Kişinin Filini Üstlenme Sözleşmesi Olması Gerekçesi

Avalde eşin rızasının uygulanması gerektiğini savunan görüşe göre, avalin hukuki niteliği üçüncü kişinin filini üstlenme sözleşmesidir. Bu görüşe dayanak olarak TTK m. 700 ve 702/1 gösterilmiştir⁹⁷. Bu sözleşmenin "garanti sözleşmesi" olarak tanımlandığı doktrinde ve Yargıtay uygulamalarında tam kabul görmüştür⁹⁸. Bu sebeple, avalde eşin rızası aranmalıdır.

94 YİBGK kararının karşı oyunda avalin sözleşme olduğuna dair en son yapılan çalışma olarak atıf yapılan eser için bkz. Can, s. 65.

95 Poroy/Tekinalp, s. 74.

96 Poroy/Tekinalp, s. 219.

97 Birinci karşı oy yazısından aynen "(1)Poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir.(2) Bu teminat, üçüncü bir kişi veya poliçede imzası bulunan bir kişi tarafından da verilebilir" şeklinde ve keza 702. maddedeki "(1) Aval veren kişi, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olur" şeklindeki düzenlemelerden, avalin "üçüncü kişinin filini taahhüt" niteliğinde olduğu konusunda hiçbir tereddüt bulunmamaktadır." ifadeleri kullanılmıştır. Bkz. Y. İBGK kararı birinci karşı oy yazısı paragraf 5 son cümle.

98 Birinci karşı oy yazısı paragraf 7.

Kanaatimizce aval kurumunun hukuki niteliği üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi değildir. İlk olarak aval bir sözleşme değil, tek taraflı hukuki işlemdir. Bununla birlikte aval ve üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin kurucu unsurları ve sonuçları buna engeldir. Buna göre TBK m. 128 uyarınca üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür. Bu sözleşmede taahhütte bulunan, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi yüzünden uğranılan zararı tazminle yükümlüdür. Buna göre öncelikle, fiili taahhüt edilen kişiden borcunu ödemesi istenmesi ve bu kişinin borcunu ifa edememesi gerekir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenen bu fiilin gerçekleşmemesi yüzünden doğacak zararı giderme borcu altına girdiğinden, söz konusu riziko gerçekleşinceye kadar ona karşı bir talep ileri süremeyecektir⁹⁹. Örneğin A'nın arabasının Ü tarafından 100.000 TL'ye satın alınacağını, B tarafından A'ya taahhüt edilmesinde, Ü'nün arabayı satın almaması gibi¹⁰⁰. Dolayısıyla alacaklı, ilk olarak fiili taahhüt edilen üçüncü kişiden edimin ifasını talep etmelidir. Oysa bir kambiyo senedine aval verildiğinde, hamil, lehine aval verilen kişiye başvurmaksızın doğrudan aval verenden kambiyo senedinde yazan borcu isteyebilir. Örneğin, 50.000 TL meblağlı bononun cirantası C için A aval vermiştir. Hamil H, C'den 50.000 TL'yi talep etmeksizin A'dan isteyebilir. Zira TTK m. 724, f. 1 ve 2 uyarınca hamil, düzenleyene, ciro edene ve bunlara aval verene borçlanmalarındaki sıraya uymaksızın başvurabilir. Ayrıca, üçüncü kişinin fiilini üstlenmede taahhüt, taahhütte bulunulmanın zararını gidermeye yöneliktir. Taahhüt edenin borcu zarar giderim borcudur¹⁰¹.

Bu borcun konusu, üçüncü kişinin davranışı değil, bunun gerçekleşmemesi üzerine ödenecek bir tazminattır. Bir başka deyişle, üçüncü kişinin fiilini üstlenme bulunduğunu kabul edebilmek için, sözleşme tarafının kendi davranışına ilişkin bir yükümlülük içermeksizin, üçüncü kişinin bir davranışı üzerine doğacak zararı tazmini asli borç olarak taahhüt etmesi gerekir¹⁰². Zarar, fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin, bu fiili yerine getirmemesi üzerine alacaklının uğradığı zarardır. Oysa avalde, aval verenin borcu kambiyo senedinde yazan tutardır. Bu borç da lehine aval verilenle birlikte aynı olup, kambiyo senedinden doğan borcu ifa etmedir. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte olduğu gibi, zararı tazmin borcu değildir. Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, giderilmesi gereken zararı tespit etmek gerekir. Doktrinde bunun olumlu zarar olduğu yönündedir¹⁰³. Olumlu zarar, üçüncü kişinin fiili gerçekleşseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacak olduğu durumda, bu fiil gerçekleşmediği için şimdi içinde bulunduğu durum arasındaki fark, taahhüt edenin ödeyeceği miktarı belirler¹⁰⁴. Oysa avalde, zararın tazmini olmadığı için böyle bir hesaplama gidilmeyecektir. Son olarak taahhüt edenin, üçüncü kişinin borcunu ödediğinde, üçüncü kişiye rücu edip edemeyeceği konusunda kanunda bir düzenleme yoktur¹⁰⁵. Buna karşın aval verenin,

99 Oğuzman/Öz, C. 2, s. 430; Beklenen edim üçüncü kişi tarafından ifa edilmeyerek zarara sebebiyet verilmeye kadar taahhüt borçlusundan hiçbir talepte bulunulamayacağına ve bu durumun kanunun aradığı zorunlu bir unsur olduğu hususunda bkz. Kayak, s. 246.

100 Oğuzman/Öz, C. 2, s. 416.

101 Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 855; Kayak, s. 251;

102 Oğuzman/Öz, C. 2, s. 425.

103 Oğuzman/Öz, C. 2, s. 433; Tandoğan, s. 255.

104 Oğuzman/Öz, C. 2, s. 433.

105 Kayak, s. 256.

kambiyo senedinden doğan borcu ödendiğinde, elindeki senede dayanarak lehine aval verilenden yaptığı ödemeyi isteme hakkı vardır (TTK m. 702, f. 3) .

Karşı oy yazısında sunulan gerekçeler incelendiğinde de, dayanak gösterilen maddelerin avalu üçüncü kişinin fiilini üstlenmeye sokmayacağı ortadadır. Buna göre ilk gerekçe TTK m. 700, f. 1 ve 2'dir. TTK m. 700, f. 1 uyarınca poliçede bedelin ödenmesi, aval suretiyle tamamen veya kısmen teminat altına alınabilir. Hükümde poliçe bedelinin ödenmesi teminat altına alınması aval suretiyle yapılacağı ve avalin, poliçe bedelinin tamamı veya bir kısmı için verilebileceği yer almaktadır¹⁰⁶. TTK m. 700, f. 2 uyarınca aval verenin, üçüncü bir kişi veya kambiyo senedinde hali hazırda imzası bulunarak borçlu olan kişinin olabileceği düzenlenmektedir. Kimler tarafından güvence verilebileceği, üçüncü kişinin fiilini üstlenmenin unsurlarıyla ilgili değildir. Son dayanak aval veren kişinin, kimin için taahhüt altına girmişse aynen onun gibi sorumlu olacağını düzenleyen TTK m. 702, f. 1'dir. Hükümde aksine düzenleme olmadıkça, aval verenin sorumluluğu lehine aval verilenin sorumluluğu ile aynı kapsamda tutulmuştur¹⁰⁷. Aksine düzenlemeler ise aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkrasıdır. Son olarak üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesinin hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu hususunda doktrinde ve Yargıtay kararlarında tam bir görüş birliği olduğu savunulmuştur. Oysa doktrinde garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumu ile bir bağlantısı olmayan sui generis bir sözleşme olarak kabul edenler de vardır¹⁰⁸. Bununla birlikte, bir hukuki işlemin niteliği belirlenirken, incelenecek şey işlemin kurucu unsurlarıdır.

Bu bağlamda, aval kurumunun hukuki niteliği üçüncü kişinin fiilini üstlenme değildir. Bu sebeple, üçüncü kişinin fiilinin de garanti sözleşmesi olduğu ileri sürülerek avalde eşin rızası aranmaz.

3. Avalin Garanti Sözleşmesi Olması Gerekçesi

Karşı oyda esasen avalin garanti sözleşmelerinin kambiyo senetleri üzerinde gerçekleşen bir türü olduğu için TBK m. 603'ün uygulama alanına gireceği iddia edilmiştir. Garanti sözleşmesi, garanti verenin, garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız

¹⁰⁶ Aval miktarı ile ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. Aksu Özkan, s. 70, 71.

¹⁰⁷ Aksu Özkan, s. 89-91; Doktrinde ise bu hüküm ancak lehine aval verilen kişiye başvurma hakkı doğduğu zaman aval verene de başvurma hakkının doğacağı şeklinde yorumlanmıştır. Bkz. Ülgen/Helvaci/Kaya/Nomer Ertan, s. 188; Aval verenin, lehine aval verilen hangi şartlar altında mesul tutuluyorsa, aynı şartlar altında ödemekle mükellef olması demektir. Yani, bu iki şahsın, mesuliyetlerinin şartları ve derecesi aynıdır. Mesela, kabul eden muhatap lehine aval veren kimse, 730'uncu maddede işaret olunan sürelerin kaçırılması sebebiyle müracaat borçlularına başvurmak imkânı kalkmış bulursa bile, sorumlu kalmakta devam eder. Bkz. Öztan, 2017, s. 166. Aynı yönde, Ertekin/Karataş, s. 494.

¹⁰⁸ Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012 s. 709; Hatemi/Gökyayla, s. 293; Gümüş, bir yasal tazminat borç kaynağı olan TBK. m. 128 hükmünün, bir sözleşme niteliğindeki garanti sözleşmesinin temeli olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Gümüş, s. 506; Yargıtay'ın doktrindeki bu farklı görüşlere yer verilmiş; ancak daha sonra hangi görüş benimsenirse benimsensin, uygulanabilecek başka bir hüküm olmaması sebebiyle yine EBK. m. 110'dan (TBK. m. 128) yararlanılacağını belirttiği kararı için bkz. Y. 11. HD., E. 1979/5075 K. 1979/5456 T. 27.11.1979-Kazancı.

olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir¹⁰⁹. Garanti sözleşmesi ikiye ayrılmaktadır¹¹⁰. Teminat amaçlı garanti sözleşmesi ve yöneltmeyi amaçlayan (saf) garanti sözleşmesidir¹¹¹. Aval açısından karşılaştıracağımız teminat amaçlı garanti sözleşmesinde garanti veren, teminat sağlamak amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklenmektedir¹¹². Dolayısıyla teminat amaçlı garanti sözleşmesinde bağımsızlık unsuruöne çıkmakta ve bu nedenle, garanti verilen borç geçersiz olsa dahi garanti sözleşmesi geçerli olmaktadır.

Kanaatimizce aval kurumunun hukuki niteliği aşağıdaki gerekçelerle garanti sözleşmesi değildir:

İlk olarak garanti sözleşmesi, garanti verenle garanti alan (garanti bir borç için verilmişse alacaklı) arasında gerçekleşmektedir¹¹³, oysa aval, tek taraflı bir hukuki işlemdir.

Bununla birlikte garanti sözleşmesinde, garanti verenin yükümlülüğü başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı değildir¹¹⁴. Bu bağımsızlık unsuru sebebiyle, garanti verenin savunma imkânları da kısıtlıdır ve garanti veren yalnızca rizikonun gerçekleşmediği savunmasını yapabilir¹¹⁵. Bir başka deyişle, bu sözleşme ile garanti veren, temel ilişkideki borçlunun borcunun gerçekte mevcut olmaması tehlikesini de karşılamaktadır¹¹⁶.

Doktrinde¹¹⁷, bağımsızlık unsuru sebebiyle, aval ilişkisinin garanti sözleşmesine yaklaştığı tespiti yapılmaktadır; ancak, kanımca, bu tespit yerinde değildir. Zira aval verenin sorumluluğu,

109 Gümüş, s. 501; Garanti sözleşmesi, özel olarak kanunda düzenlenmemiştir; ancak, Yargıtay uygulaması ve doktrin tarafından geliştirilmiştir. Garanti sözleşmesinin tanımı ve benzeri hukuki işlemlerden farkının incelendiği kararlar için bkz. Y. 13. HD., E.2005/3463 K. 2005/9750 T. 9.6.2005.; YHGK, E. 2001/19-534 K. 2001/583 T. 4.7.2001-Kazancı.

110 Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Buna göre, doktrinde bir görüş, garanti sözleşmesinin hukuki niteliğinin TBK m. 128'de düzenlenen "üçüncü kişinin filini üstlenme" olduğu yönündedir (Bkz. Aral, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 133-134; Bilge Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 1971, s. 366). Diğer bir görüş, "üçüncü kişinin filini üstlenme"nin, garanti sözleşmesinin bir türü olduğu yönündedir (Bkz. Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ajans-Türk Matbaası, Ankara 1963, s. 43 vd.; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 418; Aynı yönde bkz. Y.19. HD., E. 1994/4559 K. 1995/5295 T.13.6.1995 – Kazancı). Başka bir görüş, garanti sözleşmesini, üçüncü kişinin filini taahhüt kurumu ile bir bağlantısı olmayan sui generis bir sözleşme olarak kabul etmektedir (Bkz. Yavuz, s. 709). Bu görüşü savunan Gümüş, bir yasal tazminat borç kaynağı olan TBK m. 128 hükmünün, bir sözleşme niteliğindeki garanti sözleşmesinin temeli olarak görülemeyeceğini belirtmektedir. Bkz. Gümüş, s. 506; Yargıtay'ın doktrinindeki bu farklı görüşlere yer verilmiş; ancak daha sonra hangi görüş benimsenirse benimsensin, uygulanabilecek başka bir hüküm olmaması sebebiyle yine EBK m. 110'dan (TBK m. 128) yararlanılacağını belirttiği kararı için bkz. Y. 11. HD., E. 1979/5075 K. 1979/5456 T. 27.11.1979-Kazancı. Eren de, TBK m. 128'in kıyas yoluyla garanti sözleşmesine uygulanması gerektiğini ve garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin filini üstlenmeden daha geniş olduğunu belirtmiştir. Bkz. Eren, s. 1182.

111 Bu sözleşme, bir kimsenin (garanti veren), başkasını belli bir davranışa yöneltmek amacıyla bu davranıştan, o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması sonucunu doğuran bağımsız bir sözleşmedir. Tandoğan, s. 806; Yavuz, s. 710.

112 Tandoğan, s. 804; Yavuz, s. 709.

113 Tandoğan, s. 841.

114 Tandoğan, s. 812; Gümüş, s. 503; Develioğlu, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler İşığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 35.

115 Yavuz, s. 712.

116 Tandoğan, s. 806.

117 Demirkapı, s. 143.

lehine aval verileninde borcu olan kambiyo senedinden doğan borcun varlığına, geçerliliğine ve devamına bağlıdır. Buna göre lehine aval verilen kişinin borcu senedi düzenleyenin el yazılı imzası bulunmaması, çift vade, düzenleme tarihi, lehdar gibi senedin zorunlu unsurlarındaki eksiklik ve ciro zincirindeki bozukluk gibi sebeplerle oluşmadığı zaman, aval verenin de borcu bulunmamaktadır¹¹⁸. Buna karşın aval veren, garanti veren konumunda olsaydı bu durumlara rağmen borcu ödemekle yükümlü olurdu. Sonuç olarak aval veren senet metninden anlaşılan def'ileri kendisine başvuran herkese karşı ileri sürebilir; çünkü aval, poliçede mündemiç alacak hakkının fer'idir. Keza lehine aval verilenin borcu el ile imza atmadığı sebebiyle oluşmasa, aval veren de sorumlu olmaz. Zira aval, kambiyo senedinde borçlu olan biri için verilebilir. Bağımsızlık unsuru olmadığı için avalin hukuki niteliği garanti sözleşmesi olamaz.

Ayrıca ödemede bulunan garanti veren, kanuni rücu hakkına dayalı olarak üçüncü kişiye rücu edemez; üçüncü kişiye rücu mevcutsa ancak iç ilişki örneğinin sebepsiz zenginleşme, vekaletsiz iş görme çerçevesinde mümkündür¹¹⁹. Buna karşın aval verenin, kambiyo senedinden doğan borcu ödediğinde, elindeki senede dayanarak lehine aval verileden ve ona karşı sorumlu olanlardan yaptığı ödemeyi isteme hakkı vardır (TTK m. 702, f. 3) .

Son olarak karşı oyda avalin garanti sözleşmesi olduğu hususunda geniş açıklamalar bulunduğu iddiasıyla Güral'ın eserine atıf yapılmıştır. Oysa yazarın eserinde bu konuda bir bilgi yer almamaktadır. Aksine yazar avalin müteselsil borca yaklaştığını iddia etmiştir¹²⁰.

B. KEFALETTE EŞİN İZİNİNE İLİŞKİN İSTİSNALARIN ARASINDA AVALİN SAYILMADIĞI VE KANUNUN DOLANILACAĞI GEREKÇESİ

Avalde eşin rızasının aranması gerektiğine yönelik diğer gerekçe, TBK m. 584, f. 3'te eşin rızasına ilişkin getirilen istisnalar arasında avalin olmamasıdır¹²¹. Tam tersine kanun koyucu, kefalette eşin rızası yasağının kanunu dolanma yoluyla aşılmasını önlemek amacıyla, kişisel teminat borcu doğuran tüm sözleşmeler yönünden eşin rızası şartını aramıştır¹²². Aksi bir halde, borçluya bir bono düzenlettiler, kefalet sözleşmesi kurulması halinde eşinin rızasını almak zorunda kalacak kişiye aval verdirilerek TBK m. 584 dolanılabilir. TBK m. 603 olmasaydı avalde eşin rızası aranmaz denilebilirdi¹²³.

Kanaatimizce TBK m. 584, f. 3'te avalin yer almaması, avalde eşin rızasının gerektiği sonucuna varmak için yeterli bir gerekçe değildir. Bu varsayım, TBK m. 603'ün uygulama alanına girdiği görüşüne dayanmaktadır. Oysa avalin hükmün kapsamına girmediği savunulduğunda, 584/3'te

118 Def'iler konusunda ayrıntılı inc. için bkz. Helvacı, Mehmet, Kambiyo Senetlerinde Defiler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 647-703.

119 Gümüş, s. 518; Kahyaoğlu, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996 s. 102; Develioğlu, s. 416 ve 421.

120 Güral, s. 478.

121 Birinci karşı oy yazısı paragraf 14; Şeker, Muzaffer, Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, On İki Levha, B. 1, İstanbul 2017, s. 78-79.

122 İlk karşı oy yazısı paragraf 14; Şeker, s. 77; Altop, s. 300.

123 Şeker, s. 77; Altop, s. 300.

istisnalar arasında yer almaması herhangi bir gerekçe olarak sunulamayacaktır. Keza şayet kanun koyucu aval ile 584'ün dolanılabilceği görüşündeydi, eşin rızasına ilişkin düzenlemede avalde de eşin rızasının gerektiğini açıkça düzenleyebilirdi.

Bununla birlikte, aval verdirilerek eşin rızasına ilişkin TBK m. 584'ün dolanılacağı gerekçesine de katılmıyoruz. Zira kefalette eşin rızası hükmüne takılmamak için aval yoluna başvuran kişiler, avalde de eşin rızası hükmüne takılmamak için başka yöntemleri tercih edebilirler. Örneğin aval vermeye razı olan kişiye bonoda düzenleyen olarak veya ciranta olarak imza attırılabilir¹²⁴. Aval vermeye razı olan kişiyi ikna etmek için, lehine aval verilecek kişiyle birlikte kambiyo senedi düzenlettirebilirler. Bu durumlarda herhangi bir şekilde eşin rızası hükmünün uygulanma imkanı kalmayacaktır ve kanunun dolanıldığı iddiasında da bulunulamayacaktır. Dolayısıyla kanunun dolanılacağı gerekçesiyle avalin de eşin rızasına tabi olması gerektiği sonucuna varmak, hali hazırda hükümleri dolanmak isteyenleri yeni yöntemlere itecektir. Bu sebeple, avalin TBK m. 603'ün uygulama alanına girip girmediğine söz konusu hüküm ve aval kurumunun hukuki niteliği dikkate alınarak karar verilmelidir.

C. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERE AYKIRILIK OLUŞTURMAYACAĞI GEREKÇESİ

YİBK'da çoğunluk görüşü avalde eşin rızasının aranmasının uluslararası sözleşmelere aykırı sayılacağı ve Türkiye ile iş yapan yabancı tacirlerin ülkemize olan güvenini sarsacağına ilişkin görüşler ileri sürülmüştür. Buna karşın karşı oyda bu konuda Türk hukukunda usulüne uygun olarak imzalanan ve onaylanan herhangi bir uluslararası sözleşme bulunmadığı için bu konuda ülkemizi bağlayacak herhangi bir yasal zorunluluk bulunmadığı belirtilmiştir. Bununla birlikte, kambiyo senetlerinin geçerliliği hususu TTK'nın 767-770 ve 819 – 821. maddelerinde özel olarak düzenlenmiş olup, şekil bakımından senedin geçerliliği, borçlanmaların imza edilmiş olduğu ülkenin hukukuna tabi olduğu kabul edilmiştir. Buna göre, Türkiye'de bir çek veya senedi ciro yoluyla devir alan yabancı kişilerin, bu konuda Türk hukukunu bilip bilmemelerinin herhangi bir önemi bulunmayacağından, aksi görüşü savunan üyelerin yaklaşımlarında da bir isabet bulunmamaktadır¹²⁵.

Karşı oyda ve doktrinde avalde eşin rızasının gerektiği savı ispatlanmaya çalışılırken TBK m. 603'ün hem sözü hem de ruhu dikkate alınmaktadır. Bu konuda bilim komisyonunun gerekçesinden yola çıkılmaktadır. Şayet TBK m. 603'ün avali kapsamı gerektiği konusunda kanun koyucunun muhtemel iradesi dikkate alınıyorsa; o zaman eşin rızasının avalde uygulanmayacağı görüşünde de uluslararası sözleşmeler¹²⁶ dayanak olarak gösterilebilir. Uluslararası sözleşmelere aykırılıktan

124 Aynı görüşte bkz. Oğuz, Sefer, 6098 Sayılı TBK m. 584/İ'nin Bankacılık Uygulamasında Yaratdığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliğine İlişkin Düşünceler, Bankacılar Dergisi, S. 86, 2013, s. 75; Can, s. 38.

125 İlk karşı oy yazısı paragraf 19.

126 Kambiyo senetlerine ilişkin düzenlemeler Milletler Cemiyeti'nce Cenevre'de düzenlenen konferansta 7 haziran 1930 tarihinde poliçe ve bono, 19 mart 1931 tarihinde çek ile ilgili olarak kabul edilmiş kurallardır. Convention Providing a Uniform Law For Bills of Exchange and Promissory Notes (Geneva, 1930) The League of Nations için bkz. <https://www.jus.uio.no/lm/bills.of.exchange.and.promissory.notes.convention.1930/doc.html>, ET. 25.112018; Geneva

kasıt, hükmün mehzazının dikkate alınması gerektiğidir. Zira kambiyo senetlerinin aldığımız sözleşmede bir kurgulanış tarzı vardır. Bunu dikkate almak için de uluslararası sözleşmenin Anayasa m. 90¹²⁷'da düzenlendiği şekilde kanunla eşit düzeye getirilmesine gerek yoktur.

D. ANAYASA MAHKEMESİ KARARINA AYKIRILIK OLUŞTURDUĞU GEREKÇESİ

Avalde eşin rızasının aranması gerektiğine dair karşı oy yazısının gerekçelerinden biri de Anayasa mahkemesi kararı ile YİBK'nın birbirine aykırı olmasıdır¹²⁸. Buna göre Ankara 4. İcra Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlıkta eşin rızası alınmaksızın aval verilmesi sebebiyle icra takibinin iptali istenmiştir. Bunun üzerine mahkeme TBK'nın 584. maddesinin ve 603. maddesindeki "...eşin rızası" ibaresinin Anayasanın 12¹²⁹, 13¹³⁰ ve 48.¹³¹ maddelerine aykırılığı gerekçesiyle iptallerini istemiştir¹³². AYM iptali istenen hükümlerin anayasanın 13, 35, 41 ve 48. maddelerine aykırı olmadığı gerekçesiyle, iptal isteminin reddine karar vermiştir. Karşı oy görüşüne göre, AYM ilk inceleme esnasında TBK'nın 603. maddesinin avali de kapsadığı düşüncesiyle işin esasına girmiştir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesinin "ilk inceleme" bölümünün konusu ile YİBK'nın konusunun aynı olduğu *söylenbilir*. Zira her iki değerlendirmenin konusu, kambiyo senetlerinde aval verilmesi halinde, avalin geçerli olabilmesi için eşin rızasının aranıp aranmayacağıdır¹³³. Bununla birlikte, AYM kararında kullanılan gerekçede karşı oy yazısında avalde eşin rızasının uygulanması gerektiğini ortaya koymuştur. Buna göre, "Anayasanın 41. maddesinde yer alan anayasal görevi kapsamında Devletin, ailenin huzur ve refahını korumak için sadece kefalette değil, üçüncü kişiler lehine kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde eşin rızasını aramasının ulaşılmak istenen amaçla orantılı bir düzenleme olduğu gerekçesiyle TBK'nın 603.maddesinde yer alan "... eşin rızası ..." ibaresinin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermesi avalde de eşin rızasının uygulanmasını gerektirir¹³⁴." Ayrıca, eşinin iznini almadan aval veren bir kişi, aval verdiği senetle ilgili olarak aleyhine başlatılan bir icra takibiyle ilgili olarak açtığı takibin iptali davasında, 6098 sayılı Kanununun 603. maddesi yollamasıyla 584. maddesinin uyuşmazlığa uygulanmaması nedeniyle cebri icra tehdidi altında ödemede bulunduğunu ve

Convention of 1931 on Cheques için bkz. <https://academic.oup.com/ulr/article-abstract/os-9/1/292/2565650?redirectedFrom=fulltext>, ET. 25.11.2018.

127 Anayasa m. 90/son uyarınca "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz."

128 Birinci karşı oy yazısı paragraf 15 ve ikinci karşı oy yazısı paragraf 2.

129 Anayasa m. 12 "Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder."

130 Anayasa m. 13 "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

131 Anayasa m. 48 "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

132 AYM, E. 2013/57, K. 2013/162, T. 26.02.2013.

133 İkinci karşı oy yazısı paragraf 2.

134 İlk karşı oy yazısı paragraf 15; Aynı yönde Altop, s. 297 dph. 15.

hukukun yanlış uygulanmasından dolayı hakkının ihlal edildiğini belirterek, bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine başvurabilecektir. Böyle bir durumda, bireysel başvuru talebiyle ilgili değerlendirme, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre mi, yoksa Anayasa Mahkemesi kararına göre mi yapılacaktır? Bireysel başvuruyla ilgili değerlendirmede AYM ihlal kararı verebilecektir¹³⁵.

AYM kararında ilk inceleme aşamasında avale eşin rızasının uygulanacak hüküm olduğu düşüncesiyle işin esasına girilmiştir. Buna karşın hüküm değerlendirilirken avalin hukuki niteliği dikkate alınmamıştır. Zira karşı oyunda dayandığı gerekçede *üçüncü kişiler lehine kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde eşin rızasının aranmasından yola çıkılmıştır*. Oysa aval tek taraflı hukuki işlemdir. Keza AYM kararlarının gerekçeleri değil, kendisi bağlayıcı olduğu için gerekçeden de yola çıkılamaz; çünkü, Anayasa m. 153/son uyarınca Anayasa Mahkemesi kararları yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar. AYM’de verilen karar ise ‘TBK m. 584 ve TBK m. 603’te yer alan “...ve eşin rızasına...” ibaresinin, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin madde 13, mülkiyet hakkına ilişkin 35; ailenin korunması ve çocuk hakları madde başlıklı 41 ve çalışma hakkı ve ödevine ilişkin madde 48’e aykırı olmadığıdır. Burada avalde eşin rızası gerekli midir sorunu irdelenmemiştir. Dolayısıyla bireysel başvuru talebinde bulunulsa bile, Anayasa Mahkemesi kararı ile YİBK birbiriyle çatışmamaktadır. Anayasa mahkemesinin ilk inceleme aşaması da yetersiz incelemeye dayanmaktadır.

E. TBK İLE TTK ARASINDA ÖZEL/GENEL HÜKÜM İLİŞKİSİNİN DİKKATE ALINAMAYACAĞI GEREKÇESİ

YİBK’da çoğunluk görüşü savunan üyeler tarafından, bir ticari müessese olan aval için, TBK’daki sözleşmeler için aranan unsurların aranmasının doğru olmadığı, TBK’ya nazaran TTK’nın daha özel bir kanun olduğu ifade edilmiştir. Buna karşın karşı oyda bu yaklaşımın isabetli olmadığı, özel düzenlemenin kanun bazında değil, konu ve madde bazında olduğu ileri sürülmüştür. Buna göre özel kanun/genel kanun ayrımı doğru olmayıp, özel düzenleme/genel düzenleme kavramı söz konusu olabilir. Her ne kadar bazı ticari düzenlemeler, TBK’ya nazaran TTK’da daha özeldir düzenlenmiş ise de (söz gelimi faiz, temerrüt vs.), ehliyet, temerrüdün genel sonuçları, sözleşme türlerine göre özel uygulama halleri, iş ticari olsa bile TBK’da çok daha özel düzenleme konusu yapılmıştır. Bu sebeple, özel kanun/genel kanun yaklaşımı doğru değildir ve avalde eşin rızası aranmalıdır¹³⁶. Doktrinde genel özel kanun ayrımı yapılmaması gerektiğini düşünen yazarlardan biri de, kanun koyucu TBK m. 584/3’ü eklemek suretiyle bu tür yorum yapma imkanını ortadan kaldırmıştır. Hükümde Ticaret Hukuku ile ilgili hangi hallerde eşin rızasının aranmayacağını genel bir kanun olan BK’da özel bir fıkra ile düzenlediğinden, TK’nın BK karşısında özel hükümler içerdiği gerekçesine yani doktrin ve Yargıtay kararlarında görülen genel hüküm – özel hüküm

135 İkinci karşı oy yazısı paragraf 2.

136 İlk karşı oy yazısı paragraf 17.

gerekçesine gidilememelidir. 584'ün kapsamına girmeyen her türlü kişisel güvence için eşin rızası aranmalıdır¹³⁷.

Öncelikle ifade edilmelidir ki özel düzenlemenin kanun bazında değil, hüküm bazında incelenmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Hukukumuzda kanunların kapsamı dikkate alınarak genel-özel kanun ayrımı da yapılmaktadır¹³⁸. Örneğin ticaret kanunu genel kanun iken, çek kanunu özel kanundur. Bununla birlikte, aval ile kefalet ve TBK m. 603 açısından genel özel hüküm ayırımına gidilebilir mi bunun incelenmesi gereklidir. Kanaatimizce böyle bir ayırma gidilemez. Zira bir hükmün maddi unsurunda daima diğer bir hükmün maddi unsuru ve buna ilaveten diğer bazı vakıa veya vakıalar yer alıyorsa bu takdirde birinci hüküm ikincisine nisbetle özel, ikincisi de birincisine nisbetle genel hüküm niteliğindedir. Özel hükmün kapsamına giren bütün haller genel hükmün de kapsamına girer¹³⁹.

Aval ile kefalet sözleşmesinin karşılaştırılması bakımından, öncelikle, kefalet sözleşmesinin tanımlandığı TBK m. 581 incelenmelidir. Hüküm uyarınca, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmeye “kefalet sözleşmesi” denilmektedir. Buna göre, kefalet sözleşmesi, iki taraflı bir hukuki işlem ve kefil ile alacaklı arasında karşılıklı irade beyanlarının uyuşması suretiyle oluşur. Buna karşın, aval tek taraflı bir hukuki işlem ve sadece aval verenin irade beyanı ile oluşur. TBK m. 581 uyarınca, kefilin taahhüdü, borçlunun borcunu ifasını sağlamaya yönelik olmayıp; aksine, borçlunun, borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından, kişisel olarak sorumlu olmaya yöneliktir. Dolayısıyla, kefilin borcu hiçbir zaman borçlunun borcu ile aynı değildir¹⁴⁰.

Oysa, TTK m. 700, f. 1 uyarınca, aval suretiyle poliçe bedelinin ödenmesi temin edilmektedir. Bir başka deyişle, aval verenin borcu, lehine aval verilenin poliçe bedelini ödememesinin sonuçlarından sorumlu olmaya yönelik değildir. Aksine aval veren, lehine aval verilenle birlikte, hamile karşı asli bir sorumluluk yüklenmektedir. Dolayısıyla kefalette bulunan temel unsurların avalde de olması lazım ki, genel özel hüküm ayırımına gidilsin. Oysa aval kambiyo senetlerine özgü tek taraflı bir hukuki işlemdir. Bununla birlikte aval veren, lehine aval verilen ifa etmese dahi kambiyo senedinden doğan borcu ödemekle yükümlüdür. Bu sebeple, aval ile kefalet sözleşmesi arasında genel – özel hüküm ayırımına gidilemez. Kanaatimizce ikisi de teminat amacı güden hukuki işlemlerin birer alt türüdür. Ayrıca TBK m. 603 sözleşmeler açısından uygulanacağı için yine aval kapsamına almayacaktır.

137 Şeker, s. 79.

138 Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987, s. 70; Gözler, hukuk kuralları arasında çatışma çözme hususunda lex specialis-özel kanun – ilkesinin kullanıldığını, bu ilkenin özel kanun genel kanunları ilga eder özdeyişle dile getirildiğini ifade etmektedir. Bkz. Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014, s. 344.

139 A normunun maddi unsuru X, b normunun maddi unsuru X+Y olması halinde, b normuna a normuna nisbetle özel hüküm, a normuna da b normuna nisbetle genel hüküm denir. Bkz. Çağa, Tahir, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, 1991, s. 370, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19913-1003,ET.22.11.2018>.

140 Gümüş, s. 320.

F. BİLİM KOMİSYONUNUN GEREKÇESİ

Avalde işin izninin aranması gerektiğine yönelik diğer bir gerekçe, bilim komisyonunun gerekçesine dayanmaktadır. Buna göre, Tasarının, 603. maddesinin Tasandan çıkarılmasına yönelik görüşler ileri sürülmüştür. Bilim Komisyonunca bu teklif uygun görülmemiştir; çünkü, madde ile, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere (meselâ, garanti sözleşmelerine) de uygulanabilmesi amaçlanmıştır. Böylece, kefil koruyucu nitelikteki hükümlerin en önemlilerini içeren maddenin uygulama alanı genişletilmek suretiyle, kefalet dışındaki diğer kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerin hukukî niteliklerine ilişkin farklılıkları saklı olmak üzere, güvence verenler, sınırlı biçimde yasal koruma altına alınmaktadırlar. 6098 sayılı Kanununun 584 ve 603. madde hükümlerinin gerek sözü, gerekse ruhu nazara alındığında, avalde de eşin rızası alınmalıdır¹⁴¹. Bununla birlikte doktrinde, sözleşme kelimesinin avalin tek taraflı hukuki işlem olması sebebiyle hükmün kapsamı dışında bırakılmasını amaçlayan bilinçli bir terminolojik tercihi yansıttığı söylenemeyeceği ileri sürülmektedir. Hükmü kaleme alanlar, kefaletle ilişkin şekil ve ehliyet sınırlamalarının uygulanmaz hale getirilmesi kaygısını taşıdıkları, bu kaygıyı gidermek için de, söz konusu sınırlandırmaların uygulama alanını hiç ayırım gözetmeksizin her türlü kişisel teminata yaymak istedikleri açıktır¹⁴².

Komisyonun gerekçesinde eşin rızasına ilişkin hükmün “diğer kişisel güvence verilmesine ilişkin sözleşmelerin hukukî niteliklerine ilişkin farklılıkları saklı olmak üzere” uygulanacağı ifade edilmiştir. Gerekçede iki ifadeye dikkat edilmelidir. Öncelikle burada da TBK m. 603'teki gibi sözleşme kavramının kullanılmasıdır. Şayet kanun yapılırken amaç sözleşme yerine hukuki işlem olsaydı en azından gerekçede hukuki işlem kavramı kullanılabilirdi. Aynı ifadenin iki kez kullanılmış olması bunun bilinçsiz bir terminolojik tercih olduğu savını çürütecektir. Gerekçede sözleşmelerin hukuki niteliklerine ilişkin farklılıklarının saklı olduğu da, esasen bazı kişisel teminat içeren hukuki işlemlere uygulanamayacağını dikkate aldıklarını ortaya koymaktadır.

G. GEÇERSİZ SAYILACAK AVAL SAYISI AZ OLDUĞU İÇİN KAMBIYO HUKUKUNUN SARSILMAYACAĞI GEREKÇESİ

Karşı oyda avalde eşin rızasının aranması halinde kambiyo hukukunun çökeceği ve böyle bir hukuk dalının ortada kalmayacağı görüşünün isabetli olmadığı savunulmuştur. Zira, aval kambiyo senetlerinin zorunlu bir unsuru olmadığı gibi, avalin geçersiz olması da kambiyo senetlerinin geçersizliğine yol açmayacaktır. Bununla birlikte tüzel kişi tacirler tarafından verilen avallerde hiçbir zaman ve hiçbir şekilde eşin rızasına gerek olmayacaktır. Ticari piyasanın zaten büyük kısmının tüzel kişi tacirler tarafından yürütüldüğü düşünüldüğünde, TBK 603.maddesi sebebiyle geçersiz sayılabilecek aval sayısı ekal miktarda kalacaktır. Öte yandan, TBK m. 584/3

141 İkinci karşı oy yazısı paragraf 4.

142 Özen, s. 53-54; Altop, s. 300.

sayesinde, piyasada sırf eşin rızasının eksikliği yüzünden geçersiz sayılacak aval sayısı minimum seviyeye inmiş sayılacaktır¹⁴³.

Eşin rızasının eksikliği yüzünden geçersiz olacak aval sayısının az olması sebebiyle kambiyo hukukuna sorun teşkil etmeyeceği görüşüne katılmıyoruz. Zira ticari işler, hız ve kolaylık gerektirir¹⁴⁴ ve kambiyo senetleri, kıymetli evrakın özelliği¹⁴⁵ olan tedavül kabiliyetinin¹⁴⁶ en hızlı şekilde gerçekleştiği senetlerdir. Avalde eşin rızasının uygulanması durumunda tedavül kabiliyetini olumsuz etkileyecektir. Buna göre, senedi devralacak kimse öncelikle senet yüzünde avalin bulunup bulunmadığına bakacak, sonrasında ise bu avalin kimin için verildiğini tespiti çalışacaktır. Tespit edemezse, kanuni karineden hareketle aval işlemini müteakip, aval verenin evli olup olmaması keyfiyetini de tetkik edip, en geç senedin hamiline teslimi aşamasında, varsa aval verenin eşinin yazılı rızasının veriliş verilmemişliği incelemek durumunda kalacaktır¹⁴⁷. Hamil için zaten güç olduğu gibi, devam eden cirolar nedeniyle sonraki hamiller için neredeyse senedin tedavül kabiliyetini ortadan kaldıracak bir güvensizlik sonucunu doğuracaktır¹⁴⁸.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası, kefalet sözleşmesinin dışında bir belgede verilebilmektedir. Uygulamada avalde de bu yönetime gidilirse ne yapılacaktır? Eşin rızası, poliçe veya alonj dışında başka bir belge üzerinde verilemez; çünkü, avalin unsurlarının, TTK m. 701, f. 1 uyarınca, poliçe veya alonj üzerinde bulunması gerekmektedir. Bununla birlikte, eşin rızasının, kambiyo senedi dışında bir belge üzerinde verilmesine, kıymetli evrakın sıkı şekil koşullarına bağlı olması özelliği de engeldir. Zira, bu özellik sebebiyle “senet nasılsa ve ne diyorsa ona göre işlem yapılır”¹⁴⁹. Bu sebeple, yetkili hamil, yalnızca elindeki kambiyo senedine güvenir ve maddi soyutluk¹⁵⁰ gereği de bu güveni korur. Şayet, eşin rızasına ilişkin hüküm, avale de uygulanırsa, yetkili hamil tarafından poliçe ödeme için ibraz edildiğinde, eşin rızası verilmemişliği gerekçesiyle aval taahhüdünün geçersizliği ileri sürülebilecektir. Bu nedenle, eşin rızasının başka bir belgede verilebileceğini savunmak, hem kıymetli evrakın temel ilkeleriyle çelişen sorunlar ortaya çıkaracak, hem de aval veren tarafından bu durumun kötüye kullanılmasına yol açabilecektir.

Bununla birlikte, izin verecek olan eş, bunu belirten bir beyanda da bulunacaktır, ancak böyle bir beyan kambiyo senedinin üzerine verilemez; çünkü, kambiyo senetlerine yazılabilecek kayıtlar¹⁵¹, şayet TTK’da öngörülmemişse, ancak kambiyo taahhüdünü şarta bağlamamak kaydıyla konulabilir¹⁵²; oysa, TBK m. 603 uyarınca, eşin rızasına ilişkin kayıt olmazsa aval verenin

143 İlk karşı oy yazısı paragraf 18; Aynı yönde Şeker, s. 80;

144 Eren, s. 13.

145 Ülgen/Helvacı/Kaya/Nomer Ertan, s. 20, anılan eserde hak ve senedin kıymetli evrakın unsurlarını oluştururken, hak ve senet birlikteliği ile tedavül kabiliyetinin kıymetli evrakın kavramsal özellikleri olduğu belirtilmiştir.

146 Poroy/Tekinalp, s. 28; Öztan, 2017, s. 20 – 21.

147 Can, s. 57-58.

148 Can, s. 58.

149 Poroy/Tekinalp, s. 45.

150 Kambiyo senetlerinin özelliklerinden birinin de soyutluk ilkesi olduğu ve bunun da biçimsel ve maddi soyutluk olarak ikiye ayrıldığı hususunda bkz. Ülgen/Helvacı/ Kaya/Nomer Ertan, s. 98-100.

151 Öztan, 2017, s.84 vd.

152 Poroy/Tekinalp, s. 151-152.

taahhüdü geçersiz olacaktır. Dolayısıyla, eşin rızasına ilişkin kayıt, kambiyo taahhüdünün şarta bağlanamayacağı hususuna da aykırı olacaktır.

IV. SONUÇ

Aval, kambiyo senedinin ödenmesini kısmen veya tamamen temin amacına yönelik özellikli bir kambiyo taahhüdüdür. Aval maddi ve şekli şartlardan oluşmaktadır. Avalin maddi şartları, kural olarak kambiyo senedinden doğan borcun bulunması ve aval verenin ehil olmasıdır. Avalin şekli şartları avalin, aval beyanını, avalin kimin için verildiğini gösteren bir kaydı, aval verenin imzasını ve aval miktarını içermesi gerekmektedir. Bu dört unsuru içeren irade açıklaması TTK m. 701, f. 1 düzenlemesinde “aval şerhi” şeklinde ifade edilmiş olup aynı hüküm uyarınca, aval şerhinin poliçe veya alonj üzerine yazılması gerekmektedir.

TBK m. 603 uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Hükümün uygulanması için kişisel güvence verilmesi gerekir. Bu sebeple, aynı teminatlar TBK m. 603’ün uygulama alanı dışındadır. Kişisel güvence gerçek kişilerce verilmelidir. Tüzel kişiler tarafından verilen kişisel güvencelerde TBK m. 603 uygulanmaz. Kişisel güvenceyi içeren hukuki işlemin niteliği “sözleşme” olmalıdır.

Gerekli irade beyanı adedine bağlı olarak yapılan hukuki işlemlerin türleri ayrımında, aval tek taraflı hukuki işlem kategorisinde yer almaktadır. Aval, aval verenin veya yetkili temsilcisinin poliçe veya alonj üzerine atılan imzasıyla oluşmaktadır. Zira, avalin şekline ilişkin TTK m. 701, f. 1 ve 2’de, avalin, poliçe veya alonj üzerinde aval veya buna eş anlamlı bir ibareyle ifade edilmesi ve bu beyanın aval veren tarafından imzalanması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, avalin tek taraflı hukuki işlem olduğunu TTK m. 701, f. 3’de ortaya koymaktadır. Hüküm uyarınca, muhatabın veya düzenleyenin imzaları hariç olmak üzere, poliçenin yüzüne atılan her imza aval şerhi sayılır. Kanun koyucu bu hükümde açıkça avalin, sadece aval verenin senedin ön yüzüne attığı imza ile kurulacağını düzenlemiştir. Avalin oluşması için başka bir irade beyanı aramamıştır. Sözleşmenin oluşabilmesi için iki taraf ve kabul beyanı gereklidir. Oysa doktrinde ve karşı oyda aval şayet sözleşmeyle, bunun karşı tarafının kim olduğu ve kabul beyanının nasıl yapıldığı hususunda gerekli açıklama yapılamamıştır. Avalin hukuki niteliği üçüncü kişinin fiilini üstlenme ve garanti sözleşmesi de değildir; çünkü bu sözleşmelerde gerekli unsurlar avalde bulunmamaktadır.

TBK m. 584, f. 3’te avalin yer almaması, avalde eşin rızasının gerektiği sonucuna varmak için yeterli bir gerekçe değildir. Bu varsayım, TBK m. 603’ün uygulama alanına girdiği görüşüne dayanmaktadır. Aval verdirilerek eşin rızasına ilişkin TBK m. 584’ün dolanılacağı gerekçesi yerinde değildir. Zira kefalette eşin rızası hükmüne takılmamak için aval yoluna başvuran kişiler, avalde de eşin rızası hükmüne takılmamak için başka yöntemleri tercih edebilirler. Örneğin aval vermeye razı olan kişiye bonoda düzenleyen olarak veya ciranta olarak imza attırılabilir.

Son olarak aile kurumunun korunması hususu Türkiye gerçekleri dikkate alınarak ele alınmalıdır. Özellikle kadına karşı baskının ve çalışmayan kadın eş sayısının fazla olduğu ülkemizde, eşin rızası baskı yoluyla da alınabilecektir. Bu baskı evde uygulanacağı için bunun ispatı da zor olacaktır. Ayrıca ayalde eşin rızasının aranmasının sebebi, aile kurumunu korumaksa öncelikli olarak eşin rızasına ilişkin TBK m. 584, f. 3'te yer alan istisnalar da getirilmemeliydi. Bu bağlamda, ailenin korunması meselesi temelinden çözülmek isteniyorsa, bunun yolu eğitimden geçmektedir.

Kısaltmalar

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

b. : bend

Bkz./bkz.: Bakınız

c. : Cümle

C. : Cilt

dpn. : Dipnot

E. : Esas

ET. : En Son Erişim Tarihi

f. : Fıkra

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu

http. : Hypertext transfer protocol

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

K. : Karar

m. : Madde

s. : Sayfa

S. : Sayı

T. : Tarih

TBK : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku, İkinci Cilt, Yenilenmiş 11. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008.

- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut, Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 6. Bası, Beta, İstanbul 2007.
- Aksu Özkan, Raziye, Aval Kurumu, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Altop, Atilla, Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK M. 603 Hükümü Uyarınca Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine ve Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak Mıdır?, Özel Sayı, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan-C. II, Ankara 2016, s. 296-308.
- Aral, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- Ayan, Serkan, Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.
- Barlas, Nami, Yeni Medeni Kanunun Aynı Teminatlara İlişkin Düzenlemeleri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C. II, 2003, s. 569-588 (Barlas, Aynı Teminat).
- Barlas, Nami, Yeni Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Y. 76, S. 2, 2011, s. 7-28.
- Bilge, Necip, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 1971.
- Bozer, Ali/Göle, Celal, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş Yedinci Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2017.
- Can, Mehmet Çelebi, Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği – Avalde Eşin Rızası Aranmalı Mı?, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, 2017, S. 3, s. 35-73.
- Can, Mertol, Kıymetli Evrak Hukuku, İmaj Yayınevi, Ankara 2012 (Can, Kıymetli).
- Carry, Paul, Aval Hakkında Doktrin ve Tatbikatta Yenilikler, (Çev. Turgut Sengir), İBD, S. 1-2-3, 1961, s. 299-310.
- Çağa, Tahir, Özel Hüküm Genel Hüküm Daima Bertaraf Eder Mi?, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, 1991, s. 366-375, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1991-19913-1003>, ET. 22.11.2018.
- Demir, Şamil, Kefalet Sözleşmesinin Uygulama Alanı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 108, 2013, s. 87-122.
- Demirkapı, Ertan, Kambyo Senetlerinin Aval Yoluyla Temini, Güncel Yayınevi, İzmir 2005.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Domaniç, Hayri, Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş İkinci Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975.
- Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş Üçüncü Bası, Ankara 1987.
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 23. Baskı, Ankara 2018.
- Eriş, Gönen, Açıklamalı – İctihatlı Türk Ticaret Kanunu Kıymetli Evrak ve Taşıma, Seçkin Yayınevi, Ankara 1988.
- Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş 11. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2014.
- Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.
- Helvacı, Mehmet, Kambyo Senetlerinde Defiler, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Birinci Cilt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 647-703.
- Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, Legal Yayıncılık, Yedinci Bası, İstanbul 2016 (Helvacı, Kişiler).
- İpekçi, Nizami/İlbuldu, Nedret, Türk Ticaret Yasasında Aval, İpekçi Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Kahyaoglu, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1996.

- Karakaş, Fatma Tülay, Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, AÜHF, C. 62, S. 3, 2013, s. 729-759.
- Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod-Problem Çözme, Genişletilmiş 5. Baskı 2001'den 6. Tıpkı Basım, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Kayar, İsmail, Kıymetli Evrak Hukuku, Ankara 2003.
- Kendigelen, Abuzer, Çek Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncelleştirilmiş 5. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Kınacıoğlu, Naci, Kıymetli Evrak Hukuku, 3. Baskı, Gazi Üniversitesi Basın – Yayın Yüksekokulu Matbaası, Ankara 1987.
- Kırca, İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin İzni, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s. 435-457.
- Kırca, Çiğdem, Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion), AÜHF, C. 50, S. 1, 2001 (Kırca, Örtülü Boşluk).
- Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, C. 1, 2010 Tarihli 5. Basıdan 6. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014.
- Koç, Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Mahmut Tevfik Birselle Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.
- Koşer, Nihal, Aval ve Avalın Diğer Kişisel Teminat Sağlayan Sözleşmelerle İlişkisi, Prof. Dr. Turgut Önen'e Armağan, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2016, s. 241-264.
- Kuntalp, Erden, Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk, Reha Poroy'a Armağan, İÜHF, İstanbul 1995, s. 263-298.
- Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Boralı, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef, "Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirmeler", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 2005, s. 273-374.
- Oğuz, Sefer, 6098 Sayılı TBK m. 584/I'nin Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliğine İlişkin Düşünceler, Bankacılar Dergisi, S. 86, 2013, s. 67-77.
- Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kavramlar, Temel Kaynaklar, 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- Öktem Çevik, Seda, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C.8, S. 89-90, 2012, s. 113-133.
- Özdamar, Mehmet, Yargıtay Kararları Işığında Ticarî İşletmede Şube Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, S. 1, Kış 2007, s. 48-61.
- Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 1997 (Öztan, 1997).
- Öztan, Fırat, Kıymetli Evrak Hukuku, Güncelleştirilmiş 21. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2017 (Öztan, 2017).
- Sengir, Turgut, Aval Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1967.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basım'dan Beşinci Tıpkı Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
- Tekinay, Sulhi Selahattin/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.

Topuz, Gökçen, Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İsbat Yüğü, İstanbul 1980.

Ülgen, Hüseyin/Helvacı, Mehmet/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, N. Füsün, Kıymetli Evrak Hukuku, 12. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2019.

Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 11. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2012.

Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1997.

Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.

İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılmasında Öngörülebilirlik İlkesi*

Limitation of Contractual Damages by the Principle of Remoteness under English Law

Serap HELVACI** 

Çisil DURGUN ARSLAN*** 

Öz

Sözleşmenin ihlâli sonucunda alacaklı açısından meydana gelen tazminat sorumluluğunun kapsamı farklı ilkeler çerçevesinde sınırlandırılmaya çalışılmaktadır. Zira tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlandırılmaması, bazı durumlarda aşırı ve adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilecek niteliktedir. Tazminat sorumluluğunun kapsam bakımından sınırlandırılmasında muhtelif ilkelere yer veren İngiliz hukukunda, borçlunun sözleşmesel sorumluluğunun asli sınırını öngörülebilirlik ilkesi (*the rule of remoteness*) çizmektedir. İngiliz içtihat hukukunun gelişiminde büyük katkı sağladığı öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde yer alan temel prensipler, esas itibarıyla *Hadley v Baxendale*¹ kararı ile belirlenmiştir. Bu doğrultuda, ilk olarak hayatın olağan akışı içerisinde yaşam deneyimi olan borçlunun sözleşmenin kurulduğu sırada bildiği ya da bilmesi gereken bilgiler esas alınarak, meydana gelen ihlâlin borçlu açısından öngörülebilir olup olmadığı tespit edilmeye çalışılacaktır. İkinci olarak ise, sözleşenler tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada özel olarak göz önünde bulundurulan ihtimaller değerlendirilecek ve bu kapsamda meydana gelen ihlâlin borçlu açısından öngörülebilir olup olmadığı dikkate alınacaktır. Sonuç olarak İngiliz hukukunda borçlu, ihlâlinin sonucunda ortaya çıkacağını bu iki aşama doğrultusunda öngöremediği zararlardan ötürü alacaklısına karşı sorumlu tutulamayacaktır. Ne var ki söz konusu iki aşamalı testin her durumda uygulanması, somut olay adaletinin sağlanması bakımından yeterli kabul edilmediği için; konu, mahkeme kararları çerçevesinde İngiliz hukukunda halen gelişim ve değişim göstermeye devam etmektedir.

Anahtar Kelimeler: İngiliz Sözleşme Hukuku Uyarınca Tazminat Sorumluluğunun Sınırlandırılması, Öngörülebilirlik İlkesi, Zararın Öngörülebilirliği, Hayatın Olağan Akışı İçerisinde Meydana Gelmesi

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bilim Dalı nezdinde savunulan “Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak İngiliz Hukukunda İfa Menfaati Kavramı Merkezinde Yaptırımlar” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir.

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi,
E-Mail: shelvaci@marmara.edu.tr.

*** Ar. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi,
E-Mail: cisil.durgun@marmara.edu.tr.

1 *Hadley v. Baxendale*, (1854) 156 Eng. Rep. 145, 9 Ex. 341.

Makul Olan Zararlar, Sözleşenler Tarafından Özel Olarak Göz Önünde Bulundurululan İhtimaller Çerçevesinde Meydana Gelmesi Makul Olan Zararlar.

Abstract

To compensate the claimant fully for all loss that can, in some sense, be said to flow from a breach of contract would often lead to undesirable and unfair results. The English law has therefore developed a number of rules for the purpose of limiting damages for breach of contract. The most prevailing of them is the rule of remoteness. The foundation of the law on this subject is contained in the judgments of English courts and the general rules on this topic were formulated in *Hadley v Baxendale*. A claimant can only recover loss according to the usual course of things caused by the breach or if the loss caused by the breach was within the reasonable contemplation of the parties at the time that the contract was entered into. Therefore, a defendant is only liable if the loss occurs under the first or second branch of the rule. However, the application of this test gives rise to many problems and a result of this, it is suggested that such two-staged test should be adapted to the changes and developments come from new circumstances.

Keywords: Limitation of Contractual Damages under English Law, The Rule of Remoteness, Remoteness of Damage, Damages Reasonably Arising in the Ordinary Course of Things, Damages Reasonably Supposed to be in the Contemplation of the Parties.

Giriş

Alacaklının sözleşmenin ihlali ile ilişkilendirilebilecek zararlarının hangi kapsamda borçlunun tazminat sorumluluğuna yol açacağı hususu, İngiliz hukukunda söz konusu sorumluluğun sınırını asli olarak çizen öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Öngörülebilirlik ilkesinin gelişiminin esas itibariyle *common law* sisteminin uygulandığı İngiliz hukuku merkezinde ele alınacağı bu çalışmada²; söz konusu ilkenin *civil law* sisteminin benimsendiği diğer pek çok hukuk sisteminde de muhtelif şekillerde uygulama alanı bulduğu unutulmamalıdır³. Sözleşmenin ihlali nedeniyle meydana gelen tazminat sorumluluğunun sınırını çizen Fransız hukuku kökenli⁴

2 İngiliz hukukunda öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde benimsenen prensiplerin ilk olarak ele alındığı karar *Hadley v. Baxendale*, (1854) 156 Eng. Rep. 145, 9 Ex. 341 kararıdır.

3 Bknz. **Beatson, Sir Jack; Burrows, Andrew; Cartwright, John:** Anson's Law of Contract, 30th Edition, Oxford University Press, 2016, s. 575; **Cartwright, John:** Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Oxford and Portland, Oregon 2007, s. 267; **Treitel, Sir Guenter:** Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account), Oxford 1988, s. 150 vd. (Treitel, Remedies); **Yelkenci, Işıl:** Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul 2014, s. 223 dñn. 249; **Kramer, Adam:** "An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages", Nili Cohen and Ewan McKendrick (eds), Comparative Remedies for Breach of Contract, Oxford 2005, s. 249-286, s. 249. Louisiana Medeni Kanunu'nun 1996. maddesi, Avrupa Sözleşmeler Hukukunun Temel İlkeleri (PECL) uyarınca 9.503. maddesi, Quebec Medeni Kanunu'nun 1613. maddesi, Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler (UPICC) uyarınca 7.4.4. maddesi, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) uyarınca düzenlenen 74. maddesi, öngörülebilirlik ilkesinin uygulama alanı bulunduğu diğer düzenlemelerdendir.

4 Öngörülebilirlik ilkesinin çıkış noktası olarak Fransız Medeni Kanunu'nun 1149-1151 maddelerinin gösterildiğine ilişkin bknz. **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 575; **Cartwright**, s. 267; **Treitel**, Remedies, s. 150 vd. Fransız hukukunda öngörülebilirlik ilkesi hakkında detaylı bir çalışma için bkz. **Souleau, Isabelle:** La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l'article 1150 du code civil), Paris II, 1979.

öngörülebilirlik ilkesi, üstlendiği sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçlunun yol açtığı zararların sadece alacaklı tarafından öngörülebilecek bir nitelikte olduğu hallerde tazminine olanak sağlamaktadır. Bir diğer ifadeyle alacaklı, ihlâl nedeniyle meydana gelen zararının tazminini ancak belli koşullar çerçevesinde talep etme imkânına sahip olacaktır. Bu kapsamda söz konusu ilkenin açık bir şekilde olmasa da Türk hukukunda örtülü bir görünüme sahip olduğu benzer kurumlar ile mukayesesine de mümkün olduğu ölçüde yer verilerek; söz konusu ilkenin İngiliz hukukundaki işlevi açıklanmaya çalışılacaktır. Daha sonra ise, konunun mahkeme kararları doğrultusunda İngiliz hukukundaki gelişimine yer verilecektir.

I. Öngörülebilirlik İlkesinin İngiliz Sözleşme Hukukundaki İşlevi

İngiliz hukukunda tazminat sorumluluğunun sınırlandırılmasında kilit bir vazife üstlenen öngörülebilirlik ilkesi, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun gerek kurulmasında gerekse de sınırlandırılmasında önemli bir rol oynayan uygun nedensellik bağı ve kusur olgusu ile kısmen benzeşmektedir. Çalışmamızın kapsamını aşmamak maksadıyla, burada esas itibarıyla İngiliz tazminat hukukunda önemli bir yer edinmiş olan öngörülebilirlik ilkesine sözleşme nedeniyle meydana gelen zararın tazmini kapsamında yer verilecek olup; söz konusu ilkenin Türk hukukunda benzer bir fonksiyonu farklı ilkeler doğrultusunda sağlayan yapısından ise gerektiği ölçüde yararlanılacaktır.

Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından, öngörülebilirlik ilkesinin kabul edilmediği her ne kadar ifade edilmiş olsa da⁵; Türk hukukunda borçlunun sorumluluğunun hem kurucu unsurunu oluşturan hem de tazminat sorumluluğunu sınırlayıcı bir unsur olarak fonksiyon gösteren uygun nedensellik bağı, İngiliz hukukunda öngörülebilirlik ilkesinin açıklanmasında yararlanılan ifadeler ile dikkat çekici benzerlikler ihtiva etmektedir. Her iki hukuk sisteminde benimsenen yaklaşım, meydana gelen zarar açısından değerlendirmede bulunurken *hayatın olağan akışı içerisinde* kavramını ve *genel yaşam tecrübesi olan borçlu* kavramını kullanmaktadır. Ne var ki, söz konusu ilkelerin zamansal açıdan hangi anda uygulama alanı buldukları da gerçekleştirilecek olan karşılaştırma açısından büyük farklılık arz etmektedir. Öngörülebilirlik ilkesinin varlığı, İngiliz hukukunda sözleşmenin kurulması aşamasından itibaren dikkate alınmaktadır. Söz konusu ilke, sözleşmenin ihlâli nedeniyle meydana gelen zararın; ihlâlin kuvvetle muhtemel sonucu olup olmayacağını tespitini; sözleşmenin kurulması sırasında sözleşenlerin birbirlerinin bilgisine sundukları özel durumları dikkate alarak gerçekleştirmektedir⁶. Tazminat sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından kısmen benzer bir fonksiyonu Türk hukukunda üstlendiği düşünülen uygun nedensellik bağının varlığına ilişkin yapılan değerlendirme ise, sözleşmenin ihlâli sonrasında gerçekleşmektedir.

5 **Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 14. Bası, İstanbul 2018, s. 46 para. 139.

6 İngiliz hukukunda sözleşmesel sorumluluğun nedensellik bağı çerçevesinde sınırlandırılması ile öngörülebilirlik ilkesi çerçevesinde sınırlandırılmasının zaman zaman örtüştüğü de unutulmamalıdır. Bknz. *Stinnes Interoil GmbH v Halcoussis & Co*, [1982] 2 Lloyd's Rep 445, **Treitel, Sir Guenter:** The Law of Contract, 11th Edition, England 2003, s. 976 ("Treitel, The Law of Contract").

Sözleşmesel sorumlulukta, sorumluluk sebebinin ilke olarak *kusur prensibi* doğrultusunda belirlendiği Türk hukukundaki kusur olgusu⁷ da, İngiliz hukukunda yerini öngörülebilirlik ilkesine bırakmaktadır. Zira nasıl ki Türk öğretisinde sözleşme hukuku açısından borçlunun davranışı; makul bir yaşam tecrübesine sahip varsayımsal bir kişinin davranışı ile kıyaslanarak bir yandan soyutlanıp genelleştirilmeye bir yandan da somut olayın koşulları doğrultusunda, borçlunun mesleki eğitim durumu ile bilgi ve becerisi doğrultusunda somutlaştırılmaya çalışılıyorsa; İngiliz hukukunda da, hayatın olağan akışı içerisinde ortalama bir yaşam deneyimi olan borçlunun, sözleşmenin kurulduğu sırada bildiği ya da bilmesi gereken özel durumlar dikkate alınarak zararın öngörülebilir olup olmadığına karar verilmesine çalışılmaktadır. Bu doğrultuda İngiliz hukukunda klasik anlamda benimsenen öngörülebilirlik testinin, söz konusu sözleşmenin gerçekleştirilme amacı ve somut olayın koşulları doğrultusunda zaman içerisinde değişip gelişebileceği de aşağıda mümkün olduğu ölçüde kronolojik bir sıra ile ele almaya çalışacağımız mahkeme kararları çerçevesinde anlaşılabilir niteliktedir. Özetle, nasıl ki Türk hukukunda zararın öngörülüp borçlu tarafından önlenebileceği durumlar, ihmal kavramı altında değerlendirilerek tazminat sorumluluğundaki kusur karinesinin gerçekleştiği kabul edilmişse; İngiliz hukukunda da meydana gelen zararın borçlu tarafından öngörülebildiği durumlar, tazminat sorumluluğu kapsamında ele alınmıştır.

Anlaşıldığı üzere her iki hukuk sistemi de, tazminat sorumluluğunun kapsamının sınırlandırılmasında farklı prensiplere öncelik vermektedir. Söz konusu prensiplerin, benzer hukuki sorunlar karşısında farklı yöntemler geliştirmiş olduğu düşünülse de; sistemlerin kendi içlerinde bütünsel bir bakış açısıyla incelenmesi halinde, uygulama sırasında yarattıkları çözümlerin sözleşme adaletinin tesis edilmesi bakımından birbirine yakın bir tavır doğrultusunda şekillendiği anlaşılmaktadır.

II. Öngörülebilirlik İlkesinin İngiliz Hukukunda Yargı Kararları Çerçevesinde Gelişimi

A. *Hadley v Baxendale Kararı*

Söz konusu ilkenin ilk kez tartışıldığı *Hadley v Baxendale*⁸ kararında, bir değirmenin sahibi olan alacaklı, değirmenin bir dişlisinin bozulması üzerine; eski dişlinin model olarak kullanılması suretiyle üretilecek olan yeni dişlinin tedarik edilmesi amacıyla, dişliyi, taşıma işlemini gerçekleştirecek olan borçluya teslim eder. Değirmenin söz konusu dişli olmadan çalışmadığı konusunda borçluyu uyarma gereği duymayan ve bozulan dişlinin bir yedeği olmadığı hususunda da borçluyu ayrıca bilgilendirmeyen alacaklı; söz konusu dişlinin tesliminde gecikilmesi sonucunda, yoksun kaldığı kazancını tazminini borçludan talep eder.

7 **Baysal, Başak:** Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s. 284; **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018, s. 1086 vd.; **Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları, İstanbul 2018, s. 226 vd. ve 288 vd.; **Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, İstanbul 2018, s. 343 para. 179. (“Nomer, Borçlar Hukuku”)

8 Bknz. dphn. 1.

Olayı değerlendiren mahkeme, alacaklının uğradığını ileri sürdüğü zararın borçlu tarafından hangi kapsamda öngörülebilir olduğunun tespiti bakımından iki aşamalı bir yöntem geliştirir. Söz konusu yöntem çerçevesinde benimsenen aşamalar arasında, birinin diğerinden daha öncelikli ya da daha önemli olduğu düşünülmemelidir. Burada önemli olan, somut olayın koşulları çerçevesinde meydana gelen zararın; yöntemin, hangi aşaması doğrultusunda tazmin edilebileceğine mahkeme tarafından karar verilmesidir. Bu doğrultuda ilk olarak hayatın olağan akışı içerisinde (*ordinary course of things/arising naturally*) yaşam deneyimi olan borçlunun, sözleşmenin kurulduğu sırada⁹ bildiği ya da bilmesi gereken¹⁰ bilgilerin esas alınacağı kabul edilir. İkinci olarak ise, sözleşenler tarafından sözleşmenin kurulduğu sırada özel olarak göz önünde bulundurulmuş ihtimallerin (*in the contemplation of*)¹¹ dikkate alınması gerektiğine dikkat çekilir. Prensibin ikinci aşaması, özellikle kişisel tercihlerin ön plana çıktığı ve alacaklının özel bir amacın gerçekleşmesini hedeflediği sözleşmeler bakımından büyük önem arz etmektedir¹². Zira bu sayede sözleşmeyi yapmasının esas nedenini teşkil eden özellikli durumu; borçlunun bilgisine açık bir şekilde sunmuş olan alacaklı, ileride gerçekleşmesi muhtemel olan sözleşmeye aykırılık ihtimallerine karşı, söz konusu riskleri borçlu açısından baştan öngörülebilir kılmakta¹³ ve bu sayede sözleşmenin ihlâli halinde ortaya çıkabilecek tazminat sorumluluğunun kapsamını kendi lehine genişletebilme imkânına kavuşmaktadır¹⁴.

- 9 *Jackson v Royal Bank of Scotland plc*, [2005] UKHL 3, [2005] 1 WLR 377 kararında *House of Lords* öngörülebilirlik testinin, borçlu bakımından sözleşmenin kurulduğu tarih itibarıyla mi yoksa sözleşmenin ihlâl edildiği tarih itibarıyla mi uygulanabilir olduğu yönündeki soruyu, sözleşmenin kurulması tarihini işaret ederek yanıtlamıştır. Bu yaklaşım özellikle sözleşmenin kurulması sırasında tarafların hayatın olağan akışı çerçevesinde meydana gelebilecek sözleşme ihlallerine karşı olmasa da; sözleşenler tarafından özel olarak göz önünde bulundurulmuş ihtimallerin sözleşmenin kurulması esnasında birbirlerinin dikkatine sunulacak olması nedeniyle önem arz etmektedir. Bknz. **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 578.
- 10 **Chen-Wishart**, *Mindy*: Contract Law, 5th Edition, Oxford 2015, s. 540; **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 575; **Furmston, M.P.**: Law of Contract, 15th Edition, Oxford University Press, 2007, s. 757; **Atiyah, P.S.**; **Smith, Stephen A.**: Atiyah's Introduction to The Law of Contract, Oxford 6th Edition, 2006, s. 416; **Treitel**, Remedies, s. 155; **Treitel**, The Law of Contract s. 965; **Beheshti, Reza**: "Comparative and Normative Analysis of Damages Under The SGA and the CESL", St. Thomas Law Review, Vol. 26, 2014, s. 413-443, s. 419. **Goldberg, Victor P.**: "The Achilles: Forsaking Foreseeability", Current Legal Problems, Vol. 66 (2013) s. 107-130, s. 110 vd.
- 11 **Chen-Wishart**, s. 540; **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 575; **Furmston**, s. 756 vd; **Treitel**, Remedies, s. 155; **Treitel**, The Law of Contract, s. 965; **Beheshti**, s. 419; **Atiyah/Smith**, s. 416; **Goldberg**, s. 110 vd.
- 12 **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 575; **O'Sullivan, Janet**: O'Sullivan & Hilliard's The Law of Contract, 8th Edition, Oxford 2018, s. 401 para. 16.67; **Furmston**, s. 762.
- 13 Öğretide *Chen-Wishart*, öngörülebilirlik ilkesinin aynı zamanda, sözleşenler arasındaki risk dağılımının etkin bir şekilde gerçekleştirilmesinde de büyük rol oynadığını ileri sürmektedir. Zira alacaklının sözleşmenin ihlâli durumunda borçlu açısından öngörülmesi makul olmayan rizikolar hakkında borçluyu önceden uyararak zorunda olması, borçlunun söz konusu rizikolara ilişkin sorumlu olmak istemediğini hem önceden ileri sürebilmesine hem de söz konusu rizikoları kabul edip sorumluluğunun bu yönde şekillenmesi halinde kendisi açısından bu durumu sözleşmenin fiyatına yansıtabilmesine imkân sağlamaktadır. Alacaklının söz konusu makul olmayan rizikoları borçluya bildirmesi, bir bakıma kendisini de koruyucu bir fonksiyon üstlenmektedir. Nitekim alacaklının bu doğrultuda ortaya koyduğu iradesinin; borçlu tarafından kabul edilmediği durumlarda alacaklı, söz konusu rizikolara karşı kendini önceden teminat altına alma olanağına da sahip olacaktır. Bknz. **Chen-Wishart**, s. 540.
- 14 **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 575 vd.; **O'Sullivan**, s. 401 para. 16.67. 1979 tarihli İngiliz *Sale of Goods Act*'in 50(2), 51(2) ve 53(2) maddeleri çerçevesinde de hayatın olağan akışı içerisinde kendiliğinden meydana gelme ihtimali bulunan (*directly and naturally resulting in the ordinary course of events*) zararların tazmin edileceği belirtilerek, *Hadley v Baxendale* kararında benimsenen prensiplerin bu alanda da uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir. Konuya ilişkin öğretide *Beheshti*, *Sale of Goods Act*'de, *Hadley v. Baxendale* kararında benimsenen prensiplerin esas

Sonuç olarak, borçlunun sözleşmenin ihlâli sonucunda ortaya çıkacağını bu iki aşama doğrultusunda öngöremeyeceği zararlardan ötürü sorumlu tutulamayacağına karar verilir¹⁵. Söz konusu yöntemi somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendiren mahkeme; prensibin birinci aşaması açısından makul bir yaşam deneyimini haiz olan borçlunun, bozulan dişlinin bir yedeğinin elde bulundurulduğunu ve onarım sırasında değirmenin mevcut faaliyetine bu doğrultuda devam edeceğini düşünmesinin hayatın olağan akışına uygun bir yaklaşım olduğunu belirtir. Prensibin ikinci aşaması çerçevesinde de olayı değerlendiren mahkeme, alacaklının bozulan dişlinin söz konusu değirmenin çalışması için mutlaka gerekli olduğu bilgisini borçlu ile paylaşmadığına dikkat çeker. Prensibin her iki aşamasını da somut olaya uygulayan mahkeme, alacaklının uğradığını ileri sürdüğü yoksun kalınan kazanç talebini reddetmiştir.

B. Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd Kararı

*Hadley v Baxendale*¹⁶ kararında benimsenen yaklaşım, birbiri ile örtüşen ve karşılıklı olarak birbirini destekleyen iki aşamadan oluşmaktadır¹⁷. Nitekim hayatın olağan akışı içerisinde yaşam deneyimi olan sözleşenlerin, sözleşmenin ihlâli durumunda karşılaşılabileceklerini düşündükleri zararlar, çoğu zaman kendileri tarafından göz önünde bulundurulabilecek olan ihtimallerden ibaret olacaktır. Konuya ilişkin tesis edilen kararlar arasında kronolojik olarak *Hadley v Baxendale*¹⁸ kararından sonra karşılaştığımız *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*¹⁹ kararında ise, söz konusu iki aşamalı prensip sadeleştirilerek²⁰ tek aşamada bir bütün halinde değerlendirilmek istenmiştir. Bu doğrultuda sözleşmenin ihlâli olasılığında, borçlu tarafından sözleşmenin kurulması aşamasında öngörülmesi makul olan zararların tazmininin borçlu tarafından kabul edilmiş olduğu (*reasonably foreseeable as liable to result*) ve dolayısıyla alacaklı tarafından tazmininin istenebileceği kabul edilmiştir.

*Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*²¹ kararına konu olan olayda çamaşırhane sahibi olan alıcı, işletmesini büyütme amacıyla satıcıdan yeni bir kazan satın almaya karar verir. Alıcının söz konusu kazanı derhal kullanmak istediği hususunda satıcıyı ayrıca bilgilendirmesine rağmen; kazan, sözleşmede kararlaştırılan tarihten yaklaşık beş ay sonra alıcıya teslim edilir. Bunun üzerine alıcı, sözleşmenin ihlâli nedeniyle uğradığı olağan kazanç

itibariyle birinci ayağının dikkate alındığını, prensibin ikinci ayağının ise 54. madde çerçevesinde ancak örtülü bir şekilde düzenlendiğini ileri sürmüştür. Detaylı bilgi için bkz. **Beheshti**, s. 419.

15 *Hadley v Baxendale*, (1854) 156 Eng. Rep. 145, 9 Ex. 341 kararında sözleşmenin ihlâli sonucunda meydana gelen zararın, sözleşmenin ihlâli anında öngörülebilir olup olmadığına ilişkin başvurulacak dayanak noktasını sözleşenlerin bilgisi ya da en azından sözleşmeyi ihlâl eden borçlunun bilgisinin oluşturmakta olduğu belirtilmiştir. Sözleşenlerin veya borçlunun bilgisi ile kastedilen ise; makul bir kişinin, sözleşmenin ihlâl edilmesinin olasılığında ne tür bir zarara sebebiyet vereceğini bilebileceği durumlardır.

16 Bknz. dpn. 1.

17 **Chen-Wishart**, s. 541; **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 576.

18 Bknz. dpn. 1.

19 *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*, [1949] 2 KB 528.

20 **Furmston**, s. 757.

21 Bknz. dpn. 19.

kayıbı ile birlikte kazanın zamanında teslim edilmesi durumunda Malzeme Tedarik Bakanlığı ile gerçekleştireceği ve oldukça yüksek bir kazanç elde etmeyi hedeflediği sözleşmeyi yapma fırsatını kaçırmamasından doğan zararının tazminini talep eder. Konuyu değerlendiren mahkeme, haksız fiil alanında tek aşama şeklinde uygulama alanı bulan makul derecede öngörülebilir olma (*reasonably foreseeable*) prensibinin bir benzerinin, sözleşmesel sorumluluk rejimi kapsamında da geçerli olduğuna kanaat getirir. Bu doğrultuda ticari bir işletmenin sahibi olan alıcının satın almış olduğu kazanın kullanımına derhal ihtiyaç duyduğunu sözleşmenin kurulması esnasında satıcısının bilgisine sunmuş olması; söz konusu sözleşmenin ihlali olasılığında meydana gelebilecek zarar kalemlerinin satıcı tarafından öngörülebilir olmasını sağlamak ve satıcının tazminat sorumluluğunun kapsamının bu yönde şekillenmesinde büyük rol oynamaktadır. Nitekim somut olayda da alıcının bu yöndeki ihtiyacını önceden satıcısının bilgisine sunmuş olması, kazanın geç teslimi sonucunda alıcının uğradığını ileri sürdüğü olağan kazanç kaybının talep edilmesine imkân sağlamıştır. Ne var ki, alıcının Bakanlık ile gerçekleştirmeyi hedeflediği sözleşmeye ilişkin bilgi sahibi olmayan satıcının, söz konusu sözleşmenin kurulması sırasında böylesi zararların meydana gelebileceğini öngörmesi gerekmediği verilen kararda ayrıca vurgulanmış olup, söz konusu talep mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Özetle, *Hadley v Baxendale*²² kararında iki aşamalı olarak uygulanan prensibin özünde tek bir aşamaya indirgenebileceği *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd*²³ kararı ile belirtilmiştir. Söz konusu kararda yargılamayı gerçekleştiren Yargıç *Asquith*, sözleşmenin kurulması sırasında borçlu tarafından öngörülmesi makul olan bütün zararların tazmininin tek bir aşamada talep edilebileceğini belirtmiştir. Sözleşmenin kurulması sırasında öngörülmesi makul olan zararlar ile kastedilen ise, sözleşenlerin hayatın olağan akışı çerçevesinde söz konusu sözleşmenin yapılması ile amaçladıkları menfaatin sözleşmenin karşı tarafınca fiilen bilindiği (*actual knowledge*) ya da bilinmesi gerektiğinin farz edilebileceği (*imputed knowledge*) hallerdir. Bir diğer ifadeyle sözleşmenin kurulması esnasında borçlu, sözleşmeyi ihlâl etmesi durumunda meydana gelebileceğini öngördüğü zararlardan ötürü sorumlu tutulabilecektir. Yargıç *Asquith*'in konuya ilişkin yaklaşımı, öngörülebilirlik ilkesinin haksız fiil alanındaki görünümüne²⁴ benzemesi nedeniyle aynı zamanda öğretilde eleştirilmiştir. Nitekim haksız fiil hukukunda meydana gelen zarar, zarar verenin öngörebileceği ve bu durumun ileride bir tazminat sorumluluğuna yol açabileceği hususunda olağandışı bir ihtimalin gerçekleşmesi sonucu dahi meydana gelmiş olsa tazmin edilecektir²⁵. Zira zarar görenin söz konusu ihtimalin gerçekleşmesine karşı kendini önceden koruma imkânı bulunmamaktadır²⁶.

22 Bknz. d.pn. 1.

23 Bknz. d.pn. 19.

24 *Overseas Tankship (UK) v Morts Dock and Engineering Co (The Wagon Mound)*, [1961] AC 388; **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 578; **Treitel**, *The Law of Contract*, s. 966.

25 **Chen-Wishart**, s. 541; **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 578.

26 İngiliz öğretisinde meydana gelen zararın sözleşmesel anlamda tazminat sorumluluğuna esas teşkil etmesi bakımından aranan öngörülebilirlik ilkesi, haksız fiil anlamındaki tazminat sorumluluğu ile mukayese edilmekte ve bu doğrultuda sözleşmesel sorumlulukta aranan öngörülebilirlik ilkesinin, haksız fiil sorumluluğuna kıyasla daha yüksek bir düzeyde olması gerektiği kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bknz. **Treitel**, *The Law of Contract*, s. 967; **Chen-Wishart**, s. 541. Nitekim sözleşme hukukunda sözleşenlerden biri, sözleşmenin karşı tarafı için

C. Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles Kararı

*Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*²⁷ kararında mahkeme *Hadley v Baxendale*²⁸ kararında benimsediği prensipleri günümüz koşulları çerçevesinde yeniden değerlendirme fırsatını elde etmiştir. Karara konu olan olayda, chartererler ile geminin sahipleri arasında yapılan ve uyumsuzluğa konu olan charter sözleşmesi uyarınca geminin 2 Mayıs tarihinde iade edilmesi gerektiği kararlaştırılmıştır. Piyasada yaşanan gelişmeler sonucunda, nisan ayında charter sözleşmelerinde kararlaştırılan bedellerin yaklaşık iki katına çıkması üzerine gemi sahibi, geminin 2 Mayıs tarihinde iade edileceği inancıyla bir başka charterer ile günlük 39,500\$ üzerinden altı ay süre ile bir diğer charter sözleşmesini gerçekleştirir. Ne var ki geminin 11 Mayıs tarihinde halen iade edilmemesi ve aradaki zaman diliminde de charter bedellerinin aniden düşmesi üzerine gemi sahibi, yapmış olduğu ikinci charter sözleşmesinde kararlaştırılan tarihte gemiyi teslim edemez ve teslim tarihini ileri bir tarih ile değiştirmek zorunda kalır. İkinci charterer ile gerçekleştirdiği müzakere sonucunda söz konusu sözleşmenin günlük 31,500\$ üzerinden yeniden kurulmasını sağlayan gemi sahibi; günlük 39,500\$ yerine 31,500\$ üzerinden kurulan charter sözleşmesi nedeniyle, her bir gün için uğradığı 8,000\$'lık kazanç kaybı zararının tazmin edilmesi gerektiğini ileri sürer. Gemi sahibi, her bir gün için uğradığı kazanç kaybının ikinci charter sözleşmesinin süresi olan altı aya yansıtılması gerektiği ve bu doğrultuda yapılacak bir hesaplama sonucunda, toplamda 1,300,000\$'ı aşan kazanç kaybının tazmin edilmesi gerektiği inancındadır. Meydana gelen uyumsuzluğa neden olan birinci charter sözleşmesinin tarafı konumundaki charterer ise, geminin sözleşmede kararlaştırılan tarihte iade edilememesi nedeniyle sadece geç kalınan döneme ilişkin günlük 8,000\$ üzerinden uğranılan kazanç kaybının tazmininin talep edilebileceğini ve bu çerçevede gemi sahibinin yaklaşık 158,000\$ olarak hesaplanması gereken zararının tazmininden sorumlu tutulabileceğini düşünmektedir.

Somut olayda uyumsuzluğun temel esasını, hızlı bir şekilde değişkenlik gösteren piyasa koşullarından istifade edilerek gemi sahibi tarafından gerçekleştirilen oldukça kazançlı ikinci charter sözleşmesinin; birinci chartererlerin sözleşmeyi ihlâl etmesi sonucunda piyasada yaşanan ani düşüşün de etkisiyle, zamanında ifa edilememesi ve bu doğrultuda gemi sahibinin beklenenden daha az miktarda kazanç elde etmesi oluşturmaktadır. Kararı değerlendiren mahkeme üyelerinin tamamı, charter sözleşmesine konu edilen gemiyi zamanında iade etmeyen birinci chartererlerin sadece geciktiği gün sayısı doğrultusunda sorumlu tutulabileceğine kanaat getirmişlerdir. Her ne kadar kararı veren mahkeme üyeleri, söz konusu sonucun tayininde ortak bir irade

olağandışı olarak kabul edilebilecek bir riskten kendisini korumak istiyorsa, sözleşme kurulmadan önce bu duruma ilişkin karşı tarafın dikkatini çekip bu durumun meydana gelmesi ihtimalinde söz konusu riskin gerçekleşmesinin karşı sözleşenin sorumluluk alanına dahil edilmesini sağlama imkânını haizdir. Ancak haksız fiil anlamındaki sorumluluk kapsamında düşündüğümüzde ise, zarar görenin meydana gelmesinin kolaylıkla ihtimal dahilinde olmayan risklere karşı kendisini koruma imkânı mümkün olmadığı gibi; zarar verenin de yol açtığı haksız fiil ile ilişkilendirilmesi makul olmayan zarar kalemlerinin kendisi açısından öngörülebilir olmadığını ileri sürerek tazminat sorumluluğundan kurtulmaya çalışması mümkün olmayacaktır. Bknz. O'Sullivan, s. 408 para. 16.87.

27 *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*, [2008] UKHL 48, [2008] All ER (D) 117 (Jul), (Approved judgment).

28 Bknz. dph. 1.

doğrultusunda hüküm tesis etmiş olsalar da, tesis edilen kararı farklı şekillerde gerekçelendirme ihtiyacı duymuşlardır.

Yargıç *Hoffmann, Hope ve Walker, Hadley v Baxendale*²⁹ kararında benimsenen iki aşamalı testi uygulamak yerine, somut olayın koşulları çerçevesinde farklı değişkenlerin de dikkate alınabileceğini belirten daha esnek bir yaklaşımın kabulü doğrultusunda bir irade göstermişlerdir. Bu doğrultuda karara ilişkin tesis ettikleri gerekçede, birinci çartererin söz konusu sözleşmenin ihlâli durumunda ortaya çıkacak sorumluluğu kabul etmeye (*assuming responsibility for liability*) yönelik makul bir bilinç ile sözleşmeyi gerçekleştirip gerçekleştirmediği ve bu doğrultuda uyumsuzluğa konu olan kazanç kaybının sözleşmenin kapsamına dahil edilip edilemeyeceğinin tespit edilmesi gerektiğini belirtmişlerdir. Bir diğer ifadeyle, meydana gelen zararın öngörülebilir olmasının yeterli olmadığını vurgulayan yargıçlar, hem uğranılan zararın türü itibarıyla sözleşmenin kurulması sırasında makul şekilde davranan çarterer tarafından öngörülebilir olmasının gerektiğini hem de çartererin söz konusu sorumluluğu kabul etme bilinciyle sözleşme ilişkisini tesis etmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Yaklaşımlarını somut olay çerçevesinde değerlendiren mahkeme üyeleri; birinci çartererin, sözleşmede kararlaştırılan tarihte gemiyi iade etmemesinin böylesi bir sorumluluğa neden olabileceğini sözleşmenin kurulması esnasında öngörmesinin mümkün olmadığı kanaatindedirler. Nitekim deniz ticareti hukukundaki yerleşik teamüller çerçevesinde, çartererlerin iadede geciktikleri zaman dilimi ile sınırlı bir tazminat sorumluluklarının doğabileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşımlarının gemi sahibi açısından da geçerli olduğu kanaatine ulaşan mahkeme üyeleri, oldukça kısa bir zaman dilimi içerisinde piyasa koşullarında meydana gelen yükselmenin ve arkasından gerçekleşen ani düşüşün gemi sahibi tarafından da birinci çartererin bilgisine özel olarak sunulmasının mümkün olmadığını vurgulamışlardır. Gemi sahibinin, geminin kendisine birinci çarterer tarafından iade edileceği ve kendisinin gemiyi ikinci çarterere teslim edeceği tarihler arasındaki yakınlığı dikkate almaksızın, daha fazla kazanç elde etmek gayesiyle her iki çarter sözleşmesini de gerçekleştirerek oldukça riskli bir duruma bir bakıma kendisinin sebebiyet vermiş olduğu da kararın gerekçesinde dikkat çekilen hususlardan bir diğerini oluşturmaktadır. Zira ikinci çarter sözleşmesi çerçevesinde yüksek bir kazanç elde etmeyi hedefleyen gemi sahibi, birinci çarterer tarafından gerçekleştirilecek son seferi kabul etmeyip, geminin gerekirse bir süreliğine limanda bekletilmesini ve sözleşmede kararlaştırılan tarihte ikinci çarterere teslim edilmesini sağlayabilirdi³⁰.

Kararı değerlendiren diğer iki mahkeme üyesi ise, meydana gelen olağanüstü nitelikteki kazanç kaybının birinci çarterer tarafından öngörülmesinin mümkün olmadığı ve gemi sahibi tarafından yapılan hesaplama doğrultusunda tazmininin istenemeyeceğini, *Hadley v Baxendale*³¹ kararı çerçevesinde benimsenen ikinci aşama doğrultusunda çözümlenmeyi tercih etmişlerdir. Zira piyasa koşullarında meydana gelen geçici nitelikteki yükselişin gemi sahibinin oldukça kârlı bir sözleşmeyi gerçekleştirmesine olanak sağlayabileceği gibi; piyasada yaşanan ani bir düşüşün

29 Bknz. dpn. 1.

30 Belli bir zamanla sınırlandırılan gemi kiralama sözleşmeleri ile ilgili bilgi ve karara konu olan olayda böylesi bir itirazın ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığı yönünde detaylı bilgi için bknz. **Goldberg**, s. 113 vd.

31 Bknz. dpn. 1.

de gemi sahibi tarafından kurulan çarter sözleşmesinin yeniden müzakere edilerek gözden geçirilmesine neden olabileceğinin öngörülmesinin mümkün olmayacağını kararın gerekçesinde belirtmişlerdir.

Her iki yaklaşım da değerlendirildiğinde, tıpkı sözleşme hukukunun diğere alanlarında olduğu üzere, *Hadley v Baxendale*³² kararında benimsenen klasik görüşün yoruma kolaylıkla yer bırakmayacak derecede açık olduğu ancak bu yaklaşımın zaman zaman adaletsiz bir sonucun tesisine yol açabileceğii anlaşılmaktadır. Mahkeme üyeleri tarafından ağırlıklı olarak benimsenen diğere görüşün ise, daha örtülü bir yöntem doğrultusunda geliştiğı ve fakat uygulama açısından daha incelikli bir yaklaşım ile çözüme ulaştığı söylenebilir³³. Bu durum, makul derecede öngörülebilir olma ölçütüne ilişkin mahkemelerin daha önceden benimsedikleri iki aşamalı testin dışında somut olay çerçevesinde diğere pek çok değışkeni de dikkate alabileceklerini göstermektedir. Mahkemelerin iki aşamalı ve sınırları daha kesin şekilde belirlenmiş bir testi uygulamak yerine, mevcut uyumsuzluk çerçevesinde farklı değışkenleri dikkate alabilecekleri daha esnek bir yaklaşımı tercih etmek istemeleri, sözleşme adaletinin her bir olay bakımından tesisini hedefleyen ve bu doğrultuda yargıca büyük ölçüde takdir yetkisi tanıyan İngiliz hukukunun temel mantığı ile de büyük ölçüde uyum göstermektedir³⁴. Nitekim kararı değerlendiren mahkeme üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen yaklaşım da bu yönde olmuştur.

Öğretide benimsenen bu yaklaşımı pekiştirmek amacıyla *Peel*³⁵, taksi şoförünün arabasına binen bir müşterinin kendisi açısından büyük önem taşıyan bir iş toplantısına otuz dakika içinde yetişmesi halinde yaklaşık 100,000,000\$ kazanç elde edeceğini belirtmesine rağmen; gidilmesi planlanan mesafenin yirmi dakika sürmesi gerekirken taksi şoförünün davranışı nedeniyle kırk dakika sürmesi sonucunda müşterinin söz konusu toplantıya zamanında yetişemediğı dramatik bir örnek kurgulamıştır. Bu olayda her ne kadar müşteri ile taksi şoförü arasında kurulan sözleşme, şoförün davranışı nedeniyle ihlâl edilmiş olsa da; meydana gelen kazanç kaybı nedeniyle şoförün sorumlu tutulması kolaylıkla kabul edilebilecek bir yaklaşım değışildir. Nitekim somut olay bakımından şoföre söz konusu sözleşmenin şartlarını müzakere etme imkânı tanınmadığı gibi, mevcut sözleşme doğrultusunda kendisine ödenecek olan ücret de üstlenmiş olduğu sorumluluğu yansıtmaktan oldukça uzaktır. Bu bakış açısı ile uyumlu olarak; somut sözleşme ilişkisi çerçevesinde farklı değışkenlerin dikkate alınabileceğini vurgulayan *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*³⁶ kararı değerlendirildiğinde, öğretilerde birtakım tereddütler ile karşılaşılması da kaçınılmaz olmuştur. Söz konusu tereddütlerin odak noktasını, mahkemelerin açık ve eksiksiz bir şekilde hangi değışkenleri dikkate alarak karar tesis edeceklerinin her zaman için büyük bir belirsizlik içermesi oluşturmaktadır. Bu durumun aynı zamanda, mahkemelerin klasik anlamda benimsenen iki aşamalı öngörülebilirlik testinden

32 Bknz. dpn. 1.

33 O'Sullivan, s. 405 para. 16.79.

34 Bu doğrultuda bknz. O'Sullivan, s. 405 para. 16.79.

35 Peel, Edwin: "Remoteness revisited" (2009) Law Quarterly Review 6 (Case Note).

36 Bknz. dpn. 27.

ya da söz konusu testin yalınlaştırılmış halinden her durumda kolaylıkla uzaklaşarak; bir bakıma keyfi kararlar tesis edilmesi ihtimalini de gündeme getireceği ileri sürülmektedir³⁷.

D. Siemens Building Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd Kararı

*Siemens Building Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd*³⁸ kararına konu olan olayda, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia*; *The Achilles*³⁹ kararında benimsenen yaklaşımlardan hangisinin benimsenmesi gerektiği Yargıç *Toulson* tarafından yeniden tartışmaya açılmıştır. Esas itibarıyla Yargıç *Hoffmann*, *Hope* ve *Walker* tarafından benimsenen yaklaşımın esas alındığı kararda borçlunun meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilmesi, ihlâl sonucu meydana gelmesi makul olan tüm zarara ilişkin sorumluluğu üstlendiği hallere hasredilmiştir. Aşağıda ele alacağımız söz konusu karar, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia*; *The Achilles*⁴⁰ kararında mahkeme üyeleri tarafından ağırlıklı olarak benimsenen yaklaşımının uygulamada nasıl bir rol üstleneceğinin anlaşılması bakımından da önem arz etmektedir.

Karara konu olan olayda Siemens, hukuk bürosu olarak kullanılacak olan ofise yangın durumunda devreye girecek bir yangın söndürme sisteminin tedarik edilmesini ve kurulmasını üstlenir. Söz konusu sistemin tedarikini gerçekleştiren Siemens, kurulmasını ise alt yüklenici olan Supershield'e bırakır. Supershield, yangın suyu tesisatına ilişkin teçhizatın kurulumunu ayıplı şekilde gerçekleştirir ve yangın söndürme sisteminin kendi deposu içerisinde yer alan su, ofisin zemin katına dolar. Her ne kadar söz konusu su deposunun içinde bulunduğu odanın zemininde suyun boşaltılmasını sağlayan drenaj boruları mevcut olsa da; söz konusu boruların tıkalı olması, suyun tahliyesini engeller. Bu nedenle su deposunun içindeki su, sadece içinde bulunduğu odada yükselmekle kalmaz, aynı katta yer alan elektrik tesisatına kadar ulaşarak önemli miktarda zarara sebebiyet verir. Siemens alt yüklenicisinin ofiste yol açtığı zararı mahkemeye başvurulmasına gerek kalınmaksızın derhal giderir, sonrasında ise ödemiş olduğu zarar miktarında Supershield'den tazminat talep eder. Bunun üzerine Siemens'e karşı gerçekleştirdiği savunmasında Supershield; elektrik tesisatında meydana gelen zarara ilişkin herhangi bir tazminat sorumluluğunun bulunmadığını, zira elektrik tesisatında meydana gelen zararın öngörülebilir bir nitelik taşımadığını ileri sürer. Supershield'a göre, su deposunun içinde bulunduğu odanın zemininde yer alan drenaj borularının tıkalı olması ve suyun söz konusu borular aracılığıyla tahliyesinin sağlanamaması, hayatın olağan akışı içerisinde pek muhtemel olmayan ve oldukça talihsiz bir durum olarak nitelendirilebilir.

Konuyu değerlendiren mahkeme ise, Supershield tarafından gerçekleştirilen ayıplı ifanın, bir diğer ifadeyle sözleşme ihlâlinin söz konusu zarara yol açmasının ne kadar beklenilmeyen bir

37 O'Sullivan, s. 405 para. 16.79.

38 *Siemens Building Supershield Ltd v Siemens Building Technologies FE Ltd*, [2010] EWCA Civ 7; [2010] All ER (D) 113.

39 Bknz. d.pn. 27.

40 Bknz. d.pn. 27.

ihtimal olduğuna bakılmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir. Nitekim yangın söndürme tesisatına ilişkin teçhizat düzgün bir şekilde kurulmuş olsaydı, zarara sebebiyet veren su baskını gerçekleşmeyecekti. Bu doğrultuda alt yüklenicinin meydana gelecek bir ihlâl durumunda ortaya çıkacak sorumluluğu kabul etmeye yönelik makul bir bilinç ile söz konusu sözleşmeyi gerçekleştirdiği ve dolayısıyla meydana gelen zararın da öngörülebilir bir nitelikte olduğu mahkeme tarafından kabul edilerek, Supershield'in sorumlu olduğuna kanaat getirilmiştir. Mahkemenin vermiş olduğu kararda, *Hadley v Baxendale*⁴¹ kararında benimsenen iki aşamalı yöntemin halen geçerliliğini devam ettirdiği (*remains good law*) belirtilmekle birlikte; uyuşmazlığa konu edilen zararın niteliği ya da somut olayın koşulları çerçevesinde yeni tarihli kararlarda belirtilen diğer yöntemlerin de uygulama alanı bulabileceği özellikle vurgulanmıştır⁴².

Bu doğrultuda, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁴³ kararındaki yaklaşım ile *Hadley v Baxendale*⁴⁴ kararındaki yaklaşımın birbiriyle örtüşmediği ve farklı sonuçlara yol açabileceği anlaşılmaktadır. Başka bir deyişle, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁴⁵ kararında benimsenen yaklaşım çerçevesinde, borçlu bakımından öngörülebilir bir nitelik ihtiva etmeyen zarar kalemi, *Hadley v Baxendale*⁴⁶ kararı çerçevesinde öngörülebilir olarak kabul edilebilecektir. Nitekim somut olayın koşulları *Hadley v Baxendale*⁴⁷ kararı çerçevesinde düşünüldüğünde, meydana gelen sözleşme ihlâli sonucunda söz konusu zararın gerçekleşmesi uzak bir ihtimal olarak değerlendirilebilecek ve sözleşme ile üstlenmiş olduğu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmeyen alt yüklenici bakımından zararın öngörülebilir olmadığı kabul edilebilecektir. Ne var ki somut olayda mahkeme tarafından gerçekleştirilen çıkarım, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁴⁸ kararında benimsenen yaklaşım doğrultusunda şekillendirilmiş ve meydana gelen zararın borçlu açısından öngörülebilir olduğu kabul edilmiştir. Ancak mahkemelerin hangi durumda *Hadley v Baxendale*⁴⁹ kararında benimsenen yöntemden ayrılacakları hususunu tam anlamıyla açıklığa kavuşturmak, her zaman için kolay olmayacaktır⁵⁰.

41 Bknz. dpn. 1.

42 *Sylvia Shipping Co Ltd v Progress Bulk Carriers Ltd* [2010] EWHC 542 kararında mahkeme, *Hadley v. Baxendale* kararında benimsenen iki aşamalı yöntemin çoğu zaman için geçerliliğini koruduğunu, somut olayın koşulları çerçevesinde ihtiyaç duyulmadığı sürece *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles* kararında benimsenen yönteme başvurulmasına gerek olmadığını belirtmiştir.

43 Bknz. dpn. 27.

44 Bknz. dpn. 1.

45 Bknz. dpn. 27.

46 Bknz. dpn. 1.

47 Bknz. dpn. 1.

48 Bknz. dpn. 27.

49 Bknz. dpn. 1.

50 **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 580.

E. Değerlendirme

*Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁵¹ kararından sonra, Yargıç *Hoffmann*, *Hope* ve *Walker* tarafından meydana gelen zararın öngörülebilir olması ve tazminat sorumluluğuna yol açabilmesi için, mevcut sözleşme ilişkisi içerisinde söz konusu zarar kalemine nasıl bir rol atfedildiğinin ayrıca tespit edilmesinin gerektiği yönündeki yaklaşım giderek değer kazanmıştır. Konuya ilişkin Yargıç *Hoffman*'ın açıklaması, “sözleşenlerin söz konusu sözleşmeyi gerçekleştirmekle hedefledikleri ve ilk bakışta varsayımsal olarak tespit edilebilir nitelikteki zararlarının, sözleşenler tarafından pek çok sözleşmenin uygulanması aşamasında öngörülebilir olduğu kabul edilmekle birlikte; çevresel faktörler ya da konuya ilişkin ilgili piyasada benimsenen genel kabulden farklı bir anlayışın sözleşenler tarafından benimsendiği hallerde de bu durum, meydana gelen sözleşme ihlâlinden borçlunun sorumlu olmayacağı yaklaşımının kabulüne de olanak sağlayabilir” şeklindedir. Yargıç *Hoffman*'ın, Yargıç *Hope* ve *Walker* tarafından da benimsenen bu yaklaşımı, “makul derecede öngörülebilir olma kistasının” bir zararın öngörülebilir olup olmadığının tespiti bakımından belirleyici bir rol oynadığını ve sözleşmenin ihlâli durumunda ortaya çıkacak sorumluluğun borçlu tarafından tazmininin sağlanabilmesi için; öncesinde mutlaka kabul edilmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamaktadır⁵².

Bu yaklaşım *John Grimes Partnership Ltd v Gubbins*⁵³ kararında biraz daha açıklığa kavuşmaktadır. Nitekim mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede, hayatın olağan akışı içerisinde ve normal şartlar altında borçlunun ortaya çıkması öngörülebilir nitelikte makul olan zararlara ilişkin varsayımsal anlamda sorumlu tutulabileceği kabul edilmiştir. Ne var ki sözleşmenin mahiyeti veya sözleşenlerin ticari anlamdaki eğilimleri ya da herhangi bir özel durumun varlığına ilişkin aksi bir durumun ispat edilebilir olması halinde, artık borçlunun varsayımsal anlamda bir sorumluluğunun bulunduğu bahsedilemeyecektir. Zira makul bir şekilde öngörülebilir olma esas mahkemeler tarafından normal koşullar altında büyük ölçüde uygulanmakla birlikte; özel bir durumun varlığı ve bu durumun ispat edilebilir olması halinde borçlu, meydana gelen söz konusu zarardan sorumlu tutulamayacaktır.

*Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁵⁴ kararından sonra öne çıkan bir diğer hususu ise, meydana gelen zararın tazminat sorumluluğuna esas teşkil etmesi için aranan öngörülebilirlik ilkesinin katı bir şekilde mi yoksa somut olayın koşulları çerçevesinde esnek bir yaklaşım doğrultusunda mı uygulanacağı sorusuna verilen yanıt oluşturmaktadır. Nitekim söz konusu karardan önce sözleşmesel sorumluluğun öngörülebilirlik prensibi doğrultusunda sınırlandırılmasında, katı bir şekilde uygulanan iki aşamalı testin yeterli olduğu yaklaşımı hâkimdi. Söz konusu iki aşamalı testin, mevcut koşullar çerçevesinde yeni değişkenlerin eklenmesiyle birlikte göstereceği değişim ve gelişimde *Transfield Shipping Inc of*

51 Bknz. dpn. 27.

52 O'Sullivan, s. 407 para. 16.85.

53 *John Grimes Partnership Ltd v Gubbins*⁵³ [2013] EWCA Civ 37.

54 Bknz. dpn. 27.

*Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁵⁵ kararının yadsınamaz bir etkisi olmuştur.

Söz konusu kararın, uğranılan zararın hem sözleşmesel sorumluluk hem de haksız fiil sorumluluğu kapsamında birlikte değerlendirilebileceği ihtimaller bakımından da uygulanabileceği kanaati öğretide hâsıl olmuştur. Her ne kadar İngiliz hukukunda öngörülebilirlik ilkesi, sözleşmesel anlamda ve haksız fiil alanında çoğu zaman farklı şekillerde uygulanıyor olsa da; her iki alandaki sorumluluk sebeplerinin adeta bir yarışma içerisinde bulunduğu ihtimaller⁵⁶ bakımından da *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁵⁷ kararında benimsenen yaklaşım önem arz etmektedir. Ancak konuya ilişkin getirilen çözüm, esas itibariyle *Wellesley Partners LLP v Withers LLP*⁵⁸ kararı ile öğretide somutlaştırılmıştır. Karara konu olan olayda davalı konumunda bulunan avukatlar, bir banka tarafından gerçekleştirilen sermaye yatırımı doğrultusunda kurulan ve üst düzey yöneticiler ile iş sahipleri arasında çeşitli iş ilişkilerinin kurulmasının hedeflendiği davacı firmayı temsil etmektedirler. Firma ile banka arasında gerçekleştirilen ve davalı avukatlar tarafından düzenlenmesi gereken yatırım sözleşmesi çerçevesinde bankanın, kırk ikinci ayın sonunda firmaya tahsis ettiği sermayenin yarısını geri çekebilme olanağına kavuşacağı üzerinde anlaşılmıştır. Ne var ki söz konusu sözleşmeyi hazırlayan avukatların kusuru sonucunda; banka tarafından sermayenin yarısının geri alınmasına imkân sağlayan düzenleme, kırk ikinci aydan itibaren kullanılabilir şekilde değil, sözleşmenin gerçekleştirildiği ilk kırk bir aylık dönemde kullanılacak şekilde düzenlenmiştir. Kendisine tanınan söz konusu olanaktan bir an önce yararlanmaya çalışan banka, on ikinci ayın sonunda firmaya sağlamış olduğu sermayenin yarısını geri çekmiştir. Bu durum, somut olayda davacı konumunda bulunan firmanın Amerika Birleşik Devletleri'nde tesis etmeye çalıştığı oldukça kârlı olan diğer yatırımlarını olumsuz yönde etkilemiştir.

Uyuşmazlığı değerlendiren mahkeme, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁵⁹ kararında uygulanan şekliyle burada da meydana gelen zararın öngörülebilirlik testinin filtresinden geçirilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ne var ki somut olayın koşulları çerçevesinde davacı firmanın uğradığı zarar, öngörülebilirlik testinin en katı haliyle uygulama alanı bulduğu *Hadley v Baxendale*⁶⁰ kararı çerçevesinde benimsenen iki aşamalı yöntem doğrultusunda dahi tazmin edilebilir niteliktedir. Zira davacı firma, davalı konumdaki avukatlar tarafından hazırlanan sözleşmede, bankanın sözleşmenin gerçekleştirilmesinden itibaren ilk kırk bir aylık dönemde gerçekleştirdiği sermaye yatırımını geri çekmesinin mümkün olmayacağına ilişkin bir sözleşme klozunun sözleşmede yer alması yönündeki isteğini açık bir şekilde belirtmiştir. Burada uğranılması muhtemel olan zararın sözleşmenin kurulması esnasında

55 Bknz. d.pn. 27.

56 Birlikte sorumluluk esasları çerçevesinde uygulanacak olan öngörülebilirlik ilkesinin sözleşmesel anlamda ve haksız fiil alanında farklı şekillerde uygulama alanı bulacağı ile ilgili *Yapp v Foreign and Commonwealth Office*, [2014] EWCA Civ 1512; [2015] IRLR 112 kararı için bknz. O'Sullivan, s. 409 para. 16.91.

57 Bknz. d.pn. 27.

58 *Wellesley Partners LLP v Withers LLP*, [2015] EWCA Civ 1146.

59 Bknz. d.pn. 27.

60 Bknz. d.pn. 1.

miktar anlamında tam anlamıyla belirlenemiyor olması, davalının ortaya çıkacak sorumluluğu kabul etmeye ilişkin makul bir bilinç ile sözleşmeyi gerçekleştirmediği anlamını taşımamalıdır. Zira söz konusu sözleşme davalı avukatlık firması tarafından davacının isteğine uygun şekilde hazırlansaydı ve banka kararlaştırılan süre boyunca gerçekleştirmiş olduğu sermaye yatırımını geri çekme olanağına sahip olmasaydı da, davacının elde etmeyi hedeflediği kazancın miktarının tam anlamıyla hesaplanması yine mümkün olmayacaktı⁶¹. Mahkeme kararında benimsenen bu yaklaşım, öngörülebilirlik testinin sadece malvarlığının aktifinde fiili bir azalma ya da malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma olarak tanımlanan⁶² fiili zararın varlığı halinde değil; alacaklının malvarlığının aktifindeki çoğalma yahut pasifindeki azalma imkânını kaybetmiş olmasına dayanan⁶³ yoksun kalınan kazanç durumunda da aynı şekilde uygulanabileceğini bir kez daha vurgulaması itibariyle önem arz etmektedir.

Yoksun kalınan kazancın öngörülebilirlik prensibi çerçevesinde İngiliz öğretisinde uygulama alanı bulabileceği yönünde benimsenen eğilimin bir diğer sonucu da, malvarlığının mevcut durumunun tespit edilmesinin herhangi bir zorluk arz etmemesine rağmen; yoksun kalınan kazanç talebinin çoğu zaman varsayımlara dayalı farazi bir değerlendirmeyi gerektirecek olmasıdır. Fiili zararın ve yoksun kalınan kazancın, basit bir matematik işlemi ile hesaplanabildiği haller öğretiyi pek meşgul etmese de yoksun kalınan kazancın, fiili zarara kıyasla daha spekülatif olabilmesi ve miktarının tespitinde yaşanan birtakım güçlükler öğretiyi sorunun çözülmesi hususunda yönlendirmiştir⁶⁴. Bu doğrultuda alacaklı tarafından uğranılan kazanç kaybının miktar itibariyle tam anlamıyla öngörülebilir bir nitelikte olmasa da öngörülebilir olan kısmı itibariyle tazmin edilebileceği İngiliz hukukunda kabul edilmektedir⁶⁵.

61 O'Sullivan, s. 410 para. 16.93 vd.

62 Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 559 vd. ve 856 vd.; Topuz, Murat: İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi, İstanbul 2011, s. 14, 39 ve 41; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017, s. 394; Eren, s. 550; Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 16. Bası, İstanbul 2018, s. 390 para. 1284; Oğuzman/Öz, s. 41 para. 120; Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, (Haksız Fiilden Doğan Borç ilişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç ilişkileri), İstanbul 2018, s. 93; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 166 para. 111.4.

63 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559 vd. ve 857; Topuz, s. 14, 39 ve 47; Kılıçoğlu, s. 395; Eren, s. 550 vd.; Oğuzman/Öz, Cilt: I, s. 390 para. 1285; Oğuzman/Öz, Cilt: II, s. 41 para. 121; Antalya, Cilt: II, s. 94; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 166 para. 111.4.

64 Parsons (Livestock) Ltd. v. Uttley Ingham & Co., [1978] Q.B. 791 kararına konu olan olayda, borçlu hayvan yeminin muhafazası için alacaklıya sağlamayı taahhüt ettiği siloyu ayıplı bir şekilde teslim etmiş ve söz konusu silonun içinde saklanan yemin küflenmesi sonucunda 254 hayvan geçirdiği bağırsak hastalığı sonucunda telef olmuştur. Yargılamayı gerçekleştiren mahkeme, borçlu tarafından ayıplı şekilde sağlanan ve gıda ile temasa uygun olmayan silonun içerisinde muhafaza edilecek yemin; söz konusu hayvanlara zarar verebileceğinin borçlu tarafından öngörülebilir olduğunu belirtmiştir. Alacaklının yetiştirme amacıyla beslediği hayvanlarının telef olması sonucunda uğradığı zararın tazminini talep eden alacaklının söz konusu talebi kabul edilmekle birlikte; yetiştirme amacıyla alacağı yeni hayvanlara ilişkin gerçekleştireceği satış sözleşmeleri çerçevesinde mahrum kaldığı kazanç kaybı talebi ise kabul edilmemiştir.

65 Mevcut uyumsuzluk kapsamında somut olay adaletinin sağlanabilmesi için gelişime açık bir öngörülebilirlik ilkesinin tesisinin İngiliz hukukunda önem arz ettiği yönünde bir diğer karar için bkz. Cory v Thames Ironworks Co, (1868) LR 3 QB 181; Chen-Wishart, s. 546; O'Sullivan, s. 410 vd. para. 16.95. Alacaklı tarafından uğranılan kazanç kaybı miktarının, iş hayatının olağan akışı içerisinde meydana geldiği haller ile alacaklının gerçekleştirmiş olduğu belli bir sözleşme dahilinde özel olarak ortaya çıktığı ve çoğu zaman daha yüksek bir kazanç kaybına sebebiyet verdiği

Sonuç

Sorumluluk hukukunun ilk aşamada, sözleşmenin ihlâli nedeniyle meydana gelen zararı mümkün olduğunca tam anlamıyla karşılamayı hedeflediği kabul edilmektedir⁶⁶. Ne var ki söz konusu sözleşme ifa edilseydi alacaklının malvarlığının olması gereken duruma getirilmesini sağlayan tazminat talebi, İngiliz hukukunda kilit bir rol üstlenen öngörülebilirlik ilkesi doğrultusunda önemli ölçüde sınırlandırılmaktadır.

İngiliz öğretisinde klasik yöntem olarak da adlandırılan ve öngörülebilirlik ilkesinin temel esaslarını belirleyen *Hadley v Baxendale*⁶⁷ kararında benimsenen iki aşamalı temel yaklaşım, *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁶⁸ kararı ile büyük ölçüde gözden geçirilerek somut olay adaletinin sağlanması gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁶⁹ kararı ile, öngörülebilirlik ilkesine ilişkin *Hadley v Baxendale*⁷⁰ kararında benimsenen iki aşamalı yöntemin mutlak bir şekilde her durumda uygulanmasının gerekmediği, söz konusu yöntemden zaman zaman ayrılınabileceği açık bir şekilde belirtilmiştir. Söz konusu karar; somut olayın koşulları, sözleşenlerin söz konusu sözleşmeyi gerçekleştirmekle hedefledikleri menfaatleri, yerine getireceklerini birbirlerine karşılıklı olarak taahhüt ettikleri yükümlülüklerinin kapsam ve niteliğinin dikkate alınarak, temel prensibe getirilebilecek istisnaları sınırlı sayı prensibine tabi olmayacak şekilde sıralamıştır. Ancak *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁷¹ kararında benimsenen bu yaklaşım, benzer hukuki uyumsuzluklarda farklı hukuki sonuçlar ile karşılaşılabilmesi rizikosunu taşıdığı ve bu durumun da hukuki bir belirsizliğe neden olabileceği endişesiyle öğretilerde eleştirilmiştir. Söz konusu eleştirilerin ortak noktasını, öngörülebilirlik ilkesinin temel esaslarını belirleyen *Hadley v Baxendale*⁷² kararında benimsenen temel yaklaşımın; hangi durumlarda bire bir şekilde uygulanması gerektiği hangi durumlarda ise söz konusu yaklaşımın değiştirilip geliştirilebileceğinin öğretilerde henüz bir netlik kazanmaması oluşturmaktadır. Zira benimsenecek yaklaşım çerçevesinde öngörülebilirlik ilkesi, somut olayın koşulları doğrultusunda daha dar bir sorumluluğa yol açabileceği gibi; daha fazla

ihtimâllerin her durumda kolaylıkla birbirinden ayırlamayacağı yönünde bknz. **Chen-Wishart**, s. 543. *Brown v KMR Services Ltd*, [1995] 4 All ER 598, CA kararında da *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd* kararında benimsenen yaklaşımın uygunluğu bir kez daha vurgulanmış olup, olağan kazanç kaybı ile olağanüstü bir nitelik ihtiva eden kazanç kaybı ayırımının somut olayın koşulları çerçevesinde gerçekleştirilmesinin her zaman için kolay olmayacağı, ne var ki söz konusu ayırma ihtiyaç duyulduğu belirtilmiştir. Öğretilerde *Beatson/Burrows/Cartwright* ise, *Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd* kararı çerçevesinde benimsenen söz konusu ayırımın isabetsiz olduğunu düşünmektedir. Konuya ilişkin bknz. **Beatson/Burrows/Cartwright**, s. 582.

66 Tazminat yükümlülüğünün en temel amacı olan zararın telafisi gayesi ile ilgili bilgi için bknz. **Nomer, Haluk N.**: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33 vd. ("Nomer, Maddi Tazminat"); **Eren**, s. 537 vd.; **Nomer**, Borçlar Hukuku, s. 249 para. 131.2.

67 Bknz. dpn. 1.

68 Bknz. dpn. 27.

69 Bknz. dpn. 27.

70 Bknz. dpn. 1.

71 Bknz. dpn. 27.

72 Bknz. dpn. 1.

ihhtimali içinde barındıran geniş bir sorumluluğa da zemin hazırlayabilecek bir yapıya doğru değişim gösterebilecek niteliktedir. *Transfield Shipping Inc of Panama v Mercator Shipping Inc of Monrovia; The Achilles*⁷³ kararı aynı zamanda, günümüz koşullarında hızlı bir ivme ile değişiklik gösteren günlük ihtiyaçları karşılamak hususunda İngiliz hukukunun dinamik bir fonksiyon üstlendiği düşüncesi ile öğretide yüceltilmiştir. Alacaklının uğradığını ileri sürdüğü zararın, kim tarafından, hangi anda ve en önemlisi hangi kapsamda öngörülebilir olduğunun tespiti, İngiliz sözleşme hukukunun kesin bir kanaate ulaşamadığı gri alanlarından birini oluşturmaya devam etmektedir. Bu doğrultuda İngiliz mahkemelerinin meydana gelen zararın öngörülebilir olup olmadığının tespitinde, öngörülmesi mümkün olmayan rizikoları taraflar arasında dengeli bir şekilde dağıtmaya çalışarak; uğranılan zararın alacaklı açısından büyüklüğünü, borçlunun sözleşmeyi ihlâli nedeniyle elde ettiği fayda ile kıyaslayarak bir süre daha çözüm üretmeye çalışacakları söylenebilir.

Kaynakça

- Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt II, (Haksız Fiilden Doğan Borç ilişkileri Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan Borç İlişkileri), İstanbul 2018.
- Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt III, Borçların İfası ve Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları, İstanbul 2018.
- Atiyah, P.S.; Smith, Stephen A.:** Atiyah's Introduction to The Law of Contract, Oxford 6th Edition, 2006.
- Baysal, Başak:** Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- Beatson, Sir Jack; Burrows, Andrew; Cartwright, John:** Anson's Law of Contract, 30th Edition, Oxford University Press, 2016.
- Beheshti, Reza:** "Comparative and Normative Analysis of Damages Under The SGA and the CESL, St. Thomas Law Review, Vol. 26, 2014, s. 413-443.
- Cartwright, John:** Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer, Oxford and Portland, Oregon 2007.
- Chen-Wishart, Mindy:** Contract Law, 5th Edition, Oxford 2015.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2018.
- Furmston, M.P.:** Law of Contract, 15th Edition, Oxford University Press, 2007.
- Goldberg, Victor P.:** "The Achilles: Forsaking Foreseeability", Current Legal Problems, Vol. 66 (2013) s. 107-130.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2017.
- Kramer, Adam:** "An Agreement-Centred Approach to Remoteness and Contract Damages", Nili Cohen and Ewan McKendrick (eds), Comparative Remedies for Breach of Contract, Oxford 2005, s. 249-286.
- Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2018. ("Nomer, Borçlar Hukuku")
- Nomer, Haluk N.:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996. ("Nomer, Maddi Tazminat")
- O'Sullivan, Janet:** O'Sullivan & Hilliard's The Law of Contract, 8th Edition, Oxford 2018.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, 16. Bası, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: II, 14. Bası, İstanbul 2018.

73 Bknz. dpn. 27.

- Peel, Edwin:** “Remoteness revisited” (2009) *Law Quarterly Review* 6 (Case Note).
- Souleau, Isabelle:** *La prévisibilité du dommage contractuel (Défense et illustration de l’article 1150 du code civil)*, Paris II, 1979.
- Tekinay, Selahattin Sulhi; Akman, Sermet; Burcuoğlu, Haluk; Altop, Atilla:** *Borçlar Hukuku*, İstanbul 1993.
- Topuz, Murat:** *İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*, İstanbul 2011.
- Treitel, Sir Guenter:** *Remedies for Breach of Contract (A Comparative Account)*, Oxford 1988. (“Treitel, Remedies”)
- Treitel, Sir Guenter:** *The Law of Contract*, 11th Edition, England 2003. (“Treitel, The Law of Contract”)
- Yelkenci, Işıl:** *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Alıcının Sözleşmeden Dönmesi*, İstanbul 2014.

Hugo Grotius Anlayışının Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yollarına Etkileri

The Effects of Hugo Grotius' Understanding on Settlements of International Disputes

F. Şeyda TÜRKAY KAHRAMAN* 

Öz

Doğal hukuk görüşünü desteklemiş olan Hugo Grotius uluslararası hukukun kurucularındandır. Grotius, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yollarını ortaya koyarken önceki teorisyenlerin görüşlerinden yararlanmıştı. Birinci bölümde Grotius'un faydalandığı görüşler ele alınmıştır. İkinci bölümde Grotius'un teorisi ayrıntılı şekilde incelenmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında Grotius sonrası dönemde uluslararası hukukta Grotius'un yapmış olduğu katkıların ne şekilde uygulanmış olduğu belirtilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Grotius, Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları.

Abstract

Hugo Grotius who had supported with idea of natural law, was one the founders of international law. Grotius benefited from the ideas of previous theorists when laying out settlement of international disputes. In the first part, the views of Grotius are covered. In the second part, Grotius' theory was studied in detail. In the last part of the study, in the post-Grotius period, it was attempted to specify how the contributions made by Grotius in international law were applied.

Keywords: Grotius, Settlement of International Disputes.

GİRİŞ

Uluslararası hukukun kurucu teorisyenlerinden Hugo Grotius, çağdaş uluslararası hukukun babası olarak kabul edilmektedir. Doğrudan uluslararası hukuk şeklinde bilim dalının varlığını ortaya koymasa da uluslararası hukuk hakkında yazdığı eserlerle bu dalın öğretisinin kurulmasına katkı yapmıştır. Grotius'un kuramının ayırt edici özelliği, kaynağı Tanrı'ya dayalı olan doğal

* Dr. Öğr. Üyesi, Çankırı Karatekin Üniversitesi Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fkahraman@karatekin.edu.tr

hukuk görüşünden ileri gelen hakların rasyonel ahlakın ve dini bir yeniliğin gerekliliğinden hareketle, dindışılaştırılmış bir rasyonalist doğal hukuk tasarımına dayanmasıdır.

Grotius, Hollanda'da doğan bir Avrupalı olarak Batı uygarlığının bir temsilcisidir. Uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü bakımından Grotius, taraflar arasında mevcut olan bir uyuşmazlık hakkında, girişeceği savaşın haklılığı karşısında şüpheye düşen bir Krala veya Prense bu uyuşmazlığın savaşa tırmandırılmasını önleyebilecekleri üç yöntem önermiştir. Bu yöntemler; görüşme, hakemlik ve kura veya düello şeklindedir. Grotius, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yollarını saptarken kendisinden önceki teorisyenlerin görüşlerinden de yararlanması nedeniyle, öncelikle Grotius öncesinde ele alınan görüşlere değinilecektir.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞLER

A. GROTIUS ÖNCESİNDE İLERİ SÜRÜLEN ÇÖZÜM YOLLARI

Grotius 16. yüzyılın sonları ve 17. yüzyılın ilk yarısındaki dönemde yaşamış ve bu dönem itibariyle de teorilerini ortaya koymuş bir hukukçudur. Grotius'un yaşadığı dönemden yaklaşık olarak bir asır öncesi dönem olan 16. yüzyılın başından itibaren; Rönesans'ın etkisiyle toplumların ekonomik, sosyal, politik ve kültürel değerlerini; Amerika'nın Kolomb, Hint yolunun Vasco de Gama tarafından bulunuşu, astronomide Copernic ve Kepler, fizikte Galile'nin keşifleri, matbaanın ortaya çıkışı değişikliğe uğratmıştır. Açık ekonomik düzene geçişi sağlayan zümrenin dünyadaki önemli pazarlarla ticari ilişkide bulunması ile mal alışverişi yapan tüccarlar; ticaretin bağımsızlığa kavuşmasına yardımcı olmuştur.¹

16. yüzyılda oldukça büyük bir sermayeyi elinde tutan burjuvazi, nitelik değiştirerek; girişimci, üretici bir sınıf haline gelmiş, ticarete dayalı zenginliğin artmasındaki öncü rolü ve sermaye birikimi oluşturması, kralların daha çok vergi toplaması anlamına gelmesi nedeniyle ticaret ile uğraşanlar krallar tarafından korunmuştur.²

Aynı zamanda Grotius öncesi döneme bakıldığında görülmektedir ki 16.yüzyıl coğrafi keşifler ve ilk sömürge fetihlerinin etkisi ile evrensel ticaret ilişkilerinin genişleyip yaygınlaşmasını sağlayarak, ticaret yollarının ve merkezlerinin Akdeniz ve Baltık'tan Atlantik okyanusu kıyılarına doğru kayması sonucu, bu merkezlerle yakın devletleri uluslararası ilişkilerde başat aktör konumuna getirmiştir.³

16. yüzyılın başat aktörlerini oluşturan Portekiz, İspanya, Birleşik Eyaletler (Hollanda), Fransa, İngiltere'de; dış politika faaliyetlerinde monarşilerin çıkarları, feodal soylular sınıfının iktidar

1 Bihterin Dinçkol, Mehmed Akad, Genel Kamu Hukuku, Der Yay., İstanbul, 2013, s.89.

2 Dinçkol, s.90.

3 Ahmet Haluk Atalay, Uluslararası Hukukun Oluşumu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997, s.14.

özlemleri ve yükselen burjuvazinin giderek ayrışan istemlerinin etkisi ile kimi kez karışım halinde kimi kez de yalnızca birinin hakim olduğu dönemsel ayrımlara gitmek mümkündür.⁴ Avrupa'nın yükselişi özellikle 16 ve 18. yüzyıllar arasında yaşanan bütün küresel süreç ve sürecin çatışma-anlaşma döngüsellliğini oluşturan olgular din savaşlarına, açık denizlerde egemenlik sağlamaya ve bu egemenliği sürdürme çabasından, gümrük rejimine kadar alınan her önlem oldukça önemli olaylardır.⁵ M.S. 476'da Batı Roma İmparatorluğunun yıkılmasından 15. yüzyıl Rönesans'ın ortaya çıktığı sürece kadar yaşanan Orta Çağ'da Hristiyanlık dininin kilisenin etkisi altında olması nedeniyle cismani otorite ile ruhani güç arasındaki çatışma ve çelişki tüm sistemin değişmesine neden olacaktır.⁶

Portekiz ve İspanya'nın ardından Birleşik Eyaletler, İngiltere ve Fransa coğrafi keşifler ve sömürge fetihlerinde üstünlük yarışına birer imparatorluk kimliğiyle katılmışlardır. Söz konusu sömürge imparatorlukları, Kutsal Roma İmparatorluğu'nun çözülme sürecinde ortaya çıkmış olup, ulus – devlete mutlakiyet şeklinde geçmiş ve güçlerini, sömürgelere ulaşan su yollarında egemen olarak sağlamışlardır.⁷

İspanya'dan üstünlüğü ele alan İngilizler ve Birleşik Eyaletler; okyanusların yeni hakimleri olmuş; Birleşik Eyaletler sömürgeci yayılış alanındaki rekabete 17. yüzyılın başlarında katılarak 1642 ve 1643'te, Hint Okyanusundaki deniz yollarının denetimini sağlamış; Yeni Dünya'da Guyan'ın bir bölümü ile Küçük Antiller'de birkaç ada fethedilmiş; etkinliğini Çin ve Japon limanlarına kadar yayacak olan Doğu Hindistan Ticaret Şirketi'nin merkezi haline getirilmişti.⁸ Grotius öncesi döneme bakıldığında bahsedilen tüm bu süreç, Grotius gibi bir hukukçunun ortaya çıkmasını sağlayan koşulları hazırlamış hem de onun düşünsel yapısını etkileyip şekillendirmiştir.

Grotius'un ölümünden sadece üç yıl sonra, uluslararası hukukun oluşumu bakımından başlangıç olarak kabul edilen 1648 Westphalia barışının bir sonucu olarak, Birleşik Eyaletler bağımsızlığını elde ederek, Flaman Cumhuriyeti adını almıştır.⁹ Birleşik Eyaletler, Avrupa'da burjuva devrimine ilk sahne olan ülkedir. Bir Cumhuriyet olarak Flaman (Hollanda), önce Doğu Hint sonra da Batı Hint Ticaret Şirketleri aracılığıyla sömürge ticareti ile gelişmiştir. Bu durum uluslararası hukuk kuramının kurucusu olan Hugo Grotius'un Hollandalı olmasını rastlantı olmaktan çıkarmıştır.¹⁰

Uluslararası çözüm yollarının ele alınması ve uygulanması konusu söz konusu dönem itibariyle incelendiğinde görülmektedir ki savaş uluslararası çözüm yollarından biridir. Günümüzde Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 2. maddesinde kabul edilmiş olduğu üzere savaşa başvurmak,

4 Atalay, s.15.

5 Atalay, s.15.

6 Dinçkol, s.53.

7 Atalay, s.30.

8 Atalay, s.36.

9 Atalay, s.37.

10 Atalay, s.37.

iki istisnai hüküm dışında,¹¹ kesinlikle yasaklanmıştır.¹² Savaşa başvurmanın yasaklanması iki dünya savaşının meydana gelmesi sonucunda devletleri aynı düşüncede olmaya yönlendirmiştir. Bu savaşlar öncesi dönemde, özellikle de 15. yüzyıldan itibaren her ne kadar savaş yasaklanmasa da bir çözüm yolu olarak son çıkar yol şeklinde başvurulması uluslararası hukuk teorisyenleri arasında bulunan hukukçular tarafından önerilmiştir.¹³

Grotius öncesi dönemin koşulları ve değişimi, Vitoria, Suarez ve Gentilis gibi önde gelen uluslararası hukuk teorisyenlerinin düşün dünyalarını etkileyerek, onların uluslararası hukukun kurucuları arasında bulunmalarına neden olmuştur. Gentili, Grotius, Vitoria 16. ve 18. yüzyılın en üst otoriteleri olarak kabul edilerek uluslararası hukukun kapsamını, içeriğini ve biçimini belirlemişlerdir.¹⁴ Söz konusu teorisyenler doğrudan “uluslararası hukuk” şeklinde bir kavramdan bahsetmeyip “Kavimler Hukuku” (*Ius Gentium*) adını kullanmış olsalar da belirlemiş oldukları belli başlı kurallar ile onların uluslararası hukukun kurucuları arasında anılmalarını sağlamıştır. Bu kuramcıların uluslararası hukukta yapmış oldukları katkılar bilindiği takdirde, Grotius’un ortaya koyduğu kuralların tesadüf olmadığı, kendi yazmış olduğu mektuplarda da belirttiği üzere özellikle Gentilis’den etkilendiği, böylece Grotius’un hangi düşünceleri kendisi açısından yol gösterici olarak kabul ettiği daha kolay anlaşılacaktır.

1. Francesco De Vitoria (1483-1546)

16. yüzyılın büyük İspanyol hukukçu – ilahiyatçılarından olan özellikle Salamanca Okulu olarak bilinen grupta yer alanların arasında önde gelen isimlerden biri Dominican Francisco de Vitoria’dır. Vitoria aynı zamanda kavimler hukukunun yeniden keşfedilip formüle edilmesine katkıda bulunan düşünürler arasında da bulunmaktadır. Ülkesi İspanya o dönemde gücünün zirvesindedir ve isyancı reformist eğilimlere karşı önde gelen Katolik barikat olarak kabul edilmiştir. Aynı zamanda yenedünyadan akan büyük servetin de baş yararlanıcısı olmuştur.¹⁵

11 Bu istisnalar, meşru müdafaa ve Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından kuvvet kullanma yönünde karar çıkarılması şeklindedir. Madde 51 – Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına halel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi’ne bildirilir ve Konseyin işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez, Birleşmiş Milletler Antlaşması, I. Bölüm: Amaçlar ve İlkeler, Madde 51, 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).

12 Birleşmiş Milletler Antlaşması, I. Bölüm: Amaçlar ve İlkeler, Madde 2 (4), 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).

13 Bu görüşü ortaya koyan teorisyenler: Francesco De Vitoria, Fred Dallmayr, The Law of Peoples and the Laws of War, Peace Review 16:3, 2004, s.271; Francisco de Suarez, Hakkı Hakan Erkiner, Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluşturduğu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – HAD, Cilt:18, Sayı: 1, s.117; Alberico Gentilis, Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.131.

14 Malcolm Shaw, International Law, Edition: 6, Cambridge, 2008, s.112.

15 Dallmayr, s.271.

Vitoria, uluslararası sorunların çözüm yolları olarak savaşın nedenleri ve yürütülmesini içeren savaş kuralları (*ius ad bellum* ve *ius in bello*) ile ilgili tartışmalar öne sürmüştür. Birçok yönden savaş yanlısı ve askeri vahşete karşı çıkan haklı savaş teorisyenlerine göre, savaş kendini ve eşyalarını savunmak amacıyla, hukuk dışı şekilde alınan bir şeyin yeniden ele geçirilmesi, adaletsizliğin cezalandırılması ve gelecekte barış ve güvenliğin sağlanması amacıyla yürütülmelidir.¹⁶

Francesco De Vitoria, alanın diğer öncülerine oranla karanlıkta kalmış olmakla birlikte, Grotius'un etkilendiği hukukçulardan biridir.¹⁷ Vitoria'nın öğrencileri tarafından not edilmiş on üç konuşması, Vitoria tarafından da gözden geçirilerek, özellikle ikisi, "*De Indis Recenter Inventis*"¹⁸ ve "*De Iure Belli Hispanorum in Barbaros*",¹⁹ uluslararası hukuk ve savaş hukuku hakkında kaleme alınmıştır.²⁰ Vitoria'nın söz konusu eserinden de anlaşılacağı üzere savaş bir uluslararası çözüm yolu olarak mevcuttur.

Vitoria *De Indis*'te, Grotius'un da kendisinden yaklaşık yarım asır sonra ele alacağı haklı ve haksız savaş kavramları gibi, yenedünyanın İspanyollar tarafından işgal edilmesinin, haklı ve haksız yönlerine değinmiştir.²¹ Grotius'un *De Iure belli ac Pacis* adlı eserinde ortaya koyduğu kuramda olduğu gibi, savaşın gerçekleşmemesi için her yol denenmelidir. Çünkü savaş kaçınılmaz olduğunda başvurulacak bir yoldur.²² Görülmektedir ki Vitoria'nın bahsettiği, savaşın gerçekleşmemesi için denenecek her yol aslında barışçıl çözüm yolu olarak ele alınabilir. Vitoria'nın işgalin bazı haksız yönlerinin bulunduğunu belirtmesi, imparatorun mutlak iktidarını sınırlayan bir bakıştır ve savaş ilanının haklı nedenlerine ilişkindir.²³

Uluslararası hukuk kavramsal olarak ve kuralları itibariyle henüz ortaya somut olarak konmamış olsa da bahsedilen yüzyıl itibariyle sınırların genişlemesinin etkisiyle Roma hukukunda *ius gentium* adlı kurallar bütününe ortaya çıkarmıştır. Devletin genişleyerek başka hukukların geçerli olduğu toprakların ele geçirilmesi ve ticari hayat, daha sık Roma'ya gelen yabancı tüccarların korunması; Roma'nın da çıkarı haline geldiğinden, Roma vatandaşları ile yabancılar arasındaki özellikle ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların halli için, yeni bir yaklaşımı gerektirmişti. Böylece, Roma yurttaşlarının yanı sıra, yabancılara da uygulanabilen birçok yeni hukuk kuralı ortaya çıkmıştır: Romalılar bu kuralların tümüne, "*Ius Gentium*" adını vermişlerdir.²⁴ Ancak Vitoria'ya göre, *ius gentium*, doğal hukuktan ayrıdır ve doğal hukuktan çok pozitif hukuka yakındır.²⁵ Vitoria'ya göre, *ius gentium* hukuki ve ahlaki yükümlülükler yükler: "*ius gentium*'u

16 Dallmayr, s.272.

17 Ertuğrul Uzun, Elif Uzun, Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco De Vitoria Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:5, Sayı: 18, 2009, s.40.

18 Yeni Keşfedilen Yerliler Üzerine

19 İspanyol savaşçıların barbarlarla yaptığı savaşın hukuku üzerine, bundan sonra De Iure Belli.

20 Uzun ve Uzun, s.41.

21 Uzun ve Uzun, s.41.

22 Elif Uzun, Haklı Savaş Düşüncesinin batılı Kökleri: İlk Çağlardan Yirminci Yüzyıla Jus Ad Bellum Kavramı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt:6, Sayı:21, 2010, s.24.

23 Uzun ve Uzun, s.42.

24 Uzun ve Uzun, s.44.

25 Uzun ve Uzun, s.45.

ihlal edenler, ister barışta ister savaşta olsunlar, ölümcül bir suç işlemiş olurlar”²⁶ Vitoria, *ius gentium* olarak adlandırılan kurallara riayet edilmesini, diğer bir deyişle hukuk kurallarına uyulmasını diğer kurallardan üstün tutmaktadır.

Vitoria’ya göre, *ius gentium* elçilere saygı gösterilmesini zorunda kılar, çünkü elçiler, barışı sağlar ve korurlar; barışın tesisi doğal hukukun da gereğidir; dolayısıyla, elçilere saygı gösterilmesi, doğal hukukun bir gereğidir ve doğal hukuk *ius gentium* olmaksızın muhafaza edilemez.²⁷

16. yüzyılın büyük İspanyol yazarı Vitoria, her türde ve derecedeki yanlışların bir savaş başlatmak üzere yeterli nedenleri oluşturmayabileceğini belirtmiştir.²⁸ Vitoria, Güney Amerika’nın fethinde yerlilerin topraklarındaki misyonerlik faaliyetlerine yerlilerin karşı çıkması savaş için bir neden oluşturduğunu düşünse de, yaşamış olduğu zamana göre ve yaygın görüşlerin aksine, ilerici bir tutum sergileyerek, yerlilerin kendi meşru çıkarları olan uluslar olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir.²⁹ *Ius gentium*, modern uluslararası hukukun doğuşu anlamında yeterli açıklamayı sağlayamasa da, Vitoria’ya göre; yerlilere savaş ilan edilmeden önce, adı verilen bir metin okunmalıdır. *Requerimiento*’yu reddeden yerliler büyük bir günah işlemiş olsalar bile onlara savaş ilan ederek mallarına, topraklarına el konulamayacağını belirten Vitoria böylece haklı savaş koşullarını belirlemiştir.³⁰ Vitoria yine de yerlileri Avrupa’nın Hristiyan milletleri ile eşit oldukları şeklinde bir görüş belirtecek kadar ileri gitmemiştir.³¹ Savaşı meşru kılan diğer bir durum, her türlü barışçıl ikna çabasına saldırıyla karşılık veren barbarlara karşı savaş açmaktır; barışın ve güvenliğin sağlanması işgali gerektiriyorsa, işgal de meşrulaşır; böylece savaş hukukunun verdiği yağma, savaşanların öldürülmesi, esirlerin köleleştirilmesi hakları kullanılabilir.³² Haklı savaşta masum insanların öldürülmesi ile ilgili soruya Vitoria “Masum insanların kasten öldürülmesinin kesinlikle meşru olmadığı” cevabını vererek savaşın belli kurallarla yürütülebileceğini belirtmiştir.³³

Vitoria’da bir uluslararası hukuk kavramı bulmak mümkün değildir, modern uluslararası hukuktaki asli sükeler eşit ve egemen devletlerdir ve buna uygun bir kavrayışın Avrupa’da ortaya çıkmasını beklemek gerekeceğinden, Vitoria ve çağdaşları bu nedenle, bir geçiş dönemini temsil etmektedirler.³⁴ Vitoria kavramsallaştırma açısından modern uluslararası hukukun karşılığını sağlayacak kuralları başarılı biçimde saptayamasa da, ileri sürdüğü uluslararası sorunların çözüm yolları ile ilgili görüşleri, seküler bir uluslararası hukuk kuramını kendisinden sonra kavramsal olarak oluşturacak Suarez ve Grotius gibi yazarları oldukça etkileyip yol gösterici olmuştur.³⁵

26 Uzun ve Uzun, s.46.

27 Uzun ve Uzun, s.46.

28 Shaw, s.1120.

29 Shaw, s.22.

30 Uzun ve Uzun, s.53.

31 Shaw, s.22.

32 Uzun ve Uzun, s.54.

33 Uzun ve Uzun, s.56.

34 Uzun ve Uzun, s.43.

35 Uzun ve Uzun, s.59.

2. Francisco de Suarez (1548-1617)

Vitoria, *ius gentium*'u doğal hukuktan ayrı tutarak onu pozitif hukuka yaklaştırmıştı. Hukukçu olmayan Suarez ise, uluslararası hukukun kaynağı olarak, Tanrısal istencin ve doğanın yerine, devletlerin somut iradesini geçirerek, uluslararası hukuk literatüründe pozitivist okulun kurucusu olarak modern uluslararası hukuk öğretisinin geliştirilmesi bakımından etkili olmuştur.³⁶ Bir Cizvit ve Teoloji Profesörü olan Suarez ortaçağ kültürünün oldukça etkisi altında kalmıştır.³⁷ Vitoria'nın da ortaya koymuş olduğu üzere, barışı tesis etmede veya savaş dışı yöntemler ile ilgili görüşmeler yapmada aracı olan elçilere zarar verilmemelidir.³⁸ Suarez'e göre devlet iradesi, devletlere savaşa başvurmayı tek olanak olarak sunmamaktadır.³⁹ Dolayısıyla uluslararası çözüm yolları arasında barışçıl yöntemler mevcuttur. Suarez'e göre savaşa başvurmak, haksızlığa uğrayan devletin bunun onarılmasını elde edememesi durumunda sahip olduğu bir yetkidir.⁴⁰ Bir çözüm yolu olarak savaş bu açıklamadan anlaşılacağı üzere bir hak değil yalnızca bir yetkidir ve meydana gelen zararın onarımının başka yollardan elde edilememesi sonucunda başvurulabilir.

Suarez, uluslararası hukukun temel niteliğinin doğal hukuka dayandığını, ancak uluslararası hukukun asıl anlamını antlaşmaları yürürlüğe sokarak uygulatan doğal hukuk kurallarında bulunduğunu belirtmiştir.⁴¹ Suarez'e göre; savaş, doğal hukuktan değil, insanların kurallarını belirlediği pozitif *ius gentium*'dan ileri gelmekte olup, uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözümlenmesi yollarının geliştirilmesi ile ortadan kaldırılabilir.⁴² Savaş, adaleti elde etmenin bir yoludur; bunun söz konusu olabilmesi için savaşın galibi bakımından haklı bir savaş olması şarttır.⁴³ Haklı bir savaş nedenini ancak onarılamayacak büyük bir haksızlık oluşturabilir.⁴⁴

Suarez, günümüzde başvuru uluslararası sorunların barışçıl çözüm yollarından biri olarak kabul edilen ve uygulanan, üçüncü bir kişinin hakemliğine başvurmak gibi savaş dışı bir yola müracaat edilmesi olanağını son derece açık bir şekilde ortaya koymuştur.⁴⁵

3. Alberico Gentili (1552-1608)

Hugo Grotius öncesinde, uluslararası hukukun kuramsallaştırılmasının ilk modern başlangıcında, Grotius'un düşünsel yapısı üzerinde ve 16. yüzyıl Avrupa uluslararası hukuk alanında Gentili etkili olmuştur.⁴⁶ Kuzey İtalya'da doğmuş ancak Protestanlığı kabul etmesi nedeniyle uğrayacağı

36 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.117.

37 Shaw, s.23.

38 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.120.

39 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.119.

40 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.119.

41 Shaw, s.23.

42 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.120.

43 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.120.

44 Uzun, s.25.

45 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.119.

46 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.125.

zulümden kurtulmak amacıyla İngiltere'ye kaçmıştır.⁴⁷ Oxford'da Profesör olan Gentili, uluslararası hukuku ortaya koyacak olan laik düşünce okulunun kurucusu olmuş ve o zamana kadar önem atfedilen teolojik tezlerin önemini oldukça sarsmıştır.⁴⁸

Gentili, uluslararası hukuk öğretisinin dinin hâkimiyetinden kurtarılması gerektiğini düşünerek bunun temellerini sağlamıştır.⁴⁹ Gentili, evrensel şekilde doğanın düzeninden kaynaklanan kurallar yerine; bir disiplinin düzenlemesi gereken ilişkilerin kaynağında, insan doğasından başka bir kaynak bulunduğu düşüncesini öne sürmüştür. Bu düşünce Grotius tarafından oluşturulacak yeni doktrinin ait olduğu geleneği başlatarak modern uluslararası hukukta seküler bakış açısını başlatmıştır.⁵⁰

Gentili diplomasi hukukunda, diğer teorisyenlerin de savunduğu üzere, elçilerin dokunulmazlığı ve bağımsızlığını savunmuş, haklı bir savaşta olduğu gibi haksız bir savaşta dahi savaşın yaşandığı sırada belli kuralların yürürlükte olması gerektiğini savunmuştur.⁵¹ Suarez'in de ele aldığı üzere, günümüzde başvuru uluslararası sorunların barışçıl çözüm yollarından biri olarak kabul edilen, hakemliğe başvurmanın, devletler arasında uyumsuzlukların barışçıl yolla çözümlenmesi için başvurulması gereken bir yol olduğundan ve bu yolun aslında devletlerin egemenliklerinin terki anlamına gelmediğini, yalnızca taraflardan birinin uzlaşma amacıyla bir adım atması halinde, ona karşı savaşmayı hukuka aykırı hale getirdiğini ortaya koymuştur.⁵² Uluslararası sorunların çözüm yollarında Grotius öncesi dönemde barışçıl yollardan özellikle hakemlik kurumu üzerinde durulduğu ve savaşa hukuka aykırı bir nitelik kazandırdığı anlaşılmaktadır.

Grotius, 1589 yılında savaş hukukunu kapsamlı bir tartışma temelinde ele almış olup antlaşmalar hukukuna ilişkin de önemli bir bölüm içeren *De Jure Belli* adlı eserini yayınlanmıştır.⁵³ Grotius'un 1625 yılında kaleme aldığı *De Iure Belli ac Pacis* adlı eserin belli bölümlerinde Gentili'sin çalışmalarında yer verdiği tarihsel örnekler yer almaktadır. Grotius'un da teorisine yön veren Gentili bakış açısına göre, düşmanlar arasında olduğu gibi önüne gelenin birbirine kuralsız ve ölçsüz zarar verme hakkı mahkemelerin bulunduğu yerde ortadan kalkmakta, mahkemeler herkese hak ettiğini uygulamaktadır.⁵⁴

47 Shaw, s.23.

48 Shaw, s.23.

49 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.127.

50 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.127.

51 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.131.

52 Erkiner, Grotius Öncesinde..., s.132.

53 Shaw, s.23.

54 Hugo Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, Orijinal İsim: De Iure Belli Ac Pacis, Çeviren: Seha L. Meray, Ed: Derya Önder, Say Yay., 1. Basım, İstanbul, 2011, s.250. Bu çalışmanın bazı bölümlerinde Seha Meray'ın Türkçe tercümesi yerine Latince'den İngilizce'ye yapılmış başka bir tercümeden faydalanılmıştır. Meray, Savaş ve Barış adlı eserin bazı bölümlerini kısaltarak Türkçeleştirmiştir. Faydalanılan diğer kaynak Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-100/> (28.12.2018).

II. GROTIUS'UN TEORİSİNDE ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

A. HUGO GROTIUS'UN YAŞAMI VE ESERLERİ (1583–1645)

15. yüzyılın sonlarında, Amerika'nın keşfi ve ticaret yapılan yeni merkezlerin bulunması ile politik ve ticari merkez İspanya, Portekiz, Hollanda ve İngiltere lehine değişmiştir. Hümanist düşünce ve Rönesans'ın etkisi Ortaçağ Hristiyan dünya görüşünü yavaş yavaş erozyona uğratmış ve eski hukuk düzeni çökmüştü. 1581'de Birleşik Eyaletler'den birini oluşturan Hollanda İspanya'dan bağımsızlığını kazanmış ve Amsterdam bankacılık ve ticaretin Avrupadaki merkezi olmuştur.⁵⁵ Söz konusu gelişmeler Avrupadaki siyasi durumu önemli ölçüde değiştirmiş, Grotius'un teorisi kaçınılmaz şekilde bu gelişmelerin içinde ortaya çıkmıştır.

Uluslararası hukukun kurucu teorisyenlerinden ve çağdaş uluslararası hukukun babası olarak kabul edilen Hollandalı ünlü hukukçu Hugo Grotius 10 Nisan 1583'te Hollanda'nın Delft kasabasında doğmuş, on bir yaşında Leiden üniversitesine girerek üç yıl okuduktan sonra, on beş yaşında avukat olmuş, Fransa Kralı IV. Henry'ye giden Hollanda temsilci heyetine üye olarak alınmış ve Fransada bulunduğu sırada Orleans Üniversitesi tarafından Grotius'a hukuk doktoru unvanı vermiştir.⁵⁶ Devlette hakimiyeti elde etmeye mücadeleye girişmiş, Hollanda burjuvazisi mensubu olmasından ötürü feodal zihniyetten uzak durmuş, kendisini burjuva cemiyetine bağlı hissetmiştir.⁵⁷ Rasyonel bir ahlakın gerekliliğinden hareketle dini bir yeniliğin gerekliliğini savunmakta, hümanizm ideali ile Rönesans bireyciliğinin fikrini benimsemekteydi.⁵⁸

Grotius, devletin kilise üzerinde geniş kapsamlı gücünü savunmuş, bu düşüncesini 1617 yılında yazmış olduğu, ancak basımı 1673'te gerçekleşen, *De Imperio Summarum Potestatum Circa Sacra* (dini konularda yüce bir otorite gücü) adlı eserinde ortaya koymuştur. Yazmış olduğu eserde teolojik yönün mü yoksa politik yönünün mü ağır bastığı tartışmaları olsa da ilk planlanan basımının politik yönü ağır basan bir eser olduğu anlaşılmıştır. *De Imperio* devletin gücünün kutsal temelli olmasını reddederek, devleti barış ve ibadete teşvik eden bir kurum şeklinde belirtmektedir.⁵⁹

Hollanda'da politikaya girdiyse de dini – siyasi tartışmalara katılması nedeniyle Paris'e kaçmış ve *De Iure belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) başlığını taşıyan üç ciltlik yapıtını 1625'de Latince olarak yayımlamıştır. Grotius, bu eserinde uluslararası hukuk konularının yanı sıra hukuk felsefesi, özel hukuk, ceza hukuku konularını da ele almaktadır. Ayrıca klasik yazarlardan, ozanlardan,

55 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

56 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.V

57 Yavuz Abadan, Grotius ve Tabii Hukuk, 1939, s.7.

58 Abadan, s.8.

59 Jan Bloemendai, Hugo Grotius (1583-1645): Jurist, Philologist And Theologian. A Christian Humanist. His Works And His Correspondence, Komnki 1, K1 – IJKK.I, NV, Leiden, 2002, s.345.

eski tarihlerden aldığı örnek olaylardan ve din bilginlerinden de aktarmalar yapmıştır.⁶⁰ 1645'te Rostock'ta 62 yaşında iken ölmüştür.⁶¹

Grotius'u "uluslararası hukukun babası" olarak anmak oldukça yaygın bir kabuldür.⁶² Bu kabulü ise yazmış olduğu eserler gerçekleştirmektedir. Avrupadaki yeni normatif düzenin oluşumuna yaptığı katkının en önemli gerekçesini, daha yaşadığı dönemde fikirlerini hayata geçirebilme imkanı oluşturmaktadır.⁶³ Grotius'un eserlerini yazdığı dönemin koşullarına bakıldığında görülmektedir ki 1602 yılında Hollanda; Doğu Hint, 1621'de Batı Hint Ticaret Şirketleri'ni kurarak doğrudan sömürgeci ticaret merkezlerini ya da bu merkezlere ulaşan kara ve su yollarındaki etkinliklerini, Avrupa'dan Yakın Doğu'ya; Asya'dan Güney Afrika ve Amerika'ya dek yaymıştır.⁶⁴

Grotius; *De Jure Praedae* (Ganimet Hukuku) adlı ilk eserini Portekiz'e ait bir gemiye Hint kumpanyasının el koyması hakkında ele almıştır.⁶⁵ Portekiz ve Hollanda arasındaki rekabet nedeniyle ortaya çıkan siyasi uyumsuzlukta Grotius, denizde el koyma hakkına yönelik olarak Hollanda'yı savunduğu söz konusu eserini 1604-1605 yılları arasında yazmıştır.⁶⁶ Çalışmasındaki esas amaç, askerî gücü yüksek bir devletin, denizlerde ticaret yapma olanağını silâhlarının gücüne dayanarak kapatması karşısında, onun askerî gücüne karşı eylemlerin haklılığını hukukî yoldan

60 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.V.

61 Meydan Larousse, Grotius, İstanbul, 1973, s.352.

62 Atalay, s.65.

63 Berdal Aral, Uluslararası Hukukun Babası ve Bir Klasik Olarak Grotius, Medeniyet ve Klasik, Klasik Yay., İstanbul, 2007, s.403.

64 Atalay, s.40.

65 Meydan Larousse, s.352; Hollanda Doğu Hindistan Kumpanyası, Hint Okyanusu'nda ve Malezya-Singapur-Endonezya sularında faaliyete geçmesiyle Portekizlilerin düşmanca tutumları ile karşılaşmıştır. Grotius'a göre bunun nedeni Portekizlilerin bu sulardaki deniz trafiğini ve ticareti sadece kendi ellerinde tutma istekleriydi. Hollanda kumpanyası esas olarak barışçı ve ticarî bir amaç peşinde olsa da, bu amacını gerçekleştirmek için kendisini savunmak üzere Portekizlilerin gemilerini kuvvet kullanarak yakalamış ve ele geçirmişlerdir. Bu eylem Hollandalı kumpanya ortaklarını memnun etmemiştir. Reformun etkilerinden birisi de, birçok Protestan Hollandalının zihninde, istisnasız bütün savaşların gayrimeşrû olduğu düşüncesinin yerleşmiş olmasıdır. Bu hissedarların içinden, yeni bir şirket kurulmasını isteyenler de çıkmıştır. Bu kanaat Felemenk devletini çok rahatsız etmiştir, çünkü mevcut Hollanda Doğu Hindistan Şirketi'ne elindeki imtiyazları tanıyan devletin kendisiydi ve bunun karşısına rakip olacak başka bir Hollandalı şirketin çıkmasını katiyen istememekteydi, bakınız Erkiner, Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar, Samuel Von Pufendorf, Richard Zouche, Cornelius Van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:18, Sayı:3, 2012, s.12; Bu el koyma eyleminin, Hollanda için hukuken makul biçimde çözümlenememesi büyük sakıncalar doğurabilirdi. Meselenin uluslararası bir mesele olmasından ötürü, getireceği teorik yaklaşım, uluslararası hukuk disiplinin öğretisi için de, bu disiplinin doktrininin kurulmaya çalışıldığı ilk çalışmalardan biri olacaktır. Bunu yapabilmek için, kendinden çok önceki zamanlardan itibaren Batı Uygarlığının kültürel birikimini oluşturan malzemenin işlenmesinden yararlanır. Antik Yunan ve Roma Uygarlığından, Kitabı Mukaddersten aktarılan örneklerden, antik çağdaki filozofların ve devlet adamlarının düşüncelerinden (özellikle Cicero'dan), Hıristiyan azizlerin, kilise babalarının ve skolastik yazarların eserlerinden, İspanyol teolog ve hukukçuların kendisinden önce uluslararası hukuk için yapmış oldukları çalışmalardan çok geniş bir biçimde faydalanır; bunların her birinin entelektüel otoritelerini, söyleyeceği hukukî yaklaşımın dayanağı olarak kullanır, bakınız Erkiner, Uluslararası Hukuk Düşüncesinde..., s.13.

66 Abadan, s.10.

kanıtlamaktır. Hukuku kendisi için bir dayanak ve kuvvet unsuru olarak kullanmak isteyen tüccar bir devletin girişimlerinin gerektirdiği hukukî teoriyi temellendirmiştir.⁶⁷

Zelanda meclisinin Grotius'a danışıp görüş sorması üzerine Grotius, 1609 yılında Hollanda'nın Hint denizindeki ticaretini savunma amacı taşıyan ikinci eserini *Mare Liberum*'u (Serbest Deniz) ortaya çıkarmıştır. *Mare Liberum* eserinde, denizlerin serbestisini ve seyrüsefer hakkını savunan Grotius ilk kez ilahi ve medeni hukuk dışında rasyonel bir yaklaşım kullanmış ancak yine de doğal hukukun ilahi iradeden bağımsızlığını iddia edememiştir.⁶⁸ *Mare Liberum*'da İspanyol, Portekiz ve İngilizlere karşı denizlerin serbestliği ilkesi hakkında yazmıştır.⁶⁹ *De Iure Praedae*'nin ve onun bir özeti olan *Mare Liberum*'un ana fikrine bakıldığında Tanrı'dan kaynaklanarak doğal hukuktan ileri gelen denizlerde seyrüsefer serbestisi ve halklar arasında özgür ticaret hakkının bütün uluslar için eşit olduğunu savunmuştur.⁷⁰

Otuz yıl savaşlarının ortasında *Prolegomena*'yı kaleme alarak: “Savaşta hukuk uygulanmaya devam etmelidir, savaşa hukuki bir hakkın alınmasının dışında başvurulmamalı, savaşın hukuki sınırları dahilinde ve iyi niyet kuralları ile yapılamayacağı iddiaları doğru olmaktan uzaktır” fikrini ortaya koymuştur.⁷¹ 1621'de Bohemya'da başlayan Otuz Yıl Savaşları bütün Almanya'ya yayılmış olduğu sırada, Grotius 1625'te Paris'te, başyapıtı *De Iure Belli ac Pacis*'i yayımlamıştır.⁷² 1000 sayfalık son eseri olan *De Iure Belli*'de, hukuku laikleştirmek için büyük çaba sarf ederek, her savaşı onaylamaktan uzak bir anlayış ile savaşın meşruiyet meselesini tartışmıştır.⁷³ Eserleri incelendiğinde görülmektedir ki Grotius'un kuramının ayırt edici özelliği dindışılaştırılmış bir rasyonalist doğal hukuk tasarımına dayanmasıdır.⁷⁴ Çağdaş uluslararası hukukun temeli olarak kabul edilen *De Iure Belli* ile *De Iure Praedae*'nin en önemli özelliği, Grotius'un kendinden önceki dönemin yazar ve düşünürlerinin sentezini yapmış olmasıdır.⁷⁵

De Iure Belli adlı yapıtı Grotius'a, uluslararası hukuk disiplininin kurucuları arasında yer almasını sağlamıştır. *De Iure Belli*, doğrudan uluslararası hukuk şeklinde bilim dalının varlığını ortaya koymasa da uluslararası hukuk hakkında yazdığı eserlerle bu dalın öğretisinin kurulmasına katkı yapmıştır.⁷⁶ 17. yüzyılda hukuk soruları, dinsel kavramlar kullanılmadan cevaplandırılmazken, Grotius hukukî soruların, yalnızca hukuk kurallarına göre cevaplandırılması gerektiğini savunmuştur.⁷⁷

67 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.14.

68 Abadan, s.10.

69 Meydan Larousse, s.352.

70 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.37.

71 Dallmayr, s.272.

72 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.9.

73 Meydan Larousse, s.352.

74 Atalay, s.86.

75 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.10.

76 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.10.

77 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.16.

Açık deniz yollarında, üstünlüğün İngiltere'ye geçmesi ve iki güç arasındaki mücadelenin savaflara mal olan süreci, Fransa ile girilen savaşın ticarete sekte vurması, Hollanda'nın uluslararası alanda gerileyişine neden olmuştur.⁷⁸ Dolayısıyla Hollanda'nın, Avrupa ve dünya pazarlarındaki etkisi yaklaşık yüzyıllık bir zaman dilimine tekabül ederek, uluslararası dengeler öncelikle İngiltere ardından Fransa lehine değişirken; Grotius'un fikirleri artık uluslararası hukukta gelişimi durdurulamayacak temellerini atmıştır.⁷⁹

B. HUGO GROTIUS'UN TEORİSİNDE ULUSLARARASI UYUŞMAZLIKLARIN ÇÖZÜM YOLLARI

Grotius tüm insanlığın kabul edeceği ve tüm toplumların uyacağı, evrensel davranış kurallarının saptanmasıyla ilgilenen önemli teorisyenler arasındadır.⁸⁰ Özellikle uyuşmazlıkların barışçıl yollarla çözümü alanında Hollanda'da doğan bir Avrupalı olarak Batı uygarlığının bir temsilcisidir.⁸¹

Grotius'un uluslararası sorunların çözüm yolları olarak belirlediği önemli ilkelerden birini, sorunun öncelikle hukuki yollar yardımı ile barışçıl şekilde çözülmesi teorisi oluşturmaktadır. Bu çözüm yoluna nasıl başvurduğunu ise bir şirketin avukatlığını üstlenmiş olduğu olaydan anlamaktayız. Portekiz ve Hollanda arasında gerçekleşen siyasi üstünlük yarışı sırasında, Portekiz'e ait bir gemiye Hint kumpanyası el koymuş, Portekiz özel bir şirketin denizde zapt ve müsadere hakkının bulunamayacağı gerekçesi ile söz konusu işleme itirazda bulunmuş; Grotius'a Şirket'in Heemskirk isimli kaptanı tarafından gerçekleştirilen el koyma işleminin meşruiyetini kanıtlaması görevi verilmiştir.⁸² Bunun üzerine denizde müsadere hakkına yönelik olarak Hollanda'nın davasını savunmak üzere 1604-1605 yılları arasında *De Jure Praedae* (Ganimet Hukuku) adlı ilk eserini yazmıştır.⁸³ Grotius'un çalışmasındaki esas amaç, askerî gücü yüksek bir devletin, denizlerde ticaret yapma olanağını silâhlarının gücüne dayanarak kapatması karşısında, onun askerî gücüne karşı eylemlerinin haklılığını hukukî yoldan kanıtlamaktır. Böylece Grotius, hukuku kendisi için bir dayanak ve kuvvet unsuru olarak kullanmak isteyen tüccar bir devletin girişimlerinin gerektirdiği hukukî teoriyi temellendirmek istemiştir.⁸⁴

Grotius, taraflar arasında bir anlaşmazlık olması ve girişeceği savaşın haklılığı karşısında şüphe duyan bir Kral veya Prensin, bu uyuşmazlığı savaşa dönüşmeden önleyebilecekleri üç yöntem önermiştir. Bu yöntemler; görüşme, hakemlik ve kura veya düellodur.⁸⁵ Grotius,

78 Atalay, s.40.

79 Atalay, s.40.

80 Charles W. A. Prior, *The Highest Powers: Grotius and the Internationalization of Church and State*, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2013, s.94.

81 Bloemendai, s. 342.

82 Meydan Larousse, s.352; Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.13.

83 Abadan, s.10.

84 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.14.

85 Hans Günter Brauch, *The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant*, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

uluslararası hukukta savaşın devam ettirilmesi durumunda sınırlı bir şekilde yürütülmesinin yanı sıra savaşanlar ve savaş dışı kişiler arasında ayrıma gerek duyulduğunu belirtmektedir. Düşmanlar arasında olduğu gibi, önüne gelenin birbirine kualsız ve ölçüsüz zarar verme hakkı mahkemelerin bulunduğu her yerde ortadan kalkar; mahkemeler herkese hak ettiğini uygular.⁸⁶ Grotius; kralları, suçsuz kimselerin savaş yüzünden çok büyük kötülükler çekmek durumunda kalmaları nedeniyle, kararsız kaldıkları durumlarda barışa yönlendirir. Çünkü Grotius'a göre, savaşı önlemenin yollarından ilki çatışan taraflar arasında görüşme yapmaktır. Eğer bir kişi görüşme talebinde bulunmuş veya görüşme talebini kabul etmişse, uyuşmazlığın taraflarına hiçbir zararlı eylemde bulunmayacağına dair zımnen bir söz vermiş olur.⁸⁷ (M.Ö. 59 – M.S.17) Romalı tarihçi ve yazar olan Livy, bir görüşme yapma bahanesiyle düşmanına zarar vererek *ius gentiumu* ihlal eden olaya değinmiştir.⁸⁸ İkinci yol ise ortaklaşa yargıçların yargı yetkisine bağlı olmayanlar arasında uygulanan hakemliktir. Grotius'a göre savaşın sona ermesinin birinci yolu barış ise ikinci yolu hakeme başvurmaktır.⁸⁹ Verilen kararın adil olup olmamasına bakılmaksızın uyulması gereken ve doğruluğu hakkında güven veren bir kişinin kararına bırakılması gerektiği şeklinde iki tür tahkim mevcuttur.⁹⁰ Bir hakemin görevine bakıldığında, hakem bir yargıç olarak atanmışsa ya da takdir yetkisi kanunun gücünden daha geniş ise, Aristoteles'in dediği üzere "*adil ve ılımlı bir kişi katı kanun yerine tahkime başvuracaktır, çünkü yargıç kanun hükmüne bağlı iken hakem davanın hakkaniyetini de göz önüne alır*".⁹¹

Ortak bir yargıcın olmadığı diğer bir yol uzlaşmadır.⁹² Uzlaşma, güçlerin dengelendiği ve Hristiyan Kralların ve devletlerin iddiaları üzerinde karara vardıkları, aralarındaki anlaşmazlıkları sonlandıran önemli bir yoldur.⁹³ Grotius'a göre bu ve buna benzer nedenlerle Hristiyan devletlerin bir araya gelerek toplantılar yapmaları oldukça yararlıdır; böyle toplantılarda, uyuşmazlıkla ilgisi

86 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.250.

87 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 24, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-224/> (28.12.2018).

88 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 24, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-224/> (28.12.2018).

89 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.280.

90 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 20, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-220/> (28.12.2018).

91 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 20, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-220/> (28.12.2018).

92 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 23, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-223/> (28.12.2018).

93 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 23, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-223/> (28.12.2018).

olmayanlar, ötekiler arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, akla yatkın fikirler ile ilgili tarafları barışı kabule zorlayacak gerçek adımların atılmasını sağlayabilirler.⁹⁴

Doğru şekilde davranmayan kişiler arasında kötünün iyisi olarak, kuraya yakın bir yöntem olan düelloya savaştan kaçınmanın bir yolu olarak devletler tarafından izin verilebilir. Eğer iki kişinin uyuşmazlıkları, tüm halka bela getirecekse, silahlarla aralarındaki uyuşmazlığı çözmek için hazır olmalıdırlar.⁹⁵ Aralarında hiçbir menfaat bulunmayan Hristiyan güçler, diğerlerinin uyuşmazlıklarını çözebilmek amacıyla adil şartlarda barışı kabul ettirmek üzere tarafları gerekirse zorlayarak, müzakerelerde bulunmaları sağlamaları belli bir dereceye kadar avantajlı bir yöntem olarak Grotius'un öne sürdüğü görüşlerden bir diğeridir.⁹⁶

Grotius teorisini temellendirirken yazmış olduğu eserlerden anlaşıldığı üzere kendinden önce yaşamış olan birçok teorisyenden, kimilerinin görüşlerine katıldığını belirterek, kimilerinin ise görüşlerini eleştirerek, istifade etmiştir. Grotius, kendinden önce hakim olan düşüncelerden, savaş halinde her türlü araca, cebri şiddete başvurmanın geçerli olduğunu savunan görüşleri eleştirmiştir.⁹⁷ Grotius'un eleştirdiği düşünürlerden biri Antik Yunanlı Karneades'tir. Karneades'e göre adalet fikri çılgınlıktır. Karneades'in adalet fikrinin bir çılgınlık olduğu görüşüne karşı çıkan Grotius, hukukun tek amacının çıkar sağlamak olmadığını, bu nedenle neredeyse her devletin ne kadar güçlü olursa olsun barış içinde ilişkiler kurmak ya da kendisine karşı birleşmiş yabancı devletlerin saldırısını önlemek amacıyla başkalarının yardımına başvurmak üzere en güçlü hükümdarların dahi, başkaları ile antlaşmalar ve ittifaklar yapmaya çalıştıklarını belirtmiştir.⁹⁸ Grotius'un modern zamanın ilk genel barış antlaşması kuramının kurucusu olarak kabul edilebileceği de iddia edilebilir. Grotius'un ele aldığı barış, modern uluslararası sistem veya devletler sisteminde kabul edilen barıştan ziyade, uluslararası toplumun uluslararası sistemden farklılığı sebebiyle, devletler tarafından kuralların ve kurumların kabulü, birbirleriyle ilişkilerinde ve ortak çıkarların korunması nedenlerine bağlı olarak devletler üzerinde bağlayıcıdır.⁹⁹

İlişkilerin geliştirilmesi veya uluslararası sorunların sona erdirilmesinde antlaşmalar önemli bir rol oynamaktadır. Grotius antlaşmalar alanında aynı görüşü savunduğu Romalı hukukçu Ulpianus'a atıf yapmaktadır. Ulpianus'a göre, egemenin yaptığı antlaşmalar kamusal antlaşmalardır ve bu kamusal antlaşmalar barış zamanında yapılanlar ile savaşta komutanların birbirleriyle yaptıkları

94 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.206.

95 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 23, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-223/> (28.12.2018).

96 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright Book II, Chapter: 23, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-223/> (28.12.2018).

97 Abadan, s.41.

98 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.22.

99 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

antlaşmalar ile aynı değerde olup, bu tür antlaşmalar savaşı ortadan kaldıran nedenler arasında yer almaktadır.¹⁰⁰

Grotius'a göre doğal hukukun izin verdiği, eşitlik sağlasa da sağlamasa da antlaşmalar, barış ya da ittifak için yapılır; eşitliğe dayanan barış antlaşmaları savaş tutsaklarının, savaşta ele geçirilmiş mülkiyetin verilmesinin, güvenliğın sağlanmasını öngörürken, ittifak kurmak üzere yapılan eşitliğe dayanan antlaşmalar ticaret yapmak, savaşta birlik olmak ya da başka konulara ilişkin olarak yapılabilir.¹⁰¹

Uluslararası sorunları sonlandırmak üzere görüşmeler yapma yetkisi elçilere tanınmıştır. Elçilik Grotius için o kadar önemlidir ki savaşta sadece elçilerin aracılığı ile görüşülebilecek çok sayıda iş olduğunu belirterek barışın dahi ancak elçiler aracılığıyla gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir.¹⁰² Grotius elçileri kutsal görevli, dokunulmaz, milletler arasında kutsal olarak kabul edilmesi gereken elçilik kurumunun mensupları olduklarını savunmuştur.¹⁰³ Elçiler için tam dokunulmazlık ya da birtakım durumların bu dokunulmazlığın dışında tutulduğu uygulamaların varlığına bakıldığında, elçi göndermenin yararlı oluşunun Grotius döneminde dahi yadsınmadığı görülmektedir.

Elçileri kabul etmek ve elçilere hiçbir zaman kötülük yapmamak fikrini kabul eden Grotius kendi döneminde sürekli elçilikler ile fikrini “Her yerde görülen sürekli elçilikler de, hukuka aykırı davranmaksızın kabul edilmeyebilir, çünkü eski çağlarda bu çeşit bir elçilik yoktu; bu da sürekli elçiliklerin ne ölçüde gereksiz olduğunu göstermektedir” şeklindeki düşüncesi günümüzde uygulanan elçilik kurumu ile ilgili uygulamada geçerliliği olmayan bir görüşü savunduğu anlaşılmaktadır.¹⁰⁴

Günümüzdeki uygulama ile çok benzer şekilde Grotius, elçilerin kendilerini gönderen hükümdarı temsil etmesi nedeniyle, buldukları ülkenin iç hukukuna bağlı olmadıklarını, işledikleri suç hafife alınacak nitelikte ise elçinin ülkeden çıkıp gitmesini istemenin uygun olacağını belirtir.¹⁰⁵ Grotius'a göre elçi bir kez kabul edildiğinde artık uluslararası hukukun koruması altına girer, birbirlerine düşman devletler bile bu kurala saygı göstermelidirler.¹⁰⁶ Grotius, ulusların iradesiyle oluşturulan uluslararası hukuka göre, bir elçiyi yargılamanın hukuka aykırı olduğunu belirtir; çünkü elçiyi gönderen kimse, isterse elçisini cezalandırabilir, böyle bir şey yapmak istemezse, o da suçu onaylamış sayılacağından, kendisine karşı savaş açılarak, ceza uygulanabilir.¹⁰⁷

100 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.136.

101 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.138.

102 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.170.

103 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.164.

104 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.165.

105 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.168.

106 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.169.

107 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.167.

Grotius; Cicero'dan alıntı yaparak; bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak üzere tartışmak ya da zor kullanmak şeklinde iki yol olduğunu; tartışma yolu kapanmışsa zora başvurulabileceğini belirttiikten sonra, her çeşit savaşın doğal hukuka aykırı düşmediğini ortaya koymaktadır.¹⁰⁸ Grotius doğal hukukunun köklerini insan doğasında bulmaktadır.¹⁰⁹ Doğal hukuk teorisine göre doğanın aslında sosyal ve rasyonel olmasının etkisiyle, Grotius'un doğal hukuka ilişkin yaptığı yorumu toplum üzerinde yıkıcı etkisi açık olan adaletsizlikleri ve eylemleri engelleyici şekilde ortaya çıkmıştır.¹¹⁰ Grotius neden doğal hukuktaki istisnaların insan hakları ile yetkili kılındığını göstermeyi önemsemiştir. Buna göre eğer sözleşmelere ya da mülkiyet hakkına herkes tarafından itiraz edilebilseydi, örneğin; bir malın adaletsiz fiyatı ya da bir mal üzerindeki tasarruf eylemi, hem devlet içerisinde hem de uluslararası alanda uyuşmazlıklar sonlanmayacaktır.¹¹¹ Dolayısıyla Grotius uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak önerdiği barışa dayalı yolları çözüm yollarının başında tutsa da bir çözüm yolu olarak savaşın da varlığını kabul etmektedir. Grotius uluslararası sorunların çözüm yolu olarak savaşı kabul etmiş olsa da nedensiz yere savaşa atılanları eleştirerek, savaşa ilgili yaşanan tecrübeleri başıboşluk olarak görmekte ve bir kez eline silah alanın her türlü hukuk kuralını ihlal edemeyeceğini savunmaktadır.¹¹² Grotius, birbirlerine karşı silaha davranmışlar arasında her türlü hukuka saygı göstermenin sona erdiği görüşüne katılmamaktadır. Hakkını korumaya ya da elde etmeye çalışmanın dışında, hiçbir savaşa girişilmemesi gerektiği ve eğer savaşa girişilmişse, adalet ve dürüstlük sınırları içinde kalarak savaşılmaması gerektiğini belirtmektedir.¹¹³

Günümüzde uluslararası uyuşmazlıkları çözmek amacıyla başvuru yollar arasında kesin bir hükümle savaş yer almamaktadır.¹¹⁴ Savaşa başvurmak yasaktır. Grotius'un yaşadığı dönemi göz önüne aldığımızda ve Grotius'un fikirlerini incelediğimizde savaşın sorun çözmede başvurulabilecek son yol ve belli şartların oluşması ile meşru bir yol olduğu anlaşılmaktadır. Grotius savaşı bir hukuksal ilişki biçimi olarak ele almıştır.¹¹⁵ Çünkü O'na göre "*Savaş uyuşmazlıklarını zorlama yollarına başvurarak çözmeye girişenlerin karşılıklı durumudur*".¹¹⁶ Savaş ayrıca doğal hukuka da aykırı değildir çünkü zoru bütünüyle toplumsal yaşamın

108 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.40.

109 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright, Prolegomena, Lonang Institute, 1925, Parag. 16, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-100/> (28.12.2018).

110 Hugo Grotius, On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright, Prolegomena, Lonang Institute, 1925, Parag. 11, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-100/> (28.12.2018).

111 Steven Forde, Hugo Grotius on Ethics and War, University of North Texas, American Political Science Review, Vol. 92, No. 3, 1998, s.640.

112 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.13.

113 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.23.

114 Birleşmiş Milletler Antlaşması, I. Bölüm: Amaçlar ve İlkeler, Madde 2 (4), 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).

115 Atalay, s.83.

116 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.17.

dışında tutabilmek mümkün değildi: “Doğal hukuk, işlenmiş ya da işlenmeye gözdağı verilmiş haksızlıkları zor kullanarak savuşturmayı hiç de yasaklamamaktadır.”¹¹⁷ Savaşın doğal hukuka da beşeri hukuka da uygun olabileceğini gösteren Grotius’un asıl isteği, savaşı bütün hukuk türleri bakımından haklı gösterme amacıyla Hristiyanlık ideolojisinden de teyit almaktadır.¹¹⁸ “Öyle sanıyorum ki, hiç kimse, haksız bir saldırganı öldürmemek için, onun eliyle ölmeye katlanacak kadar sabırlı olmak zorunda değildir. Çünkü İncil bize, komşumuzu kendimiz kadar sevmemizi buyurmaktadır, kendimizden çok sevmeyi değil...”¹¹⁹ Savaşların gerekliliği temelini ele alarak haklı ve haksız savaşın benzer şekilde haklarını genişletmek üzere Grotius, yasaların suçlar tarafından getirildiğini savunmaktadır.¹²⁰ Böylece savaşın ne ilahi ne doğal ne de uluslararası hukuka aykırı olmadığını, sergileyen Grotius, başlıca üç haklı savaş kavramı belirlemiştir: “Bizim olan bir şeyi savunma, bize borçlu olunan bir şeyi elde etmeye çalışma ve cezalandırma.”¹²¹ Savaş, barışı sağlamak için girişilen bir eylemdir ve her uyuşmazlık savaşa yol açar.¹²²

Dile getirilmekteki farklılığa rağmen Grotius, Erasmus ve Vitoria ile birlikte haklı savaşı onaylayan düşünürlerdir. Haklı savaş teorisyenlerinin de uzlaşma içinde olduğu üzere Grotius, meşru olmak amacıyla savaşın saldırgan bir karaktere değil savunmacı olması gerekliliğine dayanmaktadır. Grotius, kavimler hukukunda kabul edilen savaşın 3 haklı nedeni olduğunu belirtmiştir: savunma, mülkiyet kazanımı (ya da haksız yere alınan eşya), (haksızlıklara karşı) cezalandırma, ancak bu eylemler birer tepki sonucu ya da bir saldırı veya bir hakkın ihlaline karşılık bir savunmada ortaya çıkmaktadır. Eğer savaşın meşruiyeti hakkında bir şüphe mevcut ise barışı korumak zorunludur, çünkü savaşın sonucunda meydana gelen acılar genellikle masum insanlar tarafından çekilmektedir.¹²³

Grotius; savaşın nedenlerini ikiye ayırmıştır; bunlar haklı nedenler ve çıkar gözetilen nedenlerdir. Haklı nedenler arasında, önce kendimizi ve bizim olan şeyleri korumak vardır, ancak düşmanın silaha davranmaya yol açacak herhangi bir eylemde bulunmamış olsa da yine de kamu makamlarınca açılan bir savaş haksız olmaktan kurtulamamaktadır.¹²⁴ Sonuç olarak savaşın tek haklı nedenini, kendisine karşı savaş açtığımız kimsenin bize karşı daha önce bir haksızlık işlemiş olması oluşturmaktadır.¹²⁵ Haklı olarak kimlerin savaşa girebileceğine bakıldığında; çıkarını savunan kamusal yetkilinin ve başkasına elden geldiği ölçüde yardımda bulunanlar haklı bir savaşı gerçekleştirebilir.¹²⁶ Bireylerden ziyade, egemen devletler, uluslararası politikada başlıca aktörler olduğundan Grotius, devletlerin basit bir mücadeleye girişmiş olmadığını, ancak ortak kurallar

117 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.26.

118 Atalay, s.85.

119 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.28.

120 Forde, s.645.

121 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.51.

122 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.31.

123 Dallmayr, s.273.

124 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.73.

125 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.73.

126 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.68.

ve kurumlar ile çatışmaların belli sınırlar içinde gerçekleşebileceğini ele almıştır.¹²⁷ Grotius'a göre kamusal savaş, her iki yanda da savaş açma konusunda bir kamusal yetkisi olanlarca girilmiş savaştır.¹²⁸ Bir savaşın uluslararası hukuka göre kurallara uygun sayılabilmesi için iki şartın aynı anda gerçekleştirilmesi gerekmektedir: Her iki tarafça da bu savaşın devlet gücünü elinde tutanlarca açılmış olması, ikinci olarak da yöntem (usul) gereklerine uyulması şeklindedir.¹²⁹ Grotius düşüncesinde uluslararası hukuk, savaş araçlarını sınırlamakta ve savaşanlar ve savaş dışı kişiler arasında bir ayrımı gerektirmektedir.¹³⁰ Grotius, savaşın hukuk ile çatışma halinde olduğunu kabul ederek, her devletin savaş hakkı (*ius ad bellum*) olması gerekirken, kuvvet kullanımının orantılılık ilkesine uygun olmasını savunmaktadır (*ius in bello*).¹³¹ Doğal hukukta savaşın dayatmaları ile ilgili olarak Grotius, haklı savaşa yol açan nedenler hakkında doğal hukukun sadece bir tarafı haklı bulunduğunu kabul eder. Suarez, Vitoria, Gentilis bu konuda Grotius üzerinde etkili olmuşlardır.¹³²

Savaş Grotius için her ne kadar bir çözüm yolu olsa da her türlü suçu cezalandırmak üzere hemen savaş açmayı salık vermemektedir.¹³³ Grotius bir savaş nedenini haklı savaşa ve çıkar gözeten nedenlere dayandırmadan savaş açanları, vahşi hayvanlara benzetmektedir.¹³⁴ Şiddete başvurma rasyonel olmayan yaratıkların başvurduğu bir yol olsa da Grotius aynı zamanda savaş, insanoğlunun doğal amaçlarını yerine getirmek için bir araç olarak onaylamıştır.¹³⁵ Grotius'a göre barışta olduğu gibi savaşta da riayet edilmesi gereken esasların belirlenmesinde, her zaman akla uymak gerekliliği bulunmaktadır.¹³⁶ Haksız bir savaş nedenini kendilerine karşı silaha davranmış kimselerden duyulan, ne olduğu belli olmayan bir korku oluşturmaktadır.¹³⁷

Grotius'a göre meşru hakların korunması amacıyla kuvvete izin verilmesi herhangi bir yasa ile uzlaştırılmayacak bir durum değildir. Eğer doğru kullanılırsa rasyonel ve uygar insanların enstrümanı olacak ve işlevsel olarak da toplumun korunmasına olanak sağlayacaktır. Uluslararası anarşi ve üstün bir otoriter gücün eksikliği adalete hizmet için araç olarak kullanılabilirler de mutlaka doğa yasalarına uygun olarak ahlaki olmak durumundadır.¹³⁸

127 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

128 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.42.

129 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.44.

130 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

131 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

132 Forde, s.644.

133 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.180.

134 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.197.

135 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

136 Abadan, s.41.

137 Grotius, Savaş ve Barış Hukuku, s.198.

138 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

III. GROTIUS ANLAYIŞININ ULUSLARARASI HUKUKTAKİ ETKİLERİ

Grotius'un, *De Iure Belli Ac Pacis* adlı eserinin *Prologomena* bölümünde, doğal hukukun Tanrı olmasa da geçerli olacağını söylerken, Papanın ve İmparatorun dışlanarak oluşturulan 1648 Westphalia Barışı ile hukuki bir ifade haline gelecek olan "Avrupa Uluslararası Hukuk"un düşünsel temelini ortaya koyduğu görülmektedir.¹³⁹ Yeniçağın doğal hukukçularının sorunu doğal hukukçu olup olmamalarının tartışmalarında bulunmamakta, kuramlarını ne tür bir doğal hukuk tasarımıyla temellendirebileceklerinde bulunmaktaydı.¹⁴⁰

Grotius teorisini ayrıntılı şekilde ortaya koyduğu *De Iure Belli Ac Pacis* adlı başlıca eserinde daha önceki dönemin yazar ve düşünürlerinin bir sentezini yapmıştır.¹⁴¹ Söz konusu eserinde, doğrudan uluslararası hukuk şeklinde bir ifade kullanmadan, millî kamu hukuku, özel hukuk ve ceza hukukundan bahsetmiştir.¹⁴² 19. yüzyılı da kapsayan bir dönemi etkilemiş olan doğal hukuk ve kavimler hukuku Okulunun kurucusu Grotius uluslararası hukuk kuramını temellendirmiştir.¹⁴³

Grotius'un takipçisi Pufendorf, 17. yüzyılda uluslararası hukuku rasyonalist bir doğal hukuk anlayışı üzerine kurmaya gayret etmiş, savların doğruluklarına akılla ulaşmaya dayalı bir düşünme yöntemini gerçekleştirerek uluslararası hukuk öğretisini, hukuk tekniği bakımından yetkinleştirmeye çalışmıştır.¹⁴⁴ Pufendorf uluslararası sorunların çözüm yollarından barışçıl yolların son derece farkındadır ve öyle ki Grotius'un tavsiyelerinin okunmasını tavsiye etmenin yanı sıra savaşın haklılığı ile ilgili bir tereddüt yaşanması halinde ilgili tarafların temsilcilerinin görüşmesini veya bir hakeme başvurulmasını önermiştir.¹⁴⁵ Grotius'un öğretilerine tarafsız devlet statüsünü de ekleyerek uluslararası hukuka yeni bir katkıda bulunmuştur.¹⁴⁶

17. yüzyılda Thomas Hobbes'un ortaya koyduğu görüşe göre, devletlerarası ilişkiler doğa durumudur ve savaş doğa durumunun bir parçası olması nedeniyle doğa durumu düzen, hukuk ve adaletin olmadığı ve insanların daha fazla güç elde etmek üzere herkesin herkesle savaştığı bir durumdur.¹⁴⁷

18. yüzyıla gelindiğinde, uluslararası uyuşmazlıkların savaş dışı yöntemler ile çözülmesi sürecinde Johann Gottlieb Heineccius, haklı savaş düşüncesinin bir kısmına karşı çıkan ilk kişi olmuştur. Savaş hala meşrudur ancak kesin bir şekilde iki şart ile sınırlandırmıştır: yabancı bir devletin

139 Atalay, s.66.

140 Maurice Duverger, *Sosyal Bilimlere Giriş*, Türkçesi: Ünsal Oskay, 3. Basım, Bilgi Yay., İstanbul, 1986, s.13.

141 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.10.

142 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.10.

143 Atalay, s.48.

144 Erkiner, *Uluslararası Hukuk Düşüncesinde...*, s.123.

145 Elif Uzun, *Haklı Savaş Düşüncesinin Batılı Kökleri: İlk Çağlardan Yirminci Yüzyıla Jus Ad Bellum Kavramı, Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:6, Sayı:21, 2010, s.28.

146 Uzun, s.28.

147 Fulya Ereker, *İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı, Uluslararası İlişkiler*, Cilt:1, Sayı:3, 2004, s.25.

zarar vermesi ve gerçek bir hakkın reddedilmesi.¹⁴⁸ Söz konusu doğa durumu devletler açısından katlanılabilir bir durum olduğu için barışçıl herhangi bir yol ileri sürmemiştir.¹⁴⁹

(1724-1804) Immanuel Kant politik eğiliminde, açıkça Grotius'u takip ederek, savaşın yıkıcılığı karşısında *ius gentium* ile barışa öncelik vererek, kalıcı barış hedefini varsayarak bir zorunluluk olarak bu kurallara uyulması gerektiğini otaya koymuştur.¹⁵⁰

1789 Fransız ihtilali sonrası ortaya çıkan ulus devletlerin her birinin eşit egemenliğe sahip olduğu düşüncesi, egemen devletlere savaş ilan etme haklarının bulunduğu düşüncesinin var olduğunu hissettirmiştir. Söz konusu haklı savaş görüşü 1919'da Versailles Antlaşması'nın 231. maddesinde yer alarak Almanya'nın savaş suçlusu olarak ilan edilmesine neden olmuştur.¹⁵¹

Grotius düşüncesinde uluslararası hukuk savaş araçlarını sınırlamakta, savaşanlar ve savaştışı kişiler arasında bir ayrıma gitmektedir.¹⁵² 1868'de yayınlanan St. Petersburg Deklarasyonu bazı silahların yasaklanmasını öngörmüştür. Bu fikirler 1899 ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmeleri'ne ve modern insanlı hukuk kurallarına yansımıştır.¹⁵³

20. yüzyılda savaşın yıkıcılığının azaltılması amacıyla bazı hallerde savaş yetkisinin sınırlanacağı maddeler Milletler Cemiyeti Misakı'na koyulmuştur. Savaşın yasaklanması ve uyuşmazlıkların barışçıl yollardan çözülmesi amacıyla Briand-Kellog Paktı'nın oluşturulması ilk somut girişim olmuştur.¹⁵⁴

20. yüzyılın sonlarında Grotius'un teorisi, uluslararası ilişkiler ve uluslararası hukuk alanında tekrardan yükselişe geçmiştir.¹⁵⁵ (1921-2002) Kendisinden önceki Grotius ve Vitoria gibi Rawls, savaş ve barış bağlamında, savaşçı ciddi bir şekilde sınırlandırırken barış lehine dengeyi bozmuştur. Savaş zamanı kişiler, karşı tarafın sivil ve askeri üyelerinin insan haklarına mümkün olduğu kadar saygı göstermelidirler. Bu görüşü oluşturan temel neden, mevcut düşmanın gelecekte barışın parçasını oluşturan bir tarafın ortağı olabileceği düşüncesi yer almaktadır.¹⁵⁶

II. Dünya Savaşı sonrası kurulan Birleşmiş Milletler Antlaşması madde 2(4)'te, devletlerin gerek bir başka devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerek BM amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir şekilde kuvvete başvurmaları ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunmaları yasaklanmıştır.

148 Uzun, s.29.

149 A. Nuri Yurdusev, Uluslararası İlişkiler Öncesi, Der: Atilla Eralp, Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar, İletişim yay, İstanbul, 1997, s, 47.

150 Dallmayr, 274.

151 Uzun, s.20.

152 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

153 Hans Günter Brauch, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.01.02.2014).

154 Ereker, s.29.

155 Forde, s.639.

156 John Rawls, The Law of Peoples, Harvard University Press, United States of America, 1999, s.125.

1919'dan 1960'a kadarki dönemde barış ön plana çıkararak savaşa sadece meşru müdafaa durumunda başvurulabileceği görüşü savunulmuş olsa da, terörizme karşı savaş, önleyici savaş gibi kavramlara dönüşerek yine de varlığını korumaya devam etmiştir.¹⁵⁷

Grotius'un ele aldığı sorunlar ve getirdiği çözümlerden çoğu kendisinden daha önceki teorisyenler tarafından ortaya konulmuştur ve bu nedenle özgün fikirler öne sürdüğünden bahsedilmese de onu önemli kılan, uluslararası hukuka ilişkin bölünmüş durumdaki sorunları ve çözümleri, uluslararası hukuk kuramı oluşturacak tarzda yeniden kurmuş olmasında bulunmaktadır.¹⁵⁸

SONUÇ

Grotius'un teorisinde uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolları hakkında ilk ulaşılan sonuç savaşa başvurulmasıdır. Savaşa başvurma ise tek bir şartı vardır ki o da bu savaşın haklı bir savaş olmasıdır ancak haklı olmanın kesinliği, matematik bilimindeki sayıların bizleri ulaştırdığı kesinlik kadar net değildir.¹⁵⁹ Savaşacak olan Krallar veya Prenslar bu haklılıktan son derece emin olmalıdır. Grotius'a göre; nihayetinde haklı olup olmamaya karar veren, kişilerin kendileri olacaktır. Peki, bu karardan emin olmanın ölçütü ne olacaktır? Haklı olmamızın kesinliğine vicdanımızla ulaşabiliriz ki burada doğal hukukun etkisi görülmektedir. Bu haklılık o kadar kesin olmalıdır ki en ufak bir kuşku olması halinde kesinlikle savaştan kaçınılmalıdır. Eğer kaçınılmazsa bu savaşın bedelini binlerce masum insan ödemiş olacaktır. Bir savaş başlatmadaki haklılığın kuşkusuz, uluslararası uyuşmazlıkların çözüm yolları olarak adlandırılan diğer yollara başvurulacaktır. Uluslararası sorunların barışçıl çözüm yolları olarak da adlandırabileceğimiz bu yollar; görüşme, hakemlik ve kura veya düellodur.

Grotius'un teorisini ortaya koyduğu eserlerinde görüldüğü üzere son derece değerli saptamalar ortaya koymuştur. Kendisinden önceki teorisyenlerin fikirlerinden etkilenmiş olsa da bu teorileri ileri taşımayı başarmıştır. Grotius'un savaşı çözüm yolu olarak dışlamaması bir yandan gerçekçi bir bakış açısına sahip olduğu göstermekte, diğer yandan ise yaşadığı dönemin koşulları savaş ile şekillenmiş olmasına rağmen savaş dışı metotlara da teorisinde yer vermesi yine gerçekçi temellerle barışçıl amaçların önemini vurgulamaktan uzaklaşmamıştır.

KAYNAKÇA

ABADAN, Yavuz, Grotius ve Tabii Hukuk, 1939.

ARAL, Berdal, Uluslararası Hukukun Babası ve Bir Klasik Olarak Grotius, Medeniyet ve Klasik, Klasik Yay., İstanbul, 2007.

ATALAY, Ahmet Haluk, Uluslararası Hukukun Oluşumu, Göçebe Yay., İstanbul, 1997.

157 Uzun, s.20.

158 Atalay, s.49.

159 Hugo Grotius, The Law of War and Peace, De Jure Belli ac Pacis, Chapter 23, 1625, <http://www.lonang.com/exlibris/grotius/> (e.t.02.10.2014).

- BLOEMENDAI, Jan, Hugo Grotius (1583-1645): Jurist, Philologist And Theologian. A Christian Humanist. His Works And His Correspondence, Komnki 1, K1 – IJJK.I, NV, Leiden, 2002.
- BRAUCH, Hans Günter, The Three Worldviews of Hobbes, Grotius and Kant, Free University of Berlin, Afes-Press, Chairman, Mosbach, http://www.afes-press.de/pdf/Hague/Brauch_Worldviews.pdf (e.t.04.01.2014).
- DALLMAYR, Fred, The Law of Peoples and the Laws of War, Peace Review 16:3, 2004.
- DİNÇKOL, Bihterin, AKAD, Mehmet, Genel Kamu Hukuku, Der Yay., 7. Baskı, İstanbul, 2013.
- DOĞAN, Naci, Ulusal ve Uluslararası Hukuk Alanlarına Göre Sözleşme Kavramı: Sözleşme Akdi Ve Koşulları, Mevzuat Dergisi, Yıl: 9, Sayı: 105, 2006.
- DUVERGER, Maurice, Sosyal Bilimlere Giriş, Türkçesi: Ünsal Oskay, 3. Baskı, Bilgi Yay., İstanbul, 1986.
- EREKER, Fulya, İlkçağlardan Günümüze Haklı Savaş Kavramı, Uluslararası İlişkiler, Cilt: 1, Sayı: 3, 2004.
- ERKİNER, Hakkı, Hakan, Grotius Öncesinde İlk Modern Uluslararası Hukuk Düşüncesinin Oluştugu Tarihsel Koşullar ve Erken Klâsik Dönemdeki Öğreti, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi – HAD, Cilt: 18, Sayı: 1.
- ERKİNER, Hakkı, Hakan, Uluslararası Hukuk Düşüncesinde Klasik Öğretinin Kuruluşu: Hugo Grotius ve Postgrotien Yazarlar Samuel von Puffendorf, Richard Zouche, Cornelius van Bynkershoek ve Samuel Rachel'e İlişkin İnceleme ve Değerlendirme, Marmara Üniversitesi Hukuk araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 3, 2012.
- FORDE, Steven, Hugo Grotius on Ethics and War, University of North Texas, American Political Science Review, Vol. 92, No. 3, 1998.
- GÖNLÜBOL, Mehmet, Uluslararası Politika Kavramlar İlkeler, Attila Kitabevi, Ankara, 1993.
- GROTIUS, Hugo On the Law of War and Peace in Three Books (1625) (De Jure Belli ac Pacis Libris Tres), Translated by: Francis W. Kelsey, Arthur E. R. Boak, Henry A. Sanders, Jesse S. Reeves and Herbert F. Wright, Lonang Institute, 1925, <https://lonang.com/library/reference/grotius-law-war-and-peace/gro-100/> (28.12.2018).
- GROTIUS, Hugo, Savaş ve Barış Hukuku, Çeviren: L. Seha Meray, Say Yay., İstanbul, 2011.
- KARACAOĞLU, Emine, Uluslararası İnsani Hukuk ve Uluslararası Kızılhaç-Kızılay Hareketi, İnsan Hakları Yıllığı Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1.
- MERAY, Seha L., Uluslararası Hukuka Giriş, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yay., Ankara, 1975.
- MEYDAN LAROUSSE, GROTIUS, İstanbul, 1973.
- NERGİZ, Muhammet, Uluslararası Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Soruşturma Komisyonlarının Rolü, 2011, <http://mnergiz.blogspot.com/2011/04/uluslararası-uyuşmazlıkların-cozumunde.html> (e.t.04.01.2014).
- PAZARCI, Hüseyin, Uluslararası Hukuk Dersleri, Cilt: 4, Turhan Yay., 6. Baskı, Ankara, 1997.
- PRIOR, Charles W. A., The Highest Powers: Grotius and the Internationalization of Church and State, Koninklijke Brill NV, Leiden, 2013.
- RAWLS, John, The Law of Peoples, Harvard University Press, United States of America, 1999.
- SÖNMEZOĞLU, Faruk, ve diğerleri, Uluslararası İlişkiler Sözlüğü, İstanbul, 1992.
- SUR, Melda, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yay., 7. Baskı, İstanbul, 2013.
- TELKENAROĞLU, Rahmi, Muhammed B. Hasen Eş-Şeybani (189/804) ve Hugo Grotius'un (1583-1645) Devletler Hukukuna Etkileri, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 5, 2005.
- UZUN, Elif, Haklı Savaş Düşüncesinin Batılı Kökleri: İlk Çağlardan Yirminci Yüzyıla Jus Ad Bellum Kavramı, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 6, Sayı: 21, 2010.

- UZUN, Elif, UZUN, Eruğrul, Uluslararası Hukukun Temelleri ve Francisco De Vitoria, Uluslararası Hukuk ve Politika, Cilt: 5, Sayı: 18, 2009.
- VILLA, Sergio Moratiel, The Philosophy of International Law: Suárez, Grotius and Epigones, International Review of the Red Cross, No. 320, 31.10.1997.
- YURDUSEV, A. Nuri, Uluslararası İlişkiler Öncesi, Der: Atilla Eralp, Devlet, Sistem ve Kimlik: Uluslararası İlişkilerde Temel Yaklaşımlar, İletişim Yay., İstanbul, 1997.

KARARLAR

- Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. U.K.), P.C.I.J. (ser. B) No. 3, 30 Aug. 1924, http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis.htm (e.t.28.01.2014).
- North Sea Continental Shelf Cases, (Federal Republic of Germany v. Denmark and the Netherlands, ICJ Reports, 20.02.1969.

MEVZUAT

- Birleşmiş Milletler Antlaşması, I. Bölüm: Amaçlar ve İlkeler, Madde 2 (4), 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).
- Birleşmiş Milletler Antlaşması, I. Bölüm: Amaçlar ve İlkeler, Madde 51, 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).
- Birleşmiş Milletler Antlaşması, VI. Bölüm: Uyuşmazlıkların Barışçı Yollarla Çözülmesi, Madde 33 (1), 26 Haziran 1945, <http://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/35501-Birlesmis-Milletler-Antlasmasi.pdf> (e.t.28.11.2014).
- Uluslararası Hukuk Enstitüsü, Uluslararası Uzlaştırma Prosedürleri Hakkında Yönetmelik, Madde 1.
- The Covenant of the League of Nations, 28 Apr. 1919, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/leagcov.asp (e.t.28.01.2014).
- <http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (e.t.04.01.2014)
- www.icj-cij.org (e.t.04.01.2014).
- The United Nations Today, <http://www.unicankara.org.tr/today/6.html> (e.t.04.01.2014).

Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)

Crime of Failure by Members of the Medical Profession to Report an Offense (Article 280 of Turkish Penal Code)*

A. Burak KARAHAN** 

Öz

Suç ve suçlulukla mücadele bakımından, yetkili makamların suçlardan ve suçlulardan haberdar olması gerekir. Bu nedenle sağlık mesleği mensuplarına görevlerini yaptıkları sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaşmaları durumunda yetkili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Sağlık mesleği mensuplarının bu yükümlülüğü ihlal etmeleri, yani suçu bildirmemeleri 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın 280'inci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızda TCK'nın 280'inci maddesinde düzenlenen bu suç incelenecektir.

TCK'nın 280'inci maddesi iki fıkradan oluşmaktadır. İlk fıkrada suçun kanuni unsurları ve karşılığında öngörülen yaptırım düzenlenmiştir. İkinci fıkrada ise “sağlık mesleği mensubu” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmez veya bu hususta gecikme gösterirse bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu suçun faili olan kişilerin muhakkak “sağlık mesleği mensubu” sıfatını haiz olması gerekmektedir. Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.

Anahtar Kelimeler: Suç, Suçluluk, Suçu Bildirmeme, Sağlık Mesleği Mensubu, Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi

Abstract

In order to fight against to crime and criminality, the relevant authorities must be aware of crimes and criminals. Therefore, members of the medical profession have to report committed offenses in the course of their duties. Violation of this obligation by members of the medical profession, in other words failure by they to report an offense in the course of their duties, has been regulated as a crime in article 280 of Turkish Penal Code no 5237. In our study, this crime regulated in article 280 of Turkish Penal Code will be examined.

Article 280 of Turkish Penal Code consist of two paragraphs. In the first paragraph, the legal elements of the crime have been defined and sanction of the crime has been regulated. In the second paragraph,

* Bu çalışma İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı'nda 2017-2018 Bahar Dönemi'nde verilen “Tıp Ceza Hukuku” dersi kapsamında hazırlanan çalışmanın yayım için düzenlenmiş halidir.

** Hakim Adayı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, E-Mail: burakkarahan7@hotmail.com.

what should be understood from the phrase “*member of the medical profession*” has been stated. If members of the medical profession come across with any evidence demonstrating that an offense may have been committed, in the course of their duty, and failing to report the offence or delays in reporting such offence, they shall be sentenced to a penalty of imprisonment for a term up to one year. Certainly, people who are perpetrator of this crime have to have title of “*member of the medical profession*”. Phrase of a member of the medical profession include physicians, dentists, pharmacists, midwives, nurses and other persons providing health services.

Keywords: Crime, Criminality, Failure To Report An Offence, A Member Of The Medical Profession, Failure By A Member Of The Medical Profession To Report An Offence

GİRİŞ

Kamu düzeninin korunması ve bozulan kamu düzeninin tekrardan sağlanabilmesi için adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrası gerekir. Adliyenin faaliyet ve fonksiyonların sağlıklı bir şekilde icrası suçtan ve suçlulardan yetkili makamların haberdar olmasıyla mümkündür. Yetkili makamların suç ve suçlulardan haberdar olabilmesi için kanun koyucu TCK m. 278’de herkes, m. 279’da kamu görevlileri ve nihayet m. 280’de sağlık mesleği mensupları bakımından bildirim yükümlülüğü getirmiştir.

Sağlık mesleği mensupları icra ettikleri meslek nedeniyle suç olgularıyla diğer meslek gruplarına nazaran daha fazla karşılaşabilmektedir. Bu bakımdan kanun koyucu sağlık mesleği mensuplarının, mesleklerini icra ettikleri sırada, suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıklarında yetkili makamlara bildirimde bulunmalarını özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.

Çalışmamızda sağlık mesleği mensuplarına görevlerini yaptıkları sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıklarında yetkili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü getiren TCK m. 280’de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu¹, suç inceleme metoduna uygun olarak irdelenecektir.

I. KANUNİ DÜZENLEME

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu TCK’nın “Özel Hükümler” başlıklı ikinci kitabının, “*Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler*” başlıklı dördüncü kısmının, “*Adliyeye Karşı İşlenen Suçlar*” başlıklı ikinci bölümünde; m. 280’de iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Birinci

1 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (ETCK)’nda suçlar cürümler ve kabahatler şeklinde ikili bir ayrıma tabii tutulmaktaydı. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının, mesleklerini icra ettikleri sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaşması ve bunu yetkili makamlara bildirmemesi kabahat olarak düzenlenmişti. İlhan Üzülmaz, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu TCK m.280”, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara, 2008, s.826. TCK ile birlikte suçlar arasında cürüm-kabahat ayrımına son verilmiş, kabahatler ayrı bir kanunda, 5236 sayılı Kabahatler Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bununla birlikte ETCK’da yer alan kabahatlerden bir kısmı suç olmaktan çıkarılmış, bir kısmı ise önemlerine binaen TCK’da suç olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla ETCK m. 530’da kabahat olarak düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi, TCK m. 280’de suç olarak düzenlenmiştir.

fıkra da suçun kanuni unsurları ve karşılığında öngörülen yaptırım düzenlenmiş iken, ikinci fıkrada ise sağlık mesleği mensubu kavramının kapsamı belirlenmiştir.

TCK m. 280 uyarınca²; “(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.”

II. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu “Adliye Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenmiştir. Öğretide bu suçla korunan hukuki değer “adliyenin korunması”³, “devletin adli yararı”⁴, “adliyenin faaliyet ve fonksiyonunu yerine getirmesindeki yarar”⁵, “adil yargılanma hakkı”⁶, “suçların takibi ve suçla mücadele”⁷, “adliyenin saygınlığı”⁸, “adli makamların işlerliği”⁹ olduğu şeklinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce bu suçla korunan hukuki değer adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yararadır.

Adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrası, suçlardan ve suçlulardan adli makamların haberdar olmasına bağlıdır¹⁰. Nitekim sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu da suçlardan ve suçlulardan adli makamların haberdar olması amacına hizmet eder. İşlenen suçların soruşturulması ve kovuşturulması hukuk devleti ilkesinin bir gereği

- 2 ETCK'nın “Kabahatler” başlıklı üçüncü kitabının “Ammenin Nizamına Müteallik Kabahatler” başlıklı birinci babının, “Cürmü Haber Vermekte Zühul” başlıklı ikinci faslında yer alan m. 530'a göre; “Hekim, cerrah, ebe yahut sair sihiye memurları eşhas aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teahhur gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar.”
- 3 **Hakan Hakeri**, Tıp Hukuku, Ankara, 2018, s. 1183; **Huriye Elif İplikçi**, “Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010, s. 82; **Özkan Gültekin**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu”, Terazi Hukuk Dergisi, C.XI, S.19, 2016, s.106; **Pınar Bulut**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi”, **İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi “Sağlık Hukuku Makaleleri”**, İstanbul, 2012, s. 84; **Sevinç Arslan Hızal**, “Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü”, Ceza Hukuku Dergisi, S.1, 2010, s. 130; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2018, s. 1255.
- 4 **Rahime Erbaş**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul, 2015, s. 125.
- 5 **Üzülmez**, s. 826; **A. Batuhan Baytaz**, “Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı İle Tck Madde 280'deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor mu?”, Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, C. 2-3, S. 2-3, Ekim 2009/2010, s. 172.
- 6 **Çetin Özek**, “Adliye Karşı İşlenen Suçların Hukuksal Konusu”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LV, S.3, 1997, s. 33; **Yener Ünver**, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma: TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, Ankara, 2016, s. 332.
- 7 **Ümit Kocasakal**, Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları, İstanbul, 2017, s. 170.
- 8 **Selahaddin Kolcu**, Suçu Bildirmeme Suçu, Ankara, 2016, s. 170.
- 9 **Hamide Zafer**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXI, S.1, 2013, s. 1334.
- 10 **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 985; **Zafer**, s. 1334.

olduğundan, yargı güvenliğinin sağlanabilmesi adına sağlık mesleği mensuplarının, görevlerini yaptıkları sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıklarında, yetkili makamları bu suçtan haberdar etmeleri gerekmektedir¹¹.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuyla; adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar dışında yetkili makamlara bildirilmesi gereken suçla korunan hukuki değer de korunduğu ileri sürülebilir¹². Sözgelimi; bir hekim karın ağrısı şikâyetiyle gelen on üç yaşındaki kız çocuğunun, hamile olduğunu teşhis eder ve yetkili makamlara cinsel istismar suçunun işlendiğine dair bildirimde bulunursa; bu durumda adli makamlar suçtan haberdar olacağı için hem adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar hem de cinsel istismarda bulunan kişi yapılan bildirim üzerine cezalandırılacağı için çocuğun cinsel dokunulmazlığı korunmuş olacaktır.

Sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yaptıkları sırada karşılaştıkları suçun failinin sağlık hizmeti sunulan kişi olması durumunda da bildirim yükümlülüğü söz konusu olmaktadır¹³. Bu durum ise sağlık hakkının¹⁴ göz ardı edildiğini göstermektedir¹⁵. Sözgelimi bir suçun faili olan ve aynı zamanda başka bir suçun mağduru olan kişi, mağduru olduğu suçtan dolayı tıbbi müdahaleye ihtiyaç duyarsa, faili olduğu suçun adli mercilere bildirilmesi korkusuyla tıbbi müdahaleden kaçınabilir. Bu gibi durumlarda sağlık mesleği mensuplarının bildirme yükümlülüğünün olması, bu suçla korunan hukuki değer, kişilerin sağlık hakkının üstünde tutulduğunu göstermektedir¹⁶.

11 **Özek**, s. 17.

12 **Erbaş**, s. 127. Erdem; suçun bildirilmesi durumunda öncelikle bildirilmeyen suçla korunan hukuki değer korunduğunu, bununla birlikte ikinci derecede adliyenin korunduğunu ifade etmektedir. **Mustafa Ruhan Erdem**, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.80, 2009, s. 107.

13 ETCK’da bildirim konusu suçun failinin sağlık hizmeti sunulan kişi olması durumunda, sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğü doğmamaktaydı. **Hamit Hancı**, “Hekimin İhbar Yükümlülüğü”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, S. 80, s. 108.

14 Sağlık hakkının bir gereği olarak sağlık hizmetlerinden faydalanma hakkı hiçbir ayrımcılık yapılmadan herkese sağlanmalıdır. Bu bakımdan suçlu olup olmadığına bakılmaksızın herkes sağlık hizmetlerinden eşit bir şekilde yararlanmalı ve sağlık hizmetleri herkesçe ulaşılabilir olmalıdır. “The Right To Health” (çevrimiçi),<http://www.ohchr.org>, son erişim tarihi: 16.05.2018.

15 **Kocasakal**, s. 170; **Abdulbaki Giyik**, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, 2014, s. 192. 07.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu’nda yapılan görüşmede: “**Doğan Soyaslan**: (...) ben çocuğumu yaraladım. Ya cezaevine gideceğim ya çocuk ölecek. Bana çelişkili geliyor. Gitmem o zaman çocuk ölür. Sağlık hakkını harcarsınız böylece. Burada harcanyor.(...)” demek suretiyle sağlık hakkının göz ardı edildiğine vurgu yapmaktadır. **T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı**, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005, s. 967-968.

16 **Zafer**, s. 1334.

III. SUÇUN TEMEL UNSURLARI

A. MADDİ UNSURLAR

1. Fiil

Görevini yaptığı sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü doğmakta, bu yükümlülüğün ihlaliyle ise suç tamamlanmaktadır. Bu yükümlülüğün ihlali “*bildirimde bulunmamak*” veya bildirimde bulunmak hususunda “*gecikme gösterilmesi*” şeklindeki hareketlerle gerçekleşir. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun fiil unsurunu “*bildirmemek*” veya “*bildirme hususunda gecikme göstermek*” şeklindeki hareketler oluşturmaktadır.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu sırf hareket suçudur¹⁷. Zira suçun kanuni tanımında fiilden ayrımlanabilen bir neticenin meydana gelmiş olması aranmamış olup, suçun kanuni tanımında öngörülen hareketlerin gerçekleşmesi suçun oluşması bakımından yeterli görülmüştür¹⁸. Bu itibarla çalışmamızda; sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun neticeli bir suç olmaması nazara alınarak netice, nedensellik bağı ve objektif isnadiyet unsurları bakımından inceleme yapılmayacaktır.

Sağlık mesleği mensupları kendilerine kanunla yüklenilmiş olan bildirimde bulunmak şeklindeki icrai hareketi gerçekleştirilmelerinden dolayı cezalandırılırlar. Bu bakımdan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, kanuni düzenlemede bildirimde bulunmamak veya geç bildirimde bulunmak şeklindeki ihmali hareketlerin cezalandırılacağı açıkça ifade edildiğinden, gerçek ihmali bir suçtur¹⁹.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun fiil unsurunu oluşturan hareketler “*bildirmeme*” veya “*gecikme göstermek*” şeklinde seçimlik olarak düzenlendiğinden, bu suç seçimlik hareketli bir suçtur²⁰. Suçun kanuni tarifinde öngörülen seçimlik hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi suçun oluşumu bakımından yeterlidir.

Kanun koyucu cezalandırılma bakımından hiç bildirimde bulunmamakla geç bildirimde bulunmak arasında bir ayırım yapmamış olmasına rağmen suçun “*bildirmeme*” şeklindeki hareketle meydana gelmesi ile “*gecikme göstermek*” şeklinde hareketle meydana gelmesi arasındaki fark TCK m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde nazara alınmalıdır. Bu nedenle hiç bildirimde bulunmama durumunda cezalandırılma bakımından alt sınırdan uzaklaşılması gerekmektedir.

Bildirimde bulunmak hususunda gecikme göstermek, yükümlülüğün ihlali anlamına gelmektedir. Ancak gecikme konusunda önceden bir ölçüt ortaya koymak güçtür. Nitekim kanunda da bu

17 İplikçi, s. 87; Koca/Üzülmez, s. 992.

18 Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, 2014, s. 91.

19 Üzülmez, s. 827; Zafer, s. 1343; Koca/Üzülmez, s. 992.

20 Üzülmez, s. 836; Bulut, s. 88; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258; Erbaş, s. 143.

konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Genel olarak bildirim geç yapıldığı iddiasının somut olayın özelliklerine ve failin içerisinde bulunduğu duruma göre değerlendirileceği ifade edilmektedir²¹. Bu bakımdan bildirim için makul görülen sürenin aşılması, bildirimde bulunulabilecek ilk fırsatta bildirimde bulunulmaması gecikme olarak nitelendirilir.

ETCK'da sağlık mesleği mensubunun “*sanatlarının icabettiği yardımı ifa ettikten sonra*” bildirimde bulunulacağı açıkça düzenlenmiş olmasına rağmen, TCK'da bu husus açıkça düzenlenmemiştir. Ancak öğretilerde genel kabul²² suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıran sağlık mesleği mensubunun öncelikle tıbbi müdahalede bulunması gerektiği, daha sonra bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi yönündedir. Zira sağlık mesleği mensubunun asli görevi işlenen suçları bildirmek değil, tıbbi hizmet sunmaktır²³.

Görevi sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıran sağlık mesleği mensubunun durumu bildirmekle yükümlü olduğu “*yetkili makamlar*”dan anlaşılması gereken; bildirimi kabul etmeye yetkili olan, yani bildirim üzerine soruşturmaya başlama yetkisi bulunan veya yapılan bildirim soruşturma yapmaya yetkili makama iletmekle yükümlü olan makamlardır²⁴. Bu makamlar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 158 uyarınca ihbara ve şikâyete yetkili olan makamlardır²⁵. CMK m. 158'e göre; “(1) Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir. (2) Valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılan ihbar veya şikâyet, ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. (3) Yurt dışında işlenip ülkede takibi gereken suçlar hakkında Türkiye'nin elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikâyette bulunulabilir. (4) Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir.”

CMK m. 158/4 uyarınca kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun çalıştığı kamu hastanesinin idaresine yaptığı bildirim de yetkili makama yapılmış kabul edilir. Ancak özel bir hastanede çalışan sağlık mesleği mensubunun hastane idaresine yaptığı bildirim yetkili bir makama yapılmış bir bildirim olarak kabul etmek mümkün değildir²⁶.

Yetkili makama yapılacak bildirim CMK m. 158/5'ten hareketle yazılı veya tutanağa geçirilmek üzere sözlü olarak yapılabilir. Bu yollarla gerçekleştirilen bir bildirim ile sağlık mesleği mensubu

21 **Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Ankara, 2010, s. 8042; **Koca/Üzülmez**, s. 991.

22 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1259; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 8042; **Gültekin**, s. 109; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 1185; **Koca/Üzülmez**, s. 998; **Bulut**, s. 88; **Kocasakal**, s. 203.

23 **Kocasakal**, s. 203; **Erbaş**, s. 145.

24 **Nevzat Toroslu**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2018, s. 338; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 1187; Özlem Yenerer **Çakmut**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı, C.XII, S.1-3, 2006, s. 1054.

25 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1259.

26 Aynı yönde bkz. **Bulut**, s. 88; **Zafer**, s. 1344.

üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirdiğinden, bildirim konu suçu takiple görevlendirilen kimselerin bildirim üzerine gereken işlemleri yapıp yapmaması önemli değildir²⁷.

2. Konu

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun konusu sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada karşılaştığı belirtinin gösterdiği suçtur²⁸. Bu bakımdan belirtinin gösterdiği şey herhangi bir hukuka aykırılık olmayıp, suç olmalıdır²⁹. Sözgelimi kabahatler, disiplin cezaları, sözleşmeye aykırılıklar, haksız fiiller bu suçun konusu kapsamında değerlendirilemez.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu soyut tehlike suçudur. Suçun oluşumu bakımından kanunda öngörülen hareketlerle suçun konusu üzerinde soyut bir tehlike yaratılması yeterli olup tehlikenin meydana gelip gelmediğinin araştırılıp saptanmasına gerek yoktur³⁰. Zira suçun oluşumu bakımından tehlikenin meydana gelmesi önem arz etmemektedir. Bu bakımdan sağlık mesleği mensuplarının görevleri sırasında karşılaştıkları belirtinin gösterdiği suçu yetkili makamlara bildirmemeleri yeterli olup, yetkili makamların bu suçtan başka bir şekilde haberdar olmaları suçun meydana gelmesine engel olmaz.

a. Belirti Kavramı

Sağlık mesleği mensubu görevini yerine getirdiği sırada suç işlendiğine ilişkin bir “belirti” ile karşılaşması durumunda bildirimde bulunmakla yükümlü kılınmıştır. Bu bakımdan “belirti” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekir. Genel anlamıyla belirti; bir olayın veya durumun anlaşılmasına yardım eden şeydir³¹.

TCK’da belirti kavramı tanımlanmamıştır. Ceza hukuku boyutuyla belirti kavramından ne anlaşılması gerektiğini ceza muhakemesi hukuku bağlamında tanımlayabiliriz. Ceza muhakemesi hukukunda deliller; belgeler, beyanlar ve belirtiler olarak sınıflandırılmaktadır. Belirtiler; olaydan geriye kalan her türlü iz ve eserdir³². Belirtilerin bir olayın ispatı bakımından genellikle diğer delillerle desteklenmesi gerekir³³.

Sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında karşılaştığı belirti; sağlık hizmeti sunulan kişinin vücudundaki kırık, çıkık, ekimoz vb. darp ve cebir izleri olabileceği gibi zehirlenme bulguları,

27 Üzülmöz, s. 835.

28 Erbaş, s. 127. Koca/Üzülmöz’e göre sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunun konusu suç teşkil eden ve bildirim konusu olan belirtidir. Koca/Üzülmöz, s. 986.

29 Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1257; Erbaş, s. 128; Kocasakal, s. 180; Ünver, s. 338.

30 Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2018, s. 286.

31 <http://www.tdk.gov.tr> (çevrimiçi), son erişim tarihi 22.04.2018.

32 Nur Centel/Hamide Zafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2017, s. 287. Tezcan/Erdem/Önok’a göre belirti; bir suçun işlendiği olgusunu ortaya koyan, olaydan geriye kalan her türlü iz veya eserdir. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1257.

33 Centel/Zafer, s. 287.

vücuttaki enjeksiyon izleri, ateşli ve kesici aletlerle zedelenmiş, kan veya sperm bulaşmış giysiler ve kişinin üzerindeki ilaç kutuları da olabilir³⁴.

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün doğması için gerekli olan “*belirtiyle karşılaşma*” ibaresi, “*belirtiyi öğrenme veya belirtiden haberdar olma*”yı da kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır³⁵. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubunun beş duyusundan herhangi birisiyle, suç işlendiği yönünde bir belirtiden haberdar olması yeterli kabul edilmelidir³⁶.

Sağlık mesleği mensubunun salt belirtiyi karşılaması bildirim yükümlülüğü bakımından yeterli olmayıp, bu belirtinin bir suç nedeniyle oluştuğu konusunda sağlık mesleği mensubunda genel hayat tecrübeleri, mesleki bilgi ve tecrübeleri gereği bir izlenim oluşması gerekir³⁷. Bu bakımdan bildirim yükümlülüğünün doğması için bir suçun işlendiği hususunda haklı ve makul bir şüphe yaratacak bir belirtinin varlığı gerekli ve yeterlidir³⁸. Karşılaşılan belirti bir suçun işlendiği hususunda muhakkak bir kanaat oluşturuyorsa, bu durumda bildirim yükümlülüğü evleviyetle doğmaktadır³⁹.

Sağlık mesleği mensubunun görevi sırasında suç işlendiğini beyan ve belgelerden öğrenmiş olması durumunda bildirim yükümlülüğünün doğup doğmayacağı tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe⁴⁰ göre sağlık mesleği mensubu bir suçun işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılamayıp, suçu sağlık hizmeti sunulan kişinin beyanı üzerine veya belge niteliğindeki delillerden öğrenmiş ise m. 280 kapsamında bildirim yükümlülüğü doğmamaktadır. Zira kanunilik ilkesi gereğince madde metninde geçen “*belirti*” kavramının kapsamını genişletmemek gerekir⁴¹. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe⁴² göre ise madde metninde kullanılan “*belirti*” ibaresi, belge ve beyan delillerinin bildirme yükümlülüğü doğurmasına engel olmak adına değil, bu yükümlülüğün doğması bakımından belirtinin dahi yeterli olduğunu belirtmek için kullanılmıştır. Dolayısıyla sağlık mesleği mensubunun suçun işlendiğini beyan ve belge delillerinden öğrenmiş olması durumunda bildirim yükümlülüğü evleviyetle doğmaktadır.

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün doğması bakımından belirtinin gösterdiği suçun, sağlık hizmeti sunulan kişinin mağduru veya faili olduğu bir suç olmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁴³. ETCK’da ise sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğü sağlık hizmeti sunulan kişinin faili olmadığı suçlar bakımından geçerlidir⁴⁴.

34 Arslan Hızal, s. 134.

35 Ünver, s. 338.

36 Ünver, s. 338.

37 Kolcu, s. 189. Sağlık mesleği mensuplarından bir hukukçu gibi değerlendirme yapmaları değil, tıp biliminin verilerine göre bir değerlendirme yapmaları beklenmektedir. Hancı, s. 108.

38 Kocasakal, s. 191.

39 Kocasakal, s. 191.

40 Koca/Üzülmmez, s. 990; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258; Zafer, s. 1339; Üzülmmez, s.832.

41 Zafer, s. 1339.

42 Kocasakal, s. 193; Giyik, s. 200.

43 Erbaş, s. 128; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258; Zafer, s. 1339.

44 Hancı, s. 108.

Öğretide sağlık mesleği mensubunun bir belirtiyile karşılaşmış sayılabilmesi için belirtinin ilişkili olduğu kişinin kendiliğinden sağlık mesleği mensubuna başvurmuş olması gerektiğini ifade edenler⁴⁵ olmakla birlikte, kanunda bu anlama gelebilecek bir ibare bulunmaması nedeniyle bu görüşe iştirak etmemekteyiz.

b. Görevin Yapıldığı Sırada Belirtiyle Karşılaşılması

Sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşması durumunda yetkili makamlara bildirimde bulunma yükümlülüğü öngörülmüştür. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubunun suç işlendiğini gösteren bir belirtiyile nasıl karşılaştığı önemli olmayıp, önemli olan bu belirtiyile görev sırasında karşılaşmasıdır⁴⁶. Sağlık mesleği mensubunun görevini yapmadığı bir sırada öğrenmiş olduğu suçu bildirmemesi bu suça vücut vermez⁴⁷. Bu noktada sağlık mesleği mensubunun “*görevini yaptığı sırada*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğini belirlememiz gerekmektedir.

Sağlık mesleği mensubunun görevi sağlık hizmeti vermektir. O halde sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün doğabilmesi için bir suçun işlendiğine yönelik belirtiyile sağlık hizmeti sunduğu yani mesleğini icra ettiği sırada karşılaşmış olması gerekir⁴⁸. Bu bakımdan “*görevini yaptığı sırada*” ifadesini, mesleğini icra ettiği, sağlık hizmeti verdiği sırada olarak anlamamız gerekir.

Sağlık mesleği mensubunun görevi 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile belirlenmiş olup, sağlık mesleği mensubunun bu kanun kapsamında yerine getirdiği görevi sırasında herhangi bir suça ilişkin belirtiyile karşılaşması durumunda bildirim yükümlülüğü doğmaktadır⁴⁹. Aynı şekilde Bakanlar Kurulu’nun 13.01.1960 tarih, 4/12578 sayılı Kararnamesine istinaden yürürlüğe konan Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (TDN) m. 3 uyarınca da hekimin görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, mücbir bir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunma zorunluluğu bulunduğundan, bu durumlarda suç işlendiğine ilişkin bir belirtiyile karşılaştığında da bildirim yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁰.

Sağlık mesleği mensubunun “*görevini yaptığı sırada*” ifadesi sağlık mesleği mensubunun mesleğini icra ettiği anı ifade ettiğinden, bu suç sadece sağlık kuruluşlarında karşılaşılan suçları değil, sağlık mesleği mensubunun yer ve zaman fark etmeksizin tıbbi bir hizmet sunduğu sırada karşılaştığı tüm suçları kapsamaktadır⁵¹. Sözelimi bir hekimin hastasını muayene etmek için gittiği evde bir suç işlendiğine yönelik belirtiyile karşılaşması durumunda da bildirim yükümlülüğü doğmakta,

45 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258.

46 Toroslu, s. 336.

47 Ünver, s. 337.

48 Kocasakal, s. 197; Arslan Hızal, s. 133.

49 Çakmut, s. 1053; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258.

50 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1258; Üzülmmez, s.829.

51 Üzülmmez, s.829.

bildirimde bulunulmaması durumunda ise sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşmaktadır⁵².

Sağlık mesleği mensubu ancak görevini yaptığı sırada ve göreviyle bağlantılı olarak karşılaştığı suçlar bakımından bildirimde bulunmak konusunda yükümlü tutulmuştur⁵³. Yani görevle suç arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir⁵⁴. Bu bakımdan görevle arasında nedensellik bağı kurulamayan, özel olarak öğrenilen suçların m. 280 kapsamında bildirilmesi yükümlülüğü bulunmamaktadır⁵⁵. Sözelimi doğum için bir hastanın evine giden ebe, doğum yapan kadının vücudunda darp izleri görür ve bu durumu yetkili makamlara bildirmese m. 280'teki suç oluşurken; darp izlerini doğum yapan kadında değil de başka bir kimsede görür ve bildirmese bu suç oluşmayıp, koşulları varsa m. 278'de düzenlenen herkes bakımından uygulanabilen suçu bildirmeme suçu oluşur. Zira bu durumda karşılaşılan belirti görevle bağlantılı değildir.

c. Belirtinin Gösterdiği Suçun Niteliği

TCK m. 280'de bildirim konu olan suçun niteliğine, ağırlığına ve soruşturma usulüne ilişkin herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu bakımdan işlenen her suç bakımından bildirim yükümlülüğünün varlığını kabul etmek gerekir⁵⁶. Bildirim konusu suçun kasten veya taksirle işlenmesi, resen veya şikâyet üzerine soruşturulması ve kovuşturulması önemli değildir⁵⁷. Önemli olan bildirim konusu fiilin kanunda suç olarak düzenlenmiş ve karşılığında yaptırım öngörülmüş olmasıdır.

Öğretide şikâyete tabi suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ileri sürenler⁵⁸ bulunmaktadır. Ancak madde metnine baktığımızda, sağlık mesleği mensubunun bildirmekle yükümlü olduğu suçun şikâyete tabi bir suç olup olmasının önemli olmadığını, şikâyete tabi suçlar bakımından da bildirim yükümlülüğünün öngörüldüğünü görmekteyiz⁵⁹. Dolayısıyla

52 Kocasakal, s. 197.

53 Koca/Üzülmez, s. 987; İzzet Özgenç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları" (çevrimiçi), <http://www.sdplatform.com>, son erişim tarihi: 26.04.2018; Çakmut, s. 1053; Arslan Hızal, s. 134; Üzülmez, s. 828.

54 Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8044.

55 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1184.

56 Koca/Üzülmez, s. 988, 989.

57 Çakmut, s. 1053; Mahmut Koca, "Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, 2012, s. 125; Üzülmez, s.830.

58 Toroslu, kamu görevlilerinin suçu bildirmemesini düzenleyen m. 279'da bildirim yükümlülüğünün sadece resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından kabul edilmesi karşısında, sağlık mesleği mensuplarının da bildirim yükümlülüğünün her ne kadar madde metninde böyle sınırlandırılmış olmasa dahi resen soruşturulan ve kovuşturulan suçlar bakımından geçerli olması gerektiğini ifade etmektedir. Toroslu, s. 336. Kocasakal, şikâyete bağlı bir suçun bildirimini tek başına adli mekanizmaları harekete geçiremeyeceğinden bahisle, sağlık mesleği mensubunun yaptığı bildirimde bir kamu yararı olamayacağından, sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün şikâyete tabi suçlar bakımından uygulanamayacağını savunmaktadır. Kocasakal, s. 183. Aynı yönde bkz. Arslan Hızal, s. 135.

59 Aynı yönde bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 1257; Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Türk Ceza Kanunu Şerhi: Madde 242-345, C.V, Ankara, 2014, s. 1184; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 8044; Zafer, s. 1341.

şikâyete tabi suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün bulunmadığını ifade edenlere iştirak etmemekteyiz. Zira kanun koyucunun şikâyete tabi suçları bildirim yükümlülüğüne tabi tutması, sağlık mesleği mensuplarını karşılaştıkları suçun şikâyete tabi olup olmadığı ayırımı yapmak külfetinden kurtarmak içindir⁶⁰.

Şikâyete tabi suçların bildirim yükümlülüğü kapsamında olduğunu ifade etmekle birlikte bu durumun eleştiriye açık olduğunu da belirtmemiz gerekir. Zira şikâyet hakkı bulunan kişi şikâyete bulunmadığından dolayı suçun soruşturulması ve kovuşturulması mümkün olmasa dahi, sağlık mesleği mensubunun yine de bildirimde bulunması gerekmektedir⁶¹. Bildirimde bulunulması durumunda ise şikâyet hakkı bulunan kişinin şikâyete bulunmayarak adliyeye intikal etmesini istemediği bir suç adli makamlarca öğrenilmiş olur⁶². Bu durum suçun takibinin şikâyete bağlanmasındaki yararın zarar görmesine ve adli makamların gereksiz yere meşgul edilmesine neden olur⁶³. Kanaatimizce bu sakıncaların önüne geçmek adına, kanuni düzenlemede değişiklik yapılarak şikâyete tabi suçların, sağlık mesleği mensuplarının bildirmekle yükümlü oldukları suçların kapsamından çıkarılması gerekmektedir.

ETCK'da sadece kişilere karşı işlenen suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü öngörülmesine karşılık⁶⁴, TCK'da bildirim konu suç bakımından korunan hukuki değer ne olduğunun bir önemi yoktur⁶⁵. Sözgelimi bildirim konusu suç; korunan hukuki değer vücut dokunulmazlığı olduğu kasten yaralama suçu olabileceği gibi korunan hukuki değer genel sağlık olduğu uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması suçu da olabilir.

Sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün doğması için suçun en azından teşebbüsten dolayı cezalandırılabilir olması gerekmektedir. Başka bir deyişle bu suçun oluşabilmesi için bildirim konusu suçun doğrudan doğruya icrasına başlanılmış olması gerekmektedir. Bu bakımdan hazırlık hareketlerinin bildirilmemesi durumunda bu suç oluşmaz. Zira ceza hukukunun müdahalesi kural olarak failin icra hareketlerine girişmesiyle başlamakta olup, bu evreden önceki aşama olan hazırlık hareketleriyle ceza hukuku ilgilenmez⁶⁶.

Sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğünün doğması için bildirim konu suçun Türkiye'de soruşturulabilen ve kovuşturulabilen bir suç olması gerekir. Bu itibarla yurt dışında işlenip de TCK'nın yer bakımından uygulama alanı dışında kalan suçlar bakımından sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşmaz.

60 Koca/Üzülmez, s. 989.

61 Hakeri, Tıp Hukuku, s. 1184.

62 Zafer, s. 1341.

63 Üzülmez, s. 831; Zafer, s. 1341.

64 Hancı, s. 108; Koca/Üzülmez, s. 989.

65 Kocasakal, s. 189; Zafer, s. 1342; Erbaş, s. 133.

66 Fatih Selami Mahmutoğlu/Serra Karadeniz, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, 2017, s. 784.

3. Fail

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu özgü bir suç⁶⁷ olup, herkes tarafından işlenebilen genel bir suç değildir. Nitekim suçun kanuni tanımında fail olabilmek bakımından sağlık mesleği mensubu olunması özelliği açıkça arandığından, gerçek özgü bir suçtur⁶⁸. Faillik için gerekli olan sağlık mesleği mensubu olma özelliği bir kişide bulunmadığı sürece, onun bu suçun faili olması mümkün değildir⁶⁹. Bu itibarla “sağlık mesleği mensubu” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulması gerekmektedir.

Sağlık mesleği mensubu, sağlık hizmeti veren kişidir⁷⁰. TCK m. 280/2’ye göre; “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır.” TCK m. 280/2’de geçen “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresi bu suçun faili olabilecek kişilerin kapsamını genişletmektedir. Kanaatimizce suçun faili olabilecek kişiler bakımından, “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresine yer verilmesi belirlilik ilkesi bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Zira suçun kanuni tanımına bakıldığında “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresinin nasıl anlamlandırılacağı açık değildir. Bu bakımdan sağlık sektörüyle uzaktan yakından alakalı olarak görev yapan herkesin suçun faili olabilmesinin önü açılmaktadır. Bu itibarla “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir.

“Sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konulabilmesi için öncelikle “sağlık hizmeti” kavramından ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesi gerekmektedir. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun m. 2’ye göre; “(...) İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (Rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir.” Dolayısıyla bir faaliyetin sağlık hizmeti olarak nitelendirilebilmesi için hizmetin doğrudan veya dolaylı olarak verilmesinin bir önemi bulunmayıp, önemli olan verilen hizmetin tıbbi bir faaliyet teşkil etmesidir. Nitekim kanunda eczacıların bu suçun faili olabileceklerinin düzenlenmesi, gerekçede ise tıbbi tahlil laboratuvarında görev yapan kişilerin bu suçun faili olabileceğinin ifade edilmesi dolaylı olarak sağlık hizmeti veren kişilerin de bu suçun faili olabileceğini göstermektedir⁷¹.

67 Demirel’e göre; “özgü suçlar, faillik alanının kanun koyucu tarafından objektif koşullarla belirli bir kişilik alanı ile sınırlandırıldığı, tipiklik kapsamında korunan hukuki değerini fail konumunda sadece bu sınırlanmış alanda yer alan kişi tarafından ihlal edilebildiği suçlar olarak ifade edilebilir.” **Muhammed Demirel**, Suça İştirake Bağlılık Kuralı, İstanbul, 2017, s. 121.

68 **Erbaş**, s. 147.

69 **Heinrich**, s. 98.

70 **Kolcu**, s. 173.

71 **Erbaş**, s. 148. ETCK’da suçun faili olabilecek kişiler arasında eczacılara yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğretilerde dolaylı sağlık hizmeti veren kişilerin sözcümlerini eczacıların, ilaç imalatçıların bu suçun faili olamayacağı kabul edilmektedir. **Zafer**, s.1332.

Bu itibarla klinik psikolog⁷², diyetisyen, tahlil laboratuvarı görevlisi, biyolog, röntgen uzmanı gibi kişiler sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir⁷³. Buna karşılık hastanede kayıt yapan veya reçete onaylayan kişilerin yaptığı hizmet tıbbi bir faaliyet teşkil etmediğinden, bu kişileri “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” olarak kabul etmek mümkün değildir⁷⁴. Nitekim Yargıtay yakın tarihli bir kararında⁷⁵ tıbbi sekreter olarak çalışan ve sadece hasta kaydı yapan sanığın sağlık mesleği mensubu olmaması karşısında, mahkûmiyetine karar verilmesini hukuka aykırı bulmuştur.

Veteriner hekimlerin bu suçun faili olup olamayacakları hususu tartışmalıdır. Bir görüşe⁷⁶ göre kanundaki sağlık mesleği mensuplarına ilişkin sayımdan insan sağlığıyla ilgili meslek mensupları kastedilmektedir. Dolayısıyla veteriner hekimlerin bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Diğer görüşe⁷⁷ göre ise bu suçla korunan hukuki değerden hareketle veteriner hekimlerin de bu suçun faili olabileceklerini kabul etmek gerekir. Zira bu suçla korunan hukuki değer sağlık hakkı olmayıp en genel anlamıyla adliyedir. Kanaatimizce veteriner hekimlerin bu suçun faili olabilmeleri mümkün değildir. Bu suçun faili ancak insan sağlığıyla ilgili tıbbi hizmet sunan meslek mensupları olup, veteriner hekimlerin bu suçun faili olabileceğini kabul etmek, suçun uygulama alanını oldukça genişletecektir. Öte yandan somut olayın özelliklerine göre veteriner hekimlerin TCK m. 278’de düzenlenen suçu bildirmeme ve m. 279’da düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçlarının faili olabilmeleri ise mümkündür.

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensuplarının bu suçun faili olup olamayacakları tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe⁷⁸ göre kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları bu suçun değil, TCK m. 279’da düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunun faili olabilirler⁷⁹. Diğer

72 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun Ek Madde 13 : “(Ek: 6/4/2011-6225/9 md.) “a) Klinik psikolog; psikoloji veya psikolojik danışma ve rehberlik lisans eğitimi üzerine klinik ortamlarda gerekli pratik uygulamaları içeren klinik psikoloji yüksek lisansı veya diğer lisans eğitimleri üzerine psikoloji veya klinik psikoloji yüksek lisansına ilaveten klinik psikoloji doktorası yapan sağlık meslek mensubudur. Klinik psikolog, nesnel ve yansıtılabilir ölçüm araçları, gözlem ve görüşme teknikleri kullanarak psikolojik değerlendirme ile uluslararası teşhis ve sınıflama sistemlerinde hastalık olarak tanımlanmayan ve Sağlık Bakanlığının da uygun bulunduğu durumlarda psikoterapi işlemleri yapar. Hastalık durumlarında ise ancak ilgili uzman tabibin teşhisine ve tedavi için yönlendirmesine bağlı olarak psikoterapi uygulamalarını gerçekleştirir. Psikoloji lisans eğitimi üzerine ilgili mevzuatına göre Sağlık Bakanlığınca uygun görülen psikolojinin tıbbi uygulamalarıyla ilgili sertifikalı eğitim almış ve yeterliliğini belgelemiş psikologlar sertifika alanlarındaki tıbbi uygulamalarda görev alabilirler. Uzman tabibin teşhis ve yönlendirmesiyle ya da bağımsız olarak yapılabilecek mesleki uygulamalar, bu bentteki prensipler çerçevesinde Sağlık Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”

73 **Bulut**, s. 85; **Üzülmez**; sağlık hizmeti veren diğer kişiler ibaresinin muayene, teşhis ve tedaviyle ilgili sağlık hizmeti niteliğindeki işleri yapan diğer kişileri ifade ettiğini belirtmektedir. **Üzülmez**, s. 836.

74 **Erbaş**, s. 148.

75 Yarg. 4. CD., 19.01.2015, 2014-8297/2015-1500, (<https://www.lexpera.com.tr> (çevrimiçi), son erişim tarihi 29.04.2018).

76 **Çakmut**, s. 1059; **Zafer**, s. 1335; **Kolcu**, s. 174.

77 **Ünver**, s. 334; **Erbaş**, s. 149; **Giyik**, s. 193.

78 Bu görüşte olanlar: **Zafer**, s. 1336; **Koca/Üzülmez**, s. 986; **Kocasalak**, s. 175; **Yaşar/ Gökcan/Artuç**, s. 8041; İsmail Malkoç, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: Madde 242-345, C. IV, Ankara, 2013, s. 4698; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 1183; **Bulut**, s. 85; **Artuk/ Gökcen/ Yenidünya**, s. 7903; **Üzülmez**, s. 837; **Baytaz**, s.172.

79 TCK m. 280’in gerekçesi de aynı yöndedir: “Devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları, kamu görevlisi sıfatını taşımaktadırlar. Bu kişilerin suçu bildirme yükümlülüğüne aykırı davranışları hâlinde, yukarıdaki madde (TCK m. 279) hükmü uygulanacaktır.”

görüşe⁸⁰ göre ise sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçunda faillik bakımından sadece sağlık mesleği mensubu olma koşulu arandığından, bu suçun faili olmak bakımından sağlık mesleği mensubu olmak yeterli olup, failin kamu görevlisi olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yargıtay kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun TCK m. 279'a göre cezalandırılacağını kabul ederek, m. 280'in kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları tarafından işlenebileceğini kabul etmektedir⁸¹.

Kanaatimizce bu suçun faili olabilmek bakımından sağlık mesleği mensubu olmak yeterlidir. Ancak suçu bildirme yükümlülüğü altında bulunan kişinin aynı zamanda kamu görevlisi olması durumunda sorunun içtima başlığı altında değinileceği üzere; içtima hükümleri bağlamında çözümlenmesi gerekir.

Sağlık mesleği mensuplarının bu suçun faili olabilmeleri için kanuni düzenlemeler⁸² çerçevesinde mesleklerini icra hususunda yetkili kılınmış olmaları gerekmektedir⁸³. Bu bakımdan diploması olmadığı halde hekimlik yapanlar, çıkıkçı, kırıkçı veya üfürükçü olarak adlandırılan kimseler bu suçun faili olamazlar⁸⁴.

Psikiyatristler uzmanlık alanlarının niteliği gereği, hastaları hakkında diğer hekimlere nazaran daha özel nitelikteki sırlara sahip olurlar. Bu bakımdan terapi sırasında hastasının bir suç işlediğini öğrenen psikiyatristin, bu suçu bildirme yükümlülüğü olup olmadığı tartışılmaktadır. Ancak psikiyatristler bakımından kanuni düzenlemede bir istisnaya yer verilmediğinden bu tartışma gereksiz olup, psikiyatristlerin de bildirim yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekir⁸⁵.

Bir suçun işlendiğine yönelik belirtiyile birden fazla sağlık mesleği mensubunun karşılaşması durumunda bildirim yükümlülüğünün ne şekilde olacağı tartışmalıdır. Bir görüşe⁸⁶ göre bu kişilerden yalnızca birinin bildirimde bulunması durumunda diğerlerinin bildirim yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Diğer görüşe göre⁸⁷ ise suç işlendiği yönünde bir belirtiyile karşılaşan kişilerden yalnızca birinin bildirimde bulunması sadece kendisi bakımından öngörülen bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi olup, bildirim yükümlülüğü her kişi bakımından bağımsızdır. Kanaatimizce burada emredici bir norm söz konusu olup, kanun koyucu bu normda emredilen harekette bulunmamayı cezalandırmaktadır. Bu bakımdan yalnızca bir kişinin

80 Bu görüşte olanlar: Ünver, s. 334; Tezcan/Erdem/Önok, s. 1257; Koca, s. 127; İplikçi, s. 85; Arslan Hızal, s. 133; Zeki Hafızoğulları/Bilent Hayri Acar, "Suçu Bildirmeme Suçları", Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, 2016, s. 196; Hayrunnisa Özdemir, "Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, 2010, S. 1, s. 156.

81 Yarg. CGK., 28.02.2017, 2014-269/2017-108; Yarg. 9. CD., 15.05.2014, 2013-16353/2014-6220; Yarg. 4. CD., 17.12.2012, 2012-13441/2012-30482; Yarg. 9. CD., 27.03.2014, 2013-7718/2014-4278 (<https://www.lexpera.com.tr> (çevrimiçi), son erişim tarihi 29.04.2018.)

82 Bu düzenlemelerden kasıt 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunudur.

83 Zafer, s. 1335; Ünver, s. 334.

84 Bulut, s. 85.

85 Aynı yönde bkz. Ünver, s. 334; Koca, s. 125.

86 Çakmut, s. 1052, 1053.

87 Ünver, s. 346.

bildirimde bulunması, kanunda emredilen şekilde harekette bulunmayanların cezalandırılmasını engellemelidir.

4. Mağdur

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliye karşı işlenen suçlardan olup, bu suçla korunan hukuki değer adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar olduğunu ifade etmiştik. Bu suçla en nihayetinde toplumsal yarar ve dolayısıyla toplumdaki herkes zarar görmüştür⁸⁸. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun mağduru toplumu oluşturan herkeştir⁸⁹. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun mağduru belli bir kişi değildir.

B. MANEVİ UNSUR

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu kasten işlenebilen bir suçtur. Bu itibarla failin kastının bildirim yapılması gereken anı, bildirim yapılacağı yetkili makamı ve bizzat bildirim yapılmaması şeklindeki ihmali hareketi kapsamaması gerekmektedir⁹⁰. Suçun kanunda taksirli hali düzenlenmediğinden taksirle işlenebilmesi mümkün değildir.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu, kanuni tanımında özel bir amaç ve saik öngörülmediğinden genel kastla işlenebilen bir suçtur⁹¹. Bu itibarla suç işlendiğine yönelik bir belirtiyi karşılaştıran sağlık mesleği mensubunu bu suçu bildirmemeye veya bildirme hususunda gecikme göstermeye yönelten amaç ve saikin suçun oluşumu bakımından bir önemi bulunmamaktadır.

Öğretide bu suçun olası kastla işlenip işlenemeyeceği hususu tartışmalıdır. Bir görüşe⁹² göre bu suç olası kastla işlenemeyip, yalnızca doğrudan kastla işlenebilir. Zira TCK m. 280'in gerekçesinde işlendiği öğrenilen bir suçtan söz edilmiş olup, bu bağlamda ancak işlendiği hususunda kesin bilgi sahibi olunan bir suçla ilgili olarak bildirim yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe⁹³ göre ise bu suç doğrudan kastla işlenebileceği gibi olası kastla da işlenebilir.

88 Erbaş, s. 154.

89 Kocasakal, s. 179; Koca/Üzülmez, s. 986; Kolcu, s. 183; Erbaş, s. 154; Üzülmez, s. 837. Hafizoğulları/Acar; bu suçun mağdurunun bir idare olarak Adalet Bakanlığı olduğunu ifade etmektedir. Hafizoğulları/Acar, s. 186.

90 Erdem, s. 117.

91 Abdurrahman Burak Karahan, "Bilgi ve Belge Vermeme Suçu (Bank.K m. 153/1)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, 2018, S. 3, s. 146.

92 Özgenç, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları" (çevrimiçi), son erişim tarihi: 26.04.2018; Koca, s. 127; Koca/Üzülmez, s. 993; Kocasakal, s. 213.

93 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1259; Ünver, s. 355; Kolcu, s.198; Bulut, s. 90; Zafer, s. 1345; Erdem, s. 117; Giyik, s. 201.

Öncelikle ifade edelim ki TCK m.280'nin metniyle gerekçesi arasında çelişki bulunmaktadır. Maddenin gerekçesi ilgili olduğu m. 280'i değil de daha çok m. 278⁹⁴ ve m. 279⁹⁵ hükümleri dikkate alınarak yazılmıştır⁹⁶. Madde metninde suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaştırılması durumunda sağlık mesleği mensupları bildirimde bulunmakla yükümlü kılınırken, gerekçede ise m. 278 ve m. 279'da olduğu gibi sağlık mesleği mensupları işlendiğini öğrendikleri suçun bildirilmesiyle yükümlü kılınmaktadır⁹⁷. Bu durumda madde metnini dikkate alarak, bildirim yükümlülüğünün doğması bakımından suçun öğrenilmesini değil, suça yönelik bir belirtiyile karşılaştırılmasını esas almalıyız. Böylece bildirim yükümlülüğünün doğması için failin kesin olarak bir suçun işlendiğini öğrenmesi değil, işlendiği hususunda şüphe oluşturacak bir belirtinin varlığı dahi yeterlidir⁹⁸. Bu bakımdan belirti sağlık mesleği mensubunda suç işlendiğine yönelik kesin bir kanaat oluşturmuyor olsa dahi suç işlendiğine yönelik makul bir şüphe oluşturuyorsa, bu durumda bildirim yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, suçun olası kastla işlenebileceği sonucuna varmaktayız.

Sağlık mesleği mensubunun kastı suçun maddi unsurlarını kapsamalıdır. Bu itibarla suçun maddi unsurlarında hata⁹⁹ halinde failin kastı kalkar, suçun kanunda taksirli hali düzenlenmediğinden failin cezai sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁰⁰. Sözelimi bir hekim suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen bu belirtinin bir suçla değil de bir sözleşmeye aykırılıkla bağlantılı olduğunu düşünerek bildirimde bulunmazsa veya yanlış makama bildirimde bulunursa¹⁰¹, bu durumlarda failin kastı kalkmaktadır¹⁰². Yahut sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünün anına ilişkin hataya düşmesi durumunda eğer fail daha sonraki bir zamanda bildirimde bulunmayı düşündüğü için geç bildirimde bulunmuşsa bu durumda da maddi unsurlarda hata gündeme gelmekte ve failin kastı kalkmaktadır¹⁰³.

94 TCK m. 278: "(1) İşlenmekte olan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır.(4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır."

95 TCK m. 279: "(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır."

96 Ünver, s. 339.

97 Ünver, s. 339.

98 Toroslu, s. 337.

99 Suçun maddi unsurlarında hata, suçun maddi unsurlarına ilişkin eksik ve yanlış tasavvuru ifade etmektedir. Maddi unsurlarda hatanın kastı kaldırabilmesi için failin tasavvuru, zihninden geçirdiklerinin gerçekleşmesi durumunda failin suç teşkil etmemesi gerekmektedir. Adem Sözüer, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul, 2013, s. 25.

100 Sözüer, s. 25.

101 Erbaş, s. 154.

102 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 7904.

103 Tezcan/Erдем/Önok, s. 1259.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi olan “*nemo tenetur ilkesi*” göz önünde bulundurulmalıdır. Nemo tenetur ilkesi 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (AY) m. 38/5’de düzenlenmiştir. AY m. 38/5’e göre; “*Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.*” Bu bakımdan sağlık mesleği mensubu kendisi veya yakınlarından¹⁰⁴ biri tarafından işlenen suça ilişkin bir belirtiyle karşılaşmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmese suç oluşmamakta ve fail cezalandırılmamaktadır. Zira bu durumda hukuka uygunluk nedenlerinden hakkın kullanılması hukuka uygunluk nedeni gündeme gelmektedir¹⁰⁵. Sözelimi görevi sırasında eşi tarafından işlenen suça ilişkin bir belirtiyle karşılaşan hekimin bu durumu yetkili makamlara bildirmemesi anayasal bir hakkın kullanılması olur ve suç oluşmaz.

Öğretide bu hakkın TCK m. 280’de açıkça düzenlenmemiş olmasından dolayı sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olmadığını ileri süren bir görüş¹⁰⁶ bulunmaktadır. Kanaatimizce bu görüşe iştirak etmek mümkün değildir. Zira AY m. 38/5 genel bir hukuka uygunluk nedeni olup, tüm suçlar bakımından doğrudan uygulanabilir üst bir normdur¹⁰⁷. Dolayısıyla bu hukuka uygunluk nedeninin her suç bakımından özel olarak düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır¹⁰⁸.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu adliye karşı işlenen suçlardan olup, bildirimde bulunulmayan suçun mağdurunun ilgili sıfatıyla rızası, bildirmeme fiilini hukuka uygun hale getirmez¹⁰⁹. Zira bu suçla adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarar korunmakta ve bu yarar üzerinde de suçun mağdurunun herhangi bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.

TCK m. 192/4’e 6763 sayılı kanun m. 16 ile eklenen cümleyle sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından özel bir hukuka uygunluk nedeni kabul edilmiştir. Buna göre; uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişinin, hakkında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın almak, kabul etmek veya bulundurmaktan dolayı soruşturma başlatılmadan önce resmi makamlara veya sağlık kuruluşlarına başvurarak tedavi ettirilmesini istemesi durumunda sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğü doğmamaktadır. Dolayısıyla bu durumda sağlık mesleği mensuplarının bildirimde bulunmaması hukuka uygun bir hareket olarak değerlendirilir ve bu durumda suç oluşmaz.

104 Kanaatimizce AY m. 38/5’te yer alan “yakın” kavramından anlamamız gereken 5271 sayılı CMK’da “kendisi ve yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme” başlıklı m. 48’te belirtilen kişilerdir. Aynı yönde bkz. **Koca/Üzülmez**, s. 994; **Zafer**, s. 1346; **Kocasakal**, s. 209; **Karahan**, s. 148; **Baytaz**, s.174; **Giyik**, s. 195. Yakın kavramını 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerini esas alarak ortaya koyan görüş için bkz. **Çakmut**, s. 1056; **Kolcu**, s. 200.

105 **Erbaş**, s. 164.

106 **Ünver**, s. 356.

107 **Çakmut**, s. 1056; **Kocasakal**, s. 209; **Giyik**, s. 195.

108 **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 557.

109 **Kocasakal**, s. 207; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1260; **Zafer**, s. 1346.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından sır saklama yükümlülüğünün¹¹⁰ bir hukuka uygunluk nedeni olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir. Sağlık mesleği mensupları bir yandan görevleri sırasında öğrendikleri sırlar bakımından meslek sırrı kapsamında, bu sırları korumakla yükümlü kılınmışken, diğer yandan görevleri sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaştıklarında bu durumu yetkili makamlara bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

Kanun koyucu sır saklama yükümlülüğüyle suçu bildirme yükümlülüğünün arasında önceliği bildirim yükümlülüğüne vermiştir¹¹¹. Başka bir deyişle sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu uyarınca sağlık mesleği mensubu görevi sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaştığında yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlü olduğundan sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiğinden bahsedemeyiz¹¹². Sözelimi bir hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlali sürerek bildirimde bulunmaması hukuka uygun bir hareket olarak kabul edilemez. Nitekim sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğünün temel dayanağı olan TDN m. 4'te¹¹³ sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada öğrendiği sırları ancak kanuni bir mecburiyetin varlığı halinde açıklayabileceği düzenlenmiştir. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesi suçu sır saklama yükümlülüğünün kanuni bir istisnasıdır¹¹⁴. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü suçu bildirmeme suçu bakımından bir hukuka uygunluk nedeni değildir. Ancak sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun öngördüğü bildirim yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğüne ilişkin suçlar¹¹⁵ bakımından kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilir¹¹⁶.

110 Sağlık mesleği mensupları görevlerini icra ettikleri sırada hasta ve hasta yakınlarıyla ilgili sırlara vakıf olabilmektedirler. Bu itibarla hastalığın teşhis ve tedavisi süresince hastaya ait bilgileri öğrenen sağlık mesleği mensupları kural olarak bu sırları saklama yükümlülüğü altındadır. Sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğünün kapsamına hastanın maddi veya manevi menfaatini zedeleyecek her husus girebilir. **Zafer Zeytin**, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", *Türkiye Klinikleri J. Med Ethics*, C. XIV, S. 2, 2006, s. 80. Başka bir deyişle sağlık mesleği mensupları görevlerinin icrası kapsamında öğrendikleri, hastanın gizli tutulmasında çıkarı bulunan ve açıklanmasının hastayı maddi ve manevi yönden zarara uğratacak bilgileri saklamakla yükümlüdür. **Sinem Karasu**, *Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü*, İstanbul, 2009, s. 64,65. Aksi bir davranış sır sahibinin ve hatta yakınlarının kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyacağından sağlık mesleği mensuplarının hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelebilecektir. **Karasu**, s. 64,65. Sağlık mesleği mensupları tüm üçüncü kişilere karşı hastanın sırrını saklamakla yükümlüdür. **Özdemir**, s. 152; **Maral Törenli Çakıroğlu**, "Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, S. 2, 2010, s. 172; **Zeytin**, s. 80; **Giyik**, s. 182. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının üçüncü kişi konumunda bulunan hekimlere ve hasta yakınlarına dahi sır niteliğindeki bilgileri açıklamaması gerekmektedir. **Özdemir**, s. 152. Sağlık mesleği mensuplarının görevleri nedeniyle öğrendikleri sırları sadece bir suçun varlığı halinde açıklamaları mümkündür. **Çakıroğlu**, s. 175.

111 **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1259; **Kolcu**, s. 201; **Zafer**, s. 1329.

112 **Zeytin**, s. 81.

113 TDN m. 4: "*Tabip ve dış tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça, ifşa edemez.*"

114 **Giyik**, s. 187.

115 Örneğin; Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu (TCK m. 134), Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m. 135), Verileri Hukuka Aykırı Olarak Ele Geçirme Suçu (TCK m. 136).

116 **Erbaş**, s. 158; **Özdemir**, s. 155-157.

Öğretide sağlık mesleği mensuplarının, sır saklama yükümlülüğü karşısında aynı zamanda işlenen suçları bildirme yükümlülüğü altında olmasını destekleyenler olduğu gibi eleştirenler de bulunmaktadır¹¹⁷. Eleştirenler¹¹⁸; sağlık mesleği mensuplarının hem sır saklama yükümlülüğü hem de suçları bildirim yükümlülüğü altında bulunmalarının birbiriyle bağdaşmadığını, sağlık mesleği mensuplarının toplum yararı ile asli görevleri olan hastalarının menfaatinin korunması bakımından ikileme düştüğünü, suçların yetkili makamlara bildirilmesiyle toplum güvenliği sağlanmaya çalışılırken temel hasta haklarından biri olarak kabul edilen hastaların sırlarının saklanması isteme hakkını da gözetmek gerektiğini, bu bakımdan TCK m. 280 düzenlenmesinin yeniden gözden geçirilmesinin yerinde olacağını ifade etmektedirler. Destekleyenler¹¹⁹ ise; TCK m.280'in sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğüyle bağdaşmadığına yönelik eleştirilerin yerinde olmadığını, zira bir hukuk devletinde ancak hukuk düzenini ihlal etmeyen bilgiler bakımından sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olacağını, işlenen bir suçun saklanması sır saklama yükümlülüğü kapsamında olmadığını ifade etmektedirler. Nitekim “Barış esasına dayalı hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahip(...)”¹²⁰ olduğu ve suçu bildirme yükümlülüğünün suç ve suçlulukta mücadele bakımından önem arz ettiği göz ardı edilmemelidir¹²¹.

Kanaatimizce sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü toplumun yararının kişisel yararlarından üstün tutulması nedeniyle görev sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtinin bulunması durumunda ortadan kalkacak, bu yükümlülüğün yerini suçu bildirme yükümlülüğü alacaktır. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının sır saklama yükümlülüğü karşısında aynı zamanda işlenen suçları bildirme yükümlülüğü altında olmasını destekleyen görüşlere iştirak etmekteyiz.

Sağlık mesleği mensuplarının bazı durumlarda tanıklıktan çekinmeleri mümkündür. CMK m. 46'da meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek kişilere yer verilmiştir. CMK m. 46/1-b'ye göre; “Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve

117 Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş, s. 47 vd.

118 Karasu, s. 74; Yahya Deryal, “Hekimin “Sır Saklama” ve “İhbar” Yükümlülükleri” (çevrimiçi), www.aktuelpsikoloji.com, son erişim tarihi: 27.02.2019. Zafer'e göre; “Suçun ihbar edilmemesindeki menfaat ne kadar büyük olursa olsun, suç ihbar edilmek zorundadır. İhbar etmemedeki menfaatin büyüklüğü, eylemi suç olmaktan çıkarmaz. Yasa koyucu ihbar yükümlülüğü öngörerek üstün menfaati kendisi belirlemiştir. Kanaatimizce, o durumda menfaatler arasında değerlendirme yapma imkânının sağlık mesleği mensubuna verilmesi yani sağlık mesleği mensubunun ihbar etmekle elde edilecek menfaatle ihbar yapılmamak suretiyle elde edilecek menfaati karşılaştırma imkânına sahip kılınması yerinde olurdu. Hakim, uygulamada suçun unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini denetlerken bu takdir yetkisinin doğru kullanılıp kullanılmadığını araştırabilir ve kötüye kullanmaları engelleyebilirdi.” Zafer, s.1329.

119 Üzülmöz, 844. 07.07.2004 tarihinde Adalet Komisyonu'nda yapılan görüşmede: “Adem Sözüer: Suç olması halinde... Burada özellikle terör örgütleri bakımından düşünülen bir maddedir bu, alt komisyon da bu yönde tartışılmıştır, komisyon üyeleri hatırlayacak. Biz burada belli bir boşluk alan bırakacak olursak, o zaman polisle, askerle çatışan kişilerin bazı yerlerde tedavi edilmesini sonuçlarız ki, bu bakımdan konulması gerekir. Suç vakasının bildirilmesi gerekir” demek suretiyle sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun önemine işaret etmiştir. T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, s. 967, 968.

120 TCK m. 278'in gerekçesinden.

121 Erbaş, 48.

diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler” bakımından tanıklıktan çekinme hakları bulunmaktadır.

Öğretideki bir görüşe¹²² göre bu düzenlemeden hareketle sağlık mesleği mensuplarının hasta ve hasta yakınlarının faileri oldukları suçları bildirme yükümlülüğü bulunmayıp, bu durumlarda CMK m. 46 sağlık mesleği mensupları bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe¹²³ göre ise CMK m. 46 sağlık mesleği mensuplarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımış ise de; bu hak bildirimde bulunmayı kapsamamaktadır. Bu bakımdan sağlık mesleği mensuplarının CMK m. 46’ya dayanarak suçu bildirmemesi hukuka uygun bir davranış olarak kabul edilmez. Böylece sağlık mesleği mensupları bir suç işlendiğine yönelik belirtiyile karşılaştıklarında yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlü olurlarken öte yandan aynı suçun soruşturması ve kovuşturması bakımından ise tanıklıktan çekinebilmektedirler¹²⁴.

Öte yandan öğretideki bir görüşe göre CMK m. 46 uyarınca tanıklıktan çekinilebilecek haller suç teşkil etmeyen olaylarla sınırlıdır¹²⁵. Bizim de iştirak ettiğimiz diğer görüşe¹²⁶ göre ise görevi sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşan sağlık mesleği mensubu hem TCK m. 280 uyarınca yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlüyken, hem de soruşturma ve kovuşturma aşamasında CMK m. 46 uyarınca tanıklıktan çekinme hakkına sahiptir. Zira kanun koyucu CMK m. 46’da tanıklıktan çekinilebilecek hallerin suç teşkil etmeyen olaylarla sınırlı olduğuna yönelik bir ibareye yer vermemiştir¹²⁷. Bu itibarla her iki düzenleme birbiriyle bağdaşabilir görünmese dahi¹²⁸ tanıklıktan çekinilebilecek halleri suç teşkil etmeyen olaylarla sınırlandırmayı, şüpheli-sanık aleyhine dar yorumlamamak gerekmektedir.

IV. KUSURLULUK

Sağlık mesleği mensubunun cezalandırılabilmesi için kusurlu olması, yani kınanabilir olması gerekir. Zira ceza hukuku sistemimizde “*kusursuz ceza olmaz*” ilkesi geçerlidir. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubunun kusurunun bulunmadığı hallerde, fiilin suç olma özelliği korunmasına rağmen failin cezai sorumluluğuna gidilemez.

Sağlık mesleği mensubunun bu suç bakımından kusurlu sayılabilmesi için bildirim imkânına sahip olması, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesinin ondan beklenebilir olması gerekir.

122 **Özgenç**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları” (çevrimiçi), son erişim tarihi: 26.04.2018; **Kocasakal**, s. 209.

123 **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 1259; **Erbaş**, s. 170; **Kolcu**, s. 202; **Bulut**, s. 92.

124 **Tezcan/Erдем/Önok**, s. 1259, 1260; **Baytaz**, s.176; **Zeytin**, s. 81.

125 **Erbaş**, s. 170.

126 **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019, s. 617.

127 Kanun koyucu, TCK m. 278’de düzenlenen suçu bildirmeme suçu bakımından açıkça “*Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükümlenmez. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır.*” ibaresine yer vermiştir.

128 **Özbek/Doğan/ Bacaksız**, s. 617.

Eğer failin içinde bulunduğu somut koşullar, bildirimde bulunmasına imkân vermeyecekse, failin kusurlu olduğundan bahsedemeyiz¹²⁹. Bu itibarla sağlık mesleği mensubunun bildirimde bulunmaması veya bildirimde bulunma hususunda gecikme göstermesi beklenmedik halden veya mücbir sebepten kaynaklanmaktaysa kusurlu olduğundan bahsedemeyiz. Sözgelimi sağlık mesleği mensubu suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaştıktan sonra kaza geçirmesi, telefon hatlarında bir arıza yaşanması gibi sebeplerle veya doğa olayları sebebiyle bildirimde bulunamazsa veya bildirimde bulunmak hususunda gecikme gösterirse kendisine kusur yüklenemeyeceğinden cezai sorumluluğuna gidilemez.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından zorunluluk hali gündeme gelebilir. Sözgelimi; bir hekim on üç yaşındaki bir kız çocuğunun cinsel istismara uğradığına yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen kız çocuğunun töre saikiyle öldürüleceği hususunda ağır ve muhakkak bir tehlikenin bulunduğundan bahisle cinsel istismar vakiasını yetkili makamlara bildirmezse, bu durumda zorunluluk hali gündeme gelir ve faile ceza verilmez. Yahut hekim suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşır ancak ağır yaralı bir hastaya acil tıbbi müdahalede bulunduğu için kolluk makamları öğrenmeden önce bildirimde bulunamazsa yine zorunluluk hali gündeme gelir ve faile ceza verilmez¹³⁰. Nitekim Yargıtay¹³¹ sağlık ocağında hekim olan sanığın, iş yoğunluğu nedeniyle olayı kolluğa bildiremediğini savunması ve bu savunmasının aksinin ispat edilememesi karşısında, yetersiz gerekçeyle hakkında mahkûmiyet kararı verilmesini bozma nedeni olarak kabul etmiştir.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun cebir ve tehdit altında işlenmiş olması mümkündür. Sözgelimi; bir hemşire görevi sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen ölümle tehdit edildiğinden dolayı yetkili makamlara bildirimde bulunamamış olabilir. Bu durumda suç, cebir ve tehdit altında işlendiğinden, TCK m. 28 uyarınca faile yani bildirimde bulunamayan hemşireye ceza verilmez.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından kusurluluğu etkileyen hata hali gündeme gelebilir. TCK m. 30/3 uyarınca kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz. Düşülen hata kaçınılabılır bir hataysa faile ceza verilir ancak bu hata durumu TCK m. 61 uyarınca temel cezasının belirlenmesinde dikkate alınır. Sözgelimi; bir hekim on üç yaşındaki bir kız çocuğunun cinsel istismara uğradığına yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen kız çocuğunun töre saikiyle öldürüleceğini düşünerek cinsel istismar vakiasını yetkili makamlara bildirmez, ancak esasında ailenin töre saikiyle çocuğu öldürme niyeti yoksa bu durumda hekimin zorunluluk halinin koşullarında hataya düşmesi hali söz konusudur¹³². Hekimin bu hatası kaçınılmaz bir hataysa ceza verilmez. Kaçınılabılır bir hataysa ceza verilir ancak bu durum m. 61 uyarınca temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınır.

129 Koca/Üzülmez, s. 993.

130 Erbaş, s. 174; Zafer, s. 1347.

131 Yarg. 4. CD., 17.12.2012, 13441/30482 (<https://www.lexpera.com.tr> (çevrimiçi), son erişim tarihi 29.04.2018.)

132 Erbaş, s. 176.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından haksızlık hatası hali de gündeme gelebilir. Nitekim sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen bunu bildirmemenin suç olduğu konusunda hataya düşmesi mümkündür. Bu durumda failin düştüğü hata kaçınılmaz bir hataysa TCK m. 30/4 uyarınca faile ceza verilemez, eğer kaçınılabilir bir hataysa faile ceza verilir ancak bu hata durumu TCK m. 61 uyarınca temel cezasının belirlenmesinde dikkate alınır.

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu gerçek ihmali bir suçtur. Öğretide gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu olduklarından bu tip suçlara teşebbüs mümkün değildir¹³³. Diğer görüşe¹³⁴ göre ise gerçek ihmali suçlar bakımından failin kanunen emredilen hareketi gerçekleştirmesi için uygun bir zaman aralığının mevcut olduğu durumlarda suça teşebbüs mümkün iken; failin kanunen emredilen hareketi gerçekleştirmesi için uygun bir zaman aralığının mevcut olmadığı durumlarda suç tamamlanmış olacağından suça teşebbüs mümkün değildir¹³⁵. Kanaatimizce sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından failin “*bildirimde bulunmak*” şeklindeki icrai hareketi gerçekleştirebilmesi için uygun bir zaman aralığının mevcut olduğu durumlarda bu suça teşebbüs gündeme gelmektedir.

Öte yandan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu aynı zamanda soyut tehlike suçudur. Soyut tehlike suçları bakımından teşebbüsün mümkün olabilmesi için tipik hareketin bir oluşum sürecine sahip olması veya parçalara bölünebilir olması gerekmektedir¹³⁶. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubunun “*bildirmeme*” veya “*bildirimde bulunmak hususunda gecikme göstermek*” şeklindeki ihmali hareketlerinin bir oluşum sürecine sahip olduğu ve parçalara bölünebilir olduğundan bahsedilebildiği durumlarda sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna teşebbüs mümkündür.

Bu açıklamalar ışığında sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuna teşebbüsün fiiliyatta çok nadir görülebileceğini ifade etmekle birlikte en azından teorik olarak teşebbüsün mümkün olduğunu söyleyebiliriz¹³⁷. Özellikle “*bildirimde gecikme göstermek*” fiili bakımından teşebbüs gündeme gelebilir. Somut olaya göre belirlenecek makul süre dolmadan failin iradesi

133 Bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Hakan Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, 2003, s. 263; **Pervin Aksoy İpekçioğlu**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009, s. 189, 190.

134 Bu görüşte olan yazarlar için bkz. **Hakeri**, İhmal Kavramı, s. 264 **Aksoy İpekçioğlu**, s. 191.

135 **Hakeri**, İhmal Kavramı, s. 264.

136 **Aksoy İpekçioğlu**, s. 185; **Karahan**, s.154.

137 **Ünver**, s. 356; **Erbaş**, s. 178. Aksi görüş için bkz. **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 1260; **Zafer**, s. 1346; **Hakeri**, Tıp Hukuku, s. 1189; **Koca/Üzülmez**, s. 995; **Kocasakal**, s. 219; **Çakmut**, s. 1057.

dışında yetkili makamlar suçtan haberdar olmuşsa suça teşebbüs söz konusu olabilir¹³⁸. Sözgelimi; cebir ve tehdit altında bildirimde bulunmayan sağlık mesleği mensubu, cebir ve tehdidin etkisinden kurtulur ve yetkili makama bildirimde bulunursa bu durumda dolaylı fail teşebbüsten dolayı cezalandırılır.

Son olarak ifade edelim ki; sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından en azından teorik olarak teşebbüsün mümkün olduğunu kabul ettiğimizden, gönüllü vazgeçme hükümlerinin de uygulanabileceği kanaatindeyiz.

B. İŞTİRAK

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından genel iştirak hükümleri geçerlidir. Ancak bu suçun özgü bir suç olduğuna dikkat çekmek gerekir. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun faili ancak sağlık mesleği mensubu sıfatına sahip kişiler olabilir. Bu sığata sahip olmayan kişilerin, bu suçla korunan hukuki değeri ihlali, ancak bu sığata sahip olan başka bir kişinin vasıtasıyla gündeme gelebilir¹³⁹. Bu bakımdan sağlık mesleği mensubu sıfatına sahip olmayan kişiler suçun işlenişine ancak şerik olarak katılabilirler¹⁴⁰.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu ihmali özgü suçtur. İhmali özgü suçların faili olabilmek için özel bir yükümlülük altında bulunmak gerekir¹⁴¹. Nitekim sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçuyla, sağlık mesleği mensuplarına görevleri sırasında suç işlendiğine yönelik bir belirtyle karşılaşmaları durumunda yetkili makamlara bildirim yükümlülüğü öngörölmüştür. Bu suç bakımından bildirim yükümlülüğünü ortaya çıkaran, suçun işlenmesi bakımından olmazsa olmaz nitelikte olan, failin sağlık mesleği mensubu olmasıdır.

Bildirim yükümlülüğü altında olup da bu yükümlülüğü ihlal eden birden fazla sağlık mesleği mensubu arasındaki ilişki, her birinin yükümlülüğü birbirinden bağımsız olduğu için yan yana faillik olarak nitelendirilerek her birinin ayrı ayrı sorumluluklarına gidilmelidir¹⁴². Ancak aralarında bildirimde bulunmama konusunda iştirak iradesi oluşmuşsa müşterek faillik söz konusu olmaktadır¹⁴³.

Sağlık mesleği mensubu olmayıp, bu madde uyarınca bildirimde bulunmakla yükümlü kılınmamış kimsenin, suçun işlenişine katkısının mahiyeti ne olursa olsun, sorumluluğu tali derecede yani şerik olarak sorumluluktur¹⁴⁴. Dolayısıyla bu suça iştirak eden kişiler sağlık mesleği mensubu

138 Ünver, s. 356.

139 Demirel, s. 122.

140 Üzülmöz, s.841.

141 İzzet Özgenc, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994, s. 344. Demirel, tüm özgü suçların birer yükümlülük suçu olduğunu ifade etmektedir. Demirel, s. 122.

142 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1261; Kocasakal, s. 220; Erdem, s.119.

143 Zafer, s. 1349.

144 Özgenc, "Yükümlülük Suçlarına İştirak", s. 345.

değilse, müşterek fail ve dolaylı fail olamazlar; unsurların mevcudiyeti halinde azmettiren veya yardım eden olabilirler.

Sağlık mesleği mensubu sıfatına sahip olmayan kişilerin dolaylı fail olamayacağı kural olmakla birlikte cebir ve tehdit yoluyla dolaylı faillik mümkündür. Zira TCK m. 28'de bu husus açıkça düzenlenmiştir. TCK m. 28'e göre; *“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”*

Ayrıca ifade etmek gerekir ki sağlık mesleği mensubu sıfatına sahip olmadığı için bu suçun faili olmayan kişiler bakımından unsurlarının mevcudiyeti halinde herkesin faili olabileceği m. 278'deki suç u bildirmeme suçu ve m. 279'da düzenlenen kamu görevlisinin suç u bildirmemesi suçu gündeme gelebilir. Böyle durumlarda kişi sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçundan azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilse dahi failliğin şerikliğe asliliği ilkesi uyarınca, m. 278 veya m. 279'daki suçlardan fail olarak cezalandırılır.

C. İÇTİMA

Sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçu bakımından, özel içtima hükümleri öngörülmemiş olup, genel içtima kuralları geçerlidir.

Tek fiilin söz konusu olduğu durumlarda tek bir suç oluşur. Sözelimi; bir hastanın, psikiyatriste birden fazla kişiye karşı cinsel saldırı suçunu işlediğini söylemesi durumunda bildirilmeyen suçun birden fazla mağduru olmasına rağmen tek bir bildirmeme fiili bulunmaktadır. Yahut hekim muayene sırasında hastaya karşı hem kasten yaralama suçunun hem de cinsel saldırı suçunun işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşır ve bildirimde bulunmazsa tek bir bildirmeme fiili bulunmaktadır. Bu durumlarda ortada cezalandırılabilen tek bir fiil bulunduğundan, fail tek bir suçtan sorumlu olur. Ancak sağlık mesleği mensubu suç işlendiğine yönelik belirtilerle farklı zamanlarda karşılaşır ve yetkili makamlara bildirimde bulunmazsa bu durumda birden fazla bildirmeme fiili söz konusu olup birden fazla suç oluşmuş olur ve gerçek içtima veya zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁴⁵.

Sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçunun mağduru belli bir kişi olmayıp, toplumu oluşturan herkes bu suçun mağdurudur. TCK m. 43/1-son cümle uyarınca mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümleri uygulanır. Sözelimi aynı suç işleme kararı kapsamında farklı zamanlarda karşılaşılan birden fazla suçun bildirilmemesi durumunda zincirleme suç hükümleri uygulanır. Bu bakımdan bildirilmeyen suçların mağdurlarının aynı olmasına hatta belirli bir mağduru bulunmasına gerek yoktur. Ancak bildirmeme fiili aynı suç işleme kararının icrası kapsamında değerlendirilemiyorsa gerçek içtima gündeme gelir.

145 Kocasakal, s. 220.

İşlenen birden fazla aynı suçun mağdurunun toplumu oluşturan herkes olduğu durumlarda yani başka bir deyişle mağduru belli bir kişi olmayan suçlar bakımından aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamaz. Zira bu suçların farklı mağdurlara yani birden fazla mağdura karşı işlenmesi niteliği itibarıyla mümkün değildir¹⁴⁶. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçu bakımından aynı neviden fikri içtima hükümleri uygulanamaz¹⁴⁷.

Sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçu bakımından fikri içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Sözelimi; hekimin bir suç işlediğine yönelik belirtiyile karşılaştığı hastası aynı zamanda hakkında tutukluluk kararı verilmiş bir kişiyse bu durumda hekimin suç u bildirmemesi fiili hem m. 280 uyarınca sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçunu hem de m. 284'te düzenlenen tutuklu, hükümlü veya suç delillerini bildirmeme suçunu oluşturur¹⁴⁸. Bu durumda fail TCK m. 44 uyarınca işlediği suçlardan en ağır cezayı gerektireninden cezalandırılır.

Sağlık mesleği mensubu görevini yaptığı sırada suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaşmasına rağmen hem suç u bildirmez hem de bu suçun işlendiğine yönelik belirtileri ortadan kaldırırsa, bu durumda gerçek içtima hükümleri uygulanır; fail, hem TCK m. 280 uyarınca sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçundan hem de TCK m. 281 uyarınca suç delillerini yok etme, gizleme ve değiştirme suçundan sorumlu olur.

TCK m. 278'de¹⁴⁹ herkes bakımından bildirim yükümlülüğü getiren suç u bildirmeme suç u düzenlenmiştir. TCK m. 278'de düzenlenen suç u bildirmeme suç uyla çalışma konumuz olan sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suç u arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmaktadır¹⁵⁰. Sağlık mesleği mensubu m. 278 uyarınca herkes bakımından öngörülen bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiği her durumda aynı zamanda m. 280'de düzenlenen sağlık

146 Mahmutoğlu/Karadeniz; bu durumda suç çokluğu meydana gelmeyeceğinden aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedirler. **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 1100.

147 **Erbaş**, s. 188.

148 **Erbaş**, s. 187.

149 TCK m. 278: "(1) İşlenmekte olan bir suç u yetkili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İşlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suç u yetkili makamlara bildirmeyen kişi, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Mağdurun onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk, bedensel veya ruhsal bakımdan engelli olan ya da hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan kimse olması halinde, yukarıdaki fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılır. (4) Tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler bakımından cezaya hükmolunmaz. Ancak, suç u önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır." Suç u bildirmeme suç uyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem**, s.105-120.

150 **Ünver**, s. 310. Erdem; TCK m. 279 ve m. 280'de düzenlenen suçların m. 278'de düzenlenen suçtan tamamen farklı olduğunu, zira m. 278'in işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte neticenin sınırlandırılmasına olanak bulunan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirdiği halde, m. 279 ve m. 280'deki düzenlemelerin sadece işlenmiş olan suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü getirdiği görüşündedir. **Erdem**, s. 108,109. Bu itibarla TCK m. 278 ile m. 279 ve m. 280 arasında özel – genel norm ilişkisi bulunmadığını ifade etmektedir. **Erdem**, s. 109, dn.16. Ancak kanaatimizce yazarın bu görüşü yerinde değildir. Zira çalışma konumuz olan sağlık mesleği mensuplarının suç u bildirmemesi suçunun oluşabilmesi için, suçun işlenmiş veya işlenmekte olan bir suç olması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu itibarla sağlık mesleği mensuplarının bildirim yükümlülüğünün suç u tamamlanmasıyla değil, doğrudan doğruya icra hareketlerine başlanmasıyla doğduğunu bir kez daha belirtmekte fayda görüyoruz.

mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçu da oluşur. Bu durumda özgü bir suç olan sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçu özel normun genel norma önceliği ilkesi uyarınca özel norm olarak öncelikli uygulanır.

TCK m. 279'da¹⁵¹ kamu görevlileri bakımından bildirim yükümlülüğü getiren kamu görevlisinin suç bildirmemesi suçu düzenlenmiştir. Bu itibarla kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun suç bildirmemesi durumunda hangi suçtan dolayı cezalandırılacağı belirlenmesi gerekmektedir. Zira TCK m. 279'da düzenlenen kamu görevlisinin suç bildirmemesi suçu bakımından failin kamu görevlisi sıfatına sahip olması; m. 280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçu bakımından ise failin sağlık mesleği mensubu sıfatına sahip olması gerekir. Bu bakımdan kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun “*bildirimde bulunmak*” şeklindeki icrai harekette bulunmadığı durumlarda her iki suçun da oluştuğu söylenebilse de esasen bu durum görünüş itibariyledir. Gerçekte tek fiille tek suç oluşmuştur. Dolayısıyla kamu görevlisi olan sağlık mesleği mensubunun hangi suçtan cezalandırılacağı görünüşte içtima kuralları uyarınca belirlenmelidir¹⁵².

Öncelikle bu iki norm arasındaki ilişkinin özel norm-genel norm ilişkisi bağlamında ele alınması gerekir. Özel norm-genel norm ilişkisinin bulunduğu hallerde özel normla genel norm aynı hukuki değeri korumakta; genel norm özel normun bütün unsurlarını içermekle birlikte özel norm ek unsur veya özellikler ihtiva etmektedir¹⁵³. TCK m. 279'da düzenlenen kamu görevlisinin suç bildirmemesi suçuyla m. 280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suç bildirmemesi suçunun koruduğu hukuki değer aynı olmakla birlikte¹⁵⁴ bu suçlar arasında özel norm-genel norm ilişkisi bulunmamaktadır¹⁵⁵. Zira TCK m. 279 ve m. 280'de düzenlenen suçların kanundaki düzenleniş şekilleri dikkate alındığında birinin ötekindeki tüm unsurları içerdiğini söylememiz mümkün değildir. Her iki suç da birbirine göre özel nitelikte olup, bu suçlara özel olma niteliğini veren ise failin sıfatıdır¹⁵⁶.

Kanaatimizce failin kamu görevlisi bir sağlık mesleği mensubu olması durumunda bu iki suç arasındaki ilişkinin asli-tali norm ilişkisi kapsamında değerlendirilebileceğini kabul etmek

151 TCK m. 279: “(1) Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Suçun, adli kolluk görevini yapan kişi tarafından işlenmesi halinde, yukarıdaki fıkraya göre verilecek ceza yarı oranında artırılır.”

152 “Suç oluşturan bir eylemin aynı anda birden fazla kanundaki düzenlemeleri ihlal etmiş olması durumunda “kanunların içtimat” söz konusu olmaktadır. Bu hallerde görünüş itibariyle suçların çokluğundan bahsedilebilirse de, eyleme gerçekte karşılaşan normlardan sadece birisi uygulanabileceğinden buna “görünüşte içtima” da denilmektedir. Böyle durumlarda hangi kanunun uygulanması gerektiği, “özel normun önceliği”, “tüketen-tüketilen norm ilişkisi” ve “yardımcı (tali) normun sonralığı” gibi ilkelere göre belirlenmelidir.” Yarg. 4. CGK., 10.6.2014, 2012-1336/2014/323 (<https://www.lexpera.com.tr> (çevrimiçi), son erişim tarihi 01.02.2019.)

153 Mahmutoğlu/Karadeniz, s. 977.

154 Her iki suçla da korunan hukuki değer adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasındaki toplumsal yarardır.

155 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1261; Toroslu, s. 336; Kolcu, s. 204; Zafer, s. 1336; aksi yönde bkz. Ünver, s. 335.

156 Tezcan/Erdem/Önok, s. 1261.

gerekir¹⁵⁷. Asli-tali norm ilişkisinin bulunduğu hallerde tali norm, asli norm karşısında geri çekilmekte, olaya yalnızca asli norm uygulanmaktadır¹⁵⁸. Failin kamu görevlisi bir sağlık mesleği mensubu olması durumunda, öncelikle kamu görevlisi sıfatının dikkate alınması gerekeceğinden, asli norm TCK m. 279'dur¹⁵⁹. Zira devletin ajanı olan kamu görevlisinin bulunduğu konum dikkate alındığında bildirim yükümlülüğü sağlık mesleği mensubunun bildirim yükümlülüğünden daha öncelikli ve baskın olacağından, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi, sağlık mesleği mensubunun suçu bildirmemesine nazaran daha ağır ve öncelikli bir şekilde cezalandırılmalıdır¹⁶⁰. Nitekim kanun koyucunun kamu görevlilerinin suçu bildirmemeleri bakımından daha ağır ceza öngörmesi ve TCK m. 280'in gerekçesinde devlet eliyle işletilen sağlık kuruluşlarında görev yapan sağlık mesleği mensupları hakkında m. 279'un uygulanacağıının belirtilmesi de bu düşünceyi desteklemektedir.

Kamu görevlisi sağlık mesleği mensupları bakımından tali norm olan TCK m. 280 ise ancak asli norm olan m. 279'un uygulanmadığı görev sırasında karşılaşılan belirtinin şikâyete tabi bir suçun işlendiğini göstermesi durumunda uygulanabilir¹⁶¹. Zira TCK m. 279'da resen soruşturulan ve kovuşturulan suçların yetkili makamlara bildirilmesi yükümlülüğü kabul edilmekteyken, m. 280'de tüm suçlar bakımından bildirim yükümlülüğü kabul edilmiştir. Şikâyete tabi bir suç söz konusu olduğunda asli norm olan m. 279 uygulanamayacağı için asli normu tamamlayan tali norm olan m. 280 devreye girecektir¹⁶².

VI. MUHAKEME VE YAPTIRIM

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyete tabi değildir. Bu itibarla suç, resen soruşturulabilen ve kovuşturulabilen bir suçtur. Uzlaştırma ve ön ödeme hükümlerinin uygulanabilmesi mümkün değildir¹⁶³.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu karşılığında kanun koyucu hürriyeti bağlayıcı nitelikte ceza olan hapis cezasını öngörmüştür. Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun işlenmesi halinde bildirimde bulunmayan veya bildirme hususunda gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır¹⁶⁴. Bu

157 Aynı yönde bkz. **Erbaş**, s. 184.

158 **Mahmutoğlu/Karadeniz**, s. 979.

159 **Erbaş**, s. 184.

160 **Kocasakal**, s. 175.

161 Bu vesileyle bir kez daha ifade edelim ki kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu tarafından bildirim yükümlülüğünün ihlali halinde TCK m. 280'de düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu oluşur. Başka bir deyişle kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu m. 280'de düzenlenen suçun faili olabilir. Ancak içtima hükümleri uygulandığında fail asli normun tali norma önceliği ilkesi uyarınca yalnızca m. 279'da düzenlenen suçtan dolayı cezalandırılır. Failin m. 279'da düzenlenen suçtan cezalandırılmadığı durumlarda yani bildirimde bulunmayan suçu şikâyete tabi bir suç olması durumunda ise m. 280'in uygulanması söz konusu olacaktır.

162 **Erbaş**, s. 185.

163 ETCK'da suç, hem şikâyete tabi olarak hem de ön ödeme kapsamında kalan bir suç olarak düzenlenmişti. **Zafer**, s. 1332.

164 ETCK'da suçun yaptırımını para cezası olarak öngörölmüşken, TCK'da suçun yaptırımını bir yıla kadar hapis cezası olarak öngörölmüştür. **Zafer**, s. 1332.

bakımdan hapis cezasının üst sınırı bir yıl olarak belirlenmiştir. Alt sınır bakımından ise herhangi bir ibareye yer verilmemiştir. TCK m. 49 uyarınca kanunda aksi belirtilmeyen hallerde hapis cezası bir aydan az olamayacağı için sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu karşılığında uygulanan hapis cezasının alt sınırı bir aydır. Dolayısıyla sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun işlenmesi halinde bir aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecektir. Bu itibarla suçun kovuşturulması aşamasında görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Öte yandan sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu TCK m. 66 uyarınca sekiz yıllık dava zamanaşımı süresine, m. 68 uyarınca da on yıllık ceza zamanaşımı süresine tabidir.

Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından öngörülen ceza miktarı nazara alındığında diğer koşulların mevcudiyeti halinde CMK m. 231 uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve TCK m. 51 uyarınca hapis cezasının ertelenmesi söz konusu olabilir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Asli görevi tıbbi hizmet sunmak olan sağlık mesleği mensuplarının görevlerini yerine getirirken diğer meslek gruplarına nazaran suç işlendiğini gösteren belirtilerle karşılaşma ihtimalleri daha yüksektir. Bu bakımdan kanun koyucu adliyenin faaliyet ve fonksiyonlarının sağlıklı bir şekilde icrasını temin etmek üzere, sağlık mesleği mensuplarına suç işlendiğine yönelik bir belirtiyile karşılaştıklarında bildirim yükümlülüğü getirmiştir. Ancak bu yükümlülük getirilirken birtakım hususların göz ardı edildiğini görmekteyiz.

İlk olarak ifade edelim ki sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçunun faili olabilecek kişiler bakımından kanun koyucunun “sağlık hizmeti veren diğer kişiler”in bu suçun faili olabilecekleri ibaresine yer vermesi belirlilik ilkesi bağlamında kanunilik ilkesine aykırılık teşkil eder. Zira suçun kanuni tanımına bakıldığında “sağlık hizmeti veren diğer kişiler” ibaresinin nasıl anlandırılacağı açık olmayıp, bu ibare suçun uygulama alanını oldukça genişletebilecek niteliktedir. Nitekim bu ibareden hareketle veteriner hekimlerin de bu suçun faili olabileceğini ileri sürenler olduğunu yukarıda ifade etmiştik. Bu bakımdan uygulayıcıların tereddütte kalmasına neden olabilecek bu muğlak ifadenin daha anlaşılabilir kılınması gerekmektedir.

İkinci olarak ifade edelim ki sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu bakımından bildirim konusu olan suç, resen soruşturulan ve kovuşturulan bir suç olabileceği gibi şikâyet üzerine soruşturulan ve kovuşturulan bir suç da olabilir. Bu düzenleme kanun koyucunun TCK m. 279’da düzenlenen kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçunda şikâyete tabi suçları bildirim yükümlülüğü dışında tutması karşısında, eleştiriye açıktır. Zira devletin ajanı konumunda olan kamu görevlisinin bildirmekle yükümlü olmadığı bir meseleyi kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan bir sağlık mesleği mensubundan beklemek doğru değildir.

Şikâyete tabi suçlar bakımından şikâyet hakkı bulunan kişi şikâyette bulunmadığından dolayı suçun soruşturulması ve kovuşturulması mümkün olmasa dahi, sağlık mesleği mensuplarının

bildirimde bulunması gerekmektedir. Bu gerekliliğin sonucunda bildirimde bulunulması durumunda, şikâyet hakkı bulunan kişinin şikâyette bulunmayarak adliyeye intikal etmesini istemediği bir suç, adli makamlarca öğrenilmiş olur. Bu durum suçun takibinin şikâyete bağlanmasındaki yararın zedelenmesine ve adli makamların gereksiz yere meşgul edilmesine neden olur. Böyle sakıncaların önüne geçmek adına, kanuni düzenlemede değişiklik yapılarak şikâyete tabi suçların, sağlık mesleği mensuplarının bildirmekle yükümlü oldukları suçların kapsamından çıkarılması gerekmektedir.

Son olarak ifade edelim ki; CMK m. 46 ve TCK m. 280'deki düzenlemeler bağdaşmamaktadır. Zira sağlık mesleği mensupları bir suç işlendiğine yönelik belirtiyile karşılaştıklarında yetkili makamlara bildirimde bulunmakla yükümlü bulunurken, öte yandan aynı suçun soruşturması ve kovuşturması bakımından tanıklıktan çekinebilmektedirler. Bu bakımdan CMK m. 46 ve TCK m. 280'deki düzenlemelerin uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce CMK m. 46'da yapılacak değişiklikle tanıklıktan çekinmenin suç teşkil etmeyen olaylarla sınırlı olduğunun belirtilmesi gerekir.

KAYNAKÇA

- Aksoy İpekçioğlu, Pervin**, Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, Ankara, 2009.
- Arslan Hızal, Sevinç**, "Türk Ceza Kanununda Sağlık Personelinin İhbar Yükümlülüğü", Ceza Hukuku Dergisi, S.1, 2010, s. 125-149.
- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner**, Türk Ceza Kanunu Şerhi: Madde 242-345, C.V, Ankara, 2014.
- Baytaz, A. Batuhan**, "Hekimlerin Tanıklıktan Çekinme Hakkı İle Tck Madde 280'deki Suçu Bildirmeme Suçu Çelişiyor mu?", Türk Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Araştırmaları Yıllığı, C. 2-3, S. 2-3, Ekim 2009/2010, s. 169-176.
- Bulut, Pınar**, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi "Sağlık Hukuku Makaleleri", İstanbul, 2012, s. 83-104.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 2017.
- Çakmut, Özlem Yenerer**, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan Özel Sayısı, C.XII, S. 1-3, 2006, s. 1051-1060.
- Demirel, Muhammed**, Suça İştirakte Bağlılık Kuralı, İstanbul, 2017.
- Deryal, Yahya**, "Hekimin "Sır Saklama" ve "İhbar" Yükümlülükleri" (çevrimiçi), www.aktuelpsikoloji.com.
- Erbaş, Rahime**, Türk Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğü, İstanbul, 2015.
- Erdem, Mustafa Ruhan**, "Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.80, 2009, s. 105-120.
- Giyik, Abdulkaki**, "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü ile Suçu Bildirme Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüklerin Çatışması", Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IX, S. 2, 2014, s. 176-211.
- Gültekin, Özkan**, "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu", Terazi Hukuk Dergisi, C.XI, S.19, 2016, s. 103-113.

- Hafizoğulları, Zeki/Acar, Bülent Hayri**, “Suçu Bildirmeme Suçları”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.II, S.1, 2016, s. 179-199.
- Hakeri, Hakan**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara, 2003.
- Hakeri, Hakan**, Tıp Hukuku, Ankara, 2018.
- Hancı, Hamit**, “Hekimin İhbar Yükümlülüğü”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2001, S. 80, s. 107-108.
- Heinrich, Bernd**, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Ed. Yener Ünver, Çev. Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara, 2014.
- İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2018.
- İplikçi, Huriye Elif**, “Türk Ceza Hukukunda Suçu Bildirmeme Suçları”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2010.
- Karahan, Abdurrahman Burak**, “Bilgi ve Belge Vermeme Suçu (Bank.K m. 153/1)”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXII, 2018, S. 3, s. 131-170.
- Karasu, Sinem**, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, İstanbul, 2009.
- Koca, Mahmut**, “Çocuk İstismarında İhbar Yükümlülüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.III, S.1, 2012, s. 113-127.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018.
- Kocasakal, Ümit**, Türk Ceza Kanununda Suçu Bildirmeme Suçları, İstanbul, 2017.
- Kolcu, Selahaddin**, Suçu Bildirmeme Suçu, Ankara, 2016.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami/Karadeniz, Serra**, Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi, İstanbul, 2017.
- Malkoç, İsmail**, Açıklamalı Türk Ceza Kanunu: Madde 242-345, C.IV, Ankara, 2013.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019.
- Özdemir, Hayrunnisa**, “Hadım Etme ve Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, 2010, S. 1, s. 125-164.
- Özek, Çetin**, “Adliye Karşı İşlenen Suçların Hukuksal Konusu”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LV, S.3, 1997, s. 13-50.
- Özgenç, İzzet**, “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, S.1-2, 1994, s. 329-348.
- Özgenç, İzzet**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları” (çevrimiçi), <http://www.sdplatform.com>.
- Sözüer, Adem**, Ceza Hukuku Uygulama Rehberine Giriş ve Pratik Çalışma Notu, İstanbul, 2013.
- T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı**, Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005.
- Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, Murat**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 2018.
- Toroslu, Nevzat**, Ceza Hukuku Özel Kısım, Ankara, 2018.
- Törenli Çakıroğlu, Maral**, “Hekimin Borçlarından Özel Olarak Sır Saklama Borcu”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, S. 2, 2010, s. 159-181.
- Ünver, Yener**, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma: TCK’da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, Ankara, 2016.
- Üzülmez, İlhan**, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu TCK m.280”, Türk Ceza Hukukunun Güncel Sorunları (V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 28 Şubat-1 Mart 2008 Ankara), Ankara, 2008, s. 823-844.

Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C.VI, Ankara, 2010.

Zafer, Hamide, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.LXXI, S.1, 2013, s. 1327-1252.

Zeytin, Zafer, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, Türkiye Klinikleri J. Med Ethics, C. XIV, S. 2, 2006, s. 77-82.

(çevrimiçi), <https://www.lexpera.com.tr>.

(çevrimiçi), <http://www.tdk.gov.tr>.

(çevrimiçi), “The Right To Health”, <http://www.ohchr.org>.

Singapur Sözleşmesi ve Uluslararası Ticari Arabuluculuk Sonucunda Ortaya Çıkan Sulh Anlaşmalarının Tanınması ve İcrası Meselesi

Singapore Convention and the Issue of Recognition and Enforcement of Settlement Agreements Resulting from International Commercial Mediation

Talat KAYA* 

Öz

Sunduğu avantajlar ve kullanılma potansiyeline rağmen, arabuluculuk yöntemi uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkları çözmek için sıklıkla başvurulan bir yol değildir. Özellikle, tahkim yolu ile kıyaslandığında uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünde arabuluculuk yönteminin çok az kullanıldığı görülmektedir. Uyuşmazlık taraflarının arabuluculuk yöntemine başvurmama sebeplerinin başında, süreç sonrasında varılan sulh anlaşmalarının icra kabiliyetinden yoksun olması gelmektedir. Bu bağlamda, BM Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) kapsamında hazırlanan Singapur Sözleşmesi, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuğun teşvik edilmesini ve arabuluculuk süreci sonucunda taraflarca varılan sulh anlaşmalarının icrasının sağlanmasını amaçlamaktadır. 7 Ağustos 2019 tarihinde Türkiye'nin de dahil olduğu 46 ülke tarafından imzalanan Sözleşme'nin yakın zamanda yürürlüğe girmesi beklenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Singapur Sözleşmesi, Tanıma ve Tenfiz, New York Sözleşmesi, UNCITRAL

Abstract

Despite the advantages and potential of its use, mediation is not a commonly resorted method of resolving international commercial disputes. Especially, mediation is infrequently used in the resolution of international commercial disputes compared to the arbitration. Lack of enforceability of mediated settlement agreements is one of the main reasons why the parties to the dispute do not use mediation. In this regard, the Singapore Convention, developed under auspices of the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL), aims to promote mediation for the resolution of international commercial disputes and provide a framework for the enforcement of mediated settlement agreements. The Convention was signed by 46 countries, including Turkey, on August 7, 2019. It is expected that the Convention will enter into force very soon.

Keywords: Mediation, Singapore Convention, Recognition and Enforcement, New York Convention, UNCITRAL

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: talat.kaya@asbu.edu.tr.

GİRİŞ

Anglo-sakson menşeli etkin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olan arabuluculuk yöntemi son 20 yılda Kıta Avrupası ülkeleri başta olmak üzere birçok ülkenin gündemine girmiş, ülkemiz de dahil olmak üzere pek çok ülke bu alanda düzenleme yapmıştır¹. Nitekim, Avrupa Birliği (AB) içerisinde 1998 yılından itibaren önce alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin geliştirilmesi tavsiye ve çağrılara konu olmuş, 2008 yılında kabul edilen Hukuki ve Ticari Uyuşmazlıklarda Arabuluculuğun Belirli Yönlerine İlişkin AB Parlamentosu ve Konseyi Direktifi ile de konu somut olarak düzenlenmiştir². Arabuluculuk kültürüne çok da uzak olmayan Asya kıtasında ise başta Çin, Singapur ve Malezya olmak üzere pek çok ülke son yıllarda arabuluculuk konusunda yasal düzenlemeler kabul etmiştir³. Dünyadaki gelişim çizgisine paralel şekilde Türkiye de 2012 yılında Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanununu (HUAK) kabul ederek, aslında yabancı olmadığı bir kültürü kurumsallaştırarak hukuk düzenine katmıştır⁴. Yine yakın zamanda kurulan İstanbul Tahkim Merkezi de uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenmesi için Arabuluculuk kuralları oluşturmuştur⁵.

Ulusal düzeyde yaşanan bu gelişmelere uluslararası gelişmeler eşlik etmiştir. Esasen, küreselleşmenin de etkisiyle ulusal ve uluslararası düzeyde yaşanan gelişmeler hem birbirini tetiklemiş hem de birbirinden etkilenmiştir. Bu kapsamda, uluslararası nitelikli uyuşmazlıkların çözümü için arabuluculuk kurumunun daha yaygın olarak kullanılması birçok uluslararası örgüt tarafından desteklenmiş, hatta daha çok uluslararası tahkim alanında hizmet veren ve bu konuda köklü bir geçmişi olan Milletlerarası Ticaret Odası (ICC), Çin Uluslararası Ekonomik ve Ticaret Tahkim Komisyonu (CIETAC) ve Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) gibi kuruluşlar arabuluculuğa ilişkin kurallar kabul etmişlerdir⁶. Keza arabuluculuk yönteminin yatırım

- 1 Tanrıver S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *TBB Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 151 (Arabuluculuk). Esasen, arabuluculuk yöntemi son yirmi yılda ortaya çıkmış yeni bir uyuşmazlık çözüm yolu değildir. Arabuluculuk insanlık tarihi kadar eskidir ve geleneksel arabuluculuğun geçmişteki eski çağlara kadar uzanır. Bu konuda daha detaylı bilgi için Bkz. Özbek M. S., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, s. 632 vd. (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu). Arabuluculuk yöntemi yakın dönemde de özellikle 20'nci yüzyılın başlarında uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü amacıyla sıklıkla kullanılmıştır. İkinci Dünya Savaşı sonrasında ise tahkim yöntemi ön plana çıkmış, uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümü için neredeyse tek yol olarak görülmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, arabuluculuk yönteminin son yirmi yılda uyuşmazlıkları çözmek için kullanılmaya başlanması, gerçekte unutulmuş bir çözüm yolunun modernleştirilerek yeniden hatırlanmasıdır. Bkz. Strong, S. I., Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation, *45 Washington University Journal of Law and Policy*, 2014, s. 11-12.
- 2 <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:136:0003:0008:EN:PDF>, son erişim tarihi 27 Eylül 2019.
- 3 Chua E., The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution, *Asian Journal of International Law*, 2019, s. 203-204.
- 4 Özkes M., Pekantez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2808.
- 5 İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları için Bkz. <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/ISTANBUL-TAHKIM-MERKEZİ-TAHKİM-ve-ARABULUCULUK-KURALLARI.pdf>, son erişim tarihi 10 Ekim 2019.
- 6 Öztürk, N., Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Cilt: 31, Sayı: 2, 2015, s. 217; Vanisova V., Current Issues in International Commercial Mediation: Short Note on the Nature of Agreement Resulting from Mediation in the Light of the Singapore Convention, *Charles University in*

uyuşmazlıkları bakımından da kullanılmasını teminen Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıkları Çözüm Merkezi (ICSID) tarafından 1979 yılında uzlaştırma kuralları yayınlanmış, 2018 yılında başlatılan çalışma sonucunda ise taslak arabuluculuk kuralları oluşturulmuştur. Arabuluculuğa ilişkin söz konusu kuralların yakın zamanda kabul edilmesi beklenmektedir⁷.

Uluslararası ticaret hukuku alanında üye ülkelerde mevzuat çalışmalarını kolaylaştırmak, var olanların ise modernleştirmelerine yardımcı olmak üzere BM çatısı altında faaliyet gösteren Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) da arabuluculuk konusunda ulusal ve uluslararası düzeyde yaşanan gelişmelere kayıtsız kalmamıştır. Bu bağlamda UNCITRAL 2002 yılında Uluslararası Ticari Arabuluculuk Model Kanununu (Model Kanun) kabul etmiştir. Bununla birlikte, uluslararası arabuluculuk süreci sonucunda varılan sulh anlaşmalarının, hakem kararları gibi icra edilmelerini sağlayacak bir mekanizmanın olmayışı, arabuluculuk sürecinin uluslararası uyuşmazlıklar bakımından kullanımını kısıtlamıştır⁸. Bu çerçevede, 2014 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nin (ABD) girişimi ile UNCITRAL bünyesinde uluslararası ticari arabuluculuk süreci sonrasında varılan sulh anlaşmalarına hakem kararlarına benzer bir statü tanınmasına yönelik bir çalışma başlatılmıştır⁹. Söz konusu çalışma sonrasında 2018 yılında, bir yandan UNCITRAL Model Kanunu¹⁰ sulh anlaşmalarının icrasına yönelik hükümleri içerecek şekilde güncellenmiş, diğer yandan Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkındaki Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Singapur Sözleşmesi)

Prague Faculty of Law Research Paper No. 2019/II/5, 2019, s. 2, <https://ssrn.com/abstract=3413560> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3413560>, son erişim tarihi 16 Ağustos 2019; İlgili kuruluşların arabuluculuk karar ve usulleri için sırasıyla Bkz. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/mediation/mediation-rules/>; <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=15889&l=en>; <https://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/> son erişim tarihi 2 Ekim 2019;

- 7 Söz konusu kuralların son hali için Bkz. *Proposals For Amendment Of The ICSID Rules, Working Paper #3, Volume 1 English August 2019*, s. 208 vd. https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- 8 Strong, s. 28; Sussman E., *The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements, ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 3*, 2018, s. 42; Öte yandan, Uluslararası Arabuluculuk Enstitüsü (IMI) tarafından 2016-2017 yılları arasında Küresel Pound Konferansları (*Global Pound Conference-GPC*) kapsamında uluslararası ölçekte yapılan araştırmada katılımcıların büyük bir kısmı arabuluculuk yöntemi sonucunda varılan anlaşmalar da dahil olmak üzere, taraflar arasında varılan anlaşmaların tanınması ve tenfizini sağlayacak mevzuat ve uluslararası sözleşmelerin uluslararası ticari uyuşmazlıkların çözümünü kolaylaştıracağını belirtmişlerdir. Söz konusu araştırmaların detayları için Bkz. *International Mediation Institute, GPC Series 'Cumulated Data Results*, <https://www.globalpound.org/wp-content/uploads/2017/11/2017-09-18-Final-GPC-Series-Results-Cumulated-Votes-from-the-GPC-App-Mar.-2016-Sep.-2017.pdf> son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- 9 Abramson H., *New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices, Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Eds. Titi C./ FachGomez K., Oxford University Press, 2019, s. 362; Claxton J., *The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind*, <https://ssrn.com/abstract=3416116>, s. 1; Sussman, s. 42.
- 10 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002), https://www.uncitral.org/pdf/english/commission/sessions/51st-session/Annex_II.pdf son erişim tarihi 8 Ekim 2019.

kabul edilmiştir¹¹. 7 Ağustos 2019 tarihinde Türkiye'nin de dahil olduğu 46 ülke¹² tarafından imzalanan Singapur Sözleşmesi 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'ni (New York Sözleşmesi) örnek almıştır. Sözleşme, temel olarak ticari arabuluculuk sonucunda varılan uluslararası sulh anlaşmalarının taraf Devletlerce icrasını ve açılmış bir davada kesin delil niteliğinde savunma amaçlı olarak kullanılmasını öngörmektedir¹³. Sulh anlaşmalarına icra edilebilirlik ve kesin delil vasıflarının tanınması New York Sözleşmesi'nde yer verilen tanıma ve tenfiz kavramlarından hareketle oluşturulmuştur. Bununla birlikte aralarında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

Bu inceleme, ülkemiz ve tüm dünya bakımından çok yeni bir düzenleme olan Singapur Sözleşmesi hakkında bilgi vermeyi, örnek aldığı New York Sözleşmesi'nden farkını açıklamayı ve Sözleşme uyarınca arabuluculuk sonucunda oluşan sulh anlaşmalarına icra edilebilirlik vasfı tanınmasına ilişkin usulü incelemeyi amaçlamaktadır. Bu çerçevede çalışma beş bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde Singapur Sözleşmesi'ne duyulan ihtiyacın nedenleri incelenecektir. İkinci bölümde Singapur Sözleşmesi'nin New York Sözleşmesi'nden temel farkları ve terim sorunu ele alınacaktır. Üçüncü bölümde Singapur Sözleşmesi'nin kapsamı açıklanacaktır. Dördüncü bölümde arabuluculuk sonucunda oluşan sulh anlaşmalarının tanınması ve icra edilebilirliği konusu incelenecektir. Beşinci bölüm Singapur Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ve Sözleşme'nin uygulanmaması amacıyla konulabilecek çekince meselelerine ayrılacaktır. Çalışmanın sonuç bölümünde, önceki bölümlerde ele alınan hususlar temelinde Singapur Sözleşmesi'nin Türkiye bakımından onaylanması konusundaki kanaatimiz ortaya konacaktır¹⁴.

-
- 11 UNCITRAL tarafından tanıma ve icra edilebilirlik konusunun hem Model Kanun'a dahil edilmesi hem de konuyla ilgili olarak Singapur Sözleşmesi'nin hazırlanması, üye ülkelere esneklik sağlamaya yöneliktir. Bu bağlamda, arabuluculuk yöntemine yabancı olan ülkelerin uluslararası bir yükümlülük altına girmeden Model Kanun yoluyla tanıma ve icra edilebilirlik konuları ile tanışmaları amaçlanmış iken, arabuluculuğu bir uyumsuzluk çözüm yolu olarak benimsemiş ülkeler bakımından arabuluculuk sonucunda oluşan sulh anlaşmalarının uluslararası seviyede tanınmaları ve icra edilmelerini sağlamak üzere Singapur Sözleşmesi kabul edilmiştir. Bu husus Singapur Sözleşmesi'ni kabul eden BM Genel Kurul Kararı'na da yansımıştır. United Nations General Assembly, A/RES/73/198, para 5. <https://undocs.org/en/A/res/73/198> son erişim tarihi 3 Ekim 2019. Bu çalışmanın konusunun Singapur Sözleşmesi'ne münhasır olması nedeniyle Model Kanun ayrıca inceleme konusu yapılmayacaktır.
- 12 30 Eylül 2019 tarihi itibarıyla 6 ülke daha Singapur Sözleşmesi'ni imzalamış ve böylelikle imzacı ülke sayısı 51'e ulaşmıştır. UNCITRAL Press Release, Treaty event produces new signatories for the United Nations "Singapore Convention on Mediation", <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl282.html> son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- 13 Singapur Sözleşmesi sulh anlaşmasının taraflarını belli etmek için "the party" veya "parties" kelimelerini kullanmıştır. Bu inceleme içerisinde bu kavramların Türkçe karşılığı olarak "taraf" ve "taraflar" ifadesi tercih edilmiştir. Singapur Sözleşmesi, Sözleşme'nin tarafı olan ülkeler için ise "the Party" veya "Parties" ifadelerini kullanmıştır. Sözleşmedeki kullanıma uygun olarak bu incelemede Sözleşme tarafı ülkelerin söz konusu olduğu hallerde "taraf Devlet" veya "taraf Devletler" ifadeleri kullanılmıştır.
- 14 Öte yandan, başta yetkili ve görevli mahkeme, yargılama usulü ve kanun yolları olmak üzere, Singapur Sözleşmesi'nin HUAK, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nu (HMK) içerecek şekilde Türk mevzuatı ile ilişkisi ve etkileşimi önemli görülmele birlikte, bu incelemenin amacı ve bu konuların yeni bir makale konusu olacak şekilde hacimli olması göz önüne alınarak, bu çalışmada bu hususlar üzerinde durulmayacaktır. Araştırmamızın zikredilen konularda dahil olmak üzere yeni çalışmalara kapı aralaması umut edilmektedir.

I. Singapur Sözleşmesi'ne Duyulan İhtiyacın Nedenleri

Arabuluculuk süreci sonucunda taraflar arasında varılan anlaşma birçok yönüyle, mahkeme ve tahkim yoluyla varılan çözümlere göre avantajlıdır. Zaman ve emek tasarrufu, maliyet avantajı, sulh anlaşmalarının taraf iradelerini yansıtması ve taraf menfaatlerine en uygun çözümü sunması söz konusu üstünlüklerin başında gelir¹⁵. Bu nedenle, pek çok ülkede arabuluculuk başta olmak üzere alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına büyük bir yönelim başlamış, yabancı unsurlu uyuşmazlıklar da dahil olmak üzere, uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemi ile çözülmesi teşvik edilmiş, hatta bazı uyuşmazlıklar bakımından bu yöntemle başvurulması dava şartı haline getirilmiştir¹⁶. Arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak daha fazla kullanılmasını sağlamak bakımından ulusal hukuk düzenleri tarafından alınan en önemli tedbirlerden bir tanesi arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmalara icra edilebilirlik vasfını kazandırmak olmuştur. Nitekim, ülkemiz uygulamasında HUAK'ın 18(2)'nci maddesi uyarınca “*taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler.*”

Uluslararası uyuşmazlıklar bakımından ise taraflardan birisinin sulh anlaşmasının gereklerini yerine getirmemesi durumunda, diğer taraf ya ulusal mahkemelerde sözleşmenin ihlaline dayanan bir dava açmak durumunda kalacak ya da taraflarca kararlaştırılmış ise tahkim yoluna başvurabilecektir¹⁷. Bu durum, arabuluculuğa başvurmadan önceki statüye geri dönme anlamına gelmektedir¹⁸. Oysaki uluslararası ticari uyuşmazlıkların tarafları açısından, icra edilebilirlik belirli bir uyuşmazlık çözüm yöntemine başvurma açısından vazgeçilmezdir¹⁹. Bu bağlamda milletlerarası tahkimin avantajları sayılırken bu husus öne çıkarılmakta, arabuluculuk ve diğer alternatif çözüm yollarının icra kabiliyetinden yoksun olduğu vurgulanmaktadır²⁰.

Bu çerçevede, arabuluculuk yoluyla uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözen sulh anlaşmalarına icra kabiliyeti kazandırmak Singapur Sözleşmesi'nin kabul edilmesinin en temel nedenidir. Sözleşme arabuluculuk süreci sonucunda taraflarca varılan anlaşmanın basit ve düzenlenmiş bir usul uyarınca bağlayıcı ve uygulanabilir olmasını amaçlamıştır. Bu yolla bir yandan uluslararası

15 Özbek (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu), s. 596; Özkes M, Pekcanitez Usul, s. 2823; Öztürk, s. 205-206; Vanisova, s.4.

16 Bu bağlamda örneğin, Türkiye'de 2012 yılında HUAK'ın kabul edilmesi sonrasında, uygulamada sağlanan başarı nedeniyle, İş Mahkemeleri Kanunu m.3 ve Türk Ticaret Kanunu m. 5/A hükümleri ile bazı tür iş ve ticaret uyuşmazlıklarının çözümü için arabuluculuk yöntemine başvurulması dava şartı haline getirilmiştir. Öte yandan, dünyada ve ülkemizde aile hukuku uyuşmazlıkları da dahil olmak üzere arabuluculuk yolu ile çözümlenebilen uyuşmazlıkların kapsamının giderek genişletilmesi yolunda bir eğilim vardır. Konuyla ilgili olarak daha detaylı bilgi için Bkz. Güllüoğlu Altun Y., Aile Arabuluculuğu (Sisteme Genel Bakış), Prof Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı, Edt. Güllüoğlu Altun Y, Onikilevha Yayınları, 2018, s. 477-514.

17 Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 7; Hioureas C. G., The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?, 37 *Berkeley J. Int'l Law*, 2019, s. 217; Vanisova, s. 5.

18 Schnabel T., The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, 19 *Pepp. Disp. Resol. L.J.I*, 2019, s. 2-3.

19 Şanlı, s. 435.

20 Akıncı, s. 7.

ticaretin gelişimi ve kolaylaştırılması, diğer yandan da uluslararası ticari uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülmesinin teşvik edilmesi hedeflenmiştir. Diğer bir anlatımla, Sözleşme ile arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan sulh anlaşmalarına uluslararası hakem kararlarının sahip olduğu statüye benzer bir statü tanınmak istenmiştir²¹.

II. Singapur Sözleşmesi'nin New York Sözleşmesi'nden Temel Farkları ve Terim Sorunu

Arbuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmalarına uluslararası bir hukuki vasıf kazandırma amacıyla yapılan Singapur Sözleşmesi esas itibarıyla, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini öngören New York Sözleşmesi'nin takip ettiği sistematığı kendisine örnek almıştır²². Bu bağlamda, iki sözleşme arasındaki benzerlik büyüktür. Aşağıda inceleneceği üzere, Singapur Sözleşmesi arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmaların tanınması ve icra edilebilirliği taleplerinin reddi sebeplerini büyük oranda New York Sözleşmesi'ni esas alarak düzenlemiştir. İki sözleşme arasındaki benzerliklere Sözleşme'nin içeriğinin ele alındığı aşağıdaki bölümlerde yeri geldikince değinilecektir. Bu başlık altında ise kullanılan terimler başta olmak üzere iki sözleşme arasındaki önem arz eden farklılıklar açıklanacaktır.

İlk olarak Singapur Sözleşmesi New York Sözleşmesi'nin aksine tarafların arabuluculuğa başvurma konusunda yaptıkları sözleşmeyle ilgilenmemektedir. New York Sözleşmesi kapsamında tahkime başvurma konusunda taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesi tanıma ve tenfiz aşamasında önemli bir fonksiyona sahiptir. Nitekim tanıma ve tenfiz aşamasında talepte bulunan taraf tahkim sözleşmesini yetkili makama sunmak zorundadır. Ayrıca tahkim sözleşmesinin tabi olduğu hukuka göre geçersiz olması, hakem kararının tanınması ve tenfizine engel bir hal olarak sayılmıştır. Singapur Sözleşmesi kapsamında ise arabuluculuğa başvurma konusunda taraflar arasında bir sözleşme olmasa, sözleşme geçersiz olsa dahi tarafların sonradan arabuluculuğa başvurmaları ve nihayetinde bir anlaşmaya varmaları durumunda bu anlaşma geçerli sayılacak ve icra edilebilirlik talebine konu edilebilecektir. Diğer bir anlatımla, Singapur Sözleşmesi arabuluculuğa başvurma aşamasıyla ilgilenmemekte, süreç sonrasında ortaya çıkan sulh anlaşmasını esas almaktadır²³. Arabuluculuk açısından bu anlayış kanaatimizde de doğrudur. Zira, taraf iradelerinin birinci derecede rol oynadığı arabuluculuk süreci içerisinde tarafların sulh anlaşmasına ilişkin iradelerinin, otomatik olarak arabuluculuğa başvurma konusundaki irade uyuşmasını da kapsadığını değerlendirmekteyiz.

İkinci olarak, Singapur Sözleşmesi arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmaların tanınması ve tenfizini sağlama gayesiyle yola çıkmış olmakla birlikte, Sözleşmenin müzakereleri esnasında yaşanan tartışmalar ve ortaya çıkan metin, sulh anlaşmalarının mahkeme ve hakem kararları

21 Chong S./ Steffek F, Enforcement of International Settlement Agreements Resulting From Mediation Under The Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective, *Singapore Academy of Law Journal*. 31, (Special Issue), 2019, s. 450-451; Hioureas, s. 219; Sussman, s. 43.

22 Chua, s. 195; Sussman, s. 48.

23 Claxton, s. 4; Sussman, s. 49.

gibi, onlara eşdeğer şekilde, tanınması ve tenfizinin mümkün olmayacağını göstermiştir. Zira arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan sulh anlaşmalarına tanınan gerçeklik niteliği (kanuni hakikat vasfı) mahkeme ve hakem kararlarından farklıdır. Bu farklılık temel olarak, sulh anlaşmalarının, mahkeme ve hakem kararlarının aksine kesin hüküm (*res judicata*) vasfına sahip olmamasından kaynaklanmaktadır²⁴. Nitekim, Sözleşme'nin müzakereleri sırasında tanınmanın hukuki mahiyeti ve bu bağlamda özellikle kesin hüküm etkisinin olup olmadığı konusunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır²⁵. Yapılan tartışmalar neticesinde ortak bir anlayışa ulaşılamaması nedeniyle, Singapur Sözleşmesi kapsamında tanıma ve tenfizden ne murat edildiği "genel ilkeler" başlıklı 3'üncü maddede açıklanmıştır. Söz konusu hüküm Singapur Sözleşmesi ile sulh anlaşmalarına tanınan vasıfların New York Sözleşmesi ile hakem kararlarına bahşedilen tanıma ve tenfiz edilebilme vasıflarının önemli bir kısmını içerdiğini göstermektedir.

Bu bağlamda, Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ilk fıkrası "*her taraf Devlet kendi usul kuralları ve Sözleşmede öngörülen şartlar temelinde arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmaları icra edecektir*" ifadesini içermektedir²⁶. Sözleşme arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmalarının icrası konusunda özel bir yöntem öngörmemiş, icranın nasıl yapılacağı konusundaki takdiri ilgili ülkeye bırakmıştır. Uygulamada anlaşmaların icrası için bazı ülkelerde doğrudan icra merciine başvurulabilecekken, diğer bazı ülkelerde mahkemedan alınacak bir karar sonrasında icra mümkün olabilecektir²⁷. Esasen Singapur Sözleşmesi bu konuda, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkındaki New York Sözleşmesi ile benimsenen yaklaşımı takip etmiştir²⁸.

5718 sayılı MÖHUK ve New York Sözleşmesi kapsamında, ülkemiz uygulaması bakımından yabancı hakem kararlarının icrası ancak yetkili mahkemedan alınacak bir tenfiz kararı ile mümkündür. Öte yandan, yabancı unsurlu uyuşmazlıklara ilişkin olanlar da dahil olmak üzere, arabuluculuk sonucunda oluşan anlaşma belgelerinin icra edilebilirlik vasfı kazanması ise HUAK'ın 18'inci maddesi kapsamında kural olarak yetkili mahkemedan alınacak bir icra edilebilirlik şerhi ile mümkün olmaktadır²⁹. Tüm bu hususlar, ülkemiz uygulaması bakımından uluslararası nitelikli

24 Milletlerarası Özel Hukuk bağlamında mahkeme kararlarının kesin hüküm ve kesin delil etkisi konusunda Bkz. Arat T., Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi, AÜHFD, Cilt 21 Sayı 1-4, 1964, s. 424-425; Can H./ Tuna E., Milletlerarası Usul Hukuku, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019; s. 317-318; Çelikel A./ Erdem B. B., Milletlerarası Özel Hukuk, 15. Baskı, Beta Yayınları 2017, s.680-684; Sargın, F./Erten, R., MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanınmanın Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, İstanbul 2014, C.3, S.2, s. 46-52; Şanlı C./ Esen E./ Ataman-Fıganmeşe İ., s. 526-532; Özkan I./ Tütüncübaşı U., Uluslararası Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017, s. 181-187; Yabancı hakem kararlarının kesin hüküm ve kesin delil etkisi konusunda ise bkz. Akıncı, s. 335-337; Can/Tuna, s. 318-319.

25 Schnabel, s. 35-36; Sussman, s. 49.

26 Singapur Sözleşmesi m. 3(1)'de yer alan İngilizce orijinal ifade ise şu şekildedir: "*Each Party to the Convention shall enforce a settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention*".

27 Özdemir, s. 239-240.

28 Chua, s. 197; Schnabel, s. 39; Aynı konuyu elen New York Sözleşmesi m. III'de yer alan İngilizce orijinal ifadenin ilgili kısmı şu şekildedir: "*Each Contracting State shall recognize arbitral awards as binding and enforce them in accordance with the rules of procedure of the territory where the award is relied upon, under the conditions laid down in the following articles...*".

29 HUAK'ın 18'inci maddesine 2017 yılında eklenen yeni bir fıkra "*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte*

sulh anlaşmalarına icra edilebilirlik kabiliyetinin yetkili mahkeme tarafından verilecek bir “icra edilebilirlik kararı”³⁰ sonrasında sağlanabileceğini göstermektedir. Bununla birlikte, kanaatimizce icra edilebilirlik kararı sulh anlaşmalarına maddi anlamda kesin hüküm vasfı vermeyecek, sadece icra edilebilmelerini sağlayacaktır. Türk hukuku bakımından icra edilebilirlik kararı, HUAK kapsamına giren taraf anlaşmalarına verilen “icra edilebilirlik şerhi” ile aynı etkiyi doğuracaktır³¹. Nitekim HUAK’ın 18(2)’nci maddesi uyarınca taraflar arasında varılan anlaşmaya icra edilebilirlik şerhinin verilmesiyle anlaşma ilam niteliğinde belge hüviyetini kazanır³². Bununla birlikte icra edilebilirlik şerhi anlaşmayı maddi anlamda kesin hüküm haline getirmez, sadece icra edilebilirlik açısından ilamlar ile aynı hukuki rejime tabi tutulmasını sağlar³³. Bu yolla anlaşma gereklerinin bir tarafça yerine getirilmemesi halinde diğer tarafa cebri icraya başvurma imkanı verilmektedir.

Sözleşme’nin 3’üncü maddesinin ikinci fıkrası ise, arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmasına rağmen, taraflardan birinin yargı yoluna başvurusu halinde, sulh anlaşmasının bu davada nasıl ele alınacağına ilişkin ilkeleri ortaya koymaktadır. Müzakereler sırasında tanımanın hukuki mahiyeti ve “kesin hüküm” etkisinin olup olmadığı konusundaki ortaya çıkan tartışmalar aynı zamanda Sözleşme kapsamında tanımaya ihtiyaç olduğunu göstermiştir³⁴. Tartışmalar neticesinde farklı hukuk sistemlerinde farklı anlamlar ifade eden “tanıma” ifadesinin bizatihi kendisinin Sözleşme içerisinde kullanılmaması konusunda uzlaşmaya varılmıştır³⁵. Karşılığında ise “tanıma”nın Sözleşme kapsamına alınmak istenen bölümünün, fonksiyonel eşitlik yöntemi kullanılarak uzun bir betimlemeyle³⁶ Sözleşme kapsamına dahil edilmesi kararlaştırılmıştır³⁷.

imzalandıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.” hükmünü içermektedir. Bu bağlamda taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzalandıkları anlaşma belgesinin cebri icrası için mahkemeden ayrıca “icra edilebilirlik şerhi” alınmasına gerek yoktur.

30 “icra edilebilirlik kararı” ifadesi yerine “tenfiz kararı” ifadesinin kullanılması da düşünülmüş olmakla birlikte, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tenfizi ifadesinin aynı zamanda söz konusu kararların “kesin hüküm” etkisinin tanınmasını da içermesi nedeniyle, kavram kargaşasına meydan vermemek adına “icra edilebilirlik kararı” ifadesi tercih edilmiştir. Ayrıca, HUAK’da kullanılan “icra edilebilirlik şerhi” ifadesi ile de tutarlılık sağlanması amaçlanmıştır.

31 Türk Hukuku bakımından arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmalar HUAK’ın 18’inci maddesi uyarınca icra edilebilirlik şerhi alsalar ve ilam niteliğinde belge olarak sayılsalar dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 388. maddesi uyarınca maddi anlamda “kesin hüküm” teşkil etmezler.

32 Özbek, M. S., Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2, 2017, s. 75* (İcra Edilebilirlik).

33 Özbek (İcra Edilebilirlik), s. 75.

34 Sussman, s. 49.

35 Sussman, s. 49.

36 Singapur Sözleşmesi m. 3(2)’de yer alan İngilizce orijinal ifade ise şu şekildedir. “*If a dispute arises concerning a matter that a party claims was already resolved by a settlement agreement, a Party to the Convention shall allow the party to invoke the settlement agreement in accordance with its rules of procedure and under the conditions laid down in this Convention, in order to prove that the matter has already been resolved.*”; Söz konusu betimlemenin Özsunay tarafından yapılan çevirisi şu şekildedir: “*Eğer bir uyuşmazlık bir tarafın bir sulh sözleşmesiyle çözüme bağlanmış olduğunu iddia ettiği bir konuya ilişkin bulunuyorsa “Sözleşmeye taraf olan Devlet” (the Party to the Convention); kendi usul hukuku kuralları uyarınca ve işbu Sözleşmede öngörülen koşullar altında, söz konusu tarafa sorunun esasen halledilmiş olduğunun kanıtlanması için sulh anlaşmasına başvurmasına izin verir.*” Özsunay E. “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 3, 2019, s. 38.*

37 Chong/Steffer, s. 466.

Sözleşme'nin 3'üncü maddesinin ikinci fıkrası hükmüne göre arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşma ile çözülen bir mesele ile ilgili taraflar arasında yeni bir uyumsuzluğun çıkması halinde, Sözleşmeye taraf Devlet; kendi usul kuralları ve Sözleşme'de öngörülen şartlar temelinde, anlaşmanın diğer tarafına söz konusu meselenin daha önce çözülmüş olduğunu ispat için anlaşmayı öne sürme imkanı tanıyacaktır.

Sözleşme'nin müzakereleri sırasında ortaya çıkan tartışmalar da göz önüne alınarak, betimleme ile amaçlananın arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmalara mahkeme veya hakem kararları gibi “kesin hüküm” kuvveti tanımak olmadığını düşünmekteyiz. Buradaki maksadın, sulh anlaşmasının tarafları arasında aynı konuda ve aynı sebebe dayanarak açılmış bir davada; sulh anlaşmasının “kesin delil” niteliğinin tanınması olduğunu değerlendirmekteyiz³⁸. Bu bağlamda, esas olarak arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan anlaşmalara hakem kararları gibi “kesin hüküm” kuvveti tanınması istenmemiş, ancak sıradan bir borçlar hukuku sözleşmesinden ileri bir nitelik verilmesi arzulanmıştır.

Sözleşme'nin diğer maddelerinde ise betimleme yeniden kullanılmamış, bunun yerine tanımın sözleşme kapsamına alınan bölümü ve sulh anlaşmalarının icra edilebilirliğini içerecek şekilde “*relief*” ifadesi tercih edilmiştir³⁹. Kanaatimizce *relief* ifadesinin Türkçe karşılığı olarak “hukuki çare” ifadesi kullanılabilir⁴⁰. Bununla birlikte bu ifadenin Sözleşme ile amaçlanan hususları tam olarak karşılamadığı değerlendirilmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizine göre mahiyeti farklı olsa da Singapur Sözleşmesi'nin sulh anlaşmalarının kesin delil olarak tanınması ve icra edilebilirliğini düzenlediği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu inceleme kapsamında “*relief*” kavramının karşılığı olarak sulh anlaşmasının kesin delil niteliğinin tanınması (okunma kolaylığının sağlanması açısından bu aşamadan itibaren kısaca tanıma denilecektir) ve icra edilebilirliği ifadeleri kullanılacaktır.

İki sözleşme arasındaki farklarla ilgili son olarak, New York Sözleşmesi'nin tanınması ve tenfizi talep edilen hakem kararlarının yabancı olmasını öngördüğü, buna karşılık Singapur Sözleşmesi'nin tanınması ve icra edilebilirliği talep edilen sulh anlaşmalarının uluslararası

38 HMK 204 ve 205'inci maddeleri kapsamında ilamlar, sahteliği ispat olunmadıkça düzenleme niteliğindeki noter senetleri ile Mahkeme huzurunda ikrar olunan veya aksi ispat edilmedikçe mahkemece inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler kesin delil sayılırlar. Singapur Sözleşmesi yürürlüğe girmesi ile birlikte, Anayasa'nın 90'ıncı maddesi kapsamında kanun gücünü kazanacaktır. Bu bağlamda kanun gücü taşıyan Sözleşme ile sulh anlaşmalarına kesin delil niteliğinin verilmiş olacağını düşünmekteyiz. Söz konusu düşüncemiz kabul görmese dahi, iki taraf ve arabulucunun imzasını taşıyan sulh anlaşmalarının mahkemelerce inkâr edenden sadır olduğu kabul edilen adi senetler olarak kesin delil niteliklerinin kabul edilebileceğini değerlendirmekteyiz.

39 *Relief* ifadesi Özsunay tarafından Türkçeye “icra” şeklinde çevrilmiştir. Bkz. Özsunay, s. 35, 38 ve 40. *Relief* ifadesi bir İngilizce-Türkçe hukuk sözlüğünde ise mağduriyetin izalesi, telafi, haksızlığın telafisi; herhangi bir külfetten muafiyet şeklinde çevrilmiştir. Bkz. Ovacık M., İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Enstitüsü, 2000, s. 272-273; Bir başka sözlük ise *relief* ifadesinin karşılığı olarak rahatlama, telafi, avuntu ifadesini kullanmıştır. Bkz. Yaşa Y, İngilizce-Türkçe/ Türkçe-İngilizce Hukuk Terimler Sözlüğü, Beta, 6. Bası, s. 144.

40 Nitelikim, İngilizce hukuki terimler sözlüğü olan Black's Law Dictionary'da *relief* ifadesi şu şekilde açıklanmıştır: “*The redress of benefit, esp. Equitable in nature (such as injunction or specific performance) that a party asks of a court. Cf. REMEDY*”, Sözlüğün atıfta bulunduğu *remedy* kelimesi ise “*The means of enforcing a right or preventing or redressing a wrong, legal or equitable relief-remedy vb Cf. RELIEF*” şeklinde açıklanmıştır. Bkz. Black's Law Dictionary, Garner B. A, Edt in Chief, Second Pocket Edition, 2001, s. 596 ve 698.

nitelikte olmasını aradığı not edilmelidir. Diğer bir anlatımla, Singapur Sözleşmesi arabuluculuk sonucunda oluşan sulh anlaşmalarına bir milliyet atfetmemiş ve uygulama alanını tespit ederken milliyet esasından hareket etmemiştir⁴¹. Bu tercih bilinçlidir ve Singapur Sözleşmesi'nin kapsamının belirlenmesi bakımından "arabuluculuk yeri"nin bir öneminin olmadığını ortaya koymaktadır⁴². Oysaki New York Sözleşmesi tahkim yeri ve tahkim yeri hukukuna önemli bazı sonuçlar bağlamıştır. Bu bağlamda örneğin, New York Sözleşmesi m. V(d) hükmü uyarınca tahkim sözleşmesinde kararlaştırılmamış ise tahkim heyetinin oluşumu ve tahkim usulü, tahkim yeri hukukuna tabi kılınmış ve bu hukuka uygun hareket edilmemesi halinde tanıma ve tenfiz talebinin reddedilebileceği öngörülmüştür. Singapur Sözleşmesi kapsamında ise "arabuluculuk yeri" hukukunun usul kurallarına (örneğin arabuluculuğun lisanslı bir arabulucu tarafından yürütülmesi, belli bir usulün takip edilmesi ve belli bir kuruma bağlı olarak yürütülmesi) uyulmamış olması, arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmaya icra kabiliyeti verilmesini engellemeyecektir⁴³. Bununla birlikte, bu durum tanıma ve icra edilebilirlik kararının ulusal hukuk kurallarından tamamen bağımsız olarak verileceği anlamına gelmemektedir. Arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmalarının tanınması ve icra edilebilirliğine ilişkin şartlar ve red sebepleri aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

III. Singapur Sözleşmesi'nin Kapsamı

Singapur Sözleşmesi'nin 1(1)'inci maddesi uyarınca; Sözleşme uluslararası nitelikteki ticari uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturan ve taraflarca yazılı olarak yapılan sulh anlaşmalarına uygulanacaktır. Sözleşme'nin 1(2) ve 1(3)'üncü maddeleri ise nitelikleri gereği uygulama alanı dışında kalan anlaşmaları belirtmiştir. Bu kapsamda, Sözleşme'nin uygulama alanı bulması için anlaşmanın i) arabuluculuk süreci sonucunda oluşmuş olması, ii) uluslararası nitelikte olması, iii) yazılı olması ve iv) ticari bir uyuşmazlığa ilişkin olması şeklinde dördü olumlu ve özel olarak kapsam dışında bırakılan anlaşmalardan olmama şeklinde biri olumsuz olmak üzere beş şartı birlikte yerine getirmesi gereklidir. Bu şartlar sırasıyla aşağıda ele alınacaktır.

A. Anlaşmanın Arabuluculuk Süreci Sonucunda Oluşması

Singapur Sözleşmesi'nin uygulama alanı bulması için her şeyden evvel sulh anlaşmasının arabuluculuk süreci sonucunda oluşması gereklidir. Sözleşme'nin müzakereleri sırasında arabuluculuk süreci olmaksızın taraflar arasında varılan anlaşmaların da Sözleşme kapsamına dahil edilmesi, en azından Deklarasyon yayınlama yoluyla taraf Devletlere böyle bir imkan verilmesi tartışılmış ise de; nihai olarak ortaya çıkan metinde bu hususlara yer verilmemiş,

41 Erdoğan E., Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 6-7 Aralık 2018, Ankara, s. 192; Yazar G., Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 158.

42 Claxton, s. 4-5; Chong/ Steffek, s. 456.

43 Claxton, s. 4-5; Erdoğan s. 192; Schnabel, s. 21.

Sözleşme arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan sulh anlaşmalarına münhasır kılınmıştır⁴⁴. Sözleşme arabuluculuğu 2'nci maddesinde şu şekilde tanımlamıştır: “Arabuluculuk”, kullanılan ifadeden veya sürecin yapıldığı temelden bağımsız olarak, taraflara herhangi bir çözümü dayatma yetkisi olmayan üçüncü bir kişi veya kişilerin (arabulucu) yardımı ile tarafların aralarındaki uyuşmazlığı dostane olarak çözüme kavuşturmaya çalıştıkları süreci ifade eder. Söz konusu tanım UNCITRAL Model Kanunu'nun 1(3)'üncü maddesinde yer alan tanım esas alınarak yapılmıştır⁴⁵. Model Kanun'un hazırlanış felsefesine uygun olarak Sözleşme arabuluculuk tanımını bilinçli olarak geniş tutmuş, bu bağlamda yalnızca “yapılandırılmış”⁴⁶ bir süreç sonrasında taraflarca varılan anlaşmaları değil, arabulucunun yardımıyla resmi olmayan süreçler sonucunda ulaştıkları anlaşmaları da kapsam içerisine almıştır⁴⁷. Keza varılan anlaşmanın Sözleşme kapsamında değerlendirilmesi için arabuluculuğun Sözleşmeye taraf bir Devletin iç hukuk mevzuatı ile öngörülen usule uygun olarak yürütülmesi şart olmadığı gibi, herhangi bir kurumsal yapı içerisinde gerçekleşmesine de gerek yoktur.

Arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkan anlaşmanın dayandığı temel de Sözleşme kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmemektedir. Taraflar arasında varılan anlaşma; gönüllü arabuluculuk süreci sonucunda ortaya çıkabileceği gibi, tarafların zorunlu olarak arabuluculuk sürecine yönlendirildiği, ancak uzlaşının gönüllü gerçekleştiği bir süreç sonrasında da oluşabilir⁴⁸. Bu bağlamda, ülkemiz uygulamasında olduğu gibi ticari uyuşmazlıklar için dava şartı olarak öngörülen arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmaların Sözleşme kapsamında değerlendirileceğini ifade etmek yerinde olacaktır. Öte yandan, arabulucuya başvurma zamanı da Sözleşme'nin uygulama alanının belirlenmesi açısından önem arz eden bir husus değildir. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığı dava veya tahkim sürecine taşımadan önce arabuluculuğa başvurabileceği gibi, dava veya tahkim sürecinin devamı sırasında da arabulucuya yönelebilirler⁴⁹. Önemli olan; taraflarca varılan anlaşmanın uyuşmazlığın mahkeme veya hakem kararı çözümü

44 Schnabel, s. 18-19; Yarar, s. 156.

45 Bu noktada 2002 yılında hazırlanan ve Türkiye tarafından da Arabuluculuk Kanunu hazırlanması aşamasında dikkate alınan Model Kanun'un arabuluculuk kavramı için “*Conciliation*” ifadesini kullandığı, 2018 yılında Model Kanun'da yapılan değişiklikler sonrasında ise “*Mediation*” ifadesini tercih ettiğini belirtmekte yarar bulunmaktadır. Öte yandan, Model Kanun'un 2018 yılında kabul edilen halinde bu iki kavramın birbiri yerine kullanılabileceğinin ifade edildiğinin altı çizilmelidir (Model Kanun, 2'nci dipnot). Kanaatimizce de; arabuluculuk süreci tarafların üçüncü bir kişinin yardımı ile kendi çözümlerini ürettiği bir süreci ifade etmekte olup, süreci tanımlamak için kullanılan ifadenin bir önemi bulunmamaktadır. Bu bağlamda İngilizce olarak kullanılan “*Conciliation*” veya “*Mediation*” ifadelerinin Türkçeye “arabuluculuk” olarak çevrilmesi veya birbiri yerine kullanılmasında bir sakınca görmediğimizi vurgulamak isteriz.

46 Bu yönüyle Sözleşmede yer alan tanımlamanın HUAK'da yer alan tanımlamadan daha geniş tutulmuş olduğu belirtilmelidir. Her ne kadar HUAK'da “yapılandırılmış” ifadesine yer verilmemişse de; Kanun'un 2'nci maddesinde arabuluculuğu tanımlamak üzere kullanılan “sistematik teknikler uygulama” tarafların “birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmelerini sağlama”, taraflar arasında “iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştirme” ifadeleri Kanun tarafından benimsenen yaklaşımın “yapılandırılmış” bir sürece işaret ettiğini göstermektedir. Bkz. Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, s. 28.

47 Erdoğan s. 191; Schnabel, s. 15-16.

48 Schnabel, s. 17; Yarar, s. 156.

49 Schnabel, s. 16-17.

öncesinde gerçekleşmesidir. Zira, mahkeme veya hakem kararlarının Sözleşme kapsamında girmediği açık olduğu gibi, bu süreçlerin bir parçası olarak onaylanan anlaşmaların da Sözleşme kapsamına girmediği Sözleşme'nin 1(3)'ncü maddesi ile kesin olarak ortaya konmuştur.

Öte yandan, varılan anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluştuğunun kabulü için arabulucunun sürece ne kadar dahil olması gerektiği konusunda Sözleşmede bir açıklık yoktur⁵⁰. Bu konuda; spektrumun bir ucunda arabulucunun sadece tarafları bir araya getirdiği geri kalan müzakere ve anlaşma sürecinin taraflarca gerçekleştirildiği durumlar yer alırken, diğer ucunda arabulucunun sürece aktif olarak katıldığı, hatta taraflarının çözüm üretmedikleri durumlarda çözüm önerisi getirdiği haller yer almaktadır. Kanaatimizce Sözleşme'nin arabuluculuğu teşvik ve taraf Devletlere mümkün olduğu ölçüde esneklik tanıma amaçları gözetildiğinde; spektrumun her iki ucunda yer alan anlaşmaları da kapsayacak şekilde konu en geniş şekilde ele alınmalıdır. Bu konudaki ölçütün, tarafların arabulucunun yardımı ile bir araya gelmesi ve herhangi bir dayatma olmaksızın bir çözüm üzerinde anlaşmaları olması gerektiğini düşünüyoruz⁵¹. Söz konusu çözüm arabulucunun minimum düzeyde katılım sağladığı bir süreç sonrasında şekillenebileceği gibi, arabulucunun sürece daha müdahil olduğu, hatta tarafların anlaşamamaları halinde arabulucu tarafından getirilen çözüm önerisini kabul ettikleri bir süreç sonrasında da oluşabilir. Tarafların arabulucu tarafından getirilen çözüm önerisini gönüllü olarak kabul etmeleri halinde, bu çözüm artık onların anlaşmaları olarak kabul edilmelidir. Kanaatimizce, Sözleşme tarafından öngörülen anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluşmuş olması şartı; tarafların arabulucu olarak adlandırılan üçüncü bir kişinin yardımı ile gönüllü olarak uzlaştıkları her türlü anlaşmayı kapsamaktadır.

B. Anlaşmanın Uluslararası Nitelikte Olması

Sözleşme kapsamının belirlenmesi için göz önüne alınması gereken ikinci şart arabuluculuk süreci sonucunda taraflar arasında varılan anlaşmanın uluslararası nitelikte olması kriteridir. Anlaşmanın uluslararası nitelikte olması ise, temel olarak tarafların işyerlerinin farklı ülkelerde bulunması durumuna bağlanmıştır. Singapur Sözleşmesi ile benimsenen bu yaklaşımın Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'dan (CISG)⁵² esinlenilerek oluşturulduğu görülmektedir⁵³. Bu bağlamda, sulh anlaşmasının yapıldığı anda tarafların işyerlerinin farklı devletlerde olup olmaması, anlaşmanın uluslararası nitelikte olup olmadığını belirlemektedir⁵⁴. Kanaatimizce anlaşmanın uluslararası niteliğinin tespitinde

50 Schnabel, s. 17; Silvestri E., The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2*, 2019, s. 192.

51 Erdoğan, s. 191; Yazar, s. 156.

52 CISG (United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods) Türkiye tarafından da onaylanarak 1 Ağustos 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe konulmuştur (RG: T. 07.04 2010, S. 27545).

53 CISG, m. 1; Erdoğan, s. 193; Schnabel, s. 21.

54 Çalışkan Y., Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Beta Yayınları, 2014, s. 129.

işyeri esasından hareket edilmesi Sözleşme'nin uluslararası ticari arabuluculuğa ilişkin olması nedeniyledir.

Uluslararası ticari arabuluculuk açısından pek çok olay bu hal içerisine girmekle beraber, tarafların işyerlerinin aynı ülkede olduğu bazı durumlarda da sulh anlaşması uluslararası nitelikte olabilir. Bu bağlamda, Sözleşme anlaşmanın uluslararası olma niteliğini belirlerken ilave kriterler de benimsemiştir. Singapur Sözleşmesi'nin 1(b) maddesine göre; anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerin önemli bir bölümünün tarafların işyerlerinin bulunduğu ülkeden farklı bir ülkede ifa edilecek olması veya anlaşma konusunun başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması hallerinde anlaşmanın uluslararası nitelikte olduğu varsayılacaktır. Sözleşmenin 2(1)(a) maddesine göre ise, taraflardan birinin birden fazla iş yeri olması durumunda, taraflarca bilinen veya dikkate alınan koşullar değerlendirilerek anlaşma ile çözülen uyuşmazlıkla en yakın ilişkiye sahip olan işyeri esas alınacaktır. Sözleşmenin 2(1)(b) maddesi de bir tarafın iş yerinin bulunmaması halinde, ilgili tarafın mutad meskeninin bulunduğu yerin temel alınacağını öngörmektedir.

Bu konuyla ilgili son olarak, Singapur Sözleşmesi uygulama alanını belirlerken yabancılik unsurundan hareket etmemiş ise de, milletlerarası özel hukuk ve milletlerarası tahkim uygulamasında uluslararası ticari işlemler bakımından “yabancılik unsuru” kavramının geniş olarak ele alındığı vurgulanmalıdır⁵⁵. Bu bağlamda doktrinde klasik anlamda yabancılik unsuru içermese dahi milletlerarası ticaret menfaatlerinin söz konusu olduğu durumlarda hukuki ilişkinin yabancı unsurlu olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda bir anlayışın hakim olduğu vurgulanmalıdır⁵⁶. Yine, Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu 2'nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında “yabancılik unsuru”nun var olup olmadığı değerlendirmesinde Singapur Sözleşmesi'nde yer verilen kriterlerin temel alındığının altı çizilmelidir. Bu bağlamda, milletlerarası ticari ilişkiler bakımından “yabancılik” unsuru konusundaki anlayış ile Singapur Sözleşmesi'nde yer verilen “uluslararasılık” anlayışı arasında belli ölçüde bir uyumun olduğunu ifade edebiliriz. Bu uyuma rağmen, Singapur sözleşmesinde yabancılik unsuruna yer verilmemesinin “arabuluculuk yeri” ve buna bağlanan sonuçlardan kaçınmak olduğu yukarıda açıklanmıştır⁵⁷.

C. Arabuluculuk Süreci Sonucunda Oluşan Anlaşmanın Yazılı Olması

Arabuluculuk süreci sonucunda taraflar arasında varılan anlaşma yazılı olarak yapılmalıdır. Yazılılık şartı bir yandan anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluştuğunu gösterecek, diğer yandan da varılan sulh anlaşmasının içeriğinin tespitini sağlayacaktır. Bu anlamda, yazılılık şartı

55 Özel S., Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, 2008, s. 21-26.

56 Aygün M., Yabancılik Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, s. 1031-1032; Çelikel / Erdem, s. 369-370; Doğan V., Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019, s. 6; Şanlı C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019, s. 9-10; Tiryakioğlu B. Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 7.

57 Bkz. s. 987-988.

mahkeme ve taraflar açısından ispat işlevi görecektir. Yazılılık esasen tarafları süreç sonucunda varılan anlaşmanın içeriği hakkında düşünmeye sevk etme bakımından da yararlıdır. Singapur Sözleşmesi'nin öngördüğü yazılılık şartı resmi yazılı şekil olmayıp adi yazılı şekildir. Diğer bir anlatımla, arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği herhangi bir makam önünde yapılmasına bağlı olmadığı gibi, herhangi bir makamın onayına da bağlı değildir. Bu noktada, Sözleşmenin çifte *exequatur*'dan özellikle kaçındığı vurgulanmalıdır⁵⁸.

Sözleşme ile aranan yazılılık koşulunun temel amacı; anlaşmanın içeriğinin kayıt altına alınması ve bu kayda daha sonra erişilmesidir. Bu bağlamda, Sözleşme'nin genel ruhuna uygun olarak "yazılılık" şartı da pratik ihtiyaçlar göz önüne alınarak düzenlenmiş ve arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmanın içeriğini herhangi bir biçimde kayıt altına alan her türlü form ile yazılılık koşulu karşılanacaktır⁵⁹. Bu açıdan, anlaşmanın kağıda dökülmesine gerek yoktur. Elektronik olarak tutulan ve daha sonra aynı şekilde ulaşılabilen kayıtlar da anlaşmanın içeriğini tespit edebilecektir. Bu kapsamda, modern uluslararası ticaret hayatının gereklerine uygun olarak, içeriğinde yer alan bilgilere daha sonra erişilebilir olması şartıyla elektronik iletişim araçları kullanılarak oluşturulan sulh anlaşmalarının Sözleşme kapsamında yazılı olarak kabul edileceği özel olarak vurgulanmıştır⁶⁰. Örneğin taraflar ve arabulucunun tamamen farklı ülkelerde bulunduğu aralarındaki iletişimin video konferans gibi yollarla sağlandığı ve nihayetinde ortaya çıkan uzlaşının elektronik posta ile kayıt altına alındığı bir sulh anlaşması Sözleşme'nin uygulama alanına girecektir⁶¹. Öte yandan, anlaşmanın tek bir dokümanda yer almasına da ihtiyaç yoktur. Bu kapsamda örneğin, taraflar arasındaki anlaşmanın içeriğinin aralarındaki gidip gelen 45 e-postadan çıkarılması halinde de anlaşmanın var olduğu kabul edilecektir⁶².

D. Arabuluculuk Süreci Sonucunda Oluşan Anlaşmanın Ticari Bir Uyuşmazlığa İlişkin Olması

Sözleşme kapsamına giren bir anlaşmadan söz edilebilmesi için, anlaşmanın ortaya çıkmasına neden olan uyuşmazlığın ticari olması gereklidir. Hangi tür uyuşmazlıkların ticari olduğu Singapur Sözleşmesi'nde tanımlanmamıştır. Bununla birlikte, aynı konunun ele alındığı Model Kanun'da yer verilen tanımlama ve Sözleşme'nin genel amacı göz önüne alındığında bahse konu kavramın mümkün olduğunca geniş olarak yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır⁶³. Bu bağlamda, Model Kanun'un 1 nolu dipnotunda "ticari" kavramının sözleşmesel bir ilişki olsun veya olmasın, ticari nitelikteki tüm ilişkilerden kaynaklanan sorunları kapsayacak şekilde geniş

58 Chong/Steffek, s. 462; Sussman, s. 51.

59 Chua, s. 195; Singapur Sözleşmesi m. 2 (2).

60 Singapur Sözleşmesi m. 2 (2); Öte yandan benzer bir anlayışın New York Sözleşmesi kapsamında da geçerli olduğu vurgulanmalıdır. Nitekim, New York Sözleşmesi'nde yazılılık bağlamında mektup ve telgraftan bahsedilmiş olmasına rağmen, günümüz uluslararası ticaret hayatının gerekleri ve teknolojik gelişmeler dikkate alınarak elektronik araçlar kullanılarak yapılan tahkim sözleşmelerinin de geçerli olacağı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir. Bu konu ile ilgili olarak Bkz. Akıncı, s. 117 ; Özdemir Kocasakal H., Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003, s. 222-225; Şanlı, s. 448.

61 Chong/Steffek, s. 467.

62 Schnabel, s. 28-29.

63 Claxton, s. 1.

yorumlanması gerektiği açıklanmıştır. Ticari nitelikteki ilişkilere ise mal veya hizmet tedariki veya değişimi, dağıtım anlaşmaları, ticari temsil veya acentelik, faktöring, leasing, yapım işleri, danışmanlık, mühendislik, lisans, yatırım, finansman, bankacılık, sigorta, işletme veya imtiyaz anlaşmaları, ortak girişim ve diğer sanayi veya ticari işbirliği biçimleri ile mal veya yolcuların hava, deniz, demiryolu veya karayolu ile taşınmasına ilişkin işlemler örnek niteliğinde sayılmıştır. Tüm bunlara ilave olarak, yapım ve doğal kaynakların çıkarılmasına ilişkin olarak devlet ile yatırımcı arasında ortaya çıkan yatırım uyuşmazlıklarının da ticari uyuşmazlık olarak sayılması gerektiği öne sürülmüştür⁶⁴. Bununla birlikte, aşağıda ele alınacağı üzere ticari olsun veya olmasın bazı tür anlaşmalar özel olarak Sözleşme kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kapsamda Sözleşme'nin uygulama alanı tespit edilirken ilişkinin kapsam dışında tutulan bir konu olup olmadığı da dikkate alınmalıdır.

E. Singapur Sözleşmesi Tarafından Özel Olarak Kapsam Dışında Tutulan Anlaşmalardan Olmama

Bazı tür anlaşmalar özel olarak Singapur Sözleşmesi'nin kapsamı dışında tutulmuştur. Diğer bir anlatımla, Sözleşme tarafından özel olarak kapsam dışında bırakılan bu tür anlaşmaların, arabuluculuk süreci sonucunda oluşup oluşmadığına veya diğer koşulları sağlayıp sağlamadığına bakılmaksızın, tanınması ve icra edilebilirliği talep edilemeyecektir. Sözleşme kapsam dışında bıraktığı anlaşmaları iki grup altında toplamış ve sırasıyla 1(2) ve 1(3)'üncü maddelerinde düzenlemiştir.

İlk grupta yer alan anlaşmalar nitelikleri gereği Sözleşme'nin uygulama alanı dışında bırakılmıştır. Sözleşme'nin 1(2)'nci maddesine göre; Sözleşme taraflardan birinin tüketici sıfatıyla kişisel, ailevi ve ev ihtiyaçları için yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlığı çözen anlaşmalara uygulanmayacağı gibi aile, miras veya iş hukuku ile ilgili uyuşmazlıkları çözen anlaşmalar bakımından da uygulama alanı bulmayacaktır. Bu tür uyuşmazlıklar ticari uyuşmazlıklardan farklı özellikler taşımaları nedeniyle kapsam dışında bırakılmıştır. Esasen aynı durum milletlerarası tahkim bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda örneğin, tüketici uyuşmazlıklarında tüketicinin korunmasına ilişkin emredici hukuk kuralları doğrudan uygulama alanı bulabilmekte, bu kurallara aykırı anlaşmalar geçersiz olabilmektedir⁶⁵. Bu tür anlaşmaların kapsam dışında bırakılmasının diğer bir nedeni de; Özel Hukuka İlişkin Lahey Konferansı gibi farklı uluslararası kurumların çalışmaları ile bir çakışma yaşanmasından kaçınma isteğidir⁶⁶.

İkinci grupta yer alan anlaşmalar ise yargı veya hakem kararlarının bir parçası olarak oluşmaları nedeniyle Sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu bağlamda, Sözleşme'nin 1(3)'üncü maddesinin a fıkrasına göre; uyuşmazlığı çözen anlaşmanın mahkeme tarafından onaylanması veya mahkeme süreci içerisinde oluşması ve ilgili ülke mahkemesinde yargı kararı

64 Schnabel, s. 22-23.

65 Özel, s. 19.

66 Chua, s. 197; Chong/Steffek, s. 460.

olarak uygulanabilir olması halinde, anlaşma Sözleşme'nin uygulama alanı dışında kalacaktır. Sözleşme'nin 1(3)'üncü maddesinin (b) fıkrasında ise, hakem kararı olarak kaydedilen ve uygulanabilir olan anlaşmaların kapsam dışında olduğu belirtilmiştir.

Söz konusu anlaşmaların ticari nitelikte bir uyumsuzluğu çözüp çözmemesinin önemi yoktur. Zira bu tür anlaşmaların kapsam dışında bırakılmasının temel nedeni anlaşmanın ilgili olduğu uyumsuzluk çözüm sisteminin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Sözleşme'nin 1(3)'üncü maddesi ile esas olarak uyumsuzluk çözüm sistemleri arasındaki muhtemel çatışmanın önlenmesi amaçlanmıştır. Diğer bir anlatımla, temel uyumsuzluk çözüm yöntemi olan yargısal çözüm yöntemi ve yine onu tamamlayan tahkim yolu ile bir tür alternatif uyumsuzluk çözüm yolu olan arabuluculuk arasında bir çatışmanın yaşanmasını önlemek bakımından yargısal ve tahkim çözüm yollarına üstünlük tanınmıştır. Bu tercihin arka planında ayrıca, Singapur Sözleşmesi ile 2005 tarihli Mahkeme Seçimine Dair Lahey Sözleşmesi ve New York Sözleşmesi gibi konuyu düzenleyen diğer uluslararası metinler arasında olası çatışmaların yaşanmasının önlenmesi amacı da bulunmaktadır⁶⁷.

Bununla birlikte önemle belirtmek gerekir ki; uyumsuzlukları çözen anlaşmaların yukarıda yer verilen fıkralar kapsamında değerlendirilmesi için anlaşmaların mahkeme veya hakem kararı olarak addedilmesi veya bu süreçlerin bir parçası olarak onaylanması gerekmektedir⁶⁸. Diğer bir ifadeyle, hakim ve tahkim hakeminin basit yönlendirmesi sonucunda tarafların arabulucuya başvurması ve anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluşması halinde bu tür anlaşmalar Sözleşme kapsamında değerlendirilecektir⁶⁹. Aksine bir düşünce bu tür anlaşmaların tanınması ve icrasına engel olacak, bu durum ise Sözleşme'nin genel amacına aykırı düşecektir.

IV. Singapur Sözleşmesi'ne Göre Arabuluculuk Sonucunda Oluşan Anlaşmaların Tanınması ve İcra Edilebilirliği

A. Genel

Singapur Sözleşmesi uluslararası ticari arabuluculuk sonucunda varılan sulh anlaşmalarının tanınması ve icra edilebilirliği konusunda önce genel ilkeleri koymuş, akabinde tanıma ve icra edilebilirlik talebinde bulunan tarafın yerine getirmesi gereken usuli şartları, son olarak da tanıma ve icra edilebilirlik talebinin reddi sebeplerini düzenlemiştir. Genel ilkeler Singapur Sözleşmesi'nin 3'üncü maddesinde iki fıkra halinde düzenlenmiştir. Singapur Sözleşmesi kapsamında tanıma ve icra edilebilirlikten ne anlaşılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır. Aşağıda ise usuli şartlar ile tanıma ve icra edilebilirlik talebinin reddi sebepleri üzerinde durulacaktır. Sulh anlaşmalarının Sözleşmeye taraf ülkelerde çoğunlukla icrasının talep edileceği ve Sözleşme'nin 4 ve 5'inci

67 Chua, s. 197; Zeller B./ Trakman L., Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement, Uniform Law Review 1; UNSW Law Research Paper No. 19-43, s. 6.

68 Hioureas, s. 221.

69 Yazar, s. 156.

maddelerinde kullanılan “*relief*” ifadesinin tanıma ve icra edilebilirlik kavramlarını kapsayacak şekilde kullanılmış olması göz önüne alınarak, aşağıda yer verilen açıklamalar sulh anlaşmasının icra edilebilirliği esas alınarak yapılacaktır. Bununla birlikte açıklamaların sulh anlaşmasının “kesin delil” niteliğinin tanınması için de geçerli olduğu vurgulanmalıdır.

B. İcra Edilebilirlik Talebinde Bulunulması İçin Yerine Getirilmesi Gereken Usuli Şartlar

Singapur Sözleşmesi kapsamına giren sulh anlaşmasının icra edilebilirliğini talep eden tarafın sınırlı sayıda bazı usuli şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin 4'üncü maddesi söz konusu gereklilikleri düzenlemiştir. Bu bağlamda, icra edilebilirlik talebinde bulunan taraf ilgili ülkenin yetkili makamına i) taraflarca imza altına alınan anlaşmayı, ii) anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluştuğunu gösteren kanıtları, iii) sulh anlaşmasının ilgili ülkenin resmi dilinden başka bir dilde olması ve ilgili ülkenin talebi halinde anlaşmanın tercümesini ve iv) Sözleşme'de öngörülen şartların yerine getirilmiş olduğuna dair yetkili makam tarafından talep edilebilecek diğer belgeleri sunmak zorundadır.

1) Taraflarca İmza Altına Alınan Anlaşma

Singapur Sözleşmesi'ne dayanarak icra edilebilirlik talebinde bulunan taraf, taraflarca imza altına alınan anlaşmayı ilgili ülkenin yetkili makamlarına sunmalıdır. Söz konusu şartın temel amacı; icra edilebilirlik kararı verecek ilgili ülke yetkili makamlarına anlaşmanın içeriğini ve tarafların kimliğini tespit etme imkanını sağlamaktır. Taraflar arasında varılan anlaşmanın içeriği tarafların herhangi bir formda kayıt altına aldıkları dokümandan çıkarılacaktır. Bu bağlamda, sulh anlaşmalarının yazılı olması ve yazılılıktan ne anlaşılması gerektiği yukarıda açıklanmıştır⁷⁰.

Tarafların kimliğinin saptanması ise anlaşmanın taraflarca imza edildiğinin gösterilmesi yoluyla sağlanacaktır⁷¹. Yazılılık koşulunda olduğu gibi, imza koşulu bağlamında da Sözleşme uluslararası ticaret sisteminin pratik gereksinimlerini dikkate almış ve amaca matuf bir düzenlemede bulunmuştur. Bu doğrultuda, taraflar vardıkları anlaşmayı ıslak imza ile kayıt altına alabilecekleri gibi elektronik imza seçeneğini de kullanabilirler. Keza, yetkilendirilmiş taraf vekillerinin anlaşmayı imzalamaları da imza koşulunu yerine getirecektir⁷². Ayrıca, Sözleşme'nin 4'üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tarafların kimliği ile anlaşmaya ilişkin rızalarının taraflardan gelen elektronik postalar gibi elektronik iletişim araçlarından çıkarıldığı durumlarda da, anlaşmaların taraflarca imza edilmiş olacağı kabul edilecektir.

70 Bkz. s. 991-992.

71 Kuşkusuz sulh anlaşması taraflarından birisi veya her ikisinin tüzel kişi olması halinde, imzanın tüzel kişiyi temsile yetkili kişi tarafından atılması gerekecektir. Tüzel kişinin kimin tarafından temsil edileceği, yani kim tarafından hak ve borç altına sokulabileceği tüzel kişinin ehliyeti ile alakalıdır. Singapur Sözleşmesi'nde taraf ehliyetine uygulanacak bir hükmün olmaması karşısında, ehliyet konusunda icra edilebilirlik kararını verecek devletin kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. MÖHUK m.9(4) uyarınca Türk hukukunda tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi kılınmıştır.

72 Schnabel, s. 29

2) Taraflar Arasında Varılan Anlaşmanın Arabuluculuk Süreci Sonucunda Oluştüğünü Gösterir Kanıtlar

Uyuşmazlık tarafları arasında varılan anlaşmanın arabuluculuk süreci sonunda oluşması, Singapur Sözleşmesi'nin kapsamının belirlenmesi açısından şarttır. İcra edilebilirlik talebinde bulunulduğunda ise söz konusu şartın yerine getirildiği kanıtlanmalıdır. Kanıtlama en basit şekli ile anlaşmanın taraflar yanında arabulucu tarafından da imzalandığının gösterilmesi yoluyla yerine getirilecektir. Tıpkı taraf imzalarında olduğu gibi, arabulucu imzası konusunda da Sözleşme pratik gereksinimlerden hareket etmiştir. Bu doğrultuda, arabulucu taraflarca varılan anlaşmayı ıslak olarak imzalayacağı gibi elektronik imza seçeneğini de kullanabilir. Keza, Sözleşme'nin 4 (2)'nci maddesi uyarınca; elektronik posta gibi taraflar ve arabulucu arasında yapılan elektronik yazışmalardan imza fonksiyonunun yerine getirildiğinin anlaşılması halinde, anlaşmanın arabulucu tarafından da imza edildiği kabul edilecektir.

Öte yandan, farklı ülkelerde geçerli farklı sistemler nedeniyle arabulucunun taraflarca varılan anlaşmayı imzalaması bir koşul olmayabilir veya değişik saikler ile arabulucunun taraflar arasındaki anlaşma metnine imza koyması istenmeyebilir⁷³. Bu bağlamda anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluştuğu farklı kanıtlar gösterilerek ispat edilebilir. Sözleşme'nin 4 (1)b hükmü uyarınca, ilgili taraf arabulucunun anlaşma metninden ayrı olarak imzaladığı bir dokümanı ibraz ederek de anlaşmanın arabuluculuk sonucunda oluştuğunu gösterebilir. Yine aynı hüküm arabuluculuk sürecini yöneten kurumun tasdikinin veya yetkili makam tarafından kabul edilebilecek diğer türlü kanıtların da anlaşmanın arabuluculuk süreci sonucunda oluştuğunu gösterebileceğini kabul etmiştir.

3) Taraflarca Varılan Anlaşmanın Tercümesi

Singapur Sözleşmesi'nin 4 (3)'üncü maddesi uyarınca, arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın icrasının talep edildiği ülkenin resmi dilinden farklı bir dilde olması halinde, yetkili makam anlaşmanın tercümesini talep edebilecektir. Söz konusu koşul mutlak olmayıp, ancak yetkili makamın talep etmesi halinde yerine getirilmesi gereken bir gereksinimdir. Diğer bir anlatımla, bu koşul icra edilebilirlik talebinde bulunan tarafın yetkili makama başvururken yerine getirmesi gereken bir ön-koşul olmayıp, süreç içerisinde ve talep halinde karşılanabilecek bir lüzumdur. Tercümenin nasıl olacağı, örneğin noter veya konsolosluk onayının gerekip gerekmediği konusunda Sözleşmede bir açıklık yoktur. Bu konuda talebin yapıldığı ülkenin uygulaması esas alınacaktır. Ülkemiz uygulaması bakımından yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde geçerli olan usulün arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmalar bakımından aranması ve uygulamanın bu yönde gelişmesi makul olacaktır. Bu bağlamda, HMK 223 ve 224'üncü maddeleri kapsamında anlaşmaların Türkiye içerisinde noter onaylı

73 Schnabel, s. 30-31.

tercümelerinin, yurt dışında ise konsolosluk onaylı tercümelerinin talep halinde mahkemeye sunulması gerekecektir⁷⁴.

4) Yetkili Makam Tarafından Talep Edilecek Diğer Belgeler

Singapur Sözleşmesi'nin 4(4)'üncü maddesi uyarınca, icra edilebilirlik kararı verecek ülkenin yetkili makamları Sözleşmede öngörülen şartların yerine getirilmiş olduğuna dair gerekli herhangi bir belgeyi talep edebilecektir. Söz konusu hükmün temel amacı Singapur Sözleşmesi'nde öngörülen şartların var olup olmadığının teyididir. Bunun ötesinde, Sözleşme'nin genel amacı ve ruhu olan formalitelerin en aza indirilmesi hedefinin dolanılması için bu hüküm kullanılmayacaktır. Bu bağlamda örneğin arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşma ve arabulucunun imzasının noter tarafından onaylanmasını öngören bir belgenin aranması Sözleşme ile bağdaşmayacaktır⁷⁵. Keza sulh anlaşmalarının tanınması ve icrası için apostille şerhi de aranmayacaktır. Yukarıda açıklandığı üzere, New York Sözleşmesi'nden farklı olarak Singapur Sözleşmesi sulh anlaşmalarına bir milliyet atfetmemiş, ayrıca arabuluculuk yerine bir sonuç bağlamamıştır. Bu bağlamda, milliyeti olmayan bir belgenin gerçekliğinin yabancı ülke makamlarından tasdiki (*apostille*) şartı da aranmayacaktır.

C. İcra Edilebilirlik Talebinin Reddi Sebepleri

New York Sözleşmesi'ne benzer şekilde Singapur Sözleşmesi arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın icra edilebilirliği talebinin, sınırlı olarak sayılan sebepler ile reddedilebileceğini öngörmüştür⁷⁶. Söz konusu sebeplerin büyük çoğunluğu New York Sözleşmesi'nin V'inci maddesi esas alınarak düzenlenmiş, ancak arabuluculuk sürecine uygun uyarlamalar yapılmıştır⁷⁷. Yine New York Sözleşmesi'nde olduğu gibi red sebeplerinin büyük kısmı icra edilebilirlik talebine itiraz eden tarafça ileri sürülmeli ve ispat edilmelidir. Bu kapsamda, kamu düzenine aykırılık ve uyumsuzluk konusunun arabuluculuk yöntemi ile çözülmeye elverişsiz olması dışındaki red sebeplerine dayanan taraf, red sebebinin ileri sürmek ve bunu ispat etmekle yükümlüdür. Aşağıda Sözleşme'nin 5'inci maddesinde yer verilen red sebepleri sırasıyla ele alınacaktır.

1) Tarafların Ehliyetsizliği

Arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmayı imzalayan tarafın ehliyetli olması gereklidir. Ehliyet konusu genel olarak hak ve fiil ehliyeti şeklinde iki kısımda ele alınmaktadır⁷⁸. Bununla birlikte, ilgili ülkeler ehliyetin kazanılması veya kaybını farklı şartlara bağlayabilmektedir.

74 Şanlı, s. 202-203.

75 Schnabel, s. 34.

76 Vasinova, s. 9.

77 Chua, s. 201.

78 Akıncı, s. 371.

Tarafların ehliyetli veya ehliyetsiz olduklarının hangi hukuka göre tayin edileceği konusunda Singapur Sözleşmesi'nde bir açıklık yoktur. Oysa ehliyetsizlik konusunu aynı ifade (*incapacity*) ile ele alan New York Sözleşmesi taraf ehliyetlerinin “haklarında tatbiki gereken kanununa” göre tespit edileceğini hükme bağlamıştır⁷⁹. Taraflara tatbiki gereken kanun tenfiz devletinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir⁸⁰. Singapur Sözleşmesi kapsamında da ehliyet konusunda icra edilebilirlik kararını verecek devletin kanunlar ihtilafı kurallarının esas alınması gerektiği kanaatindeyiz. Türk hukuku bakımından ehliyete uygulanacak hukuk 5718 sayılı MÖHUK'un 9'uncu maddesi kapsamında tespit edilecektir. Bu bağlamda, kural olarak özel kişiler için ehliyet ilgilinin milli hukukuna göre belirlenecek iken, tüzel kişiler bakımından “idare merkezi” hukuku esas alınacaktır⁸¹.

2) Arabuluculuk Süreci Sonucunda Varılan Anlaşmanın Hükümsüzlüğü, Etkisizliği, Uygulama Kapasitesinden Yoksun Olması, Bağlayıcı veya Nihai Olmaması veyahut Sonradan Değiştirilmesi

Singapur Sözleşmesi'nin 5 (1)(b) hükmü arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın belli nitelikleri haiz olmaması durumunu red sebebi olarak düzenlemiştir. Bu haller üç alt başlıkta ele alınmıştır. Bu bağlamda, ilk olarak anlaşmanın hükümsüzlüğü (*null and void*), etkisizliği (*inoperative*) veya uygulama kapasitesinden yoksun olması (*incapable of being performed*) durumlarında, icra edilebilirlik talebi reddedilebilecektir. Söz konusu red sebebi New York Sözleşmesi'nin II.3 ve V.1(a) maddelerinden hareketle oluşturulmuştur. Bu bağlamda, hükümsüzlük, etkisizlik ve uygulama kapasitesinden yoksun olma durumlarının tespiti için New York Sözleşmesi'nin anılan hükümleri ve buna ilişkin yapılan yorumlardan yararlanılabilir. Bu kapsamda örneğin, anlaşmanın hata, hile ve tehdit gibi taraf iradesini sakatlayan bir durum neticesinde oluşması halinde anlaşmanın geçersiz olduğu öne sürülebilecektir⁸². Bununla birlikte, Sözleşmede yer verilen hükümsüzlük, etkisizlik veya uygulama kapasitesinden yoksun olma durumları, icra edilebilirlik talebinin yapıldığı devletin arabuluculuğun gerçekleştirilmesi konusunda koymuş olduğu şekli şartlara uyulmaması hallerini kapsamamaktadır. Bu kapsamda örneğin, arabulucunun bir sicile kayıtlı olmaması veya süreçte belli bir usulün takip edilmemesi ve sürecin belli bir kuruma bağlı olarak yürütülmemesi gibi haller arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmanın icra edilebilirliğini engellemeyecektir⁸³.

Öte yandan, Sözleşme ehliyetin aksine anlaşmanın hangi hukuka göre geçersiz, hükümsüz veya uygulama kapasitesinden yoksun olduğunu düzenlemiştir. Sözleşme'ye göre söz konusu durumların varlığı, tarafların arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmayı tabi kıldıkları hukuk tarafından tespit edilecektir. Söz konusu tabi kılma hiç şüphesiz tarafların aralarında

79 New York Sözleşmesi, m. V(1)(a).

80 Özel, s. 68; Şanlı/ Esen / Ataman Figanmeşe, s. 684.

81 Ehliyet konusunda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. Çelikel/Erdem, s. 202-212; ; Doğan, s. 282-300; Nomer E. Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınları, 2017, s. 216-234; Şanlı/ Esen/Ataman Figanmeşe, s. 112-123.

82 Akıncı, s. 363; Şanlı/ Esen/Ataman Figanmeşe, s. 684.

83 Schnabel, s. 21.

yaptıkları anlaşmaya koyacakları bir kayıt ile mümkün olabilecektir. Bu bağlamda, taraflar bu durumlara ilişkin hukuk seçiminde bulunabileceklerdir. Hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde ise icra edilebilirliğin talep edildiği ülkenin yetkili makamı, kanunlar ihtilafı kurallarının işaret ettiği hukuka göre anlaşmanın geçersiz, hükümsüz veya uygulama kapasitesinden yoksun olduğu tespit edilecektir⁸⁴.

Singapur Sözleşmesi 5 (1)(b) hükmü kapsamında ikinci olarak, arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın bağlayıcı veya nihai olmaması hali red sebebi olarak düzenlenmiştir. Sözleşmede kullanılan anlaşmanın kendi hükümleri uyarınca (*according to its terms*) ifadesi, anlaşmanın bağlayıcı veya nihai olmadığı halinin yalnızca anlaşma hükümlerine göre tespit edileceğini göstermektedir⁸⁵. Diğer bir anlatımla, taraflar arasında varılan anlaşma dışında başka bir kaynağa, örneğin icra edilebilirliğin talep edildiği ülke hukukuna dayanılarak anlaşmanın bağlayıcı veya nihai olmadığı ileri sürülemeyecektir⁸⁶. Tarafların arabuluculuk süreci sonucunda vardıkları anlaşmayı imza etmeleri karine olarak anlaşmanın taraflar açısından bağlayıcı ve nihai olduğunu gösterir. Bu durumun aksi ancak tarafların karşıt yöndeki iradelerini anlaşma metnine açık veya zımni olarak yansıtmalarına bağlıdır⁸⁷. Bu kapsamda örneğin sulh anlaşması tarafları, bir tarafın uğradığı tazmin edilmesi konusunda anlaşmakla birlikte, zararın belli bir mercii veya kişi tarafından hesaplanmasını öngörebilirler. Bu halde seçilen mercii veya kişinin zararı hesaplamasından önce, sulh anlaşması için icra edilebilirlik talebinde bulunulması halinde diğer taraf anlaşmanın nihai olmadığını ileri sürerek icra edilebilirlik talebinde itiraz edebilir.

Singapur Sözleşmesi 5 (1)(b) hükmü son olarak arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın daha sonra değiştirilmiş olması durumunu red sebebi olarak saymıştır. Bu halde ancak değişikliğe uğramış sonraki anlaşma icra edilebilecek, ilk anlaşmanın icrasının talep edilmesi halinde ise bu talep reddedilecektir.⁸⁸ Diğer bir deyişle, Sözleşme taraf iradelerinin birincil derecede rol oynadığı arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın taraf iradelerini eksiksiz yansıtmasını aramakta olup, bu nitelikten yoksun anlaşmanın icrasının mümkün olmadığını açık bir şekilde ortaya koymuştur.

84 Schnabel, s. 45; Türk hukuku bakımından MÖHUK'da arabuluculuk süreci sonucunda varılan sulh anlaşmalarına uygulanacak hukuk konusunda özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, sulh anlaşmasının akdi niteliği göz önüne alınarak, uygulanacak hukukun genel hüküm niteliğindeki MÖHUK m.24'ten hareketle tayin edilmesi mümkündür. Bu kapsamda ilk olarak, tarafların sulh anlaşmasına uygulanacak hukuku sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince serbestçe seçebileceği kabul edilmelidir. Anlaşmanın akdi niteliği gereği, tarafların zımni hukuk seçiminde de bulunabilecekleri kabul edilmelidir. Tarafların açık veya zımni olarak seçmemeleri halinde, ise sulh anlaşmasına uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralları ile belirlenecektir. MÖHUK m.24/4'te ifadesini bulan objektif bağlama kuralı; sözleşmeye uygulanacak hukukun seçilmediği hallerde, sözleşmenin en sıkı ilişkili yer hukukuna tabi olacağını öngörmektedir. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticari veya mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukudur. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmenin, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri veya yerleşim yeri hukukundan başka bir hukukla "daha sıkı ilişki" içinde olması halinde, bu hukuk uygulanacaktır.

85 Erdoğan, s. 199.

86 Schnabel, s. 46.

87 Chong/Steffek, s. 472.

88 Chong/Steffek, s. 472.

3) Anlaşmada Yer Verilen Yükümlülüklerin İfa Edilmiş Olması, Açık veya Algılanabilir Olmaması

Singapur Sözleşmesi 5 (1)(c) hükmü kapsamında iki ayrı red sebebi düzenlenmiştir. Bu sebeplerden ilki arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmada yer verilen yükümlülüklerin ifa edilmiş olması halidir. Anlaşmada yer verilen yükümlülüklerin ifa edilmiş olmasına rağmen, bir tarafın yeniden ifa için icra edilebilirlik talebinde bulunması halinde, söz konusu talep reddedilecektir. Bu kapsamda örneğin, tahkim uygulamasında sıklıkla karşılaşıldığı gibi; bir eser sözleşmesinden kaynaklanan zarar ve ziyanın sigortadan tahsil edilmesine rağmen tazminatı konu alan sulh anlaşmasının yeniden ifası için icra edilebilirlik talebinde bulunulması halinde bu talep reddedilecektir⁸⁹. Esasen açık olması nedeniyle Sözleşme kapsamında söz konusu halin red sebebi olarak düzenlenmesine gerek yoktur. Bununla birlikte, müzakerelere katılan bazı delegelerin talebi üzerine bu hükmün Sözleşmeye derç edildiği ifade edilmiştir⁹⁰.

5 (1)(c) hükmü kapsamında düzenlenen diğer red sebebi ise icra edilebilirliği talep edilen yükümlülüğün açık veya algılanabilir olmaması halidir. Kanaatimizce bu halin bir red sebebi olarak düzenlenmesi, red sebeplerinin kapsamını potansiyel olarak genişletebilecek niteliktedir. Sözleşme'nin amacı göz önüne alındığında bu red sebebinin kapsamının dar yorumlanması ve anlaşma hükümlerinden bir yükümlülük çıkarımında bulunulmaması haline münhasır kılınmasının uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Diğer bir anlatımla, yetkili makam anlaşmanın bir yükümlülük içerdiğini ve yükümlülüğün çerçevesini çizbildiği durumlarda 5 (1) (c)(i) hükmüne dayanarak icra edilebilirlik talebini reddetmemelidir⁹¹.

4) İcra Edilebilirlik Kararı Verilmesinin Anlaşma Hükümlerine Aykırı Olması

Arbuluculuk süreci ve süreç sonucunda varılan anlaşmanın en temel özelliği taraf iradelerini serbestçe yansıtmasıdır. Taraflar anlaşmanın içeriğini ve nasıl yerine getirileceğini serbetçe kararlaştırabilirler. Bu bağlamda örneğin, anlaşmada yer alan bir yükümlülüğü belli bir miktar paranın ödenmesine, bir şartın yerine getirilmesine veya bir olayın vuku bulmasına bağlayabilirler. Keza anlaşmanın yalnızca belli bir ülkede icra edilmesi konusunda da anlaşabilirler. Hatta taraflar Singapur Sözleşmesi hükümlerinin kendi anlaşmaları bakımından uygulanmayacağını da kararlaştırabilirler (*opt-out*)⁹². Bu hallerde, taraf iradelerinin aksine (kararlaştırılan şart yerine getirilmeden, öngörülen olay vuku bulmadan, anlaşma ile kararlaştırılan ülkeden başka bir ülke icra edilebilirlik talebinde bulunma gibi) bir tarafın icra edilebilirlik talebinde bulunması halinde, Sözleşme'nin 5 (1)(d) hükmü kapsamında bu talep anlaşmaya aykırı olması nedeniyle reddedilecektir⁹³.

89 Şanlı/Esen/Ataman Fıganmeşe, s. 681.

90 Schnabel, s. 47.

91 Schnabel, s. 48.

92 Erdoğan, s. 200.

93 Chong/Steffek, s. 473

5) Arabulucunun Arabulucu veya Arabuluculuk Süreci İçin Öngörülen Standartlara Aykırı Davranışı

Singapur Sözleşmesi'nin 5 (1)(e) hükmü; arabulucunun arabulucu veya arabuluculuk süreci için öngörülen standartlara ciddi ölçüde aykırı davranması ve bu davranış olmasaydı aleyhine icra edilebilirlik talebinde bulunulan tarafın anlaşmaya varmayacak olması durumunu bir red sebebi olarak düzenlemiştir. Bu hükmün uygulanması için birkaç şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Her şeyden evvel arabulucu veya arabuluculuk süreci için öngörülmüş bir standardın varlığı gereklidir. Söz konusu standart arabulucunun yetkili kılındığı hukuk tarafından öngörülmüş bir standart olabileceği gibi tarafların arabulucu ile yapmış oldukları arabuluculuk sözleşmesinde de düzenlenmiş olabilir. Keza arabulucunun tabi olduğu kurum tarafından bir takım ilke ve standartlara uyulması zorunlu kılınmış olabilir. Öte yandan standart taraflar arabulucuya başvurmadan önce geçerli olmalıdır. Diğer bir anlatımla, icra edilebilirlik kararı verecek makam farazi, başka bir hukuk düzeni veya belli bir kurum tarafından sonradan öngörülen standarda dayanarak talebi reddetmeyecektir⁹⁴. Kısaca uyulması gereken standart arabulucu ve arabuluculuk süreci için fiilen geçerli olan bir standart olmalıdır.

Bu hükmün uygulama alanı bulması için ikinci olarak standarda aykırı davranmanın ciddi (esaslı) olması gereklidir. Bu bağlamda, arabulucu ve arabuluculuk süreci için öngörülmüş standart ve ilkelerden basit sapmalar yeterli olmayacaktır. Son olarak standarda aykırı davranış ile ilgili tarafın anlaşmaya varma iradesi arasında nedensellik bağı bulunmalıdır⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, arabulucunun standarttan sapması nedeniyle ilgili taraf anlaşmaya rıza göstermelidir⁹⁶.

6) Arabulucunun Tarafsızlığını ve Bağımsızlığını Zedeleyen Durumları Taraflara Bildirmemesi

Arabulucunun davranışı ile alakalı ikinci red sebebine Sözleşme'nin 5 (1)(f) maddesinde yer verilmiştir. Söz konusu madde arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığı konusunda haklı şüphe uyandıracak bir halin varlığının arabulucu tarafından taraflara bildirilmemesi, bu bildirmemenin bir tarafın iradesi üzerinde ciddi bir etkisinin olması ve bildirim olsaydı ilgili tarafın arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmaya rıza göstermeyecek olması halini red sebebi olarak düzenlemektedir. 5(1)(e) hükmünde olduğu gibi, 5 (1)(f) hükmünün uygulanması da bir dizi şartın gerçekleşmesine bağlıdır. Bu bağlamda hüküm ilk olarak arabulucunun bağımsızlık ve tarafsızlığından şüphe duyulmasını haklı gösteren bir durumun varlığını aramaktadır. Arabulucunun bir tarafla iş ilişkisinin olması, bir tarafın vekilliğini yapması gibi durumlar bu hallere örnek gösterilebilir. İkinci olarak, arabulucunun tarafsızlığı ve bağımsızlığını gölgeye düşüren durum taraflara bildirilmemiş olmalıdır. Taraflar arabulucunun bağımsız ve tarafsız olmadığını biliyor veya arabuluculuk sürecini çevreleyen şartlardan tarafların bu hali objektif olarak bildikleri sonucuna varılıyor ise artık bu hal red sebebi olarak kabul edilmeyecektir. Üçüncü

94 Schnabel, s. 51.

95 Chong/Steffek, s. 473.

96 Erdoğan, s. 200.

olarak, arabulucunun bağımsız ve tarafsız olmama hali bir tarafın anlaşmaya varma iradesini ciddi olarak etkilemelidir. Öyle ki; ilgili taraf bu durumu bilmiş olsa idi, arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmaya rıza göstermeyecek olmalıdır. Diğer bir anlatımla, bildirilmeyen hal alelade bir durum olmamalı, bildirmeyen hal ile ilgili tarafın sulh anlaşmasını yapma yönündeki iradesi arasında nedensel bir bağın bulunması gereklidir⁹⁷.

Sözleşme'nin 5 (1)(f) hükmünün uygulanmasının bir dizi şarta bağlanması arabuluculuk sürecinin niteliği ile açıklanabilecek bir durumdur⁹⁸. Nitekim, arabuluculuk tahkimden farklı olarak taraf iradesinin sonuca daha etkin olarak yansıdığı gönüllü bir süreci ifade eder. Bu anlamda, arabulucunun oluşan sonuca etkisi tahkim sürecine kıyasla sınırlıdır ve varılan anlaşma esas itibarıyla tarafların anlaşmasıdır. Üstelik taraflar süreci her zaman sonlandırma imkanına sahiptir. Bu manada, taraflar bağımsız ve tarafsız olmayan birinin de aralarındaki uyuşmazlık için arabuluculuk yapmasını isteyebilirler. Bununla birlikte, arabulucunun bağımsız ve tarafsız olmaması, bunun bir taraftan saklanması ve bu durumun ortaya çıkan netice üzerinde etkili olması halinde, taraf iradesinin anlaşmaya tam olarak yansımadığı kabul edilmekte ve Sözleşme bu hali icra edilebilirlik talebinin reddi sebebi olarak kabul etmektedir⁹⁹.

7) İcra Edilebilirlik Kararının Kamu Düzenine Aykırı Olması

İcra edilebilirlik kararının verilmesi, talebin yapıldığı ülkenin kamu düzenine aykırı olması halinde, talep yetkili makam tarafından re'sen reddedilebilecektir. Kamu düzeninin tam ve net bir tanımı yoktur. Soyut nitelikli olan bu kavramın içeriği zamana ve mekana göre değişiklik gösterir¹⁰⁰. Bununla birlikte, kavramın en genel ifade ile bir ülkede mevcut hukuki, sosyal, siyasal ve ahlaki temel kurum ve kurallar bütününe içerdiği söylenebilir¹⁰¹. Singapur Sözleşmesi'nde hangi hususların kamu düzeninden olduğu konusunda bir açıklama yoktur. Bununla birlikte, New York Sözleşmesi'nde özdeş bir hüküm bulunmakta olup, bir konunun kamu düzeninden olup olmadığı hususunda söz konusu Sözleşme bağlamında gelişen uygulama ve içtihattan yararlanılabilir. Bu kapsamda örneğin icra edilebilirlik kararının, talebinin yapıldığı devletin temel hukuki ve ahlaki kurallarına aykırılık oluşturması (kumar veya rüşvet alacağı veya ihracat ve ithalat yasakları gibi) ve arabulucunun bağımsızlığını zedeleyen durumların varlığı hallerinde kamu düzenine aykırılık söz konusu olabilecektir¹⁰².

97 Schnabel, s. 53.

98 Abramson, s. 374.

99 Abramson, s. 375.

100 Akıncı, s. 404; Çalışkan, s. 90; Dayınlarlı K. Hakem Kararlarına Etkisi Bakımından Milli-Milletlerarası Kamu Düzeni, s. 1 <http://www.dayınlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/intes2003.pdf>; son erişim tarihi 30 Kasım 2019; Topaloğlu M., Tahkimde Kamu Düzeninin Etkisi, *International Conference on Eurasian Economies*, 2013, s. 890-891.

101 Dayınlarlı, s. 1. Nomer, s. 569-570; Şanlı/ Esen/ Ataman Figanmeşe, s. 702; Tanrıver, S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt 17*, 2011, s. 476. (Kamu Düzeni); Topaloğlu, s. 890-891.

102 Şanlı/ Esen / Ataman-Figanmeşe, s. 703-705; Kamu düzenine aykırılık oluşturabilecek diğer örnek durumlar için Bkz. Tanrıver (Kamu Düzeni), s. 480-491.

Öte yandan, Singapur Sözleşmesi'nde yer verilen kamu düzeni kavramının New York Sözleşmesi uygulamasında olduğu gibi istisnai ve oldukça dar yorumlanması gereklidir¹⁰³. Hatta yukarıda açıklandığı üzere, arabulucunun bağımsızlığı konusu Singapur Sözleşmesi kapsamında New York Sözleşmesi'nin hakemler için aradığı bağımsızlık koşuluna göre daha dar yorumlanmalıdır¹⁰⁴. Diğer bir anlatımla, kamu düzenine aykırılık iddiası Sözleşme'de öngörülen diğer hükümlerin dolanılması amacıyla kullanılmamalıdır. Bu anlamda kamu düzeni kavramı yorumlanırken milletlerarası özel hukuk ilkeleri ışığında iç hukukta düzen menfaatinin sağlanması yanında Sözleşme'nin amaçları ve işlem güvenliği menfaatinin göz önüne alınması gerekir¹⁰⁵. Bu bağlamda örneğin, Sözleşme uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümü için lisanslı bir arabulucuyu özellikle öngörmeği halde, yetkili makam kendi ülke uygulaması bakımından bu durumun kamu düzenini ihlal ettiği sonucuna varamayacaktır¹⁰⁶. Singapur Sözleşmesi'nin uygulama alanının ticari uyuşmazlıklara münhasır olması nedeniyle, Sözleşme kapsamında red sebebi olarak kamu düzeni gerekçesinin kullanılmasını iyice daraltmaktadır. Bu kapsamda, kamu düzeninden sayılan hallerin çoğunlukla ulusal güvenlik ile alakalı hususlar ile ilgili olmasını düşünmek yerinde olacaktır¹⁰⁷.

8) Uyuşmazlık Konusunun Arabuluculuk Yöntemi ile Çözölmeye Elverişli Olmaması

Arabuluculuk süreci sonucunda varılan anlaşmanın ait olduğu uyuşmazlık konusu icra edilebilirlik kararının talep edildiği ülkede arabuluculuk yöntemi ile çözülmeye elverişli değil ise, yetkili makam Sözleşme'nin 5 (2)(b) hükmü uyarınca bu talebi re'sen reddedebilir. İcra edilebilirlik kararı talep edilen ülke bazı konuları arabuluculuk süreci ile çözümlenebilecek konulardan görmeyip, bu konulara dair uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözümlenmesini öngörebilir. Hangi konuların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda devletlerin maddi hukuklarında yeknesak bir uygulama yoktur¹⁰⁸. Bu bağlamda örneğin AB içerisinde Yunanistan, Slovenya ve Birleşik Krallık gibi bazı ülkeler medeni ve ticaret hukukundan doğan uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli sayarken, Almanya ve Çek Cumhuriyeti gibi diğer bazı ülkeler kanunlarda açıkça kapsam dışında bırakılmamış tüm uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli saymışlardır¹⁰⁹.

Ülkemiz uygulamasında ise, HUAK'ın 1(2)'nci maddesi "*Bu Kanun yabancılik unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümlenmesinde uygulanır...*" demek suretiyle tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği konuları açık bir şekilde kapsam dışında bırakmıştır. Ticari uyuşmazlıkların büyük bir kısmı tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri

103 Tanriver, (Kamu Düzeni), s. 477.

104 Schnabel, s. 54.

105 Chong/Steffek, s. 475.

106 Schnabel, s. 54.

107 Schnabel, s. 54.

108 Öztürk, s. 230.

109 AB ülkeleri içerisinde hangi tür uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu konusunda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-en.do son erişim tarihi 10 Ekim 2019.

konulara dairdir. Ancak sulh anlaşması ticari konuların ötesinde bazı hususları ele alabilir veya tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunamayacağı mevzuları çözüme kavuşturmayı amaçlayabilir. Bu halde anlaşmanın ticari konuların ötesinde, örneğin ceza yargısına veya idari yargının görev alanına giren konuları ele alması durumunda bu kısımlara ilişkin icra edilebilirlik talebi reddedilecektir¹¹⁰. Keza iflas tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri bir alan olmayıp, taraflardan birisinin iflasını öngören bir anlaşmanın icra edilebilirliği talebi de reddedilecektir¹¹¹.

V. Singapur Sözleşmesi'nin Yürürlüğe Girişi ve Uygulanmamasına İlişkin Çekince Koyma İmkânı

Singapur Sözleşmesi'nin 14'üncü maddesi gereğince Sözleşme, üçüncü onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesinin Sözleşme'nin 10 maddesi ile tevdi makamı (*depository*) olarak atanan Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne tevdi edilmesinden sonra altı ayın geçmesi üzerine yürürlüğe girecektir¹¹². Üçüncü devletten sonra onay, kabul, uygun bulma veya katılma belgesini tevdi eden devletler bakımından ise Sözleşme söz konusu tevdi belgesinin verilmesinden sonra altı ayın geçmesi üzerine yürürlüğe girecektir¹¹³. Halihazırda henüz hiçbir ülke Sözleşmeyi onaylamamış olmakla birlikte, imzacı ülke sayısının fazla oluşu ve müzakerelerin kısa bir zaman içerisinde tamamlanmış olması Sözleşme'nin kısa zaman içerisinde yürürlüğe gireceğini göstermektedir¹¹⁴.

Öte yandan, Sözleşmeyi onaylayan devlet sulh anlaşmasının yapıldığı devlete bağlı olmaksızın, diğer bir anlatılma karşılıklılık olmadan, uluslararası nitelikteki sulh anlaşmalarını Sözleşmede öngörülen koşulları taşımak kaydıyla tanıyacak ve icra edecektir. Esasen yukarıda ifade edildiği üzere, New York Sözleşmesi'nden farklı olarak Singapur Sözleşmesi sulh anlaşmalarına bir milliyet atfetmemiştir. Arabuluculuk sonucunda oluşan sulh anlaşmalarının milliyetinin olmamasının doğal sonucu olarak, milliyete bağlı karşılıklılık aramak da anlamsız kalacaktır.

Diğer taraftan, Singapur Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi taraf Devletlere Sözleşme'nin kendileri bakımından uygulanmaması konusunda iki tür çekince koymalarına izin vermiştir. İlk çekince türü Sözleşme'nin 8 (1)(a) hükmü uyarınca konulabilecektir¹¹⁵. Buna göre taraf Devlet, kendisinin veya devlet organlarının veyahut devlet organı adına hareket eden bir kişinin taraf olduğu sulh anlaşmalarına Singapur Sözleşmesi'nin uygulanmayacağını açıklayabilir. Öte yandan, Sözleşme'nin

110 Özel, s. 53.

111 Akıncı, s. 400; Özel, s. 45.

112 Singapur Sözleşmesi, m. 14 (1); Singapur Sözleşmesi'nin uluslararası anlaşma statüsü gereği ülkemiz bakımından yürürlüğe girmesi için Anayasa'nın 90'ıncı maddesi uyarınca kabul edilecek bir uygun bulma kanunu sonrasında onaylanması gerekecektir. Onaylama ile birlikte, Sözleşme ülkemiz bakımından kanun hükmünde olmak üzere yürürlüğe girecektir.

113 Singapur Sözleşmesi, m. 14 (2).

114 Singapur Sözleşmesi'nin imza, onay, sonradan katılm ile ilgili son durumu için Bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status, son erişim tarihi 11 Ekim 2019.

115 Belarus Singapur Sözleşmesini imzalarken söz konusu hükme istinaden çekince koymuştur. Bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status son erişim tarihi 13 Ekim 2019.

hangi ölçüde uygulanmayacağı da yapılan çekinceye ilişkin Deklarasyonda belirtilmelidir¹¹⁶. Bu bağlamda, devlet veya devlet organlarının taraf olduğu sulh anlaşmalarının tümü çekince kapsamına alınacağı gibi, belli kategoride veya yalnızca belli kişilerin imzaladığı veyahut belli kurumların taraf olduğu anlaşmalara Sözleşme'nin uygulanmayacağı açıklanabilir¹¹⁷. Kısaca, söz konusu hükümden Sözleşme'nin çekince konulmadığı sürece devletin taraf olduğu sulh anlaşmaları bakımından da uygulanacağı, konulması halinde ise ancak yapılan Deklarasyonda belirtilen koşullar çerçevesinde uygulanacağı anlaşılmaktadır.

Sözleşmeye konulacak ikinci çekince türü Sözleşme'nin 8(1)(b) hükmünde düzenlenmiştir¹¹⁸. Anılan hükme göre taraf Devlet Sözleşme'nin ancak arabuluculuk sonucunda ortaya çıkan sulh anlaşması taraflarının Sözleşme'nin uygulanmasını kararlaştırmaları halinde uygulanacağını açıklayabilir. Taraf Devletçe konulacak bu çekince, sulh anlaşması taraflarının Singapur Sözleşmesi'nin kendileri bakımından uygulanmayacağını kararlaştırmalarından farklı bir durumu ifade eder. Yukarıda açıklandığı üzere, sulh anlaşması tarafları kendi iradeleri ile Singapur Sözleşmesi'nin kendi anlaşmaları bakımından uygulanmayacağını kararlaştırabilirler (*opt-out*)¹¹⁹. Burada sözü edilen çekince ise taraf Devletin koyduğu ve Singapur Sözleşmesi'nin ancak sulh anlaşması taraflarının Sözleşme'nin uygulanmasını kararlaştırmaları halinde uygulanacağını açıklamasına yöneliktir¹²⁰.

Öte yandan, Sözleşme taraf Devletlere yukarıda bahsedilen çekinceleri koyma zamanı bakımından geniş bir esneklik tanımıştır. Buna göre taraf Devletler bahse konu çekinceleri her zaman koyma imkanına sahiptirler. İlgili Devletin çekinceyi Sözleşme'nin imzalanması veya onaylanması aşamasında koyması halinde çekince Sözleşme'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte hüküm ifade edecekken, daha sonra konulan çekinceler, çekincenin konulmasından sonraki altıncı ayın sonunda geçerlilik kazanacaktır. Diğer yandan, daha önce konulan çekinceler sonradan kaldırılabilir. Şu kadar ki; çekincenin kaldırılmasına ilişkin Bildirim de yapılmasından sonraki altıncı ayın sonunda geçerli hale gelecektir. Konuyla ilgili son olarak İran ve Belarus dışında bahse konu hükümlere dayanarak çekince koyan devlet olmadığı vurgulanmalıdır.

SONUÇ

Singapur Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte, arabuluculuk yoluyla uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözen sulh anlaşmaları, taraflar arasında yapılan alelade bir sözleşmeden çıkıp, Sözleşme tarafı ülkelerde dava veya tahkim gibi başka bir sürece konu edinmeksizin tanınabilme ve icra edilebilme imkanına kavuşacaktır. Bu anlamda Singapur Sözleşmesi kapsamına giren sulh anlaşmaları önemli bir uluslararası hukuki vasıf kazanacaktır.

116 Chong/Steffek, s. 460.

117 Chong/Steffek, s. 460-461.

118 İran Singapur Sözleşmesini imzalarken söz konusu hükme istinaden çekince koymuştur. Bkz. https://uncitral.un.org/en/texts/mediation/conventions/international_settlement_agreements/status son erişim tarihi 13 Ekim 2019.

119 Abramson, s. 373; Schnabel, s. 56.

120 Abramson, s. 373; Chong/Steffek, s. 460.

Singapur Sözleşmesi sulh anlaşmalarına tanınması ve icrası konusunda New York Sözleşmesi'nin sistematliğini takip etmiştir. İki sözleşme arasındaki büyük benzerliklere rağmen, sözleşmelerde kullanılan terimler, terimlere yüklenen anlamlar arasında farklılıklar da bulunmaktadır. Keza hakem kararlarına kıyasla, sulh anlaşmalarının tanınması ve icrasının tabi olduğu tutulduğu şartlar ile icra edilebilirlik talebinin reddi sebeplerinin ele alınışı biçiminde de farklılıklar bulunmaktadır. Sözleşme arabuluculuk süreci ve süreç sonucunda oluşan sulh anlaşmalarının mahiyetinden kaynaklanan bu farklılıkları başarılı bir şekilde ele almış ve sulh anlaşmalarının basit ve düzenlenmiş bir usul uyarınca bağlayıcı ve uygulanabilir olmasını amaçlamıştır. Sözleşmeye imzacı olan ülke sayısının fazlalığı ve müzakerelerin kısa bir zaman içerisinde tamamlanmış olması Sözleşme'nin başarısına işaret etmektedir.

Bu doğrultuda, Singapur Sözleşmesi'nin sulh anlaşmalarının tanınması ve icrası açısından önemli bir uluslararası aşamayı teşkil ettiği söylenebilir. Sözleşme'nin küreselleşme ile birlikte muazzam boyutlara ulaşan uluslararası ticaret sisteminin ihtiyaç duyduğu hız, ucuzluk, esneklik ve öngörülebilirlik ihtiyacını karşılayabileceği değerlendirilmektedir. Kısa zamanda yürürlük kazanması beklenen Sözleşme; bir yandan arabuluculuk yolunun uluslararası ticari uyuşmazlıkları çözmek bakımından daha sık başvurulan bir yöntem olmasını sağlayacak, diğer yandan da uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesine katkıda bulunacaktır.

Singapur Sözleşmesi'nin ilk imzacılarından olan Türkiye'nin ise Sözleşme ile getirilen sisteme hazır olduğu değerlendirilmektedir. Nitekim, Türkiye 2012 yılında HUAK'ı kabul ederek uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümünü konusunda büyük bir aşama kaydetmiştir. HUAK'ın arabuluculuk süreci sonucunda oluşan anlaşmalara icra edilebilirlik şerhi alma imkanını tanınması, Singapur Sözleşmesi ile getirilen anlayışın Türk hukuk uygulamasına çoktan girdiğini göstermektedir. Bu bağlamda Sözleşme'nin Türkiye tarafından onaylanarak yürürlüğe konulması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abramson H., *New Singapore Convention on Cross-Border Mediated Settlements: Key Choices, Mediation in International Commercial and Investment Disputes*, Eds. Titi C./ FachGomez K., Oxford University Press, 2019.
- Akıncı Z., *Milletlerarası Tahkim*, Vedat Yayıncılık, 2016.
- Arat T., *Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi*, *AÜHFD*, Cilt 21 Sayı 1-4, 1964, s. 421-527.
- Aygün M., *Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü*, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2014, s. 1025-1066.
- Can H./ Tuna E., *Milletlerarası Usul Hukuku*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019.
- Çalışkan Y., *Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, Beta Yayınları, 2014.
- Çelikel A./Erdem B. B., *Milletlerarası Özel Hukuk*, 15. Baskı, Beta Yayınları 2017.
- Chong S./ Steffek F., *Enforcement of International Settlement Agreements Resulting From Mediation Under The Singapore Convention – Private International Law Issues in Perspective*, *Singapore Academy of Law Journal*, 31, (Special Issue), 2019, s. 448-486.
- Chua E., *The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution*, *Asian Journal of International Law*, 2019, s. 195-205.

- Claxton J., The Singapore Convention: Mediation in a New York State of Mind, <https://ssrn.com/abstract=3416116>.
- Dayınlarlı K. Hakem Kararlarına Etkisi Bakımından Millî-Milletlerarası Kamu Düzeni, <http://www.dayınlarli.gen.tr/wp-content/uploads/2018/03/intes2003.pdf> son erişim tarihi 30 Kasım 2019.
- Doğan V., Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, 2019.
- Erdoğan E., Milletlerarası Arabuluculuk Anlaşma Belgelerinin İcrasına İlişkin BM Sözleşmesinin (Singapur Sözleşmesi) Değerlendirilmesi, *Arabuluculuğun Geliştirilmesi Uluslararası Sempozyumu*, 6-7 Aralık 2018, s. 189-202.
- Güllüoğlu Altun Y., Aile Arabuluculuğu (Sisteme Genel Bakış), *Prof Dr. Hüseyin Hatemi'ye 80. Yıl Armağanı*, Edt. Güllüoğlu Altun Y, Onikilevha Yayınları, 2018, s. 477-514.
- Hioureas C. G., The Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting from Mediation: A New Way Forward?, *37 Berkeley J. Int'l Law*, 2019, s. 215-224.
- International Mediation Institute, GPC Series 'Cumulated Data Results, <https://www.globalpound.org/wp-content/uploads/2017/11/2017-09-18-Final-GPC-Series-Results-Cumulated-Votes-from-the-GPC-App-Mar.-2016-Sep.-2017.pdf> son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- İstanbul Tahkim Merkezi (İSTAC) Tahkim ve Arabuluculuk Kuralları, <https://istac.org.tr/wp-content/uploads/2016/01/ISTANBUL-TAHKIM-MERKEZİ-TAHKİM-ve-ARABULUCULUK-KURALLARI.pdf>, son erişim tarihi 10 Ekim 2019.
- Nomer E. Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, Beta Yayınları, 2017.
- Özdemir Kocasakal H., Elektronik Sözleşmeden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemenin Tespiti, İstanbul, 2003.
- Ovacık M., İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü, 3. Baskı, Banka ve Ticaret Enstitüsü, 2000.
- Özekes M., Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul, 2017
- Proposals For Amendment Of The ICSID Rules, Working Paper #3, Volume 1 English August 2019, https://icsid.worldbank.org/en/Documents/WP_3_VOLUME_1_ENGLISH.pdf, son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- Özbek M. S., Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, 2016, (Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu).
- Özbek, M. S., Arabuluculuk Sonunda Düzenlenen Anlaşma Belgesine İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesinde Görevli ve Yetkili Mahkeme, *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 2*, Temmuz 2017, s. 69-85 (İcra Edilebilirlik).
- Özel S., Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, 2008.
- Özkan I./Tütüncübaşı U., Uluslararası Usul Hukuku, Adalet Yayınevi, 2017
- Özsunay E. "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi": Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme, *İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 93, Sayı: 3*, 2019, s. 31-49.
- ÖZTÜRK, N., Arabuluculuğun Milletlerarası Özel Hukuk Boyutu: Genel Bakış, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 31, Sayı: 2*, 2015, Sayfa: 203-254
- Sargin, F./Erten, R., MÖHUK Hükümleri Dairesinde Tanımının Hukuki Niteliği, Usûlü ve Karşılaşılan Bazı Sorunlar: Yeni Bir Düzenleme Yapma Gereği, *Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, İstanbul 2014, C.3, S.2*, s. 37-136.
- Schnabel T., The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-Border Recognition and Enforcement of Mediated Settlements, *19Pepp. Disp. Resol. L.J.1*, 2019, s. 15-60.
- Silvestri E., The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation?, *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 2*, 2019, s. 192-200.

- Strong, S.I., Beyond International Commercial Arbitration? The Promise of International Commercial Mediation. *45 Washington University Journal of Law and Policy*, 2014, s.11-39.
- Sussman E., The Singapore Convention Promoting the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements, *ICC Dispute Resolution Bulletin, Issue 3*, 2018, s 42-54.
- Şanlı C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Şanlı C./ Esen E./ Ataman-Figanmeşe İ., Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, Beta Yayınları, 2019.
- Tanrıver S., Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk, *TBB Dergisi*, 2006, Sayı 64, s. 151-177 (Arabuluculuk).
- Tanrıver, S ., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni Cilt 17*, 2011. s. 467-492 (Kamu Düzeni).
- Tiryakioğlu B. Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996.
- Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı, Arabuluculuk Daire Başkanlığı, Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı, 2019.
- Topaloğlu M., Tahkimde Kamu Düzeninin Etkisi, *International Conference on Eurasian Economies*, 2013, s. 890-893.
- UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting from Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, 2002) (Model Kanun), https://www.uncitral.org/pdf/english/commissionsessions/51st-session/Annex_II.pdf son erişim tarihi 8 Ekim 2019.
- UNCITRAL Press Release, Treaty event produces new signatories for the United Nations “Singapore Convention on Mediation”, <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl282.html> son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- United Nations General Assembly, A/RES/73/198, para 5. <https://undocs.org/en/A/res/73/198> son erişim tarihi 3 Ekim 2019 UNCITRAL Press Release, Treaty event produces new signatories for the United Nations “Singapore Convention on Mediation”, <http://www.unis.unvienna.org/unis/en/pressrels/2019/unisl282.html> son erişim tarihi 3 Ekim 2019.
- Vanisova V., Current Issues in International Commercial Mediation: Short Note on the Nature of Agreement Resulting from Mediation in the Light of the Singapore Convention, *Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper No. 2019/II/5*, 2019, <https://ssrn.com/abstract=3413560> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3413560>, Erişim Tarihi 16 Ağustos 2018.
- Yarar G., Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Yaşa Y, İngilizce-Türkçe/ Türkçe-İngilizce Hukuk Terimler Sözlüğü, Beta, 6. Bası.
- Zeller B./ Trakman L., Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement 201) *Uniform Law Review 1; UNSW Law Research Paper No. 19-43*, 2019, s. 1-19.

Elektronik Kaynaklar

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://e-justice.europa.eu/>

<https://iccwbo.org/>

<http://www.cietac.org/>

<https://uncitral.un.org/>

<https://www.wipo.int/>

Uluslararası Suyollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukukunda Önemli Zarar Vermeme Yükümlülüğü

Obligation not to Cause Significant Harm in the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses

Sevda KESKİN* 

Öz

1997 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukuku Hakkında Sözleşme tarih içerisinde devletler arasında ortaya çıkan su yollarının kullanımına dair sorunları ve sonrasında ortaya çıkan uyumsuzlukları gidermek amacıyla kaleme alınmıştır. Suyollarının ulaşım dışındaki amaçlarla kullanımında bir devletin diğer devlete önemli zarar vermeyecek şekilde kullanması gerekliliği, hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım ilkesi ile de yakından ilgilidir. Önemli zarar vermeme yükümlülüğü gereğince zararı önlemeye yönelik uygun tüm tedbirlerin alınması gerekir. Hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım ilkesine aykırılık veya gerekli tedbirlerin alınmaması durumunda 1997 BM Sözleşmesine taraf olan devletlerin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: 1997 BM Sözleşmesi, Uluslararası Suyolları, Önemli Zarar Vermeme Yükümlülüğü, Hakkaniyet ve Nisfete Uygun ve Makul Kullanım, Sorumluluk

Abstract

The United Nations General Assembly adopted the Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses in order to solve the problems, related to uses of watercourses and settle the disputes that occurred throughout the history among States. The obligation not to cause significant harm has a close link with the principle of equitable and reasonable utilization of the non-navigational uses of the watercourses. The obligation not to cause significant harm requires taking all appropriate measures to prevent the causing of significant harm. State parties to the 1997 UN Convention, in case of a breach of the principle of equitable and reasonable utilization or obligation to taking appropriate measures should be held responsible.

* Dr. Öğretim Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku ABD, E-Mail: skeskin@dogus.edu.tr.

Keywords: 1997 UN Convention, International Watercourses, Obligation Not to Cause Significant Harm, Equitable and Reasonable Utilization, Responsibility

I. GİRİŞ

Uluslararası su yolları¹ (*international watercourses*) farklı devletler tarafından kullanılabilen ve devletler arasında sözleşmelere konu olan coğrafi oluşumlardır. Suyollarından faydalanma, 19. yüzyılın sonlarına kadar ulaşım, balıkçılık ve küçük çaplı sulamalarla sınırlı kalmış ve devletler arasında ulaşım dışında fazla bir sorun oluşturmamıştır.² Tarih içerisinde ulus devletlerin ortaya çıkmasıyla birlikte önceleri tek bir yönetim tarafından idare edilen toprakların birden çok devletin egemenliği altına girmiş³ ve teknolojik gelişmelerin⁴ artmasıyla da ülke sınırlarını aşan su yollarının ulaşım dışındaki kullanımına ilişkin sorunlar doğmaya başlamıştır. Bu şekilde zaman içerisinde devletler, aralarında ortaya çıkan su yolu kullanım sorunlarını⁵ ve sonrasında ortaya çıkan hukuki uyumsuzlukları gidermek için bir araya gelmişlerdir. Bu konuda Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) tarafından 1994 yılında bir çerçeve antlaşma taslağı hazırlanmış ve 1997 yılında da Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Amaçlarla Kullanımı Hukuku Hakkında Sözleşme⁶ (1997 BM Sözleşmesi) kabul edilmiştir. Bu Sözleşme ile devletler arasında su yollarının kullanımı hakkında uluslararası hukuk anlamında sorun teşkil eden hususlara yönelik temel bir takım düzenlemeler öngörülmüştür.

Bu çalışmada öncelikle 1997 BM Sözleşmesinin genel olarak öngördüğü düzene ve devletlere getirdiği belirli yükümlülük ve haklara değinilecektir. Sonrasında ise 1997 BM Sözleşmesi'nde öngörülen genel ilkelerin en önemlilerinden biri olan önemli zarar vermeme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi ile olan ilişkisi ve bu kapsamda devletlerin sorumluluğu tartışılacaktır.

1 “Watercourse” teriminin Türkçedeki karşılığı “su yolu, kanal; dere, su” olarak tanımlanmıştır. Bkz. **İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü**, Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1993.

2 Seyfi KILIÇ, *Sınırşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar*, **Ortadoğu Analiz**, C. 5, S. 53, 2013, sf. 15.

3 **Ibid.**

4 Sevin **TOLUNER**, *Milletlerarası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımları Hukuku Konusunda Son Gelişmeler, Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları*, 2. Bası, İstanbul, 2004, sf. 422.

5 Bu konuda meydana gelmiş bazı anlaşmazlıklar ve davalar dava örnekleri için bkz. Cem **SAR**, **Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, sf. 135 vd.

6 United Nations General Assembly, Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, metin için bkz. UN Document A/RES/51/229, 8 July 1997. Çevirim içi: <http://legal.un.org/docs/?symbol=A/RES/51/229> (Erişim tarihi: 31.10.2017) Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Dolunay **ÖZBEK DALYAN**, *BM Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme*, **İHFEM**, C. LV, S.4, 1997, ss. 363-367.

II. BM ULUSLARARASI SUYOLLARININ ULAŞIM DIŞI KULLANIMI HUKUKUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME VE ÖNEMLİ ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. 1997 BM SÖZLEŞMESİNİN GELİŞİMİ

1997 BM Sözleşmesinden önce, bir ülkenin sınırlarını aşan suyollarının kullanımı hukuku alanında yapılmış ilk çalışmalardan biri 1956 yılında Nehirler Komitesi (*Rivers Committe*) tarafından Uluslararası Hukuk Derneğine (UHD) sunulan *Uluslararası Nehirlerin Kullanımına dair Temel Prensiplerdir*.⁷ Bu konudaki ilk kodifikasyon çalışması ise 1966 yılında UHD tarafından hazırlanan *Helsinki Kurallarıdır*.⁸ Bilindiği üzere bu düzenlemeler uluslararası hukuk açısından bağlayıcı nitelik taşımamaktadır. Ancak, yukarıda değindiğimiz gibi bu konu uluslararası hukuk anlamında temel kodifikasyon görevini yürüten UHK'nin gündemine ancak 1971 yılında girebilmiş ve çalışmalar sonunda da 1994 yılında konuya ilişkin Taslak Maddeler⁹ hazırlanmıştır. Nihai metin Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulu tarafından kabul edilip devletlerin imzasına açılmıştır. Metin 21.05.1997 tarihinde bazı değişikliklerle kabul edilmiş ve 17.08.2014 tarihinde de yürürlüğe girmiştir.¹⁰

1997 BM Sözleşmesinin önemi, uluslararası suyollarının kullanımına ilişkin uygulamadaki sorunlara genel bir çözüm getirmeye çalışması ve kullanım hakkına ilişkin bazı uç görüşleri uzlaştırmaya yönelik düzenlemeler öngörmesinden kaynaklanır. Önceleri bu konuda birbiriyle çelişen iki aşırı kuram söz konusu idi. Bunlardan ilki 'Mutlak Ülke Bütünlüğü' (*absolute territorial integrity*) kuramıdır. Bu kurama göre aşağı kıyıdaş devletlerin, bir suyolunun 'doğal' mecrasında akmasını yukarı kıyıdaş bir devletten talep etme hakkı vardır ve bu doğrultuda yukarı kıyıdaş devletin suyolunu kullanım hakkı son derece sınırlı¹¹ olacaktır. Böyle bir durumda yukarı kıyıdaş devletin yapacağı her kullanım suyolunun doğal durumuna müdahale sayılacaktır.¹² Buna karşılık 'Mutlak Ülke Egemenliği' (*absolute territorial sovereignty*) kuramı

7 International Law Association, Waters of International Rivers Report, Report of the Forty-Seventh Conference, held at Dubrovnik, 26th August – 1st September 1956, sf. 244-248.

8 The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Adopted by the International Law Association at the fifty-second conference, held at Helsinki in August 1966, Report of the Committee on the Uses of the Waters of International Rivers, London, International Law Association, 1967. Çevirim içi: https://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/water/meetings/legal_board/2010/annexes_groundwater_paper/Annex_II_Helsinki_Rules_ILA.pdf (Erişim Tarihi: 31.10.2017)

9 Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and Commentaries Thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two. (1994 Draft Articles) Çevirim içi: http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/texts/instruments/english/commentaries/8_3_1994.pdf&lang=EF (Erişim tarihi: 31.10.2017)

10 1997 BM Sözleşmesi'nin 36. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "İşbu Sözleşme otuz beşinci onay, kabul, tasvip veya katılma belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri'ne tevdi edilmesi tarihini izleyen doksanıncı günde yürürlüğe girecektir." Bu hüküm uyarınca 19 Mayıs 2014 tarihinde Vietnam'ın Sözleşmeye katılmasını izleyen doksanıncı günde (17 Ağustos 2014'te) Sözleşme uluslararası alanda yürürlüğe girmiştir. Çevirim içi: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtdsg_no=xxvii-12&chapter=27&clang=_en (Erişim tarihi: 31.10.2017)

11 Yücel ACER, İbrahim KAYA, *Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin Ankara, 2017, sf. 143.

12 ACER/KAYA, sf. 143.

uyarınca ülke toprakları üzerinde egemen olan devlet kendi ülkesinden suyollarını dilediği gibi kullanma hakkını haizdir ve bu hak başka bir devletin hakkı ile sınırlandırılmaz.¹³ Bu kurama ‘Harmon Doktrini’ de denilmektedir.¹⁴ Her iki kuram da son derece aşırıdır ve bu nedenle devlet uygulamalarında, uluslararası mahkeme kararlarında ve hukuk doktrininde çok sınırlı şekilde destek görmüşlerdir.¹⁵

Günümüzde kabul edilen anlayış ise bu iki uç görüşü bağdaştırır nitelikte, ülkelerin suyollarının kullanımı açısından sınırlı egemenliklerinin¹⁶ olduğu anlayışıdır. İster yukarı ister aşağı kıyıdaş olsun her bir devletin suyolundan yararlanma hakkı vardır.¹⁷

B. 1997 BM SÖZLEŞMESİ VE GENEL İLKELERİ

1997 BM Sözleşmesi uluslararası suyollarının ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasına ilişkin olarak her devletin suyollarından yararlanma hakkı olduğu görüşünü benimsemiş ve bunun nasıl tespit edileceğine ilişkin önemli düzenlemeler öngörmüş yani kullanım hakkının kapsamını belirginleştirmiştir.¹⁸ Bunun en önemli göstergesi aşağıda inceleyeceğimiz ve 1997 BM Sözleşmesinin temel ilkelerinden biri olan hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım (*equitable and reasonable utilization*) ilkesidir.

Sözleşmenin uygulama alanın tespiti için öncelikle *suyolu* kavramına değinmek gerekir. 1994 tarihli Taslak metinde (md. 2’de) öngörülen su yolu tanımı, daha önceleri önerilmiş olan süzülme havzası (*drainage basin*) kavramından daha dardır.¹⁹ Taslak Maddelerde ‘süzülme havzası’ kavramının kullanılması başından beri reddedilmiş²⁰ ve bunun yerine su yolu (*watercourse*) terimi benimsenmiş ve su yolu; “fiziki ilişkileri yoluyla bölünmez bir bütün oluşturan ve normal olarak nihai bir varış yerine akan, yeraltı ve yerüstü suları sistemi”²¹ olarak tanımlanmıştır. Aynı tanım 1997 BM Sözleşmesi’nde de aynen muhafaza edilmiştir.²² Söz konusu tanımdan anlaşılacağı üzere suyolları, hidrolojik olarak yerüstü suları ile bağlantılı olan yer altı sularını da içerir ve bu parçalar yeryüzünde ya da altında farklı ülke topraklarında bulunabilir. Bu nedenle uluslararası su yolu terimi 1997 BM Sözleşmesinde *parçaları farklı ülkelerde yer alan su yolu*²³ olarak

13 TOLUNER, sf. 427.

14 ACER/KAYA, sf. 144, TOLUNER, sf. 427 ve Münevver AKTAŞ ACABEY, *Sınırşan Sular Hukuki Rejim, Dicle-Fırat ve Türkiye’nin Diğer Sınırşan Suları*, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006, sf. 95 vd.

15 ACER/KAYA, sf. 144.

16 AKTAŞ ACABEY, sf. 122 vd. Ayrıca kullanım hakkında ilişkin teoriler hakkında daha geniş ve detaylı bilgi için bkz. AKTAŞ ACABEY, sf. 83 vd. ve İbrahim KAYA, *Equitable Utilization: The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, Hampshire, 2002, sf. 27 vd.

17 ACER/KAYA, sf. 144.

18 *Ibid.*

19 TOLUNER, sf. 429

20 *Ibid.*

21 1994 tarihli Taslak Maddeler Md. 2(b): “‘Watercourse’ means a system of surface waters and ground waters constituting by virtue of their physical relationship a unitary whole and normally flowing into a common terminus.”

22 1997 BM Sözleşmesi md. 2(a).

23 1997 BM Sözleşmesi md. 2(b).

tanımlanmıştır. Zaten suyollarının uluslararası hukuk tarafından düzenlenmesi de suyolunun birden fazla devletin sınırları içinde yer alması sebebiyle önem teşkil etmektedir. Uluslararası suyollarının yolcu ve yük taşınması amacıyla kullanılması, ilgili devletlerin birbirileri ile yapacağı antlaşmalara bağlı olduğundan, esas önemli sorun uluslararası akarsuların sulama, endüstriyel kullanım ve hidro-enerji üretimi gibi ulaşım dışı amaçlarla kullanılmasından doğmaktadır.²⁴ Bu kullanımlar da günümüzde benimsenen anlayış gereği her devletin diğer ilgili devletlere karşı belirli sorumluluk ve yükümlülükleri mevcuttur.

1997 BM Sözleşmesinin uluslararası niteliği açısından ifade etmek gerekir ki, taraf devletler bakımından uygulamada esaslı bir hukuki dayanak teşkil etmesine rağmen, Sözleşme henüz uluslararası örf ve adet hukuku haline gelmemiştir. Söz konusu sözleşmenin BM Genel Kurulu'nda kabulü sırasında 3 karşı oy ve 20'den fazla çekimser oy kullanılması nedeniyle²⁵ bir yapılageliş kuralı oluşturmaktan uzak bulunduğu²⁶ kesindir. Ayrıca Ekim 2017 itibari ile – 16'sı imzacı olmak üzere – sadece 36 ülke taraf olmuştur.²⁷

1997 BM Sözleşmesi toplamda 37 maddeden ve Giriş, Genel İlkeler, Tasarlanan Önlemler, Koruma-Muhafaza ve İdare, Zararlı Koşullar ve Acil Durumlar, Muhtelif Hükümler ve Nihai Hükümler başlıklarını taşıyan toplam 7 bölümden oluşmaktadır. Sonrasında tahkime ilişkin yeni hükümler içeren bir bölüm de sözleşme metnine eklenmiştir.²⁸

BM 1997 Sözleşmesinin 2. Bölümünü oluşturan 5 ila 10. maddeleri uluslararası suyollarının kullanımına dair genel ilkeleri düzenler. Zira Sözleşmenin en önemli kısmı da bu genel ilkelerdir. 'Hakkaniyet ve Nisfete Uygun ve Makul Kullanım ve İştirak'²⁹ düzenleyen 5. maddenin ardından onu tamamlayacak şekilde 6. maddede Hakkaniyet ve Nisfete Uygun ve Makul Kullanıma İlişkin Faktörler yer alır. 7. madde ise önemli zarar vermeme yükümlülüğünü (*obligation not to cause significant harm*) ele almıştır. Hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım ilkesi yukarıda değindiğimiz uzlaştırmacı anlayışın uzantısı olması nedeniyle 1997 BM Sözleşmesinin temelini

24 ACER/KAYA, sf. 142.

25 Sözleşme, Genel Kurulda 103 olumlu oya karşılık 3 olumsuz ve 27 çekimser oyla Kabul edilmiştir. Olumsuz oylar Çin, Burundi ve Türkiye'ye aittir. Türkiye, Sözleşmeyi temel olarak Dicle ve Fırat nehirlerine ilişkin çıkarlarına uygun bulmadığı için imzalamamıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. AKTAŞ ACABEY, sf. 240 vd.

26 Hüseyin PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, 15. Bası, Ankara, 2016, s. 249. Ayrıca daha detaylı bir değerlendirme için bkz. Aaron SCHWABACH, *The United Nations Convention on the Law of Non-navigational Uses of International Watercourses, Customary International Law, and the Interests of Developing Upper Reparians*, **Texas International Law Journal**, Vol. 33, 1998, sf. 258-260.

27 Çevirim içi: https://treaties.un.org/pages/viewdetails.aspx?src=treaty&mtmsg_no=xxvii-12&chapter=27&clang=_en (Erişim tarihi: 31.10.2017) Ayrıca Sözleşmeye Türkiye'nin olumsuz oy vermesi ve oy açıklaması ile de başka hükümleri yanında özellikle bildirim yükümün öngören ve düzenleyen hükümlere karşı olduğunu ve Sözleşmenin bu hükümlerinin Türkiye bakımından hiçbir hukuksal etki doğurmasını kabul etmeyeceğini bildiren Türkiye için her haliyle böyle bir yapılageliş kuralının varlığı ileri sürülemeyecektir, bkz. PAZARCI, sf. 249.

28 UN Document A/RES/51/229 sf. 16 vd. Çevirim içi: https://treaties.un.org/doc/source/docs/A_RES_51_229-Eng.pdf (Erişim tarihi: 31.10.2017)

29 "Md. 5 (1) Suyolu devletleri kendi ülkelerinde suyolunu hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul bir biçimde kullanacaklardır. Özellikle bir uluslararası su yolu, su yolu Devletleri tarafından suyoluna yeterli koruma sağlanmasına uygun olmak kaydıyla ilgili su yolu Devletlerinin çıkarları göz önüne alınarak en elverişli ve sürdürülebilir kullanıma ve faydaya ulaşma amacıyla kullanılacak ve geliştirilecektir." ÖZBEK DALYAN, sf. 366.

oluşturur. Bu ilkeyi çok kısaca açıklamak gerekirse; hakkaniyet ve nısfete uygunluk (*equitable*) ilkesi, somut olayda adil olan bir sonuca varmak demektir ki, hukuk kuralları gibi önceden değil, her bir somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulup bunlar tartıldıktan sonra belirlenebilir.³⁰ Maddenin İngilizce metnin de geçen *reasonable* kelimesinin Türkçe'deki karşılığı ise *makul* kelimesidir.³¹

Uluslararası bir suyunu paylaşan devletler, md. 5 uyarınca, suyunun karşılıklı olarak hakkaniyete ve nısfete uygun ve makul biçimde kullanımına katılmayı geliştirmeyi ve bunu muhafaza etmeyi de öngörürler.³² Bu tür bir katılma hem suyunu kullanma hakkını hem de işbirliği yapma yükümlülüğünü kapsar. Bu sebeple kanımızca öngörülen bu ilke, hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanımı daha ileri boyuta taşıyan pozitif eylemleri, yani tarafların eyleme geçerek, bir araya gelip katılım ve işbirliğinde bulunmalarını öngörür. Somut olayda göz önünde bulundurulacak ilkeler ise md. 6'da³³ ele alınmıştır.³⁴

1997 BM Sözleşmesi İşbirliği Genel Yükümlülüğünü düzenleyen md. 8, md. 5 ile paralel olarak ve uluslararası suyunun ortak kullanımının mantığının da gerektirdiği şekilde devletlere işbirliği yapmaları konusunda genel bir yükümlülük yükler. Hükme göre bu işbirliği yerine getirilirken ülkesel bütünlük, ortak fayda, iyi niyet ve suyunun en elverişli şekilde kullanılması gibi unsurlar ve amaçlar gözetilmelidir. Md. 9 (Düzenli Veri ve Bilgi Alışverişi) ise "8. madde uyarınca, suyunu devletleri, hem suyunun durumuna, özellikle de hidrolojik, meteorolojik, hidrojeolojik ve ekolojik doğasına ilişkin hali hazırdaki mevcut verileri ve bilgileri hem de bunlara ilişkin tahminleri birbirleri ile düzenli bir biçimde mübadele edecekler"ini öngörür. Genel İlkelerle ilişkin son hüküm, farklı kullanım türleri arasındaki ilişkiyi düzenleyen 10. maddedir. Genel İlkelerin son üç maddesi (8, 9 ve 10. maddeler) devletlere, 1997 BM Sözleşmesi ile asıl amaçlanan suyunun kullanımına dair

30 TOLUNER, sf. 430.

31 İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü, Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1993.

32 "Md. 5 (2) Suyolu devletleri uluslararası suyunun hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanılması, geliştirilmesi ve korunmasına katılacaklardır. Böyle bir katılma, bu Sözleşme'de düzenlenen şekilde, hem suyunu kullanma hakkını hem de onu korumak ve geliştirmek için işbirliği yapmak görevini kapsar." ÖZBEK DALYAN, sf. 366.

33 Md. 6 Hakkaniyet ve Nısfete Uygun ve Makul Kullanıma İlişkin Faktörler
"1. Bir uluslararası suyunun madde 5 bağlamında hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul biçimde kullanımı, aşağıdaki tüm ilgili etken ve koşulların dikkate alınmasını gerektirir:
(a) Doğal yapıdaki coğrafi, hidrografik, hidrolojik, iklimsel, ekolojik ve diğer etkenler;
(b) İlgili suyunu Devletin sosyal ve ekonomik ihtiyaçları;
(c) Her bir suyunu Devletinde suyunu bağlı nüfus;
(d) Bir suyunu Devletin suyunu kullanım ya da kullanımlarının diğer suyunu Devletine etkileri;
(e) Suyunun mevcut ve potansiyel kullanımları;
(f) Suyunun su kaynaklarının kullanımının muhafazası, korunması, geliştirilmesi ve ekonomisi ve bunun için alınacak tedbirlerin maliyeti;
(g) Planlanan ya da mevcut belirli bir kullanımın kıyaslanabilir değerdeki alternatiflerin varlığı.
2. 5. maddenin ya da işbu maddenin 1. fıkrasının uygulanmasında, ilgili suyunu Devleti, gerektiğinde işbirliği ruhu içinde istişarelere girecektir.
3. Her bir etkene verilecek ağırlık, diğer ilgili etkenlerle kıyasla önemine göre belirlenecektir. Neyin makul ve hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım olduğuna karar vermede, tüm ilgili etkenler birlikte değerlendirilir ve tümü üzerinden bir sonuca ulaşırlar."

34 Bu çalışmada bu ilkenin detaylarına ve tartışmalarına girmeden konumuzun kapsamı gereği, sadece önemli zarar vermeme yükümlülüğü ile olan ilişkisini inceleyeceğiz ve bu konu aşağıda ayrı bir başlıkta ele alınmıştır.

hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi ile önemli zarar vermeme yükümlülüğün uygulanabilmesi için bir takım usulî görevler yükler.³⁵

C. ÖNEMLİ ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir devletin diğerine zarar vermeme yükümlülüğü uluslararası hukukun en temel ilkelerinden biridir.³⁶ Önemli zarar vermeme yükümlülüğü de 1997 BM Sözleşmesinin temel ilkelerinden biridir. Yukarıda değindiğimiz *Uluslararası Nehirlerin Kullanımına dair Temel Prensipler* içerisindeki ilk prensiplerden biri de zarar vermeme ilkesi idi.³⁷ 1994 tarihli Taslak metinde ilgili hüküm (md. 7) şu şekildedeydi: “1 – Suyolu devletleri, uluslararası suyollarını kullanırken diğer su yolu devletlerinde önemli bir zarara neden olmayacak şekilde gerekli özeni göstermelidirler. 2 – Gerekli özenin gösterilmesine rağmen diğer devlette önemli bir zarar meydana geldiği takdirde, kullanımı ile zarara sebebiyet veren devlet, bu kullanıma ilişkin bir antlaşmanın yokluğu halinde:

- (a) Böyle bir kullanımın madde 6’da sıralanan faktörler göz önünde bulundurulduğunda hangi ölçüde hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul olduğu hususunda;
- (b) Bu kullanımda, verilen zararın giderilmesi veya azaltılmasını sağlayıcı düzeltmeler yapıp yapılamayacağı ve, uygun olduğunda, tazminat hususunda ilgili taraflar istişare etmelidir.”

Söz konusu düzenleme en çok tartışmaya ve itiraza yol açan maddelerden biri olmuştur. Örneğin Özel Raportör McCaffrey tarafından 1991 yılında sunulan raporda kayda değer zarar (*appreciable harm*)³⁸ ifadesi yer almıştı ve metinde yapılan bazı değişiklikler ilgili taraflarca hoş karşılanmamıştı. 1994 metninde ise yükümlülük, önemli zarar (*significant harm*) olarak adlandırılmış,³⁹ aynı zamanda maddeye bir gerekli özeni gösterme (*due diligence*) standardı

35 Md. 10 “(1) Aksi yönde bir antlaşma veya teamül yoksa, uluslararası bir su yolunun kullanımına ilişkin hiçbir kullanım diğer kullanımlardan doğası gereği üstün değildir.

(2) Uluslararası su yolunun kullanımlarının birbiriyile çatışması halinde, insanların hayati ihtiyaçlarının gereklilikleri özel olarak dikkate alınarak, 5 ila 7. maddelere göre çözümlir.”

36 “*Sic utere tuo*” genel olarak ‘*sic utere tuo ut alienum non laedas*’ ilkesi olarak ifade edilir ve Türkçede ‘kendi malını başkasına zarar vermeden kullan’ ilkesi olarak karşılık bulur. Devletler arasındaki ilişkiler açısından bir devletin kendi ülkesini kullanmaya ilişkin egemen haklarının, bir başka devlete zarar vermeden kullanmak yükümü ile sınırlı olmasını ifade eder. Bkz. Jutta BRUNNEE, *Sic utere tuo ut alicuius non laedas*, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, March 2010, para. 1. Ayrıca bkz. TOLUNER, sf. 428 ve Stephen MCCAFFREY, **The Law of International Watercourses**, 2nd ed., New York, 2007, sf. 415. Ayrıca uluslararası hukuk uygulamasında da yer edinmiş bir ilkedir, örneğin ABD ve Kanada arasındaki *Trail Smelter Tahkiminde* bu ilkeye yer verilmiştir. “...no State has the right to use or permit the use of its territory in such a manner as to cause injury by fumes in or to the territory of another or the properties or persons therein, when the case is of serious consequence and the injury is established by clear and convincing evidence.” Reports of International Arbitral Awards, **Trail Smelter Case** (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 Volume III, sf. 1965. Çevirim içi: http://legal.un.org/riaa/cases/vol_III/1905-1982.pdf (Erişim tarihi: 31.10.2017)

37 İlgili kural şu şekildedir: “III. In general, the maxim *sic utere tuo* should be followed by riparian States in all matters concerning the use of the waters of an international river by one or several of them”. Waters of International Rivers Report, Report of the Forty-Seventh Conference, sf. 246.

38 Örneğin bkz. First report on the law of the non-navigational uses of international watercourses, by Mr. Robert Rosenstock, Yearbook of the International Law Commission, UN A/CN.4/451, Vol. II (1), 1993, sf. 184-185.

39 Hilal ELVER, **Peaceful Uses of International Rivers, The Euphrates and Tigris Rivers Dispute**, Transnational

da eklenmişti. Bu ekleme, UHK'ye sorumluluğun hukuki mahiyetinin belirsizliği nedeniyle yapılan eleştiriler sonucunda kaleme alınmıştır.⁴⁰ Her ne kadar Etiyopya gibi gelişmekte olan yukarı kıyıdaş devletlerden bazıları, eski taslak metindeki *kayda değer zarar* ifadesinin *önemli zarar* ile değiştirilmesinden memnun olsalar da, tazminat olasılığını da gündeme getiren madde hükmünün aşağı kıyıdaş devletlerin fazlaca yararına olduğunu düşünerek eleştirmişlerdir.⁴¹ Diğer yandan 1997 BM Sözleşmesi aşağı kıyıdaş olmanın tüm özelliklerini tam olarak taşıyan Mısır tarafından da, yukarı kıyıdaşlara fazla hak tanındığı ileri sürülerek reddedilmektedir.⁴² Türkiye, 1994 tarihli Taslak metninin genel olarak düzenlemeyi amaçladığı kapsamın ötesine geçtiği için;⁴³ özel olarak da Taslağın, uluslararası suyunun parçaları ülkesinde bulunan devletlerinin egemenlik haklarına atıfta bulunmadığı için ve önemli zarar vermeme yükümlülüğü karşısında hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesine öncelik (*primacy*) tanınması gerektiğini ifade ederek⁴⁴ imzalamayı reddetmiştir.⁴⁵

Önemli zarar vermeme yükümlülüğü BM 1997 Sözleşmesinde şu şekilde kaleme almıştır:

“Md. 7 (1) *Suyolu devletleri ülkelerindeki uluslararası suyunu kullanırken, diğer su yolu devletlerine önemli zarar vermeyi önleyecek tüm uygun tedbirleri alacaklardır.*

(2) *Buna rağmen diğer bir su yolu devletine önemli bir zarar verildiyse, kullanımı bu zarara neden olan devletler, bu kullanıma dair bir antlaşma yoksa, 5 ve 6 madde hükümlerini gereği gibi göz önünde tutarak, bu zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak ve uygun olduğunda, tazminat meselesini tartışmak için etkilenen devlete de danışarak uygun olan tüm tedbirleri alacaklardır.”*

Görüldüğü üzere madde metninin ilk halinde aranan gerekli özenin gösterilmesi yükümlülüğü 1997 BM Sözleşmesinde aranmamaktadır. Bunun yerine temel olarak bir uluslararası suyunu kullanan devletlerin önemli bir zararın ortaya çıkmasını önlemek amacıyla *tüm uygun tedbirleri alması* gerekliliği öngörülmüştür. 1994 tarihli metinde yer alan yükümlülük, “konunun büyüklüğü ve vakarı ve kullanılan yetkinin şiddeti/büyüklüğü ile orantılı bir özen” ve “devletlerin kendi

Publishers, Ardsley, New York, 2002, sf. 199.

40 Stephen MCCAFFREY, *The International Commission Adopts Draft Articles on International Watercourses (Draft Articles)*, *The American Journal of International Law*, Vol. 89, No. 2, 1995, sf. 399-400. Çevrim içi: <http://www.jstor.org/stable/pdf/2204213.pdf> (Erişim tarihi: 31.10.2017)

41 SCHWABACH, sf. 272-273.

42 KILIÇ, sf. 21.

43 Ayrıca planlanan tedbirleri için bir mekanizma öngördüğünü ve bunun devletler arasında açık bir eşitsizlik yarattığını ve bir taslak metin için uyumsuzlukların giderilmesi için zorunlu kurallar öngörmesinin uygun olmadığını, bunun ilgili devletlerin takdirine bırakılması gerektiğini söylemiştir. United Nation General Assembly, Press Release, GA/9248, 22 May 1997. Çevirim içi: https://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/convention_press.html (Erişim tarihi: 31.10.2017)

44 **Ibid.** Taslağın Türkiye üzerinde herhangi bir hukuki etki doğurmayacağı da belirtilmiştir. Bunun ifade edilmesi önemlidir çünkü söz konusu maddenin ilerde örf adet kuralı niteliği kazanması halinde de Türkiye ısrarlı şekilde itiraz ettiğini ispatlayabilecektir.

45 Türkiye'nin su politikası ve daha fazlası için bkz. Ayşegül KİBAROĞLU, *An analysis of Turkey's water diplomacy and its evolving position vis-à-vis international water law*, *Water International*, Vol. 40, Issue 1, 2015, ss. 153-167. Çevrim içi: <http://dx.doi.org/10.1080/02508.060.2014.978971> (Erişim tarihi: 31.10.2017)

sıradan iç işlerini yaparken gösterdikleri özen” olarak tanımlanmıştır.⁴⁶ UHK, buradaki özen gösterme yükümlülüğünün, devletlerin kendi iç hukuklarında uymak durumunda oldukları özen göstermeye tekabül ettiğini ve bir devletin eylem ve işlemlerinin hukuka uygunluğunu belirleme bakımından bir sınır çizdiğini ifade etmiştir.⁴⁷ Toluner’e göre gerekli özeninin gösterilmesi demek, kasten veya ihmal sonucu zarara neden olmamak demektir.⁴⁸ Md. 7 ile temel olarak her durumda hakkaniyet ve nısfete uygun bir kullanıma ulaşmak için mümkün olduğu ölçüde önemli bir zarar vermekten kaçınma amacını taşıyan bir süreç öngörülmüştür. Bir uluslararası su yolunun sınırlı su kaynaklarının en uygun (*optimal*) kullanımı ilgili her su yolu devletin çıkarları ışığında ele alınmıştır.⁴⁹ 1994 tarihinde ön görülen gerekli özenin gösterilmesine dair yükümlülük, 1997 BM Sözleşmesinde tüm uygun tedbirleri alması gerektiğine dair yükümlülük ile aynı şeydir.⁵⁰

1997 BM Sözleşmesinde zararı önlemeye yapılan vurgu önem taşır. Çünkü uluslararası suyollarının ulaşım amaçlı kullanımları, diğer kıyıdaş devletlerin ulaşım amaçlı kullanımlarını kısıtlamazken, ulaşım-dışı amaçlarla kullanımları, – enerji üretimi, tarımsal kullanımlar, suyun içme ve temizlik amaçlı kullanımları, canlı kaynaklarından yararlanma – alt kıyıdaş devletin kullanacağı suyun miktarını azaltabileceği gibi niteliğini de bozabilir⁵¹ yani diğer kıyıdaş devletlere zarar verebilir. Gerçekten de suyoluna ilişkin bir faaliyet/kullanım bir kere başladı mı onu durdurmak ya da değiştirmek çok zordur. Eğer zarar önlenbilirse dahi bunu yapmak hem çok çetrefilli hem de çok masraflı olabilir.⁵² Burada zarar deyiminden anlaşılması gerekenin ne olduğuna da değinilmelidir. UHK, 1994 Taslak Maddelere ilişkin çalışmalarında, ortada gerçek bir zararın (*a real impairment*), yani etkilenen devlette zararlı bir sonucun varlığını arar ve bu zararın kamu sağlığı, endüstri, mal varlığı, tarım ya da çevreye ilişkin bir zarar olabileceğini ifade eder.⁵³ Bu tanım *zarar* kavramını da kapsamaktadır. Önemli zarar ise gerçek ya da esaslı zarar (*substantial harm*) anlamında değil, objektif verilerle doğrulanabilen ve bir kullanımı gerçekten kısıtlayan etkilenme anlamında kullanılmıştır.⁵⁴ Bu nedenle zarar, suyun kalitesinin veya miktarının azalmasını da ifade eder.⁵⁵ Ulaşım dışı amaçla kullanımdan kaynaklı zarar aynı zamanda kirlenmeden, balıkların göçünü engellemekten, ormansızlaştırma faaliyetlerinden dolayı artan siltasyondan, akış rejimine engel olmaktan ve benzeri birçok nedenden kaynaklanabilir.⁵⁶

46 1994 Draft Articles, sf. 103.

47 **Ibid.**

48 **TOLUNER**, s. 433.

49 1994 Draft articles, sf.103.

50 **MCCAFFREY**, *The Law of International Watercourses*, 364.

51 Aynı şekilde alt kıyıdaş bir devletin kullanımlarının da üst kıyıdaş devlet bakımından kirlenme gibi bazı olumsuz etkileri olabilir. **TOLUNER**, sf. 426.

52 **MCCAFFREY**; *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses*, (*Convention on the Law of the Non-Navigational Uses*) **United Nations Audiovisual Library of International Law**, UN 2008, sf. 3. Çevirim içi: http://legal.un.org/avl/pdf/ha/clnuiw/clnuiw_e.pdf (Erişim tarihi: 31.10.17)

53 Report of the International Law Commission on the work of its fortieth session, A/CN.4/SER.A/1988/Add.I (Part 2), Year Book of International Law Commission 1988, Vol. 2, Part 2, sf. 36, para. 5. Çevirim içi: http://legal.un.org/ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1988_v2_p2.pdf (Erişim tarihi: 31.10.17)

54 **TOLUNER**, sf. 432-433.

55 **MCCAFFREY**, *The Law of International Watercourses*, sf. 409.

56 **Ibid.**

Zarar vermeme yükümlülüğüne ilişkin değinilmesi gereken son konu UHK'nin yaptığı tanımda da geçen çevreye ilişkin zarardır. Bu konu md. 7 kapsamında değil de esasen md. 21'de⁵⁷ yer alan "kirliliğin önlenmesi, azaltılması ve kontrolü" başlığında düzenlemiştir.⁵⁸ Devletin kendi ülkesini dilediği gibi kullanma hakkı ile zarar vermeme yükümlülüğü konusunda daha bariz 'gerilim' içeren bu hükümdede,⁵⁹ çevreye zarar verilmemesi için tüm uygun tedbirlerin alınması gerektiği öngörülür. Burada hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanıma veya diğer koşullara değinilmemiş,⁶⁰ sadece devletlerin karşılıklı olarak uygun tedbirleri ve yöntemleri belirlemek üzere bir araya gelmeleri aranmıştır. Ancak bu hükmün diğer kıydaşlarının mevcut kullanımına verilen zararı değil, sadece sınıraşan çevreye verilen zararı kapsadığını⁶¹ akıldta tutmak gerekir.

D. ÖNEMLİ ZARAR VERMEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE HAKKANİYET VE NİSFETE UYGUN VE MAKUL KULLANIM İLKELERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Zarar vermeme yükümlülüğü, esas olarak devletin ülkesini bilerek bir başka devletin zararına kullanımını engeller, ancak bu mutlak bir yükümlülük olmayıp, ilgili tarafların menfaatlerinin dengelenmesi esasına dayanır ve hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ile yakından ilişkilidir.⁶² Önemli zarar vermeme yükümlülüğü ile hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım ilkesinin eşit statüde olması gerektiğini savunan görüşler mevcut olduğu gibi, birinin diğerine üstün olması gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur.⁶³ Kanımızca birinin diğerine üstünlüğü her iki ilkenin de getirdiklerini anlamsız kılacaktır. Esasen zarar vermeme, hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi ile bağdaşır ve onu destekler mahiyettedir⁶⁴ ve her iki ilkenin mantığı farklı olsa da her birinin sonuçları birbirine benzemektedir.⁶⁵ Uluslararası bir suyunun kullanımından kaynaklanan bir zarar söz konusu ise, söz konusu kullanımın hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesine uygun olup olmadığı her hâlükârda araştırılacaktır.⁶⁶ Gerçekten

57 1997 BM Sözleşmesi, Md. 21 " (2) *Suyolu Devletleri, diğer su yolu Devletlerine veya insan sağlığına ya da güvenliğine zarar da dâhil olmak üzere onların çevrelerine, suyun herhangi bir yararlı amaçla kullanımına veya suyunun canlı kaynaklarına önemli zarar verebilecek kirlenmeyi, tek başlarına veya uygun olduğunda ortaklaşa şekilde önleyecek, azaltacak ve kontrol edeceklerdir. Suyolu devletleri bu bağlamda politikalarını uyumlaştırmak üzere adımlar atacaktırlar.*

(3)*Suyolu Devletleri, aralarından herhangi birinin talebi üzerine, uluslararası suyunun kirliliğinin önlenmesi, azaltılması ve kontrol edilmesi için, ... , karşılıklı olarak uygun tedbirleri ve yöntemleri belirlemek üzere istişarede bulunacaklardır...*"

58 Ayrıca md. 23 gereğince Devletler deniz çevresinin korunması ve muhafazasında da gereken tüm tedbirleri tek başlarına ya da mümkünse işbirliği içinde almakla yükümlüdürler.

59 MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, sf. 424.

60 *Ibid.*

61 KAYA, sf. 166. Çevre kavramı ve çevreye verilen zarar kavramları bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

62 Patricia WOUTERS, *Rivers of the World, Fundamental Principles of the Law of International Watercourses*, Cenevre, 1999, sf. 19.

63 Bu konuda detaylı bilgi için AKTAŞ ACABEY, sf. 207-209. Ayrıca bkz. Charles BOURNE, *The International Law Commission's Draft Articles on the Law of International Watercourses: Principles and Planned Measures*, *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), Vol. 3, No. 1, 1992, sf. 73 vd.

64 MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, sf. 445.

65 ELVER, sf. 139.

66 Ayrıca bkz. ACER/KAYA, sf. 145.

de, uluslararası hukuk suyollarının kullanımı konusunda en uygun kullanımı sağlamaya çalışır ve burada hukukun yasakladığı zarar, hukukun koruduğu hakka, yani “hakkaniyete uygun ve makul kullanım” içindeki kullanıma verilen zarardır. Yoksa hukuka aykırı, yani hakkaniyete uygun kullanımları aşan, kullanımlara verilen zararlar korunmamaktadır.⁶⁷ Bir suyolunun diğer kıyıdaşa önemli bir zarara neden olan bir kullanımı, eğer bu zarar, kullanımın lehine olduğu hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul olma nedenlerinden daha ağır geliyor ise hukuka aykırı sayılır.⁶⁸

Bazı yazarlara göre, suyolların kullanımı ve paylaşımına ilişkin sorunları – ne kadar ve hangi kalitede su kullanmaya yetkisi olduğu gibi konuları – hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi her bir somut olayda durumun özelliğine göre çözmeye çalışır. Önemli zarar vermeme yükümlülüğü ise doğrudan suların tahsisine ilişkin sorunları çözmek için değil de, sonrasında kullanılacak bir standart olarak işlev görür.⁶⁹ Yani bir sorun ortaya çıktıktan sonra onu çözmek için bir standart oluşturmaya çalışır. Bu nedenle her somut olay için zararın büyüklüğüne ve kullanımın hakkaniyete uygun ve makul kullanım kapsamında olup olmadığına göre, o olaya özgü bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Eğer bir devlet bir kıyıdaş devletin kullanımından kaynaklı önemli bir zararı devam ettirdiğine inanırsa, genellikle diğer devlete karşı bunu öne sürer. Devletler arasındaki görüşmeler sonucunda madde 5, 6 ve 7 birlikte değerlendirilerek, devletlerin kullanım hakkı, buna bağlı diğer çıkarları da gözetilerek ve aynı zamanda gerekirse tazminat ödenmesi de öngörülerek, taraflar için hakkaniyet ve nısfete uygun makul bir sonuç amaçlanır.⁷⁰

UHK, 1994 tarihli Taslak Maddelerde benimsenen yaklaşımı şu temel esaslara dayandırılmıştır: (a) Bir zarar meydana geldiğinde madde 5 ilgili devletlere tek başına yeterli yol gösterici özelliği taşımamaktadır; (b) Devletler bir su yolunu kullanırken önemli zarara neden olmayacak şekilde *tüm uygun tedbirleri*⁷¹ almalıdır; ve (c) bir kullanım önemli bir zararı içerdiğinde kendisi tek başına bunu engellemek için bir temel teşkil etmez. Belli şartlar altında “hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım” da önemli bir zararı içerebilir. Böyle bir durumda genel olarak hakkaniyet ve nısfete uygun kullanım ilkesi söz konusu devletlerin çıkarlarını dengeleyen temel kıstas olarak kalmaya devam eder.⁷²

Kanımızca bir kullanımın hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul iken de ortaya önemli bir zarar çıkabilir, bu zarar telafi ya da tazmin edilebilecek nitelikte ise hem suyolunu kullanan hem de zarar gören taraf için tatmin edici bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ayrıca eğer zarar, önemli bir zarar

67 **Ibid.**

68 **ELVER**, sf. 139.

69 **WOUTERS**, sf. 320.

70 **MCCAFFREY**, *Convention on the Law of the Non-Navigational Uses*, s. 3.

71 Taslak maddelerde ‘gerekli özeni göstermelidir’ şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bu kriter kanımızca 1997 BM Sözleşmesinde bu ifadenin yerini alan ‘tüm uygun tedbirleri almalıdır’ ile aynı anlamı taşır. Bkz. **MCCAFFREY**, *The Law of International Watercourses*, sf. 364 ve Taslak Maddelerde geçen esaslar 1997 BM Sözleşmesi için de uygulanabilir niteliktedir.

72 1994 Draft Articles, s. 103.

değilse hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi ve temel olarak da bir suyunu *kullanım hakkı* gereği tazmin edilmeyebilir de. Yani eğer maddede geçtiği üzere devletler arasında kullanıma ilişkin bir antlaşma yok ise md. 7'ye başvurulur ve hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım çerçevesinde önemli zararı önleyecek tüm uygun tedbirler alınmışsa, zarar gören devlet bu duruma katlanmak durumundadır. Hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul bir kullanım mevcut değilse zarar veren devletin sorumluluğu söz konusu olur ve zarar gören devlet bu zararın giderilmesi talebinde bulunabilir.

III. SORUMLULUK

Uluslararası hukukun sorumluluğa ilişkin genel kuralları, uluslararası suyunun ulaşım dışı amaçlı kullanımına da uygulanabilir.⁷³ Devletlerin Sorumluluğuna İlişkin Maddeler (DSİM)⁷⁴ md. 1 uyarınca “Devletin uluslararası hukuka aykırı her eylemi o devletin uluslararası sorumluluğunu gerektirir.”⁷⁵ Örneğin bir devlet ülkesindeki gerekli yasal düzenlemeleri yapmamakla, gerekli yasaları uygulamamakla ya da yasal olmayan bir eylemi önlememek veya durdurmamakla veyahut da bunlardan sorumlu kişileri cezalandırmamaktan dolayı sorumlu tutulabilir.⁷⁶ Ancak DSİM'nin uluslararası suyunun kullanımını kapsamında uygulanması nispeten sınırlıdır.⁷⁷ 1997 BM Sözleşmesi, DSİM'den farklı olarak sorumluluğun doğması için kullanımın, bir hakka zarar vermiş olması koşulunu da aramıştır. Uluslararası suyunu kullanan devletin 1997 BM Sözleşmesi uyarınca sorumluluğundan söz edebilmemiz için yukarıda ifade ettiğimiz gibi kullanıma ilişkin bir hakkına zarar verilmiş olması gerekir. Diğer bir deyişle bir kullanım bir diğer devletin bir hakkına değil de, sadece gerçek ya da fiili bir zarara sebep olmuş ise, zarar verme eylemi bir örf adet kuralını ihlal ediyor olsa dahi (DSİM'nin aradığı hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmeyeceği için) devletin DSİM uyarınca bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.⁷⁸

1997 BM Sözleşmesi md. 7'nin lafzına bakıldığında da *harm* kelimesinden, tek başına bir hukuk kuralının ihlal edilmiş olmasını aradığını söylemek güçtür. Başka bir deyişle, *harm* anlamına gelen zarardan elbette bir hakkın ihlali sonucu ortaya çıkabilir, ancak bu anlamda verilen her zarar bir hak ihlalinin doğmasına sebebiyet vermeyecektir.⁷⁹ Bu nedenle, verilen bir zararın

73 KAYA, sf. 167.

74 2013 yılında, metnin başlığı ‘Devletlerin Hukuka Aykırı Eylemlerinden Dolayı Sorumluluğu’ ‘*Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*’ olarak değiştirilmiştir. Çevirim içi: <http://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html> (Erişim tarihi: 31.10.2017) Taslak Maddeler için bkz. *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN General Assembly Document A/RES/56/83, 28 January 2002. Çevirim içi: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/56/83 (Erişim tarihi: 31.10.2017)

75 Bir devletin uluslararası sorumluluğunun doğması için hukuka aykırı bir eylemin varlığı ve bu eylemin devlete atfedilebilmesi gerekir. (Md. 2) Ayrıca bu ihlal bir uluslararası antlaşmadan, bağlayıcı bir uluslararası belgeden ya da örf adet hukukundan kaynaklanabilir.

76 *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987, sf. 105.

77 KAYA, sf. 167.

78 *Ibid.*

79 BOURNE, sf. 86.

kendiliğinden bir uluslararası hukuk kuralı ihlali teşkil etmeyeceği görüşü desteklenebilir.⁸⁰ Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 1997 BM Sözleşmesi, kullanımdan kaynaklı zarar verilmemesine ilişkin kesin bir yasak öngörmezken, hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım ilkesi kapsamındaki kullanım hakkını korur ve bu hakkı korurken diğer kıydaşlara önemli zarar verilmemesinin gözetmesi gerektiğini ifade etmektedir.⁸¹ Ancak tekrar ifade edilmelidir ki, bir devletin önemli zarara yol açması kendiliğinden (*per se*) devletin uluslararası yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelmez.⁸² 1997 BM Sözleşmesi md. 5 ve md. 6 dikkate alınarak hakkaniyet ve nisfete uygun ve makul kullanım yapıldığına karar verilmesi halinde ortaya çıkan zarar meşru nitelik taşır⁸³ ve zarar gören devlet bu duruma katlanmak durumundadır.⁸⁴ Ancak kullanımının makul olmaması veya md. 7 uyarınca önemli zarar vermeyi önleyecek gerekli tüm tedbirleri almaması durumunda zarar veren devletin sorumluluğu söz konusu olabilir.

1994 tarihli Taslak Maddelerde yer alan gerekli özenin gösterilmesi yükümlüğünün su yolu devletlerine, hukuka uygun sayılan eylemleri için bir alt sınır/eşik belirlediği söylenebilir. Yani 1994 tarihli Taslak metindeki gerekli özen yükümlülüğünün öngörülmesi ile de uluslararası suyollarının kullanımında önemli bir zararın ortaya çıkmayacağı garanti altına alınmamıştır.⁸⁵ Önemli zarar vermeme yükümlülüğünün mutlak olmaması ve bunun esasen bir davranış yükümlülüğü olması, bir özen sorumluluğuna işaret etmektedir. Sorumluluğun ihlali ise devletin kasti veya ihmali bir davranışı sonucu ortaya çıkabilmektedir, yani gerekli özeninin gösterilmesi bir davranış yükümlülüğüdür, bir sonuç yükümlülüğü değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi gerekli özeninin gösterilmesi demek, *kasten* veya *ihmal* sonucu zarara neden olmamak demektir⁸⁶ zarara sebep olmamak değil. Bu sebeple bu önemli zarar vermeme yükümlülüğünün gerektirdiği şey; bir uluslararası su yolunu önemli bir zarara neden olacak şekilde kullanan devletin, kasıtlı veya ihmali şekilde kullanımı önlenmesi gerekirken önlemez ise; veya kasıtlı veya ihmali bir şekilde kendi ülkesinde zarara sebep olan diğer etkenleri önlemezse; veya buna son vermekten kaçınmazsa, gerekli özen yükümlülüğünü ihlal ettiği varsayılır.⁸⁷ 1994 tarihinde ön görülen gerekli özenin gösterilmesine dair yükümlülük, 1997 BM Sözleşmesinde tüm uygun tedbirleri alması gerektiğine dair yükümlülük ile aynı şeydir.⁸⁸ Bu nedenle gerekli özen yükümlülüğüne ilişkin söylenenler maddenin mevcut hali için de geçerlidir.⁸⁹

80 KAYA, sf. 167.

81 Ibid..

82 MCCAFFREY, *Draft Articles*, sf. 400.

83 KAYA, sf. 167.

84 Bkz. MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, sf. 441.

85 BOURNE, s. 81-82.

86 TOLUNER, sf. 433.

87 G. Johan LAMMERS, *Pollution of International Watercourses*, The Hague, 1984, sf. 19-20.

88 MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, sf. 364.

89 UAD'nin Gabcikovo-Nagyymaros kararında, 1997 BM Sözleşmesi'ndeki karşı tedbirlerin alınmasında diğer tarafın haklarını gözetmesi gerektiği açısından da değinilmiştir. Bkz. *The Gabcikovo-Nagyymaros Project (Hungary/ Slovakia)*, Judgment 25 September 1997, ICJ Reports 1997, s. 56, para. 85. Çevirim içi: <http://www.icj-cij.org/files/case-related/92/092.199.70925-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 31.10.2017) Davanın kısa özeti ve uluslararası hukuktaki önemi açısından ayrıca bkz. Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR, *Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama*, Beta, İstanbul, 2015, sf. 171 vd.

Uluslararası su yollarının kullanımından kaynaklı, 1997 BM Sözleşmesi md. 7(2) bağlamında bir zarar ortaya çıkmış ise ilgili devletler bu durumu, ikili bir antlaşmanın yokluğu halinde, istişare etme ve mümkünse verilen zararı tazmin etmekle yükümlü kılınmıştır.⁹⁰ Burada gerektiğinde tazminat ödemek de yükümlülüğün kapsamına alınmıştır. Yani hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım, zarardan etkilenen devlete tazminat ödenmesini de içerebilir.⁹¹ Ayrıca bir uluslararası su yolunun kullanımının hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul biçimde gerçekleştiğini ispat etme yükü de zarara yol açan devlete aittir.⁹²

IV. SONUÇ

Uluslararası su yollarının kullanımında bölgenin coğrafi, hidrolojik ve diğer siyasi faktörlerini de göz önüne alarak ikili ya da bölgesel antlaşmalar yapılarak bu sorunun çözülmesi elbette ki ideal olanıdır. 1997 BM Sözleşmesi de konu hakkındaki ikili veya çok taraflı antlaşmalara öncelik tanımakta, bu tür antlaşmaların olmadığı yerde ve uç görüşlerin çatıştığı noktada, bir takım genel ilkeler öngörerek uzlaştırıcı bir rol üstlenmeyi amaçlamaktadır. Bu bağlamda hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi sözleşmesinin temel ilkelerindedir. Ancak önemli zarar vermeme yükümlülüğü de en az bu ilke kadar önemlidir. 1997 BM Sözleşmesine taraf devletler için öngörülen bu yükümlülük ile hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesinin altı doldurulmuş ve sözleşme ile varılmak istenen uzlaştırıcı yapının ve amacın bir nevi sınırları belirlenmiştir. Bu kapsamda, uluslararası su yolunu ulaşım dışında bir amaçla kullanarak önemli zarara yola açan devlet gerekli tüm tedbirleri almış ve su yolunun kullanımı, hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul biçimde gerçekleşmişse, zarar gören devlet ortaya çıkan zarara katlanmak zorunda kalacaktır. Ancak kullanım hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul değilse veya devlet önemli zarar vermeme yükümlülüğü kapsamında gerekli tüm tedbirleri almamış ise uluslararası sorumluluktan kurtulamayacaktır. Ancak hakkaniyet ve nısfete uygun ve makul kullanım ilkesi gereği, devlet tüm gerekli tedbirleri almış ve bu ilkeye uygun bir kullanım söz konusu dahi, önemli bir zarar meydana gelmiş ise zarar gören taraf devletin zararı tazmin edilebilir.

Son olarak henüz 5 yıldır yürürlükte olan 1997 BM Sözleşmesinin hükümleri örf adet hukuku niteliği kazanmaktan uzaktır. İleride örf adet niteliği kazansa dahi Türkiye en başından beri olumsuz oy kullanmıştır. Türkiye'nin ulusal çıkarları açısından, ısrarlı muhalif tavrını tutarlı bir biçimde her alanda ve uygulamada göstermeye devam ettirmesi halinde Sözleşme örf adet niteliği kazansa dahi Türkiye'ye karşı ileri sürülemeyecektir.

90 Sabine BRELS, David COATES, Flavia LOURES; *Transboundary Water Resources Management: The Role of International Watercourse Agreements in Implementation of the CBD*, **CBD Technical Series**, No. 40, 2008, sf. 24. Çevirim içi: <https://www.cbd.int/doc/publications/cbd-ts-40-en.pdf> (Erişim tarihi: 31.10.2017)

91 MCCAFFREY, *The Law of International Watercourses*, sf. 441-442. Karşıt görüş için bkz. AKTAŞ ACABEY, sf. 212.

92 Stephen MCCAFFREY, Sinjela MPAZI, *The 1997 United Nations Convention on International Watercourses*, **The American Journal of International Law**, Vol. 92, No. 1, 1998, sf. 102. Çevirim içi: http://www.jstor.org/stable/2998069?seq=1#page_scan_tab_contents (Erişim tarihi: 31.10.2017)

V. KAYNAKÇA

- ACER, Yücel; KAYA İbrahim; **Uluslararası Hukuk Temel Ders Kitabı**, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- AKTAŞ ACABEY, Münevver; **Sınraşan Sular: Hukuki Rejim, Dicle-Fırat ve Türkiye'nin Diğer Sınraşan Suları**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2006.
- BOURNE, Charles; The International Law Commission's draft articles on the law of international watercourses: Principles and planned measures, **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy** (Boulder), Vol. 3, No. 1 1992, s. 65-92.
- BRELS, Sabine; COATES, David; LOURES, Flavia; Transboundary Water Resources Mangement: The Role of International Watercourse Agreements in Implementation of the CBD, **CBD Technical Series**, No. 40, 2008.
- BRUNNEE, Jutta, *Sic utere tuo ut alineum non leadas*, **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**, March 2010.
- ELVER, Hilal; **Peaceful Uses of International Rivers, The Euphorates and Tigris Rivers Dispute**, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2002.
- Draft Articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses and Commentaries Thereto and Resolution on Transboundary Confined Groundwater, Yearbook of the International Law Commission, 1994, vol. II, Part Two.
- First report on the law of the non-navigational uses of international watercourses, by Mr. Robert Rosenstock, Yearbook of the International Law Commission, UN A/CN.4/451, Vol. II (1), 1993, sf. 184-185.
- International Law Association, Waters of International Rivers Report, Report of the Forty-Seventh Conference, held at Dubrovnik, 26th August – 1st September 1956, ss. 216-248.
- İngilizce-Türkçe Redhouse Sözlüğü**, Redhouse Yayınevi, İstanbul, 1993.
- KAYA, İbrahim; **Equitable Utilization: The Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses**, Hampshire, 2002.
- KILIÇ, Seyfi; Sınraşan Sulardan Faydalanmalara İlişkin Temel Yaklaşımlar, **Ortadoğu Analiz**, C. 5, S. 53, 2013, ss. 14-22.
- KİBAROĞLU, Ayşegül; An analysis of Turkey's water diplomacy and its evolving position vis-à-vis international water law, **Water International**, Vol. 40, Issue 1, 2015, ss. 153-167.
- LAMMERS, G. Johan; Pollution of International Watercourses, The Hague, 1984.
- MCCAFFREY, Stephen; Convention on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses, **United Nations Audiovisual Library of International Law**, UN 2008, ss. 1-4.
- MCCAFFREY, Stephen; The International Commission Adopts Draft Articles on International Watercourses (Draft Articles), **The American Journal of International Law**, Vol. 89, No. 2, 1995, ss. 395-404.
- MCCAFFREY, Stephen; **The Law of International Watercourses**, 2nd ed., New York, 2007.
- MCCAFFREY, Stephen; MPAZI, Sinjela; The 1997 United Nations Convention on International Watercourses, **The American Journal of International Law**, Vol. 92, No. 1, 1998, ss. 97-107.
- ÖZBEK DALYAN, Dolunay; BM Uluslararası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımı Hukukuna İlişkin Sözleşme, **İHFM**, C. LV, S. 4, 1997, ss. 363-367.
- PAZARCI, Hüseyin; **Uluslararası Hukuk**, 10.Bası, Ankara, 2011.
- Report of the International Law Commission on the work of its fortieth session, A/CN.4/SER.A/1988/Add.I (Part 2), Year Book of International Law Commission 1988, Vol. 2, Part 2.
- Reports of International Arbitral Awards, **Trail Smelter Case** (United States, Canada) 16 April 1938 and 11 March 1941 Volume III, ss. 1905-1982.

Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1987.

SAR, Cem; **Uluslararası Nehirlerden Endüstriyel ve Tarımsal Amaçlarla Faydalanma Hakkı**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.

SCHWABACH, Aaron; The United Nations Convention on the Law of Non-navigational Uses of International Watercourses, Customary International Law, and the Interests of Developing Upper Riparians, **Texas International Law Journal**, Vol. 33, 1998, ss. 257-280.

SARIBEYOĞLU SKALAR, Meltem; **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma: Kavram, İlkeler ve Yargısal Uygulama**, Beta, İstanbul, 2015.

The Helsinki Rules on the Uses of the Waters of International Rivers, Adopted by the International Law Association at the fifty-second conference, held at Helsinki in August 1966, Report of the Committee on the Uses of the Waters of International Rivers, London, International Law Association, 1967.

TOLUNER, Sevin; Milletlerarası Su Yollarının Ulaşım Dışı Kullanımları Hukuku Konusunda Son Gelişmeler, **Milletlerarası Hukuk Açısından Türkiye'nin Bazı Dış Politika Sorunları**, 2. Bası, İstanbul, 2004, ss. 421-435.

Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, UN General Assembly Document A/RES/56/83, 28 January 2002.

United Nations General Assembly, Convention on the Law of the Non-navigational Uses of International Watercourses, UN Document A/RES/51/229, 8 July 1997.

United Nation General Assembly, Press Release, GA/9248, 22 May 1997.

WOUTERS, Patricia; **Rivers of the World, Fundamental Principles of the Law of International Watercourses**, Cenevre, 1999.

İnternet Kaynakları

<http://legal.un.org>

<https://www.unecce.org>

<https://treaties.un.org>

<http://www.jstor.org>

<https://www.internationalwaterlaw.org>

<http://www.un.org>

<https://www.cbd.int>

<http://www.icj-cij.org>

Kimyasal Kastrasyonun Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilirliği Üzerine Kapsamlı Bir İnceleme

A Comprehensive Study on Implementation of Chemical Castration for Sexual Offenders

Baran KIZILIRMAK* 

Öz

Özellikle mağduru çocuk olan cinsel suçların oldukça ciddi bir toplumsal sorun olduğuna şüphe yoktur. Bu konuda medyaya yansıyan her olayda cinsel suç faillerine duyulan toplumsal tepki ve nefretin arttığı görülmekte; onlara (kimyasal) kastrasyon uygulanması önerilmektedir. Hukukçu ve siyasetçilere düşense, bu tür durumlarda soğukkanlı davranarak etkili ve ideal çözümü üretmektir. Ne var ki, gerek hukukçu ve siyasetçilerin bir kısmında, gerekse toplumda kimyasal kastrasyonun bu sorunu çözecek sihirli bir değnek olduğu inancı görülmektedir. Nitekim Türkiye’de konuyla ilgili yasal hazırlıklar yapıldığı bilinmektedir. Çalışmamızda bu yöneme ilişkin tıp ve özellikle psikiyatri biliminin verilerinin yanında, kriminolojik ampirik araştırma bulgularından yararlanılarak, yöntemin cinsel suç faillerine uygulanabilir olup olmadığı, hukukçu gözüyle değerlendirilmeye çalışılmaktadır. Ulaşılan bulgular cinsel suç faillerine uygulanan kimyasal kastrasyon dışındaki yöntemlerin başarı sağladığını göstermektedir. Kimyasal kastrasyonun ise düşünüldüğü gibi etkili ve tereddütsüz uygulanabilir bir yöntem olmadığı görülmektedir. Bunun yanı sıra, çok sayıdaki ciddi yan etkisi nedeniyle tartışmaya açıktır.

Anahtar Kelimeler: Kimyasal Kastrasyon, Cinsel Suçlar, Cinsel Suç Failleri, Kriminoloji

Abstract

Sexual crimes – especially sexual abuse of children – are certainly a serious social problem. In this regard, it is seen that social reaction and hatred towards sexual offenders are increasing in each case reflected on the media; and (chemical) castration is recommended to be implemented for those offenders. In such situations, lawyers and politicians should bring an effective and ideal solution by acting calmly. However, it is seen that including a part of lawyers and politicians; the society believe that chemical castration is a magic wand which will solve this issue. Thus, in Turkey it is known that there are regulation preparations. In this study, it is tried to evaluate whether this method could be applied on sexual offenders or not, from a lawyer’s perspective; by utilizing findings of medicine, especially psychiatry and criminological empirical researches. Findings indicate that methods other than chemical castration applied to sexual offenders are successful. Chemical castration, however, does

* Arş. Gör., Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi A.B.D,
E-Mail: baran.kizilirmak@khas.edu.tr

not seem to be an effective and unhesitatingly applicable method as supposed. Besides, it is also open to debate due to many serious side effects.

Keywords: Chemical Castration, Sexual Crimes, Sexual Offenders, Criminology

I. GENEL OLARAK

Cinsel suçlar ve özellikle çocukların cinsel istismarı ne yazık ki, belirli bir coğrafyaya özgü olmaksızın dünyanın her yerinde meydana gelen ve etkili biçimde önüne geçilemeyen suçlardandır. Gerek dünyada, gerekse ülkemizde son yıllarda çocukların cinsel istismarı ile diğer cinsel suçların artış göstermesi gerekçe gösterilerek toplumsal tepki ile nefretin arttığı ve (kimyasal) kastrasyona ilişkin tartışmaların yaşandığı görülmektedir. Özellikle çocukları hedef alan bu suçun sağlıklı bir toplum oluşumunda ne denli büyük bir sorun olduğu, fertler üzerinde ise telafisi olanaksız zararlar ortaya çıkardığı ortadadır. Ancak kimyasal kastrasyonun sorunun çözümünde gerçekten iyi bir çözüm olup olmadığının bilimsel olarak tartışılarak ortaya konulması gerekmektedir.

Cinsel suçların önlenmesinde etkili bir çözüm üretilebilmesi için öncelikle bu suçların neden, nasıl ve kimler tarafından işlendiğinin ortaya konulması gerekmektedir. Nitekim, bir olgunun temelinde yatan nedenleri incelemeksizin üretilen her çözüm, nedene değil sonuca odaklanmak olacak ve sorunu ortadan kaldırmaktansa, ancak toplumsal tepkinin bastırılmasına yarayacaktır. Her şeyden önce cinsel suçların da bir insan davranışı olduğunu kabul etmek ve rasyonel biçimde altında yatan toplumsal, biyolojik, nörolojik vb. nedenleri ayrı ayrı incelemek gerekmektedir. Bu hususların her biri farklı bilim ve disiplinlere ait çalışmaların konusu olup, hukukçuların bu çalışmalardan faydalanması isabetli bir yaklaşım olacaktır.

Bir insan grubunu kategorik biçimde canavar olarak görmenin, çözümcü bir yol olmadığı açıktır. Ayrıca, toplumsal tepkinin oluşumunda rol oynayan cinsel suçların arttığı yönündeki yalın istatistiki verilerin yanıltıcı olması da pek ala mümkündür. Zira sırf açılan dava sayısında artış olması, yahut medyada bu tip haberlere daha fazla yer verilmesi, gerçekten cinsel suçların arttığını göstermez. Sayılardaki artışın altında bu konudaki denetimin artırılması, toplumun bilinçlendirilmesi sonucu yapılan ihbar sayısının artması vb. (siyah sayıların azalması sonucunu doğuran)¹ pek çok farklı neden yatıyor olabileceği gibi; gerçekten bir artışın olması da mümkündür. Bu nedenle hukukçuların ve siyasetçilerin bu türden meselelere soğukkanlı ve temkinli yaklaşması gerekmektedir. Asıl yapılması gerekense, spekülasyonlardan uzak durularak; ortada mevcut, halihazırda zarar doğuran ve hatta kronikleşmiş bir sorun olduğu tespit edilerek, bu sorunun nasıl çözülebileceğine ilişkin sağlıklı biçimde etkili yöntemler üretilmesidir.

Bugün, Avrupa'da ve dünyanın diğer pek çok ülkesinde uygulanan kimyasal kastrasyon yöntemine ilişkin ülkemizde de yasal çalışmalar mevcuttur.² Çalışmanın kaleme alınma amacı,

1 Timur Demirbaş, *Kriminoloji*, 6.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.91

2 Yöntemin pek çok ülkede uygulanıyor oluşu, o ülkelerde tartışmaların sona erdiği anlamına gelmemektedir. Zira,

kimyasal kastrasyonun gerçekten de düşünüldüğü gibi cinsel suçlarla mücadelede etkili bir yöntem olup olmadığının ve hukuken uygulanabilirliğinin tartışılmasıdır. Bu doğrultuda, yöntemin kendisinden ve uygulanış biçiminden bahsedilerek, lehine ve aleyhine görüşlere yer verilecek, ardından cinsel suç faillerinin özellikleri üzerinde durularak konu hakkında yapılmış kriminolojik, tıbbi ve psikiyatrik araştırmalara değinilmeye çalışılacaktır.

Çalışmamızda özellikle cinsel suç faillerinin özellikleri ve tedavi yöntemlerine ilişkin kriminolojik bulgulara ağırlık vermiş bulunmaktayız. Zira bu konu hakkında yazılmış Türkçe eserlerde, gözlemleyebildiğimiz kadarıyla kriminolojik sistematik çalışmalar gözden kaçırılmakta; cinsel suç faillerinin karakteristik kişilik özellikleri üzerinde ise yeterince durulmamaktadır. Halbuki uygulanmak istenen yeni bir yöntemin gerçekten işe yarayıp yaramayacağı, ancak bu konu hakkında önceden yapılmış bilimsel çalışmalar incelenerek anlaşılabilir. Bu nedenle, “*X ülkesinde yapılan bir araştırmaya göre kimyasal kastrasyon uygulanan cinsel suç faillerinin %Y’si daha az suç işlemiştir. O halde kimyasal kastrasyon tekerrürü önlemektedir.*” gibi önermelerin bilimsel olmadığı ve dikkate alınamayacağı aşikardır. Nitekim kimyasal kastrasyon özünde, kişideki testosteron seviyesinin düşürülmesini sağladığına göre; genel bir ifadeyle, cinsel suç faillerini yüksek testosteron seviyesinin eyleme geçirdiği yönünde bir sava dayandığı ileri sürülebilir. Bu bağlamda çalışmamızda, cinsel suç failleri ile uygulanan yöntemler arasındaki ilişkiler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ardından, kimyasal kastrasyonun farklı hukuk sistemlerinde nasıl uygulandığı ele alınarak, 27 Nisan 2018 itibarıyla Türk hukukundaki durum üzerinde durulacak ve kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği tartışılmaya çalışılacaktır. Son olarak, tartışma kısmında bu yöntemin muhtemel artıları ve eksileri değerlendirilerek, hukuki ilkeler ışığında bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

II. KİMYASAL KASTRASYON UYGULAMASINA GENEL BAKIŞ

A. YÖNTEM VE UYGULANMASI

Kastrasyon kişideki cinsel dürtüleri bastırmaya yönelik uygulanan işlemdir. Cerrahi ve kimyasal yöntemler en yaygını olmakla birlikte, farmakolojik olmayan farklı yöntemlerin de olduğu belirtilmektedir.³ Çalışmamızda yalnızca kimyasal kastrasyon üzerinde durulacaktır. Fakat, öncelikle daha eski bir yöntem olan ve asıl kastrasyon işlemini ifade eden *cerrahi kastrasyonun* kısaca açıklanması isabetli olacaktır. Erkeklerde cerrahi kastrasyon (*orşiektomi*), testislerin vücuttan cerrahi yolla alınması şeklinde uygulanmakta olup; bu yolla testosteron⁴ üretiminin

çalışmamızda ilgili bölümde yer verildiği üzere, cinsel suç faillerine bu yöntemin uygulanması hala pek çok açıdan tartışılmakta ve eleştirilmektedir.

3 Erhan Temel, “Hadımlaşırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.116-117

4 Testosteron, erbezlerinin salgıladığı androjen grubundan bir steroid hormondur. Erkeklik hormonu olarak da bilinir. Androjen ise, erkeklerde büyümeyi ve ikincil eşey özelliklerinin gelişmesini sağlayan steroid grubudur. bkz.: Zeycan Güzelsoy, “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması” *İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Tez Yöneticisi: Yrd.Doç.Dr. Yusuf Tunç Demircan), 2014, s.8

önemli ölçüde azaltılması hedeflenmektedir. Günümüzde prostat kanserinin tedavisinde, tıbbi endikasyon durumunda ve geçmişte ise pek çok farklı amaçla (Orta Doğu'da harem bekçilerinde, İtalya'da soprano ve kontralto sese sahip erkek çocukların seslerini korumak amacıyla vb.) uygulanan bu yöntemin geri çevrilmesi mümkün değildir. *Sterilizasyon* ise, kadında veya erkekte kısırlaştırma amacıyla yapılan cerrahi uygulama olup, kastrasyondan farklıdır. Sterilizasyonda kişinin hormon düzeylerine bir müdahalede bulunulmamaktadır.⁵

Kimyasal kastrasyon, testosteron üretimini azaltacak şekilde vücuda dışarıdan ilaç verilmesi işlemidir. Yöntemin uygulanmasında Avrupa ve Kanada'da *ciproteron acetate* (CPA); ABD'de '*medroxyprogesterone acetate*' (MPA) kullanılmaktadır.⁶ MPA aynı zamanda kadın doğum kontrolünde kullanılan bir ilaç olup, ticari olarak en yaygın *Depo Provera* adıyla satılmaktadır. FDA (Food and Drug Administration)⁷ tarafından yalnızca doğum kontrolünde kullanılmak üzere onaylanan ilaç; kimyasal kastrasyon için onaylanmamıştır.⁸ CPA ise etken madde olarak İngiltere ve Galler'de satılan, *Androcur* isimli prostat kanseri ilacında bulunmaktadır. MPA 1958'de geliştirilmiş ve ilk olarak doğum kontrol amacıyla kullanımına başlanmıştır; CPA ise 1973 yılında Avrupada cinsel sapık özellikleri gösterenlere uygulanacak ilk antiandrojen olarak onaylanmıştır. Bunların yanında son yıllarda testosteron düzeyini düşürmek için farklı ilaçlar⁹ da kullanılmaya başlanmıştır.¹⁰

Kimyasal kastrasyon, kişinin cinsel faaliyetlerini tamamen ortadan kaldırmayıp, özellikle kendiliğinden olan cinsel dürtüleri büyük ölçüde azaltmaktadır. Bu doğrultuda üreme yeteneği tamamen yok edilmediği gibi, cinsel açıdan uyarılması zor olmakla birlikte mümkündür. Yöntem düzenli aralıklarla, – örneğin haftada bir – süresiz biçimde uygulanmaktadır. Yani uygulandığı

- 5 Tefik Sönmez Küçük, "Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi" *GÜHFD*, C:19, S:4, 2015, s.300; Caner Yenidünya, Yusuf Yaşar, "Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?", *TAAD*, S:14, 2013, s.174, 176
- 6 Bu, sentetik progesterondur. bkz.: Edward A. Fitzgerald, "Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender", *American Journal of Criminal Law*, V:18, no:1, 1990, p.2, www.heinonline.org (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- 7 FDA, ABD'de sağlık bakanlığına bağlı olarak çalışan gıda, ilaç, medikal ürünler vb. konusunda yetkili ve sorumlu kuruluştur.
- 8 Öncesinde ilacın, kadınların doğum kontrolünde kullanımı; köpeklerde meme kanserine, maymunlarda ise rahim kanserine yol açtığından FDA tarafından yasaklanmış idi. Ancak WHO, ABD Uluslararası Gelişim Kurumu ve Uluslararası Aile Planlaması Federasyonu tarafından bu ilacın doğum kontrolünde kullanılması önerilmiştir. Sonraki araştırmaların, MPA'nın insanlarda kanserojen etkisinin olmadığını göstermesine dayanılarak, günümüzde belirtilen ticari adla doğum kontrolünde kullanılmaktadır. bkz: Fitzgerald, *a.g.e.*, s.8
- 9 Bu ilaçlar ve etken maddeleri hk. bkz.: Ayten Erdoğan, "Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, C:2, S:2, 2010, s.153, http://www.capps.org/archives/vol2/no2/cap_02_08.pdf ,(çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00.
- 10 Tanya Simpson, "If Your Hands Causes You to Sin"...Florida's Chemical Castration Statute Misses the Mark", *Florida State University Law Review*, V:34, 2007, p.1224, https://heinonline.org , (online) E.T.:25.03.2018 13:00; Güzelsoy, *a.g.e.*, s.12; Yenidünya/Yaşar, *a.g.e.*, s.179; Kirsten Jordan et al., "The Role of Testosterone in Sexuality and Paraphilia—A Neurobiological Approach. Part II: Testosterone and Paraphilia", *The Journal of Sexual Medicine*, V:8, 2011, p.3014-3016 , https://heinonline.org , (online), E.T.:25.03.2018 13:00; Ryan Cauley, "Is Chemical Castration a Progressive or Primitive Punishment? Balls are in Your Court, Iowa Legislature", *The Journal of Gender, Race & Justice*, V:17, 2014, p.496-497, https://heinonline.org , (online), E.T.:25.03.2018 13:00

müddetçe etki göstermekte; uygulama bırakıldığında etkileri de geçmektedir. Bu, aynı zamanda failde kalıcı bir etki sağlamadığı ve aksi yönde karar alınmadığı takdirde ömür boyu uygulanacağı anlamına gelmektedir. Kimyasal kastrasyon, vücuttaki testosteron hormonunu baskılamakta ve hem biyolojik hem de psikolojik bir değişime neden olmaktadır. Bu nedenle kimyasal kastrasyon genellikle psikoterapik tedaviyle birlikte uygulanmaktadır. Gerçekten, psikoterapik yöntemler cinsel suç faillerine uygulanan en yaygın farmakolojik olmayan tedavi yöntemlerinden olup; özel önleme amacına hizmet etmektedir. Ayrıca, kimyasal kastrasyon uygulanan kişinin psikolojik ve biyolojik açıdan yeni durumuna alışması konusunda da ayrı bir önem arz etmektedir.¹¹

B. LEHİNE GÖRÜŞLER

Cinsel suçların önüne geçilmesi ve tekrerrün¹² önlenmesi konusunda bir yöntem olarak kimyasal kastrasyon, özellikle cerrahi kastrasyona alternatif olarak son yıllarda önerilmektedir. Bu hususta yöntemin hem aleyhine hem de lehine görüşleri sürülmekte ve günümüzde dahi bir uzlaşıya varılamamaktadır. Yöntemin lehine olan argümanları dört başlık altında toplamak mümkündür. Buna göre kimyasal kastrasyon:

1) *Faili rehabilite ederek tekrerrürü önlemektedir.* Kimyasal kastrasyon uygulanması lehine ileri sürülen en önemli argüman budur. Yöntemin uygulandığı cinsel suç faillerinin tekrar suç işleme oranlarının, uygulanmayanlara göre daha düşük olduğu öne sürülmektedir. Bu argümana, yöntemin failin iyileşmesini sağladığı; suç işleme yönündeki düşüncelerinden kurtulup, sağlığına kavuştuğu yönündeki görüş de eklenebilir. Genel kaniye göre yöntemin uygulanmasının alternatifi özellikle parafillerin bir enstitüye veya infaz kurumuna kapatılmasıdır.¹³ Ancak kişi serbest bırakıldığında parafilik durumu devam ettiği için topluma hala bir tehlike oluşturduğu ve yeniden suç işleyebileceği ifade edilmekte; dolayısıyla hapsedilmenin bu vakalarda çözüm olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁴ Bunun yanında, kimi cinsel suç faillerinin parafilik durumlarından kurtulmak istediği, kimyasal kastrasyonu kabul ederek hayatlarının kontrolünü yeniden ellerine alabileceği, özsaygılarını kazanarak toplumla yeniden bağ kurabileceği de ifade edilmektedir.¹⁵

2) *Caydırıcılık sağlayacaktır.* Hapis cezalarının yeterince caydırıcı olmadığı, cezanın genel ve özel önleme fonksiyonuna yeterince hizmet etmediği; buna karşılık kimyasal kastrasyonun ileride işlenecek suçlar açısından caydırıcı özellik göstereceği genel olarak ileri sürülmektedir.

11 Cauley, *a.g.e.*, p.506; Küçük, *a.g.e.*, s.304; Erdoğan, *a.g.e.*, s.151vd.

12 Çalışmamızda 'tekrerrür' (ve 'tekrar suç işleme') kavramları ile, yalnızca aynı suçun tekrar işlenmesi değil; cinsel bir suç işleyen failin sonradan bir başka suç işlemesi kastedilmekte olup; İngilizce'deki 'recidivism'in karşılığı olarak kullanılmaktadır.

13 Bu durum, çeşitli ülkelerde ceza ve yaptırım hukuku bakımından farklılık arz etmektedir. Aşağıda çeşitli hukuk sistemlerinde nasıl uygulandığı ele alınmaktadır. bkz: *Infra*, § 5-a *Yabancı Ülke Hukuklarında Kimyasal Kastrasyon*

14 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.19

15 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.22

3) *Geri çevrilebilirdir.* Cerrahi kastrasyonun taşıdığı en büyük olumsuz yönün geri dönüşünün olmadığı, ilkel ve barbarca olduğu ifade edilmektedir. Buna karşılık kimyasal kastrasyon uygulamasına son verildiğinde etkileri kısa süre içerisinde ortadan kalkmakta, kişi yeniden cinsel dürtü hissedebilmektedir. Buna göre, hormon uygulaması bırakıldıktan kısa bir sonra kişi yeniden cinsel dürtü hissedebilmekte, testosteron seviyesi eski haline dönmektedir.¹⁶ Özellikle adli hatalar hususunda cezaların geri çevrilebilir olmasının yanında, bölünebilirliğinin de önemli olduğu düşünüldüğünde; bu argümanın oldukça önemli olduğu söylenebilir.

Aşağıda, kimyasal kastrasyon uygulamasının yan etkilerine yer verilmektedir. Bu konuda çalışmalar yürüten *Fitzgerald*, 1990 yılında yayımlanan makalesinde, pek çok ilaç tedavisinde çeşitli yan etkilerin görülebileceğini, MPA'nın yan etkilerinin nadiren ortaya çıktığını; ayrıca MPA tedavisi sona erdirildiğinde yan etkilerin de ortadan kalktığını belirtmiştir. Bununla birlikte, MPA'nın uzun vadeli etkilerinin neler olduğunun bilinmediğini; o güne kadar yöntemin çok dar bir grup üzerinde denendiğini; dolayısıyla mükerrirlik üzerindeki etkilerinin ve ilacın kullanımında doğru dozajın henüz bilinmediğini de ifade etmektedir.¹⁷

4) *Ekonomik açıdan hapis cezasına göre daha tercih edilebilirdir.* Kimyasal kastrasyonda kullanılan ilaçların, failin cezaevinde kalmasına göre daha ekonomik olduğunu savunan bu görüş, aynı zamanda failin özgürlüğünden yoksun bırakılmayarak, çalışma hayatına katılmasını sağlayacağını da belirtmektedir. Bu argümanın savunucuları ceza infaz kurumlarındaki yer sorunlarının keyfi koşullu salıverilmelere neden olduğunu; bunun sonucunda özellikle diğer suçlar bakımından fail ile mağdurun yüz yüze gelmesinin olası olduğunu da dile getirmektedirler.¹⁸

C. ALEYHİNE GÖRÜŞLER

Kimyasal kastrasyon yönteminin aleyhine olan görüşlerin şu başlıklar altında toplanması mümkündür:

1) *Zannedildiği gibi tekerrürü önlediğine yönelik bilimsel bir bulgu yoktur.* Bu husus hala tartışılmakta olup, aşağıda meta-analiz¹⁹ sonuçlarına yer verilmektedir. Kısaca ifade etmek gerekirse, cinsel suç faillerinin büyük bölümünde tekerrürün önlenmesinde asıl etkili olanın kimyasal kastrasyondan ziyade psikoterapi olduğu düşünülmektedir.

16 Simpson, *a.g.e.*, p.1225; Güzelsoy, *a.g.e.*, s.13-14

17 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.7

18 Yenidünya/Yaşar, *a.g.e.*, s.180; Fitzgerald, *a.g.e.*, s.17; Güzelsoy, *a.g.e.*, s.65

19 "Meta analizi, ilişkili fakat bağımsız çalışma sonuçlarının niceliksel gözden geçirilmesi ve sentezi olarak tanımlanabilmektedir.(...) Aynı konudaki farklı çalışmalardan bilgi toplayarak yapılan birleştirme analizi, sadece tek bir çalışmaya dayanan analizden daha fazla istatistiksel güce sahip olacaktır." bkz.: Ender Çarkungöz, Bülent Ediz, "Meta Analizi", *Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, C:28, S:1, s.33, [http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ulufd/article/viewFile/500.006.1623/500.005.8084_\(çevrim_ıci\).E.T.:25.03.2018_13:00](http://dergipark.ulakbim.gov.tr/ulufd/article/viewFile/500.006.1623/500.005.8084_(çevrim_ıci).E.T.:25.03.2018_13:00)

- 2) *Kimler üzerinde uygulanacağı fiilen muğlak kalmaktadır.* Aşağıda açıklandığı üzere, kimyasal kastrasyonun parafilik vakalarda uygulanması kimi çevrelerce önerilmektedir. Fakat bir kimseye parafil teşhisinin konulması ve kimin parafil olduğunun veya cinsel psikopati ile davranışını gerçekleştirdiğinin tespiti oldukça zor olduğu gibi, bunların tanımlarının da oldukça muğlak olduğu; toplum için tehlike yaratan ve yaratmayan ayrımının yapılmasının son derece güç olduğu belirtilmektedir.²⁰
- 3) *Gerçek bir çözüm metodu değildir.* Lehine olan görüşlerde belirtildiği gibi, MPA uygulaması bırakıldığında kişi 7-10 gün içerisinde eski haline dönebilmektedir. Bu durum, yöntemin aslında son derece riskli bir özelliğini de ortaya koymaktadır. Zira, cinsel suç faili olan bir parafilin bu şekilde 'etkisizleştirildiği' iddia edilse bile; tedavi²¹ yarım bırakıldığında kişi yeniden eski haline dönmektedir.²² Bu nedenle uygulamanın takibinin klinik olarak çok sıkı biçimde yapılması ve sonlandırılması için de psikiyatrik değerlendirme gereklidir. Bugüne dek yapılan çalışmalarda yöntemin uygulanması bırakıldıktan sonra testosteron seviyesinde ciddi bir artışın yanında, tekrar eylemde bulunma oranlarında sıçrama görülmektedir. Bunun yanında, failerin yöntemin etkilerini azaltmak için dışarıdan testosteron hormonu aldığı da gözlemlenmiştir. Özellikle koşullu salıverilmenin bir şartı olarak uygulanan MPA'da, failin dışarıdan testosteron alıp almadığı veya MPA tedavisini aksatıp aksatmadığı, düzenli aralıklarla gerçekleşen psikoterapi görüşmelerinde veya koşullu salıverme kurulu ile gerçekleşen görüşmelerde anlaşılabilir.²³ Dolayısıyla yöntemin denetiminin sıkı şartlara bağlanması gerekir; ancak bu her zaman mümkün olmayabilir.²⁴ Bununla birlikte, özellikle takibin sıkı biçimde yapılmadığı ülkelerde bu durum çok daha ciddi sorunlara yol açabilir. Nitekim, aşağıda yer verilen meta-analiz çalışmalarında görülebileceği üzere, tedaviyi yarım bırakan failerin tekrerrür oranı oldukça yüksektir.

Ayrıca MPA uygulamasının kalıcı bir çözüm olmadığı, ancak uygulandığı sürece bir tedavi yöntemi olarak görülebileceği ve yalnız belirli şartları taşıyan kişilerde işe yarayabileceği de ileri sürülmektedir. Bu şartlar; failin tedavi için gönüllü olması, antisosyal kişilik patolojisi olmaması, ciddi madde bağımlılığı sorunu olmaması, dozajın uygun miktarda verilmesi ve buna rıza gösteren bir partnerin varlığı şeklinde belirtilmektedir.²⁵

- 4) *Çok ciddi yan etkileri vardır.* Parafil teşhisi konulmuş bir kimseye cinsel dürtülerin durdurulması için normal şartlarda haftalık olarak 100-500 mg. MPA uygulanmaktadır. Bunun kadınlarda doğum kontrolü için kullanılan miktarın 8,6 ila 43,3 katı olduğu; ve çok

20 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.11-12

21 Yöntemin hukuki niteliği, bir tedavi olup olmadığı aşağıda ele alınmaktadır. Yararlanılan kaynaklarda genellikle "tedavinin yarım bırakılması" ifadesi geçtiğinden, biz de kavramsal karışıklığa yol açmamak adına çalışmanın bu kısmında bu ifadeyi kullanmaktayız.

22 Martin Schmucker, Friedrich Lösel, "Does sexual offender treatment work? A systematic review of Outcome Evaluations", *Psicothema*, V:20, 2008, p.16 <http://www.psicothema.com/pdf/3423.pdf>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00

23 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.17

24 Erdoğan, *a.g.e.*, s.153; Yenidünya/Yaşar, *a.g.e.*, s.180-181

25 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.9

ciddi yan etkilere yol açtığı ifade edilmektedir. En önemlileri kemik mineral yoğunluğunun geri dönüşü olmayacak biçimde tükenmesi (osteoporoz ile kemik kırılabilirliğinin artması), kardiyovasküler hastalıklar olmak üzere, göz ardı edilemeyecek ölçüde ciddi pek çok başka yan etkileri de vardır. Bunlar: Şeker hastalığı (diyabet), düzensiz safra kesesi işlevi, divertikülit, hiperglisemi, serebrovasküler bozukluklar (beyin damar hastalıkları), epilepsi, astım ve böbrek fonksiyon bozukluğunun artması, jinekomasti, bacak krampları, vücutta kıl kaybı, kilo alımı, “pulmoner embolizm”, sperm sayısının azalması, “artmış glukoz yüküne hiperinsülinemik yanıt”, yorgunluk, letarji, testiküler atrofi, sıcak ve soğuk basma, flebit, baş ağrısı, uykusuzluk, mide bulantısı, kabuslar, nefes darlığı, artmış bazal vücut ısısı, halsizlik, depresyon ve kas kitlesi kaybıdır.²⁶ Sayılanların yanında kimyasal kastrasyonun uygulanması sırasında kişinin sperm kalitesinin düştüğü, partnerinin gebe kalması durumunda ise fetusta deformasyona sebep olduğu; ceninise olumsuz yönde etkilendiği, engelli yahut ölü doğabileceği ifade edilmektedir.²⁷

Kimyasal kastrasyonun, cerrahi kastrasyona göre en büyük avantajının geri çevrilebilir niteliği olduğu ifade edilmektedir. Oysaki, özellikle kimi parafili vakalarında uygulama en az 3-5 yıl sürmekte; bu da ciddi yan etkilerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır.²⁸ Bu durum aynı zamanda tıp etiği açısından da ciddi bir sorun olarak yer almaktadır.²⁹ Olası zararlı sonuçların önüne geçilmesi için yöntemin uygulandığı kişilerin yakından izlenmesi ve en ufak bir yan etki veya komplikasyonda müdahale edilmesi gerektiği belirtilmektedir.³⁰

5) Yöntem *insan onuruna aykırı ve küçük düşürücü niteliktedir*. Bu konu aşağıda hukuki boyutuyla ele alınacak olmakla birlikte, kimyasal kastrasyon aleyhine öne sürülen en önemli argümanlardan biri de budur. Özellikle yan etkileriyle birlikte düşünüldüğünde, kişinin yaşamsal faaliyetlerine olan etkisi bir yana; meme büyümesi, ses incelmeye, kıl ve saç kaybı vb. etkileri nedeniyle toplum içerisinde yaşamasını oldukça güçleştirici olduğu bu kapsamda ileri sürülmektedir. Bu doğrultuda yöntemin sıra dışı ceza ve küçük düşürücü muamele kapsamında değerlendirilebileceği ifade edilmektedir.³¹

26 Simpson, *a.g.e.*, p.1225; Stacy Russell, “Castration of Repeat Sexual Offenders: An International Comparative Analysis”, *Houston Journal of International Law*, V:19, 1997, p.438; Jordan et al., *a.g.e.*, s.3017; John F. Stinneford, “Incapacitation through Maiming: Chemical Castration, Eight Amendment, and the Denial of Human Dignity”, *University of St. Thomas Journal*, V:3, 2006, p.568, <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=ustlj>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00; Adnan Ataç, “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.172-173

27 Küçük, *a.g.e.*, s.313; Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:17, 2011, s.120

28 Yöntemin kişinin ömrü boyunca sürebileceği de ifade edilmektedir.

29 bkz: *Infra*, § 6: Kimyasal Kastrasyonun Hukuki Niteliği

30 Joo Yong Lee, Kang Su Cho, Chemical Castration For Sexual Offenders: Physicians' Views: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3565125>, (online) E.T.:25.03.2018 13:00

31 bkz: *Infra*, § 5/b-3: Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Kimyasal Kastrasyon Uygulanması Mümkün müdür?

III. CİNSEL SUÇLAR VE FAİLLERİNİN GENEL ÖZELLİKLERİ

Kimyasal kastrasyonun cinsel suç faillerine uygulanması önerilmektedir. O halde, bunun etkili bir yöntem olup olmadığının ortaya konulabilmesi için öncelikle cinsel suçların neler olduğunu, hangi durumlarda ve nasıl işlendiğini, bunların faillerinin özelliklerini; karakteristik yapılarını, hangi koşullarda ve hangi nedenlerle / saikle davranışlarını gerçekleştirdiklerini incelemek gerekmektedir. Gerçekten, her cinsel suç failini aynı kapsamda ele almak mümkün değildir. Kimyasal kastrasyonla vücuttaki testosteron hormonu düşürüldüğüne göre, cinsel suçların önüne geçmede savunulmasının altında, kişideki testosteron seviyesini düşürerek bir daha cinsel suç işlenmeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Dolayısıyla cinsel suçların işlenmesi faillerdeki yüksek testosteron hormonuna bağlanmakta; yahut kişinin cinsel dürtüleri yok edilerek cinsel suçlar açısından kapasitesizleştirilmeye (etkisiz kılmaya) çalışılmaktadır. Öyleyse bu düşüncenin doğru olup olmadığını görmek için, cinsel suçların ve faillerinin üzerinde durulması gerekmektedir.³²

Cinsel suçlar³³ aracılığıyla kişilerin cinsel dokunulmazlıkları ve cinsel özgürlüklerinin korunması amaçlanmaktadır³⁴. Bu suçlar genellikle; fiziksel temas gerektirmeyen, sözle vb. de işlenebilen cinsel taciz suçları; fiziksel temas suretiyle yahut vücuda organ veya cisim sokmak suretiyle gerçekleştirilen cinsel saldırı suçları (tecavüz)³⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. Mağdurlarının çocuk olması da mümkün olduğundan, yasalarda çocuklara karşı gerçekleştirilen cinsel suçlar özel olarak düzenlenmektedir. Bunun yanında teşhircilik, röntgencilik, fuhşa zorlama veya çocuklara müstehcen nitelikli görüntüler gösterilmesi vb. suçlar da ceza kanunlarında genellikle yer bulmaktadır. Söz gelimi Türk Ceza Kanunu'nda cinsel taciz, cinsel saldırı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve çocukların cinsel istismarı "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" altında düzenlenmekte iken; teşhircilik, müstehcenlik, fuhşa teşvik vb. "Genel Ahlakı Karşı Suçlar" altında düzenlenmektedir. Ancak, TCK m.105/2-e'de görülebileceği üzere cinsel tacizin teşhircilik suretiyle işlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte, ceza kanunumuzdaki çocukların cinsel istismarı suçunun onlara karşı gerçekleştirilen hemen her türden cinsel davranışı kapsadığı görülmektedir.

Toplumda işlenen her suçun meydana çıkmaması ve resmi kayıtlara girmemesi mümkündür. Özellikle cinsel istismar vakaları ve bunlar içinden pedofillerin işlediği suçlar, genellikle tespit edilemeyebilmektedir.³⁶ İfade edilmektedir ki, bu şekilde işlenen suçlar çoğunlukla yıllarca

32 Cinsel suç faillerine aynı zamanda psikoterapik tedavi yöntemlerinin de uygulandığı bilinmektedir. Bu konu aşağıda incelenmeye çalışılacak olmakla birlikte, bu başlık altında cinsel suçlar ve failleri ele alınarak, kimyasal kastrasyonun hangi etmenlerin üzerinde etki doğurmasının beklendiği tartışılacaktır. Söz gelimi, bir pedofilin eylemlerinin altında testosteron hormonunun yüksekliği değil de; başka birtakım nedenlerinin olduğunun anlaşılması halinde, kimyasal kastrasyon uygulanması anlamsız olacaktır. Zira failin belki gerçekten de tecavüz (nitelikli cinsel saldırı) fiilini işlemesi olanaksız olacak; fakat örneğin teşhircilik fiilini gerçekleştirmesine bir etkisi olmayacaktır.

33 Hukuki açıdan doğru ifade 'cinsel özgürlüğe karşı suçlar' olmakla birlikte, anlam bütünlüğünü korumak adına genellikle kriminolojik eserlerde kullanılan 'cinsel suçlar' şeklinde ifade etmeyi tercih etmekteyiz.

34 Veli Özer Özbek vd. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10.bs., Ankara, 2016, s.314-315

35 Çalışmamız boyunca nitelikli cinsel saldırı olarak bahsedilen suç tipi, halk arasında tecavüz olarak adlandırılan, vücuda cisim veya organ sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçunu ifade etmektedir.

36 Erdoğan, a.g.e., s.132

sürmekle birlikte gizli kalmaktadır.³⁷ Bunun nedenleri arasında çocukların kendilerine yönelik davranışların yanlış olduğunu bilmemeleri, yaşadıklarını nasıl anlatacaklarını bilememeleri, başından geçenleri anlatırlarsa başlarının derde gireceğinden korkmaları vb. sayılabilir. Bununla birlikte altını çizmek gerekir ki, çocukların cinsel istismarı (ks. çocuk istismarı / cinsel istismar) vakalarının tümü pedofiller tarafından gerçekleştirilmemektedir. Hatta, aşağıda açıklandığı üzere, pedofiller tarafından işlenenler, tüm istismar vakaları içinde küçük bir orana tekabül etmektedir. Pedofillerinse çoğunun erkek olduğu, kadın pedofillerin de olduğu; fakat bu vakalardaki siyah sayıların çok daha yüksek oranda olduğu; bir istatistiğe göre çocuk istismarı faillerinin %1 ila 6'sının kadın olduğu ifade edilmektedir.³⁸

Cinsel suçlar her zaman fiziksel temas içermemekte, çoğu zaman temas olmaksızın da gerçekleşebilmektedir. Röntgenicilik, teşhircilik, çocukları soyarak seyretme vb. durumlar buna örnek gösterilebilir. Ayrıca cinsel istismar vakalarının nadiren impulsif ve ani bir davranış olarak ortaya çıktığı; çoğu zaman önceden planlandığı ifade edilmektedir.³⁹ İstismar faillerinin genellikle zor kullanma olmaksızın önce masum dokunma ile başlayıp sonra uygunsuz dokunma, porno izlettirme gibi birçok fiziki manipülasyon ve duyarsızlaştırma yöntemi kullandıkları belirtilmektedir.⁴⁰ Ne var ki, cinsel suç faillerinin özelliklerine bakıldığında aslında oldukça heterojen yapıda bir dağılım sergiledikleri görülmektedir. Birçoğunun ise, diğer suç faili gruplarına benzediği; antisosyal eğilime sahip, mağdurla empati yeteneği az olan ve ofansif tavırlara sahip kişilerden oluştuğu dile getirilmektedir.⁴¹ O halde, cinsel suç faillerinin karakteristik özelliklerine göre nasıl sınıflandırıldıklarını ele almakta yarar vardır.

Groth vd., 1977 yılında somut vakalar üzerinden bir inceleme yaparak tecavüz faillerinin karakteristiğini ortaya koymaya çalışmıştır. Bu konudaki çalışmaların öncülerinden sayılabilecek araştırmada *Groth vd.*, tecavüz her ne kadar nitelik itibarıyla cinsel bir fiil olsa da; altında yatan güdünün cinsel olmaktan çok, güç gösterisi ve öfke kaynaklı olduğunu tespit etmiştir. Bu doğrultuda, tecavüz faillerini güç pekiştirme ve güç gösterisi için suç işleyenler ile öfkeyle tahrik olan ve öfkesini dışa vurmak için suç işleyenler şeklinde ayırmıştır.⁴² *Hazelwood* ise yaptığı çalışmalarda bu fail gruplarına, ani olarak dürtüleriyle harekete geçen *fırsatçı tecavüz faillerini* ve *grup tecavüzü faillerini* eklemiştir. Bu kapsamda *Hazelwood*, dürtüleriyle harekete geçen (fırsatçı) faillerin genellikle bir plan kapsamında hareket etmediğini ve çoğunlukla da yakalandığını, cinsel saldırı suçlarının çoğunu bu grubun işlediğini belirtmektedir. Bu fail grubu genellikle başka bir suç işlerken fırsatını bulduğunda (cinsel amaçla) cinsel saldırı suçunu da işlemektedir. Örnek olarak, eve hırsızlık amacıyla giren kişinin o sırada evde bulunan bir kadına tecavüz etmesi verilebilir. *Hazelwood* bunun yanında bir de *ritüelistik cinsel suç fail grubu* olduğunu belirtmektedir. Bu grup

37 A.e. s.135

38 İpekçioğlu, a.g.e., s.109

39 Erdoğan, a.g.e., s.137-140

40 Güzelsoy, a.g.e., s.70-72

41 Stinneford, a.g.e., s.569

42 A. Nicholas Groth, Ann Wolbert Burgess, Lynda Lytle Holmstrom, "Rape: Power, Anger and Sexuality", *The American Journal of Psychiatry*, V:11 (134), 1977, p.1239-1243

diğerlerine göre sayıca daha az olmakla birlikte, genellikle farklı parafilik duruma sahip, yaygın bir fantezi hayatı olan, özenle oluşturulmuş bir plan dahilinde hareket eden ve yakalanma oranı daha düşük olan faillerden oluşmaktadır.⁴³

Groth'un cinsel suç failleriyle ilgili kategorizasyonundan yola çıkan bir grup araştırmacı, toplumun kültür yapısının ve cinselliğe bakış açısının da cinsel saldırı suçlarına yansıtacağını belirleyerek; Türkiye'ye özgü bir fail sınıflandırması oluşturmuştur. Çalışmada yalnızca kadına yönelik değil, erkeklere ve çocuklara yönelik cinsel suçlardaki motivasyonlar da değerlendirilmiştir. Bu bağlamda *Groth'un* belirlediği güç ile öfke güdülü cinsel suç faillerinin yanında; fırsatçı tecavüz failleri; salt cinsel tatmin amacıyla cinsel istismar gerçekleştirenler; cebir ve tehdit ile cinsel saldırıda bulunanlar; mağdurun yaş küçüklüğü, zeka geriliği vb. durumlardan yararlananlar; mağdurun rızasıyla gerçekleşen akran tecavüzü ve sosyal normları istismar eden tecavüz failleri (kendisiyle evlenmek istemeyen mağdura tecavüz ederek evlenmeyi sağlama) gibi kategoriler oluşturulmuştur.⁴⁴

Çocukların cinsel istismarı konusunda *Gölge*, bugün yapılan sınıflandırmaların hiçbirinin tam olarak yeterli olmadığını dile getirmektedir. Bu konuda, *Groth'un* sınıflandırmasının yaygın olarak kullanıldığını belirterek, bu failerin iki grupta ele alındığını ifade etmektedir. İlk grup yaşlılarıyla cinsel ilişki kurmakta yetersiz olan, cinsel olgunluğa ulaşamamış ve ısrarla çocuklarla cinsel ilişki kurmayı isteyen *takılmış çocuk tacizcileri* iken, ikinci grup kendi yaşlılarıyla da ilişki kurabilen ve partnerleri olabilen; ancak özellikle yoğun stres dönemlerinde dürtüsel olarak bir çocuğa yönelen, *regrese çocuk tacizcileridir*.⁴⁵ Bir diğer sınıflandırma ise, *Dietz* tarafından *durumsal çocuk tacizcileri* ile *seçimsel çocuk tacizcileri* şeklinde yapılmaktadır. Bu sınıflandırmadaki ilk grubun asıl yönelimi çocuklar değildir. Bunlar da kendi içinde *regrese olanlar*, *ahlaken fark gözetmeyenler*, *cinsellikte fark gözetmeyenler*, *yetersiz olanlar* şeklinde ayrılmaktadır. İkinci grubunsa yönelimi özellikle çocuklardır. Bunlar ise kendi içinde *baştan çıkarıcı olanlar*, *içe dönük olanlar*, *sadistik olanlar* şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bu grupları kısaca açıklamak gerekirse; *regrese grup* genellikle düşük özgüven sahibi kişilerden oluşmakta ve uygun ortam oluştuğunda çocuğu cinsel ilişkiye zorlayarak eylemlerini gerçekleştirmektedir. *Ahlaken fark gözetmeyenler* yaşamlarında genel olarak ahlaki kaygı gütmeyen, yalan söyleyen, çalan, aldatan vb. kimseler olup; çocukları da "Niçin olmasın?" diyerek istismar etmektedirler. *Cinsellikte fark gözetmeyenler* çocuklara yönelik özel bir yönelimleri olmasa da heyecan duyma amacıyla istismarda bulunurlar. *Yetersiz olanları* ise belirgin biçimde tanımlamak zordur; genellikle sosyal açıdan uyumsuz, psikiyatrik bozukluklara sahip kimselerdir. *Baştan çıkarıcı olanlar* olarak tanımlanan grup, genellikle sözle vb. iletişim kurarak ve yetişkin otoritesini kullanarak, çocukları baştan çıkarır ve onlarla

43 Robert R. Hazelwood, Janet I. Warren, "The Sexually Violent Offender: Impulsive or Ritualistic", *Aggression and Violent Behavior*, V:5, I:3, 2000, p.269-270, 272vd.; Zeynep Belma Gölge, "Cinsel Saldırıda Etkili Faktörler ve Suçlu Profili", *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. M. Fatih Yavuz, Prof. Dr. Şahika Yüksel), 2005, s.25-33

44 ZB. Gölge, MF. Yavuz, İ. Başol, "Classifying Rape Cases in Turkey", *Forensic Science International*, V:136, 2003, p.296-297, Akt. Gölge, a.g.e., s.33-34

45 Yazar 'tacizci' sözcüğünü kullandığından, biz de burada aynı sözcüğü kullanmaktayız. Ancak, tacizci ile ifade edilenin, çalışmanın bütününe *istismar* olarak tanımlanan hususa karşılık geldiğini belirtmemiz gerekir.

birlikte olurlar. Kadınlar oğlan, erkeklerse kız çocuklarını baştan çıkarma yöntemine başvurur. *İçe dönük olanlar* genellikle onları cezbedecek özelliklere sahip olmadığından sınırlı bir iletişim kurarak çocuklarla cinsel ilişkiye girmektedir. Genellikle çocuk parklarının etrafından çocukları kaçıran steryotipe benzetilir ve gizlenmek için evlenip aile kurabilirler. Genellikle öz çocuklarını bebeklikten itibaren taciz ettikleri de belirtilmektedir. Son olarak *sadistik* olanlarsa çocuğa acı çektirerek cinsel uyarım duyarlar. Bunun sonucunda mağdurları öldürebildikleri de ifade edilen bu gruba dahil failer diğerlerine göre sayıca daha azdır. Bu kategoriler genel olarak değerlendirildiğinde, *tercihsel çocuk tacizcileri* pedofili kriterlerini karşılamaktadır. *Durumsal tacizcilerin* ise sayıca, *tercihsel çocuk tacizcilerinden* fazla olduğu belirtilmekle birlikte; tercihsel tacizci failer genellikle yaşamları boyunca çok sayıda çocuğu taciz ve istismar etmektedir.⁴⁶

Bu konuda çalışan araştırmacı ve uzmanlar Groth'un sınıflandırmasından da yararlanarak, başka bir sınıflandırma daha yapmakta ve cinsel suç işleyen failerin genellikle dört gruba ayrıldığını ifade etmektedir.⁴⁷ İlk gruptaki failer gerçekleştirdikleri cinsel davranışların antisosyal niteliğini, suç olduğunu kabul etmemektedir. İkinci gruptakiler davranışlarının suç teşkil ettiğinin farkında olmakla birlikte, bu şekilde davranmalarının nedenini cinsel veya kişisel nedenler dışındaki alkol, uyuşturucu madde, stres vb.ne bağlamaktadır. Üçüncü gruptakiler davranışları cinsel dürtülerden kaynaklanmayan; güç, şiddet veya öfke gibi nedenlerle suçu işleyenlerdir. Dördüncü ve son gruptakiler ise, belirli bir fantezi doğrultusunda cinsel uyarılma, ereksiyon ve boşalma davranışı sergileyen parafillerdir.⁴⁸

Görüldüğü üzere, cinsel suç faileri çok çeşitli şekillerde sınıflandırılmaktadır. Ancak bütün bu sınıflandırmalarda ortak olan husus, toplam cinsel suç faileri içinde sayıca az olan bir parafil grubunun varlığıdır. Nitekim Arizona'da çocukların cinsel istismarından hüküm giyen 142 fail üzerinde gerçekleştirilen bir istatistiki çalışmaya göre, toplam fail sayısının yalnızca %8.5'ine pedofili teşhisi konulmuş; %12'sine antisosyal kişilik bozukluğu, %23.2'sine alkolik, %10'una ise uyuşturucu bağımlılığı teşhisi konulmuştur⁴⁹.

Amerikan Psikiyatri Derneği'nin "*Ruhsal Bozuklukların Tanısal ve Sayımsal El Kitabı DSM-IV-TR*"ye göre, parafili tanısı için kişinin "*En az 6 ay süresince, insan harici nesnelere, kişinin kendisinin, partnerinin, çocukların veya onay vermeyen diğerlerinin acı çekmesi ve aşağılanması içerecek şekilde tekrarlayan, yoğun uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin veya davranışlarının bulunması gerekmektedir*". Ayrıca tanının konulabilmesi için bunların klinik olarak belirlenebilen sıkıntı ya da sosyal işlev bozulmalarına da neden olması gerekmektedir. *Parafili*; teşhircilik,

46 Daha detaylı bilgi için bkz.: Gölge, a.g.e., s.35-45. Dietz'in sınıflandırmasına ilişkin bilgilere bu kaynaktan ulaşılmıştır.

47 Araştırmalarımız sırasında, bu konuda çalışma yapanların genellikle bu sınıflandırmaya değinmiş olduğu gözlemlenmiş bulunmaktadır. Kanımızca bu sınıflandırma da oldukça tutarlı olmakla birlikte, özellikle ilk üç gruba daha iyi anlamak için Hazelwood ve Dietz'in sınıflandırmalarının da göz önünde bulundurulması isabetli olacaktır.

48 Fitzgerald, a.g.e., p.4; Kimberly A. Peters, "Chemical Castration: An Alternative to Incarceration", *Duquesne Law Review*, V:31, 1993, p. 312, <https://heinonline.org>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00

49 Stinneford, a.g.e., s.570. Bu çalışmada 142 failin diğer yarısının başka özelliklere sahip olduğu anlaşılmaktadır. Tek başına bu çalışmanın genel hakkında bilimsel bir kanıya varılmasına hizmet etmeyeceği muhakkaktır. Ancak, çocuk istismarı failerinin yalnızca küçük bir bölümünün pedofil olduğunu göstermesi açısından fikir oluşturması mümkündür.

fetişizm, sürtünmecilik, cinsel mazoşizm, cinsel sadizm, pedofili vb. şekillerde görülebilmektedir.
50

Pedofili ise kişide özellikle ergenlik dönemine girmemiş çocuk(lar)la cinsel etkinlikte bulunmayla ilgili yoğun, cinsel yönden uyarıcı fantezilerinin, cinsel dürtülerinin ya da davranışlarının yineleyici biçimde (genellikle altı aydan uzun süre ile) ortaya çıkması olarak tanımlanmaktadır⁵¹. Pedofilik bireylerin genellikle sosyal ilişkilerinin sınırlı, içe kapanık, psikopatik, psikoseksüel ve sosyal açıdan immatür kişilik özelliklerine sahip olduğu belirtilmektedir.⁵² Bu kişilerde en çok rastlanan psikiyatrik bozukluğun duygudurum bozukluğu ve anksiyete bozukluğu olduğu ifade edilmektedir. Bu tanıların yapılması, kişiye özel tedavinin uygulanması için önemlidir.⁵³

Cinsel suç failleri ve özellikle pedofiller üzerinde *Jordan vd.* tarafından 2011'de yapılan bir araştırmaya göre, pedofilin yapısal ve fonksiyonel nedenlerinin altında beyindeki cinsel faaliyetleri de düzenleyen bölgenin yer aldığı düşünülmektedir. Nitekim, parafili ve pedofilin nörobiyolojisine ilişkin yeterli veri olmasa da yapılan çalışmalar; bunların beyin frontal ve temporal lobundaki bir bozukluktan kaynaklandığını göstermektedir. Yine bu araştırmaya göre cinsel istismar faillerinde yalnızca testosteron değil; aynı zamanda diğer bazı endokrinolojik ve nörokimyasal parametrelerin de rol oynadığı görülmektedir. Bu kapsamda gerçekleştirilen bir diğer meta-analiz çalışmasında, genel olarak cinsel suç faillerinin testosteron seviyeleri, kontrol grubuyla karşılaştırıldığında **kayda değer bir fark olmadığı görülmüştür**.⁵⁴ Yine *Jordan vd.* tarafından yapılan çalışmada, antisosyal eğilim ve cinsel davranışlarda steroidle ilişkili bir genetik etkenin de mevcut olduğu görülmüştür. Araştırmacılar, aynı zamanda o güne kadar yapılmış olan parafillerin antiandrojen ve hormon tedavilerine ilişkin çalışmaları, yeterli ve düzgün kontrol grubuna sahip olmaması sebebiyle eleştirmektedir. Bahse konu çalışma kapsamında, antiandrojen ve diğer hormon tedavilerinin cinsel suç faillerinin yeniden suç işlemesinin önüne geçmekte gerçekten işe yarayıp yaramadığı da ele alınmaktadır. Bu doğrultuda bizim aşağıda yer verdiğimiz kriminolojik çalışmalardan bazıları da incelenmiş ve netice itibarıyla **bu konunun hala tartışmalı olduğu ifade edilmiştir**. Yine de, *Jordan vd.* kimyasal kastrasyonun parafili vakalarında, özellikle dürtülerin bastırılmasında kullanışlı olabileceğini belirtmekte; ancak ciddi yan etkilerine de dikkat çekmektedir.⁵⁵

Cinsel suç faillerinin kişiliklerine ilişkin, çalışmamız açısından önemli olduğunu düşündüğümüz bir diğer meta-analiz, *Hanson ve Morton* tarafından 2005'te yayımlanmış olup, bu çalışma

50 Ataç, *a.g.e.*, s.173

51 Erdoğan, *a.g.e.*, s.132; Muharrem Uçar, "Tıp Etiği Açısından Kastrasyon", *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.153

52 Erdoğan, *a.g.e.*, s.132-140

53 Erdoğan, *a.g.e.*, s.147 vd.

54 Çalışmada ayrıca, bir grup çocuk istismarı failinin testosteron seviyesinin daha düşük olduğu da görülmüştür. Ancak araştırmacıların da ifade ettiği şekilde çalışmanın sonuçlarının dikkatlice ele alınması isabetli olacaktır. bkz.: Jennifer S.Wong, Jason Gravel, "Do Sex Offenders Have Higher Testosterone? Results From a Meta-Analysis", *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:30, I:2, 2018, p.157 vd.

55 Jordan et al., *a.g.e.*, s.3008, 3017-3021

üzerinde durulmasının isabetli olacağını düşünmekteyiz.⁵⁶ Bu çalışmada, mükerrir cinsel suç faillerinin kişilikleri ele alınmaktadır. Gerçekten, yukarıda da belirtildiği üzere, cinsel suçların her biri aynı olmadığı gibi; faillerinin kişilik özellikleri de farklıdır. Dolayısıyla cinsel suç faillerinin kişilikleri, tedavi yöntemlerinin başarısına ilişkin değerlendirmede mutlaka dikkate alınmalıdır. Meta-analizde cinsel suç faillerinin tekerrürünü konu edinen 82 çalışma kapsamında 29,450 fail incelenmiştir. Tekerrüre ilişkin bilgiler ağırlıklı olarak ulusal adli kayıtlardan, il veya eyalet kayıtlarından, tedavi programlarının kayıtlarından ve kişisel ihbar (İng. *self-report*) kayıtlarından elde edilmiştir⁵⁷. Çalışmada tekerrürün ortalama takip süresi 5-6 yıl olup, ulaşılan sonuçlar oldukça önemlidir⁵⁸. Buna göre hem ergen, hem de yetişkin cinsel suç failleri açısından, tekerrürde başlıca neden olarak cinsel sapıklık ile antisosyal eğilim saptanmış olup; diğer etmenler tali kalmaktadır.⁵⁹

Cinsel sapıklık ile genellikle yasadışı olan fetişizm, çocukla cinsel ilişki, tecavüz, otoerotik asfiksi ve diğer parafililer gibi eğilimler kastedilmektedir. Antisosyal eğilimse; psikopati, madde bağımlılığı, çocukken suç işleme, vb. durumları da içeren antisosyal özellikleri ifade etmektedir.⁶⁰

Çağdaş teoriler, cinsel suç faillerinin yetişmesinde aile ortamındaki olumsuzlukların (rehberlik ve duygusal doygunluktan yoksunluk) etkili olduğunu ileri sürmektedir. Bu şekilde yetişen bireyler sosyal ortamında güvensizlik, düşmanlık vb. geliştirmekte, olumsuz akran ilişkileri kurmakta ve bu durum toplumsal olarak reddedilerek yalnızlıkla sonuçlanmaktadır.⁶¹ Bununla birlikte, olumsuz aile geçmişinin ve içselleştirilmiş psikolojik sorunların – her ne kadar cinsel suç faillerinde yaygın olarak görülse de – cinsel suç tekerrürüne ilişkin bağlantısının saptanamadığı ifade edilmektedir. Tipik bir cinsel suç mükerririnin sinirli/üzgün (İng. *upset*) veya yalnız olmadığı; bunun yerine istikrarsız, antisosyal bir yaşam tarzına sahip olduğu ve cinsel olarak sapkın⁶² düşünceler tasarladığı belirtilmektedir. Ayrıca cinsel suç faillerinin diğer fail gruplarına göre, stres altında kaldığında daha fazla cinsel suç tekerrür riski barındırdığına dair bulguların mevcut olduğu da belirtilmektedir.⁶³ Gerçekten, aşağıda yer verilen farklı çalışmalar da bu sonuçlara paralel niteliktedir.

Çalışmada cinsel sapıklığın, sonradan cinsel olmayan bir suç işlemeyi artırdığına dair bir ilişki tespit edilememiştir.⁶⁴ Antisosyal eğilim ise cinsel suçun tekerrür etme olasılığını artırmaktadır; zira bu eğilime sahip olmayan diğer kişiler başkalarına zarar vermek istemedikçe, kendilerini başkasına zarar vermediğine ikna etmedikçe ya da kendilerini durduramama gibi bir soruna sahip

56 R. K. Hanson, Kelly E. Morton-Bourgon, "The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta Analysis of Recidivism Studies", *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, V:73, No:6, 2005, *passim*

57 A.e., s.1155

58 A.e., s.1156

59 A.e., s.1154

60 A.e., s.1156

61 A.e., s.1154

62 Bununla ifade edilen parafilik eğilimlerdir.

63 A.e., s.1158-1159

64 A.e., s.1158

olmadıkça, cinsel suç işlememektedir.⁶⁵ Bununla birlikte antisosyal eğilim, özellikle cinsel nitelikli olmayan şiddet suçları ve diğer suçlar bakımından da başlıca neden olarak görünmektedir.⁶⁶

Çalışmaya göre genel olarak cinsel suç failleri, cinsel olmayan bir suçu tekrar işlemeye; cinsel bir suç işlemekten daha meyillidirler (ilk suçu cinsel nitelikli olup mükerrir olanların oranı %36.2'dir. Buna karşılık; tüm oranın yalnızca %13.7'sinin mükerrir olduğu suç cinsel niteliklidir).⁶⁷ Ancak bu durum, cinsel suç faillerinin yalnız bir kısmı için geçerlidir. Zira cinsel suç failleri arasındaki belirli diğer alt grupların tekrar işlediği suçun, cinsel bir suç olma oranının yüksek olduğu saptanmıştır. Bu alt gruplardaki faillerin büyük bölümü cinsel sapıklık gösterenlerden, daha öncesinde yine cinsel suç kaydı olanlardan ve daha küçük bir bölümü ise genel kriminolojik etmenlere sahip olanlardan (yaş, önceki suç kayıtları vb.) oluşmaktadır.⁶⁸ Bu, şu anlama gelmektedir: Mükerrir halde birden çok defa cinsel suç işleyenlerin büyük bölümü, cinsel sapık olanlardan oluşmaktadır. **Buna karşılık bir defa cinsel suç işleyenlerin büyük bölümünün tekrar işlediği suç cinsel nitelikli bir suç olmamaktadır.** Yani, cinsel sapık nitelik göstermedikçe, bir defa cinsel suç işleyen failin tekrar cinsel bir suç işleme olasılığı düşüktür.

Bu başlık altında son olarak, cinsel suçlara yalnız dar ve teknik açıdan yaklaşılmaması gerektiğini; örneğin çocukların cinsel istismarı yerine, cinsel sömürü kavramının da kullanıldığını ifade etmek yararlı olacaktır. Gerçekten, çocuklara yönelik diğer cinsel davranışların yanında, cinsel sömürünün de uygulandığı; fuhuş, pornografi vb. amaçlarla kaçırıldıkları, yahut zorla evlendirilerek cinsel birlikteliğe zorlandıkları da bilinmektedir. Çocukların zorla evlendirilmesi, cinsel istismarın üzerinin kapatılmasına neden olmanın yanı sıra, başlı başına çözümü gereken büyük bir toplumsal sorundur. USAK'ın (Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu) hazırladığı rapora göre: "(...)Türkiye ise Avrupa ülkeleri olarak değerlendirilen ülkeler arasında erken evlilik oranı yüzde 17 olan Gürcistan'ın ardından yüzde 14 oranıyla ikinci sırada görülüyor."⁶⁹ Bu husus, başka bir çalışmanın konusu olmakla birlikte, cinsel suçlarla ve özellikle çocukların hem cinsel hem de manevi yönden istismarıyla mücadele edilirken göz ardı edilmemesi gerekmektedir.

IV. CİNSEL SUÇLARDA TEKERRÜRE İLİŞKİN BAZI KRİMİNOLOJİK ÇALIŞMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Hukukçuların ve siyasetçilerin özellikle suç önleme politikasına ilişkin çalışma yaparken, kriminoloji biliminin verilerinden yararlanmaları bir gerekliliktir. Aksi takdirde salt varsayımlar

65 A.e., s.1154

66 A.e., s.1157

67 A.e., s.1158

68 R.K. Hanson, M.T. Bussiere, "Predicting Relapse: A Metaanalysis Of Sexual Offender Recidivism Studies", *Journal Of Consulting And Clinical Psychology*, V:66, no:2, 1998, p.348 vd.

69 <https://www.ntv.com.tr/turkiye/turkiye-cocuk-gelinde-avrupa-ikincisi,y01nO2bcMEC1tM1mWS3GjQ> , (çevrim içi), E.T.:25.03.2018 13:00; Güzelsoy, a.g.e., s.71

üzerinden hareket edilmesi söz konusu olacaktır. Bu başlık altında, konuyla ilgili önemli olduğunu düşündüğümüz bazı kriminolojik çalışmaların bulgularına değinilmeye çalışılacaktır.⁷⁰

Dünyada cinsel suç faillerinin yeniden suç işlemesini önlemek, onları topluma kazandırmak, tedavi etmek gibi amaçlarla çeşitli yöntemler uygulanmaktadır. Bu yöntemlerin başında, psikolojik tedaviler gelmektedir. Bu konuda çalışma yapan araştırmacıların pek çoğu, ortaya koydukları kriminolojik araştırmalar ve meta-analizler sonucunda psikolojik tedavinin tekrerrürün önlenmesinde son derece etkili olduğuna işaret etmekte iken; bazıları ise bu konuda net bir kaniya varmak için yeterli veri olmadığını ifade etmektedir.⁷¹ Bunun yanında, kimyasal kastrasyonun kendi başına cinsel suç faillerinde tekrerrürü önlemede etkili bir yöntem olduğunu gösteren bir çalışmaya veya net bir bulguya ulaşılamamıştır.

Kimyasal kastrasyonun cinsel suç faillerinin tekrar suç işlemesini önlemede etkili bir yöntem olup olmadığını anlayabilmek için ilk olarak, cinsel suç faillerine uygulanan tedavi programlarının etkililiğine ilişkin gerçekleştirilen bir meta-analiz çalışmasına göz atmakta yarar görmekteyiz. *Martin Schmucker ve Friedrich Lösel* tarafından gerçekleştirilen ve 2008 yılında yayımlanan bu meta-analiz çalışmasında detaylı bir literatür taraması yapılarak, tedavi edilen ve edilmeyen cinsel suç faili grupları arasında 5 farklı dilde⁷² yayımlanan 80 bağımsız karşılaştırma incelenmiştir. Bu kapsamda 9,512'sine tedavi uygulanmış, toplam 22,181 fail üzerinde inceleme yapılmıştır.⁷³

Bu meta-analiz çalışması oldukça önemlidir. Zira o güne dek gerçekleştirilenlerin en kapsamlısı olmakla birlikte; özellikle 1989 yılı ve sonrasında yapılan kriminolojik araştırmalar ve meta-analiz çalışmaları, yetersiz veri nedeniyle cinsel suç faillerinin tedavilerinin verimliliğine ilişkin net bir çıkarım ortaya koymazken; daha sonradan yapılan çalışmalar daha net bulgular sunmaktadır. Bu çalışma ise, tedavide kullanılan hem biyolojik hem de psikolojik tedavi yöntemlerine ilişkin elde edilen bulguları daha kapsamlı bir biçimde ortaya koymak üzere gerçekleştirilmiştir.⁷⁴

Meta-analiz kapsamında tedavi yönteminin işe yaramasından kasıt yeniden suç işlemenin önüne geçilmesidir. Kapsama alınan çalışmalarda, cinsel suç faillerinde tekrerrürü önleme amaçlı uygulanan tedavi edici unsurları içeren psikolojik veya ilaçlı / cerrahi yöntemler esas alınmıştır. ‘Tekerrür’ geniş bir anlamda kullanılmış ve mahkumiyet hükmünün yanı sıra tutuklanmayı

70 Çalışmamızda yer verdiğimiz kriminolojik çalışmalara ilişkin bulgular, konunun daha etkili biçimde tartışılarak kavranabilmesi için özet niteliğinde açıklanmakta olup; bu çalışmalardaki her bir verinin son derece önemli olduğunun ve ulaşılan sonucu etkileyebileceğinin altını çizmek gerekir. Dolayısıyla, daha detaylı bilgi için söz konusu çalışmalara bakılmalıdır.

71 R. Karl Hanson, Guy Bourgon, Leslie Helmus, Shannon Hodgson, *A Meta-Analysis of the Effectiveness of Treatment for Sexual Offenders: Risk, Need, and Responsivity*, Ottawa, Public Safety Canada, 2009, p.1, https://www.researchgate.net/publication/228989480_A_meta-analysis_of_the_effectiveness_of_treatment_for_sexual_offenders_Risk_need_and_responsivity, (online), E.T.:25.03.2018 13:00; Ayrıca bkz.: Russell, *a.g.e.*, p.452-453

72 İngilizce, Almanca, Fransızca, Flemenkçe ve İsveççe. Bu beş dilde kapsama alınan çalışmalar dışında diğer dillerde pek fazla kontrollü çalışma olmadığı belirtilmektedir.

73 Schmucker/Lösel, *a.g.e., passim*. Çalışmamız bakımından meta-analizde ele alınan kriminolojik bulgular üzerinde durulacak, ancak söz gelimi literatür taramasının nasıl yapıldığından vs. bahsedilmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için çalışmanın kendisine bakılması yerinde olacaktır.

74 *A.e.*, s.11

veya kişiye suç isnat edilmesini de içermiştir. Ayrıca, yeniden işlenen suçtan kasıt, yalnız cinsel nitelikli olmayıp; ona ek olarak şiddet suçları ve diğer suçlar da bu kapsamda değerlendirilmiştir. Çalışmada kontrol grubu olarak, tedaviyi hiç almayan veya daha az yoğunlukta tedavi alanlar belirtilmektedir. Ayrıca meta-analizde ‘*Maryland Bilimsel Titizlik Ölçeği*’ne (Maryland Scale of Scientific Rigor)⁷⁵ göre, ikinci seviye ve üzerindeki çalışmalar (büyük çoğunluğu ikinci seviye olmak üzere) dikkate alınmıştır. Esas alınan çalışmalardaki takip süresi 1 ila 10 yıl, genel ortalamaları ise 5,22 yıldır.⁷⁶ Zamana ilişkin veya coğrafi bir kısıtlama olmasa da, o güne dek yapılan çalışmaların büyük bölümü ABD ve Kanada’da gerçekleştirilmiş ve 2000 yılı ve sonrasına aittir.

Önemle üzerinde durulmalıdır ki, bu çalışma yalnızca kimyasal kastrasyonu ele almamakta; hem biyolojik, hem de psikolojik tedavi yöntemlerini kapsamaktadır. Dolayısıyla yanıt aradığı soru “*Cinsel suç faillerine yönelik tedavi yöntemleri işe yarıyor mu?*”dur. Cerrahi kastrasyona ilişkin bulgular ise pek çok sorun ihtiva ettiğinden, çalışmada moderatör analizi kapsamında göz ardı edilmiştir.⁷⁷

Genel olarak değerlendirildiğinde, cinsel suç faillerine ilişkin tedavi yöntemleri tekerrürün önlenmesinde bir miktar işe yarıyor gibi görünmektedir. Bu yöntemlerin başında psikoterapik yöntemler ve özellikle de bilişsel davranışsal terapi gelmektedir.⁷⁸ Farmakolojik tedaviler ise umut verici gibi görünse de, tekerrürü azalttığına dair hiçbir kontrollü değerlendirme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu konuda bir şey söylemek – bu çalışma açısından – mümkün değildir.⁷⁹

Kimyasal kastrasyona ilişkin bulgular ise oldukça karmaşıktır. Bu yöntem her ne kadar umut verici gibi görünse de, çoğunlukla psikoterapik tedavi yöntemleriyle birlikte uygulandığından, tek başına değerlendirilmesi mümkün değildir. Bunun yanında ciddi yan etkileri gibi pek çok sorunu ve riski de beraberinde getirir. Örneğin hormonal tedavilere ilişkin genel bir sorun olan tedavinin yarıda bırakılması kimyasal kastrasyon açısından tekerrürün belirgin bir artış göstermesi gibi bir soruna yol açmaktadır.⁸⁰ Araştırmacılar, ortalama pozitif etki nedeniyle cinsel

75 Kriminolojik araştırmaların bulgularının güvenilirliğine ilişkin bir ölçeklendirme yöntemidir. Örneğin kontrol grubu kullanılmadan yapılan bir çalışma bu ölçeğe göre birinci seviyededir. bkz.: Sherman et al., *Preventing Crime: What works, what doesn't, what's promising. A report to the United States Congress*, College Park, Maryland: University of Maryland, Department of Criminology and Criminal Justice, 1997, *passim*, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.130.6206&rep=rep1&type=pdf>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00

76 Tekerrürü konu edinen bir meta-analizde takip süresinin oldukça önemli olduğunun altını çizmek gerekir.

77 *A.e.*, s.13

78 Marques vd. tarafından gerçekleştirilen çalışmada ortalama pozitif etkisi olmadığı yönünde bulguların olduğu ifade edilmektedir. Bu çalışmaya aşağıda değinilmektedir.

79 *A.e.*, s.15 vd.

80 *A.e.*, s.16

suç faillerine yönelik tedavi yöntemleri⁸¹ işe yarıyor gibi görünse de; daha fazla sayıda kaliteli araştırma bulgusuna ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedir.⁸²

Çalışmamızda değinmenin elzem olduğunu düşündüğümüz bir diğer çalışma, Hanson vd. tarafından 2002 yılında yayımlanan, cinsel suç faillerinin psikolojik tedavisinin tekrerrün azaltılmasında etkili olup olmadığını inceleyen meta-analiz çalışmasıdır. Bu çalışma kapsamında, 1990 yılı sonrasında çoğu Amerika veya Kanada olmak üzere Birleşik Krallık ve Yeni Zelanda'nın da dahil olduğu farklı ülkelerde gerçekleştirilen 43 çalışmadan yararlanılmıştır.⁸³

Meta-analizde kapsama alınan çalışmalarda failere – çoğunluğu 1980 sonrası olmak üzere – 1965-1999 yılları arasında psikolojik tedavi uygulanmıştır. Meta-analizin ilginç yönü, yararlanan çalışmalardan yalnızca birinde kadın cinsel suç failleri yer almakta olup, bunlardan tedavi sonrasında suç işleyen olmamıştır.⁸⁴

Kapsama alınan çalışmalarda tedavi uygulanan toplam 5.078 fail ile tedavi uygulanmamış 4.376 fail, yeniden suç işleyip işlemediklerini tespit etmek amacıyla, toplum içerisinde ortalama 46 ay olmak üzere, 1 ila 16 yıl arasında izlenmiştir. Tekerrürün ölçütü çalışmaların bazılarında yeniden hüküm giyme, bazılarında tutuklanma iken; bazıları daha geniş biçimde tanımlamıştır.⁸⁵

Meta-analiz sonucunda ulaşılan sonuçlar şu şekildedir: Psikolojik tedavi uygulanan cinsel suç faillerinin tekrerrür oranı, uygulanmayanlara göre önemli ölçüde daha azdır.⁸⁶ Üstelik, psikolojik tedavinin tekrerrür üzerindeki azaltıcı etkisi cinsel suçlar ile cinsel olmayan suçlarda birbirine yakındır.⁸⁷ Bir diğer önemli sonuç ise, tedaviyi yarım bırakanlardan yeniden cinsel suç işleyenlerin oranı, tedaviyi tamamlayanlara göre oldukça yüksektir. Tedavinin yarım bırakılması pek çok nedenle faili daha tehlikeli kılmaktadır.⁸⁸

Meta-analizin tartışma bölümünde araştırmacılar, gelecekte daha kapsamlı ve iyi çalışmaların yapılması gerektiğinin altını çizmekle birlikte; bu çalışmanın sonuçlarının oldukça önemli olduğunu belirtmektedir. Çalışmalarının yöntemleri dolayısıyla gözlemlenen sonuçların her zaman için eleştirilebilir olduğunu kabul etmekle birlikte; bu şekildeki bariz sonuçların genel değerlendirmede dengeli olduğunu ve bu konuda bir kanı oluşturmada göz ardı edilemeyeceğini ifade etmektedirler. Cinsel suç faillerinin psikolojik tedavisi, gerek cinsel suçlar, gerekse başka suçlar açısından tekrerrüü azaltmaktadır. Nitekim, o güne dek yapılmış diğer çalışmalar da

81 Bununla ifade edilenin, kimyasal kastrasyondan daha geniş biçimde diğer 'tedavi' yöntemlerini kapsadığının altını çizmek gerekir.

82 A.e., s.17. Daha fazla nitelikli çalışma yapılması yönündeki önerilere ve metodolojiye yönelik önerilere, pek çok meta-analiz çalışmasında yer verilmektedir.

83 Hanson et al., "First report of the Collaborative Outcome Data Project On The Effectiveness Of Treatment For Sex Offenders", *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:14, No:2, 2002, *passim*, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.546.9236&rep=rep1&type=pdf>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00

84 A.e., s. 175

85 A.e., s. 175,181

86 A.e., s.181

87 A.e., s.184

88 A.e., s.182,186,187

bu sonucu doğrulamaktadır.⁸⁹ Son olarak ifade edilmektedir ki, özellikle 1980 yılı öncesinde kullanılan psikolojik yöntemlerin etkisinin az olduğu saptanmıştır.⁹⁰

Çalışmamızda değinmek istediğimiz bir diğer çalışma ise; *Janice K. Marques, Mark, Wiederanders, David M. Day, Craig Nelson ve Alice van Ommeren* (Kısaca Marques vd.) tarafından 2005 yılında yayımlanan ve özellikle bilişsel davranışsal terapinin cinsel suç failleri üzerindeki etkisini inceleyen çalışmadır.⁹¹ Bu çalışmanın gerçekleştirilme amacı, o güne kadar yapılan diğer çalışmalarda ulaşılan “*Bilişsel davranışsal terapi, cinsel suç faillerinin tedavisinde ve tekrerrün önlenmesinde etkili bir yöntemdir.*” şeklindeki genel kanının doğruluğunu test etmektir.⁹²

Çalışmaya, tecavüz ve çocukların cinsel istismarı suçlarını işleyenler dahil edilmiş olup; enstet nitelikli cinsel suç işleyen ve birden fazla kişiyle gerçekleştirilen tecavüz suçunun failleri dahil edilmemiştir. Bu çalışma kapsamında cinsel suç faillerinden üç grup oluşturulmuştur. Gönüllü katılanlardan; birinci gruba tedaviye dahil olanlar, ikinci gruba tedaviye dahil olmayanlar rastgele yerleştirilmiştir. Üçüncü gruba ise, gönüllü olmayan ve tedaviye katılmak istemeyenler dahil edilerek, ikincil bir karşılaştırma grubu oluşturulmuştur. Birinci grup, Kaliforniya’da lisanslı bir adli tedavi tesisinde 2 yıllık yoğun bir tedavi programına katılmıştır. İkinci ve üçüncü gruplarının (kontrol grupları) üyeleri ise ceza infaz kurumlarında kalarak herhangi bir tedavi hizmeti almamıştır.⁹³

Programa katılanların yeniden suç işleyip işlemediğini denetlemek amacıyla, toplum içerisinde 5 ila 14 yıl arasında izlenmişlerdir.⁹⁴ Çalışmanın sonucunda ulaşılan genel çıkarım; cinsel suç faillerine uygulanan bilişsel davranışsal terapinin, tekrerrü önlemede kayda değer bir fark yaratmadığı yönündedir. Ancak tedaviye tabi tutulan gruptaki failler bireysel olarak incelendiğinde, tedavinin hedefine başarılı biçimde ulaşanların, ulaşmayanlara göre ciddi miktarda daha az tekrerrü oranına sahip olduğu gözlenmiştir.⁹⁵ Bu çıkarım kanımızca, tek başına tedaviye katılmanın yeterli olmadığını, aynı zamanda tedavinin hedefine ulaşması gerektiğini de göstermektedir.

Craig, Browne ve Stringer tarafından sonuçları 2003 yılında yayımlanan, klasik tedavi yöntemlerinin cinsel suçlarda tekrerrü önlemede gerçekten etkili olup olmadığına yönelik bir meta-analiz çalışması gerçekleştirilmiştir. Çalışmaya, 1995 yılı sonrasında yapılan beş meta-analiz çalışmasında da cinsel suç faillerinin psikolojik tedavisinin işe yaradığı yönündeki bulgular sorgulanarak ve metodolojileri nedeniyle eleştirilebilir olduğu belirtilerek başlanmıştır⁹⁶.

89 A.e., s.186

90 A.e., s.173

91 Marques et al., “Effects Of A Relapse Prevention Program On Sexual Recidivism: Final Results From California’s Sex Offender Treatment And Evaluation Project (SOTEP)”. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:17, No:1, 2005, *passim*, <https://www.researchgate.net> (online), E.T.:25.03.2018 13:00

92 bkz. Hanson vd., *a.g.e.* (2002), p.169 – 194

93 A.e., s.83 vd.

94 A.e., s.87

95 A.e., s.95

96 Leam A. Craig, Kevin D. Browne, Ian Stringer, “Treatment and Sexual Offence Recidivism”, *Trauma, Violence &*

Çalışma kapsamında 2003 yılına kadar gerçekleştirilen diğer çalışmalara ilişkin bulgular irdelenmiş; bir kısmına yönelik eleştiriler getirilmiş ve cinsel suç faillerinin tekrar suç işlemesini önlemede “hangi yöntem işe yarıyor?” sorusu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda genel anlamıyla cinsel suç faillerine yönelik tedavi programlarının tekrerrüü azalttığı sonucuna ulaşılmış olsa da; tedavilerin özellikle hangi tür suçlarda (ör: teşhircilik, oğlan çocuklarının mağduru olduğu istismar, yetişkinlere tecavüz, kişilik bozukluğu vb.) işe yaradığına ilişkin net bir sonuca varılamamıştır⁹⁷.

Bu belirtilenlere ek olarak çalışmada, önceki araştırmalardaki bilişsel davranışsal terapi ile cerrahi ve kimyasal kastrasyona ilişkin ulaşılan sonuçlar da ele alınmış ve kastrasyonun işe yarayabileceğine yönelik bulgulara önceki çalışmaların “yanlış karakterize edilmesi” sebebiyle ulaşıldığı, dolayısıyla hatalı olduğu; bilişsel davranışsal terapininse etkili olduğu ifade edilmiştir⁹⁸.

Hanson vd. tarafından, psikolojik tedavilerin cinsel suç failleri üzerinde gerçekten olumlu bir etki yaratıp yaratmadığını tespit etmek amacıyla, 2009 yılında yayımlanan bir başka meta-analiz çalışması daha gerçekleştirilmiştir⁹⁹. Bu çalışmada RNR'nin (Risk, Need, Responsivity) cinsel suç faillerinin tedavisinde de işe yarayıp yaramadığına ilişkin bir inceleme yapılmıştır.¹⁰⁰

Çalışma kapsamında, cinsel suçların tekrerrüünü ele alan 22; cinsel şiddet dahil, şiddet suçlarının tekrerrüünü ele alan 10 ve herhangi bir başka suçun tekrerrüünü ele alan 13 çalışma kapsama alınmıştır.¹⁰¹ Çalışma toplamda cinsel suçların tekrerrüünün incelendiği, tedavi uygulanan 3,121 ve uygulanmayan 3,625 cinsel suç faili; şiddet suçlarının tekrerrüünün incelendiği, tedavi uygulanan 2,021 ve uygulanmayan 2,802 cinsel suç faili; herhangi bir suçun tekrerrüünün incelendiği tedavi uygulanan 1,979 ve uygulanmayan 2,822 cinsel suç faili üzerinde gerçekleştirilmiştir.¹⁰²

Çalışmanın sonucunda, tedavi uygulanan gruptaki cinsel suç veya bir başka suç işleme oranının, kontrol grubuna göre oldukça düşük olduğu tespit edilmiştir (Cinsel suç tekrerrüü olarak: %10.9'a karşılık, %19.2; cinsel suçlar dahil şiddet suçları veya diğer suçların tekrerrüü olarak: %31.8'e karşılık, %48.3). Bu bağlamda, önceden yapılmış olan pek çok diğer çalışma ile benzer

Abuse, V:4, No:1, 2003, *passim*

97 *A.e.*, s.85

98 *A.e.*, s.74-75,85.

99 Hanson vd., *a.g.e.* (2009), *passim*

100 RNR, kriminolojide kullanılan ve suç faillerinin tekrerrüü oranının azaltılmasına yönelik geliştirilen bir modeldir. Bu kapsamda faillerin doğrudukları riske göre nasıl davranımları gerektiğine, neye ihtiyaç duyduklarına ve nasıl bir ortamda tutulmaları gerektiğine ilişkin önerilerde bulunulur. Bu, faillerin tedavisinde ve tekrerrüü azaltılmasında dikkate alınır. bkz.: D.A. Andrews, J. Bonta, J.S. Wormith, “The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?”, *Criminal Justice and Behavior*, V:38, No:7, 2011, p.735-737, http://ce-classes.com/exam_format/51f641ae31ed3940b59a81e84d600c61.pdf , (online), E.T.:25.03.2018, 13:00

101 İlk işlenen suçlar cinsel nitelikli olup, tekrerrüü ile ikinci işlenen suçun niteliği belirtilmektedir.

102 *A.e.*, s.13

sonuçlara ulaşılsa da¹⁰³; diğer çalışmaların aksine¹⁰⁴ ergenlerinin tedavisinin, yetişkinlere göre daha olumlu sonuç verdiği de kaydedilmiştir.¹⁰⁵ Çalışmada sonuç olarak, RNR ilkelerinin cinsel suç faillerinin tedavisinde dikkate alınmasının önemine vurgu yapılmaktadır.¹⁰⁶

V. KİMYASAL KASTRASYONUN HUKUKİ BOYUTU

Kimyasal kastrasyon günümüzde kimi ülkelerde uygulanmaktadır. Bu başlık altında, yöntemin farklı ülke hukuklarında nasıl düzenlendiğinden söz edilecek, ardından Türk hukukundaki durum ele alınacaktır. En son, kimyasal kastrasyonun Türk hukuku açısından uygulanabilir olup olmadığı ulusal ve uluslararası hukuk metinleri ışığında değerlendirilecektir.

A. YABANCI ÜLKE HUKUKLARINDA KİMYASAL KASTRASYON

Kimyasal kastrasyon, ABD’de birçok eyalette uygulanmakta olup, buna imkan tanıyan ilk yasa 1996 yılında yürürlüğe girmiştir. Yasanın imzalandığı seremonide, dönemin Kaliforniya Valisi Pete Wilson’ın yaptığı konuşmanın, cinsel suç faillerine ilişkin bakış açısının kamuoyundaki ikili yönü özetlediği ifade edilmektedir. Wilson konuşmasının başında, cinsel suç failleriyle bir savaşta olduğunu vurgularken, sonunda bu kişilerin tedavi edilmesi gereken hastalar olduğunu ifade etmiştir. Kaliforniya’da yürürlüğe giren bu yasa, diğer pek çokları için de öncü olmuştur.¹⁰⁷

Kaliforniya’da failin belirli cinsel suçları işlemesinin (13 yaşından küçüklerin istismarı gibi¹⁰⁸) ardından mahkemenin kimyasal kastrasyon uygulanmasına dair takdir yetkisi varken, tekrerrür halinde zorunlu tutulmaktadır. Kimyasal kastrasyon uygulanmasına hükmedildiğinde, mahkum infaz kurumundan çıkmadan bir hafta önce MPA enjeksiyonuna başlanmakta ve yetkili kuruluş artık gerek olmadığına karar verene dek uygulama devam etmektedir. Ayrıca yöntemin uygulanması için failin cinsel bozukluğa¹⁰⁹ sahip olması şart olmadığı gibi; ne tıbbi açıdan uygun olduğuna dair bir koşul aranmakta, ne de failin yöntemi reddetme hakkı bulunmaktadır. Üstelik fail, ancak cerrahi kastrasyona rıza göstererek kimyasal kastrasyon uygulanmasından kaçınabilmektedir. Florida, Iowa, Louisiana ve Montana eyaletleri de Kaliforniya’dakine büyük ölçüde benzer yasalara sahip olmakla birlikte; Florida’da yöntemin uygulanması için tıbben uygun olup olmadığına dair herhangi bir “tıp uzmanının” raporu gerekmektedir. Ancak, işlenen cinsel suçun mağdurunun çocuk veya yetişkin olması arasında bir ayırım yapılmadığı gibi, tekrerrür halinde MPA uygulaması zorunlu tutulmaktadır. Cinsel suçtan kasıt, nitelikli cinsel saldırıdır. Yöntemin ne kadar uygulanacağını yargıç belirlemekte ve uygulama failin

103 *A.e.*, s.13

104 Bizim çalışmamızda da yararlandığımız Schmucker, Lösel, *a.g.e.* ile Hanson vd.(2002) çalışmalarında, ergen ve yetişkin cinsel suç faillerinin tedaviye aynı oranda olumlu tepki gösterdiği belirtilmekteydi.

105 *A.e.*, s.17

106 *A.e.*, s.23-26

107 Stinneford, *a.g.e.*, p.577-578

108 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.21 vd.

109 Cinsel bozukluk, ‘Sexual Disorder’ sözcüğünü karşılamak üzere, parafili vb. durumlar için kullanılmaktadır.

ömrü boyunca devam edebilmektedir.¹¹⁰ ABD'de yönetime izin veren eyaletlere daha detaylı bakılacak olursa; Wisconsin'de yöntem yalnızca ciddi cinsel istismar faillerine uygulanmaktadır. Failin, hapis cezasının 2/3'ünü iyi halli olarak infaz kurumunda geçirdikten sonra koşullu salıverilmek için kimyasal kastrasyonu kabul etmesi gerekir.¹¹¹ Iowa'da, 12 yaşından küçük çocukları istismar eden faillere denetimli serbestliğin koşulu olarak uygulanmakta ve tedavi yöntemi şeklinde görülmektedir. Cezaya ek olarak uygulanan bu yöntem, ilk mahkumiyette mahkemenin takdirine bağlıken, tekrür halinde zorunlu tutulmaktadır.¹¹² Louisiana'da, ilk mahkumiyette mahkemenin takdirine bırakılan, tekrür halinde ise zorunlu olarak uygulanan kimyasal kastrasyon, koşullu salıverilmeden önce bir tedavi planı kapsamında uygulanmaktadır. Nitelikli cinsel saldırı gibi suçlar kapsamında uygulanan yöntemde fail öncelikle bir akıl sağlığı testinden geçilmektedir. Koşullu salıverilmenin şartı olarak uygulandığı durumlarda fail, 6 hafta öncesinde ilacı kullanmaya başlamaktadır. Salıverildikten sonra dışarıdan testosteron aldığı tespit edilirse koşullu salıverilme kapsamındaki haklarını kaybetmektedir.¹¹³ Georgia'da 16 yaşın altındaki çocuklara karşı işlenen cinsel saldırı suçundan mahkum olanlara, MPA uygulamasının psikiyatrik açıdan olumlu olacağına dair rapor üzerine ve mahkumun rızasına dayalı olarak uygulanmaktadır. Koşullu salıverilmenin bir şartı olarak bu yöntem tayin edilebilir; yahut yöntem uygulanacaksa kişi önce kapatılarak, yöntemin etkileri gözlenmekte ve ardından toplum içine serbest bırakılmaktadır.¹¹⁴ Montana'da ise, cinsel suç faili mükerrirse mağdurun yaşı önem taşımaksızın kimyasal kastrasyon uygulanmaktadır. Burada da koşullu salıverilmenin bir şartı niteliğindedir.¹¹⁵ Oregon'da tehlikeli olduğu düşünülen (yeniden saldırma olasılığı, merkezi sinir sistemiyle ilgili bir sorunun varlığı vb.) cinsel suç faillerinden 40-50 kişinin seçildiği pilot bir uygulama mevcuttur. Failin ilk cinsel suç mahkumiyetinde mağdurun yaşı önem taşımaksızın kimyasal kastrasyon uygulanabilmektedir. Ancak bunun için failin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Yöntem bir uzman tarafından uygulanmakta ve izlenmekte; koşullu salıverilmenin bir şartı olarak uygulanmaktadır. Failin dışarıdan testosteron vs. aldığı anlaşıldığı takdirde bu hak kaybedilmektedir.¹¹⁶ Teksas'ta ise belirli kriterleri taşıyan faillere gönüllü cerrahi kastrasyon uygulanması öngörülmüştür. İfade edilmelidir ki, ABD'de uygulamanın masraflarını esas olarak fail karşılamakta olup, bu durum sıklıkla eleştirilmektedir.¹¹⁷

Rusya'da 2011 yılında bir yasa çıkarılarak; 14 yaşından küçüklere karşı gerçekleştirilen cinsel suçlarda, faile bir psikiyatrin raporu doğrultusunda pedofili teşhisi konulması durumunda zorunlu kimyasal kastrasyon uygulanması öngörülmüştür. Mağdurun 14 yaşından büyük bir çocuk olması halinde yöntem gönüllü olarak uygulanmaktadır. Polonya'da 2009 yılında yürürlüğe

110 Simpson, *a.g.e.*, s.1228

111 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.35-37

112 İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.117; Sertaç Işıka, Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon", *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Adem Sözüer), 2012, s.110-111

113 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.27-28; Işıka, *a.g.e.*, s.112-113

114 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.26-27

115 Cauley, *a.g.e.*, s.499-500

116 Işıka, *a.g.e.*, s.116; Güzelsoy, *a.g.e.*, s.30-33

117 Stinneford, *a.g.e.*, s.578 vd.

giren hüküm doğrultusunda 15 yaşın altındaki çocuklara tecavüz eden pedofillere ve enstet ilişkide bulunanlara, suç karşılığında öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının ardından zorunlu kimyasal kastrasyon uygulanmaktadır. 2009 öncesinde ise uygulama, mahkemenin takdirine bırakılmış idi.¹¹⁸

Almanya'da kastrasyon ancak, kişinin aydınlatılmış onamına bağlı olarak, müdahale nedeniyle kişilerin beden ve ruh sağlığında ortaya çıkabilecek zararlar ile hedeflenen sonuç arasında orantının varlığı; failin cinsel suçları işlemede testosteron hormonunun fazla olmasının rol oynaması ve müdahalenin, bu suçlarla mücadeleye olumlu katkı sağlayacağına tıp bilimi verilerince uygun görülmesi halinde uygulanabilmektedir.¹¹⁹ Kimyasal kastrasyon yöntemi çinse Kastrasyon Yasası §4'e göre kişinin 25 yaşını doldurmuş olması aranmaz. Ayrıca, zorunlu olarak uygulanan kastrasyonun, Alman Anayasası'nın 1 ve 2. maddelerinde düzenlenen "insan onurunun dokunulmazlığı" ve vücut dokunulmazlığı" ilkelerine aykırı olduğu için, hukuken uygulanmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.¹²⁰

Çekya (Eski adıyla Çek Cumhuriyeti) cerrahi kastrasyon uygulanan tek Avrupa ülkesidir. Bu ülkede kastrasyon, gönüllülük esasına dayanarak; fakat ikisi uzman olan dört hekim ve bir avukattan oluşan bir komitenin onayına bağlı olarak uygulanmaktadır.¹²¹

İsveç'te kimyasal kastrasyon uygulanmasına, 23 yaşın üzerindeki failerin ancak toplum için bir tehlike oluşturduğunun yahut psikolojik veya cinsel olarak sapkınlığa¹²² sahip olduğunun tespiti koşuluyla, kişinin rızasına dayalı olarak izin verilmektedir.¹²³ Finlandiya'da kastrasyon cinsel dürtüleri sebebiyle zarar gören ve yöntemin bu zararı ortadan kaldıracığı düşünülen failere uygulanmaktadır. Bunun için öncelikle ilgili kurulun uygun görmesi ve failin aydınlatılmış onamı gerekmektedir. Yalnızca rızaya dayalı olarak uygulanabilmekte ve kişinin eşinin de görüşü istenmektedir.¹²⁴ Norveç'te, failin cinsel dürtülerinde anormallik olması durumunda rızaya dayalı olarak kastre edilmesi, ilgili kurulun onayıyla mümkündür.¹²⁵

İngiltere'de yalnızca gönüllülük esasına dayanan kimyasal kastrasyon uygulanmaktadır. Bunun yanında denetimli serbestlik süresince psikolojik tedavi uygulanması da diğer pek çok ülkede olduğu gibi öngörülmüştür¹²⁶. Fransa'da cinsel suç mahkumları, mahkumiyetleri sona erdikten

118 Temel, *a.g.e.*, s.121

119 Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden (*Kastrationengesetz*), <https://www.jurion.de/gesetze/kastrg>, (online), E.T.: 25.03.2018 13:00; Küçük, *a.g.e.*, s.318

120 Temel, *a.g.e.*, s.122

121 Russell, *a.g.e.*, s.445-446

122 Yukarıda da ifade edildiği üzere, bununla ifade edilen parafilik eğilimlerdir.

123 *A.e.*, s.442

124 *A.e.*, s.443-444

125 *A.e.*, s.444-445

126 Alison G. Carpenter, "Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders", *Dickinson Journal of International Law*, V:16, No:2, 1998, p.444-445, <https://heinonline.org>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00

sonra gönüllü olarak 2 yıl süreyle kimyasal kastrasyon uygulanmasını tercih edebilmektedir.¹²⁷ Belçika'da, cinsel suç faillerine diğer tedavi yöntemlerinin işe yaramaması ve hapis cezasının etkisiz olup, kişinin yeniden suç işlediğinin görülmesi üzerine uygulanmaktadır.¹²⁸

Danimarka'da 1973 yılına kadar cerrahi kastrasyon hapis cezasına alternatif olarak uygulanmaktaydı. Ancak daha sonra, telifisi imkansız zararlara neden olduğu ve insanlık dışı olarak görüldüğü için yöntem kaldırılarak kimyasal kastrasyon uygulaması benimsenmiştir. 1973 yılından beri bu yöntem, aydınlatılmış onamın olması koşuluyla rızaya dayalı olarak ve yanında psikiyatrik terapiyle birlikte uygulanmaktadır. Ayrıca, infaz kurumundan erken çıkabilmek için de kullanılmaktadır. Uygulama için kişinin mutlaka bir suç işlemiş olması aranmamaktadır.¹²⁹

Açıklananlara ek olarak 2010'da Arjantin'de, 2011'de G.Kore'de, 2012'de Moldova ve Estonya'da kimyasal kastrasyon uygulanmasına izin verilen yasaların yürürlüğe konulduğu bildirilmektedir.¹³⁰

B. TÜRK HUKUKUNDA KİMYASAL KASTRASYON

Bu başlık altında, geçmişte gündeme gelen öneriler ve günümüzde yürürlükte olan ulusal ve uluslararası kaynaklar doğrultusunda, kimyasal kastrasyonun Türk hukukunda uygulanabilir bir yöntem olup olmadığı ele alınacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki, iç hukukumuzda göre günümüzde (27.04.2018 tarihi itibarıyla) kimyasal kastrasyonun cinsel suç faillerine uygulanması mümkün değildir.¹³¹ Ancak, 'Türk Ceza Kanunları ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı', 4 Nisan 2018 günü Bakanlar Kurulu'nda kararlaştırılmıştır. Bu tasarının yasalaşması durumunda yöntemin uygulanabilirliği aşağıda ele alınacaktır.¹³²

1. 08.02.2011 Tarihinde TBMM Başkanlığına Verilen Yasa Teklifi

Özellikle yakın geçmişte, cinsel suçlara ve faillerine karşı toplumda doğan tepki ve nefret doğrultusunda birtakım yasa çalışmaları yapılmıştır. Örneğin, 08.02.2011 tarihinde TBMM Başkanlığı'na verilen ve fakat yasalaşmayan bir yasa teklifinden bahsetmek gerekir. Teklifte 5275 sayılı CGTİHK'nın "Mükerrirlere özgü infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri" başlıklı 108. maddesine şu fıkraların eklenmesi önerilmiştir:¹³³

127 İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.117

128 *A.e.*, s.118

129 Russell, *a.g.e.*, s.446-447; Carpenter, *a.g.e.*, s.445; Işıka, *a.g.e.*, s.119-120

130 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.38

131 Her ne kadar uygulamaya izin veren bir yönetmelik çıkarılmış olsa da, Danıştay 10. Dairesi ilgili hükmün yürürlüğünü durdurmuştur.

132 Yukarıda da belirtildiği üzere bu kanun tasarısı kadük olmuştur. Fakat, içeriği muhtemel olarak yakın zamanda bir kanun teklifi ile sunulacaktır. Zira yürütme organından yapılan açıklamalar buna işaret etmektedir. Dolayısıyla bu konunun bir kanun teklifi süreci ile yasalaşması halinde aşağıda açıklananlar tamamen veya büyük ölçüde geçerliliğini koruyacaktır.

133 Yenidünya/Yaşar, *a.g.e.* s.172

“(7) Türk Ceza Kanunu’nun 102. maddesinde tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103. maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan veya 104. maddesinin 2.Fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun nitelikli halinden hapis cezasına mahkum olanlar, cezanın infazı sırasında ve koşulla salıverildikleri takdirde; a) Testesteron etkisini önemli ölçüde azaltıcı tedaviye tabi tutulabilirler, b) Tedavi amaçlı programlara katılmakla yükümlü kılınabilirler, c) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim yeri bölgesi dışında başka bir yerde ikamet etmekle yükümlü kılınabilirler.

(8) Yedinci fıkrada yazılı suçlar bakımından itiyadı suçlu veya mükerrir olan hükümlülerin (a), (b) ve (c) bentlerindeki tedavi ve yükümlülüğe tabi tutulması zorunludur. Bu kişilerin ayrıca; (a) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan, (b) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan, (c) Çocuklarla ilgili bir meslek icra etmekten yasaklanmasına hükmolunur. Yasaklama kararı hükmün kesinleşmesiyle uygulanmaya başlanır ve cezanın tümüyle infazından itibaren beş yıl süreyle devam eder.

(9) Cezanın infazı tamamlandıktan sonra bu madde hükümlerine göre kendisine yüklenen yükümlülüklerle denetim süresi zarfında aykırı hareket eden kişi, infaz hakiminin kararı ile zorlama hapsine tabi tutulur. Zorlama hapsinin süresi on beş günden az ve ihlalin tekrarı halinde bir yıldan fazla olamaz.”

Yasa teklifinde öngörülen hükümlere göre, “testesteron etkisini önemli ölçüde azaltacak tedavi”den kastedilenin kastrasyon olduğu anlaşılmaktadır. Fakat, bunun kimyasal mı yoksa cerrahi kastrasyon mu olduğuna yönelik bir belirlilik yer almamaktadır. Yine (b) bendinde ifade edilen “tedavi programları”ndan ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Ancak (a) bendinde kastrasyon uygulanmasından söz edildiğine göre, (b) bendindeki ifadeden cinsel suç faillerine yaygın olarak uygulanan ‘psikoterapik yöntemlerin’ kastedildiği düşünülebilir.

Teklifte ilk kez bir cinsel suç işleyen faile kastrasyon uygulanması, 7.fıkrada “yükümlü kılınabilir”, “uygulanabilir” vs. denilmek suretiyle mümkün kılınmış; fakat zorunlu tutulmamıştır. Ancak bu konuda hakime bir takdir yetkisi mi, yoksa faile bir seçim hakkı mı tanındığı açık değildir. Yöntemin hem infaz, hem de koşullu salıverilme sırasında uygulanacağından hareketle, faile kimi ülkelerde olduğu gibi koşullu salıverilmenin bir şartı olarak böyle bir seçimin tanınmadığı görülmektedir. Dolayısıyla hükümde bu yöntemin uygulanmasına karar vermekte hakime bir takdir yetkisi verildiği anlaşılabilir. Bununla birlikte, 8.fıkrada itiyadı suçlu veya mükerrirler açısından, kastrasyon da dahil olmak üzere öngörülen üç tedbirin de uygulanması zorunlu tutulmuştur. Burada hakime bir takdir yetkisi veya faile bir seçim hakkı tanınmamaktadır.

Teklifteki bir diğer sorun ise cinsel suçların kapsamının çok geniş tutulmuş olmasıdır. Teklifin verildiği tarihte, 102.maddede “Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal etme” ile “Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi”; 103. maddede ise, “Çocuğu cinsel yönden istismar etmek” ile “Cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim

sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi” yer almakta idi. Her iki hükümde de “Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâli” düzenlenmemekteydi. 104. maddeninse yasa teklifinde bahsedilen 2.fıkrasındaki nitelikli hali (Failin mağdurdan beş yaştan daha büyük olması durumu) AYM’nin 23.11.2005 tarihli kararıyla iptal edilmiş idi.¹³⁴ Teklifte bu nedenle, 104. maddenin 2.fıkrasına “Suçun mağdurla aralarında evlenme yasağı bulunan çocuğa karşı işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın fail hakkında üç yıldan on yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” hükmünün eklenmesi önerilmekteydi. Bu açıklamalar ışığında, söz konusu yasa teklifinde cinsel suçlar açısından pek de bir ayırım yapılmadığı, kapsamının oldukça geniş tutulduğu, yalnızca cinsel taciz suçunun kapsam dışı bırakıldığı anlaşılmaktadır.¹³⁵

2. Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik (26.07.2016 Tarihli)

İç hukukumuzda tartışılması gereken bir diğer düzenleme, 26 Temmuz 2016’da, ülkemizde 81 ilde OHAL ilan edilmesinden 5 gün sonra yürürlüğe konulan *Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlardan Hükümlü Olanlara Uygulanacak Tedavi ve Diğer Yükümlülükler Hakkında Yönetmelik*’tir.¹³⁶

Bu yönetmelik dayanağını 5275 sayılı İnfaz Kanunu’nun 108.maddesinden almaktadır. Kanunun konumuz açısından ilgili, 6545 sayılı kanunla değişik, “Mükerrirlere Ve Bazı Suç Faillerine Özgü İnfaz Rejimi Ve Denetimli Serbestlik Tedbiri” başlıklı m.108/9 hükmü şu şekildedir:¹³⁷

“Madde 108

(...)

(9) Birinci fıkradaki koşullu salıverme süreleri, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçundan, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçundan, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan, 188 inci maddesinde tanımlanan uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. 188 inci madde hariç olmak üzere bu suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, **cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, aşağıdaki tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hâkimi tarafından karar verilir:**

a) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak

134 AYM Kararı, E. 2005/103 K. 2005/89, R.G.: 25.02.2006, no:26091

135 www.lexpera.com.tr , (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00

136 26.07.2016 tarihli RG no: 29782

137 Aşağıdaki hükümlerde yer alan kalın işaretlemeler yazara aittir. İlgili hükümlere dipnotta yer vermek yerine ilgili bölümlere kısa biçimde ana metinde yer verilmiştir. Zira, diğer ülkelerdeki uygulamalar ile karşılaştırmak bakımından her biri oldukça önemlidir. Değerlendirme bunlar üzerinden yapılacaktır.

- b) *Tedavi amaçlı programlara katılmak*
- c) *Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak*
- d) *Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşımdan yasaklanmak*
- e) *Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak*
- f) *Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak (...)*

Kanun hükmündeki **tıbbi tedaviye tabi tutulmak** ve **tedavi amaçlı programlara katılmak** ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği belirsizdir. Söz konusu yönetmelik, bu ifadelerle ilişkin düzenlemeler içermekte olup, ilgili hükümler şu şekilde sıralanabilir:

“Tanımlar

Madde 4:

(...)

e) *Hükümlü: 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 102/2, 103/1-2 ve 104/2-3 maddelerinde sayılan suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olan kişiyi,*

i) *Tıbbi tedavi: Cinsel suç işlemiş hükümlü hakkında ilgili kurul tarafından uygun görülen psikiyatrik veya farmakolojik tedaviyi*

(...)

Genel esaslar

MADDE 6 – (1) *Cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, cezanın infazı sırasında veya koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içerisinde, ikinci fıkrada belirtilen tedavi veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına karar verilmesi için Cumhuriyet başsavcılığı tarafından derhal infaz hâkimliğine başvuruda bulunulur.*

(2) *Birinci fıkrada bahsedilen yükümlülükler şunlardır:*

a) *Tıbbi tedaviye tabi tutulmak,*

b) *Tedavi amaçlı programlara katılmak,*

(...)

Tıbbi tedaviye tabi tutulmak

MADDE 7 – (1) *Tedavi, tanımda belirtilen hükümlülere yönelik olmak üzere, ayakta veya yatarak, ilaçla veya ilaçsız olarak veyahut her iki usul ile cinsel dürtünün*

azaltılmasına veya denetimine yönelik tedaviler ile cinsel isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemdir.

(2) Cinsel suçlardan hüküm alanlar hakkında, 5275 sayılı Kanununun 108 inci maddesinin dokuzuncu fıkrasının (a) bendinde sayılan tıbbi tedavi yükümlülüğüne karar verilmeden önce hükümlü, bulunduğu kurum tarafından sağlık kurulu raporu alınmak üzere bünyesinde ruh sağlığı ve hastalıkları uzmanı ile üroloji veya endokrinoloji ve metabolizma hastalıkları uzmanı hekimler bulunan Sağlık Bakanlığına bağlı hastanelere sevk edilir. **Bu raporda kişi hakkında tıbbi tedaviye gerek olup olmadığı, gerek var ise hangi yöntemin uygulanacağı hususlarının belirtilmesi istenir.**(...)

(3) Gelen rapor göz önüne alınarak hükümlü hakkında tıbbi tedavi **uygulanıp uygulanmayacağı veya diğer yükümlülükleri hakkında karar alınmak üzere dosya, raporlarıyla birlikte infaz hâkimliğine gönderilir.**

(...)

Tedavi amaçlı programlara katılmak

MADDE 8 – (1) Tedavi amaçlı programa katılma, hükümlülerin yeniden cinsel suç işlemelerini önlemek amacıyla ihtiyaç duyulan **tedavi ve iyileştirme programları ile grup çalışmalarına veya bireysel çalışmalara katılma yükümlülüğüdür.”**

(2) (...) tedavi amaçlı programlara katılmaları konusunda rapor almır. Bu yükümlülüğe karar verilmeden önce hükümlü veya yükümlünün onayı aranmaz.”

Bu hükümler bir bütün olarak yorumlanacak olursa; Yönetmeliğin kanunda tıbbi tedavi ve tedavi amaçlı program olarak yalnızca ismen zikredilen hususları ölçsüz biçimde tanımladığı anlaşılmaktadır. Nitekim kanunda ilgili cinsel suçlardan hükümlü olanlara tıbbi tedavi uygulanacağına ilişkin hüküm; yönetmelikte ilaçlı veya ilaçsız (psikiyatrik veya farmakolojik), ayakta veya yatarak, cinsel dürtülerin ve isteğin azalmasını veya yok edilmesini sağlayan yöntemler olarak açıklanmıştır. Bu yöntemlerden kastedilenin kimyasal kastrasyon olduğuna şüphe yoktur. Tedavi amaçlı programlar ile kastedileninse psikolojik tedavi yöntemleri olduğu anlaşılmaktadır. Yöntemlerin uygulanacağı hükümlülerin kimler olduğu, m.4/1'e göre TCK'nin **102/2, 103/1-2 ve 104/2-3** maddelerinden hüküm giyenler şeklinde belirlenmiştir. Yani mağdurun vücuduna organ veya cisim sokmak suretiyle cinsel saldırı suçunu, her çeşit çocukların cinsel istismarı suçunu yahut aralarında evlenme yaşağı bulunan veya çocuk üzerinde koruma, bakım, gözetim yükümlülüğü olan veya evlat edineceği çocuk üzerinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu işleyenler bu kapsamda değerlendirilmektedir. Bu bağlamda, cinsel taciz suçu, yetişkinler üzerinde sarkıntılık düzeyinde kalmış cinsel saldırı suçu ile fiziksel temas suretiyle; fakat vücuda cisim veya organ sokmaksızın işlenen cinsel saldırı suçu kapsam dışında bırakılmıştır.

Açıklananlar doğrultusunda yönetmelik hükümleri fiilen uygulanacak olursa; belirtilen cinsel suçları işleyenler hakkında, mükerrer olması aranmaksızın ve iradesi dışında, testosteron

seviyesini düşürücü tıbbi yöntemler uygulanabilecektir. Bu yöntemler infaz sırasında ve koşullu salıverildiği takdirde denetim süresi içerisinde uygulanabilecektir. Bu konuda, karar verme yetkisi, Yönetmeliğin 7.maddesinin 3.fıkrasına göre infaz hakimine ait gibi görünmekle birlikte; öncesinde 2.fıkroda bahsedilen uzmanlardan oluşan sağlık kurulundan rapor alınması gerekmektedir. Tanımlar başlıklı 4.maddenin g bendinde ise “**Kurul:** Hükümlüye tıbbi tedavi uygulanıp uygulanmayacağına karar verecek olan sağlık kurulunu (...) ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre, kişiye kimyasal kastrasyon uygulanmasının yerinde olup olmadığına bu kurul karar verecektir. Bu hükmün konulma amacı, kanımızca tüm cinsel suç faillerine değil; özellikle parafilik durumda olanlara yöntemin uygulanmasını sağlamaktır. Ancak buna ilişkin özel bir ibare hükümde yer almamaktadır.

Yönetmelik, idarenin düzenleyici işlemiyle kaynağını yasadan almayan bir yöntemi ‘tedavi’ adı altında uygulamaya cevaz vermesi başta olmak üzere, pek çok farklı açıdan eleştirilebilir¹³⁸. Gerçekten, Yönetmelikte ‘tedavi’nin tanımı yapılmak suretiyle, belirsiz ve yetersiz bir düzenleme getirilmiştir. ‘Tedavi’ etmek maksadıyla hangi ilacın kullanılacağı, cinsel suç failinin parafil olup olmadığı, yöntemin hangi sıklıkla ve ne kadar süreyle uygulanacağı konuları belirsiz bırakılmış, infaz süresi boyunca uygulanır denilerek manasız bir süre kişiye ilacın verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca, kişinin cezasının infazının nerede çektirileceğine ilişkin özel bir belirleme yapılmaması da yöntemin etkileri düşünüldüğünde önemli bir eksikliklerdir.

Kimyasal kastrasyonun yanında, diğer pek çok ülkede uygulanmakta olan, psikolojik tedavinin de uygulanmasına karar verilebileceği, yine kanuna dayanarak yönetmelikte düzenlenmiştir. Bu yöntemin içeriğine ilişkin bir bilgi yer almasa da; Yönetmeliğin 8.maddesinde tedavi amaçlı programların, hükümlülerin yeniden cinsel suç işlemelerini önlemek amacıyla ihtiyaç duyulan tedavi ve iyileştirme programları ile grup çalışmaları veya bireysel çalışmalar olduğu belirtilmiştir. Cinsel suç faillerine uygulanan, bilişsel davranışsal terapi başta olmak üzere diğer psikoterapik yöntemlerinin tekerrürün önüne geçme ve rehabilitasyonda oldukça etkili yöntemler olduğu; hatta kimyasal kastrasyonla birlikte uygulananlarda dahi, tekerrürün önlenmesinde psikolojik tedavi yöntemlerinin esas başarıyı sağlayan faktör olabileceği yukarıdaki meta-analizler kapsamında açıklanmıştır. Ne var ki, Türkiye’de ceza infaz kurumlarında uygulanmakta olan öke kontrol programlarının, tekerrürün önlenmesinden ve kapsamlı bir psikoterapik tedavi yöntemi olmasından ziyade, infaz kurumlarında sorun çıkmasını önlemeye yönelik olduğundan söz edilebilir.

Yönetmelik bu açıklananlar kapsamında pek çok açıdan sorunlu görünmektedir. Bu doğrultuda, Danıştay 10. Dairesi, 7.maddenin 1. fıkrası hakkında yürütmeyi durdurma kararı vermiştir. Türk Psikiyatri Derneği’nin, ilgili Yönetmeliğin m.4/1-ı; m.6/1; m.7/1,2,3; m.8/2 (son cümle); m.15/1,4 hükümlerinin hukuka aykırı olduğundan bahisle iptali ve yürütülmesinin durdurulması talebiyle açtığı davada, Danıştay 10. Dairesi, yalnızca m.7/1’in yürütülmesinin durdurulmasına

138 Aynı yönde bkz.: Fahri Gökçen Taner, “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilir?” *TBB Dergisi*, Özel Sayı (Kadın ve Hukuk), 2017, s.87

oyçokluğuyla karar vermiş, diğer hükümler açısından talebi reddetmiştir.¹³⁹ 10.Daire kararında; Anayasa'nın 12.maddesine göre herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu; 17.maddesine göre herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu ve tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını vurgulayarak, Yönetmeliğin 7.maddesinin 1.fikrasının bu koşullara aykırı olduğuna karar vermiştir. Daire kararında, yönetmeliğin bu hükmünde belirtilen tedavi tanımına ilişkin, “*Kanunda sınırları belirsiz “tedavi” kavramını da aşar nitelikte “yöntemler” içeren davaya konu düzenlemede hukuka uyarlık bulunmamakta olup, uygulanması halinde telafisi güç veya imkansız zararlara yol açabileceği sonucuna varılmaktadır.*” şeklinde belirterek, m.7/1'in yürütülmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Bu karar kanımızca son derece yerinde olmakla birlikte; Yönetmelik'te yukarıda bahsettiğimiz diğer hukuka aykırılıklar da yer aldığından, Daire'nin onlara ilişkin talepleri reddetmemesi daha isabetli olurdu. Ayrıca, Daire'nin bu kararının söz konusu uygulamaların yönetmelikle düzenlenemeyeceği, kanunda açıkça belirlenmesi gerektiği şeklinde yorumlanması da kanaatimizce mümkündür.

3. 4 Nisan 2018 Tarihli Türk Ceza Kanunları ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı

Esasen bu çalışmanın tamamlanarak yayımlanmak üzere ilk gönderileceği tarihte (7 Mart 2018) söz konusu kanun tasarısı¹⁴⁰ gündemde değildi.¹⁴¹ Danıştay'ın, yönetmeliğin ilgili hükmünün yürütmesini durdurmasının ardından geçen süreçte, basın ve yayın organlarınca hemen her gün cinsel suçları konu edinen haberlere yer verildiği görülmüştür. Cinsel suç faillerine yönelik toplumsal tepki ve nefret doğrultusunda süreç, ilgili kanun tasarısının kararlaştırılmasıyla devam etmiştir. Tasarıda genel olarak, cinsel suçların cezasının (6545 s.k. ile yapılan son artırımın üzerinden yeniden¹⁴²) artırılması öngörülmektedir. Örnek vermek gerekirse, çocukların cinsel istismarının vücuda organ veya sair cisim sokulmak suretiyle işlenmesi halinde kırk yıla kadar; suçun kimi nitelikli hallerinin on iki yaşını tamamlamamış çocuklara karşı işlenmesi halinde müebbet hapis cezası öngörülmektedir. Cinsel suç faillerine kimyasal kastrasyon uygulanmasının da düzenlendiği bu kanun tasarısının – içeriğindeki kimi düzenlemeler hariç tutulursa – açıklanan nedenlerle toplumsal tepkiyi yatıştırmayı hedeflediği düşünülebilir.

139 Danıştay 10.Dairesi, E: 2016/12975, T: 07.06.2017, karara erişim: <http://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/982.017.21930-Cinsel-Suclar-Danistay-Karari.pdf>, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00

140 Kanun tasarısının 10.04.2018 tarihinde Adalet Komisyonu'na havale edilmiş metni için: <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0935.pdf> (çevrim içi), E.T.:27.04.2018 23:30

141 Ardından bu kanun tasarısı hazırlanmış; ve fakat erkene alınan yasama organı seçimleri dolayısıyla kadük olmuştur. Dolayısıyla 24.07.2018 tarihi itibarıyla, yukarıdaki açıklamalar ışığında konuyu düzenleyen herhangi bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Fakat, yukarıda da belirtildiği üzere konunun bu kez bir kanun teklifi ile gündeme alınacağı tahmin edilmektedir. Bu durumda aşağıdaki açıklamalar gündeme gelebilecek kanun teklifi açısından da yol gösterici olacaktır. Bkz.: http://www.cumhuriyet.com.tr/haber/siyaset/1014162/Hukumetten__kimyasal_hadim__aciklamasi.html# (çevrim içi), 14.07.2018 12:00.

142 Bu kanunla ilgili değerlendirmeler için bkz.: Taner, a.g.e., *passim*.

Tasarının kimyasal kastrasyon ile ilişkili hükümleri şu şekildedir:

“Madde 5: 13/12/2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 108 inci maddesinin sekizinci, dokuzuncu, onuncu ve onbirinci fıkraları aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve aynı maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir. (...)

(10) Dokuzuncu fıkra¹⁴³ belirtilen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, ceza infaz kurumundan herhangi bir nedenle tahliye edilmesinin itibaren başlamak üzere denetim süresi içinde veya hak ederek tahliye tarihinden itibaren beş yıla kadar süreyle aşağıdaki tedbir veya yükümlülüklerden bir veya birkaçına infaz hakimi tarafından karar verilir: a) Rehabilitasyon amaçlı programlara katılmak (...)

*(11) Dokuzuncu fıkra belirtilen cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan dolayı hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, **ceza infaz kurumundan herhangi bir nedenle tahliye edilmesinden üç ay önce başlamak üzere tahliyeden itibaren beş yıla kadar, ayakta veya yatarak cinsel isteğin ilaçla baskılanmasına yönelik tedbire tabi tutulmaya uzman raporu üzerine infaz hakimi tarafından karar verilebilir. Bu tedbir, tıbbi gerekliliklere uygun olarak yerine getirilir** ve infaz hakimi tarafından yılda bir defa değerlendirilir, gerektiğinde sonlandırılabilir.*

*(12) Dokuzuncu fıkra belirtilen suçlardan dolayı mahkum olanlar, ceza infaz kurumlarında bulunduğu süre içinde **rehabilitasyon amaçlı programlara** katılmak zorundadır.*

(13) Onuncu ve onbirinci fıkra belirtilen tedbir ve yükümlülüklerin ihlali durumunda, 105/A maddesinin altıncı fıkrasına ilişkin hükümler ile koşullu salıverilmenin geri alınmasına ilişkin hükümler; ihlalin infazın tamamlanmasından sonra gerçekleşmesi halinde ise bu maddenin yedinci fıkrasına ilişkin hükümler uygulanır.

(14) Cumhuriyet başsavcılığı onuncu ve onbirinci fıkra belirtilen tedbir ve yükümlülükler karar verilmesini infaz hakimliğinden talep eder.

(15) Onuncu ve onbirinci fıkra hükümleri suç tarihinde çocuk olanlar hakkında uygulanmaz.

(16) Bu maddenin onuncu, onbirinci ve onikinci fıkrasının uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir.”

İnfaz kanununa eklenmesi tasarlanan bu hükümler, 26.07.2016 tarihli Yönetmeliği tamamlayacak niteliktedir. Gerçekten, Danıştay'ın yürütmeyi durdurma kararının ardından, tıpkı kararında belirttiği gibi kanundaki 'tedavi' ibaresinin içi doldurulmuş; İnfaz Kanunu'nun 108. maddesinin (yukarıda, ilgisiz olduğundan yer verilmeyen) 8 vd. fıkralarının yerine tasarındaki hükümlerin yasalaşması öngörülmüştür. Bu doğrultuda Kanun'un mevcut halinde yalnızca tıbbi tedaviye

143 9. fıkra belirtilen suçlar: TCK m. 102/2; m.103; m.104/2,3; (ile TCK m.188 ve m.190)

tabi tutulmak hükmüne yer verilmiş, tıbbi tedavinin kimyasal kastrasyon olduğu Yönetmelik'te düzenlenmiş iken; tasarıda, İnfaz Kanunu'nun ilgili hükmü ilga edilerek yerine, açıkça kimyasal kastrasyon uygulanacağı hükmü eklenmektedir. Nitekim, “*ayakta veya yatarak cinsel isteğin ilaçla baskılanmasına yönelik tedbirler*” ifadesinin kimyasal kastrasyonu karşıladığına şüphe yoktur. Bu bağlamda, yukarıda yönetmeliğe yönelik yaptığımız saptamalar ve eleştiriler, bu kanun tasarısı için de geçerlidir.

Kanun tasarısında, Yönetmelik'ten farklı birtakım düzenlemelerin de yer aldığı görülmektedir. Örneğin kanunun mevcut halinde, infaz ve koşullu salıverilme süresince kimyasal kastrasyon uygulanacağı düzenlenmekteyken; tasarıda kimi ABD eyaletlerinde olduğu gibi, *ceza infaz kurumundan herhangi bir nedenle tahliye edilmesinden üç ay önce başlamak üzere tahliyeden itibaren beş yıla kadar uygulanması öngörülmüştür*. Mevcut hükme ilişkin yukarıdaki eleştirilerimiz ışığında, mahkuma infaz kurumundayken de yöntemin uygulanması yerine, kurumdan çıkmadan üç ay önce uygulanmasına başlanması daha isabetli bir yaklaşımdır. Fakat, azami sürenin niçin beş yıl olarak belirlendiği bilinmemekte, gerekçede de buna ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Bu durumda örneğin, kişinin parafilik durumu devam etse dahi beş yıllık süre dolduğundan, yöntemin uygulanmasına son verilecektir. Ancak, kişiye 10. fıkra da belirtilen “*Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak*” vb. tedbirlerin de uygulanması yaklaşık olarak aynı dönemde sona ereceğinden¹⁴⁴; parafilik durumu devam eden bireyin toplum içerisinde herhangi bir kontrol veya denetim olmaksızın yaşayacağı anlaşılmaktadır.¹⁴⁵

Kimyasal kastrasyonun uygulanacağı suçlar, mevcut düzenleme ile aynıdır.¹⁴⁶ Yöntemin suç tarihinde çocuk olanlar, yani on sekiz yaşını doldurmamış olanlar hakkında uygulanmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca tasarıda, kimyasal kastrasyon uygulanması için cinsel suç failinin mükerrir olması aranmadığı gibi, yöntem rıza göstermesinin de bir önemi bulunmamaktadır. Bu konu tıp etiği bağlamında aşağıda ele alınacak olmakla birlikte; kanımızca bir hekimin, aydınlatılmış onam olmaksızın kimyasal kastrasyon uygulaması hukuka aykırı olacaktır. Ayrıca, kişinin yöntem rıza göstermemesi halinde Tasarıda, Kanun'un 108. maddesine eklenmesi planlanan 13. fıkraya dayanarak, İnfaz Kanunu m. 105/A/6'ya göre, kişinin koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna gönderilmesi; koşullu salıverilmenin

144 Nitekim, eklenmesi öngörülen 10. fıkra da, mevcut kanunda düzenlenenlerin yanında, genel olarak çocukları koruyucu, faile “*Yedi günden fazla ikametgahından ayrı bir yerde konaklayacak olması durumunda üç gün önceden konaklayacağı adresi ilgili kolluk birimine bildirilmek amacıyla denetimli serbestlik müdürlüğüne bildirmek*” vb. yükümlülükler getirilmektedir. Bu yükümlülüklerin tahliyenin ardından azami 5 yıl uygulanması öngörülmüştür.

145 Bu açıklamamız, toplumu korumak adına failin ömür boyu birtakım yükümlülükler altında veya kimyasal kastrasyon uygulanarak yaşaması gerektiği anlamına gelmemektedir. Düzenlemede eleştirdiğimiz husus, bireyselleştirmenin yapılmaması ve net olarak ortaya konulmamasından kaynaklanmaktadır. İlgili hükümler incelendiğinde, kimyasal kastrasyonun faili beş yıl içerisinde “iyileştireceği” gibi bir beklentinin olduğu aklı gelmektedir. Nitekim gerekçede de faili ıslah etmek için bu tür ek tedbirlere ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Cinsel suç faillerinin hepsinin bir tutulamayacağı ve kimyasal kastrasyonun rehabilite edici bir yöntem olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin açıklamalarımız yukarıda yer almaktadır.

146 Bu konudaki açıklamalar için bir üst başlığa bakılabilir. (Bölüm: 5/b/2)

geri alınmasına karar verilmesi ve infazın tamamlanmasının ardından yöntemin reddedilmesi halinde ise disiplin hapsine tabi tutulması düzenlenmiştir.

Yöntemin uygulanmasına kanun tasarısında da, yönetmeliğe benzer şekilde *uzman raporu üzerine infaz hakimi tarafından karar verilebilecek* ve yöntem tıbbi gerekliliklere uygun olarak yerine getirilecektir. Hükümde “karar verilebilir” ifadesi geçtiğinden, uygulamanın zorunlu tutulmadığı, uzman raporuna bağlı olarak hakim kararına dayandığı anlaşılmaktadır. Uygulamada hakimin, uzman raporunun aksi yönde karar vermesi pek olası görünmemektedir. Yöntemin uygulanmasının infaz hakimi tarafından yılda bir değerlendirileceği öngörülmüş olup, gerektiğinde¹⁴⁷ sonlandırılabilceği düzenlenmiştir. Hakimin kararını verirken uzman değerlendirmesini dikkate alacağı madde gerekçesinde belirtilmektedir. ‘Sonlandırılabilir’ ifadesi kullanıldığından, hakime bu konuda bir takdir yetkisi tanındığı anlaşılmaktadır. Halbuki yöntemin uygulanmasının artık gereksiz olduğu anlaşıldığında, sonlandırılmamasının keyfililiğe yol açacağı düşünülebilir. Bunun yanında infaz hakimine yılda bir yöntemin uygulanmasını denetleme yükümlülüğü getirilmiştir. Bu denetimin, yöntemin muhatabı açısından güvence oluşturması amacıyla düzenlendiği anlaşılmakla birlikte; son derece ağır sonuçları olan ve zaten azami beş yıl uygulanan bir yöntemin yalnızca yılda bir kere re’ sen değerlendirilmesi kanımızca isabetli olmamıştır. Özellikle uygulamada, bu durumun ihmale dönüşmemesini ummak gerekir.

Kanun tasarısında, hükümlünün infaz kurumunda kaldığı süre boyunca rehabilitasyon programına katılması, mevcut düzenlemeden farklı olarak zorunlu tutulmuştur. Bu yükümlülüğe uyulmaması halinde, hükümlü madde gerekçesinde belirtildiğine göre iyi halli sayılmayacak ve koşullu salıverilmeden yararlanamayacaktır. Bununla birlikte, kurumdan herhangi bir nedenle tahliyenin ardından, rehabilitasyon amaçlı programlara katılmaya zorunlu olmaksızın karar verilebileceği de düzenlenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de, cinsel suç faillerine yalnızca hapis cezası verilmesi yeterli olmamakta, onların ıslahı için etkili tedbir ve yükümlülüklerin uygulanması gerektiği belirtilmektedir. Gerekçede hapis cezasının failin ıslahı için yeterli olmadığı belirtilmekle birlikte; kanımızca ağırlaşan cezalar ve kırk yıl, elli yıl gibi düzenlenen koşullu salıverilme süreleri, ortalama insan ömrü düşünüldüğünde, fiilen kimyasal kastrasyon uygulanmasını dahi çoğu durumda imkansız kılacaktır.

4. Ulusal ve Uluslararası Düzenlemeler Işığında Türk Hukukunda Kimyasal Kastrasyon Uygulanması Mümkün müdür?

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun’un 4.maddesinin 3.fıkrasında “*Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.*” hükmü ve 2.maddesinin 4.fıkrasında “*Bu Kanunun öngördüğü haller dışında gebelik sona erdirilemez ve sterilizasyon veya kastrasyon*

147 ‘Gerektiğinde’ ifadesinden ne anlaşılacağı, madde gerekçesinde “*Hükümlünün sağlığı açısından gerekli olması...*” şeklinde belirtilmektedir.

ameliyesi yapılamaz.” hükmü yer almaktadır.¹⁴⁸ Kanımızca, burada yalnızca ‘kastasyon’ ifadesi kullanıldığından cerrahi ve kimyasal yöntemi kapsayan üst başlık olarak düşünülebilir. Bu hükümler yürürlükte olduğuna göre, sırf bu nedenle bile Türk hukukunda ameliyat sırasında gerçekleşen tıbbi zaruret dışında kastasyon uygulanması mümkün değildir.¹⁴⁹ Ancak bugün, kimyasal kastasyona yönelik çeşitli regülasyon hazırlıkları yapılmaktadır. Bu başlık altında, iç hukukun yanında, yöntemin Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler ışığında nasıl değerlendirilebileceği tartışılacaktır.

Anayasa’nın 12. maddesinde, *Herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu* ifade edilmektedir. *Bu hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın ve yalnızca Anayasada belirtilen sebeplerle ancak kanunla sınırlanabileceği* 13. maddede düzenlenmiştir. 17.maddede ise; *herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu; tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı* düzenlenmiş; *kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı; insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamayacağı* belirtilmiştir.

Kimyasal kastasyonun, kişinin maddi bütünlüğüne müdahale teşkil eden bir yöntem olduğu aşıkardır. Bu yöntem sonucunda kişide birtakım biyolojik değişiklikler meydana gelmekte, yukarıda belirtildiği üzere sesinin incilmesi, kıl kaybı, kilo alımı, memelerin büyümesi gibi etkileri olmaktadır. Yaşamsal açıdan tehlike doğuran çok sayıdaki yan etkisine ek olarak, testosteron seviyesinin düşürülmesine bağlı ortaya çıkan bu etkileri sebebiyle; özellikle Türkiye gibi ataerkil ve geleneksel bir toplumda, bireylerin subjektif değerlendirmesine göre bunun küçük düşürücü ve onur kırıcı bir durum olacağı söylenebilir. İfade edilmelidir ki, kişinin toplum içerisinde küçük düşüp düşmeyeceği ve müdahalenin onur kırıcı olup olmadığı, kişinin içinde bulunduğu subjektif durum da gözetilerek değerlendirilmelidir. O halde ister ceza olarak nitelensin, ister tedavi; kimyasal kastasyonun Anayasa’nın 17. ve AİHS’nin 3. maddesine aykırı olacağı söylenebilir.

AİHS’nin 3.madde hükmü şu şekildedir: “*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*” Aynı doğrultuda İHEB’in 5. maddesi: “*Hiç kimseye işkence yapılamaz. Zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı davranışlarda bulunulamaz ve ceza verilemez*” ve BM Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin 7.maddesi şu şekildedir: “*Hiç kimse işkenceye ya da zalimane, insanlık dışı ya da küçük düşürücü muamele ya da cezalandırmaya maruz bırakılamaz. Özellikle hiç kimse kendi özgür rızası olmadan tıbbi ya da bilimsel deneylere tabi tutulamaz.*” Bu yasak mutlak olup, kişinin toplum için tehlike arz ediyor oluşu dahi mazeret sayılmaz. AİHS’nin 3. maddesi kapsamında AİHM, işkence ile insanlık dışı / aşağılayıcı muamele ve cezayı ayırmaktadır. İnsanlık dışı muamele, fiziksel yaralanmaya ya da yoğun fiziksel veya ruhsal ıstıraba neden olan eylem; aşağılayıcı muamele ise insan onuruna ağır saldırı içeren

148 Murat Doğan, “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.143 vd.

149 Meselenin elbette normlar ihtilafına göre çözülmesi gerekecektir. Ancak, günümüzde (27.04.2018) kimyasal kastasyon uygulanmasına imkan sağlayan açık bir kanuni hüküm bulunmadığına göre, bu tespit geçerlidir.

eylem olarak tanımlanmaktadır. Sırf kişinin utandırılmış olması, onur kırıcı muamele olarak değerlendirilmek için yetersiz olmakla birlikte; etkileri ve geri dönüşünün olmaması sebebiyle rızaya dayalı olmaksızın uygulanan cerrahi kastrasyon 3. maddeyi ihlal etmektedir. Nitekim, Onur Kırıcı Ceza veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi de cerrahi kastrasyonun tıbbi bir gereklilik olmadığına işaret etmiştir. Kimyasal kastrasyonun ise, insanlık dışı veya onuru kırıcı olarak değerlendirilmesinde tedavi mi yoksa cezai amaçla mı uygulandığı önem taşır. Yine, kişinin rızasına aykırı olarak uygulanan yöntemin de, seçimi özgür iradeye dayanmadığından koşullu salıverilmenin koşulu olarak uygulanan yöntemin de 3.maddeyi ihlal ettiği söylenebilecektir. AİHM'nin bu konuda önüne gelen yalnız birkaç başvuru olması sebebiyle nasıl bir tutum izlediğini tespit etmek güçtür. Ancak, Dvoracek/Çek Cumhuriyeti (Çekya) başvurusunda¹⁵⁰ Mahkeme, somut olayın koşullarına göre antiandrojen yöntemin failin sağlığı için gerekli olup olmadığını dikkate almıştır. Buna göre, rızaya dayalı olarak uygulanmak kaydıyla yöntemin tedavi edici nitelik taşıması halinde, 3.maddenin ihlali gündeme gelmeyecektir. Bununla birlikte kimyasal kastrasyonun yaşamsal aktiviteler açısından ciddi yan etkilere sahip olduğu bilinmektedir. Bu yan etkiler dikkate alındığında yöntemin tedavi edici niteliği geri plana düşecek ve 3. maddenin ihlali gündeme gelebilecektir.¹⁵¹

Yöntem kanunla düzenlense dahi, pek çok hak ve özgürlüğün özüne dokunduğundan bahisle Anayasa'nın 13. maddesine; tıbbi zorunluluk bulunmaması sebebiyle de 17.maddesine aykırılığı gündeme gelebilecektir.¹⁵² Bu durumda kişinin soyunu devam ettirme hakkının veya cinsel özgürlüğünün tamamen ortadan kalkmış olması aranmaz. Zira bir müdahalenin aynı zamanda hakkın amacına ulaşmasını önleyip, kullanılmasını ciddi bir biçimde zorlaştırması da bu kapsamda ele alınır. Ayrıca, yukarıda açıklanan sebepler ve meta-analiz sonuçları da göstermektedir ki, **kimyasal kastrasyon yeni bir yöntem olarak; cinsel suç faillerinde tekerrürü önleyip önlemediği henüz bilimsel açıdan ispatlanmış değildir. Bu konuda çalışma yapan kriminologlar arasında görüş birliğine varılamamıştır.** Dolayısıyla henüz belirlilikten uzak bir fikre dayanarak, bu yöntemin tıbben zorunlu olduğunu savunmak da – ciddi yan etkileri de düşünüldüğünde – mümkün değildir. Bunun yanında, bu konuda çalışan araştırmacıların büyük bölümü, yalnızca ciddi parafili vakıalarının tedavisinde yöntemin kullanılabileceğini ifade etmektedir. Ancak bu kez de üç başka sorunla karşılaşmaktadır. Bunlardan ilki, ciddi seviyedeki osteoporoz ve kardiyovasküler hastalıklar başta olmak üzere ortaya çıkabilecek ciddi yan etkilidir. İkincisi, bir cinsel suç failinin gerçekten parafil olup olmadığının teşhisi

150 Dvoracek/ Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 12927/13, <https://www.hudoc.echr.coe.int>, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00

151 Seher Çakan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi", *TBB Dergisi*, S:129, 2017, s.20-24

152 Karşı görüş için bkz.: Zeynep Burcu Akbaba, "Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu II", *TBB Dergisi*, S:82, 2009, s.17.

Akbaba'nın, yöntemin AY m.19'u ihlal etmeyeceğini ifade ettiği anlaşılmaktadır. Zira toplum için tehlike doğuran akıl hastası ile kimyasal kastrasyonun uygulanacağı cinsel suç failini birlikte ele almaktadır. Nitekim, parafilik vakıaları akıl hastalığı kapsamında değerlendirenler olsa da, yukarıda açıklandığı üzere, tüm parafillerin akıl hastası olduğu savı doğru değildir. Gerçekten akıl hastası olanlar dışında, m.19 kapsamında değerlendirilebilecek cinsel suç faili bulunmamaktadır.

oldukça zordur.¹⁵³ Tıpkı adli hatalarda olduğu gibi, burada da yanlış tanımlar üzücü sonuçlara yol açabilecektir. Üçüncüsü ise, yukarıda geçen meta-analizler ve bilimsel çalışmalarda belirtildiği üzere; cinsel suç failleri sınıflandırmasında dördüncü grupta ele alınanların büyük kısmında cinsel sapıklık ve antisosyal eğilim görülmekte, bunun altında ise beynin cinsel fonksiyonları da içeren frontal ve temporal lobundaki bir bozukluk olduğu nörobiyolojik açıdan düşünülmektedir. Dolayısıyla kişideki testosteron seviyesinin baskılanması her ne kadar dış dünyaya yansıyan cinsel davranışlarında azalma sağlayacak olsa da; asıl sorun nörolojik gibi görünmektedir.¹⁵⁴ Dolayısıyla bu tip failer açısından da ideal çözümün kimyasal kastrasyon olmadığı anlaşılmaktadır. Buna rağmen failer, yöntem maruz kalarak ayrıca yaşamsal açıdan risk doğuran yan etkileriyle de yüzleşmektedir. Diğer üç fail grubuna ise kimyasal kastrasyon uygulanması; yani testosteron seviyelerinin düşürülmesi, suçların işlenmesinin altında yatan neden yüksek miktardaki testosteron olmadığından, yararsız ve hatta zararlı olacak; açıkça bir cezalandırma olmaktan öteye gitmeyecektir.¹⁵⁵

Kimyasal kastrasyonla ilgili, tartışılmakta olan bir diğer yasal düzenleme Amerikan Anayasası'nın 8.ek maddesidir (*eighth amendment*). Bu kapsamdaki tartışmalar, 1982 Anayasası'nın 17.maddesi ile AİHS'nin 3.maddesinde yer verilen tartışmalara benzemektedir. 8. ek madde, zalimane ve sıra dışı (mutat olmayan) cezayı (*cruel and unusual punishment*) yasaklamaktadır. Zalimane ve sıra dışı cezadan ne anlaşılması gerektiğini *Supreme Court* açıkça tanımlamasa da, bunun insan onurunu yok sayan veya ihlal eden cezalar olduğuna pek çok kararında değinmiştir. Doğası gereği tüm cezalar acı vericidir; ancak hepsini zalimane olarak nitelemek mümkün değildir. *Supreme Court*, bir cezanın zalimane veya sıra dışı olduğuna karar verirken üç soru sormaktadır: *Yöntem doğası gereği zalimane midir? Suç ile orantılı mıdır? Meşru devlet amaçlarına ulaşılmasında aşırı ölçüde midir?* Bu bağlamda, bir cezanın zalimane olduğundan söz edebilmek için; gereksiz veya kötü niyetli biçimde acı, terör, utanç veya küçük düşürme içeriyor olması gerektiğine Mahkemece işaret edilmektedir. Ayrıca Mahkeme, 8 ve 14'üncü ek maddelere göre; bir kimsenin sırf tehlikeli olması gibi nedenlerle insan onurundan mahrum bırakılmayacağına, zalimane cezaya çarptırılmayacağına hükmetmektedir. Eğer uygulanan yöntem gerçek bir tedavi değilse, bu yöntemin zalimane ve alışılmadık muamele kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Öyleyse kimyasal kastrasyon uygun bir tedavi yöntemi ise bu kapsamda ele alınamayacak; fakat değilse ele alınabilecektir.¹⁵⁶ Bu konuda bir görüşe göre kimyasal kastrasyon, kişiyi tedavi etmekten ziyade kapasitesizleştirme üzerine kuruludur; bedensel bir cezadır. Cerrahi kastrasyondan pek bir farkı yoktur. Bu nedenle insan onuruna aykırıdır ve zalimane ve sıra dışı ceza kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵⁷

153 İrem Akduman / Gökhan Oral, "Pedofili Kavramına Kuramsal Yaklaşımlar", *Adli Psikiyatri Dergisi*, S:4, 2005, s.18

154 Bir hukukçu kimliğiyle yaptığımız çalışma boyunca yetkinliğimizi ve kapsamımızı aşma kaygısını güdererek, kriminoloji ve tıp biliminin verilerinden yararlanmaya çalışmış bulunmaktayız. Bu doğrultuda metinde yer alan ifade, Jordan vd.'nin 2011 yılında yaptığı çalışmadan alınmıştır. Bkz. *Supra Bölüm 3*.

155 Aynı yönde bkz: Stinneford, *a.g.e.*, s. 567-568. Bruce Pastner, "Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi", *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.131

156 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.12,32, 36-39

157 Stinneford, *a.g.e.*, s.585-588, 597-599

Kimyasal kastrasyonun AİHS'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8.maddesini ihlal etmeyeceği ifade edilmektedir.¹⁵⁸ Zira, söz konusu hüküm ile her ne kadar, kişinin maddi ve manevi bütünlüğü de korunuyor olsa da; cerrahi yöntemden farklı olarak kimyasal kastrasyon daha az zarar verici ve orantılı olarak değerlendirilmektedir. Şöyle ki; taraf devletlerin m.8/1'e uygun davranma yükümlülüğü olsa da, cinsel istismar gibi ağır suçları caydırıcı etkili önlemler yükümlülükleri de vardır. Bu bağlamda m.8/2'deki koşulları taşımak kaydıyla müdahaleye, yani yöntemin uygulanmasına izin verilmektedir. Ancak bunun için müdahalenin hukuka uygun, demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olması gerekir. Kimyasal kastrasyonun da geçici niteliği vurgulanarak ve günümüzde daha az zarar verici alternatif bir yöntemin bulunmadığı kabulüyle, 8.maddeyi ihlal etmeyeceği belirtilmektedir.¹⁵⁹

Kimyasal kastrasyon uygulamasının vücuttaki sperm sayısı ve kalitesini düşürdüğü, partnerin gebeliği durumunda ise fetusta deformasyona sebep olduğu ve ceninin ölü ya da sakat doğabileceği yukarıda ifade edilmiş idi. Bu nedenle, kişinin üreme ve soyunu devam ettirme hakkının engellendiği sonucuna varılabilir. Bu durumun, AİHS'nin 12.maddesinde düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkı kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.¹⁶⁰ Ayrıca cezaların şahsiliği ilkesi çağdaş ceza hukuku sistemlerinin temelinde yatan ve pek çok pozitif hukuk metnine yansımış bir ilkedir. Yöntemin uygulandığı failin çocuğunun engelli doğması durumunda, babasının işlediği bir suç karşılığı öngörülen yaptırımın çocuğu da etkilemesi söz konusu olacaktır. Elbette bu durumda, henüz dünyaya gelmemiş bir canlıya cezanın etkilerinin sirayet ederek, cezanın şahsiliği ilkesinin aşılp aşılmadığı tartışmalarına girilebilir. Fakat kanımızca bu – içtihat ne yönde olursa olsun – felsefi bir tartışma olmanın ötesine geçmeyecek; gerçekte olansa kimyasal kastrasyon uygulanan bir kimsenin çocuğunun engelli veya ölü doğabileceğidir. Yöntem, çocuk sahibi olmayı tamamen engellemediğine ve failin aynı zamanda sterilize edilmesi de savunulamayacağına göre burada ciddi bir sorun yer almaktadır. Günümüzün teknolojiyle, kişiden kimyasal kastrasyon uygulanmaya başlamadan önce sperm alınarak dondurulması mümkün olabilir. Ancak bu durum da, oldukça maliyetli olması ve bazı kimselere tıbbi nedenlerle uygulanamayacak olması sebebiyle eleştirilmektedir.¹⁶¹

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi'nin (Biyo-Tıp Sözleşmesi) 5.maddesi uyarınca, sağlık alanında yapılacak her türlü müdahalede kişinin aydınlatılmış onamı aranmaktadır. Sözleşme'nin 5. maddesi şu şekildedir: *"Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği*

158 Sözleşme'nin 8.maddesi: "1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."

159 Çakan, a.g.e., s.24-27

160 Sözleşme'nin 12.maddesi: "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

161 Çakan, a.g.e., s.28-29

ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir.” Ayrıca, benzer hükümleri 1219 sayılı *Tababet ve Şuabatı Sanâatlarının Tarzı İcr A Sına Dair Kanun*’un 70.maddesi¹⁶², Hasta Hakları Yönetmeliği¹⁶³ m.5/d¹⁶⁴ ve m.25¹⁶⁵’de ihtiva etmektedir.¹⁶⁶ Dolayısıyla yöntemin uygulanması kanunla mümkün kılınsa dahi; ne olursa olsun failin aydınlatılmış onamı aranmalı, rıza göstermemesi halinde uygulanamamalıdır.¹⁶⁷ Fakat bu yöntem açısından aydınlatılmış onamda, uzun vadeli etkileri tam olarak bilinmediği için sorun yaşanmaktadır. Bu durumda bilenen tüm etkilerin anlatılması ile yetinilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Aydınlatılmış onamla bağlantılı olarak, kişinin tıbbi tedaviyi reddetme hakkı; bir kimsenin onun için yararlı dahi olsa uygulanacak tedaviyi reddedebilmesine olanak tanır. Ancak, tedavi uygulanacak kimsenin toplum için tehlikeli olması mümkündür. Bu husus özellikle akıl hastalarının antipsikotik ilaçları reddedebilirliği konusunda da tartışılmaktadır.¹⁶⁹ Bu durumda, tedaviyi reddetme hakkını kullanabilmesi için kişinin, katlanması gereken durum ile toplumsal menfaat arasında dengenin olup olmadığına bakılacağı ifade edilmektedir.¹⁷⁰ Bu bağlamda, kimyasal kastrasyonun yan etkileri düşünüldüğünde, ölçülü olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak belki, aydınlatılmış onam söz konusu olduğunda ölçünün varlığından söz edilebilir.¹⁷¹

Bu başlık altında son olarak, kimyasal kastrasyonun insan onuruna aykırı bir yöntem olup olmadığına değinmek isabetli olacaktır. Cerrahi kastrasyonun özellikleri ve geri döndürülemez etkileri nedeniyle, insan onuruna aykırı olduğuna şüphe yoktur. Ancak kimyasal kastrasyonun insan onuruna uygun olup olmadığına yönelik öğretilerde farklı görüşler vardır.¹⁷² Bir görüş,

162 70.madde: “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacir de ise veli veya vasisinin evvelemerde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.*”

163 R.G. no: 23420, 01.08.1998

164 Madde 5/d: “*Tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.*”

165 Madde 25: “*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*”

166 Sunay Akyıldız, “Kısıtlandırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7-8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.14

167 İpekçioğlu, a.g.e., s.121

168 Fitzgerald, a.g.e., s.20

169 Tıbbi müdahaleye rızanın kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu; zorla tedavinin ancak istisnai koşulların varlığı halinde ve ölçülülük ilkesi kapsamında uygulanabileceği hk. bkz: S.Hülya İmamoğlu, “Hukuki Açıdan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:7, S:3-4, 2012, *passim*

170 Fitzgerald, a.g.e., s.44

171 Taner, a.g.e., s.88-89

172 İnsan onuru çok farklı boyutlarıyla ele alınmaktadır. Bu konuda AYM, kişinin sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu değer olarak değerlendirmekte ve hiçbir koşulda ihlal edilemeyeceğini belirtmektedir. İlgili karar: “*Hiç kuşku yok ki, her ceza yaptırımını cezalandırılan kişiye bir acı getirir (...) Ceza yaptırımlarının konulmasında ve dolayısıyla uygulanmasında daima böyle bir erek kendini duyurur. Ancak, acının makul ve insani bir sınırı aşmaması, eziyet ve işkence derece ve niteliğini almaması şarttır (...) Ceza yaptırımlarının çeşit ve ölçüleri bakımından bir sınır olarak*

cerrahi kastrasyonun aksine geri döndürülebilir olmasının yanında, onu iyileştirici özellikler taşımamasından ötürü insan onuruna aykırı olmayacağını ifade etmektedir. Buna karşılık, kimyasal kastrasyonun ciddi yan etkileri nedeniyle sanıldığı gibi bölünebilir ve geri çevrilebilir bir uygulama olmadığını belirten ve bizim de katıldığımız ikinci görüş; uygulamanın bu sebeple insan onuruna aykırı olduğunu belirtmektedir. İkinci görüş içinde bir kesim, kişinin özgür iradesine ve aydınlatılmış onamına dayanıyorsa kimyasal kastrasyonun insan onuruna aykırı olmayacağını dile getirmektedir. Bununla birlikte, özellikle hapis cezasına alternatif olarak veya koşullu salıverilmenin bir koşulu olarak uygulanan kimyasal kastrasyonda kişi, hapsedilmek ile yöntemin uygulanması arasında bir seçim yapmak durumunda kalmaktadır. Kanımızca bu durumda iradenin gerçekten özgür olduğundan söz etmek mümkün değildir.¹⁷³

VI. KİMYASAL KASTRASYONUN HUKUKİ NİTELİĞİ: GÜVENLİK TEDBİRİ Mİ? CEZA MI? TEDAVİ OLARAK DEĞERLENDİRİLEBİLİR Mİ?

Ceza hukukumuzda bir suç karşılığında öngörülen yaptırımlar, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Cezalandırmanın amacına ilişkin tartışmalara girmeksizin kısaca ifade etmek gerekirse cezalandırma büyük ölçüde, kişilerin anlama ve davranışlarını bilinçli olarak yönlendirme yeteneği olduğu varsayımına dayanır. Bu bağlamda kefare, caydırıcılık, rehabilitasyon ve inkapasitasyon (kişinin hapis durumundayken yeni suç işleyememesi) şeklinde amaç ve işlevleri olduğundan söz edilebilir.¹⁷⁴ Güvenlik tedbirleri ise, toplumsal düzeni koruma (sosyal savunma) amacıyla ileride ortaya çıkabilecek muhtemel zararları önlemeye yöneliktir. Bu sayede kefare ve caydırıcılık amaçlarından sıyrılarak, failden kaynaklanan tehlikeyi bastırma amacı ile onu iyileştirme ve tekrürü önleme amacı taşır. Örnek olarak, akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirleri hukukumuzda yer almaktadır. Cezalar failin kusuruna dayandırılmaktayken, güvenlik tedbirleri onun tehlikeliliğine dayandırılmaktadır. Ceza hukuku yaptırımlarının, suç işleyen bireyi ıslah ederek topluma kazandırma işlevi olmalıdır.¹⁷⁵

Kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği günümüzde tartışılmakta olan ve üzerinde uzlaşmaya varılamamış bir konudur. Yöntemin hapsedilmeye alternatif olarak sunulması, koşullu salıverilmenin bir koşulu olması, yahut hapis cezasına ek olarak ve aynı zamanda serbest kalındığında da uygulanıyor olmasına göre, hukuki niteliğinin değişiklik gösterdiği ifade edilmektedir. Bir görüşe göre, yöntem denetimli serbestliğin koşulu olarak tanınmalıdır; zira failerin tedavi edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde toplum için tehlike oluşturmaya devam

görülen, bunların insanın haysiyeti ile bağdaşır olması sorununa gelince; insan haysiyeti kavramı, insanın hangi durum ve koşullar arasında bulunursa bulunsun, sırf insan olmasının kendisine tanıttığı kazandırdığı değer, gerek öteki bireyler gerekse toplumca tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu, öyle bir davranış ve tanıma çizgisidir ki, ondan aşağı düşünülünce yapılan işlemler, insanı insan olmaktan çıkarmış demektir (...) İnsan haysiyeti kavramı insana sadece insan olması bakımından kazandırılmış ve dolayısıyla tanınmış toplumsal değerlerinden ibarettir.”; AYMK, E. 1971/2, K. 1971/36, 6.4.1971, RG. no: 13994; Küçük, a.g.e., 309-310

173 Aynı yönde bkz.: Küçük, a.g.e., s.305-306

174 Cauley, a.g.e., p.494

175 Nur Centel/ Hamide Zafer/ Özlem Yenerer Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10.bs., Ankara, 2017, s.702; Küçük, a.g.e., s.307,311; Güzelsoy, a.g.e., s.64

edebileceklerdir. Gelişecek yeni yöntemler tedaviyi kalıcı kılacaktır. Bir diğer görüşe göre ise; yöntemin denetimli serbestliğin bir koşulu olarak kabul edilmemesi gerekmektedir; zira failin cinsel dürtüleri azaltılsa da nefret, öfke gibi dürtüleri azaltılamamaktadır. Dolayısıyla başka birtakım suçlar işlemesi mümkündür. Ayrıca, yöntemin niteliği gereği failin ömrü boyunca uygulanması gerekecektir. Başka bir görüş, failin özgür iradesiyle kimyasal kastrasyonu seçebilmesi, bunun için gerektiği gibi aydınlatılması ve denetimli serbestliğin koşulu olarak belirlenerek bir tedavi gibi uygulanabilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁷⁶ O halde, kimyasal kastrasyonun hukuki niteliğinin de ne şekilde uygulandığına göre değiştiği söylenebilir.

Bir psikoterapik yöntemin zorunlu olarak uygulanmasının, Amerikan Anayasası'nın 8.ek maddesini ihlal edip etmediğine ilişkin tedavi mi yoksa ceza mı olduğunun tespitinde *Rennie v. Klein* davasında bir test uygulanmıştır. 'Rennie testi' denilen bu teste göre şu dört soru sorularak, yöntemin tedavi olarak uygun olup olmadığına karar verilmektedir: "Yöntemin tedavi edici değeri var mı? İlaç devam eden psikoterapi programının bir parçası mı? Yöntemin yan etkileri, artılarına göre gereksiz ölçüde fazla mı? İlaç deneysel mi?"¹⁷⁷ MPA'nın, teknik açıdan deneysel bir ilaç olmadığı ifade edilmektedir. Zira örneğin ABD'de, kadınlarda doğum kontrolünde kullanılması uygun görülerek onaylanmıştır. Ancak erkeklerde uzun süreli kullanımına dair etkileri bilinmemekle birlikte; ABD'de "*Food, Drug and Cosmetic Act*"e göre, bir ilacın belirli bir kullanım için onaylandıktan sonra doktorların onaylanmamış kullanımlar için de reçete yazabildiği belirtilmektedir.¹⁷⁸

Kimyasal kastrasyonun tedavi olarak değerlendirilebilirliği hususunda bir görüş; yöntemin (dörtlü cinsel suç faili ayrımında) ilk üç fail grubunda tedavi edici değerinin olmadığını, fakat parafillerde olduğunu belirtmektedir. Bu görüşe göre parafillerin tedavisinde kullanılan en etkili yöntem bu olup, tedavi prosedürünün bir parçasıdır ve etkileri, bilinen ve henüz bilinmeyen yan etkilerine göre daha olumlu niteliktedir. Ayrıca MPA, deneysel bir tedavi olarak sınıflandırılmamıştır. Daha ziyade yenilikçi terapi (*innovative therapy*) olarak geçmekte olup, araştırma ile standart medikal uygulama arasında yer almaktadır. Dolayısıyla etkililiği ve güvenilirliği konusunda daha fazla çalışma yapılması gerekmektedir.¹⁷⁹

Yöntemin bir tedavi olarak değerlendirilebilirliği konusunda tıp etiği ilkelerini incelemek gerekmektedir. Tıp etiğinin temelinde özerkliğe saygı, zarar vermeme, yararlı olma, adalet ilkesi gibi ilkeler yatmaktadır. Tüm dünyada kabul gören aydınlatılmış onam, kişinin özerkliğine saygı ilkesi kapsamında değerlendirilir. Bu nedenle ne olursa olsun, kişiye zorunlu olarak kimyasal kastrasyon uygulanması mümkün değildir. Zarar vermeme ilkesi doğrultusunda, bir riskin söz konusu olduğu durumlarda öncelikle risk-fayda dengesinin en fazla faydayı sağlamaya yönelmesi gerekmektedir. Bu, hekimler için bir zorunluluktur. Ayrıca öngörülebilir risklere karşı kişiyi korumak, standart bakımı sağlamak ve kişinin zarar görme riskini artırmadan uygulamayı yapmak

176 İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.114-115

177 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.32-33

178 Simpson, *a.g.e.*, s.1232

179 Fitzgerald, *a.g.e.*, 33vd.

da yine zarar vermeme ilkesi açısından son derece önemlidir. Bu nedenle kimyasal kastrasyon, asla ceza olarak uygulanmamalıdır. Bir diğer husus, tedavi amacıyla uygulanan yöntemde hastanın iyiliği (yararlılık) ilkesinin yer almasıdır. Kimi durumlarda özerkliğe saygı, yararlılık ve adalet ilkelerinin çatışması mümkündür. Burada etik bir problemle karşılaşılır. Hekimin, devletin suç politikası doğrultusunda toplumu korumak adına, kimyasal kastrasyon uygulaması gerekse bile; şayet durum bir hastalık olarak görülerek tedavi uygulanıyorsa, hekimin hastanın yararını toplum yararından ve kendi mesleki doğrularından üstün tutması gerekmektedir. Burada onun kişisel doğrularının da işin içine girmesi söz konusu olamaz. Günümüzde tıp bilimi verilerine göre, kimyasal kastrasyonun bilimsel geçerliliği ve yararlılığı konusunda bir konsensüs oluşmamıştır. Dolayısıyla ne olursa olsun, bu yöntemin ancak hastanın iyiliği için uygulanması mümkündür. Hukukçular insan davranışlarının bir yaptırım gerektirip gerektirmediği konusunda yetkin olsalar da, cinsel davranışların tıbben bir patolojiden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirlemek ve buna ilişkin yöntemin ne olacağını bilmek hekimin sorumluluğudur. Yine bu doğrultuda parafilinin teşhisini ve nasıl bir yöntem izleneceğini bağımsız hekimler gerçekleştirmelidir.¹⁸⁰

Bu konudaki bir görüş, yöntem tedavi olarak değerlendirilecekse, zorunlu olmaması gerektiğine işaret etmektedir.¹⁸¹ Bir diğer görüş, uzun vadeli ve kalıcı etkileri olmadığından tedavi olarak nitelenmesinin mümkün olmadığını dile getirir.¹⁸² Başka bir görüş, yöntem psikolojik tedaviyle birlikte uygulandığından, tedavi olarak değerlendirilmesinin güç olduğunu ileri sürerken; bir diğer görüş MPA uygulamasının bir tedavi olarak suç ile orantılı olduğunu; zira aksi halde failin bir enstitüye veya infaz kurumuna kapatılarak özgürlüğünden mahrum bırakılacağını, bu sayede ise devlet gözetiminde koşullu salıverme ile topluma geri dönebileceğini ifade etmektedir.¹⁸³ Kanımızca yöntemi, kategorik olarak tedavi kapsamında veya dışında değerlendirmek oldukça güçtür. Özellikle yan etkileri düşünüldüğünde, somut olay nezdinde tıp etiğine göre karar verilerek yöntemin bir tedavi olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecektir. Buna karşılık hukuken en baştan, belirli cinsel suç failleri hakkında sistematik biçimde kimyasal kastrasyonun uygulanacağını düzenlenmesi, onun tedavi olarak nitelendirilmesini zorlaştırmaktadır.¹⁸⁴ Zira ifade ettiğimiz gibi, tıp etiği ilkelerine uygun olarak hekimin her somut olayı değerlendirerek cinsel suç faili hakkında uygulanacak yöntemi belirlemesi daha uygun olacaktır.

Kimyasal kastrasyonun hukuki niteliği konusunda ise bir görüş, yöntemin düzgün uygulanması durumunda cezanın ödetme, caydırıcılık, rehabilitasyon ve inkapasitasyon şeklindeki dört amaç ve işlevini de yerine getireceğini belirtmektedir.¹⁸⁵ Buna karşılık bir diğer görüşe göre kimyasal kastrasyon bir ceza olarak kabul edilirse, orantılı olmayacaktır. Yöntem, failin bir daha suç işlememesi için uygulanmakta olduğundan güvenlik tedbiri niteliğindedir. Ceza olarak kabul edilmesi durumunda aynı suçtan dolayı iki kez cezalandırılmayacağını ifade eden *ne bis in idem*

180 Uçar, *a.g.e.*, s.157-160; Ataç, *a.g.e.*, s.176-182

181 Aksoy, *a.g.e.*, s.120

182 Güzelsoy, *a.g.e.*, s.14

183 Fitzgerald, *a.g.e.*, s.38

184 Somut olay nezdinde karar vermenin kanunilik ilkesini ihlal etmemesi gerektiğinin altını çizmek gerekir.

185 Cauley, *a.g.e.*, s.507

ilkesini ihlal edebilecektir. Nitekim, yabancı ülke hukuklarında da genel olarak güvenlik tedbiri niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁶

Kanımızca kimyasal kastrasyon, yaygın uygulanış biçimiyle bir cezadan ziyade güvenlik tedbirine benzemektedir.¹⁸⁷ Nitekim, yöntem öncelikle tekerrürün önlenmesi amacına hizmet etmenin yanı sıra, faili kapasitesizleştirme (inkapasitasyon) üzerine kuruludur. Bu doğrultuda, failin tehlikeliliği üzerinde durulmakta ve toplum ondan korunmaktadır. Geçmişten ziyade geleceğe yönelik olduğu söylenebilir. Ne var ki, yöntem pek çok ülkede yalnızca parafillere uygulanmamaktadır. Bu nedenle, genel ve özel önleme amacına hizmet etmesi ve özgür iradesiyle hareket eden kimseleri suç işlemekten caydırması da beklenmektedir. Gerçekten, ülkemizde olduğu görülen “*tecavüz edene, hadım*” şeklindeki algı, bu duruma örnek gösterilebilir. Öyleyse, yalnızca tehlikeli kabul edilen cinsel suç faileri hakkında uygulanan kimyasal kastrasyonun bir güvenlik tedbiri niteliğini haiz olabileceği; bunun dışındakiler hakkında uygulanan yöntemin hem cezaya, hem de güvenlik tedbirlerine ilişkin özellikler taşıyacağı ifade edilebilir. Bununla birlikte, kimyasal kastrasyonun yan etkileri düşünüldüğünde, onun adeta bir cezaymışçasına toplumsal ödetme mekanizması olarak kullanılabileceği de akla gelmektedir. Ancak kimyasal kastrasyonun, ödetici bir ceza şeklinde düşünülmesi oldukça sakıncalıdır. Zira cinsel suç failerinin büyük bölümü, testosteron seviyelerinin yüksekliği gibi nedenlerle suç işlemediğinden; yöntem onlar için anlamsız ve yan etkileri nedeniyle orantısız bir ceza niteliğinde olacaktır. Bunun yanında parafillerin, – küçük bir alt grup dışında – akıl hastası olarak değerlendirilmeleri mümkün değildir; kusur yetenekleri vardır. Ancak gerçekleştirdikleri davranışın bilincinde olmalarına rağmen; dürtülerine hakim olamamaktadırlar. O halde, yöntemin bunlar hakkında da caydırıcılık sağlamayacağı açıktır. Dolayısıyla yöntem, cezanın amaçlarına hizmet etmemektedir.

SONUÇ YERİNE

Türkiye’de, İstanbul ilinde 2012 yılında 367 kişi (297 avukat, 35 psikolog, 17 pedagog, 18 sosyal hizmet uzmanı) üzerinde, kimyasal kastrasyon hakkında bir anket çalışması gerçekleştirilmiştir. Çalışmanın sonuçları genel olarak değerlendirildiğinde, katılımcıların çoğunluğunun Türkiye’de kimyasal kastrasyonun uygulanmasını desteklediği sonucuna ulaşılmıştır. Çocuk sahibi olan katılımcıların, olmayanlara göre uygulamanın daha lehinde oldukları da ayrıca tespit edilmiştir.¹⁸⁸ Benzer şekilde, kimyasal kastrasyonu düzenleyen yönetmeliğin 26 Temmuz 2016 tarihinde yürürlüğe konulmasının ardından, İstanbul ilinde 155 avukat üzerinde gerçekleştirilen bir saha çalışmasında; katılanların %55’i çocuklara yönelik cinsel suçlarda kimyasal kastrasyon uygulanmasına sıcak baktığını belirtmiştir.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Küçük, *a.g.e.*, s.308

¹⁸⁷ Yöntemin güvenlik tedbiri olarak uygulanabilirliğine ilişkin görüşlerimize ise aşağıda yer vermekteyiz.

¹⁸⁸ Bu örneklem nezdinde genel bir fikre ulaşılabilmesi için, veri toplama metodu, karşılaştırmalar vb. bilgi ve bulguların detaylı biçimde incelenmesi isabetli olacaktır. bkz.: Güzelsoy, *a.g.e.*, s.81 vd.

¹⁸⁹ Zeynep Reva, Avukatların Kimyasal Kastrasyon Hakkındaki Bilgilerini Ölçmeye Yönelik Saha Çalışması: Ön Rapor, <http://tip hukuk kongresi2017.com/wp-content/uploads/2017/03/zeynep-reva.pdf>, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018, 13:00

Kimyasal kastrasyonun cinsel suçlarla mücadelede uygulanması veya uygulanmaması gerektiğini ileri süren akademik çalışmaların birçoğu, gözlemleyebildiğimiz kadarıyla bu konuda yapılmış ampirik çalışmaları; kriminolojik araştırma ve meta-analizleri göz ardı etmektedir. Oysa, bu yöntemin cinsel suç faillerinde tekerrürün azaltılmasında gerçekten işe yarayıp yaramadığını; yahut daha etkili bir çözümün nasıl üretilebileceğine ilişkin yöntemler geliştirirken bu bulgulardan yararlanılması gerekmektedir. Bugün, ülkemizde kimyasal kastrasyona ilişkin yasal çalışmalar olduğu görülmektedir. Ancak, gerek basına yansıyan haberlerden, gerekse bu konuda yapılmış çalışmalardan, toplumun genelinde kimyasal kastrasyonla ilgili çok sayıda eksik ve yanlış bilinen husus olduğunu gözlemlemiş bulunmaktayız. Kanımızca, özellikle Avrupa ülkelerinde bu yöntemin uygulanıyor oluşu, toplum nezdinde onun cinsel suçlarla mücadelede bir sihirli değnekmişçesine görülmesine neden olmaktadır. Halbuki, uygulandığı ülkelerde de bu yöntemin eleştirildiği, çalışma boyunca açıklanan hususlardan anlaşılmaktadır. Biz de bu doğrultuda elimizden geldiğince, önemli olduğunu düşündüğümüz hususlara ağırlık vererek, kriminoloji ve tıp verilerinden yararlanan bu çalışmayı oluşturmaya gayret etmiş bulunmaktayız.

Önemle üzerinde durulmasında yarar vardır ki, özellikle ülkemizde cinsel suçlarla mücadele denildiğinde; çocukların zorla evlendirilmesi ile fuhuş, pornografi vb. amaçla gerçekleştirilen çocuk kaçırma olaylarının göz ardı edilmemesi gerekmektedir. Gerçekten, bu konular çoğunlukla üzerinde durulmayan; fakat yukarıda belirtildiği üzere çocukların cinsel sömürüsü kapsamında büyük yer tutan sorunlardır. Dolayısıyla ‘cinsel suçlarla mücadele’ denilince, bu hususların da mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Cinsel suçlarla mücadelede göz önünde bulundurulması gereken bir diğer önemli husus ise, cezaların kesinliğidir. Ülkemizde sıklıkla cezaların yeterli olmadığından söz edilmekte, devamlı olarak artırılması gerektiği belirtilmektedir. Nitekim, önceki artırımların ardından, 4 Nisan 2018 tarihli kanun tasarısında cezalar yeniden artırılmaktadır. Oysa bu doğru bir yaklaşım değildir. Cezalandırmanın caydırıcı olması (genel önleme fonksiyonuna hizmet etmesi) için, *Cesare Beccaria'nın* belirttiği üzere; cezaların şiddeti kadar sürati ve kesinliğine de önem verilmesi gerekmektedir. Özellikle cezasız bırakılan cinsel suçlar ve toplumda bu suçların cezasız bırakıldığına ilişkin oluşan algı, caydırıcılığı büyük oranda azaltmaktadır.¹⁹⁰

Çalışmamızda cinsel suç faillerinin çeşitli şekillerde sınıflandırıldığı, hepsi için ortak bir parafil grubunun var olduğu; parafilin işlediği cinsel suçların genele oranla oldukça düşük olduğu açıklanmış bulunmaktadır. Dolayısıyla cinsel suçların önüne geçilmeye çalışılırken, öncelikle parafil olmayan faillerin işlediği suçlara yönelik çalışmalar yürütmek, halihazırda yürütülenleri işlevselleştirmek daha kolay, hızlı ve etkili sonuçlar doğuracaktır. **Bu suçların failleri hakkında kimyasal kastrasyonun hiçbir etkisi olmayacağı; aksine zararlı sonuçlara neden olacağı, açıklananlar ışığında ortadadır.** Nitekim bu kişiler cinsel suçları testosteron seviyelerinin yüksekliği gibi bir nedenle işlememektedir. O halde onların testosteron seviyelerinin düşürülmesi,

190 6545 sayılı yasa ile mevzuatımızda cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar hk. yapılan düzenlemelerin değerlendirilmesine ilişkin bkz.: Taner, a.g.e., *passim*

biyolojik ve psikolojik değişime neden olacak; bu kez cinsel değil, örneğin malvarlığına veya vücut bütünlüğüne yönelik bir başka suç işlemlerine yol açabilecek yahut bunu engellemeyecektir.

Buna karşılık parafillere yönelik kimyasal kastrasyon uygulaması biraz karışık görünmektedir. Bir görüşe göre; pedofiller üzerindeki geleneksel tedavi yöntemleri, yani psikoterapi vb. işe yaramamaktadır, zira onlar gerçekleştirdikleri davranışın suç olduğunu bilmekte; ancak dürtülerine engel olamamaktadır.¹⁹¹ Bu kişilere uygulanabilecek en uygun yöntem kimyasal kastrasyondur. Çünkü onları hapsedmek toplumu korumaya yarayacaktır; ancak bu kişiler için hapisane doğru yer değildir. Bunun iki nedeni vardır; öncelikle hapishanelerde uygulanan tedaviler yetersizdir. İkinci olarak, örneğin ABD'de suçlular arası hiyerarşide pedofil olmak en diplerde yer almak anlamına gelir. Dolayısıyla bu kişiler için hapishaneler doğru yer değildir. İkinci seçenekse kliniklere kapatmaktır. Bu durumda tedavi alabileceği bir enstitüye ömür boyu kapamak bir seçenektir. Fakat, bu kişiler tekrar serbest bırakıldığında, suç işleme eğilimi bulunan bir kimsenin neden serbest bırakıldığına dair topluma hesap verilmesi gerekmektedir. Gerçekten bu konuda çalışma yürüten pek çok araştırmacı, hukukçu vb. parafillere, rızaya dayalı olması vb. koşulların varlığı halinde kimyasal kastrasyon uygulanabileceğini kabul etmektedir.¹⁹²

Buna karşılık bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre, kimyasal kastrasyon uygulamasına temkinli yaklaşmak isabetli olacaktır. Zira, öncelikle bir kimseye parafili teşhisi koymak oldukça zordur. Yanlış teşhislerin yapılması da mümkündür.¹⁹³ Yöntem genellikle uzun yıllar uygulanmakta, bu da yaşamsal açıdan etki doğuran ciddi yan etkiler dahil, pek çok yan etkinin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Dolayısıyla yöntemin uygulanması bırakılsa bile yan etkiler kalacaktır. Bu nedenle, yöntem sanıldığı gibi geri çevrilebilir değildir. Kaldı ki, yöntemin uygulanmasının yarım bırakılmasının veya kişinin dışarıdan testosteron alarak etkilerini bertaraf etmesinin tekerrürü sıçrama şeklinde artırması gibi sakıncalı sonuçlara yol açabildiği yukarıda belirtilmiş idi. Bu nedenle, takibin ve denetimin çok sıkı biçimde yapılması gerekecektir – ki bunun oldukça güç olduğu malumdur.

Sonuç olarak, kimyasal kastrasyonun her ne kadar belirli koşulların varlığı halinde parafillere uygulanabileceği ifade edilse de; insan onuru ve tıp etiği ilkelerinin göz ardı edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Parafilik durumda olanların cinsel suç işleme eğiliminde oldukları, dolayısıyla toplum açısından tehlike oluşturdukları kabul edilebilir. Ancak, toplumu korumak adına parafili vakıalarında bu yöntemin uygulanarak kişinin yan etkilere maruz bırakılmasının ne derece kabul edilebilir olduğu da; net bir yanıt verilemeyecek sorulardandır. Bunun yanında, kimyasal kastrasyonun parafiller açısından caydırıcı (genel önlemeye hizmet eden) bir yöntem olacağı kanımızca yersiz bir varsayımdır. Nitekim bu kişiler cinsel dürtülerine engel olamayarak suç işlemekte; hapis cezası dahi caydırıcılık sağlamamaktadır. Bunun yerine hem parafillere, hem de diğer suç faillerine¹⁹⁴, Hanson vd.'nin 2009 yılında yayımlanan çalışmasında da

191 Pastner, *a.g.e.*, s.130vd.

192 Cauley, *a.g.e.*, s.498; Yenidünya/Yaşar, *a.g.e.*, s.182; Taner, *a.g.e.*, s.88; Aksoy İpekçioğlu, *a.g.e.*, s.113

193 Teşhis koymanın zorluğu hk. aynı yönde bkz.: Güzelsoy, *a.g.e.*, s.75

194 Dördüncü grupta sayılmayan cinsel suç faillerinde hapis cezasının caydırıcılık sağladığı açıktır.

belirtildiği üzere, RNR kapsamında kriminojenik ihtiyaçlara göre belirli yöntemlerin ve özellikle psikolojik tedavilerin uygulanması, belirli ölçüde ilerleme sağlayacaktır. İfade etmek gerekir ki, bu yöntemlerden en fazla yararın elde edilmesi için, deyim yerindeyse sırf yapılmış olması için yapılmaması; hedeflerine ulaşmada yol kat edilmesinin gerçekten dikkate alınması gerekmektedir. Son olarak, tıp bilimi alanında yeni yöntemlerin geliştirilmesi, bu konunun yeniden tartışılmasını sağlayacaktır. Ancak kanımızca şu halde, kimyasal kastrasyon oldukça sorunlu bir yöntemdir.

KAYNAKÇA

- Akbaba, Zeynep Burcu: “Kimyasal Hadım Yönteminin Anayasaya Uygunluğu II”, *TBB Dergisi*, S:82, 2009, s.1-18
- Akduman, İrem / Oral, Gökhan: “Pedofili Kavramına Kuramsal Yaklaşımlar”, *Adli Psikiyatri Dergisi*, S:4, 2005, s.15-19
- Akyıldız, Sunay: “Kısılaştırma Operasyonlarında Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.12-26
- Andrews, D.A./ Bonta, J./ Wormith, J.S.: “The Risk-Need-Responsivity (RNR) Model: Does Adding the Good Lives Model Contribute to Effective Crime Prevention?”, *Criminal Justice and Behavior*, V:38, No:7, 2011, p.735-755, http://ce-classes.com/exam_format/51f641ae31ed3940b59a81e84d600c61.pdf, (online), E.T.: 25.03.2018 13:00
- Ataç, Adnan: “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.169-182
- Carpenter, Alison G.: “Belgium, Germany, England, Denmark and the United States: The Implementation of Registration and Castration Laws as Protection Against Habitual Sex Offenders”, *Dickinson Journal of International Law*, V:16, No:2, 1998, p.435-458, <https://heinonline.org>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Cauley, Ryan: “Is Chemical Castration a Progressive or Primitive Punishment? Balls are in Your Court, Iowa Legislature”, *The Journal of Gender, Race & Justice*, V:17, 2014, p.493-514, <https://heinonline.org>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem Yenerer: *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10.bs., Ankara, 2017
- Craig, Leam A./ Browne, Kevin D./ Stringer, Ian: “Treatment and Sexual Offence Recidivism”, *Trauma, Violence & Abuse*, V:4, No:1, 2003, p.70-89
- Çakan, Seher: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Cinsel Suç Faillerinin Hadım Edilmesi”, *TBB Dergisi*, S:129, 2017, s.11-36
- Çarkungöz, Ender/ Ediz, Bülent: “Meta Analizi”, *Uludağ Üniversitesi Veteriner Fakültesi Dergisi*, C:28, S:1, s.33-37, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/uluvfd/article/viewFile/500.006.1623/500.005.8084>, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00
- Demirbaş, Timur: *Kriminoloji*, 6.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016
- Doğan, Murat: “Hadımlaştırmadan Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.138-151
- Erdoğan, Ayten: “Pedofili: Klinik Özellikleri, Nedenleri ve Tedavisi”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, C:2, S:2, 2010, s.132-160, http://www.capps.org/archives/vol2/no2/cap_02_08.pdf, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00
- Fitzgerald, Edward A.: “Chemical Castration: MPA Treatment of the Sexual Offender”, *American Journal of Criminal Law*, V:18, no:1, 1990, p.1-60, www.heinonline.org (online), E.T.:25.03.2018 13:00

- Gölge, Zeynep Belma: “Cinsel Saldırıda Etkili Faktörler ve Suçlu Profili”, *İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. M. Fatih Yavuz, Prof. Dr. Şahika Yüksel), 2005
- Groth, A. Nicholas/ Burgess, Ann Wolbert/ Holmstrom, Lynda Lytle: “Rape: Power, Anger and Sexuality”, *The American Journal of Psychiatry*, V:11 (134), 1977, p.1239-1243
- Güzelsoy, Zeycan: “Kimyasal Kastrasyon Uygulamasına Bazı Meslek Gruplarının Yaklaşımlarının Araştırılması” *İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), (Tez Yöneticisi: Yrd.Doç.Dr. Yusuf Tunç Demircan), 2014
- Hanson, R. K./ Morton-Bourgon, Kelly E.: “The Characteristics of Persistent Sexual Offenders: A Meta Analysis of Recidivism Studies”, *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, V:73, No:6, 2005, p.1154-1163
- Hanson, R. Karl/ Bourgon, Guy/ Helmus, Leslie/ Hodgson, Shannon: *A Meta-Analysis of the Effectiveness of Treatment for Sexual Offenders: Risk, Need, and Responsivity*, Ottawa, Public Safety Canada, 2009, https://www.researchgate.net/publication/228989480_A_meta-analysis_of_the_effectiveness_of_treatment_for_sexual_offenders_Risk_need_and_responsivity, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Hanson, R. Karl/ Gordon, Arthur/ Harris, Andrew J. R./ Marques, Janice K./ Murphy, William/ Quinsey, Vernon L./ Seto, Michael C.: “First report of the Collaborative Outcome Data Project On The Effectiveness Of Treatment For Sex Offenders”, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:14, No:2, 2002, p.169-194, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.546.9236&rep=rep1&type=pdf>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Hanson, R.K./ Bussiere, M.T.: “Predicting Relapse: A Metaanalysis Of Sexual Offender Recidivism Studies”, *Journal Of Consulting And Clinical Psychology*, V:66, no:2, 1998, p.348-362
- Hazelwood, Robert R./ Warren, Janet I.: “The Sexually Violent Offender: Impulsive or Ritualistic”, *Aggression and Violent Behavior*, V:5, I:3, 2000, p.267-279
- İmamoğlu, S.Hülya: “Hukuki Açidan, Özellikle Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanmasına İlişkin Hükümler Çerçevesinde Zorla Tedavi”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:7, S:3-4, 2012, s.29-59
- Işıka, Sertaç: “Suç Politikasının Temel İlkeleri Açısından Türk Hukukunda Cinsel Suçlar ve Kastrasyon”, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü* (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Adem Sözüer), 2012
- İpekçiöğlü, Pervin Aksoy: “Cinsel Suçları Önlemede Kimyasal Kastrasyon Seçeneği”, *Ceza Hukuku Dergisi*, S:17, 2011, s.107-124
- Jordan Kirsten/ Fromberger, Peter/ Stolpmann, Georg/, Müller, Jürgen Leo: “The Role of Testosterone in Sexuality and Paraphilia—A Neurobiological Approach. Part II: Testosterone and Paraphilia”, *The Journal of Sexual Medicine*, V:8, 2011, p.3008-3029, <https://heinonline.org>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Küçük, Tevfik Sönmez: “Bir Ceza Hukuku Yaptırımı Olarak Zorunlu Kastrasyonun Anayasa Hukuku Açısından İncelenmesi” *GÜHFD*, C:19, S:4, 2015, s.297-322
- Lee, Joo Yong/ Cho, Kang Su: Chemical Castration For Sexual Offenders: Physicians’ Views: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3565125>, (online) E.T.:25.03.2018 13:00
- Marques, J.K./ Wiederanders, M./ Day, David.M./ Nelson, Craig/ Ommeren, Alive von: “Effects Of A Relapse Prevention Program On Sexual Recidivism: Final Results From California’s Sex Offender Treatment And Evaluation Project (SOTEP)”. *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:17, No:1, 2005, p.79-107, <https://www.researchgate.net> (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 10.bs., Ankara, 2016

- Pastner, Bruce “Cinsel Suçlarda Erkek Faillerin Hadım Edilmesi”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.126-137
- Peters, Kimberly A.: “Chemical Castration: An Alternative to Incarceration”, *Duquesne Law Review*, V:31, 1993, p. 307-328, <https://heinonline.org> , (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Reva, Zeynep: Avukatların Kimyasal Kastrasyon Hakkındaki Bilgilerini Ölçmeye Yönelik Saha Çalışması: Ön Rapor, <http://tip hukuk kongresi2017.com/wp-content/uploads/2017/03/zeynep-reva.pdf> , (çevrim içi) E.T.:09.03.2018, 20:00
- Russell, Stacy: “Castration of Repeat Sexual Offenders: An International Comparative Analysis”, *Houston Journal of International Law*, V:19, 1997, p.425-459
- Schmucker, Martin/ Lösel, Friedrich: “Does sexual offender treatment work? A Systematic Review of Outcome Evaluations”, *Psicothema*, V:20, 2008, p.10-19 <http://www.psicothema.com/pdf/3423.pdf>, (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Sherman, Lawrence W./ Gottfredson, Denise/ MacKenzie, Doris/ Eck, John/ Reuter, Peter/ Bushway, Shawn: *Preventing Crime: What works, what doesn't, what's promising. A report to the United States Congress*, College Park, Maryland: University of Maryland, Department of Criminology and Criminal Justice, 1997, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.130.6206&rep=rep1&type=pdf> , (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Simpson, Tanya: “ “If Your Hands Causes You to Sin”...Florida’s Chemical Castration Statute Misses the Mark”, *Florida State University Law Review*, V:34, 2007, p.1221-1246, <https://heinonline.org> , (online) E.T.:25.03.2018 13:00
- Stinneford, John F.: “Incapacitation through Maiming: Chemical Castration, Eight Amendment, and the Denial of Human Dignity”, *University of St. Thomas Journal*, V:3, 2006, p.559-599 <http://ir.stthomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1098&context=ustlj> , (online), E.T.:25.03.2018 13:00
- Taner, Fahri Gökçen: “6545 Sayılı Kanun Cinsel Saldırı Ve Cinsel Taciz Suçlarına Ne Getirdi? Ne Getirebilirdi?”, *TBB Dergisi*, Özel Sayı (Kadın ve Hukuk), 2017, s.65-92
- Temel, Erhan: “Hadımlaştırma Operasyonlarından Dolayı Alman Hukukunda Sorumluluk”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2011, s.115-125
- Uçar, Muharrem: “Tıp Etiği Açısından Kastrasyon”, *Ankara Barosu III. Sağlık Hukuku Kurultayı* (7–8 Mayıs 2010), Ankara Barosu Yayınları, Ankara, 2011, s.152-160
- Wong, Jennifer S./ Gravel, Jason: “Do Sex Offenders Have Higher Testosterone? Results From a Meta-Analysis”, *Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment*, V:30, I:2, 2018, p.1-22
- Yenidünya, Caner/ Yaşar, Yusuf : “Kastrasyon Cinsel Suç Faillerine Uygulanabilecek Uygun Bir Yaptırım mıdır?”, *TAAD*, S:14, 2013, s.171-189
- Dvoracek/ Çek Cumhuriyeti, başvuru no: 12927/13, <https://www.hudoc.echr.coe.int>, (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00
- AYM Kararı E. 2005/103 K. 2005/89, R.G.: 25.02.2006, no:26091
- AYM Kararı E. 1971/2, K. 1971/36, 6.4.1971, RG. no:13994
- Danıştay 10.D, Y.D. kararı E: 2016/12975, T: 07.06.2017,: <http://www.psikiyatri.org.tr/uploadFiles/982.017.21930-Cinsel-Suclar-Danistay-Karari.pdf> , (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00
- <https://www.jurion.de/gesetze/kastrg> ,(online), E.T.: 25.03.2018 13:00
- www.lexpera.com.tr , (çevrim içi) E.T.:25.03.2018 13:00
- <https://www.ntv.com.tr/turkiye/turkiye-cocuk-gelinde-avrupa-ikincisi,y01nO2bcMEC1tM1mWS3GjQ>, (çevrim içi), E.T.:25.03.2018 13:00

Machiavelli'nin “Hükümdar” Adlı Eserinin Osmanlı Türkçesine Çevirisi Üzerine

On Translation of Machiavelli's “Prince” into Ottoman Turkish

Rukiye AKKAYA* 

Öz

Osmanlı modernleşmesinin düşünsel zeminindeki ana eksen, devleti algılamada temel bir değişikliğe işaret etmektedir. Batı kaynaklı temel siyasi metinlerin Osmanlı Türkçesine tercümelerinde bu algı değişimi açıkça görülür. Avrupadaki ulus-devlet dönüşümünü iyi değerlendiren Osmanlı aydınlarının, Batıdaki siyasal dokuyu değiştiren önemli eserleri tercümeler yoluyla aktarmaları, zamanlama açısından da dikkat çekmektedir. Osmanlı-Türkçesine oldukça geç bir tarihte çevrilen “Il Prince” in tercümesinin üzerinden tam yüz yıl geçti. Güçlünün tahakkümündeki uluslar arası hukuka hapsolunan bir iradenin diriliş döneminde; meşruiyet ve hikmet-i hükümet ilkesini tam da Batılı anlamıyla açıklayan Machiavelli'nin “Hükümdar”, Osmanlı İmparatorluğu'nun günbatımında yayınlanmıştır. Bu çalışmada, Mehmet Şerif Paşa tarafından yapılan, İstanbul'da 1919 tarihinde yayınlanan, Machiavelli'nin; nahoş anılan ama eskimeyen eseri “Hükümdar”ın (Il Prince) tercümesi incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Machiavelli, Hükümdar, Osmanlı Türkçesi, Şerif Paşa, Genel Kamu Hukuku*

Abstract

The main axis of the intellectual basis of Ottoman modernization points to a fundamental change in the perception of the state. This change of perception is clearly seen in the translation of the main political texts of Western origin into Ottoman Turkish. The translation of important works that changed the political fabric in the West, by the Ottoman intellectuals who made good use of the nation-state transformation in Europe, were also remarkable in terms of timing. A hundred years have passed since the translation of “Il Prince”, which was translated into Ottoman-Turkish at a very late date. In the resurrection of a will that is imprisoned in the international law under the domination of the strong, Machiavelli's “Prince”, which explains the principle of legitimacy and reason of state in a Western sense, was published in the sunset of the Ottoman Empire.

In this study, the translation of Machiavelli's notorious but ageless work “Il Prince” which was published by Mehmet Sherif Pasha in 1919 in Istanbul was examined.

Keywords: Machiavelli, Prince, Ottoman Turkish, Sherif Pasha, General Public Law

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: rakkaya@marmara.edu.tr

GİRİŞ

Siyasi tarihte, "kötülöklere övgüler yağdırdığı" için övölmeyen Machiavelli; siyasi pratikte, tavsiyeleri içten içe onaylanan, merakla okunan özel bir isimdir. Onda; Rönesans insanının sanatı kucaklama coşkusunu, hümanizmini değil; siyasete hükmeden gücün hikmet-i hükümetini, laik iktidara duyulan ihtiyacın nedenlerini okuruz. Rahatı kaçan bir "hükümdar" olarak; kendilerine iftira edilen hükümdarların savunmasını üstlenen ve "*Hükümdar*"ın, *kutsal ahlâk kurallarını*"¹ bozduğunu söyleyen Büyük Frederik, Machiavelli'nin "zehrine" karşı "panzehir" yazmıştır. Cassirer; Hükümdar'ı, modern siyasi dünyanın kullandığı tehlikeli bir silah olarak tanımlamıştır.²

Machiavelli'nin Hükümdar ya da Prens adıyla en bilinen eseri, Osmanlı Türkçesine oldukça geç bir dönemde çevrilmiştir. Nitekim Hükümdar (le Prince); 1318 tarihli (1902) Osmanlı İmparatorluğu topraklarına girmesi, bu topraklarda tercüme edilmesi ve basılması yasaklı eserler listesinde dir.³ "Hükümdar"ın ilk çevirisinin, I. Dünya savaşını kaybeden Osmanlı İmparatorluğu topraklarının, hemen hemen uluslar arası bir işgale uğradığı döneme rast gelmesi bakımından dikkat çekici bulduğumuzu eklemeliyim. Bununla birlikte; 19.yüzyıl Avrupası'nın, Osmanlı topraklarında göttüğü siyaset dolayısıyla, İmparatorluktan ayrılma amacı taşıyan halkların; Machiavelique düşüncüyü, Machiavelli'nin eserlerinden daha önce kavranmış olması şaşırtıcı değildir. Balkan Slavları arasında ulusal bilincin köklerini Rönesans'a, oradan da Machiavelli'nin Prens'ine bağlayan İlber Ortaylı; bu siyasetin daha 16.yüzyılın sonu ve 17.yüzyılın başlarında Slav topluluklarında, İtalya ile yoğun temaslarda bulunan aydın kesiminde taraftar bulduğunu ve Slav birliği amacı güden girişimlerde göröldüğünü belirtiyor.⁴

Ahlâki yönden insanı dilemmada bırakan; Makyavelizmin kitabı, Genç Osmanlılar'ın merak ettiği ama okuyucuyla buluşturma konusunda pek iltifat etmediği bir eser gibi görünmektedir. Namık Kemal'in, Mustafa Asım Bey'e yazdığı mektuptan; Asım Bey'in daha 1888'de kitabı tercüme etmek için ısmarladığı, ancak Namık Kemal'in Machiavelli hakkındaki olumsuz görüşlerini okuyunca, bu isteğinden vazgeçtiği anlaşılıyor.⁵ Namık Kemal; Machiavelli'yi "*âlem-i insâniyyetin başına belâ olmuş*"⁶ bir şahsiyet olarak tanımlar.

Cemil Meriç, Osmanlı padişahları içinde IV.Murat'ın, "Hükümdar"ı ilk okuyanlardan biri olduğunu; 17.yüzyılda eser in tekrar Türkçeye çevrildiğini belirtmektedir.⁷ Prens'in ilk çevirisinin,

1 Büyük Frederik, Makyavel'i Çürütme Denemesi (Voltaire'in Önsözü ile), Çev.Vahdi Hatay, Remzi Kitabevi, İstanbul, t.y., s.103.

2 Ernst Cassirer, Devlet Esanesi, Çev.Necla Arat, İstanbul, 1984, s.122.

3 Memalik-i Mahrusâ-i Şahâneye Duhulü ve İntişârı Memnu Bulunan Kitâb ve Risâil-i Meşruânın Esamesine Mebyin Cedveli, Catalogue des livres et des brochures don't l'entrée dans l'Empire Ottoman a été interdite, Matbâ-yı Âmiriye, 1318, s.7. [Eser adı; Machiavel, Le Prince, Paris olarak geçmektedir. ç.n.]

4 İlber Ortaylı, İmparatorluğun En uzun Yüzyılı, Hil Y.,İstanbul, 1995, s.52 ve 56.

5 Fevziye Abdullah Tansel, Namık Kemal'in Husûsi Mektupları IV, Türk Tarih Kurumu Y., Ankara, 2013, s.550.

6 İbid.s.550.

7 Cemil Meriç, Umrandan Uygarlığa, İletişim Y.,İstanbul, 2014, s.181.

Tanzimat döneminde Hariciye Nazırı Rifat Paşa ile Abru Efendi tarafından yapıldığını ifade eden Hilmi Ziya Ülken; bu çevirinin tarihini, yayınlanıp yayınlanmadığını söylememiştir.⁸ Ülken ayrıca; “Prince”in ilk tercümesinin Haydar Rifat Bey tarafından, II. Meşrutiyet döneminde yapılmaya başlandığına ve “Zekâ” mecmuasında bir kısmının yayınlandığına, bu tercümenin de tamamlanmadığına ilişkin bilgi vermektedir. Haydar Rifat’ın bu girişiminin ardından, Damad Şerif Paşa (Damad-ı Hazret-i Şehriyâri, Çavdarlı)⁹ eseri tam metin olarak çevirmiş,¹⁰ 1335 tarihinde (1919), İstanbul’da yayınlanmıştır.

Mütercimın Mukaddimesi ve Çeviri Metin Üzerine

Eserin, 1865 Paris baskılı Fransızca tercümesinden¹¹ tespit ettiğimiz kadarıyla Şerif Paşa, tercüme esnasında hiçbir bölümü atlamamıştır. Ulaştığımız metin, İBB Atatürk Kitaplığında, Demirbaş Numarası: Bel_Osm_K.00624 ve Yer numarası 321.6 MAC 321.6 MAC 1335/1338/1919 ile kayıtlıdır. ¹² Tercümenin sonuna eklenen; “tercümenin tarih-i ikmâli” ¹³ notundan, Şerif Paşa’nın çalışmayı 1330-1332 (1914-1916) yılları arasında gerçekleştirdiği; başlangıç kısmındaki sözlerinden ise tercümenin, Fransızca’dan yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak kaynak metnin künyesi belirtilmemiştir.

Kitabın başlangıcında, sayfa 1-33 arasında; “Mukaddime-i Mütercim” başlığı ile tercüme yapan Şerif Paşa tarafından yazılmış uzun bir metin bulunmaktadır. Machiavelli’nin yaşamının, yaşadığı dönemin ve çevirdiği kitabın önemini anlatıldığı “giriş” niteliğinde bu bölümde, devletler arası hukukun gelişimi ve siyasi bir tavır olarak Makyavelizm’in değerlendirmesi de yapılmıştır.

“İtalya meşâhir-i siyâsiyun ve müverrihlerinden Machiavelli’nin idâre-i umuru; devlette düsturu-u hareket olmak üzere Medici hanedanından muhteşem lâkablı ma’rûf Floransa dukası Loren’e takdim ettiği Prens namlı eseri, meşhur ve muteber bularak; hemen başlıca lisân-ı garbiyeye tercüme ve defaâtle şerh ve tahşiye edilmiş olduğundan, eyyâm-ı hâlî-yede mütalaa edeceğim “Hükümdâr” ünvanı ile Fransızca nüshâsından nakl etmiş idim. Bu kitap, târih-i telifinden beri kıymetinden hiçbir şey kaybetmemiştir.”

8 Hilmi Ziya Ülken, Türkiye’de Çağdaş Düşünce Tarihi, Ülken Y., İstanbul, 1992, s.51.

9 Şerif Paşa (Çavdarlı); 1290’da doğmuş, 1310’te Mülkiye’den mezuniyetinin ardından 1319’da Sultan Abdülaziz’in kızlarından Emine Sultan ile evlenerek saraya damat olmuştur. II. Meşrutiyetin ilanına kadar Şuray-ı Devlette görev yapmıştır. II. Meşrutiyet döneminde Şuray-ı Devlet Başkanlığı da yapan Şerif Paşa, Dâhiliye Nazırlığı’na atanmıştır. Cumhuriyetin ilanından sonra hanedan üyesi olması nedeniyle ülke dışına çıkmış, 1958’de vefat etmiştir.

10 Hilmi Ziya Ülken, Uyanış Devirlerinde Tercümenin Rolü, İş Bankası Y., İstanbul, 2011, s.249.

11 Nicolas Machiavel, Le Prince, traduc. C.Ferrari, 1865, Paris.

12 Machiavel; Mütercimi Mehmed Şerif Paşa (Damad-ı Hazret-i Şehriyâri, Çavdarlı); Kütübhan-e-i Sudî, İstanbul, Hukuk Matbaası, 1335 (1919).

13 [Machiavel], Hükümdar, s.169. [Aynı eser incelenmiş olduğundan takip eden atıflarda, sadece kitabın adına ve sayfa numarasına yer verilmiştir.]

Arkasından, "Harb-i cihân-ı şümülün zuhuruyla, Machiavelli'nin siyâsetinin bir kere daha teslim edildiğine"¹⁴ değinilmiştir. I.Dünya savaşının ortaya çıkmasına neden olan siyasal atmosfer; Şerif Paşa'yı, siyasi düşüncede "Makyevelizm" olarak anılan stratejiyi açıklamaya itmiş olmalıdır:

*"Machiavelli'nin kavâid-i ahlâka mugayyir mülâhâzat ve mütalaat serd ve beyânlarında, cari olan münasebetin usul-ü menfaat bulunmasına ve umûr-i siyâsiyyede en büyük mahâretin; ketm-i hakikat ve icâb-ı maslahata göre hareket etmekten ibaret olmasına binaen "selâmet-i devlet" ve "menfaati-i memleket" için her türlü vesâiti her icraatı mazûr ve meşru addeder ki "neticenin memdûhiyeti vesâitin meşruiyetini celb eder" düsturu tavsiye edildiği için nâm-ı hain lafzıyla müterâdif itibarı "Machiavelizm" olmas, kitâb-ı lügatte "hyânet" tâbiri ile tefsir ve işâret edilir."*¹⁵ "Münasebet-i düveli siyâsiyenin yönünü görmek bakımından, Machiavelli'yi iyi anlamak gerektiği"ni ekleyen Şerif Paşa, "ilm-i hukuk-ı düvel"e dikkat çekerek devletler arası hukukun bir güç politikası olduğunu özellikle belirtir.

Devletler arası hukuka hâkim olan güç politikasının yeni bir boyut kazandığı I.Dünya savaşından sonraki gelişmelerden hareket eden Şerif Paşa, devletlerin birbirleri ile ilişkilerinin, aslında belirli bir diplomasinin arkasında gerçekleşen stratejik hareketlerle yürüdüğünden bahsetmektedir. Ayrıca ülke çıkarlarına yönelik söz konusu güç politikalarının uygulanmasında, gücü elde tutmak ve diğer(ler)ine hükmetmek için her türlü aracın kullanılmasında bir kötülük olmadığını; aksine devlet menfaatlerinin bunu gerektirdiğini, çünkü devlet menfaatlerinin "duygusallık" kaldırmadığını açıklamaktadır. Elbette bu politikanın en iyi irdelendiği kitabın, Batı siyasi tarihinde önemli bir yeri olan, ünlü "Prens" adlı eser olduğu vurgulanmıştır. Şerif Paşa; eseri bu nedenle tercüme ettiğini, yazarının kötü ününe rağmen, kitabının ve yazarının Batı siyasi düşüncesini değiştiren önemli bir isim olduğunu söyledikten sonra, Machiavelli'yi ve tercüme eseri okuyucuya tanıtmaktadır.

Machiavelli'nin övüldüğü bu kısımlarda; kitabın aslında "hikmet-i hükümeti" anlattığı, yani devletin çıkarlarının korunması için "gerekeni yapma"nın gerçek bir siyasi zorunluluk olduğu ifade edilmiştir:

*"Machiavelli, ilm-i hukukun en mühim esaslarını ilk defa olarak meydana koyduğu bu eserinde; kavâid-i ahlâka mugayyir mülâhâzat ve mütalât serd ve beyân olunan münasebet-i siyâsiyenin menfaat bulunmasında ve umur-u siyâsiyyede en büyük maharetin ketum-u hakikat (ketm-i hakikat) ve icâb-ı maslahat olduğunu söylemiştir. Ketm etmekten ifade "selâmet-i devlet" ve menfaat-i memleket" için her türlü vesâil ve tedbirin müraعاتını mazûr ve belki meşru addederek (netâicin memdu, heyet-i vesâitin makdu heyetine sâlibdir.) düstûr-u m'rûf-u hükmüne itibar ettiği için, (tavsiye ettiği için ç.n.) "nâm-ı hâin" lafzıyla ve "Machiavellizm" kelimesiyle "hayasız" tâbiri ile tefsir-i işâret edilir."*¹⁶

14 Hükümdar, s. 4.

15 Hükümdar, s.5.

16 Hükümdar, s.5.

Şerif Paşa; burada, Machiavelli'nin gerçekçi siyasetinin Batı dünyasında bir taraftan benimsenip diğer taraftan ahlâk dışı bulunmasına değinmiştir. Arkasından, hukuk ilminin bölümlerine atfen, Machiavelli'nin eserinin devletler hukuku ile birlikte okunması ve anlatılması gerektiği açıklanmaktadır. Burada; hukukun, Roma hukukundan gelen klasik ayırımına yer verildiğini görüyoruz:

“İlm-i hukuk, mevzuu itibarıyla hukuk-ı umumiyye ve hukuk-ı husussiyye; ve hukuk-ı umumiyye dahi hukuk-ı umumiyye-i dâhiliye ve hukuk-ı umumiyye-i hâriciyye taksim olunmuştur. Devletlerin yekdiğeri ile arasında câri olan münasebet ile âkvam-ı muhtelifelerinde muamelâtın müstenid olduğu kavâidi tanzim eden hukuk-ı umumiyye-i hariciyye (ilm-i hukuk-ı düvele) taksim olunur.”¹⁷

I.Dünya savaşı yıllarına atıfla, bu tarihlere kadar devletler hukuku alanında pek çok kitap yazıldığını belirten Şerif Paşa, devletler hukukunun, “hükümran devletler” arasındaki ilişkileri düzenleyen bir alan olduğunu belirtmektedir. Devletlerarası hukuk, devletlerin “hür ve müstakil” olmaları şartıyla, aralarındaki diplomasiyi ve münasebetleri belirli ilkelere bağlayan bir hukuk dalı olarak doğmuştur. Bunun yanında; “*el-hâkim-ül gâlib*” hükmü, *beşeriyetin devam ettiği sürece tartışmaya itibar ettiği bir konu olacaktır*”¹⁸ sözleriyle aslında devletler arasındaki ilişkilerde hâkim olan ve bugün de tartışılan “güçlünün hukuku” ilkesine değinilmiştir.

İlerleyen sayfalarda, Machiavelli'nin bu eseri kaleme alma nedenleri açıklanmakta; yazarın siyasi yaşamından bahisle 15.yüzyılda İtalya'da hâkim olan siyasal atmosfer aktarılmaktadır. O dönemlerde İtalya'nın, küçük konsüllerle yönetilen şehir devletlerinden oluştuğu ve bu devletler arasındaki rekabetin yarattığı olumsuzluklar uzun uzun ele alınmıştır. Şerif Paşa, Machiavelli'nin dış politikayı çok iyi takip eden küçük bir bürokrat olarak; Hükümdar'ı, aslında İtalya'nın birliğinin sağlanması için yazdığını¹⁹ eklemeyi unutmamıştır.

Makyeveli'nin ahlâk anlayışı üzerinde durulmuş; “*katl etmeyi, hıyâneti, hilâf-ı vaadi, hileyi açıkça övmese de bir hükümdârın “selâmet-i devlet” ve menfaat-i memleket*” için, bu ahlâk dışı görünen fiilleri işlediğinde; “*kötülük, zâlimlik ve ahlâksızlıkla suçlanmaması*”²⁰ gerektiği söylenmiştir. Şerif Paşa'ya göre; Machiavelli;

“kendi devrinin ahlâk anlayışını sorgulayan bir levhâ yazmıştır... Rönesans döneminde, 17.asrın sonuna doğru Avrupa'nın ahvâl-i siyâsiyesi süratle tebdil ve hükümdârların tabasına karşı olan mevkiin tahviliyle, nüfuz ve iktidar artık tezlizden (hor ve hakir görmekten ç.n.) kurtulmuştur. Hükümdâr olan hanedan, yedinde istikrar etmiş ve derbeylik usulü ve zâdegân (soylular ç.n.) imtiyâzâtı refedilmiştir (lavgedilmiştir ç.n.). Hükümdârların umumun menfaati ve selâmeti için hizmet ve himâyet vazifesiyle kendilerini

17 İbid.

18 Hükümdar, s.10.

19 Hükümdar, s.14.

20 Hükümdar, s.20.

mükellef bildiği cihetle, zulüm ve istibdadın yerine adl ve vedâd (adalet ve iyilik) kâim olmuştur".²¹

"... "selâmet-i devlet" ve menfaat-i memleket" düsturunun, medeniyet ve ilim ve mağfiret ile iftihar eden Avrupa'da devam ede gelen âzimey-i hâzırada misaller bulmak âsân olup (kolay olup ç.n.), kabul-ü siyâset ile akd ve tanzim ve ile tevkid ve tahkim edilen ahitnâmelerin bir vesileyle fâsîh ve iptal"²² yollarına gidilebileceğini de söyleyen Machiavelli, bunun bir mutlak sadakat ölçüsü olmadığını da ifade etmektedir. "Çünkü siyâsetin ve ahlâkın; yani kavâid-i âhlakın; biri devlete diğeri efrada âid olmak üzere iki nevi telakki olunup; bunlar yek diğlerinden bütün bütün başka olur."²³

Bu "giriş" kısmının sonunda; "Prens'in, Selâtin-i Osmaniyeden, Sultan Mustafa Han-ı Sâlis Hazretleri'nin²⁴ emri ile lisân-ı Osmaniyeye tercüme edilmiş olduğu, ve bu nüshây-ı mütercemenin saray-ı hümayun kütüphanesinde bulunduğunu"²⁵, ancak bu nüshanın hiçbir zaman ele gemediğini söylemektedir. Şerif Paşa; son olarak, tercüme esnasında karşılaşılan sorunlara değinerek, mütercimlerin çok iyi bildiği gibi hatadan kaçmak neredeyse imkânsız olduğundan, okuyucuların yapılan yanlışları ve hatalı bulunan yerleri lütfen iletmelerini rica etmektedir.²⁶

Bilindiği gibi Machiavelli; öğütlerinde, tarihte yer alan pek çok kral ve devlet arasında karşılaştırma yaparak, söylediklerini somutlaştırmak istemiştir. Osmanlı İmparatorluğu ve Türkler'den bahsedilen satırlarda birkaç durum açıkça övülmüş ve örnek gösterilmiştir. Eserin bu kısımlarına dikkatle baktığımızda; Şerif Paşa, bazı deyişleri değiştirse de metne bağlı kalmıştır. Hükümdar'ın 3. Bölümünde, başka devletlerin topraklarını fetheden devletlerin, ele geçirdiği yerlerde kalıcı olmaları ve tutunmaları için örnekler verirken; en iyi çarelerden birinin, işgal eden gücün gidip oraya yerleşmesi olduğunu söylemiş ve Türklerin fethettikleri yerlere yerleşmeleri övülmüştür. Şerif Paşa; orijinal metinde yer alan "Türkler" i; "pâdişâh-ı âli Osman" olarak çevirerek "pâdişâh-ı âli Osman, Yunanistan hakkında bu veçheyle hareket etti"²⁷ demektedir.

"Hükümdar'ın 4.bölümüne özellikle baktığımızda da yine eserin tercümesinin aslına sadık kaldığı görülmektedir:

"Devlet-i Osmaniye, bir pâdişâh tarafından idâre olunur. Diğerleri kâffeten memâlik-i münzilesindedir (diğerlerinin tamamı ona tabidir. ç.n.).²⁸ Memleketini muhtelif sancaklara taksim

21 Hükümdar, s.29.

22 Hükümdar, s.30.

23 Hükümdar, s.31.

24 Lale Devri padişahlarından III.Mustafa (1717-1774), III.Selim'in babasıdır.

25 Hükümdar, s. 32.

26 İbid. s.33.

27 İbid.s.43.

28 Bu kısmı, Prens'in 1865, Paris baskısı ile karşılaştırdığımızda; Şerif Paşa'nın, tercümeyle hiçbir cümleyi atlamadan gerçekleştirdiğini görüyoruz. Bununla birlikte Machiavelli "Sultan" ya da "Padişah" yerine "büyük-Türk" (*Grand-Turc*) ifadesini kullanmıştır. Fransızca metinde "diğerlerinin tamamı ona tabidir" yerine "diğerlerinin tamamı köledir"

ile mirlivalar gönderir. Onları keyfe mâ yeşâ tebdil ve geri celbeyler. (Onları dilediği gibi değiştirebilir ya da geri çağırabilir. ç.n.). Oysa Fransa kralı, çok büyük bir asilzadeler kesimi arasındadır..” “Bu iki devlet, kemâl-i tetkik olunur ise görülecektir ki; devlet-i Osmani’yi zapt ve teshîr etmek zor; lakin bir kere zapt olunduktan sonra muhâfazası pek sehldir (kolaydır ç.n.)”²⁹

Şerif Paşa, Osmanlı toplumu ve Osmanlı idaresi hakkında Machiavelli’nin açıklamalarını olduğu gibi aktarmaktadır: “Böyle bir devleti zapt etmek oldukça güçtür. Buna teşebbüs edecek kişi, devleti içeriden işgâle çağıran bir kişi bulamaz, halka gelince; “cümlesi hükümdârlarına bend ve [onun ç.n.] bir keşidesi bulunduğundan onları ifsâd pek güçtür” ... “Bu suretle, her kim Türklere hücum edecekse karşısında, onları hem dest-i ittihâd görmeye muntazır olmalı”³⁰ (el birliği içinde görmeye hazır olmalı ç.n.); Türklerin kendi içindeki karmaşaya değil, kendi kuvvetine güvenmelidir.³¹

Askeri sistem ve ordu düzeninin anlatıldığı ve yine Türklere atıf yapılan 13.Bölüm; metne sadık kalınarak çevrilmiştir: “Kostantiniye imparatoru, civâra mukavemet etmek için Yunanistan’a, on bin Türk asker ithâl etti ki, bu asker hitâm-ı muharebeden sonra Yunanistan’ın ehl-i İslâm’a dahlinin iptidâ’ bir mübdei oldu (Yunanistan’ın, İslam topraklarına katılmasının ilk dayanağı oldu ç.n.)” .³²

Hükümdar’ın nefret edilmekten nasıl korunacağını anlatıldığı 19.Bölümde Machiavelli, Osmanlı’daki kapıkulu askerlerine değinmektedir. Kralların, merkezden uzak bölgelerdeki askeri değil, halkı memnun etmesi gerektiğini söyleyen Machavelli, Osmanlı İmparatorluğu’nu (ve Sudan’ı) bunun dışında tutar. Şerif Paşa, tercümesinde bu kısımları da olduğu gibi aktarmaktadır:

“..kaffeten hükümdârın, pâdişâh-ı âli Osman ile mezra-ı Sudan müstesnâ olmak üzere, askerden ziyâde ahâlîye tesire muhtâçtır. Pâdişâh-ı âli Osmanı istisnâ ederim. Çünkü takriben on iki bin piyade ve on beş bin süvariden mürekkebe olub, devletini emin ve kuvvet bulunan ve binâen ahâlîyi muhâfazaya mecbur olan bir orduyu dâimâ salâh (iyi, rahat ç.n.) altında tutmaya mecburdur.”³³ Çünkü Osmanlı devletinde, güvenliği sağlayan ve devleti güçlü kılan piyade ve atlı askerler, sürekli olarak Padişah’ın yanındadırlar ve bu yüzden Osmanlı Padişahı; başka hiçbir nedene bakmaksızın, askerle iyi geçinmek zorundadır.³⁴

SONUÇ

Genel Kamu Hukuku dersinin temel metinlerinden biri olarak ele aldığımız Hükümdar’ın ve Şerif Paşa’nın yaptığı bu tercümenin içeriğine dayanarak, belirli bir nesnel sonuca ulaşmak

(*tous les autres sont des esclaves*) ifadesi yer almaktadır. Le Prince, traduc. C.Ferrari,1865, Paris, s.72.

29 Hükümdar, s.54.

30 İbid. s.55.

31 İbid.

32 Hükümdar, s. 102.

33 Hükümdar, s.137.

34 İbid.

niyetinde olmadığımızı belirtmek isterim. Bununla birlikte; ağır sansür koşullarını bir tarafa bırakarak – çünkü yukarıda değindiğimiz; 1902 tarihli yasaklı eserler listesi, hemen bütün Batı siyasi literatürünü kapsamaktadır – Hükümdar'da; Osmanlı İmparatorluğu'na ve Türklere hatırı sayılır ölçüde atıf yapılmasına rağmen, eserin niçin oldukça geç bir dönemde Osmanlı-Türkçesine aktarıldığını sorgulamak gerekir.

Ayrıca bir değerlendirmeye ulaşmak için; Osmanlı-Türkçesine çevrilen Batı kaynaklı siyasi metinlerin belirli bir amaca yönelik girişimler olup olmadığı sorusunu da yöneltebiliriz. Bu amaçların en önemlisi, söz konusu eserleri; yazarından içeriğine, yazıldığı dönemden, yazılma amacına kadar Osmanlı toplumuna tanıtmak; Batı siyasi kültürünün gelişimine büyük katkı sağlamış çalışmaları Osmanlı düşünce dünyasına aktarmaktır. Fikirsal etkiler bakımından, yapılan tercümelemlerin başlı başına bir "düşünme malzemesi" sağlama amacı da vardır. Ancak bu "düşünce malzemesi" okuyucuya, ya çok sınırlı ya çok geç ulaştığı için etkileri de oldukça sınırlıdır.

Ama yine de Giriş kısmında da değindiğimiz gibi; Osmanlı siyasal modernleşmesine damgasını vuran "fikirsal etkiler", devleti algılama biçiminde bir dönüşümü haber vermektedir. Bu "fikirsal etkilerin", uzun bir süre kendini ahlak ve dinden soyutlayamadığı da bir gerçektir. Bu nedenle, Osmanlı aydınları, Machiavelli gibi siyasal iktidarı "ahlak dışı" ve "din dışı" ifade eden zihniyeti; açıkça kabul etmekte, benimsemekte çekince göstermiş olabilirler. Nitekim Namık Kemal'in, Machiavelli'yi "*âlem-i insâniyyetin başına belâ olmuş*" bir şahsiyet olarak değerlendirmesi, kendiliğinden bu durumu açıklar niteliktedir. Bununla birlikte I. Dünya savaşının getirdiği yıkım ve kayıplar; devleti ve merkezi siyasi iktidarı ayakta tutan gücün, uluslar arası ilişkilerde geçerli olan stratejileri güdümleneyen siyasetin, belirli bir devlet aklını uygulamaktan geçtiğini göstermiş olmalıdır.

The Jurisdiction to Prescribe Provisional Measures by the International Tribunal for the Law of the Sea: Evolving Jurisprudence and Aspects of the Implementation

Selami KURAN* 
Abdulkadir GÜLÇÜR** 

Abstract

This article aims to unveil various features of provisional measures, especially under the ITLOS jurisdiction. The jurisprudence of other international courts and tribunals are very essential to understand how ITLOS deals with a request for provisional measures. Therefore, comparing the jurisdiction and jurisprudence of the ITLOS with other courts and tribunals will help to reveal various aspects of the provisional measures.

Keywords: ITLOS, international courts and tribunals, provisional measures, jurisdiction.

Introduction

1982 Law of the Sea Convention (LOSC), has four different dispute settlement methods in application or interpretation of Convention. These methods have been listed in article 287 in order; International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), International Court of Justice (ICJ), Annex VII arbitral tribunal and Annex VIII special arbitral tribunal. While the order of listing in article 287 paragraph 1 has no importance, several attempts were made to change the order. At the beginning of the drafting process, the Annex VII arbitral tribunal option was listed in the first rank. Later the first rank was given to the ITLOS. Netherlands and Switzerland had suggested giving first place to the ICJ, but this suggestion could not find sufficient support.¹

ITLOS has particular importance in the dispute settlement system of LOSC because of its compulsory jurisdiction under the special procedures. Prompt release of vessels and crews under

* Professor and Head of Public International Law and European Law, Faculty of Law and Institute of European Union, University of Marmara, Turkey, E-Mail: selami.kuran@marmara.edu.tr

** Research Fellow, Public International Law Department, Institute of Social Sciences, University of Marmara, Turkey, E-Mail: abdulcadir.gulcur@marmara.edu.tr

1 Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn, **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary** (Myron H. Nordquist Ed.), Volume V, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989, p. 44.

article 292 of LOSC is one of the crucial missions of the ITLOS among others. Another significant role of the ITLOS is prescribing to the provisional measures under article 290 of LOSC. As McLachlan emphasized, modern international litigation has an urgent character. We can see this reality in both of the provisional measures and prompt release procedures.² In this regard, article 90 paragraph 1 and article 112 paragraph 1 of the Rules of the ITLOS regulate that to give priority to applications for release of vessels or crews and requests for the prescription of provisional measures.

So far, nine prompt release cases out of in twenty-five cases have come before to the ITLOS.³ The frequency of the use of prompt release proceedings may be explained by the prevalence of fishery disputes as a contemporary issue in the law of the sea.⁴ The article 292 of the LOSC provides that an application for the prompt release of a vessel and its crew may be submitted to the Tribunal in a case of where the vessel of a State Party and its crew have been arrested or been detained by another State Party. As it is well known, certain provisions of the LOSC authorize the coastal or port States for arresting a foreign vessel.⁵ According to the *Virginia Commentary*, relevant provisions of LOSC in respect of the prompt release procedure are the article 73 paragraph 2, article 220 paragraph 7 and article 226 paragraph 1 (b).⁶ Another provision that might relate to the prompt release procedure is article 218 paragraph 2.⁷

In the *M/V Saiga (No.1)* case, Saint Vincent and the Grenadines relied on the non-restrictive interpretation of article 292. Pursuant to this interpretation, the applicability of the article 292 to the arrest of a vessel in case of the violation of international law can also be argued without reference to a specific provision of the Convention for the prompt release of vessels or their crews.⁸ ITLOS decided that the “argument of Saint Vincent and the Grenadines relied on article 73 of LOSC is well-founded. So it is unnecessary for the Tribunal to adopt a position on the non-restrictive interpretation of article 292 of the LOSC”.⁹ Despite the Tribunal’s approach, *Virginia Commentary* explicitly points out that the title of the article 292 was changed from “detention of vessels” to the “prompt release of vessels” and the draft text of this article’s first paragraph make it clear that this provision would not apply to all cases regarding with the detention.¹⁰ Hence, the *travaux préparatoires* does not support the view that broad interpretation of article 292 to

2 Campbell McLachlan, “Reflections from the Practice of International Litigation” (pp.15-20) in *International Law*, Malcolm D. Evans (Ed.), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 19.

3 <https://www.itlos.org/en/cases/list-of-cases/> (8.1.2019)

4 Yoshifumi Tanaka, *Prompt Release in the United Nations Convention on the Law of the Sea: Some Reflections on the ITLOS Jurisprudence*, Netherlands International Law Review, 2004, p. 239.

5 Thomas Mensah, *The Tribunal and the Prompt Release of Vessels*, The International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 22, No. 3, 2007, p. 426.

6 See Rosenne and Sohn, *Virginia Commentary*, p. 67, footnote 1.

7 Tanaka, *Prompt Release in the United Nations Convention on the Law of the Sea*, p. 245.

8 *M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, Judgment, *ITLOS Reports 1997*, p. 26, paragraph 53.

9 *Ibid*, paragraph 73.

10 Rosenne and Sohn, *Virginia Commentary*, p. 68.

provide Tribunal's competence for determining all detentions of ships which made a violation of international law rules.¹¹

So far, all prompt release cases before the ITLOS were regarding the violation of article 73 paragraph 2 of the LOSC. This reality stresses the seriousness of illegal fishing.¹² But it does not mean that the protection and preservation of the marine environment have no importance in the jurisprudence of the ITLOS. This issue has been examined by the Tribunal in the provisional measure cases under the article 290 paragraph 5 of LOSC rather than prompt release cases under the article 292 of LOSC.

I. THE JURISDICTION TO PRESCRIBE PROVISIONAL MEASURES

Pursuant to the article 290 paragraph 1 of LOSC, "a court or tribunal which considers that it has *prima facie* jurisdiction under Part XV or Part XI, section 5 of Convention, this court or tribunal may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties to the dispute or to prevent serious harm to the marine environment, pending the final decision". As it is seen, there are various elements in the provision. *Virginia Commentary* summarizes these elements as follows: a) *prima facie* jurisdiction, b) urgency of the situation and c) preserve the respective rights of parties or prevent serious harm to the marine environment.¹³ Firstly, we are going to analyze the prevention of serious harm to the marine environment.

A. PREVENTION OF SERIOUS HARM TO THE MARINE ENVIRONMENT

The international law of the sea gives special attention to the protection and preservation of the marine environment. We can see this fact in the 1982 LOSC which has been given a particular part to the marine environment matter in its structure.¹⁴ Reference to the protection of the marine environment in the article 290 paragraph 1 is related to the Part XII of the LOSC. Thus, the prevention of serious harm to the marine environment is different from the protection of the respective rights of the parties in the procedure of provisional measures.¹⁵

The *MOX Plant* case has particular importance concerning the assertion of breaching marine environment provisions in the LOSC. In this case, Ireland claimed that its rights under the articles 123, 192 to 194, 197, 206, 207, 211, 212 and 213 of the LOSC will be irrevocably violated if the MOX Plant commences its operations before the United Kingdom fulfills its duties under

11 Malcolm D. Evans and Vaughan Lowe, **The M/V Saiga: The First Case in the International Tribunal for the Law of the Sea**, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 48, Issue 01, January 1999, p. 195.

12 Yoshifumi Tanaka, **The International Law of the Sea**, Second Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2015, pp. 446-447.

13 Rosenne and Sohn, *Virginia Commentary*, p. 58.

14 See, Part XII of 1982 LOSC.

15 Shabtai Rosenne, **Provisional Measures in International Law**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2005, p. 47.

the Convention.¹⁶ These allegations were considered by the ITLOS and the Tribunal decided that “duty to cooperate is a fundamental principle in the prevention of pollution of the marine environment under Part XII of the Convention and general international law”.¹⁷ This justification led to the prescription which “Ireland and the United Kingdom should cooperate and enter into consultations to devise appropriate measures to prevent pollution of the marine environment which might result from the operation of the MOX Plant”.¹⁸

The *Land Reclamation* case might be given as another example of the protection and preservation of the marine environment. The *MOX Plant* and *Land Reclamation* cases are both relating to the interpretation and application of Part XII of the LOSC including its provisions on the prevention of pollution, environmental impact assessment, co-operation, and consultation.¹⁹ As a fisheries dispute, the *Southern Bluefin Tuna* case is relating to Part VII of the LOSC but the ITLOS considered living resources of the sea as an element in the protection and preservation of the marine environment.²⁰

In the *Southern Bluefin Tuna* case, ITLOS applied the precautionary principle implicitly. The Tribunal not mentioned the “precautionary” principle or approach but emphasized the situation of “scientific uncertainty”²¹ in the current conflict. In his separate opinion, *Judge Laing* indicated that the Tribunal adopted the precautionary approach for the purposes of provisional measures. In view of *Judge Laing*, adopting an approach rather than a principle appropriately imports a certain degree of flexibility and tends.²² In this sense, the *Southern Bluefin Tuna* Order might give us an idea about to provide the required discretion to the Tribunal as a result of this flexibility.

However, the position of ITLOS about the precautionary approach or principle changed in the *MOX Plant* case. The Tribunal concluded that under the facts of this case, the precautionary principle has no ground for the application.²³ The joint declaration of judges explicates that why the tribunal did not apply the precautionary principle:

“Under these circumstances of scientific uncertainty, the Tribunal might have been expected to have followed the path it took in the Southern Bluefin Tuna cases to prescribe a measure preserving the existing situation. In its wisdom, it did not do so. It decided, in the

16 *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, **ITLOS Reports 2001**, p. 102, paragraph 36.

17 *Ibid.*, p. 106, paragraph 82.

18 *Ibid.*, p. 107, paragraph 89/1.

19 Alan Boyle, **The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea**, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Volume 22, No. 3, 2007, p. 372.

20 *Ibid.*, p. 373.

21 See, *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, Order of 27 August 1999, **ITLOS Reports 1999**, p. 293, para. 79. See also, Separate Opinion of Judge Laing, *ITLOS Reports 1999*, para. 13; Boyle, p. 373.

22 Separate Opinion of Judge Laing, *ITLOS Reports 1999*, para. 19.

23 *MOX Plant (Ireland v. United Kingdom)*, Provisional Measures, Order of 3 December 2001, *ITLOS Reports 2001*, p. 106, paragraph 75.

*circumstances of the case, that, in the short period before the constitution of an arbitral tribunal under Annex VII to the United Nations Convention on the Law of the Sea, the urgency of the situation did not require it to lay down, as binding legal obligations, the measures requested by Ireland”.*²⁴

It seems that the urgency condition in provisional measures procedure prevailed the precautionary principle in this case.²⁵ However, *Sands* considers that this provisional measure order has a certain precautionary character.²⁶ Protection of the marine environment not only based upon the precautionary principle. Another example from the jurisprudence of ITLOS about this legal issue is the dispute between Ghana and Côte d’Ivoire in the Atlantic Ocean. In this case, the Special Chamber of ITLOS applied the *plausibility test*. The Special Chamber considered that Côte d’Ivoire did not adduce evidence to support its allegations that the activities conducted by Ghana in the disputed area are such as to create an imminent risk of serious harm to the marine environment.²⁷ Although this conclusion, the Special Chamber found that Côte d’Ivoire presented enough material to show that its rights to protect in the disputed area are plausible.²⁸ This reasoning led to prescribing to ensure that no new drilling either by Ghana or under its control takes place in the disputed area. Besides that, the Special Chamber prescribed to the parties that they shall take all necessary steps to prevent serious harm to the marine environment.²⁹

B. PRESERVING THE RESPECTIVE RIGHTS OF THE PARTIES

Understanding the term “preservation of rights” is depends on the jurisprudence of the International Court of Justice (ICJ) and treaties about this topic. According to the leading scholars, this term which is used in article 290 of LOSC and article 41 of the Statute of ICJ, may lead to misunderstanding. Taking the term “preservation of rights” literally would limit the prescription of provisional measures to very few cases.³⁰

Thus, the ICJ conceived the notion of “prevention of irreparable prejudice” in the *Fisheries Jurisdiction* case. According to the related part of the Order “the right of the Court to indicate provisional measures as provided for in Article 41 of the Statute has as its object to preserve the

24 MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Joint Declaration of Judges Caminos, Yamamoto, Park, Akl, Marsit, Eiriksson, and Jesus, ITLOS Reports 2001.

25 See, MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Wolfrum, ITLOS Reports 2001.

26 Philippe Sands, *International Environmental Law*, Second Edition, Cambridge University Press, 2003, p. 276.

27 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, *ITLOS Reports 2015*, p. 160, para. 67.

28 *Ibid.*, p. 159, para. 62.

29 *Ibid.*, p. 167, para. 108/1 (a)-(d).

30 Rüdiger Wolfrum, “Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea” (pp. 173-186) in *The International Tribunal for the Law of the Sea Law and Practice*, P. Chandrasekhara Rao and Rahmatullah Khan (Ed.), The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2001, p. 176; H.W.A. Thirlway, “The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice” (pp. 1-36), in *Interim Measures Indicated by International Courts*, Rudolf Bernhardt (Ed.), Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2010, p. 7.

respective rights of the Parties pending the decision of the Court, and presupposes that irreparable prejudice should not be caused to rights which are the subject of dispute in judicial proceedings”.³¹ Application of this notion in later cases by the ICJ has not always been consistent.³²

When we examine the jurisprudence of the ITLOS, the parties of disputes frequently have invoked this notion as their arguments. For instance; in the *ARA Libertad* case, Ghana maintained that “there is no real or imminent risk of irreparable prejudice to Argentina’s rights caused by the ongoing docking of the vessel at the port of Tema”.³³ The *Enrica Lexie* case can be shown as another example. In this case, India and Italy conflicted about whether the dispute has a risk of irreparable prejudice.³⁴ In this regard, the Tribunal had bear in mind with a reference to the *M/V Louisa* case that it “may prescribe any provisional measures which it considers appropriate under the circumstances to preserve the respective rights of the parties, which implies that there is a real and imminent risk that irreparable prejudice could be caused to the rights of the parties to the dispute”.³⁵

Besides these, the ITLOS prescribed in some provisional measure cases to parties of the disputes that to ensure no action is taken by each one of them which might aggravate or extend the disputes.³⁶ Although the Tribunal ordered in this way, it emphasized that any action or abstention by either party in order to avoid aggravation or extension of the dispute should not in any way be construed as a waiver of any of its claims or an admission of the claims of the other party to the dispute.³⁷ This is a crucial point because unless the Tribunal does not guarantee that any kind of action like this does not be construed as a waiver of the right, such action would be considered within the *estoppel* principle.

C. URGENCY

Urgency appears in two forms. The *substantial urgency* can be found in the article 290 paragraph 1 of the LOSC. However, this provision does not mention about “urgency”, but it implicitly has

31 Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, **I.C.J. Reports 1972**, p. 16, para. 21.

32 Wolfrum, *Provisional Measures of the ITLOS*, p. 177; Thirlway, *The Indication of Provisional Measures by the ICJ*, p. 8.

33 “ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, **ITLOS Reports 2012**, p. 346; para. 79.

34 “Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, **ITLOS Reports 2015**, p. 195, 199; para. 70, 91.

35 ITLOS Reports 2015, p. 198; para. 87; M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, **ITLOS Reports 2008-2010**, p. 69, para. 72.

36 See, Southern Bluefin Tuna, ITLOS Reports 1999, p. 294, para. 90/1(a); MOX Plant, ITLOS Reports 2001, p. 107, paragraph 85; “Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, **ITLOS Reports 2013**, p. 251; para. 98.

37 M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Provisional Measures, Order of 11 March 1998, **ITLOS Reports 1998**, p. 39, para. 44; M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), ITLOS Reports 2008-2010, p. 70, para. 79; “Arctic Sunrise” ITLOS Reports 2013, p. 251; para. 99.

this meaning.³⁸ The *substantial urgency* finds its character in the preservation of the parties' rights or protection of the marine environment from serious harm.³⁹ Because under article 290 paragraph 1 of the LOSC, provisional measures are prescribed by the same tribunal or court which has jurisdiction over the merits. On the other hand, the *procedural urgency* which can be found in article 290 paragraph 5 of the LOSC, examined by the ITLOS when pending the constitution of an arbitral tribunal which has jurisdiction over the merits of the dispute.⁴⁰ The *procedural urgency* is designed to preclude the ITLOS about asserting itself superior authority over the arbitral tribunals dealing with the merits in matters relating to provisional measures.⁴¹ Judge *Treves*, points out that the requirement of urgency is stricter when provisional measures are requested under paragraph 5 than it is when they are requested under paragraph 1 of the article 290.⁴²

The feature of *procedural urgency* is being in the provisional measures prescribed by the ITLOS before an arbitral tribunal constituted. However, there is nothing in article 290 paragraph 5 of the LOSC to suggest that the measures prescribed by ITLOS must be confined to the period prior to the constitution of the arbitral tribunal.⁴³ Therefore, provisional measures prescribed by the ITLOS remain applicable beyond that period unless an arbitral tribunal modifies or revokes those provisional measures.⁴⁴

D. THE PRIMA FACIE JURISDICTION

The article 290 paragraph 1 and 5 of LOSC, rules that any court or tribunal before prescribing any measure in a case which has been duly submitted for provisional measures, satisfy itself about the court or tribunal which would examine merits of the dispute has *prima facie* jurisdiction.⁴⁵

The article 290 paragraph 5 is believed to be the first situation on which a standing international tribunal (ITLOS) is given a compulsory jurisdiction to prescribe binding provisional measures before another (arbitral) tribunal has not been constituted which has jurisdiction over the merits of the dispute. However, this idea has old roots.⁴⁶ For instance, in 1932, *Dumbauld* put forward this idea out. For him, "jurisdiction to grant protection *pendent lite* is not dependent upon the

38 Rosenne, *Provisional Measures*, pp. 135-143.

39 Chester Brown, *A Common Law of International Adjudication*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 144.

40 *Ibid*, p. 143.

41 Rosenne and Sohn, *Virginia Commentary*, p. 56. See also, Separate Opinion of Judge Laing, Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS Reports 1999, p. 305, para. 7.

42 Separate Opinion of Judge Treves, Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), ITLOS Reports 1999, p. 316, para. 4.

43 Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, ITLOS Reports 2003, p. 22, para. 67; "Arctic Sunrise" (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), ITLOS Reports 2013, p. 248, para. 84.

44 Rosenne, *Provisional Measures*, p. 144.

45 See recent cases, "Arctic Sunrise" ITLOS Reports 2013, p. 243; para. 58; M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, ITLOS Reports 2008-2010, p. 65, para. 39.

46 Rosenne, *Provisional Measures*, p. 49.

jurisdiction in the principal action. From this one court provide a remedy *pendente lite* in aid of action of which another court has jurisdiction”.⁴⁷

It might thinkable that the possibility of contradiction between the decision of *prima facie* jurisdiction in provisional measures phase and the decision of jurisdiction in merits of a dispute. Indeed, there are several examples of this in the jurisprudence of the ICJ and ITLOS. In the *Anglo-Iranian Oil Co.* case, the ICJ considered that “it cannot be accepted *a priori* that a claim based on such a complaint falls completely outside the scope of international jurisdiction” and indicated some provisional measures.⁴⁸ However, in the jurisdiction phase, the ICJ decided that it had no jurisdiction over the case and lapsed the related measures.⁴⁹ Another recent example from the jurisprudence of the ICJ is the *Georgia v. Russian Federation* case. At the provisional measure phase of this case, the ICJ decided that it has *prima facie* jurisdiction under article 22 of International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD) to deal with the case which relates to the “interpretation or application” of the Convention.⁵⁰ After the ICJ indicated some measures, the parties submitted their own arguments at the preliminary objections phase. In its second preliminary objection, Russian Federation argued that the procedural requirements of Article 22 of the CERD for recourse to the Court have not been fulfilled. These requirements include negotiations and other methods of the peaceful dispute settlement. The ICJ admitted this objection and found that it had no jurisdiction over the dispute.⁵¹

Likewise, the ITLOS jurisprudences have similar examples. For instance, in the *Southern Bluefin Tuna* case, ITLOS found that the Annex VII arbitral tribunal would have *prima facie* jurisdiction.⁵² Even though, the Annex VII arbitral tribunal decided that it lacks jurisdiction in the case.⁵³ Arbitral tribunal explained this contradiction in its award as follows:

“It is these holdings of the International Tribunal for the Law of the Sea that were the particular focus of controversy in these proceedings. The Agents and counsel of Australia, New Zealand and Japan plumbed the depths of these holdings with a profundity that the time pressures of the ITLOS processes did not permit. In any event, the ITLOS holdings upheld no more than the

47 Edward Dumbauld, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Martinus Nijhoff Publishers, 1932, p. 186. See also, *Ibid*, pp. 180-181.

48 “Anglo-Iranian Oil Co. Case, Order of July 5th, 1951: **I.C.J. Reports 1951**, p. 93. For explanations see also, Yoshifumi Tanaka, **A Note on the M/V “Louisa” Case**, *Ocean Development & International Law*, Volume 45, Issue 2, 2014, p. 209.

49 “Anglo-Iranian Oil Co. Case, (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: **I.C.J. Reports 1952**, pp. 114-115.

50 Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, **I.C.J. Reports 2008**, p. 388, para. 117.

51 Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Preliminary Objections, Judgment, **I.C.J. Reports 2011**, p. 140, para. 183-185.

52 *Southern Bluefin Tuna*, ITLOS Reports 1999, p. 292, para. 62.

53 *Southern Bluefin Tuna* (New Zealand-Japan, Australia-Japan), **Reports of International Arbitral Awards**, Volume XXIII, pp. 46-49, para. 66-72.

jurisdiction *prima facie* of this Tribunal. It remains for it to decide whether it has jurisdiction to pass upon the merits of the dispute.”

Rosenne points out that both these decisions were correct. So, there is no contradiction between them because they are two entirely different legal concepts unrelated to each other.⁵⁴ We can see this fact in the ICJ and ITLOS decisions as well as in the ICSID tribunals’ decisions.⁵⁵ In the *Bayindir v. Pakistan* case, the tribunal’s decision on the jurisdiction is very useful for explaining this issue. *Bayindir* argued that the record shows that the exercise of the sovereign power, a decision “from the top down”, in which the element of national interest was the driving force for the result of its expulsion and expropriation of its contract.⁵⁶ In support of its allegation, *Bayindir* relied primarily on the three articles published by the Pakistani newspaper “Dawn”.⁵⁷ Pakistan asserted that the international courts and tribunals (such as ICJ decisions in the *Hostage* and *Nicaragua* cases) invariably treat such press reports with great caution and accept them merely as corroborative evidence.⁵⁸ But the tribunal did not support this argument and made a very good explanation of the *prima facie* standard.

“This Tribunal notes that the decisions cited in both the *Hostages* and *Nicaragua* cases were concerned with decisions on the merits, to which the corresponding standard of proof therefore applied. The position is obviously different where, as here, the tribunal is merely applying a *prima facie* standard for the purpose of determining whether it has jurisdiction. Accordingly, irrespective of the evidentiary weight of these press reports on the merits, the Tribunal considers that they constitute a sufficient basis for the purpose of establishing jurisdiction. Additional elements support this *prima facie* basis. (...)”⁵⁹

Above, we mentioned the application of article 290 paragraph 5 of the LOSC. A similar approach can be seen under the article 290 paragraph 1 of the LOSC. The *M/V Louisa* case is a good example of this. At the provisional measure phase of this case, the ITLOS found that it has *prima facie* jurisdiction over the dispute. However, it did not prescribe any provisional measure.⁶⁰ After that, the ITLOS found that it had no jurisdiction over the case in its judgment.⁶¹ As *Tanaka* emphasized, the *M/V “Louisa”* judgment demonstrated the possibility that after having been

54 *Rosenne, Provisional Measures*, p. 51.

55 See, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction; *Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile*, ICSID Case No. ARB/98/2, Decision on Provisional Measures (French), p. 574, para. 8; See also, *Brown*, p. 138.

56 *Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, p. 48, para. 182.

57 *Ibid*, p. 55, para. 208.

58 *Ibid*, p. 56, para. 209.

59 *Ibid*, p. 56, para. 210-211.

60 *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Provisional Measures, ITLOS Reports 2008-2010, p. 69,70, para. 70,83. This conclusion is consistent with which Spain stated in its Response that, “although there may be a *prima facie* jurisdiction of the Tribunal, there are no reasons compelling it to prescribe the requested provisional measures”. (*Ibid*, p. 66, para. 50).

61 *M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain)*, Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 46, 47, para. 153, 160.

established the *prima facie* jurisdiction at the provisional measures phase of a case, the ITLOS or any international court or tribunal may decide that it does not have jurisdiction to entertain the merits of the case.⁶²

II. THE BINDING NATURE OF PROVISIONAL MEASURES

The binding nature of provisional measures in the law of the sea disputes regulated by article 290 paragraph 6 of LOSC. According to this provision, “The parties to the dispute shall comply promptly with any provisional measures prescribed under this article”. *Orrego Vicuña* defines this provision as a major contribution of the LOSC to the provisional measures procedure of the international law.⁶³ *Wolfrum* elucidates this innovation as a different choice of wording in the article 290 of LOSC by the drafters of this provision through wanting to develop powers of the court and tribunals having jurisdiction over the law of the sea disputes.⁶⁴ Because article 41 of the Statute of ICJ has vague meaning about the binding nature of provisional measures. As *Thirlway* stresses, the wording of the Statute is ambiguous, inasmuch as it uses such mild terms as ‘indicate’ and measures which ought to be ‘taken’ rather than ‘direct’ or ‘order’ and ‘measures which shall be taken’⁶⁵. This ambiguousness had been debated by the scholars until the *LaGrand* judgment delivered by the ICJ. The Court compared the English text of the Statute with the French text and reached a conclusion that the provisional measures which indicated under article 41 of the Statute has a binding nature.⁶⁶

Another issue about the binding nature of provisional measures is whether the ITLOS can make any recommendation under this procedure. In its first provisional measure cases of the ITLOS, like as the *Saiga* and *Southern Bluefin Tuna*, the Tribunal did not only prescribe certain measures but also made some recommendations to the parties.⁶⁷ After these cases, ITLOS changed its approach and did not make any recommendations in the subsequent cases.

CONCLUSION

From the day that it started to work as an international tribunal pursuant to the Annex VI of the LOSC 1982, the ITLOS constantly has been serving for the development of the international law. That effort specifically can be noticeable in the procedures concerning the prescribing

62 Tanaka, A Note on the M/V “Louisa” Case, p. 216.

63 Francisco Orrego Vicuña, **The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems**, *The International Journal of Marine and Coastal Law*, Volume 22, No. 3, 2007, p. 452.

64 Wolfrum, *Provisional Measures of the ITLOS*, p. 185.

65 H.W.A. Thirlway, “The International Court of Justice” (pp. 559-587), in **International Law**, Malcolm David Evans (Ed.), First Edition, Oxford, New York: Oxford University Press, p. 574.

66 *LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, **I.C.J. Reports 2001**, p. 502-506; para. 100-109.

67 Robin Churchill, “Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During its First Decade”, (pp.388-416) in, **The Law of the Sea Progress and Prospects**, David Freestone, Richard Barnes and David Ong (Ed.), New York: Oxford University Press, 2006, p. 411; Orrego Vicuña, p. 453.

to the provisional measures. We are of the opinion that the ITLOS has positive effect on the understanding of binding nature of the provisional measures and influenced other international courts and tribunals such as the ICJ and the ICSID tribunals. Unlike the concerns relating to the fragmentation of international law through the proliferation of the international judicial forums, the ITLOS has been proving that its undeniable contribution to the public international law. Consequently, the ITLOS will continue to preserve its legitimacy in the international arena and interrelated with that endeavored for cooperation with other international judicial mechanisms, particularly the law of the sea tribunals which are constituted under the Annex VII of the LOSC.

BIBLIOGRAPHY

(Books and Articles)

- Alan Boyle, **The Environmental Jurisprudence of the International Tribunal for the Law of the Sea**, The International Journal of Marine and Coastal Law, Volume 22, No. 3, 2007.
- Campbell McLachlan, "Reflections from the Practice of International Litigation" (pp.15-20) in **International Law**, Malcolm D. Evans (Ed.), First Edition, Oxford: Oxford University Press, 2003.
- Chester Brown, **A Common Law of International Adjudication**, Oxford: Oxford University Press, 2007.
- Francisco Orrego Vicuña, **The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems**, The International Journal of Marine and Coastal Law, Volume 22, No. 3, 2007.
- H.W.A. Thirlway, "The International Court of Justice" (pp. 559-587), in **International Law**, Malcolm David Evans (Ed.), First Edition, Oxford, New York: Oxford University Press, 2003.
- H.W.A. Thirlway, "The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice" (pp. 1-36), in **Interim Measures Indicated by International Courts**, Rudolf Bernhardt (Ed.), Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.
- Malcolm D. Evans and Vaughan Lowe, **The M/V Saiga: The First Case in the International Tribunal for the Law of the Sea**, International and Comparative Law Quarterly, Volume 48, Issue 01, January 1999.
- Philippe Sands, **International Environmental Law**, Second Edition, Cambridge University Press, 2003.
- Robin Churchill, "Some Reflections on the Operation of the Dispute Settlement System of the UN Convention on the Law of the Sea During its First Decade", (pp.388-416) in, **The Law of the Sea Progress and Prospects**, David Freestone, Richard Barnes and David Ong (Ed.), New York: Oxford University Press, 2006.
- Rüdiger Wolfrum, "Provisional Measures of the International Tribunal for the Law of the Sea" (pp. 173-186) in **The International Tribunal for the Law of the Sea Law and Practice**, P. Chandrasekhara Rao and Rahmatullah Khan (Ed.), The Hague, London, Boston: Kluwer Law International, 2001.
- Shabtai Rosenne, **Provisional Measures in International Law**, Oxford, New York: Oxford University Press, 2005.
- Shabtai Rosenne and Louis B. Sohn, **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary** (Myron H. Nordquist Ed.), Volume V, Dordrecht, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, 1989.
- Thomas Mensah, **The Tribunal and the Prompt Release of Vessels**, The International Journal of Marine and Coastal Law, Vol. 22, No. 3, 2007.

Yoshifumi Tanaka, **Prompt Release in the United Nations Convention on the Law of the Sea: Some Reflections on the ITLOS Jurisprudence**, Netherlands International Law Review, 2004.

Yoshifumi Tanaka, **A Note on the M/V “Louisa” Case**, Ocean Development & International Law, Volume 45, Issue 2, 2014.

Yoshifumi Tanaka, **The International Law of the Sea**, Second Edition, Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Cases

(ITLOS)

M/V “SAIGA” (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Prompt Release, Judgment, **ITLOS Reports 1997**.

M/V “SAIGA” (No. 2) (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), Provisional Measures, Order of 11 March 1998, **ITLOS Reports 1998**.

Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, **ITLOS Reports 1999**.

Separate Opinion of Judge Laing, **ITLOS Reports 1999**.

MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, **ITLOS Reports 2001**.

MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Joint Declaration of Judges Caminos, Yamamoto, Park, Akl, Marsit, Eiriksson, and Jesus, **ITLOS Reports 2001**.

MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Separate Opinion of Judge Wolfrum, **ITLOS Reports 2001**.

Case concerning Land Reclamation by Singapore in and around the Straits of Johor (Malaysia v. Singapore), Provisional Measures, Order of 8 October 2003, **ITLOS Reports 2003**.

M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, **ITLOS Reports 2008-2010**.

“ARA Libertad” (Argentina v. Ghana), Provisional Measures, Order of 15 December 2012, **ITLOS Reports 2012**.

“Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013, **ITLOS Reports 2013**.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d’Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, **ITLOS Reports 2015**.

Enrica Lexie” Incident (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, **ITLOS Reports 2015**.

(ICJ)

“Anglo-Iranian Oil Co. Case, Order of July 5th, 1951: **I.C.J. Reports 1951**.

“Anglo-Iranian Oil Co. Case, (jurisdiction), Judgment of July 22nd, 1952: **I.C.J. Reports 1952**.

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland), Interim Protection, Order of 17 August 1972, **I.C.J. Reports 1972**.

LaGrand (Germany v. United States of America), Judgment, **I.C.J. Reports 2001**.

Application of the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 15 October 2008, **I.C.J. Reports 2008**.

Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (Georgia v. Russian Federation), Preliminary Objections, Judgment, **I.C.J. Reports 2011**.

(ICSID)

Bayindir Insaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, **ICSID Case No. ARB/03/29**,
Decision on Jurisdiction.

Victor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile, **ICSID Case No. ARB/98/2**,
Decision on Provisional Measures (French).

(Annex VII of LOSC)

Southern Bluefin Tuna (New Zealand-Japan, Australia-Japan), **Reports of International Arbitral Awards**,
Volume XXIII.

Hukuki Olarak Define Arayıcılığı

Legal Treasure Hunting*

Döndü KUŞCU** 

Öz

Bu çalışmanın amacı; define aramanın yalnızca yasal düzenlemelerde yer alan şartların sağlanması ile, yetkili makamlardan alınacak izinle yapılabileceğini açıklamaktır. Bu amaçla öncelikle *definenin* tanımı ve kapsamı izah edilmiştir. Definenin ne olduğu kadar ne olmadığı da önem arz etmektedir. Zira *bilimsel değeri haiz olmayan şeyler*, eğer diğer şartları sağlıyorsa define olarak nitelendirilebilecektir. Dolayısıyla kültür ve tabiat varlığı olarak kabul edilen şeyler asla define olarak nitelendirilemeyecektir. Define arama işlemi yetkili mercilerden alınacak ruhsatname ile yapılabilecektir. Ruhsatsız define aranması halinde ise *izinsiz define arama* suçu işlenmiş olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Define, Definecilik, Kültür Varlığı, Ruhsatname, İzin.

Abstract

The aim of this paper is explain treasure hunting can make only the conditions of obtain contained in the regulations and with the permission of the competent authorities. Firstly, with this purpose the definition and scope of the treasure was explained. It is also important that the treasure what is not as well as what is it. If these things non-scientific provides conditions as define treasures. Therefore, things that are accepted as cultural and natural assets never accept as treasure. Treasure hunting can be make only with a license taken by the competent authorities. In the case of unlicensed treasure hunting, the crime of unauthorized treasure hunting will be committed.

Keywords: Treasure, Tresure Hunting, Cultural Heritage, License, Permission.

GİRİŞ

Define ve definecilik Türkiye’de her zaman insanların ilgisini çeken konulardandır. Köklü tarihi geçmişe sahip olan topraklarımızda yer üstünde olduğu kadar yerin altında da keşfedilmeyi bekleyen bir tarih yatmaktadır. Yerin altında yatan bu tarih, define bulma meraklıları tarafından

* Çalışmamı okuma nezaketini gösterip bana yapıcı eleştirilerini sunan hocam sayın Prof. Dr. Sibel ÖZEL’e, zamanını ayırıp sorularımı cevaplayan Antalya Arkeoloji Müzesi müdür yardımcısı sayın Dr. Ahmet ÇELİK’e ve gerek sözlü gerek yazılı bilgi paylaşımı konusunda imtina etmeyen Kültür ve Turizm Bakanlığı çalışanlarına teşekkürlerimi sunarım.

** Araştırma Görevlisi; Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı
E-Mail: dondukucu@akdeniz.edu.tr.

ilkel metotla yapılan kaçak kazılarda tahrip edilmekte, hatta yok edilmektedir. Bu kaçak kazılar sonucunda elde edilen insanlığın ortak mirası kabul edilen eserler yurt dışına kaçırılmakta ya da yurt içinde satışı yapılmaktadır.

Yasadışı yollardan kazı yapılmasını ve tarihi eser kaçakçılığını önlemek amacıyla kanun koyucu bir takım düzenlemeler yapmıştır. 1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu (KTVKK)³ kapsamında define arama işleminin Kültür ve Turizm Bakanlığından alınacak ruhsatname ile yapılması gerektiği düzenlenmiş (m.50) ve bu amaçla 1984 yılında Define Arama Yönetmeliği⁴ çıkarılmıştır. Bu düzenlemelere göre define aranması katı şartlara bağlanmakta ve bulunan define üzerinde, define arayıcısının mülkiyet tesis etmesine izin verilmemektedir. Definenin tanımına ilişkin ilgili mevzuatlarda bir hüküm bulunmamakta, konu 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun (TMK)⁵ taşınır mülkiyetine ilişkin üçüncü bölümünde 772 ve 773. maddelerinde ele alınmakta, definenin hukuki mahiyeti ve yasal çerçevesi belirlenmektedir⁶.

Bu çalışma kapsamında öncelikle TMK kapsamında definenin hukuki mahiyetine ve şartlarına yer verilecektir. Sonrasında, tarihi süreç içerisinde ülkemizde uygulanmış olan kültür varlıklarına ilişkin düzenlemelere yer verilerek, kültür varlığı kavramının (*eski eserin*) oluşumu ve devlet mülkiyetinin dolayısıyla korumasının hangi aşamalardan geçerek bugünkü halini almış olduğuna değinilecektir. Nihayetinde ise 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ve Define Arama Yönetmeliği kapsamında yasal defineciliğin hangi şartlarda, kimler tarafından ve nerelerde yapılabileceği; define arama işleminin usulünün nasıl olması gerektiği ve arama neticesinde elde edilen buluntunun kültür varlığı veya define olmasına göre akıbeti meselesine değineceğiz.

I. DEFİNENİN MAHİYETİ

TMK 3. bölümünde taşınır mülkiyetinin kazanılması başlığı altında bulunmuş eşyanın (*lükata*) mülkiyetinin kazanılmasının alt başlığı olarak define düzenlenmiştir⁷.

TMK m. 772'ye göre "*bulunmalarından çok zaman önce gömülmüş veya saklanmış olduğu ve duruma göre artık maliki bulunmadığı kesin olarak anlaşılan değerli şeyler define sayılır*". İlgili maddenin devamında ve TMK m. 773'de bilimsel değeri haiz olan sahihsiz doğal şeyler

3 RG. 23.07.1983, S. 18113, Tertip. 5, Cilt. 22, Sa. 444.

4 RG. 27. 01. 1984, S. 18294; Yönetmelik için bkz. <http://teftis.kulturTurizm.gov.tr/TR-14428/define-arama-yonetmeli.html> (04.05.2019). Bundan böyle bu Yönetmelik "1984 Yönetmeliği veya Yönetmelik" olarak anılacaktır.

5 RG. 08.10.2001, Sa. 24607.

6 Önemle belirtmek gerekir ki TMK'da definenin mülkiyetinin iktisabına ilişkin hükümler, definenin *bulunması* halinde uygulanacaktır. Yasal yollardan izinli bir şekilde define aranması halinde, KTVKK ve Define Arama Yönetmeliği hükümleri uygulanır. Yasal olmayan yollardan define arayıcılığı ise kesin bir şekilde yasaklanmıştır. Bu durumda TMK'da yer alan bulunma, definenin *rastlantısal* şekilde bulunma halinden başka bir şey değildir.

7 Ancak TMK'nın bu düzenlemesi sadece şekli açıdan bir düzenlemedir zira bulunmuş eşya ve define arasında kavramsal açıdan ve şartları açısından farklılıklar bulunmaktadır. Hatta aralarındaki tek benzerlik her ikisinde de belli şartların varlığında bulan kişinin belli bir ikramiye talep etme hakkına sahip olmasıdır Bkz. AKİPEK, Jale G/ AKINTÜRK, Turgut, **Eşya Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 597.

ile eski eserlerin bulunması halinde özel kanun hükümlerinin⁸ uygulanacağını ve bu bilimsel değere sahip olan eşyaların dışında kalan eşyaların mülkiyetinin, definenin içinde bulunduğu taşınmaz veya taşınırın malikinin olacağı düzenlenmiştir. Bu sınırlama definenin mülkiyetinin kazanılması açısından bulunan definenin özelliğine göre yapılan bir sınırlamadır yoksa define tanımını daraltan bir kısıtlama değildir. Ancak TMK m. 772/1'de yer alan şartları haiz olması gerekmektedir. Bu maddeden yola çıkarak bir buluntunun define olarak nitelendirilebilmesi için aranan şartları şu şekilde belirleyebiliriz: öncelikle define sadece taşınır bir mal olabilir ve bu mal başka bir malın (taşınır veya taşınmaz) içinde bulunmalıdır, bu taşınır mal gömülmüş veya saklanmış olmalıdır, malikinin kim olduğu anlaşılamayan değerli, ekonomik değeri haiz bir eşya olmalıdır. Son olarak aşağıda detaylı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere KTVKK kapsamında kültür ve tabiat varlığı olarak nitelendirilebilecek bir eşya olmamalıdır.

A. Definenin Şartları

I. Taşınır Eşya Olmak

İster bir taşınmaz malda gömülü olsun ister taşınır bir malda saklanmış olsun define daima bu taşınmaz veya taşınır maldan ayrılabilen bir taşınır mal olmalıdır⁹. Taşınır eşyadan maksat, özüne zarar verilmeksizin nitelikleri itibarıyla kendi gücüyle veya başka bir güç sayesinde bir yerden başka bir yere taşınabilen eşyadır¹⁰. Bir taşınır malın, taşınmaz bir malın bütünleyici parçası (*mütemmim cüzü*)¹¹ olması durumunda, taşınır mülkiyeti hükümlerine tabii olmaktan çıkar ve bu durumda taşınır mal bütünleyici parçası olduğu taşınmaz malın mülkiyetine ilişkin hükümlerine tabii olur¹². TMK m. 684'e göre ise bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünleyici parçalarına da malik olacaktır.

8 Bahsedilen bu özel kanun hükümleri, 2863 sayılı "kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu" ve bu Kanuna dayanılarak çıkarılan "Define Arama Yönetmeliği"nde yer alan hükümlerdir. Bu özel hükümlerine çalışmamızın devam eden bölümlerinde yer verilecektir.

9 EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 509.

10 OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe: **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2018, s. 740; SİRMEN, lale: **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018, s. 493; SEROZAN, Rona: **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s. 183-192; AKSOY DURSUN, Sanem: **Eşya Kavramı**, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2012, s. 37.

11 Medeni Kanun'un 684. maddesinde bütünleyici parça tanımlanmıştır. Buna göre "*Bütünleyici parça, yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçadır*".

12 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 740; SİRMEN, s. 493; ERDOĞAN, İhsan, "Hukuki Açından Define", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y. 2013, S.1-2, s. 521. Define olabilecek taşınır eşya bir taşınmaz gömülmüş veya saklanmış olsa da, içinde bulunduğu taşınmazın bütünleyici parçasını oluşturmamaktadır. Taşınmazın bütünleyici parçası veya teferruatı olmadığından dolayı, taşınmazda gömülmüş veya saklanmış olan menkul eşya taşınmazdan ayrı bir şekilde mülkiyet hakkına konu olabilecektir. Define olabilecek eşyanın taşınmazın bütünleyici parçası olabileceği durumlarda, bu taşınır eşyanın hukuki geleceği, taşınmazın hukuki geleceğine bağlı olacaktır. Dolayısıyla asıl şey olan taşınmaz üzerinde ayrı tasarruf, bütünleyici parça olan taşınır eşya üzerinde ayrı tasarruf yapılamayacaktır. Bütünleyici parçaya ilişkin TMK 684'de yer alan bu kural emredici nitelikte olduğu için eğer ortada bir bütünleyici parça ilişkisi varsa taraflarca bunun aksi kararlaştırılmaz. Bütünleyici parça asıl parçadan ayrı olarak mülkiyet hakkının konusu olamaz. Bütünleyici parça olmanın hükümleri hakkında detaylı bilgi için bkz. AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II (Mülkiyet)**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 40 vd.

Definenin taşınır eşya olması zorunluluğunun yanı sıra, definenin içinde bulunduğu mal, taşınır bir mal olabileceği gibi taşınmaz bir mal da olabilir. Bir sandığın içinde saklanmış olan ziynet eşyası taşınır mala, toprağa gömülü olması ise taşınmaz mala örnek teşkil edebilir¹³.

TMK m. 718'e göre malikin taşınmazı üzerindeki mülkiyet kullanılmasında yarar olduğu ölçüde, üstündeki hava altındaki arz katmanlarını kapsamaktadır. İlgili maddenin ikinci fıkrasında ise yasal sınırlamalar saklı tutulmuş ve bu bağlamda bu kural 3213 sayılı "*Maden Kanunu*"¹⁴ ile bir sınırlama getirilmiştir. 3213 sayılı kanunun 4. maddesine göre madenlerin mülkiyeti içinde bulunduğu arzın mülkiyetinde değil devletin hüküm ve tasarrufu altındadır. Dolayısıyla Maden Kanununa göre maden olarak değerlendirilen şeyler define olarak kabul edilemeyecektir¹⁵.

2. Uzun Zaman Önce Gömülmüş veya Saklanmış Olmak

Keşfedilen taşınırın define olabilmesi için bir başka taşınırın içine saklanması veya taşınmaza gömülmüş, saklanmış olması gerekmektedir¹⁶. Ağaç veya duvar üzerine taşın üzerine koyulan şeyler gizlilik olmadığından define olarak kabul edilemezler¹⁷.

Bulunan şeylerin gömülmüş veya saklanmış olması yeterli değildir, ortaya çıkmalarından uzun zaman önce başka bir eşya içerisine gömülmüş veya saklanmış olması gerekmektedir. Bulunan şey uzun zaman önce değil de kısa bir zaman önce gömülmüş veya saklanmış ise bu durumda define olarak kabul edilemeyecektir¹⁸. TMK'da geçen "*bulunmasından uzun zaman önce*" ifadesi ile ne kadar uzun bir zamanın geçmiş olması gerektiği noktasında açıklık bulunmamaktadır. Ancak bu konuda Yargıtay haklı olarak halen tedavülde olan paranın define olarak kabul edilemeyeceğini, tedavüle çıkarılış tarihleri saklama için kabul edilse bile, maddede geçen uzun zaman önce ifadesini karşılamadığını ifade etmiştir¹⁹. Kanaatimizce burada bahsedilen "*uzun zaman önce*" ifadesi definenin diğer şartları ile birlikte değerlendirilmeli ve sahibinin kim olduğu anlaşılacak kadar uzun bir zamanın geçmiş olması gerekmektedir²⁰.

13 EREN, s. 509.

14 RG. 15. 06. 1985, Sa. 18785.

15 ERDOĞAN, s. 520. Yazar'a göre, eski zamanlarda ocağından çıkarılarak başka yere taşınmış olan ve insan eliyle veya tabii olarak gömülmüş maden cevher define hükümlerine tabii olabilecektir. Kanaatimizce bu durumda madenin define olarak kabul edilebilmesi için gömüldüğü veya saklandığı başka yerde bu madenden bulunmamış olması lazımdır. Aksi halde böyle bir ayırım yapılamayacaktır.

16 Gömme işlemini sadece insan fiili ile toprak altına saklama olarak anlamamak gerekir. İnsan fiili dışında kalan doğal afetler neticesinde meydana gelen gizlenmenin de gömme olarak algılanması gerekir. Dolayısıyla kazı veya her hangi bir açığa çıkarma çalışması yapılmaksızın ortaya çıkarılmayan şeyler gömülmüş olarak kabul edilmelidir. Bkz. ERDOĞAN, s. 517, 518.

17 EREN, s. 509; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 598.

18 KURTOĞLU, Serda, "Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı", *Ankara Barosu Dergisi*, Y.1955, S.6, s. 386; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, "Lükata ve Define", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1955, s. 185.

19 Yargıtay 4.HD, T. 01.10.1932, E. 2436/1708, bkz. FEYZİOĞLU, s. 185; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 598.

20 Aynı yönde bkz. ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, *Eşya Hukuku*, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, 2012, s. 322.

3. Belli Bir Değeri Haiz Olmak

Gömülmüş veya saklanmış olan taşınır eşyanın define olarak nitelendirilebilmesi için belli bir kıymete haiz olması gerekmektedir. Kıymet konusunda TMK'da bir ölçüt belirtilmemekle birlikte doktrinde değerler objektif ölçülere göre takdir edilmesi gerektiği ifade edilmiştir²¹. Ancak burada yer alan değerden anlaşılması gereken az veya çok bir ekonomik değer mi yoksa manevi değer de bu madde kapsamına girecek midir? Bu bağlamda doktrinde çoğunluk görüşü keşfedilen şeyin değerli bir eşya olabilmesi için ekonomik bir değerinin olması gerektiğinden yanadır²². Diğer görüşe göre ise buradaki değerli şey ifadesinden maksat para ile ölçülebilen, piyasada alınıp satılabilen, ekonomik değeri olay şey demek değildir. Bu görüşe göre eşyanın manevi değerinden dolayı fiziki olarak korunmaya değer menfaati bulunabilir. Örneğin maddi olarak değeri olmayan kâğıt paraların koleksiyon değeri olabilir ve bu paralar define olarak kabul edilir²³. Kanaatimizce de “*belli bir değeri haiz olma*” ifadesinden anlaşılması gereken bulunan şeyin ekonomik anlamda bir değeri olması gerektiğidir. Manevi değeri olan veya bilimsel değeri olan ya da koleksiyon değeri olan eşyalar aşağıda detaylı bir şekilde ele alacağımız üzere define değil “*kültür varlığı*” olarak nitelendirilmektedir.

4. Malikinin Bulunmadığı Kesin Olmalıdır

Keşiflerinden çok uzun zaman önce gömülmüş veya saklanmış olan eşyanın maliki olmadığı konusunda kesinlik bulunması gerekmektedir. Burada önemli olan husus eşyanın gömüldüğü ya da saklandığı sırada bir maliki olup olmaması değildir, keşfedildiği sırada malikinin bulunmadığı noktasında her hangi bir şüphe veya tereddüt kalmamış olmasıdır²⁴.

Taşınırın maliki olmayan sahipsiz bir eşya olarak nitelendirilmesi hal ve şartlara göre objektif olarak tespit edilecektir²⁵. Eşyanın bulunmasından sonra bir kimsenin mülkiyet iddiasında bulunması ve bunu ispatlaması halinde taşınır eşya define olarak kabul edilemeyecektir. Bu durumda taşınır hakkında bulunmuş eşya hükümleri uygulanacak ve eşya üzerinde mülkiyetin kazanılmasını sağlayan zamanaşımı sürelerinin geçmemesi halinde, bulan kişi bulunmuş eşyayı sahibine iade etmek zorunda kalacaktır²⁶. İade zamanına kadar geçen sürede ise kişi iyiniyetli zilyet hükümlerine tabii olacaktır²⁷.

21 FEYZİOĞLU, s. 186; AKİPEK/AKINTÜRK, s. 598.

22 AKİPEK/AKINTÜRK, s. 598; EREN, s. 509; FEYZİOĞLU, s. 186.

23 ERDOĞAN, s. 520.

24 FEYZİOĞLU, s. 186; KURTOĞLU, s. 387.

25 AKİPEK, AKINTÜRK, s. 589; EREN, s. 509.

26 Medeni Kanun m.771/Te göre bulunan şeyin maliki, ilan veya kolluk kuvvetlerine ya da muhtara bulan kişi tarafından bildirim yapıldıktan beş yıl içerisinde ortaya çıkmazsa bulan kimse, yükümlülüklerini yerine getirmiş olmakla o şeyin mülkiyetini kazanacaktır. Bulunmuş eşya üzerinde beş yılın sonunda mülkiyet tesis edebilmek için bu eşyanın, oturuş bir ev veya işyeri ya da kamu hizmeti görülen bir yerden başka bir yerde bulunması gerekir. Bu yerlerde bulunan eşyalar başkası tarafından bulunmuş dahi olsa, bu yerlerin sahiplerinin, kiracıların ya da kurumun malı olacaklardır (TMK m.771/III). Ayrıntılı bilgi için bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, s.592 vd.; EREN, s. 504 vd.; AYAN, s. 582 vd.; SİRMEN, s. 504; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 758 vd.

27 FEYZİOĞLU, s. 186.

B. Bilimsel Değere Sahip Olan Eşya

TMK definenin mülkiyetinin kazanılmasını düzenlerken bilimsel değeri olan eşyalarla ilgili hükümleri saklı tutmakta (m.772/3) ve bilimsel değere sahip olan doğal şeyler ve eski eserlerin bulunması halinde özel kanun hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir (m.773). Definenin özel mülkiyete konu olup olamayacağına ilişkin getirilen bu sınırlamaya göre bulunan taşınır eşya bilimsel değere sahip olan bir eşya ise bu eşya üzerinde özel mülkiyet tesis edilemeyecektir.

Bu bilimsel değere sahip olan sahipsiz taşınır eşyalar hakkında m. 773 yollamasıyla özel kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu özel Kanun ise 2863 sayılı KTVKK'dır. Bu Kanun'un amacı, "korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile ilgili tanımları belirlemek, yapılacak işlem ve faaliyetleri düzenlemek, bu konuda gerekli ilke ve uygulama kararlarını alacak teşkilatın kuruluş ve görevlerini tespit etmektir" (m.1). Bilimsel değeri haiz olan eşyaların tespitinde esas olarak KTVKK hükümleri esas alınacaktır. İlgili Kanun korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının neler olduğuna ilişkin detaylı düzenlemeler içermektedir. Çalışmamız kapsamında define olabilecek şey taşınır eşya olduğundan sadece korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarını inceleme konusu yapacağız. KTVKK kapsamında taşınır kültür ve tabiat varlığı olarak kabul edilen şeyler bilimsel değeri haiz olarak kabul edilecek ve bu şeyler define olarak nitelendirilemeyecektir.

I. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı

a. Kültür Varlığı Kavramı

İnsanlığın ortak mirası olduğu kabul edilen kültür varlıklarının gelecek nesillere ulaşabilmesi adına korunması genel kabul gören bir prensiptir²⁸. KTVKK'da yer alan düzenlemeye göre kültür varlıkları; "tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan yer üstünde, yer altında veya su altındaki bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır" (m.3/1). İlgili düzenleme ile kültür varlıklarının kategorilere ayırma yöntemine²⁹ göre genel bir tanımı yapmıştır³⁰.

28 ÖZEL, Sibel, "Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı I, 2018, s. 216 (Mülkiyet); UMAR, Bilge/ ÇİLİNGİROĞLU, Altan, **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:11, Ankara, 1990, s. 42,43; AMİNEDDOLEH, Leila, "Protecting Cultural Heritage by Strictly Scrutinizing Museum Acquisitions", **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. XXIV, N. 3, 2014, s. 731,732.

29 Bu yöntemle yapılan tanımlamaya göre kültür varlığının genel bir tanımı verilmekte ve kültür varlığı belirli sınıflara ayrılarak tasnifi yapılmaktadır. Bu yöntemin dışında kültür varlığının tanımlanmasında, teker teker sayma ve sınıflandırma yöntemleri de kullanılmaktadır. Bu yöntemler hakkında geniş bilgi için bkz. ÖZEL, Sibel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınevi, 1. Baskı, İstanbul 1998, s. 6 vd. (Uluslararası); ERSÖZ, A.Kürşat, **Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması**, Oniki Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 9; AKİPEK, Serap, **Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s. 18-25.

30 "Sosyal yaşama konu olmuş, bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan" ifadesi KTVKK'a 2004 yılında kanunda yapılan değişiklik ile eklenmiştir (5226 sayılı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" RG. 27.07.2004, Sa. 25535), ÖZEL, Mülkiyet, s. 217. Getirilen bu ilavenin

Kültür varlığı olarak nitelendirilecek şeyin taşınır veya taşınmaz olması konusunda bir sınırlama yapılmamış, kültür varlıklarının hem taşınır, hem taşınmaz olabileceği düzenlenmiştir. Bir nesnenin kültür varlığı olarak değerlendirilebilmesi için insan iradesinin neticesi olarak ve belli bir amaç için ortaya konulmuş olması aranmaktadır³¹. Varlığın bulunduğu mekân açısından bir özellik aranmamakta, yer altında, yer üstünde veya su altında kültür varlığı bulunabileceği düzenlenmektedir.

Kültür varlığı olarak nitelendirilecek şeyin eskiliği, korunmaya değer olup olmadığının değerlendirilmesinde kullanılan bir ölçüttür³² yoksa kültür varlıklarının mutlaka eski nitelik taşıması gerekli değildir³³. Doktrinde bazı yazarlara göre KTVKK'da yer alan kültür varlığı tanımı arkeolojik özelliği ağır basan, arkeolojik eserlere öncelik veren bir tanımdır³⁴. Bu yazarlara göre tarih öncesi veya tarihi devirlere ait olan şeyler kültür varlığı olarak tanımlanabilecek, dolayısıyla günümüzde henüz ömrünü tamamlamamış eserler de kültür varlığı olarak tescil edilebilecektir³⁵. Bu bağlamda ileride tarihi değer taşıyacağı kuvvetle muhtemel olan bazı varlıklar örneğin sanat tarihi açısından büyük öneme sahip olacağı düşünülen bir tablo kültür varlığı olarak kabul edilebilecektir³⁶. Bu görüş korunması gerekli kültür varlıklarının kapsamının son derece genişleteceğinden bahisle eleştirilmiştir³⁷.

Bir nesnenin kültür varlığı olarak kabul edilmesi için belli bir piyasa değerinin olması, maddi değere sahip olması gerekmemektedir³⁸. Nihayetinde bir şeyin kültür varlığı olarak tanımlanıp koruma altına alınabilmesi için tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olması, bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgili bulunması veya tarih öncesi veyahut tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olması, bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıması gerekmektedir³⁹.

kültür varlığı tanımında bir değişiklik yapmadığı yönünde eleştiri için bkz. ÖZEL Sibel, "5226 sayılı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" Üzerine Bir Değerlendirme", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXIII, Sayı 1-2, İstanbul 2005, s. 113 (Değerlendirme).

31 UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 41; ERSÖZ, s. 11; KANBUR, Mehmet Nihat, **Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet Suçu (KvTVKK m. 32 ve m.68)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir 2007, s. 23.

32 KANBUR, s. 23.

33 KANADOĞLU, Sabih: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2007, s. 54. UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 41; MUMCU, Ahmet, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26, Sayı 3-4, s. 50 (MUMCU(I)). Maddede yer alan, "tarih öncesi veya tarihi devirlere ait olmak" ifadesinden, kültür varlığının belli bir eskiliğe sahip olması gerektiğinin anlaşılıp anlaşılmadığı konusunda fikir birliği yoksa da, günümüzde artık eskiliğin kültür varlığı tanımını yaparken bir kıstas olmadığını, sadece koruma anlamında bir ölçüt olabileceğini kabul etmek gerekmektedir.

34 ERSÖZ, s. 11.

35 ERSÖZ, s. 11.

36 MUMCU (I), s. 50.

37 CEYLAN, Ümit, **Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008, s. 89.

38 KANBUR, s. 24.

39 ÖZEL, **Uluslararası**, s. 23; MUMCU(I), s. 49.

b. Tabiat Varlığı Kavramı

KTVKK 3. maddesinin a bendinde tabiat varlıkları tanımlanmaktadır. Bu tanımlamaya göre tabiat varlıkları “jeolojik devirlerle, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait olup ender bulunmaları veya özellikleri ve güzellikleri bakımından korunması gerekli, yer üstünde, yer altında veya su altında bulunan değerler” olarak belirlenmiştir (m.3/a-3). Taşınır tabiat varlıklarına ilişkin tanım ise, “Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelere Alınması Hakkında Yönetmelikte”(Taşınır Yönetmeliği)⁴⁰ yer almaktadır. Taşınır Yönetmeliğinde yer alan tanımlamaya göre taşınır tabiat varlığı; “Jeolojik devirlerden zamanımıza intikal eden, özellikleri ve eskilik ölçüleri bakımından korunması gerekli insan yapısı olmayan taşınırlar” şeklinde ifade edilmiştir (m. 3/1-ğ).

Varlığın jeolojik devirlere⁴¹, tarih öncesi devirlere⁴² ve tarihi devirlere⁴³ ait olması gerekmektedir. Tarihçiler tarafından yazının keşfi ile başlayan devirler tarihi çağlar olarak, yazının keşfinden önceki devirler ise tarih öncesi çağlar olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Bu varlıkların ender olarak bulunan varlık olması veya nitelikleri ve estetik değerleri bakımından korunmalarının gerekli olması gerekmektedir. Kültür varlıklarının korunmaya değer görülmesi için ender olması aranmazken tabiat varlıkları açısından nadir bulunma şartı aranmıştır⁴⁵. Tabiat varlığının bulunduğu mekân açısından da belli bir şart aranmamakta, yer altında yer üstünde veya su altında korunması gerekli tabiat varlığı bulunabilmektedir.

40 RG. 20.04.2009, Sa. 27206.

41 Yaklaşık dört buçuk milyar yaşında olan dünyamız, günümüze değin pek çok evreden geçmiştir. Jeolojik zamanlar olarak adlandırılan zamanların her bir evresinde farklı canlı türleri ve iklim koşulları yaşanmıştır. Dünyanın yapısını inceleme bilimi olan jeoloji bilimi, fosillerin ve tortul tabakaların özelliklerinden faydalanarak jeolojik zamanları belirlemişlerdir. İlkel zaman (prekambriyen) dört milyar yıl sürmüş ve günümüzden yaklaşık 570 milyon yıl önce sona ermiştir. Birinci zaman (Paleozoyik) günümüzden yaklaşık 375 milyon sürmüş ve günümüzden 230 milyon yıl önce sona ermiştir. İkinci zaman (mesozoyik) yaklaşık 160 milyon yıl sürmüş ve günümüzden 65 milyon yıl önce sona ermiştir. Üçüncü zaman (senozoyik) 63 milyon yıl sürmüş ve günümüzden iki milyon yıl önce sona ermiştir. Dördüncü zaman (kuaterner) günümüzden iki milyon yıl önce başlamıştır ve hala içinde bulunduğumuz jeolojik zamandır. Detaylı bilgi için bkz. POLAT, Ali, “Yer küre üzerindeki yaşamın kökenine ve evrimine jeolojik bir bakış açısı”, **Mavi Gezegen** , Yıl 2016, Sayı 21, s.s 3-15. ÖZKAR ÖNGEN, İzver, **Jeolojik Zaman Sürecinde Yerkürenin Evrimi (Tarihsel Jeoloji)**, Jeolojiye Giriş Ders Notları, https://cdeniz.com/site/assets/files/3747/yerkurenin_evrimi.pdf (15.04.2019).

42 Milattan önce 3500 yılında Sümerler tarafından yazının bulunmasına kadar geçen döneme tarih öncesi dönem denmektedir. Yazının bilinmediği zamanlar *Prehistorik* devir olarak adlandırılmaktadır. Bu devirlerle ilgili yazılı belgeler olmadığından insan topluluklarının bıraktığı kalıntılardan bu devirlerle ilgili bilgi elde etmeye çalışılmaktadır. Tarih öncesi devirler kullanılan araç gereçlere göre dönemlere ayrılmaktadır. Paleolitik, Mezolitik, Neolitik ve Kalkolitik çağlar tarih öncesi çağlardır. Bu çağlar hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://www.tarihbilimi.gen.tr/makale/tarih-öncesi-devirler-tas-devri-m-o-600-000-m-o-5-000/> (15.04.2019).

43 Prehistorya yazı öncesi zamanları ifade etmekte dolayısıyla tarihi devirler de yazının bulunmasından sonraki dönemleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak yazının icadından önceki süreye tarih öncesi, icadından sonraki süreye tarihi devirler denmesi yanlış bulunmaktadır. Buna göre, tarih bir bilim olarak yazılı veya yazısız olması fark etmeksizin geçmişte meydana gelen olaylarla ilgilenmektedir. İnsan geçmişi ile ilgili olan bir döneme tarih öncesi denmesi uygun bulunmamaktadır. Tarihin yazı ile başlamasına yöneltilen eleştirinin temelleri hakkında detaylı bilgi için bkz. DİNÇER, Berkay, **Prehistorya “tarih öncesi” midir?**, Y. 2016, <http://arkeolojigazetesi.com/?author=13> (15.04.2019).

44 KANBUR, s. 25; ERSÖZ, s. 14.

45 Bkz. ERSÖZ, s. 15, dn. 39.

Bir nesnenin tabiat varlığı olarak kabul edilebilmesi için bu unsurları taşıması gerekmektedir. Bu varlıkların belli bir piyasa değerinin olması ise önemli değildir⁴⁶. Tabiat varlıkları da kültür varlıkları gibi taşınır bir obje olabileceği gibi taşınmaz da olabilir⁴⁷.

c. Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları

2863 sayılı KTVKK kültür varlıklarını ve tabiat varlıklarını eşya hukukunun yaklaşımına uygun şekilde, taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları olarak ikili bir ayrıma tabii tutmakta⁴⁸ ve taşınır veya taşınmaz olmalarına göre farklı koruma sistemleri öngörmektedir.

KTVKK m. 23'de korunması gerekli kültür ve tabiat varlıkları örnekleme yoluyla sayılmış⁴⁹ ve m. 24'de Devlet malı niteliği taşıyan korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarının Devlet elinde ve müzelerde bulundurulması ve korunup değerlendirilmelerinin Devlete ait olacağı düzenlenmiştir. İlgili düzenleme ile taşınır kültür ve tabiat varlıkları tanımlanırken çok genel bir düzenleme yapılmış ve korunmak istenen taşınır kültür ve tabiat varlıkları teker teker sayılmıştır. Taşınır kültür varlıklarının tespiti yapılırken kategorilere ayırma yöntemi ve teker teker sayma yöntemi birlikte kullanılmıştır⁵⁰.

KTVKK m. 23'e göre korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları şunlardır:

“a) Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları; Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidyen), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, benzeri kap ve kacaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici,

46 KANBUR, s. 26.

47 KTVKK m. 6/d'de taşınmaz tabiat varlıkları örneklendirilmiştir. Buna göre; Tarihi mağaralar, kaya sığınakları; özellik gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri; taşınmaz tabiat varlığı olarak örneklendirilmiştir.

48 Kültür varlıklarının illegal dolanması söz konusu olduğunda eşyanın iade talepleri hususunda yetkili mahkeme ve uygulanacak hukukun tespitinde eşyanın taşınır veya taşınmaz olmasına göre tespit yapılacaktır. Burada problem normalde bir taşınmazın parçası olan veya bütünüleyici parçası olarak nitelendirilebilen bir şeyin taşınmazdan ayrılarak illegal yollardan ihraç veya ithal etmek suretiyle mülkiyet nakline konu olması halinde illegal nakle konu olan şeyin taşınmaz olarak nitelendirilip nitelendirilememesinde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin 1881 yılında uyuşmazlık konusu olan bir olayda Fransız mahkemesi, Roma villasının zemininden sökülen mozaiklerin tabii olarak taşınmaz olduğu ancak sökülmesinden sonra artık taşınır konumuna geldiğini belirtmiştir. Bu bağlamda taşınmazdan sökülerek taşınır konumuna gelen şeylerin, sırf illegal olarak dolaşımını yapmak amacıyla gerçekleştirilen bir işlem sonucunda daha az korumaya maruz kalacağına şüphe yoktur. Dolayısıyla bir taşınmazın parçası iken sökülüp başka ülkeye götürülen şeylerin taşınır olarak değil, o taşınmazın bir parçası olarak işlem görmesi gerekmektedir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, **Uluslararası**, s. 47-51.

49 Kanunun ilk halinde taşınır kültür varlıkları örnekleme yoluyla teker teker sayılmamıştı. Ancak daha sonra 1987 yılında 3386 sayılı Kanun ile KTVKK'da yapılan bir değişiklik ile taşınır nitelikte kültür ve tabiat varlıklarının neler olacağı yönünde örnekleme yoluyla yeni bir düzenleme yapılmış ve ilgili düzenleme günümüze kadar korunmuştur. Bkz. 2863 Sayılı “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun”, RG. 24. 06. 1987, Sa. 19497.

50 CEYLAN, s. 96; ÖZEL, **Uluslararası**, s. 10; ERSÖZ, s. 18.

koruyucu ve vurucu silahlar, putlar (ikon) cam eşyaları, süs eşyaları (hulliyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar (diadem), deri, bez, papirüs, parşümen veya maden üzerine yazılı ve tasvirli belgeler, tartı taşları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerini haiz gravür, yağlı boya veya suluboya tablolar, muhallefat (religüe'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları.

Halkın sosyal hayatını yansıtan, insan yapısı araç ve gereçler dâhil, bilim, din ve mihaniki sanatlarla ilgili etnografik nitelikteki kültür varlıkları.

- b) *Millî tarihimizdeki önemleri sebebiyle Millî Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna ait tarihi değer taşıyan belge ve eşyalar, Mustafa Kemal Atatürk'e ait zati eşya, evrak, kitap, yazı ve benzeri taşınırlar⁵¹.*

23. madde de yer alan çok geniş kapsamlı bu tanımlamada, arkeolojik nesne, etnografik nesne⁵² ve güzel sanat eseri kavramlarına belli ölçüler ile sınırlama yapılmamıştır⁵³. Ancak ilgili madde son altı Osmanlı padişahı dönemi sikkelerinin (Abdülmecit, Abdülaziz, V. Murat, II. Abdülhamit, V. Mehmet Reşat ve Vahdettin) tescile tabii olmaksızın yurt içinde alınıp satılabileceğini belirterek, bu dönemlere ait sikkeleri korunması gerekli taşınır kültür varlığı olarak görmemiştir (KTVKK m.23/a, IV). Kanun koyucu tarafından bu sikkelerin serbestçe el değiştirmesine gerekçe olarak, tedavül kolaylığı ve ulaşılabilirliğinin o dönemin şartlarında daha kolay olduğu söylenmiştir⁵⁴. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu sikkelerin sadece yurt içinde

51 Millî mücadele dönemine yahut Mustafa Kemal Atatürk'e ait olan taşınır kültür ve tabiat varlıkları Kültür ve Turizm Bakanlığınca yahut Millî Savunma Bakanlığınca veya Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu tarafından satın alınabilecektir (KTVKK m.24/3).

52 KTVKK m. 23/ada belirtilen etnografik mahiyetteki kültür varlıklarının yurt içinde alımı ve satımı serbesttir. Alımı satımı serbest bırakılan kültür varlıklarının hangi döneme ait olacağı bunların kayıt ve tesciline ilişkin şartlar yönetmeliklerde düzenlenmektedir (m.24). Bu yönetmeliklerden bazıları; Alımı, satımı ve devri serbest bırakılan eserlere ilişkin Yönetmelikler ; “*Etnografik Nitelikteki Taşınır Kültür Varlıkları Hakkında Yönetmelik*” (RG. 03.05.1998, Sa. 19803), “*Taşınır Kültür Varlığı Ticareti ve Bu Ticarete Ait İşyeri ile Depoların Denetimi Hakkında Yönetmelik*” (RG. 11.01.1984, Sa. 18278), “*Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik*” (RG. 15.03.1984, Sa. 18342). Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzelerle Alınmaları Hakkında Yönetmelik uyarınca tescile tabii olan etnografik eserler günümüzden yüz yıl öncesine kadar olanlar hariç, halkın hayat tarzını, dönemin sosyal teknik ve ilmi özellikleri ile kültürünü temsil eden araç ve gereçler dâhil bilim, kültür, din ve mihaniki sanatlarla ilgili belge değeri bakımından korunması gerekli insan yapısı taşınırlar olarak tanımlanmıştır (m.3/ı). Etnografik eserlerin, eski hukukumuzdan günümüze kadar olan süreçte durumuna ilişkin ayrıntılı bilgi almak üzere bkz. ÇAL, Halit, “Eski Eserlerle İlgili Yasalarda Etnografik Eser Anlayışı”, *Türkiye’de Halkbilimi Müzeciliği ve Sorunları Sempozyum Bildirileri*, Gazi Üniversitesi THBMER Yayını, Ankara 2003, s.164-167.

53 CEYLAN, s. 96.

54 Söz konusu nitelikte olan sikkelerin serbestçe el değiştirebilmesi pek çok açıdan sakıncalı bulunmuş ve eleştirilmiştir. İlk olarak sikkelerin madeni değerine göre yani altın olup olmamasına göre bir ayrıma gidilmemiştir. Dolayısıyla altın olan bir sikke kuyumcuya ham altın değerinde satılabilecek ve altının eritilmesi suretiyle sikkeler yok olmuş olacaktır. Diğer bir sakınca ise, KTVKK yayımlandığı tarih olan 1983 yılında bu sikkelerden çok fazla bulunabileceken, serbest dolaşımına müsaade edilmesinden dolayı günümüzde sayıları azalmakta, kültürel ve tarihi olarak değer kazanmış olmaktadır. Bu bağlamda son altı Osmanlı padişahı zamanına ait olan sikkelerin serbestçe el değiştirilmesine müsaade edilmesi kültür varlıklarının korunması amacıyla bağdaşmamaktadır, bkz. UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 207, 208; ERSÖZ, s. 19.

serbestçe el değiştirmesine izin verilmiştir. Yurt dışına çıkarılmasına ise müsaade edilmemiştir. Maddede belirtilen altı padişahattan önceki dönemlere ait olan sikkeler ise korunması gerekli kültür varlığı olarak değerlendirilecektir. Son altı Osmanlı Padişahı dönemine ait sikkelerin yurt içinde serbestçe dolaşımı göz önünde bulundurulursa acaba bu döneme ait sikkeler define olarak nitelendirilebilecek midir? TMK'da aranan şartları taşınması şartıyla bu sikkelerin de define olabileceği söylenebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus bulunmasından uzun zaman önce saklanmış ve gömülmüş olmasıdır yoksa tedavüle çıktığı tarihin eskiliği bu dönem sikkeleri açısından önem arz etmeyecektir. Örneğin, 2. Abdülhamit dönemine ait olan sikkeler o dönemde yaşayan biri tarafından evinin tabanına gömülse ve zamanla evin el değiştirmesi neticesinde sikkelerin kime ait olduğu bilinemesse bu durumda bulunmasından uzun zaman önce saklanmış olma koşulu sağlanmış olacaktır.

2. Haber Verme Zorunluluğu

KTVKK 4.maddesine göre maliki olduğu ya da kullandığı bir arazide kültür ve tabiat varlığı olduğunu bilenler yahut bu durumdan yeni haberdar olanlar bu durumu haberdar olmasından sonra en geç üç gün içerisinde en yakın müze müdürlüğüne yahut köylerde ise muhtara ya da diğer yerlerde ise mülki idare amirine bildirmeye mecburdurlar. Eğer askeri garnizonlar veya yasak bölgeler içerisinde bu tür varlıklar olduğu öğrenilmişse, bu durum usulünce üst komutanlıklara bildirilir.

Kültür veya tabiat varlığının varlığından haberdar olan, muhtar, mülki amir veya bu varlıklardan doğrudan haberdar olmuş yetkili makamlar, kültür ve tabiat varlığının güvenliği için gerekli olan tedbiri almalıdır. Muhtar kültür veya tabiat varlığının bulunduğundan haberdar olduktan hemen sonra gerekli tedbirleri alacak ve bu durumu aynı gün içerisinde en yakın mülki amirine bildirecektir. Mülki amir ve diğer makamlar ise kendisine yapılan bu bildirim ve kültür veya tabiat varlığı bulunduğu ilişkin bildirim on gün içerisinde yazılı bir şekilde Kültür ve Turizm Bakanlığına ve en yakın müze müdürlüğüne bildirecektir. Kendilerine bildirimde bulunulan Kültür ve Turizm Bakanlığı ve müze müdürlüğü en kısa sürede tasnif ve tescil işlemlerini yapmalıdır. KTVKK ile haber verme zorunluluğunu yerine getirmeyenlere ceza verileceği⁵⁵ düzenlenmekle birlikte bu zorunluluğu yerine getirenlere ise ödül verilmesi⁵⁶ öngörülmüştür.

55 KTVKK m. 67'ye göre "Kültür ve tabiat varlıklarıyla ilgili olarak bildirim yükümlülüğüne mazereti olmaksızın ve bilerek aykırı hareket eden kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bildirimi yapılmamış olan kültür ve tabiat varlığını satışı arz eden, satan, veren, satın alan, kabul eden kişi iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ancak, bu durumda birinci fıkrada tanımlanan suçtan dolayı ayrıca cezaya hükmolunmaz. Ticareti yasak olmayan taşınır kültür varlıklarının izinsiz olarak ticaretini yapan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır".

56 İkramiye ve cezalara ilişkin düzenleme KTVKK altıncı bölümünde yer almaktadır. Kültür varlıklarını bulanlara verilecek ikramiye m. 64'e göre "Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yer üstünde, yer altında ve su altında bulunan taşınır kültür varlıklarını 4 üncü maddede yazılı makam ve mercilere, aynı maddede yazılı süreler içerisinde haber verenlere: a) **Bulunan varlık, bunların mülkü içinde ise bu Kanunun 24 üncü ve 25 inci maddeleri uygulanır. Ayrıca ikramiye verilmez.** b) **Bulunan varlık başkasının mülkü içinde ise Kültür ve Turizm Bakanlığınca varlığın değeri dikkate alınarak, takdir olunacak bedelin % 80'i ikramiye olarak bulan ile mülk sahibi arasında yarı yarıya paylaşılır.** c) **Kültür varlığı Devlete ait arazide bulunmuş ise, takdir olunacak bedelin % 40'ü bulana ikramiye olarak verilir.** d)

Korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlığına ilişkin bildirim yapılma zorunluluğunun olması bu varlıkların devlet malı niteliğini haiz olmasından kaynaklanmaktadır. Ülkemizde kültür varlıklarına “kamusal mal” statüsü verilerek korunması tercih edilmiştir⁵⁷. Kültür varlığı üzerindeki mülkiyet meselesine definenin mülkiyetine ilişkin kısımda detaylı şekilde değinilecektir.

3. Tasnif, Tescil ve Koruma

KTVKK'a göre kültür ve tabiat varlıklarının korunması taşınmazlar açısından⁵⁸, muhafaza, bakım, onarım, restorasyon ve fonksiyon değiştirme işlemleri; taşınır kültür ve tabiat varlıkları açısından ise muhafaza, bakım, onarım ve restorasyon işlemleridir (m. 3/a-4)⁵⁹.

Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının korunması aşamasına geçilmeden önce tasnif işlemi ve sonrasında bu tasnife göre tescil işlemi yapılmalıdır. Taşınır nitelikteki kültür varlıklarının tasnifi ve tescili işlemi ise KTVKK'nın yanı sıra *Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının Tasnifi, Tescili ve Müzeler Alınmaları Hakkında Yönetmelik* ile düzenlenmiştir.

KTVKK 25. maddesine göre, 4. maddeye göre bildiri yapılan taşınır kültür ve tabiat varlıkları ile 23. maddede belirlenen korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından bilimsel esaslara göre tasnif ve tescile tabii tutulacaktır.

Nerede bulunursa bulunsun haber verilen kültür varlığı korunması gerekli nitelikte olmadığı takdirde haber verenlere bu Kanunun 25 inci maddesindeki işlem uygulanır. Ayrıca ikramiye verilmez. e) Nerede olursa olsun yeni bulunup da 4 üncü maddede yazılı süreler içinde haber verilmediğinden dolayı gizlenmiş sayılan kültür varlıklarını haber verenler ile, bunları yakalayan kamu görevlilerine, 1905 sayılı “Menkul ve Gayrimenkul Emval ile Bunların İntifa Haklarının ve Daimi Vergilerin Mektumlarını Haber verenlere Verilecek İkramiyelere Dair Kanun”da taşınır mallar için gösterilen oranlar dâhilinde tespit edilen bedel ikramiye olarak verilir. f) Yukarıdaki fıkralardan herhangi biri uyarınca kültür varlıklarını bulan, haber veren veya yakalayan kişiler birden fazla ise verilecek ikramiyeler bunlar arasında eşit olarak paylaşılır. g) Yukarıda belirtilen ikramiyelerin tahakkuk ve tediyesine ait işlemler Maliye ve Kültür ve Turizm bakanlıklarınca birlikte hazırlanacak yönetmelik esaslarına göre yapılır”. KTVKK m. 64 sisteminde, bildirim ödülü ancak taşınır kültür ve tabiat varlıklarını bildirenlere verilmekle birlikte KTVKK m. 4 uyarınca bildirim yükümlülüğü, taşınır olsun olmasın tüm doğa varlıklarını bulanların üzerindedir. Bkz. UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 58, 59.

57 KTVKK 5. maddesine göre; “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzelkişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir” şeklinde ifade edilerek korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür varlıklarının Devlete ait taşınmazda bulunması şartı aranmaksızın devlet malı niteliğine haiz olacağı düzenlenmiştir.

58 26496 sayılı “Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının bakım, onarım, restorasyon, değerlendirme, muhafaza ve nakil işleri ile bu maksatla hazırlanacak projelerin yapılması ve arkeolojik kazılarda kullanılacak aletlerin alımı hakkında yönetmelik” (RG. 14.02.1993, Sa. 21496) ile taşınmazlar açısından, muhafaza, bakım, onarı, restorasyon gibi kavramların ne anlama geldiği ve bu işlemler hakkında detaylı bilgi yer almaktadır. Taşınır kültür ve tabiat varlıklarının korunması hakkında aynı bir yönetmelik bulunmamakla birlikte hükümleri uygun düştüğü ölçüde 21496 No’lu yönetmelik hükümleri taşınır kültür ve tabiat varlıkları açısından da uygulanacaktır. Bkz. KANBUR, s. 33-34.

59 Korunma kavramı ve türleri ve ulusal ve uluslararası hukukta yer alan kaynakları için bkz. SÜSLÜ, Güven, “Kültür Varlıklarının Korunmasında Mali Kolaylıklar Rejimi”, *YBHD*, Yıl 3, Sayı 2018/2, s. 41-48; Türkiye’de tarihi eserlerin restorasyon çalışmalarına getirilen bir takım eleştiriler için bkz. BİLİCİ, Kenan, “Eski Eser Tahribatı ve Sanat Tarihi Araştırmalarında Yarattığı Sorunlar”, *Anakara Üniversitesi DTCF Dergisi*, C. 34, S.1-2(1990), s. 349-352.

Bu eserlerden Devlet müzelerine alınması gerektiği değerlendirilenler usulünce müzelere⁶⁰ alınacaktır. Taşınır Yönetmeliğine göre “tasnif”; KTVKK m. 23’de belirtilen taşınır kültür ve tabiat varlıklarından korunması gerekli olanlar ile korunması gerekli olmayanların ve korunması gerekli olanlardan müzelere alınmasına gerek olup olmayanların ayrılması şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1-g). Aynı Yönetmeliğin ilgili maddesine göre “tescil” ise, korunması gerekli taşınır kültür ve tabiat varlıklarından müzelere alınanların müze envanter defterlerine kaydı ile müzelere alınmayanların belge ve envanter listelerinin birer nüshasının müze dosyalarında muhafaza edilmesidir (m.3/1-h).

Müze idarelerine getirilen varlıklar⁶¹ hakkında öncelikle KTVKK kapsamında kültür ve tabiat varlığı olup olmadığı yönünde karar verilecektir. Yapılan inceleme neticesinde kültür ve tabiat varlığı olmadığı değerlendirilen varlıklar iade edilecektir⁶². Değerlendirme komisyonu tarafından müzeye kazandırılmaları gerekli görülen taşınır kültür ve tabiat varlıkları usulüne uygun olarak müzelere alınacaktır. Kültür veya tabiat varlığını bulup getirene ödenen bedel satın alınan karşılığını oluşturan bir bedel değil, KTVKK kapsamında ikramiyedir⁶³. Zira kültür varlıkları kanun gereği devlet malı niteliğinde olduğundan, devlet zaten mülkiyeti kendisine ait olan kültür varlığını bulanlara ikramiye vermektedir.

Türkiye’de bulunan taşınır kültür ve tabiat varlıkları, Kültür ve Turizm Bakanlığı bünyesindeki Kültür Varlıkları Müzeler Genel Müdürlüğüne bağlı olan müzeler ile diğer kamu kurumlarına bağlı olan müzelerde korunmak amacıyla muhafaza edilmektedir⁶⁴. KTVKK m.26’ya göre,

60 Kültür ve tabiat varlıkları ile belli bir sınırlamaya tabii olmaksızın görülmeye değer olduğu düşünülen eserlerin sergilendiği müzeler en geniş kapsamlı tanımıyla; insan elinden çıksın veya çıkmasın, insanlarca gerekli ve değerli bulunarak toplanmış, biriktirilip koleksiyonlar şeklinde oluşturulmuş, bilimsel, eğitici ve tanıtıcı nitelikte ve korunması gerekli olan doğadaki ve hatta uzaydan getirilmiş olan tüm varlıkların ve yapıtların korunduğu sergilendiği ve araştırıldığı, açık veya kapalı alanlarda halkın yararlanmasına sunulduğu yer ve kurumlar olarak tanımlanmaktadır. Uluslararası Müzeler Konseyi (ICOM) tarafından son olarak kabul edilmiş müze tanımına göre ise müze “halka açık, çalışma, eğitim ve eğlendirme amacıyla, koruyan araştıran, bilgilendiren ve sunan, kar amacı gütmeyen, halkın ve halkın gelişiminin hizmetinde olan sürekli bir kurumdur” (ICOM Tüzüğü m. 2), Bkz. International Council of Museums (ICOM), **Resolutions Adopted by ICOM’s 18. General Assembly**, Stavanger Norway, 1995, https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/ICOMs-Resolutions_1995 (15.04.2019). Tarihten günümüze yapılmış olan müze tanımları hakkında geniş kapsamlı bilgi edinmek için ayrıca bkz. ARIK, Mustafa, **Türk Müzeciliğinin Tarihsel Gelişimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Arkeoloji Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015, s. 14-22.

61 Taşınır Yönetmeliği 4. maddesine göre “Müze müdürlüğüne getirilen taşınır kültür ve tabiat varlıkları, müze idaresince emanete alınır ve söz konusu varlıkları getirenlere, müze idaresince taşınır geçici alındısı verilir”.

62 KTVKK m. 25/son “Tasnif ve tescil dışı bırakılan ve müzelere alınması gerekli görülmeyenler, sahiplerine bir belge ile iade olunurlar. Belge ile iade olunan kültür varlıkları üzerinde, sahipleri her türlü tasarrufla bulunabilirler. Bir yıl içinde sahipleri tarafından alınmayanlar, müzelerde saklanabilir veya usulüne uygun olarak Devletçe satılabilir”. Taşınır Yönetmeliği 9/1. maddesine göre “Değerlendirme Komisyonu tarafından, korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları, sahiplerine bu Yönetmeliğin ekinde yer alan Ek-1 sayılı Tescil Dışı Taşınır Kültür ve Tabiat Varlığı Belgesi ile iade edilir. Ancak yanlıtıcı nitelikleri sebebiyle piyasada dolaşımı uygun görülmeyen tescil dışı bırakılan kültür varlıkları müzede alkonulur. Müzeyi yanıltmak amacıyla sahte kültür varlığı getirdiği tespit edilenler hakkında suç duyurusunda bulunulur”.

63 Bkz. dn. 55.

64 ERSÖZ, s. 72.

Kültür ve Turizm Bakanlığından izin alınarak özel müzeler⁶⁵ kurulabilir veya koleksiyonculuk⁶⁶ yapılabilir. Bu özel müzelerde taşınır kültür varlıklarının korunması konusunda Devlet müzesi ile aynı statüye sahiptirler⁶⁷. Özel müze koleksiyonunda bulunan arkeolojik eserlerin mülkiyeti de devlete aittir, özel müze sadece zilyet konumundadır⁶⁸.

Taşınır Yönetmeliği hükümlerine göre korunması gerekli görülmeyerek tescil dışı bırakılan kültür ve tabiat varlıkları definenin şartlarını taşıyor olması halinde özel mülkiyete konu olabilecektir. Zira define üzerinde mülkiyet hakkı kurulmasını düzenleyen TMK. m. 772/2'ye göre “*bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümler saklı kalmak üzere*” define içinde bulunduğu taşınır veya taşınmaz malın malikine ait olacaktır. Bu bağlamda KTVKK ve Taşınır Yönetmeliğinde yer alan taşınır kültür ve tabiat varlığının tespitine, tasnifine, tesciline ve korunmasına yönelik olan hükümler, bilimsel değer taşıyan eşyaya ilişkin hükümlerdir. Zira KTVKK'da taşınır kültür ve tabiat varlığı “*Jeolojik, tarih öncesi ve tarihi devirlere ait, jeoloji, antropoloji, prehistorya, arkeoloji ve sanat tarihi açılarından belge değeri taşıyan ve ait oldukları dönemin sosyal, kültürel, teknik ve ilmi özellikleri ile seviyesini yansıtan her türlü kültür ve tabiat varlıkları*” (m.23/a) olarak tanımlanarak belli bir bilimsel değeri haiz olma özelliği arandığı görülmektedir. TMK kapsamında bulunan şey, KTVKK anlamında kültür varlığı niteliğinde ise bu durumda defineye ilişkin hükümler uygulama alanı bulamayacaktır. Kültür varlığı olarak tasnif edilen şey müzelere alınmasa bile özel mülkiyete konu olamayacaktır. Zira KTVKK uyarınca tasnif veya tescil edilsin veya edilmesin, hatta varlığından dahi haberdar olunmasına gerek olmaksızın kültür varlıkları devlet malı niteliğindedir.

II. YASAL DEFİNECİLİK

Definenin tanımına ilişkin şartları belirledikten sonra belirtmek isteriz ki define arayıcılığı, halk arasında bilinen adıyla *definecilik* büyük oranda gerekli izinler alınmaksızın, kaçak şekilde ve bilinçsizce yapılmaktadır. Bu şekilde tarihi eserlerimiz tahrip edilmekte, hatta yok edilmektedir. Define –muhtemelen *altınlar, hazineler* – bulmak arzusunda olanlar doğayı katletmekle kalmamakta, ilkel metotlarla çalışıp canlarını hiçe saymaktadırlar⁶⁹. Yazılı ve görsel basın

65 Özel müzelerin kurulması ve denetlenmesine ilişkin detaylı düzenleme yönetmelik ile yapılmıştır. Bkz. Özel Müzeler ve Denetimleri Hakkında Yönetmelik, RG. 22.01.1984, Sa. 18289. Kültür ve Turizm Bakanlığı denetiminde 25.02.2019 tarihi itibarıyla 268 özel müze faaliyet göstermektedir. Bu müzeler için bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-135633/ozel-muzeler.html> (01.05.2019).

66 Bkz. Korunması Gerekli Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Koleksiyonculuğu ve Denetimi Hakkında Yönetmelik, RG. 23.03.2010, Sa. 27530.

67 KTVKK 26. maddede yer alan bu düzenlemeye göre özel müzelerin kültür varlıklarının korunması bakımından devlet müzeleri ile aynı statüye sahip olduğunu düzenlemiştir. Dolayısıyla özel müzeler devlet müzeleri gibi tasnif ve tescil işlemi yapamayacak, devlet müzelerince belgelendirilmemiş kültür varlıklarını müzelerine kazandıramayacaklardır. Bkz. CEYLAN, s. 125, dn. 383. Özel müzecilik faaliyetinin virtüel (olası) kamu hizmeti olduğu yönünde bkz. ERSÖZ, s. 73.

68 ÖZEL, *Mülkiyet*, s. 232.

69 Yalnızca birkaç örnek için bkz. <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/antalyada-kacak-kazi-sirasinda-patlama-oluve-yarali-var-41213169> (25.06.2019). <https://www.cnnturk.com/turkiye/film-gibi-define-kazisina-3-gozalti?page=1> (15.09.2019); <https://www.arkeolojikhaber.com/haber-arkadaslarinin-kuyuda-birakip-kactigi-yarali-defineciyi->

konuya hassasiyet ile yaklaşmaması, *define uzmanı/defineci* adıyla bazı insanların nasıl define aranması gerektiğine ilişkin yayın yapmasına, kitap basmasına müsaade edilmesi, kamuoyu nezdinde kaçak defineciliğin özendirilmesine sebebiyet vermektedir. Define uzmanı (!) adıyla bir takım işaretlerden, sembollerden bahseden bu kişiler define aramanın en önemli şartını söylemeyi ihmal etmekte, hiç değinmemektedirler. Esasen bizim çalışmamızın asıl amacı da, kaçak defineciliğin azalmasına katkıda bulunmak amacıyla *yasal defineciliği* tüm yönleri ile izah etmekten ibarettir.

Hukuki yollardan, Kültür ve Turizm Bakanlığı'nın gözetiminde, Bakanlıktan alınan ruhsatname ile yetkili uzman personel eşliğinde, KTVKK ve Define Arama Yönetmeliğinde yazan diğer şartlara da uyularak yapılan define arama işlemi, *yasal definecilik* olarak adlandırılabilir. Günümüzde geçerli olan hukuki yollardan define arayıcılığının şartlarına ve hükümlerine geçmeden önce, tarihi süreç içerisinde kazı çalışmalarına ve define arama işlemine ilişkin hükümlerin nasıl oluştuğuna ve geliştiğine kısaca temas etmekte yarar görüyoruz.

A. Tarihi Süreç İçerisinde Kültür Varlıklarının (Eski Eserlerin) Korunması Amacıyla Yapılan Kanuni Düzenlemeler

1. Osmanlı Dönemi

Tanzimat ile başlayan Osmanlı Devletinde reform hareketleri ile eski eserlerin⁷⁰ korunması ve yurt dışına izinsiz olarak götürülmesini önlemek amacıyla bir takım düzenlemeler yapılmaya başlanmıştır⁷¹. Osmanlı devleti geniş bir coğrafyada hüküm sürmesinden dolayı farklı kültürleri bünyesinde barındırmış⁷² ve Avrupalı devletlerin ilgi odağı olmuştur. 1850 yılından sonra Ceride-i Havadiste arkeolojik kazılarla ilgili çıkan yazılar, Anadolu topraklarında Avrupalı devletlerin müzelerini doldurmak için başlattığı kazıların sayısının artması ve bunun sonucunda çeşitli eserlerin yurt dışına götürülmesi eski eserlerin korunması amacıyla doğrudan düzenlemeler yapılmasını gerekli kılmıştır⁷³.

iniltileri-kurtardi-23032/ (05.09.2019); [https://www.arkeolojikhaber.com/haber-antalyanin-iki-ayri-ilcesinde-kacak-kazi-yapan-15-defineci-yakalandi-23099/](https://www.arkeolojikh Haber.com/haber-antalyanin-iki-ayri-ilcesinde-kacak-kazi-yapan-15-defineci-yakalandi-23099/) (11. 09.2019).

70 Eski eser günümüzde kullanılan kültür ve tabiat varlığının karşılığıdır. Ancak bütün eski eserler, eski eserler hukukunun konusunu oluşturmamakta bunun için bir takım kısıtlar aranmaktadır. Bu kısıtlara göre yapılan tanıma göre eski eser "tarihi, arkeolojik veya sanat değeri olup eski devirlerden bize intikal eden, ya da ileride böyle değerleri taşıyacağı kesin ve mutlak olan ve sayıca sınırlı mallar" olarak tanımlanmıştır. Bu kısıtlar ve ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. MUMCU(I), s. 47-50.

71 AKKUŞ, Zafer/EFE Tamer, "Türkiye'de Defineciliğin Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Değerlendirilmesi", **Birey ve Toplum**, C. 5, Sa. 10, 2015, s. 109; ÖNGE, Mustafa, "Kültür Mirasını Tanımlamak İçin Türkiye'de Kullanılan İlk Özgün Terim: Âsâr-ı Atika", **Avrasya Terim Dergisi**, 2018, 6 (1): 8 - 14, s. 9.

72 NESLİ, Aslıhan, "Eski Eserlerin Korunmasının Hukuk Tarihi Boyutuyla İncelenmesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1, 2018, s. 455.

73 MADRAN, Emre , "Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler", [https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/Osmanli%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3%BCzenlemeler-/-Do%C3%A7-Dr.-Emre-Madran-\(15.04.2019\)](https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/Osmanli%C4%B1-%C4%B0mparatorlu%C4%9Funun-Bat%C4%B1l%C4%B1la%C5%9Fma-S%C3%BCrecinde-K%C3%BClt%C3%BCr-Varl%C4%B1klar%C4%B1n%C4%B1n-Korunmas%C4%B1na-%C4%B0li%C5%9Fkin-Yasal-D%C3%BCzenlemeler-/-Do%C3%A7-Dr.-Emre-Madran-(15.04.2019).). Osmanlı Devleti tarafından çıkarılan kültür varlıklarına(eski eserlere) ilişkin düzenlemeler hakkında bkz.

Osmanlı devletinin doğrudan⁷⁴ eski eserlerle ilgili olan ilk düzenlemesi 13 Kasım 1869 tarihli Âsâr-ı Atika Nizamnâmesidir⁷⁵. Bu Nizamnamenin yayınlanmasından evvel eski eserlere dair bilinen ilk tanzim 1863 yılında çıkarılan bir emirnamedir⁷⁶. Bu emirnameye göre "...bulunacak asar-ı atıkada ikili olanlardan birer adedi Devlet-i Âliyye Müzesi için alınacak, birli olanları kendisine terk olunmak ve bir mahalle alâmet ve yahûd sâ'ir suretle vaz' olunmuş âsâr-ı atika merkûz olduğu mahalden ihrâc olunmamak..." şartlarının sağlanması ile kazı ruhsatnamesi verilebilecekti⁷⁷. Fakat bu düzenlemeler ruhsatlı veya ruhsatsız yapılan kazılar sonucunda elde edilen eserlerin yurt dışına kaçırılmasına engel olmamakta ve konuyla ilgili müstakil düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktaydı. Osmanlı Devletinin son dönemlerinde günümüz kültür ve tabiat varlıkları kanununa karşılık gelen Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri çıkarılmıştır. Sırasıyla, 1869, 1874, 1884 ve 1906 yıllarında kabul edilmiş olan dört Nizamnâme bulunmaktadır.

1869 Nizamnamesi toplam yedi maddeden oluşmakta ve taşınır eski eserler hakkında hükümler içermektedir. Bu Nizamnamenin 1. maddesine göre eski eser aramak için Maarif Nezaretinin izni şart koşulmuştur. Sikkeler hariç olmak üzere eski eserlerin yurt dışına çıkarılmaları yasaklanmış fakat yurt içinde satışı serbest tutulmuş ve Devlete de şuf'a hakkı tanınmıştır (m.2, m.4). Kendi mülkünde eski eser bulan kimsenin de buna malik olacağı düzenlenmiştir (m.3). 1869 Nizamnamesi ile daha önce uygulanan, kazıdan çıkan eserlerden çift olanlardan birinin Devlete ait olacağı uygulamasından vazgeçildiği, bulunan eserlerin tamamen şahıslara ait

ÖZEL, **Uluslararası**, s. 69 vd.; MUMCU(I), s. 65-78; ÇAL, Halit, "Osmanlı Devletinde Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri", **Vakıflar Dergisi**, C. 26, 1997, s. 391-400 (Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri); KUTLU DİLBAZ, Burcu: **Osmanlı Devletinin Arkeoloji Politikası**, Okur Tarih Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 105-141; ŞİMŞEK, Fatma/DİNÇ, Güven: "XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Eski Eser Anlayışının Doğuşu Ve Bu Alanda Uygulanan Politikalar" **U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**

Yıl: 10, Sayı: 16, 2009/1, s. 106 vd., TAŞBAŞ, Erdal: "Osmanlı'da Eski Eser Korumacılığı Ve Bir Örnek: Osman Hamdi Bey'in Side'ye Göçmen İskânını Engelleme Çalışmaları", **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl 10, Sayı 2, 2017, s. 1317-1322. Ayrıca bkz. BLAKE, Janet "Turkey", **Handbook On The Law Of Cultural Heritage And International Trade** Ed. JamesA.R. Nafziger/Robert Kirkwood Paterson, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2017, s. 437-460.

74 Asar-ı Atika nizamnamesinden evvel eski eserlerle ilgili doğrudan düzenleme bulunmamakla birlikte bir takım muhtelif düzenlemelerde bazı hükümler yer almıştır. Osmanlı Devletinde eski eserlerle ilgili ilk genel hüküm, 1840 tarihli Ceza Kanunnamesinin (28 Zilhicce 1274/9 Ağustos 1858 tarihinde son şeklini almıştır) 133. maddesidir. Bu maddeye göre "Hayrat-ı Şerife ve tezyinat-ı beldeden olan ebniye ve âsâr-ı mevzua - yı hedm ve tahrîb ve yahud bazı mahallerini kırıp rahnedâr..." edenler cezalandırılacaktır. Bu hüküm gördüğümüz üzere sadece cami, mescit türbe gibi hayır yapıları ve süslü yapılar hakkındadır. Bkz. ÇAL, Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri, s. 391, MADRAN, a.g.e., MUMCU(I), s. 68. Aynı yıl çıkarılmış olan Arazi Kanunnamesi'nde (Düstür, Tertib-i Evvel, C. 1, s. 165) ise "Bilcümle arazide bulunup malik ve sahibi malum olmayan meskûkât-ı atıka ve cedide ve defâin-i mütenevvianın ahkâmı kütüb-ü fıkhiyyede tafsil olunmuştur" hükmü ile defineler hakkında özel bir düzenleme yapılmamış bu konu fıkıh kitaplarına bırakılmıştır. Eğer arazi sahibi o arazinin mülkiyetinin kendisine ait olduğunu iddia ediyorsa bulunan hazine ve defineler arazi sahibine ait olmaktadır. Arazi sahibi eğer definelerin kendisine ait olmadığını iddia ederse beşte biri devlete geri kalan kısım ise kendisine ait olurdu. Ancak arazi kimsenin malı değilse bulunan define tamamen devlete ait olurdu. Görüleceği üzere Arazi Kanunnamesi bulunan şeylerin paylaşılması ve mülkiyeti meselesini düzenlemekte, korunması hakkında bir hüküm içermemektedir. Bkz. MADRAN, a.g.e., AKGÜN, Muhammed Raşit, "Önceki Hukukumuzda Definelerin Hukuki Statüsü", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018, s. 24, 25.

75 Takvîm-i Vekâyi, T. 1 Zilkâde 1285/1 Şubat 1294, S. 1053, ÖZEL, **Uluslararası**, s. 69, dn. 211.

76 18 Zilkâde 1280 (26.04.1863).

77 NESLİ, s. 406.

olduğu⁷⁸ ancak bu eserlerin yurt dışına çıkarılmasının yasaklandığı görülmektedir⁷⁹. Ancak bu Nizamname ile taşınır ve taşınmaz bütün eski eserleri kapsayan bir rejim oluşturulmamış, koruma tedbirleri öngörülmemiş, sadece kazılar yoluyla toprağın altında bulunan eski eserlerin akıbeti hakkında düzenleme getirilmiştir⁸⁰. Yurt dışına eski eser çıkarılması yasaklanmış olmakla birlikte uygulamada buna çok riayet edilmediği görülmüştür⁸¹. Ancak 1869 Nizamnamesi eski eserler hukukunun oluşturulması için atılan ilk adım olduğundan önemli addedilmektedir⁸².

Aradan beş yıl gibi kısa bir süre geçmesine rağmen Nizamnamenin eski eserler hakkında düzenleme yapmakta yetersiz olduğu anlaşılmış ve 1874 yılında bir Âsâr-ı Atika Nizamnamesi⁸³ daha çıkarılmıştır. Bu Nizamname 1869 Nizamnamesine göre daha detaylı hükümler içermektedir. 36 maddeden oluşan Nizamnamenin sadece üç hükmü taşınmaz eski eserler hakkındaydı⁸⁴. Bu Nizamnamenin 1. maddesinde eski eserin tanımı, “*kadim zamanlardan kalan her çeşit sanatla yapılmış varlık*” şeklinde düzenlenmişti⁸⁵. Henüz keşfedilmemiş olan bütün eski eserler devlete ait olarak kabul edilmiş ve yine eski eser aranması izne tabii tutulmuştu (m.3). Nizamnamenin 3. maddesine göre izin alınmak suretiyle yapılan kazılardan çıkan eserlerin üçte biri kazıyı yapana ait olacak, üçte biri devlete ait olacak, diğer üçte biri ise arazi malikine ait olmaktadır. Araştırmacı sahip olduğu bu üçte birlik kısmı satmakta ve devletten izin almak suretiyle yurt dışına çıkarmakta serbest tutulmuştu (m.32). 1869 Nizamnamesine kıyasla eski eserlerin yurt dışına çıkarılması konusunda geri adım atılmasının nedeni olarak, Osmanlı topraklarından kendi ülkelerine eser kaçırmayı dış politika haline getiren Avrupalı devletlerin baskıları görülmüştür⁸⁶. Bu Nizamnamenin önemi, henüz keşfedilmemiş eski eserler üzerinde devlet mülkiyeti tesis

78 ÇAL'a göre eski eserlerin yurt dışına çıkarılmasını yasaklayan bu zihniyetin bu eserlerin tamamen şahıslara ait olacağı yönünde düzenleme yapması henüz eski eser ve dolayısıyla müzecilik anlayışının tam olarak oturmamasından kaynaklıdır, ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnameleri*, s. 392.

79 ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnameleri*, s. 392.

80 MUMCU(I), s. 69, ÖZEL, *Uluslararası*, s. 70.

81 Uygulamada eski eserlerin halen yurt dışına çıkarılmaya devam edildiği konusunda bkz. ŞİMŞEK/DİNÇ, s. 109,110.

82 ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnameleri*, s. 392, MUMCU(I), s. 69, ÖZEL, *Uluslararası*, s. 70; ÖNGE, s. 11.

83 Düstür, I. Tertip. Cilt 3, s. 426 – 431, 26 Mart 1290/8 Nisan 1874, ÖZEL, *Uluslararası*, s. 70, dn. 215.

84 Nizamnamenin 6. maddesine göre “*Asar-ı sabiteden sahipli yerlerde bulunan ve mükemmel olan bazı maabid ve ebniye-i sairenin muhafazası için hükümetden mahalline icabına göre memur dahi tayin olunacaktır.*” Bu hüküm sadece sahipli taşınmazlarla ilgili olması ve eserin mükemmel olması şartını aramasından dolayı eksik kalmaktadır. 14. maddesine ise “*Maabit ve tekaya ve medarise ve makbere ve su yolu ve tarihi amme misillü umuma mazarratı olacak yerlerde...*” kazı yapılmasının yasak olduğu düzenlenmiştir. 35. maddede ise “*Ebniye vesaire gibi umumî ve hususî mahallerde mevcut*” yerlerde kazı yapılmasının Ceza Kanununun 133. maddesine göre yaptırıma tabii olacağı düzenlenmiştir. Bkz. MADRAN, a.g.e. Taşınmazlara ilişkin Nizamnamede yer alan hükümlerin yetersiz olduğu ancak taşınmaz eski eserlerin korunması gerektiğinin kabulü açısından devlet tarafından atılan ilk adım olmasından dolayı önemli olduğu yönünde bkz. MUMCU(I), s. 71.

85 “*Ezmine-i kadîmeden kalan her nevi eşya-ı masnû'â âsâr-ı atikadandır*” (Düstür, I. Tertip, C. 3, 1289, s. 426). Bu tanımın bilimsel yönden eski eserlerin tanımının yapılmaması sebebiyle eksik olduğu yönünde Bkz. MUMCU(I), s. 70. Ayrıca eski eserden neyin anlaşılması gerektiği konusunda somut örnekler verilerek açıklanmaması büyük oranda bunun tespiti işini yoruma bırakıyordu ve bu durum uygulamada sıkıntılara yol açmıştı. Bu eksikliği fark eden Osman Hamdi Bey 1874 Nizamnamesinden sonra çıkan 1884 Nizamnamesinde eski eserleri örnekler vererek tanımlamıştır, Bkz. ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnameleri*, s. 393.

86 ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnameleri*, s. 392.

etmesi ve kaçak kazılarda bulunan eski eserler üzerinde özel mülkiyet tesis edilmesine izin verilmemesidir⁸⁷.

1869 ve 1874 tarihli Nizamnamelerin uygulanmasından sonra edinilen tecrübeler, uygulamada yaşanan aksaklıklar ve 1874 Nizamnamesinin özellikle 3. maddesine o dönem basında getirilen eleştiriler, yeni bir Nizamname yapılması ihtiyacını doğurmuştu. Bu amaçla 1881 yılında müze müdürü olan Osman Hamdi Bey'in çabaları neticesinde 1884 senesinde yeni Nizamname⁸⁸ hazırlanmış ve yürürlüğe girmişti. 1884 tarihli Nizamnamenin 4. ve 5. maddelerinde taşınmazın korunması ile ilgili doğrudan hükümler yer almaktaydı⁸⁹. Nizamnamenin 6-32. maddeleri ise tamamıyla arkeolojik kazılarda elde edilen eski eserlerin aranmasına, yurt dışına çıkarılmasına ve korunmasına ayrılmaktaydı⁹⁰.

1884 Nizamnamesi ile eski eserin tanımı genişletilmiş, Osmanlı ülkesini oluşturan bütün memleketlerde geçmişte yaşamış olan halklardan kalan her çeşit eser eski eser olarak kabul edilmiş ve altın, gümüş, sair meskûkât-ı atika ve tarihi malumatı havi her türlü eşya buna örnek olarak sayılmıştır (m. 1). Eski eserlerin tamamı devlete ait kabul edilmiş (m.3) ve bunların yurt dışına çıkarılmaları yasaklanmıştır (m.8). Kazı yapma işinin ruhsatname ile yapılacağı düzenlenmiş ve izne tabii tutulmuştur. Ruhsatname verilmesi için ise belli şartlar aranmış ve bu şartlar evvelki düzenlemelere göre ağırlaştırılmıştır⁹¹. Buna göre hafır, kazı yapmak istediği yerin bir haritasını çıkarıp müracaat eder sonrasında nezaret tarafından eski eserler hakkında ve devlet menfaati yönünden araştırma yapılır ve arama yapılacak yer eğer şahsın mülkünde ise şahıstan izin alınır ve kazı izni verilir. Nezaret vermiş olduğu izni iptal etme hakkını da elinde tutar⁹². Kazı yapanların buldukları eserleri yurt dışına çıkarmaları yasak olmakla birlikte, kalıplarını çıkarmalarına ve resimlerini almalarına müsaade edilmekteydi⁹³. Devlet tarafından kazı yapılmak istenen arazinin sahibi buna razı olmazsa “kamulaştırma” yoluna başvurulabilirdi (m.6). Önceki Nizamnamelerin aksine kazı sonucunda bulunan eserlerin tamamı devlete ait olacak, bölünme yoluna gidilmeyecektir⁹⁴. 33-35. maddelerinde ise eski eserlerin korunması amacıyla ve izinsiz yapılan aramalar yönünden, hak mahrumiyeti, tazminat ve sair para cezaları

87 ÖZEL, **Uluslararası**, s. 71; ŞİMŞEK/DİNÇ, s. 110; NESLİ, 463.

88 Zeyl-i Düstür, I/IV/89, 9 Şubat 1299/21 Şubat 1884,

89 Nizamnamenin 4. maddesine göre “arazi ve emakinde mevcut veya meknuz olan asarı atikayı hotbehot yıkıp kaldırmaya arazi sahiplerinin salahiyetleri yoktur”. 5. maddesine göre ise “asar-ı atikayı ve ebniye ve turuk-u kadime asarını, kale duvarlarını, burçları, hamam ve mezarları bozmak, parçalamak, yakınında kireç ocağı açmak, içinde her türlü inşaat yapmak, yıkılmış taşları başka yerlerde kullanmak, bu harabeleri konut, depo, ahır vb. amaçla kullanmak yasaktır”.

90 ÖZEL, **Uluslararası**, s. 71; MADRAN, a.g.e.

91 MUMCU(I), s. 73; ÖZEL, **Uluslararası**, s. 71; NESLİ, s. 464.

92 ÇAL, **Âsâr-ı Atıka Nizamnâmeleri**, s. 393; MUMCU(I), s. 73.

93 “Memâlik-i Osmâniyeden zuhûr iden âsâr-ı atikanın diyâr-ı ecnebiyeye nakl ve ihrâcî katiyen memnû’dur” (Zeyl-i Düstür, C. 4, s. 91, m. 8); “Ruhsat-ı resmîye istihsaliyle ihrâc olunacak âsâr-ı atika kâmilen devlet müzesine âid olub hâfirler yalnız resim ve kalıplarını alabilirler” (Zeyl-i Düstür, C. 4, s. 91, m. 12). Bkz. NESLİ, s. 464, dn. 134.

94 MUMCU(I), s. 73; ÖZEL, **Uluslararası**, s. 71; ŞİMŞEK/DİNÇ, s. 112. Kazı yapanların ikramiye ve buna benzer ödüller almak konusunda hakları bulunmamaktadır. Ancak sahipli bir arazide inşaat esnasında ve tesadüfen bulunan eserler hakkında bir istisna getirilmiştir. Buna eski eserin yarısı arazinin sahibine ait olacak fakat arazi sahibinin elinde bulunan eser hakkında Devletin şüfa hakkı bulunacaktır (m. 14).

getirilmekte ve 36. madde ile Nizamnameden doğan uyumsuzlukların Adliye Mahkemelerinde görüleceği belirtilmekteydi⁹⁵. Kazı yapılması için aranan ruhsatname şartı ve buna ilişkin esaslar günümüz define arama usulünün temellerini oluşturmaktadır. Ayrıca 1884 Nizamnamesi ile eski eserlerin korunması açısından önemli bir adım atılmış ve Osmanlı Devletinde yapılan kazılar sonucu çıkan bütün eski eserlerin devletin malı olacağı düzenlenmiştir⁹⁶.

1906 senesine gelindiğinde bir takım eksiklikleri gidermek maksadıyla 1884 Nizamnamesinde bazı değişiklikler ve eklemeler yapılmış ve 24.04.1906 tarihinde yeni bir Nizamname⁹⁷ kabul edilmiştir. Bu Nizamnamede eski eserlerin tarifi geniş örneklerle birlikte açıklanmış ve eski eserlere dair tüm işlemlerde “Müzeler Umumi Müdürlüğü” salahiyyetli kılınmıştır⁹⁸. Nizamname ile 1884 Nizamnamesinin aksine özel mülkiyette veya cemaatlara ait bulunan arazilerde varlığı bilinen veya ileride bulunacak olan her nevi eski eserin devlet malı olacağı kabul edilmiştir⁹⁹. Bu Nizamnameden evvelki düzenlemelerde esas olarak Türk-İslam devletlerinden önceki eserler düşünülerek bir rejim oluşturulmuş ancak 1906 yılında hazırlanan Nizamname ile Türk-İslam eserlerinin de eski eser olarak kabul edileceği ve bunların devletin malı sayılacağı düzenlenmiştir (m.4). 1913 yılında kurulan “*Evkaf-ı İslamiyye Müzesi*” ile bu seneye kadar sikkeler dışında müzelere alınmamış olan Türk-İslam eserleri müzede sergilenmeye başlanmıştır¹⁰⁰. Nizamnamenin 26. maddesi ile eski eser ticareti yapmak isteyenlerin bunu ancak alacakları ruhsatname ile yapabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Son olarak 1921 yılına gelindiğinde bir Asar-ı Atika Kanunu Lahiyası hazırlanmışsa da bu düzenleme kanunlaşmamıştır¹⁰¹. Sonuç olarak 1906 Âsâr-ı Atika Nizamnâmesi, 1973 yılında 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu (EEK)¹⁰² çıkarılana kadar yürürlükte kalmıştır.

2. Cumhuriyet Dönemi

1973 yılında Eski eserlere ilişkin müstakil bir düzenleme yapılanaya kadar, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, saklanması ve bulunmasına ilişkin çeşitli kanunlarda hükümler

95 MUMCU(I), s. 74; KUTLU DİLBAZ, s. 128; ÖNGE, s. 12.

96 ÖZEL, *Uluslararası*, s. 71; KUTLU DİLBAZ, s. 107; ŞİMŞEK/DİNÇ, s. 112.

97 29 Safer 1324, 10 Nisan 1332/23.04.1906, Düstur 1, Tertip 8, Ankara Başvekalet Matbaası, 1943, s. 506-515; Ayrıca bkz. Asar-ı Atika Nizamnamesi, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1966.

98 ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri*, s. 393; MUMCU(I), s. 75; KUTLU DİLBAZ, 141.

99 ÖZEL, *Uluslararası*, s. 72. Böylece özel ya da kamu arazisi fark etmeksizin bulunan her eski eser başka bir işleme gerek kalmaksızın devlet malı sayılacaktır.

100 AKGÜN, s. 27; ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri*, s. 393, MUMCU(I), s. 75.

101 NESLİ, s. 464,465; ÇAL, *Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri*, s. 394; ÖNGE, s. 13.

102 RG. 06.05.1973, Sa. 14527.

karşımıza çıkmaktaydı¹⁰³. Bazı özel alanlarda ise müstakil düzenlemeler yürürlüğe koyulmuştu¹⁰⁴. Cumhuriyet döneminde eski eserlerin korunması bilinci ve bu amaçla düzenlemeler yapılması aşamalı olarak gerçekleşmiştir¹⁰⁵. 1961 yılında ise tarihi ve kültürel eserlerin korunması ilk defa anayasal güvence altına alınmıştır. 1961 Anayasası'nın¹⁰⁶ 50. maddesine göre Devlet tarih ve kültür değeri olan eser ve anıtların korunmasını sağlayacaktır¹⁰⁷. Anayasada yer alan bu düzenleme Türk eski eserler hukuku açısından çok önemli bir aşama olarak görülmüştür¹⁰⁸.

EEK 10 bölümden ve 53 maddeden oluşmaktadır. Kanunun 1. maddesinde eski eserin¹⁰⁹ tanımı yapılmış, devamında taşınır¹¹⁰ ve taşınmaz¹¹¹ kültür varlıkları tek tek sayma yöntemi ile

103 1933 yılında çıkarılan 2290 sayılı "Belediye, Yapı ve Yollar Kanunu" eski eserlerin yoğun olarak bulunduğu alanlarda özel planlama metodunun uygulanacağını ve bu amaçla anıtsal nitelikte olan eski eserlerin görülebilmesi için her yönünde on metre açıklık bulunması gerektiği düzenlenmişti (m.4/G). Kanun için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/2433.pdf> (04.05.2019). 1972 tarihinde 1605 sayılı, "6785 sayılı İmar Kanununda Bâzi Değişiklikler Yapılması Hakkında Kanun" ile getirilen Ek 6. maddeye göre "Tarihi veya mimari değeri bulunan han, hamam, kervansaray, konak, yah, ev, imarethane, ibadet yeri ve benzerleri gibi eski eser veya tarihi sanat yapılarının ve bunlarla bir bütünlük teşkil etmek üzere muhafazası gerekli çeşme, eski sokak ve meydancıkların muhafazasına dair esaslar, Gayrimenkul Eski Eser ve Anıtlar Yüksek Kurulunun mütalâası da alınarak, Millî Eğitim, Turizm ve Tanıtma, İmar ve İ s kân ve Maliye bakanlıklarıyla Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından müştereken tespit olunur. Adı geçen Genel Müdürlük ve ilgili bakanlıklar bu yerlerden lüzumlu görülenlerini istisna veya istisna etmeksizin bakım ve onarımını temin etmek üzere sahiplerine veya diğer ilgililere gereken hallerde bedel ödemeye veya bu hizmeti bizzat yapmaya yetkilidirler" hükmü amirdir. İlgili Kanun metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc055/kanuntbmmc055/kanuntbmmc05501605.pdf (04.05.2019).

104 Taşınmaz eski eserlerin korunması amacıyla 5805 sayılı "Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu Teşkiline ve Vazifelerine Dair Kanun" ile "Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu" oluşturulmuştu. Bu Kurulun görevi "Yurt içinde korunması gerekli mimari ve tarihi anıtların korunma, bakım, onarım, restorasyon işlerinde riayet edilecek prensipleri ve bunlarla ilgili programları tesbit, tatbikatını genel olarak takip ve murakabe etmek, anıtlarla ilgili olarak tevdi olunacak veya kendi vasıta ve tetkikleri ile titla kesbedilecek her türlü konu ve ihtilaflar üzerinde İlmi mütalâa bildirmek" olarak düzenlenmişti (m.1). İlgili Kanun metni için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7853.pdf> (04.05.2019).

105 NESLİ, s. 467.

106 RG. 20.07.1961, Sa. 10859.

107 Şunu da belirtmek gerekir ki bu hüküm 1961 Anayasasının öğrenimin sağlanması başlıklı sekizinci bölümünde, alakasız bir şekilde beşinci fıkrada düzenlenmektedir. Bu da aslında çok özenilmeden tarih ve kültür varlıklarının korunmasının Anayasaya işlendiğini bize göstermektedir. Aynı yönde getirilen eleştiri için bkz. MUMCU, Ahmet, "Eski Eserler Hukuku ve Türkiye", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl: 1971, Cilt: 28 Sayı:1-4, s. 41 (MUMCU(II)). 1961 Anayasa metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa61.htm> (04.05.2019).

108 MUMCU(II), s. 42.

109 "Tarihten önceki devirlerle tarihi devirlere aid olup, bilim, kültür, din veya güzel sanatlarla ilgili bulunan, yer üstünde, yeraltında veya su içindeki (bütün yapılarla, taşınır ve taşınmaz mallara ve aynı nitelikteki her türlü belgeye eski eser denir" (m.1).

110 "Her çeşit hayvan ve bitki fosilleri, tarihten önceki devirlerden kalma insan iskeletleri, çakmak taşları (sleks), volkan camları (obsidien), kemik veya madeni her türlü aletler, çini, seramik, (benzeri kab ve kaçaklar, heykeller, figürinler, tabletler, kesici, koruyucu veya vurucu silâhlar, putlar (ikon), cam eşyalar, süs eşyaları (hulliyat), yüzük taşları, küpeler, iğneler, askılar, mühürler, bilezik ve benzerleri, maskeler, taçlar, deri, bez, papirüs, parşömen veya maden üzerine yazılı veya tasvirli belgeler, tarihi araçları, sikkeler, damgalı veya yazılı levhalar, yazma veya tezhipli kitaplar, minyatürler, sanat değerini haiz gravür, yağlı veya suluboya tablolar, muhallefat (relique'ler), nişanlar, madalyalar, çini, toprak, cam, ağaç, kumaş ve benzeri taşınır eşyalar ve bunların parçaları" taşınır eski eserlerdir (m. 1/3).

111 "Tarihi mağaralar, (kaya sığınakları, yazılı ve kabartmalı kayalar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller, surlar, kale ve burçlar, her türlü mimari anıtlar, tiyatrolar, hipodromlar, stadyumlar, amfiteatrlar, agoralar,

düzenlenmiştir. 3. maddede ise “devlete ait arazi ve emlak ile özel ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan emlak ve arazide, varlığı bilinen veyahut ileride meydana çıkacak olan her çeşit anıtlar, bütün taşınır ve taşınmaz eserler devletin malıdır” şeklinde ifade edilerek kültür varlıklarının devlet mülkiyetine ait olduğu daha önceki nizamnamelere paralel olarak kabul edilmiştir¹¹². Eski eserlerin yurt dışına çıkarılması ise değiştirme yoluyla olsa dahi kat’i şekilde yasaklanmıştır (m. 22).

1982 tarihli ve 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında¹¹³ ise, 1961 Anayasasına göre eski eserlerin korunması bakımından daha sistematik ve ayrıntılı bir düzenleme getirilmiştir. 1982 Anayasası’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde¹¹⁴ “Sosyal Güvenlik Hakları” içerisinde “Tarih Kültür ve Tabiat Varlıklarının korunması” başlıklı 63. maddesinde kültür ve tabiat varlıklarının korunması düzenlenmiştir. İlgili hükme göre “Devlet, tarih, kültür ve tabiat varlıklarının ve değerlerinin korunmasını sağlar, bu amaçla destekleyici ve teşvik edici tedbirleri alır. Bu varlıklar ve değerlerden özel mülkiyet konusu olanlara getirilecek sınırlamalar ve bu nedenle hak sahiplerine yapılacak yardımlar ve tanınacak muafiyetler kanunla düzenlenir”. Görüldüğü üzere bu düzenleme ile 1961 Anayasasına göre daha ayrıntılı, sadece korumaya ilişkin değil aynı zamanda mülkiyete ilişkin bir hükümde ayrıca düzenlenmiştir¹¹⁵.

1710 sayılı Kanun’un yürürlüğü girmesinden sonra on yıl gibi kısa bir süre geçmesine rağmen mevcut Kanunun eksikleri gündeme gelmiş ve yeni bir kanuni düzenleme ihtiyacı doğmuştur¹¹⁶. Nitekim 2863 sayılı KTVKK bu amaçla 1983 yılında yürürlüğe girmiştir. KTVKK 76. maddesiyle EEK yürürlükten kaldırılmıştır. KTVKK 7 bölüm ve 76 maddeden oluşmaktadır. Bu Kanunda 1982 Anayasası hükmü ile uyumlu olarak eski eser ifadesi yerine “kültür ve tabiat varlığı” ifadesini kullanmıştır. Genel olarak karmaşık bir yapıya sahip olduğu belirtilen KTVKK ile kültür ve tabiat varlıkları “devlet malı niteliğinde” değerlendirilmekte ve koruma altına alınmakta, kazı faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler getirmekte ve özel mülkiyete konu olan kültür varlıklarına ilişkin pek çok hüküm içermektedir¹¹⁷. Belirtmek gerekir ki, EEK m.5’de yer alan “devlet malıdır” ifadesi ile KTVKK m. 5’de yer alan “devlet malı niteliğindedir” ifadeleri arasında bir fark bulunmamaktadır¹¹⁸.

kütüphaneler, her türlü resmi veya özel yapılar, tarihi yol kalıntıları, köprüler, mesafe taşları, dikTi taşlar, sunaklar, tersaneler, rıhtımlar, su yolları, sarnıçlar, kuyular, tarihi saraylar, köşkler, yalılar, camiler, mescitler, namazgahlar, her türlü hayrat, çeşme, sebül, imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, medrese, tekke ve zaviyeler, mezarlıklar, türbeler, hazireler, lâhitler, sandukalar, steller, kümbetler, hanlar, hamamlar, sinogoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar ve benzerleri ile (bunların birkaçından meydana gelen (bina toplulukları, (külliye), sitler, diğer taşınmaz mallarla, bunlara ait parçalar, eski anıt ve duvar kalıntıları, taşınmaz halde dağılmış tuğla ve sair yapı malzemesi artıkları” taşınmaz eski eserlerdir (m. 1/2).

112 CEYLAN, s. 72.

113 RG. 09.11.1982, Sa. 17863(Mükerrer).

114 Böylelikle kültür varlıklarının korunması meselesi Devletin sosyal ve ekonomik ödevi olarak Anayasa sistematiğine uygun bir şekilde Anayasadaki yerini almıştır.

115 KANBUR, s. 97; CEYLAN, s. 78.

116 KANBUR, s. 98.

117 CEYLAN, s. 81 vd.

118 ÖZEL, Mülkiyet, s. 228; ÖZEL, Uluslararası, s. 79.

3. Osmanlı'dan Günümüze Kadar Olan Eski Eserlere (Kültür ve Tabiat Varlıklarına) İlişkin Düzenlemelerde Define Aranmasına İlişkin Hükümler

Osmanlı Devletinden günümüze değin eski eserlerin günümüz tabiriyle kültür ve tabiat varlıklarının korunması hakkında gördüğümüz üzere pek çok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerden bazıları müstakil olarak kültür ve tabiat varlıklarının düzenlenmesine ilişkin olmakla birlikte bir kısmı ise dolaylı yoldan koruma hükümleri içermekte veya diğer hususlara ilişkin mevzuatlarda birkaç madde ile konunun düzenlenmesi sağlanmaktaydı.

Gerek taşınır gerek taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını kaçak define arayıcılarından korumak amacıyla kanun koyucu define aranmasını tamamen yasaklamak yerine yasal düzenlemeler getirerek hukuki yoldan aranmasını sağlamaya çalışmıştır. "Define" kelimesi ilk olarak 1874 tarihli Âsâr-ı Âtikâ Nizâmnamesinde karşımıza çıkmaktadır. Nizamnamenin 4. maddesine göre define aranması için Maarif Nezaretine başvurulması gerekmekte, 7. maddeye göre ise izinsiz kazı ve define aranması yasaklanmaktaydı. Bulunan eserlerin bölüşülmesi meselesinin düzenlendiği 3. maddede define kelimesi geçmemekle birlikte, bu maddenin defineler içinde tatbik edildiği kabul edilmektedir¹¹⁹. 1884 ve 1906 Âsâr-ı Âtikâ Nizamnamelerinde ise define kelimesine hiç rastlanmamıştır¹²⁰.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise 1936 yılında definenin eski eserlerin sahası dışında kalan alanlarda aranmasına bir genelge ile izin verilmiştir¹²¹. 1973 yılında ise EEK'nın 1. maddesine giren taşınmaz eski eserler ve mezarlıkların dışında kalan alanlarda define aranmasına izin verilmiştir (m. 46)¹²². İlgili maddeye göre define arama ruhsatnamesi Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verilecek, araştırma işlemi ise, İçişleri, Maliye ve Milli Eğitim Bakanlıklarının bir temsilcisi huzurunda yapılacaktır. Define arama işine girişenlere aynı süre içerisinde birden fazla yerde bu izin verilmeyecek ve alınan izin bir başkasına devredilemeyecektir (m.46/2). Define aranmasının esaslarına ilişkin hususların bir yönetmelik ile düzenleneceği belirtmiş ve bu amaçla 14 Eylül 1973 tarihinde "*Define Araştırılması ile İlgili Yönetmelik*"¹²³ yürürlüğe girmiştir. 1973 Yönetmeliğinden evvel defineye ilişkin hükümler 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinde¹²⁴ tanzim

119 ÇAL, Halit, "Osmanlı'dan Cumhuriyete Eski Eserler Kanunları" Prof. Dr. Kazım Yasar Koprman'a Armağan, Ankara, 2005, s. 266-267 (Eski Eserler Kanunları).

120 ÇAL bu durumu o dönem Müze-i Hümayun müdürü olan ve 1884, 1906 Nizamnamelerinin hazırlanmasında büyük rol oynamış Osman Hamdi Bey'in define arayıcılığı bilinçli bir şekilde engellemeye çalışması olarak yorumlamış fakat uygulamada define arayıcılığı yapıp yapılmadığının bilinmediğini belirtmiştir, bkz. ÇAL, **Eski Eserler Kanunları**, s. 267.

121 MUMCU(II), s. 67, ÇAL, **Eski Eserler Kanunları**, s. 267.

122 İzinsiz define araştırılmasına ilişkin yaptırım EEK 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre "*izinsiz define araştırılanlara iki yıldan beş yıla kadar hapis, 5 000 liradan 10 000 liraya kadar ağır para cezası verilir. Bun arın buldukları eski eser ellerinden alınır. Bu arama ile Devlete verdikleri zarar ve ziyan kendilerine ödettilir, izinsiz define arayanlar eski eserlerin korunmasında görevli iseler verilecek ceza bir misli artırılır*". Ayrıca EEK yürürlüğe girmesinden evvel alınmış olan define arama ruhsatnameleri bu Kanun ile birlikte iptal edilmiştir (Geçici Madde 5).

123 RG. 14.09.1973, Sa. 14655. Define Araştırılmasına İlişkin Yönetmelik için bkz. <http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/14655.pdf> (05.05.2019). Bundan böyle ilgili Yönetmelik "1973 Yönetmeliği" olarak anılacaktır.

124 RG. 04.04.1926, Sa. 339. Bundan böyle "743 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.

edilmiştir. 743 sayılı Kanun'un 697. maddesine göre “*Keşiflerinden çok zaman evvel gömülmüş veya saklanmış olduğu ve artık maliki bulunmadığı muhakkak görülen kıymetli şeyler define addolunur. Define, içine gömüldüğü veya saklandığı gayrimenkul veya menkulün sahibinin mülkü olur. İlmî bir kıymeti haiz olan eşyaya müteallik hükümler mahfuzdur. Defineyi keşfeden kıymetinin yarısını tecavüz etmemek üzere hakkaniyete muvafık bir ikramiye talep edebilir*”. Görüldüğü üzere günümüzde yürürlükte olan TMK hükümleri ile 743 sayılı Kanun hükümleri arasında definenin düzenleniş şeklinde bir farklılık bulunmamaktadır. 1973 Yönetmeliği ise defineye, 743 sayılı kanundan daha başka bir tanım daha getirmiştir. İlgili Yönetmeliğin 2. maddesine göre “*1710 sayılı Eski Eserler Kanununun 1. ve 5 inci maddeleri dışında kalan sahalarda bu yönetmelik hükümlerine göre yapılan define araştırılmasında meydana çıkan, sahibi bilinmeyen veya tespit edilemeyen, eski eser dışında, geçen akçe cinsinden her türlü buluntuya Define adı verilir*”. Görüldüğü üzere elde edilen buluntuların EEK uyarınca düzenlenmiş olan eski eserden biri olduğu tespit edilirse, bu buluntu define olarak nitelendirilemeyecektir. Elde edilen buluntunun eski eser olduğu tespit edilirse bu eser doğrudan müzelere verilecek, define olduğu değerlendirilenler ise defineyi bulan kişiye değil Maliye Bakanlığına teslim edilecektir (m.14). Zira Maliye Bakanlığı definenin geçer akçe olarak değerini tespit edecek ve yapılan bu tespite göre 15. maddeye göre buluntunun hazine arazisinde veya özel mülkiyete konu bir arazide bulunmasına göre paylaşım yapılacaktır¹²⁵.

1983 senesinde KTVKK yürürlüğe girmesiyle EEK yürürlükten kalkmış olmakla birlikte iki kanun arasında define aramaya ilişkin hükümler bakımından önemli bir farklılık bulunmamaktadır. EEK’da define arama ruhsatnamesinin Milli Eğitim Bakanlığı tarafından verileceği düzenlenirken KTVKK m.50/1 uyarınca bu ruhsatname Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından verilecektir. Yine aynı maddeye göre define arama ruhsatnamesi verilmesine ilişkin hükümler, define arayıcısı olmak isteyen kişilerden istenen belgeler, aramanın yapılması ve çıkan defineden arayıcıya tanınacak haklar bir yönetmelik ile düzenlenecektir. Bu amaçla 1984 yılında 21 maddeden oluşan bir *Define Arama Yönetmeliği* yürürlüğe girmiştir.

Günümüzde define aranmasına ilişkin usul ve esaslar KTVKK 50. maddesi ve 1984 Yönetmeliğinde düzenlenmektedir. Çalışmamızın bundan sonraki kısmında üst başlıklarda hukuki mahiyetinden bahsettiğimiz ve KTKVK ile sınırları çizilen definenin yasal yoldan aranmasının hüküm ve sonuçlarına değinilecektir.

B. KTVKK ve Define Arama Yönetmeliği Uyarınca Define Arama

I. Genel Olarak

Görüldüğü üzere defincilik konusu öteden beri eski eserlerin (*kültür ve tabiat varlıklarının*) korunmasına ilişkin düzenlemelerde kendisine yer bulmaktadır. Yasal düzenlemelerde yer verilmiş olmakla, kişilerin define aramasına müsaade edilmekte fakat bunun sınırları kanunla

¹²⁵ 1973 Yönetmeliği'nin 15. maddesine göre “a) *Define, hazineye ait bir arazide bulunursa bulunan definenin, Maliye Bakanlığınca geçer akçe olarak tespit edilerek değerinin % 50 si define arayıcısına, b) özel ve tüzel kişilere ait bir yerde bulunursa (a) fıkrasında belirtildiği şekilde saptanacak değerinin % 40 ı define arayıcısına % 10 u mülk sahibine verilir*”.

çizilmektedir. Yasal defineciliğe izin verilmesinin en temel nedeni; eskiden beri süregelen¹²⁶, popülerliğini asla yitirmemiş olan – aksine teknolojik alanda meydana gelen gelişmelerle artarak devam eden – define bulma isteği neticesinde yapılan kaçak kazıları önlemeye çalışmaktır. Kanun koyucu bu şekilde define kazılarını kontrol altında tutmaya çalışmaktadır.

Fakat getirilen bu yasal düzenlemeler ve yaptırımlar¹²⁷ izinsiz defineciliğe engel olamamakta, kaçak bir şekilde yapılan kazılar tarihi ve kültürel değerlerimize zarar vermeye devam etmektedirler. Basında her gün bir benzerine rastlayacağımız bu tarz haberler ülke gündemimizi yeterince meşgul etmemekte, var olan yasal düzenlemeler ile kültür varlıkları korunmaya devam edilmektedir. Kaçak define arayıcılarının tarihi eserlerimize ve doğamıza verdiği zararlar ve bunun önüne geçilmesi için yapılabilecek düzenlemeler ve uygulamalar ancak bu alanda yapılacak müstakil bir çalışmada ele alınabilir. Bu konuda yapılacak çalışmaları konusunda uzman olan hukukçular, arkeologlar ve devlet büyüklerinin en kısa sürede yapmasını umuyoruz. Zira izinsiz definecilik ve tarihi eser yağmasının önüne sadece yasal düzenlemeler ile geçilemeyeceği, günümüz şartlarında su götürmez bir gerçektir. Bu konuda yapılacak ilk uygulama şüphesiz ki halkın bu konuda bilinçlendirilmeye çalışılmasıdır¹²⁸. Zira ÇAL'ın da ifade ettiği gibi tarihini ve kültürünü en iyi yasalardan korkanlar değil, tarihini ve kültürünü sevenler, değer verenler koruyabilir.

2. Define Arayabilecek Kişiler ve Müracaat

KTVKK 50. maddesinde “*Define aramak isteyenlere.....Kültür ve Turizm Bakanlığınca define arama ruhsatnamesi verilebilir*” denilerek, define arayacak kişiler hakkında bir sınırlama getirilmemiştir. Kanunda geçen bu ifadeden define aramak isteyen herkesin define arayabileceği anlamı çıkarılmamalıdır. Öncelikle bu kimseler medeni hakları kullanma ehliyetine (fiil ehliyeti)¹²⁹ sahip olmalıdırlar. İkinci önemli husus ise define aramak isteyenlerin niteliklerine yöneliktir. Zira bu konu hakkında da bir kısıtlama görülmemektedir. Definenin ne olduğu, nasıl tespit edildiği, koşullarının ne olduğu hakkında her hangi bir bilgi birikimi vs. olmayanlar da define aramak amacıyla başvuruda bulunabilirler. Ancak 50. maddenin 1. fıkrasında geçen “*verilebilir*” ifadesi, bu konuda idarenin takdir yetkisinin bulunduğunu göstermektedir. Dolayısıyla idare yapacağı değerlendirme neticesinde, define arama talebini kişi bakımından, bölge bakımından, define bulma

126 İslam bilgini İbn-i Haldun'un 13. Yüzyılda defineciler hakkında söylemiş olduğu sözler geçmiş zamanlardan beri defineciliğin var olduğunu bize göstermektedir. İbn-i Haldun defineciler için; “*Bilinmelidir ki şehirde akıllı zayıf kişilerden bir çoğu toprağın altından mal ve para çıkarmak için hırsıyla çalışmakta, bu yoldan kazanç sahibi olmayı istemekte, evvelki milletlere ait malların tümünün yerin altında saklı olduğuna, hepsinin üzerlerinin sihirli tılsımla mühürlü olduğuna, onun ilmine vakıf olan ve onu çözmek için yanında buhur, dua ve kurban bulduran bir kimseden başka hiç kimsenin o mühürü bozamayacağına itikat etmektedir....*” yorumunu yapmıştır. Bkz. KONYAR, Erkan, “Türkiyede Definecilik: Eski Eser Yağması”, **Toplumsal Tarih (Nüvizmatik ve Tarih)**, S. 185, 2008, s. 2224.

127 KTVKK m. 74, İzinsiz Define Arama Suçu hakkında bkz. Aşağıda Başlık 3/c.

128 Aynı yönde bkz. KARPUZ, Haşım, “Eski Eser ve Anıtların Korunmasında Halkın Eğitimi”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih – Coğrafya Fakültesi Dergisi**, C. XXXIV, S. 1 – 2, 1990 Ankara, s. 405 vd.

129 TMK m.9'a göre bir kimse fiil ehliyetine sahipse ancak hak edinebilir ve borç altına girebilir. Ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin kişinin ise fiil ehliyeti bulunmaktadır (m.10). Bkz. EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Sevinç Matbaası, 1979, Ankara, s. 30.

olasılığı bakımından değerlendirebilecek ve ruhsatname verilip, verilemeyeceğine bu şekilde karar verecektir. İdarenin talep eden bütün kişilere ruhsatname verme zorunluluğu bulunmamaktadır. Kanunda kişilere ilişkin bir kısıtlama yapılmamış olsa da bunun takdir yetkisi idarededir.

1984 tarihli Define Arama Yönetmeliği'ne göre define aramak isteyen kişiler buldukları bölgenin mülki amirine define arama isteklerini gösteren bir “müracaat dilekçesi” ile başvuracaklardır (m.5). Dilekçede define arama isteği açıkça belirtilmelidir. Ayrıca define aranması planlanan yerin açık adresi ve arazi-ev gibi gayrimenkul çeşidi, tapulu veya tapusuz olup olmadığı ve kime ait olduğu açıklanmalıdır (Yönetmelik m.6). Yönetmeliğin 7. maddesine göre müracaat dilekçesine, define aranacak yer sahipli ise gerçek kişilerden alınacak noter tasdikli izin belgesi, tüzel kişilere ait ise yetkili organlarından alınan izin belgesi, taşınmazın uzaktan ve yakından çekilen net şekilde görünür fotoğrafları, yerin 1/500 ölçekli harita ve krokisi ve ada, parsel, çap numarasını belirten çap planı eklenecek ve bu şekilde bir “define arama müracaat dosyası” oluşturulacaktır.

3. Define Aranabilecek Yerler ve Ruhsatname Verilmesi

a. Genel Olarak

Her şeyden önce, define aranabilecek yerin yüzölçümü 100 metre kareyi geçemeyecek, taşınmazın define aranabilecek 100 metre kare bölümü, başvuranın dosyasına eklediği fotoğraflarda, harita ve krokilerde işaretlenerek gösterilecektir (Yönetmelik m.8). Türkiye genelinde define aranmasına ilişkin ruhsatname verilmesi söz konusu olamayacaktır¹³⁰.

KTVKK m. 50 uyarınca; bu Kanun'un 6. maddesine göre korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak belirtilen yerlerde¹³¹,

130 Define aranmasına ilişkin Kültür ve Turizm Bakanlığı kendi sitesinde detaylı bilgi vermekte, merak edilen soruları yanıtlamaktadır. Bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-63359/sikca-sorulan-sorular.html> (15.05.2019).

131 KTVKK 6. maddesinde taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarını örneklendirme yoluyla saymıştır. İlgili maddede yer almayan taşınmazları, Kültür ve Turizm Bakanlığı korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlığı olarak ilan edebilir. 6. maddede korunması gerekli görülen kültür ve tabiat varlıkları şunlardır “a) Korunması gerekli tabiat varlıkları ile 19 uncu yüzyıl sonuna kadar yapılmış taşınmazlar, b) Belirlenen tarihten sonra yapılmış olup önem ve özellikleri bakımından Kültür ve Turizm Bakanlığınca korunmalarında gerek görülen taşınmazlar, c) Sit alanı içinde bulunan taşınmaz kültür varlıkları, d) Milli tarihimizdeki önlemleri sebebiyle zaman kavramı ve tescil söz konusu olmaksızın Milli Mücadele ve Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşunda büyük tarihi olaylara sahne olmuş binalar ve tespit edilecek alanlar ile Mustafa Kemal ATATÜRK tarafından kullanılmış evler. Kaya mezarlıkları, yazılı, resimli ve kabartmalı kayalar, resimli mağaralar, höyükler, tümülüsler, ören yerleri, akropol ve nekropoller; kale, hisar, burç, sur, tarihi kışla, tabya ve isihkamlar ile bunlarda bulunan sabit silahlar; harabeler, kervansaraylar, han, hamam ve medreseler; kümbet, türbe ve kitabeler, köprüler, su kemerleri, su yolları, sarnıç ve kuyular; tarihi yol kalıntıları, mesafe taşları, eski sınırları belirten delikli taşlar, dikili taşlar; sunaklar, tersaneler, rıhtımlar; tarihi saraylar, köşkler, evler, yalılar ve konaklar; camiler, mescitler, musallalar, namazgahlar; çeşme ve sebiller; imarethane, darphane, şifahane, muvakkithane, simkeşhane, tekke ve zaviyeler; mezarlıklar, hazireler, arastalar, bedestenler, kapalı çarşılar, sandukalar, siteller, sinagoglar, bazilikalar, kiliseler, manastırlar; külliyele, eski anıt ve duvar kalıntıları; freskler, kabartmalar, mozaikler, peri bacaları ve benzeri taşınmazlar” taşınmaz kültür varlığı örneklerindedir; “Tarihi mağaralar, kaya sığmakları; özellikle gösteren ağaç ve ağaç toplulukları ile benzerleri”; ise taşınmaz tabiat varlığı örneklerindedir. Ayrıca bkz. KTVKK uyarınca çıkarılan. “Korunması Gerekli Taşınmaz Kültür Varlıklarının ve Sitlerin Tespit ve Tescili Hakkında Yönetmelik” (RG. 13.03.2012, Sa. 28232). Detaylı bilgi için bkz. SANCAKDAR, Oğuz: **Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım)**, Seçkin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2.

tespit ve tescil edilen sit alanlarında¹³² ve mezarlıklarda define aranması için ruhsatname verilemeyecektir. Define arama izni talep edilen alan bu yerlerin dışında kalan bir yer olmalıdır. Define arama başvurusunu alan mülki amir ilk olarak, arama talep edilen yerin taşınmaz kültür ve tabiat varlığı, tespit ve tescili yapılan sit alanı veya mezarlıklar içerisinde olup olmadığını tespit ettirmek amacıyla kendisine en yakın Müze Müdürlüğüne¹³³ başvuruda bulunacaktır. Ayrıca mülki amir bu aşamada Müze Müdürlüğünden, define aranmasında bir sakınca olup olmadığını hakkında bilgi talep edecektir (Yönetmelik m. 9). Yönetmeliğin 9. maddesine göre define aranması durumunda ortaya çıkabilecek sakınca; KTVKK m. 6 kapsamında veya tespit ve tescili yapılan sit alanlarında yahut mezarlıklarda yapılacak aramalar hakkında değildir zira bu yerlerde hiçbir surette Yönetmelik uyarınca define aranmasına müsaade edilmeyecektir. Ortaya çıkabilecek sakınca, genel olarak define aranmasına müsaade edilmesi halinde doğabilecek sakıncalardır. Bir sakınca bulunup bulunmadığı, varsa bu sakıncanın define aranmasına etki edip etmediği hususunda takdir yetkisi mülki amirin başvurduğu Müze Müdürlüğündedir.

Define aranabilecek yerler açısından değerlendirme yapan idarenin göz önünde bulundurması gereken diğer bir önemli husus, şüphesiz define arama işleminin özellikle özel mülkiyette olmayan yerlerde vereceği tahribatı göz önünde bulundurmadır. Bu bağlamda define aranmak istenen yerin özellikleri, kazı çalışmasından sonra eski hale getirilip getirilemeyeceği, bölgenin kazılmasının doğaya vereceği zararlar vb. hususlar göz önünde bulundurularak define arama ruhsatnamesi verilebilecektir¹³⁴.

Mülki amirin dosyayı müze müdürlüğüne iletmesi üzerine müdürlük bir değerlendirme yapacaktır. Müze müdürlüğünce müracaatın uygun bulunması halinde, define arama

Baskı, Ankara, 2012, s. 34-50.

- 132 Sit alanı kavramı KTVKK 3/a-3. maddesinde “*tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gerekli alanlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Sit alanları niteliklerine göre farklı sınıflandırmalara tabii tutulmaktadır. Sit alanları, doğal sit, arkeolojik sit, kentsel sit, tarihi sit ve kentsel arkeolojik sit olarak sınıflamalara tabii tutulmaktadır. Sit alanlarının tanımı ve sit alanları çeşitleri hakkında kapsamlı bilgi için bkz. ERSÖZ, s. 74-129; SANCAKDAR, s. 219-288; ÇOLAK, Nusret İlker, “*Sit Alanı İlanı Kararı Hukuki Niteliği ve Sonuçları*”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 77-78, 2011. 2018 yılı sonu itibarıyla Türkiye’de bulunan tescilli sit alanlarının sayısına ve türüne ilişkin bilgi için bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-44973/turkiye-geneli-sit-alanlari-istatistikleri.html> (15.05.2019). 2018 yılı sonu itibarıyla illere göre sit alanları istatistiği için bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-44974/illere-gore-sit-alanlari-istatistiği.html> (15.05.2019).
- 133 Müze müdürlüğünden maksat Kültür Varlıkları ve Müzeler Genel Müdürlüğü’ne bağlı olan müzelerin müdürlükleridir. (Yönetmelik m.4). Bu müzeler için bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-43253/bakanligimize-bagli-muzeler.html> (15.05.2019).
- 134 Özellikle doğal güzellikleri tahrip etme ihtimali olan yerlerde define aranmasına izin verilmemesi lazımdır. Son günlerde Gümüşhanede yapılan define arama işlemi maalesef doğaya ciddi manada zarar vermiştir. Dipsiz göl olarak da bilinen gölde define aramak isteyenlere define arama ruhsatnamesi verilmiş ve bu amaçla önce göl kurutulmuş sonrasında ise arama çalışmaları yapılmış, her hangi bir bulguya rastlanmamış ve göl tekrar toprakla kapatılmıştır. Sonrasında bölgede gelen tepkiler üzerine yeniden hareketlenme yaşanmış ve toprakla doldurulan göl tekrar kazılmış ve bölge sit alanı olarak ilan edilmiştir. Bölgede yapılan kazı ve sonrasında yaşananlar hakkında bkz. <https://arkeofili.com/gumushanedeki-gol-define-kazisi-kurbani-oldu/> (20.11.2019); <https://arkeofili.com/gumushanede-define-aranan-gol-toprakla-kapatildi/> (20.11.2019); <https://arkeofili.com/dipsiz-gol-sit-alani-ilan-edilecek/> (20.11.2019); <https://arkeofili.com/dipsiz-golde-doldurulan-toprak-yeniden-kaziliyor/> (20.11.2019).

ruhsatnamesi verilecektir. Define ruhsatnamesi verme yetkisi Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı olan Müze Müdürlüklerindedir¹³⁵. Define arama ruhsatnamesi bir yıl sürelidir. Bu sürenin sonunda ruhsatname kendiliğinden iptal olacaktır. Define araması “aralıksız” olarak en çok bir ay devam edebilir fakat hava şartları veya doğal afetlerden dolayı bu bir ay içerisinde bitirilemezse bir defaya mahsus olmak üzere mülki amir tarafından en çok bir ay daha uzatılabilir (Yönetmelik m. 10). Ruhsatname şahsi olarak verilir dolayısıyla sadece ruhsatnameyi alan kişi tarafından kullanılabilir başka kimselere devredilemez.

Ruhsatnameyi veren Müze Müdürlüğü, ruhsatnamenin geçerli olacağı bir yıllık sürede; kendi iş yoğunluğuna, personelinin durumuna, define arayıcısının hazırlıklarını tamamlayıp tamamlamamasına göre uygun bir zamanda arama işlemlerini başlatacaktır. Arama işlemleri açısından en önemli husus, aramanın “kesintisiz” olarak en fazla bir ay devam edebileceğidir. Zira define arama sırasında büyük çukurlar kazılmakta, bazen bu alanlar yerleşim yeri alanı içerisinde bulunmakta ve alan tehlikeli hale gelebilmektedir. Bir aylık sürenin uzatılabileceği yönünde tek istisna, hava şartları muhalefeti veya doğal afet halidir. Örneğin bölgede yaşanan şiddetli yağışlar nedeniyle zemin kazı işlemini yapmaya elverişsiz hale gelebilir veya yağışlar nedeniyle ortaya çıkan sel baskınında kazı alanını sel basmış olabilir. Bu durumlarda kazı işlemini uzatma yetkisi mülki amirdedir. Belirtmek gerekir ki mülki amirin bu halde dahi kazı işlemini uzatma gibi bir zorunluluğu yoktur. Mülki amir yapılacak inceleme neticesinde, kazı yapılarak geçen süre göz önünde bulundurularak, kazı işlemine devam edilmesine gereklilik olup olmadığını değerlendirir. Örneğin kazı işlemlerine 25 gündür devam edilmiş ve bir bulguya rastlanmamışsa idare bu durumda kazıya devam edilmesine gereklilik görmeyebilir. Bu hususta Müze yetkililerinin görüşünü de alarak karar vermesi yerinde olacaktır.

Bir diğer husus ise, define arama işlemine en çok bir ay devam edilebileceğidir. Ancak bu işlemin bir ay boyunca devam etmesi gerekli değildir. Kazı ekibi yapacağı değerlendirme neticesinde bir aylık süre dolmadan gerekçeli bir şekilde işlemi sonlandırabilir. Aranılan definenin bulunması halinde arama işlemi zaten kendiliğinden sonlanmış olacaktır. Arama işleminin sonlanmasından sonra ruhsatnameye dayanarak bir yıllık süre içerisinde, arama izni çıkan 100 metre karelik alanda veya başka bir alanda tekrar define arama işlemi yapılamaz. Eğer ruhsatname sahipleri define arama işlemine devam etmeye kalkarlarsa bu durum kaçak kazı yapıldığı anlamına gelir ve hukuka uygun olmayan define arama işleminin yaptırımına tâbi olur.

Define aramak için verilen ruhsatname, define arayıcısı tarafından usulüne uygun kullanılmazsa ruhsatnameyi veren Müze Müdürlüğü tarafından iptal edilebilir. Örneğin; ruhsatname sahibi kişi bu ruhsatnameyi başkasına devretmeye kalkarsa, doğal afet ya da hava muhalefetinin neden olduğu haller dışında başka bir nedenle arama çalışmalarına ara verirse, kazı çalışmaları sırasında ruhsatname verilen 100 metre karelik alanın dışına çıkılmaya çalışırsa veya arama için

135 KTVKK ve Yönetmelik Bakanlık tarafından ruhsatname verileceğini belirtmektedir. Uygulamada bu ruhsatname Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı olan Müze Müdürlüklerince düzenlenmektedir.

görevlendirilen uzman personelin yönlendirmelerine aykırı hareket edilirse ruhsatname iptal edilebilir¹³⁶.

b. Orman Sayılan Yerlerde Define Arama

Orman¹³⁷ sayılan alanlarda define arama izni verilmesi konusunda Define Arama Yönetmeliği ve mülga “Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik”¹³⁸ arasında uygulamada bir takım çelişkiler yaşanmıştır. Bunun üzerine Kültür ve Turizm Bakanlığı ve Çevre ve Orman Bakanlığı arasında yapılan görüşme neticesinde bazı hususlar üzerinde mutabık kalınmış ve 05.05.2010 tarihinde “Define Arama Yönetmeliği” adıyla bir Genelge yayınlanmıştır¹³⁹.

İlgili Genelgeye göre; define araması yapılmak istenen yerin orman sayılan alan içinde kalan kısmı hakkında “İl Kültür ve Turizm Müdürlükleri”nce yazılacak resmi yazıya istinaden, “Orman Bölge Müdürlükleri” tarafından “Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre inceleme yapılacaktır. Bu inceleme neticesinde define aranmasında sakınca görülmezse “ön izin” mahiyetine gelen resmi yazı düzenlenecektir. Bu resmi yazıdan sonra Müze Müdürlüğü değerlendirme yapacak ve şartların sağlanması halinde define arama ruhsatnamesi verilebilecektir. Ruhsatnameyi alan başvuru sahibi bu ruhsatname ve Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelikte yazan diğer belgeler ile Çevre ve Orman Bakanlığı’nın ilgili birimlerine “muafakatname” almak amacıyla başvuruda bulunacaktır.

136 Ruhsatnamenin idare hukukunda yerine ilişkin detaylı bir çalışma olarak bkz. ÇAL, Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.

137 Ormanın tanımı Orman Kanunu’nun (Bkz. RG. 08.09.1956, Sa. 9402) 1. maddesinde “*Tabii olarak yetişen veya emekle yetiştirilen ağaç ve ağaçlık toplulukları yerleriyle birlikte orman sayılır*” şeklinde tanımlanmıştır. Maddenin devamında orman sayılmayacak alanlar belirtilmiştir. Buna göre “A) Sazlıklar; B) Step nebatlarıyla örtülü yerler; C) Her çeşit dikenlikler; Ç) Parklar; D) Şehir mezarlıklarıyla kasaba ve köylerin hudutları içerisinde bulunan eski (kadim) mezarlıklardaki ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler, E) Sahipli arazide bulunan ve civarındaki ormanlarda tabii olarak yetişmeyen ağaç ve ağaçlık nevelerinin bulunduğu yerler; F) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleriyle özel mülkiyette bulunan ve tarım arazisi olarak kullanılan, dağınık veya yer yer küme ve sıra halinde ki her nevi ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler, G) Orman sınırları dışında olup, yüzölçümü üç hektarı aşmayan sahipli arazideki her nevi ağaç ve ağaçlıklarla örtülü yerler, H) Orman sınırları içinde veya bitişiğinde tapulu, orman sınırları dışında ise her türlü tasarruf belgeleri ile özel mülkiyette bulunan ve muhitin hususiyetlerine göre yetişmiş veya yetiştirilecek olan (...) (1) fıstık çamlıkları ve palamut meşelikleri dâhil olmak üzere her nevi meyveli ağaç ve ağaçlıklar; İ) Sahipli arazideki aşılı ve aşısız zeytinliklerle, özel kanunu gereğince Devlet Ormanlarından tefrik edilmiş ve imar, ıslah ve temlik şartları yerine getirilmiş bulunan yabancı zeytinlikler ile 9/7/1956 tarih ve 6777 sayılı Kanunda tasrih edilen yabancı veya aşılanmış fıstıklık, sakızlık ve harnupluklar. J) Funda veya makilerle örtülü orman ve toprak muhafaza karakteri taşımayan yerler, orman sayılmaz”. Orman kelimesine getirilen tanımlar hakkında geniş bilgi için bkz. ÜNAL Mehmet/BAŞPINAR Veyssel: **Orman Hukuku**, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2017, s. 16-22; LUND, Gyde “Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur Türkiye Örneği” (Çev. Bekir KARACAN), **Avrasya Terim Dergisi**, 2014, 2 (1): 9 – 16.

138 RG. 22.05.2007, Sa. 26470.

139 Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın 05.05.2010 tarihli, “Define Arama Yönetmeliği” adlı Genelgesi; <http://teftis.kulturturizm.gov.tr/TR-14849/define-arama-yonetmeli.html> (15.05.2019).

2011 yılında *Orman Sayılan Alanlarda Verilecek İzinler Hakkında Yönetmelik* “*Orman Kanunu’nun 17 ve 18’inci Maddelerinin Uygulama Yönetmeliği*”¹⁴⁰ ile yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra 2014 yılında 2011 tarihli bu Yönetmelik “*Orman Kanunu’nun 17/3 ve 18’inci Maddesinin Uygulanması Hakkında Yönetmelik*”¹⁴¹ ile ilga edilmiştir. Sonuç olarak günümüzde orman sayılan alanlarda define aranmasına ilişkin yürürlükte olan mevzuat Orman Kanunu’nun¹⁴² uygun düşen hükümleri¹⁴³ ve bu hükümlerin uygulanmasına ilişkin 2014 tarihli Yönetmeliktir.

2014 tarihli Yönetmeliğe göre, Devlet ormanlarında define aranmasına izin verilebilir (m.5). İlgili Yönetmeliğin 6. maddesine göre talep sahibi müracaat dosyasına “define arama ruhsatnamesini” ve diğer belgeleri¹⁴⁴ ekleyerek ön izin veya kesin izin almak için Orman Bölge Müdürlüğüne müracaatta bulunacaktır. Ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından 2010 yılında yayınlanan Genelge ile 2014 Yönetmeliğini birlikte yorumlamak gerekecektir. Zira ilgili Yönetmelikte aynen 2007 tarihli Yönetmelikte olduğu gibi önce ruhsatname alınacağı sonrasında müracaat için Orman Bölge Müdürlüğüne başvurulacağı düzenlenmiştir. Uygulamada çelişkili kararlar vermemek adına çıkarılan bu Genelgeye göre, öncelikle müracaatı alan Müze Müdürlüğü define aranacak yerin bir kısmının veya tamamının ormanlık alanda kalıp kalmadığını değerlendirecektir. Eğer izin verilebilecek 100 metre kare alanın tamamı veya bir kısmı ormanlık alan içerisinde kalıyorsa bu durumda “İl Kültür ve Turizm Müdürlüğü” aracılığıyla “Orman Bölge Müdürlüğüne” yazı yazılacaktır. Görüyoruz ki orman sayılan yerlerde Müze Müdürlüğü, Orman Bölge Müdürlüğü’nün görüşünü almadan ruhsatname düzenleyemeyecektir. Orman Bölge Müdürlüğü’nün define aranmasında sakınca görülmediği yönünde düzenlediği resmi yazı “*ön izin*”¹⁴⁵ yerine geçecek ve bundan sonra Müze Müdürlüğü define arama ruhsatnamesini ilgiliye verebilecektir. İlgili, ruhsatname ve istenen diğer belgeler ile artık “*kesin izin*”¹⁴⁶ almak üzere Orman Bölge Müdürlüğüne başvuracaktır. Dolayısıyla Orman Bölge Müdürlüğü, define aranmak istenen orman sayılan bölgede define aranması bakımından bir sakınca görür ve ön izin vermezse, bu durumda Müze Müdürlüğüne define arama ruhsatnamesi düzenlenemeyecektir.

140 RG. 15.09.2011, Sa. 28055.

141 RG. 18.04.2014, Sa. 28976.

142 RG. 08.09.1956, Sa. 9402.

143 Ormanlık alanlarda define aranmasına ilişkin Orman Kanununda doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte ormanlık alanın tanımının yapılması ve sınırlarının çizilmesi ve ormanlık alanlarda yapılacak her türlü iş ve işlemlerde uyulması gereken kuralların ve usullerin yer alması ve yetkili makamları göstermesi vb. açılardan temel mevzuat Orman Kanunudur.

144 Ormanlık alanda define aramak üzere düzenlenen müracaat dosyasında yer alması gereken diğer belgeler “a) 1/25000 ölçekli harita veya krokisin, b) Meşcere haritası, c) 1/1000 veya uygun ölçekli vaziyet planı, ç) Koordinat özet çizelgesin, d) Orman kadastro haritası, g) 1/1000 veya uygun ölçekli ağaç röleve planı” m.6/1. Bu belgelerden g bendinde yazan belge hariç olmak üzere diğer belgeler ile ön izin başvurusunda bulunulabilir. Diğer tüm belgeler ile kesin izin için müracaat edilebilir.

145 2014 tarihli Yönetmeliğe göre ön izin “*Kesin izinde istenen belgelerin hazırlanması için verilen ve sahada çalışma hakkı vermeyen izin*”dir. m.3/1-u.

146 2014 tarihli Yönetmeliğe göre kesin izin “*Bu Yönetmelik hükümlerine göre Bakanlıkça amacı doğrultusunda kullanılmak üzere verilen izin*”dir. M.3/1-ö.

c. Ruhsatsız Define Aramanın Yaptırımı

KTVKK define arama hükümlerine aykırı davranılması halinde bir takım yaptırımlar ön görmektedir. Bu bağlamda izinsiz olarak ruhsatname almadan define araştıranlar – kaçak kazı yapanlar-, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaklardır (m.74/2). Yine aynı maddeye göre izinsiz define araştıran kişiler, kültür varlıklarının korunmasında görevli olan kişiler ise veya izinsiz define arama işlemi yurt dışına kültür varlığı çıkarılması amacıyla işleniyorsa, verilecek olan ceza iki katına kadar artırılabilir.

KVTVKK 74. madde izinsiz define arama suçu açısından cezada hafifletici halleri de öngörmektedir. Buna göre “*Kişinin bu maddede tanımlanan suçları¹⁴⁷ işlemek suretiyle bulunduğu kültür varlığını soruşturma başlamadan önce mahallî mülki amire teslim etmesi hâlinde, mahkeme verilecek cezada üçte ikisine kadar indirim yapabilir*”(m.74/3). Hükümde sadece kültür varlığının teslim edilmesi indirim sebebi olarak düzenlenmiş, defineden bahsedilmemiştir. Kanaatimizce m. 74/2 kapsamında izinsiz define araştıranlar da soruşturma başlamadan evvel buldukları defineyi mahalli mülki amire teslim ederlerse, mahkemece bir indirim sebebi olarak bu husus nazara alınmalıdır. Buna ilaveten izinsiz olarak define araştıran kişi, kovuşturma başlayınca kadar kendisini gerekli cihazları temin etmek suretiyle suça teşvik edenlerin adlarını açıklarsa ve yakalanmalarına yardım ederse, mahkeme vereceği cezada indirim yapabileceği gibi ceza verilmesine yer olmadığı yönünde karar da verebilir (m.74/4).

Yapılan kaçak kazı çalışması neticesinde define ya da her hangi bir eski esere rastlanmaması suçun oluşumunu etkilemeyecektir¹⁴⁸. Suçun manevi unsuru define aramak amacıyla kazı yapılmasıdır, yoksa başka bir ruhsatsız kazı sırasında define bulunması halinde bu suç oluşmaz¹⁴⁹.

4. Define Arama Ekibi ve Masraflar

Define arama ruhsatnamesi düzenlendikten sonra Müze Müdürlüğü tarafından define aramasını yapacak kazı ekibi oluşturulacaktır. Kazı çalışmalarının başkanı, kazı alanına en yakın müzeden görevlendirilecek olan müze ihtisas elemanıdır. Hazine ve Maliye Bakanlığı¹⁵⁰ ve İçişleri

147 Maddede tanımlanan diğer suç ise m. 74/1’de düzenlenen izinsiz kazı ve sondaj yapma suçudur. Buna göre “*Kültür varlıkları bulmak amacıyla, izinsiz olarak kazı veya sondaj yapan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak, kazı veya sondajın yapıldığı yerin, sit alanı veya bu Kanuna göre korunması gerekli başka bir yer olmaması halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir*”.

148 ÖZTÜRK, Yusuf: *Ceza Hükümleri Yönünden Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku*, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000, s. 192.

149 KANADOĞLU, s. 510.

150 Define Arama Yönetmeliği’nde “*Gümrük ve Maliye Bakanlığı*” ifadesi yer almaktadır. Yönetmeliğin yayınlandığı 1984 senesinde gümrük ve maliye işleri tek bakanlık bünyesinde yürütülmekteydi. Ancak günümüzde gümrük işlemleri “Ticaret Bakanlığı” bünyesinde, maliye işlemleri ise “Hazine ve Maliye Bakanlığı” bünyesinde görülmektedir. O yüzden Yönetmelikte geçen “*Gümrük ve Maliye Bakanlığı*” ifadesinden “*Hazine ve Maliye Bakanlığını*” anlamak gerekecektir. 2018 yılında yayınlanan “*Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun Ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname*”nin 13. maddesi ile (RG. 09.07.2018, Sa. 30473) 13/12/1983 tarihli ve 178 sayılı “*Maliye Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında*

Bakanlığından birer temsilci kazı çalışmaları gözetimi için görevlendirilir (Yönetmelik m.11). Yönetmelikte düzenlenen bu kimseler dışında define arayıcısı, arama işlemleri için ihtiyaç duyulan alet edevat ile arama işinde çalıştırılacak işçileri ve eğer ihtiyaç duyulursa kullanılacak iş makinalarını temin etmelidir.

Define aranması için yapılacak tüm masraflar define arayıcısı tarafından karşılanacak bunun için Devlet tarafından her hangi bir mali destek sağlanmayacaktır. Define aranacak yeri incelemeye gidecek olan müze ihtisas elemanı ile aramada bulunacak olan ihtisas elemanı ve ilgili Bakanlıklar tarafından gönderilen görevlilerin yol masrafları ve yevmiyeleri define aramasında bulunacak kişi tarafından karşlanır (Yönetmelik m. 12). Define aramasından doğacak zarar ve ziyan ve kazı alanının eski hale getirilmesi tamamen define arayıcısının sorumluluğundadır. Kazı alanının eski haline getirilmesi ve taşınmaz mal başkasına ait ise veya kamu malı ise zararının karşılanması için gerekli miktarı takdir etme yetkisi Müze Müdürlüğündedir (Yönetmelik m. 13). Esasında 13. maddede yazılan masraflar define aramasından sonra karşılanacaktır zira define aramasından doğan zarar ve ziyandan bahsedilmektedir. Ancak define arayıcısı, m.12’de belirtilen masraflar ile m. 13’de düzenlenen Müze Müdürlüğü tarafından takdir edilecek zarar ziyan bedelini kazı başlamadan önce Müze Müdürlüğü adına bir devlet bankasına yatıracaktır (m.14). Dolayısıyla, zarar ziyan bedeli için önceden define arayıcısından teminat alınarak, define arayıcısı eğer define arama işi sonrası kazı alanını eski hale getirme ve zarar ziyanı karşılamadan imtina ederse, Müze Müdürlüğünce yatırılan bu meblağdan zarar ve ziyan karşılanacaktır.

Define arama çalışmaları hava koşulları muhalefeti veya doğal afet nedeni dışında sebeplerle ara verilmeksizin en fazla bir ay süre ile devam edecektir. Bu süre zarfında yapılan aramalar kazı başkanı olan Müze ihtisas elemanı ve ilgili Bakanlıklardan gönderilen yetkililer tarafından günü gününe tutulan tutanaklarla tespit edilecektir. Define arayıcıları ile görevliler tarafından her bir tutanak imza altına alınacak ve define arama işlemi tamamlandığında nihai raporla beraber Kültür ve Turizm Bakanlığına gönderilecektir (Define Arama Yönetmeliği m. 15).

5. Define Arama İşleminin Sona Ermesi

a. Buluntuya Rastlamadan Sona Erme

Define arama işleminin sonucunda bir define ya da her hangi bir buluntu elde etme kesinliği işin doğası gereği yoktur. Zira varlığı bilinmeyen toprağın altında gömülmüş ya da saklanmış olduğu mit edilen şey aranmaktadır. Kültür ve Turizm Bakanlığı’nın son beş yılda (2014-2018) yapılan izinli define aramalarına ilişkin verilerine göre toplamda 461 defa izinli define arama

Kanun Hükümünde Kararname yürürlükten kaldırılmıştır. “Maliye Bakanlığı” ve “Hazine Müsteşarlığı”; “Hazine ve Maliye Bakanlığı” olarak birleştirilmiştir. Yine ilgili Kararname ile “Gümrük ve Ticaret Bakanlığı” ve “Ekonomi Bakanlığı”, “Ticaret Bakanlığı” adı altında birleştirilmiştir.

işlemi gerçekleştirilmiştir¹⁵¹. Fakat bu aramaların hiç birisinde yine Bakanlık verilerine göre her hangi bir buluntuya rastlanmamıştır¹⁵².

Bir aylık sürenin sonunda, aramalarda bir şey elde edilse de edilmese de arama işlemi zaten sona erecektir. Ancak bu bir aylık süre dolmadan da günlük tutulan tutanakta yer alan bilgilere dayanarak kazı ekibi gerekçeleri ile birlikte kazı işlemini sonlandırabilir. Bir buluntuya rastlanmadan sona eren aramalarda da arama işleminin günü gününe tutulan tutanağı ve arama sonucunu gösteren belge Kültür ve Turizm Bakanlığına gönderilmelidir. Define arayıcısının arama işleminin sona ermesinden sonra yapması gereken ilk işlem, arama alanında açılan çukurun kapatılmasıdır. Eğer ormanlık alanda define arama işlemi yapılmışsa, ağaçlandırma işleminin mevzuat hükümlerine göre yapılması gerekmektedir.

Define arama ruhsatnamesi bir yıllık süre ile verilmekte ancak arama işleminin en fazla bir ay yapılabileceği düzenlenmektedir. Bu bir yıllık süre içerisinde dahi olsa tekrar aynı yüz metre kare alanda arama yapılamayacaktır. Tekrar arama yapılması için tekrar ruhsatname alınmalı ve yeniden kazı ekibi oluşturulmalıdır. Ancak şu hususu da belirtmek gerekir ki Define Arama Yönetmeliği hükümleri yoruma açıktır. Eğer arama işlemi aralıksız devam edecekse en fazla bir ay devam etmeli aralıklarla arama işlemi ruhsatname süresi kadar yani bir yıl devam edebilir şeklinde yorumlamalar da yapılabilmektedir. Ancak uygulamada arama işlemi en fazla bir ay devam etmekte ve bu bir aylık süreden sonra ruhsatname geçersiz olmaktadır. Zira ilgiliye aynı yüz metre karelik alanda aynı yıl içerisinde tekrar arama yapma izni verilmemektedir. Eğer kişi aynı yerde tekrar arama yapmak istiyorsa tekrar ruhsatname almak için başvuruda bulunmalıdır. Ancak Kültür ve Turizm Bakanlığı aynı kişinin aynı yüz metre kare alan içerisinde bir yıl içinde tekrar arama yapmak için ruhsatname almasını engelleyen bir uygulama içerisinde. Buna göre aynı yüz metre karelik alan içerisinde aynı kişi tarafından tekrar arama işlemi başlatmak için, aynı yıl içerisinde tekrar ruhsatname alınamayacaktır.¹⁵³

151 2014 – 2018 Yılları arasında yapılan izinli define arama kazılarının yıllara göre dağılımı için bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-44750/2014—2018-yillari-arasinda-yapilan-izinli-define-arama-.html> (21.05.2019).

152 Her hangi bir buluntuya rastlanmadığı yönünde bkz. <http://www.kulturvarliklari.gov.tr/TR-63359/sikca-sorulan-sorular.html> (21.05.2019). 1989 yılından 2008 yılına kadar toplam 3643 kere izinli defincilik işlemi gerçekleştirilmiştir. Fakat bunların hiç birinde define sayılabilecek bir buluntuya rastlanmamıştır. Yalnızca on beş adet arkeolojik nitelikte eser ortaya çıkarılmıştır. Bkz. KONYAR, s. 2223.

153 Kültür ve Turizm Bakanlığı ile yapmış olduğumuz görüşme neticesinde aynı kişi tarafından aynı 100 metre karelik alanda arama yapılması için, arama bittikten sonra bir yıl içinde tekrar ruhsat verilmeyeceği yönünde bir uygulama yapıldığını öğrenmiş bulunmaktayız. Kültür ve Turizm Bakanlığı ilgili birimine gönderdiğimiz maile cevaben tarafımıza; “*Define kazılarının yılı içerisinde sürekli hale dönüştürülmemesi ve bu konuda yaşanabilecek suistimallerin önüne geçilebilmek amacıyla; hava muhalefeti yaşanmadığı hallerde ve süresi içinde ara verilmeden bitirilen define kazılarında, ruhsat sahibinin “sonuca ulaşamadığı” düşüncesiyle aynı yerde 2. kez define kazısı yapamayacağı hususu 18.01.2012 tarih ve 13502 sayılı dağıtımli yazımız ekinde yer alan 16.01.2012 tarih ve 11313 sayılı Bakan Onayı ile uygun görülmüştür*” şeklinde bilgi verilmiştir.

b. Buluntu Bulunması Halinde Sona Erme

aa. Bilimsel Değeri Haiz Eşya ve Mülkiyet Meselesi

Define arama işlemleri neticesinde kültür veya tabiat varlığı bulunması halinde define arama işlemi süreye bakılmaksızın derhal durdurulacak ve kültür veya tabiat varlığı bulunduğu dair bilgi Kültür ve Turizm Bakanlığı'na iletilecektir (Yönetmelik m. 16/2). Daha sonra Bakanlık tarafından tayin edilen üç kişi bulunan şeyin gerçekten kültür veya tabiat varlığı olup olmadığı yönünde inceleme yapacak ve bulunan şey kültür veya tabiat varlığı ise müzelere teslim edilecektir. Bulunan şey kültür ve tabiat varlığı olarak nitelendirilirse define arayıcısı bu varlıklar üzerinde hiçbir hak iddia edemeyecektir (Yönetmelik m.16/3).

KTVKK 5. maddesine göre; “Devlete, kamu kurum ve kuruluşlarına ait taşınmazlar ile özel hukuk hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarda varlığı bilinen veya ileride meydana çıkacak olan korunması gerekli taşınır ve taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları Devlet malı niteliğindedir” şeklinde ifade edilerek kültür varlıklarının hukuki statüsü belirtilmiştir. Zira KTVKK m.5 gereğince bu tür mallar bulunduğu andan itibaren devlet malı niteliğindedirler¹⁵⁴. Yönetmelik m. 17 uyarınca müzelere teslim edilen kültür ve tabiat varlığının Taşınır Yönetmeliği uyarınca tasnif ve tescil işlemi yapılacaktır.

Devletin kültür varlıkları üzerindeki mülkiyet hakkı, kültür varlıklarının nitelikleri gereği özel hukuktaki mülkiyet hakkı ile aynı nitelikte değildir¹⁵⁵. Zira Devletin kültür varlıklarını kullanma yetkisi, kültür varlıklarını koruma ödevlerinin getirdiği sınırlamalar ile daraltılmıştır¹⁵⁶. TMK'da yer alan mülkiyete ilişkin düzenlemeye göre, bir şeye malik olan bir kimse hukuk düzeninin çizeceği sınırlar çerçevesinde o şeyden dilediği gibi yararlanabilir (m.683). Ayrıca bir şeye malik olan kimse o şeyin bütünleyici parçalarına da sahip olacaktır (m.684). Ancak mülkiyet hakkına ilişkin bu kurallar söz konusu şey kültür varlığı olduğunda geçerliliğini yitirmektedir. Zira mütemmim cüz niteliğinde olan kültür varlıkları özel mülkiyet niteliğinde değil, KTVKK m.5 kapsamında devlet malı niteliğindedir¹⁵⁷. Bir binanın yapımında kullanılan parçalar kültür varlığı niteliğinde ise artık bütünleyici parça olarak binanın sahibinin olamayacaktır¹⁵⁸.

154 Osmanlı Devleti zamanından beri hazırlanmış kültür varlıklarına ilişkin düzenlemelerde; 1884 Asar-ı Atika Nizamnamesinde, 1906 Asar-ı Atika Nizamnamesinde ve 1973 tarihinde çıkarılan Eski Eserler Kanunu'nda eski eserlerin devlet malı olduğu belirtilmiştir. Ancak tüm bu düzenlemeler ile KTVKK arasındaki en büyük fark, KTVKK'da “devlet malı niteliğindedir” ifadesinin yer almasıdır. Zira önceki düzenlemelerde hiç duraksamadan “devlet malıdır” denilmekteydi. 1983 yılına kadar devlet malıdır ifadesi kullanılırken 1983 yılında KTVKK ile “devlet malı niteliğindedir” ifadesinin kullanılması doktrinde farklı görüşlerin doğmasına yol açtığı gibi, uygulamada da bir takım problemlerin yaşanmasına sebebiyet vermiştir. Ancak esasında her iki düzenleme arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Yer altında ve yer üstünde bulunan kültür ve tabiat varlıkları, varlıkları bilinmese dahi devletin malıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZEL, *Mülkiyet*, s. 226 vd.

155 UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 70; AYDOS, Oğuz Sadık, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 66, Sayı 4, 2008, s. 68.

156 UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 71.

157 ÖZEL, *Mülkiyet*, s. 227; UMAR/ÇİLİNGİROĞLU, s. 90.

158 ÖZEL, *Uluslararası*, s. 52.

bb. Define Bulunması

Define Yönetmeliği 17. maddesine göre, Kültür ve Turizm Bakanlığı tarafından tayin edilen üç kişilik heyet, buluntunun define olduğuna kanaat getirirse, buluntu Hazine ve Maliye Bakanlığına teslim edilecek, ilmi kıymeti haiz olarak değerlendiriliyorsa müzelere teslim edilecektir. Buluntu heyet tarafından kültür veya tabiat varlığı olarak nitelendirilemiyorsa ve TMK'da yazan şartları taşıması halinde “define” olarak nitelendirilecektir. Bulunan kültür veya tabiat varlığının ise, korunması gerekli olup olmadığına veya tescil edilip edilemeyeceğine müze karar verecektir. Bu aşamadan sonra KTVKK'da ve Taşınır Yönetmeliğinde yer alan hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Bulunan definenin Hazine ve Maliye Bakanlığınca geçer akçe olarak değeri tespit edilecektir. Definenin bulunduğu arazi Hazine'ye ait bir arazi ise, Bakanlık tarafından değeri tespit edilen definenin % 50'si arayıcıya verilecek geri kalan kısım hazineye kalacaktır. Özel veya tüzel kişilere ait olan bir arazide bulunmuşsa %40'ı arayıcıya %10'luk kısım ise arazi sahibine verilecektir (Yönetmelik m. 18). Geriye kalan %50'lik kısmın Hazineye kalacağı belirtilmemekle birlikte bir önceki cümleden bunu çıkarmamız mümkündür. Yani her iki durumda da definenin %50 oranında kısmı Devlete ait olmaktadır.

Görüldüğü üzere yasal define arama işlemi sonucunda define arayıcısı, bulunan define üzerinde mülkiyet hakkı iddia edemeyecektir. Kendi arazisinde veya üçüncü bir kimsenin arazisinde define bulunması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Define arayıcısına sadece, Hazine ve Maliye Bakanlığınca takdir edilen bedel üzerinden ödeme yapılacaktır.

SONUÇ

Definenin tanımı TMK'da yer almaktadır. Bu tanıma göre; bulunmalarından uzun zaman evvel gömülmüş veya saklanmış olan ve sahibinin kim olduğu bilinmeyen, belli bir değeri haiz olan ve ilmi kıymeti haiz olmayan taşınır eşya define olarak nitelendirilmektedir (m.772/1). İlmi kıymeti olan eşyalarla ilgili özel kanun hükümleri saklı tutulmuştur (m.772/2). Bu bağlamda eğer taşınır eşya, KTVKK m. 23 kapsamında taşınır kültür veya tabiat varlığı niteliğinde ise defineye ilişkin hükümler değil KTVKK ve Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıklarının, Tasnifi, Tescili ve Korunmasına İlişkin Yönetmelik hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Define araması yapmak isteyen kişiler KTVKK m. 50/1 uyarınca, yalnızca Kültür ve Turizm Bakanlığına bağlı olan Müze Müdürlüklerinden ruhsatname alarak define arayabilirler. Define arama işleminin KTVKK m. 6'da belirtilen taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarında, tespit ve tescili yapılan sit alanlarında ve mezarlılarda yapılması yasaklanmıştır. Define aranması için ruhsatname verilmesine ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş (KTVKK m.50/4) ve bu amaçla 1984 yılında bir *Define Arama Yönetmeliği* çıkarılmıştır. KTVKK m. 50 ve Define Arama Yönetmeliği hükümlerine göre yapılan define arama işlemi *yasal defineciliktir*. Kanunda ve yönetmelikte yer alan usule ve şartlara uymadan yasal olmayan yollardan kaçak

kazı yapanlar, kazının neticesinde bir şey bulmasalar dahi KTVKK m. 74/2'de düzenlenmiş olan *izinsiz define arama suçunu* işlemiş olacaktırlar. İzinsiz define arayan bu kişiler KTVKK'a göre suç işlemiş olmanın yanında, tarihi ve kültürel varlığımızı, doğayı ve ormanlarımızı bilinçsizce talan etmektedirler. Define aramanın sınırlarının mevzuatla çizilmesi ve bu şekilde hukuki yoldan yapılmasının en önemli amacı, kaçak kazıları önlemek bu bağlamda kültür varlıklarının tahribatının ve hırsızlığının önüne geçmektir. Bu şekilde dolaylı bir şekilde kültür varlıklarının korunduğuna şüphe yoktur. Fakat define arayıcılığı büyük oranda kaçak bir şekilde yapılmaktadır.

Çalışmanın bu son kısmında yasal olmayan yollardan define arayıcılığının azaltılmasına ilişkin bir takım önerilerde bulunmak istiyoruz. Bir ülkede kanunlar ne kadar güçlü olursa olsun, kanunları uygulayacak işinin ehli uygulayıcılar olmadığı müddetçe iyi kanunların var olması pratikte pek fayda sağlamayacaktır. Öncelikle yasal düzenlemelerin uygulanmasında üst düzey hassasiyet gösterilmesi lazımdır. Bu amaçla getirilmiş olan yaptırımların uygulanmasında özen gösterilmeli ve mümkün olduğunca caydırıcı cezalar verilmelidir. Bu şekilde hem failer tekrar aynı fiili işlemekten imtina ederler hem diğer potansiyel suçlular açısından yaptırımın önleyici etkisi söz konusu olur.

Yasal olmayan define arayıcılığına sebep olan diğer önemli husus ise toplum nezdinde tarihi bilincin ve kültür varlığı kavramının, tüm bunların ortak değerlerimiz olduğu inancının var olmaması veya oturmamasıdır. Bu amaçla öncelikle topluma bu bilinç kazandırılmaya çalışılmalıdır. Daha ilkököl sınırlarında öğrenciler kültür varlığı kavramı ile tanıştırılmalı ve kültür varlıklarımızın ortak değerlerimiz olduğu, onları korumanın aslında hepimizin görevi olduğu öğretilmelidir. Çünkü ortak değerimiz olan kültür varlıklarını en iyi kanunlardan korkanlar değil, tarihini ve kültürünü sevenler bu bilince sahip olanlar koruyabilirler.

KAYNAKÇA

- AKGÜN, Muhammed Raşit, “**Önceki Hukukumuzda Definelerin Hukuki Statüsü**”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2018.
- AKİPEK, Serap, **Ulusal ve Uluslararası Hukuk Açısından Kültür Malları**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.
- AKKUŞ Zafer/EFE, Tamer “Türkiye’de Definecilik Kültürel Mirasın Korunması Bağlamında Değerlendirilmesi”, **Birey ve Toplum**, Cilt 5, Sayı 10, 2015, s. 105-131.
- AKSOY DURSUN, Sanem: **Eşya Kavramı**, Onikilevha Yayınları, İstanbul, 2012.
- AMİNEDDOLEH, Leila, “Protecting Cultural Heritage by Strictly Scrutinizing Museum Acquisitions”, **Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal**, Vol. XXIV, N. 3, 2014, p. 731-781.
- ARIK, Mustafa, **Türk Müzeciliğinin Tarihsel Gelişimi**, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Arkeoloji Anabilim Dalı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2015.
- AYAN, Mehmet, **Eşya Hukuku II (Mülkiyet)**, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık, “Taşınır Kültür Varlığı Koleksiyonculuğuna İlişkin Değerlendirmeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 66, Sayı 4, 2008, s. 62-75.

- BİLİCİ, Kenan, “Eski Eser Tahribatı ve Sanat Tarihi Araştırmalarında Yarattığı Sorunlar”, **Anakara Üniversitesi DTCF Dergisi**, C. 34, S.1-2(1990), s. 349-352.
- BLAKE, Janet, “Turkey”, **Handbook On The Law Of Cultural Heritage And International Trade** Ed. James A.R. Nafziger/Robert Kirkwood Paterson, Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2017.
- CEYLAN, Ümit, **Taşınır Kültür ve Tabiat Varlıkları Kaçakçılığı Suçu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu m.32, 68)** (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008.
- ÇAL, Halit, “Eski Eserlerle İlgili Yasalarda Etnografik Eser Anlayışı”, **Türkiye’de Halkbilimi Müzeciliği ve Sorunları Sempozyum Bildirileri**, Gazi Üniversitesi THBMER Yayını, Ankara, 2003.
- ÇAL, Halit, “Osmanlı Devletinde Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri”, **Vakıflar Dergisi**, S. XXVI, 1997, s. 391-400, (Âsâr-ı Atika Nizamnâmeleri).
- ÇAL, Halit, “Osmanlı’dan Cumhuriyete Eski Eserler Kanunları” **Prof. Dr. Kazım Yasar Kopraman’a Armağan**, Ankara, 2005, s. 234-270, (Eski Eser Kanunları).
- ÇAL, Sedat, **Türk İdare Hukukunda Ruhsat**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2011.
- ÇOLAK, Nusret İlker, “*Sit Alanı İlanı Kararı Hukuki Niteliği ve Sonuçları*”, **Kazancı Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 77-78, 2011.
- DİNÇER, Berkay, **Prehistorya “tarih öncesi” midir?**, Yıl 2016, <http://arkeolojigazetesi.com/?author=13>. (19.05.2019).
- EDİS, Seyfullah, **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- ERDOĞAN, İhsan, “Hukuki Açından Define”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVII, Y. 2013, S.1-2, s. 513-533.
- EREN, Fikret, **Mülkiyet Hukuku**, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- ERSÖZ, A.Kürşat, **Türk İdare Hukuku Kapsamında Kültür ve Tabiat Varlıklarının Korunması**, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2017.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, **Eşya Hukuku**, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara, 2012.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, “Lükata ve Define”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1955, s. 167-196.
- KANADOĞLU, Sabih: **Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, Seçkin Yayınları, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, Ankara, 2007.
- KANBUR, Mehmet Nihat, **Kültür ve Tabiat Varlıklarının Yurt Dışına Çıkarılma Yasağına Muhalefet Suçu (KvTVKK m. 32 ve m.68)**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2007.
- KARPUZ, Haşim, “Eski Eser ve Anıtların Korunmasında Halkın Eğitimi”, **Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih – Coğrafya Fakültesi Dergisi**, C. XXXIV, S. 1 – 2, 1990 Ankara, s. 405-408.
- KONYAR, Erkan, “Türkiye’de Definecilik: Eski Eser Yağması”, **Toplumsal Tarih (Nüvizmatik ve Tarih)**, S. 185, 2008, s. 2222-2227.
- KURTOĞLU, Serda, “Definenin Hukuki Mahiyeti ve İktisabı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Y.1955, S.6, s. 385-389.
- KUTLU DİLBAZ, Burcu: **Osmanlı Devletinin Arkeoloji Politikası**, Okur Tarih Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- LUND, Gyde “Orman Nedir? Tanımlar Farklı Sonuçlar Doğurur Türkiye Örneği” (Çev. Bekir KARACAN), **Avrasya Terim Dergisi**, 2014, 2 (1): 9 – 16.
- MADRAN, Emre , “Osmanlı İmparatorluğunun Batılılaşma Sürecinde Kültür Varlıklarının Korunmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, <https://www.tarihtarih.com/?Syf=26&Syz=352772&/>

- Osmanlı İmparatorluğu Batı ile İlişkileri ve Batı'nın Osmanlı'ya Etkileri - Kırım Savaşı - Varlıkların Korunması - Yasal Düzenlemeler - Doç. Dr. Emre Madran - (15.05.2019).
- MUMCU, Ahmet, , “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1971, Cilt 28, Sayı 1-4, s. 41-76, (MUMCU(II)).
- MUMCU, Ahmet, “Eski Eserler Hukuku ve Türkiye”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl 1969, Cilt 26, Sayı 3-4, s. 45-78, (MUMCU(I)).
- NESLİ, Aslıhan, “Eski Eserlerin Korunmasının Hukuk Tarihi Boyutuyla İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 20, Sayı 1, 2018, s. 431-478.
- OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 21. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- ÖNGE, Mustafa, “Kültür Mirasını Tanımlamak İçin Türkiye’de Kullanılan İlk Özgün Terim: Âsâr-I Atika”, **Avrasya Terim Dergisi**, 2018, 6 (1): 8, s. 8-14.
- ÖZEL, Sibel, “5226 sayılı “Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” Üzerine Bir Değerlendirme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt LXIII, Sayı 1-2, İstanbul 2005, s. 113-138 (Değerlendirme).
- ÖZEL, Sibel, “Türk Hukukunda Kültür Varlıklarının Mülkiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt 24, Sayı I, 2018, s. 215-238 (Mülkiyet).
- ÖZEL, Sibel, **Uluslararası Alanda Kültür Varlıklarının Korunması**, Alkım Yayınevi, İstanbul 1998, (Uluslararası).
- ÖZKAR ÖNGEN, İzver, **Jeolojik Zaman Sürecinde Yerkürenin Evrimi (Tarihsel Jeoloji)**, Jeolojiye Giriş Ders Notları, https://cdeniz.com/site/assets/files/3747/yerkurenin_evrimi.pdf. (15.05.2019).
- ÖZTÜRK, Yusuf: **Ceza Hükümleri Yönünden Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku**, Yasa Yayınları, İstanbul, 2000.
- POLAT, Ali, “Yer küre üzerindeki yaşamın kökenine ve evrimine jeolojik bir bakış açısı”, **Mavi Gezegen** , Yıl 2016, Sayı 21, s. 3-15.
- SANCAKDAR, Oğuz: **Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Hukuku (Teorik ve Uygulamalı Bir Yaklaşım)**, Seçkin Yayınevi, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2012.
- SEROZAN, Rona: **Taşınır Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.
- SİRMEN, Lale, **Eşya Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2018.
- SÜSLÜ, Güven, “Kültür Varlıklarının Korunmasında Mali Kolaylıklar Rejimi”, **YBHD**, Yıl 3, Sayı 2018/2, s. 37-83.
- ŞİMŞEK, Fatma/DİNÇ, Güven: “XIX. Yüzyılda Osmanlı İmparatorluğunda Eski Eser Anlayışının Doğuşu Ve Bu Alanda Uygulanan Politikalar” **U.Ü. Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Yıl: 10, Sayı: 16, 2009/1, s. 101-127.
- TAŞBAŞ, Erdal: “Osmanlı’da Eski Eser Korumacılığı Ve Bir Örnek: Osman Hamdi Bey’in Side’ye Göçmen İskânını Engelleme Çalışmaları”, **Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Yıl 10, Sayı 2, 2017, s. 1316-1335.
- UMAR, Bilge/ÇİLİNGİROĞLU, Altan, **Eski Eserler Hukuku**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:11, Ankara, 1990.
- ÜNAL, Mehmet/BAŞPINAR, Veysel: **Orman Hukuku**, Savaş Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2017.

Yararlanılan İnternet Kaynakları

<http://teftis.kulturturizm.gov.tr>

https://cdeniz.com/site/assets/files/3747/yerkurenin_evrimi.

<https://www.tarihbilimi.gen.tr>

<http://arkeolojigazetesi.com>

https://icom.museum/wp-content/uploads/2018/07/ICOMs-Resolutions_1995

<http://www.hurriyet.com.tr>

<https://www.cnnturk.com>

<https://www.arkeolojikhaber.com>

<https://www.tbmm.gov.tr>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

<http://www.kulturvarliklari.gov.tr>

<https://arkeofili.com>

Siber Tehlikelerin Denizcilik Sektörüne Etkisi

Effects of Cyber Risks in Maritime Sector

Didem ALGANTÜRK LIGHT* 

Öz

Uluslararası taşımacılığın %90' fazlası deniz yoluyla gerçekleştiği nazara alındığında deniz yolu taşımacılığının dünya ekonomisinin önemli bir parçası olduğu tartışılmazdır. Tarımsal ürünlerin, enerjinin, üretilen eşyanın ve diğer bir çok malın dünyanın bir yanından diğer yanına emniyetli ve güven içinde taşınması önemli bir faaliyettir. Teknik gelişmeler ile birlikte deniz taşımacılığı, bilgisayar sistemine bağlı ve elektronik bağlantı yollarıyla faaliyetlerini sürdürmekte olduğundan bu faaliyetlerin güvenli bir şekilde devam ettirilebilmesi için emniyetli siber sistemlerinin kurulması önemli bir ihtiyaçtır. Çalışmamızda, son dönemlerde siber risklerin denizcilik sektörüne olan etkileri ve uluslararası alanda bu konuda yapılan yasal çalışmalar genel olarak değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Denizcilik, siber tehlikeler, siber risk yönetimi

Abstract

It is unquestionable that maritime transport is an important part of the world trade economy when it receives more than 90% of the international transport by sea. "Secure and safe transportation is an important issue when transporting agricultural products, energy, manufactured goods and many other goods from one part of the world to another part . Since maritime transport is rely on to the computer system and is in operation via electronic connection, the establishment of safe cyber systems is an important in order to ensure that these activities can be secure and safely maintained.

In this paper, the effects of cyber risks in the maritime sector and the legal works in the international arena will be generally evaluated.

Keywords: Shipping, cyber risks , cyber risk management

* Prof. Dr., York Üniversitesi Osgoode Hall Law School,Kanada Misafir Öğretim Üyesi,
E-Mail: didemlight@gmail.com

I. DENİZCİLİKTE SİBER RİSKLER

Dünyada, 52.000 ticaret gemisi faaliyet göstermekte olup¹, dünya ticaretinin %90 fazla deniz taşımacılığıyla gerçekleştirilmektedir². Modern dünya çağında her türlü emteanın ithalat ve ihracaatının deniz taşımacılığı olmadan gerçekleşmesi mümkün değildir. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte gemilerin teknik yapısı bu gelişim ve değişime uygun olarak digitalleşme, entegrasyon ve otomasyon sistemlerine bağlı kalarak ilerlemektedir.

Denizcilik sektörüne genel olarak baktığımızda liman idareleri, gemilerin tüm operasyon ve yönetimi, gemi klas kuruluşları, gemi acenteleri, gemi ekipman üreticileri, limanlar, terminaller, lojistik faaliyetler, yükün elden geçirilmesi ve yükün yönetimi sistemleri, marina tesis işletmecileri (örneğin yakıt, ikmal, yıkama/temizlik, tamir firmaları, dükkanlar, restaurantlar) yolcu servis ve yönetim sistemleri ve haberleşme gibi tüm faaliyetler bilgisayar sistemi üzerine kurulmuştur ve tüm organizasyon siber saldırılara her an maruz kalma tehlikesi ile karşı karşıyadır. Özellikle ileriki yıllarda gemi mürettebatı olmaksızın (insansız) yolcu ve yük taşımacılığının (autonomus ships) yaygınlaşması ihtimalinde but tür risklerin kapsamı daha da artacaktır³.

Gemi ekipmanları ve faaliyetleri açısından, örneğin GPS (global konumlandırma sistemleri), otomatikleştirilmiş donatım, fiziksel güvenlik sensörleri, elektronik sertifikalar, kargo takibi, elektronik seyir cihazları, otomatik tanıma sistemleri, kayıt tutma, varış öncesi işlemlerin kaydı gibi tüm denizcilik faaliyetleri için güvenli bilgisayarlar ve bu bilgisayarları yönetecek güvenli internet bağına ihtiyaç vardır. Bu sistemlerin tamamı, internet bağı ile her an siber saldırılara hedef olabilir.

Denizcilik sektöründe, gerçekleşen siber saldırı örneklerini şu şekilde sıralamak mümkündür⁴:

geminin GPS sistemini kontrol altına alarak, geminin yönünü değiştirilmesi,

Bilgisayar korsanları olarak adlandırılan “hackerler, Afrika sahillerinde yüzen petrol platformunu bir yana eğerek sistemin 19 gün kapanması,.

2011 yılında Hackerlar, Antwerp limanının siber sistemine girerek, yasa dışı uyuşturucu yüklü konteynerin yerini tespit edere, yükün çalınması olayı⁵,

Somalili korsanların, hackerlar ile anlaşarak, bir denizcilik şirketinin siber ağına girmesi ve ardından değerli yük taşıyan ve gemi bordasında güvenliği az düzeyde olan Şirket gemisini tespit ederek, Gulf Aden geçişi sırasında yükün çalınması,

1 Bu rakkam Ocak 2008 – Ocak 2017 tarihleri için tespit edilmiştir. <https://www.statista.com/statistics/264024/number-of-merchant-ships-worldwide-by-type/>, 27.12.2017

2 <http://www.ics-shipping.org/shipping-facts/shipping-and-world-trade>, 13.11.2017.

3 UK Automated Ships Ltd ve Norveç Kongsberg Maritime birlikteliği ile 2017 yılında inşasına başlanılan Hrönn isimli gemidir, <http://gcaptain.com/first-unmanned-and-fully-automated-offshore-vessel-planned-for-2018/>, 8.10.2018

4 *Cyber Security, Managing the threat*, www.gard.no/web/topics/article, 9.11.2017.

5 www.bbc.com/news/world-europe-24539417, 8.10.2018.

2015 yılında Norveç enerji, petrol ve gaz sektöründe 50 den fazla siber saldırı olayı gerçekleşti.

2017 yılı içinde ise, denizcilikte en önemli siber saldırıları, Wannacry/ NotPetya, isimleriyle gerçekleşen fidye saldırılarıdır ⁶. Bu tür siber saldırılar bilgisayara veya onun datasına girerek, bilgisayarın kontrolünü ele geçirmekte ve yeniden açmak için Bitcoin⁷ ile ödeme talep edilmektedir. Dünyanın en büyük konteyner taşımacılığını yapan firmalardan biri olan AP Moller-Maersk, Notpetya isimli siber saldırıya maruz kaldı ve Temmuz /Ağustos 2017 aylarında yaklaşık 250 milyon Amerikan Doları ticari zarara uğradı⁸.

II. DENİZCİLİKTE SİBER GÜVENLİK

Siber güvenlik, yönetim, bilgi ve teknoloji bilgisine dayanmaktadır. Dolayısıyla güvenli denizciliği sağlanması bu üçlü ilişkinin ve yapının sağlam bir şekilde anlaşılması ve kurulmasına bağlıdır. Deniz taşımacılığında, siber sisteme bağlı olan tüm operasyonel işlemlerin değerlendirilmesi suretiyle bunların maruz kalabileceği siber saldırıları belirlemek ve bu konuda milli ve milletlerarası yasal önlemler ve düzenlemeler yapılmasına ihtiyaç vardır⁹.

Deniz taşımacılığının maruz kalabileceği siber saldırılar sonucunda örneğin *hackerlerin* petrol taşıyan tankerin navigasyon sistemine veya GPS sistemine girerek çatmaya sebebiyet vermesi senaryosunda, karşı karşıya kalabilecek tehlikeler çevre kirliliği, faaliyetlerin kesilmesi nedeni ile kazanç kaybı, liman faaliyetlerinin durması, geminin tam zıyı veya hasara uğraması, gemi adamlarının veya yolcuların bedeni zarara uğraması veya ölmesi, yükün zıyı veya hasara uğraması şeklinde sıralamak mümkündür. İnternete bağlanabilecek her ortamda örneğin

6 <https://www.itproportal.com/features/what-you-need-to-know-about-the-petya-and-wannacry-cyber-attacks/>, 27.10.2017.

7 Bitcoin, sanal bir para birimidir. Ayrıntılı bilgi için bkz **Olena Demchenko**, “ BITCOIN : Legal Definition and Its Place In Legal Framework”, Journal of International Trade, Logistics and Law, Vol.3, Num.1, 2017, sh. 23-42.

8 <https://threatpost.com/maersk-shipping-reports-300m-loss-stemming-from-notpetya-attack/127477/>, 20.10.2017; <https://www.reuters.com/article/us-cyber-attack-maersk/maersk-says-it-breakdown-could-be-global-idUSKBN1911NO>, 8.10.2017

9 Milli yasal düzenlemelere emsal olarak, Kanada tarafından yapılan yasal çalışmaları verebiliriz. Kanada’da 15.12.1994 tarihli Deniz Taşımacılığı Güvenlik Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu yasal düzenleme, Kanada deniz taşımacılığının güvenli bir şekilde işleyebilmesinin sağlanması bakımından hazırlanmış çerçeve bir kanundur. Bu Kanun, Kanada’da bulunan gemilere ve denizcilik tesislerine, Kanada dışında bulunan Kanada gemilerine, deniz teçhizatları ve yapılarına uygulanır. Milli Savunma Bakan’ının yetkisi altında bulunan gemilere veya deniz tesislerine veya yabancı bir ülkede bulunan askeri gemilere uygulanmaz. Deniz Taşımacılığı Güvenlik Kanunun amacı, Kanada Ulaştırma Bakanlığı’na Kanada deniz ulaşım sisteminin güvenliğinin sağlanmasına ilişkin yasal düzenlemeler, güvenlik önlemleri ve kurallarını hazırlama yetkisi vermektedir. Bu Kanunun uygulanması bakımından Deniz Taşımacılığı Güvenlik Yönetmeliği ve Yerel Feribotlar Güvenlik Yönetmeliği (Kanada Ulaşımı) hazırlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu her iki yönetmelik kapsamında deniz tesislerinin ve gemilerin siber güvenliğe ilişkin güvenlik planları hazırlanır ve bu hazırlık sırasında yapılacak güvenlik değerlendirmeleri kapsamında radyo ve telekomünikasyon sistemleri, bilgisayar sistemleri ve bilgisayar ağları da dahildir, bkz. Marine Transportation Security Act – “Deniz Taşımacılığı Güvenlik Kanunu” madde4; <https://www.tc.gc.ca/eng/acts-regulations/acts-1994c40.htm>, 10; <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2004-144/>; <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-2009-321/page-1.html>, 11.11.2017;

<https://www.tc.gc.ca/eng/marinesecurity/regulations-362.htm>, 13.11.2017.;

<http://www.cosbc.ca/index.php/files-downloads/transport-canada/455-understanding-cyber-risk/file>, 10.11.2017

gemideki bir personelin bilmeden güvensiz bir internet ortamına bağlanması ile birlikte geminin siber saldırıya uğrayarak belirttiğimiz çatma senaryosunun gerçekleşmesi muhtemeldir. Bu nedenle, gemi adamları da dahil olmak üzere denizcilikte siber saldırılara karşı eğitim her zaman olduğu gibi en önemli etkili yöntemdir.

Son dönemlerde artan siber saldırılar ve siber risklerin deniz taşımacılığını bu denli etkileyecek nitelikte olması karşısında uluslararası denizcilik örgütleri ve sektörden girişimciler tarafından çalışmalar başlatılmıştır. Bu çalışmalardan en önemlisi IMO tarafından hazırlanan “Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi”dir. *IUMI, BIMCO, ICS, Intertanko, Intercargo, ve Cruise Lines International Association* ve *The Oil Companies International Marine Forum* tarafından ortak bir çalışma olarak hazırlanan ve IMO’nun rehberinin temel alındığı “Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi” hazırlanmıştır. Bunun yanı sıra uygulamada sektör girişimcileri siber risklerin farkındalığının sağlanması, danışmalık ve bu konuda eğitim olanakları vermeye başlamıştır. “Denizde Siber Farkındalık Kampanyası^{10*} ve “CyberSail¹¹” isimli kuruluşlar bunlardan bazılarıdır¹².

A. ULUSLARARASI DENİZCİLİK ÖRGÜTÜ’NÜN (IMO) SİBER TEHDİTLER ÜZERİNE ÇALIŞMALARI

BM’e bağlı bir kurum olan IMO¹³’nun uzmanlık alanı, denizde emniyet ve güvenliğin sağlanması ve gemi kaynaklı çevre kirlenmesinin önlenmesidir. Deniz taşımacılığına karşı yapılacak siber saldırıların önlenmesi de IMO’nun uzmanlık alanı kapsamında kalmaktadır.

IMO, denizcilikte siber risk yönetiminde mevcut ve ortaya çıkan siber tehditler ve güvenlik zaaflarından denizciliği korumak için üst düzeyde tavsiyeler niteliğinde bir rehber hazırladı. “*Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi*” olarak adlandırılan bu kitapçık , IMO kurallarıyla uyum içerisinde olup, siber güvenlik ve siber emniyet risk yönetimi açısından pratik öneriler niteliğindedir. Ayrıca, etkili siber risk yönetimini destekleyen işlevsel esaslara da yer vermektedir¹⁴. Böylelikle denizcilikte siber tehlikelere karşı siber yönetim planına yönelik belli standartların uluslararası alanda sağlanarak güvenli ve emniyetli denizciliğin yürütülmesi hedeflenmektedir.

10 Bu kampanya denizcilik ve offshore sektörünün girişi ile oluşturulmuş olup, amacı denizde siber risklere ve yönetimine ilişkin farkındalık yaratmaktır, <https://www.becyberawareatsea.com/>, 8.1.2018

11 denizcilikte risk analizi, yönetimi e eğitimi vermektedir <https://cybersail.org/>, benzer eki

12 **Walter, Justers**, AFNI, Cyber Security at Sea , http://www.bvz-abdm.be/sites/default/files/walter_justers_-_cyber_security_-_proteus_presentation.pdf, 12.11.2017

13 Gemicilik sektörüne etki eden her türlü teknik konuyla ilgili olarak, uluslararası ticaretle uğraşan ülkelerin mevzuat ve uygulamaları açısından hükümetler arasında işbirliği sağlamak, denizde güvenlik, seyirüsefer etkinliği ile gemilerden kaynaklanan deniz kirliliğinin önlenmesi ve kontrolü ile ilgili konularda, en üst düzeyde uygulanma etkinliğine sahip standartların genel kabulünü teşvik etmek ve kolaylaştırmak olarak sıralanabilir.

14 “*Guidelines on maritime cyber risk management*”, “*Kolaylaştırma Komitesi’ nin 4 – 7 Nisan 2017 tarihlerinde gerçekleşen 41. Oturumunda ve Deniz Güvenliği Komitesi’nin 7-16 Haziran 2017 tarihlerinde gerçekleşen Oturumunda, ortaya çıkan siber tehditler ve güvenlik zaafları konusunda denizcilik sektörünün bilinçlendirilmesine acil ihtiyaç nedeniyle hazırlanmıştır. MSC-FAL.1/Circ.3 Guidelines on maritime cyber risk management.*

B. ULUSLARARASI DENİZCİLİK BİRLİKLERİNİN ORTAK ÇALIŞMASI

BIMCO, IUMI, , ICS, Intertanko, Intercargo, ve Cruise Lines International Association ve “Oil Companies International Marine Forum” bir araya gelerek “Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi” adlı bir kitapçık hazırlamıştır¹⁵.

Bu rehber tavsiye niteliğinde olup amacı, donatanlar ve işletenlere, operasyonlarını nasıl değerlendireceği konusunda bilgi sunmak ve gemilerinde bulunan siber sistemlerin güvenliğini sağlamak için gerekli prosedürleri ayrıntılı olarak örneklerle ele almaktadır¹⁶.

C. DENİZCİLİKTE SİBER RISK YÖNETİMİ

Siber emniyet ve siber güvenlik risklerinin yönetimi denizcilikte güvenli bir çalışma ortamının sağlanması bakımından son derece önemlidir. Denizcilik faaliyetlerinde siber risk yönetimi IMO tarafından hazırlanan “*Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi*” madde 3/5 uyarınca, şu unsurları içermelidir¹⁷;

Tanımlama : siber risk yönetiminde yetkili olan kişilerin belirlenmesi ve sorumlulukların tespit edilmesi, sistemi ve sistemin kapsamını ve verileri ve yine sistemin bozulması halinde gemi faaliyetlerine ilişkin doğacak risklerin tanımlanması.

Koruma : risk kontrol süreçleri ve önlemlerinin uygulanması ve bir siber saldırıya karşı korumak için acil durum planlanması, denizcilik operasyonlarının sürekliliğinin sağlama alınması

Belirleme : bir siber olayını zamanında belirlenmesi için gerekli faaliyetlerin geliştirilmesi ve uygulanması.

Karşılık verme: bir siber saldırı karşısında denizcilik hizmetlerinin ve operasyonun bozulması tehlikesine karşı gerekli faaliyetlerin geliştirilmesi, uygulanması direnç sağlanması ve onarılması.

Telafi edilmesi: bir siber saldırı sonucunda denizcilik hizmetlerinin etkilenmesi halinde siber sistemin yedeklenmesi ve onarılmasına ilişkin gerekli önlemlerin tanımlanması .

IV. DENİZCİLİKTE SİBER RİSKLER VE SİGORTA TEMİNATI

Denizcilikte siber risk yönetiminin bir unsuru olarak siber risklerin sigorta teminatı alınması önemlidir. Siber riskler, siber güvenlik poliçesi ile veya deniz sigorta poliçelerine ek olarak siber güvenlik teminatı almak suretiyle sigortalanabilir¹⁸.

15 <http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/resources/safety-security-and-operations/guidelines-on-cyber-security-onboard-ships.pdf?sfvrsn=16,9.11.2017>.

16 <http://www.ics-shipping.org/docs/default-source/resources/safety-security-and-operations/guidelines-on-cyber-security-onboard-ships.pdf?sfvrsn=16,p.1>

17 MSC-FAL.1/Circ.3 “Guidelines On Maritimecyber Risk Management”, madde. 3.5

18 *BIMCO, IUMI, , ICS, Intertanko, Intercargo, ve Cruise Lines International Association ve “Oil Companies International*

Uygulamada standart siber güvenlik sigortası ile siber saldırının gerçekleşmesi sonucu dijital varlıkların örneğin veri ve programların uğradığı maddi hasar, iş faaliyetinin kesilmesi nedeniyle doğan kayıplar ve bu sebeple ortaya çıkan masraflar, siber gasp nedeniyle sistemin yeniden çalıştırılabilmesi için verilen fidye, gizlilik taahhüdünün ihlalinden doğan sorumluluklar, IT sorumluluğu, idari para cezaları, masraflar ve giderler, kriz yönetimi masrafları (örneğin bildirim masrafları, adli masraflar) teminat altına alınır¹⁹. Böylelikle, örneğin, siber saldırı sonucu veri tabanının zıyaı veya gemi ekipmanının arızası nedeniyle verilen idari cezalar nedeniyle doğan zararın siber risk sigortası kapsamında tazmini mümkündür. Siber güvenlik sigortası şahısların uğradığı bedeni zararları ve mallara gelen zıya ve hasardan sorumlu değildir.

Her zaman geminin ve/veya yükün uğradığı zıya veya hasar doğrudan siber riskin gerçekleşmesi nedeniyle doğmayabilir, örneğin siber saldırı sonucu bir geminin yanma, batma veya başka bir gemiye çatma sonucunda üçüncü şahıslara karşı doğan sorumluluk, şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu durumda ortaya çıkan zararın tazmini deniz sigorta sözleşmeleri kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

Uygulamada standart tekne²⁰ ve yük²¹ sigorta poliçelerinde siber saldırıların teminat kapsamında olmadığına ilişkin “*Siber Saldırı Teminat Dışı Klozu*” “*Kloz CL380*” bulunmaktadır²². Siber risklerin teminat kapsamı dışında olduğuna ilişkin bir diğer kloz ise, “*Terrorism Form T3 LMA3030 Exclusion 9*”dir. Bu kloza göre, terörizm amaçlı siber saldırıları teminat dışındadır.

Kulüp Sigorta (P&I) poliçelerinde ise²³, siber risklerin teminat dışı bırakıldığına dair bir kloz yer almamaktadır. Ancak “*Savaş ve Terörizm*” klozu ve “*sektörel uygulamaların benimsemesiyle önlenemez olabileceği ve öngörülebilir riskler kapsamında*” değerlendirilmek suretiyle meydana gelen zarar, Kulübün takdir yetkisine dayanılarak teminat dışında bırakılması mümkündür²⁴.

Donatanın siber saldırılar sonucu ödediği fidyeler nedeniyle doğan finansal kayıpları kulüp sigortası teminatı kapsamında değildir. Fidyeye ödemeleriyle d kaybın ancak kulübün takdir

Marine Forum” tarafından hazırlanan “*Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi*” sh.35-36

19 Cyber Risk and Insurance, An Introduction to Cross Class Cyber Liabilities, January, 2016, Norton Rose Fulbright, http://www.maritimelondon.com/wp-content/uploads/2016/01/005_Cyber_Risks_Combined_-110116.pdf, .

20 <https://www.swedishclub.com/upload/174/18.increased-value-hull-interest.pdf>, 10.1.2018

21 [http://www.allianz-cargo.co.uk/rsrc/PDF/\\$file/PolicyWording.pdf](http://www.allianz-cargo.co.uk/rsrc/PDF/$file/PolicyWording.pdf), 10.1.2018

22 Institute Cyber Attack Exclusion Clause 1.1 *Subject only to clause 1.2 below, in no case shall this insurance cover loss damage liability or expense, directly or indirectly caused by or contributed to by or arising from the use or operation, as a means for inflicting harm, of any computer, computer system, computer software programme, malicious code, computer virus or process or any other electronic system. 1.2 Where this clause is endorsed on policies covering risks of war, civil war, revolution, rebellion, insurrection, or civil strife arising therefrom, or any hostile act by or against a belligerent power, or terrorism or any person acting from a political motive, Clause 1.1 shall not operate to exclude losses (which would otherwise be covered) arising from the use of any computer, computer system or computer software programme or any other electronic system in the launch and/or guidance system and/or firing mechanism of any weapon or missile..*

23 **Didem Algantürk Light** ; Deniz Sigorta Hukukunda Kulüp Sigortası, İstanbul 2006shç 3 vd.

24 **Rupert Banks**, “Cyber risks and P&I insurance implications”, https://www.safety4sea.com/wp-content/uploads/2017/10/Standard-Club-Cyber-risks-and-PI-insurance-implications-2017_10.pdf, 10.1.2018 ; <https://www.ukpandi.com/knowledge-publications/industry-issues/industry-developments/cyber-security-at-sea/>; <https://www.steamshipmutual.com/loss-prevention/cybersecurity.htm>, 11.11.2017

yetkisine bağlı olarak veya bir P& I riskini önlemek ya da azaltmak için ya da bir müşterek avarya masrafı olarak taşıma sözleşmesinin ihlali nedeniyle yük ilgililerinden talep edilememesi nedenleriyle sınırlı olmak tazmini mümkündür²⁵. Özellikle son dönemlerde gerçekleşen Wannacry/Notpedya gibi siber saldırı nedeniyle yapılan fidye ödemelerinin sigorta teminatı kapsamında tazmin edilebilmesi için sigorta poliçesinde bu tür risklerin teminat kapsamında olduğunun ayrıca belirtilmesi gereklidir ve bu risklerin “*kaçırılma – fidye sigortası*” teminatı kapsamına alınması gereklidir.

Deniz sigorta poliçelerinde veya siber sigorta poliçelerinde teminat altına alınan siber risklerin ve siber risklerin gerçekleşmesi sonucu doğrudan doğruya ve dolaylı risklerin (örneğin batma, yanma, çatma gibi) poliçede hiçbir tereddütte yer vermeyecek şekilde tek tek tanımlanması sigortalı açısından önemlidir²⁶. Sigorta poliçesinde siber riskler teminat dışında bırakılmış ise, siber saldırı sonucu doğacak zıya ve hasarın tazmini bu kloz nedeniyle mümkün olmayacaktır²⁷.

Deniz sigortalarında yer alan siber saldırıları teminat dışında tutan bu klozlar karşısında denizcilik sektörünün siber risk sigortası yaptırma ihtiyacı vardır²⁸. Bu nedenle, siber risklere ilişkin ek teminatların poliçeye dahil edilmesi gereklidir. Bunun yanı sıra, siber riskler ile ilgili sektörel uygulamaların ve tavsiyelerin örneğin IMO ve BIMCO, IUMI, , ICS, Intertanko, Intercargo, ve Cruise Lines International Association ve “Oil Companies International Marine Forum” bir araya gelerek hazırladığı “*Gemilerde Siber Güvenlik Rehberi*”lerininin takip edilerek uygulanması önemlidir.

Sigorta sektörünün de, denizciliğin karşı karşıya kaldığı siber tehlikelere ilişkin bu konuda özel olarak siber risk analizini yaparak, prim dengesini sağlamak suretiyle büyük kayıplara yol açacak bu tür riskleri sigortasız bırakmamaya özen göstermesi gereklidir.

25 <https://www.westpandi.com/About-Us/Underwriting/Piracy---Kidnap-Ransom->, <http://www.gard.no/web/updates/content/52041/piracy-and-insurance>, 11.11.2017

26 Siber tehlikelere ilişkin sigorta teminatı kapsamında olmayan riskleri sigortalayan “cyber gap insurance” “siber boşluk sigortası” ile teminat altına alınabilmesi mümkündür, <http://www.oliverwyman.com/content/dam/marsh/Documents/PDF/UKen/Cyber%20Gap%20Insurance%20Cyber%20Risk%20Filling%20the%20Coverage%20Gap-07-2014.pdf>, 11.11.2017

27 <https://www.reuters.com/article/us-shipping-insurance-cyber/insurance-gaps-leave-shipping-exposed-to-growing-cyber-threats-idUSKBN14W1EA>, 11.11.2017

28 Cyber Risk and Insurance, An Introduction to Cross Class Cyber Liabilities, January, 2016, Norton Rose Fulbright, http://www.maritimelondon.com/wp-content/uploads/2016/01/005_Cyber_Risks_Combined_-110116.pdf, , 10.1.2018

Topic: The United Nations and the Management of Humanitarian Crisis Risks: An Analysis Based on the Contractualist Philosophies of Thomas Hobbes and John Locke

Emerant Yves OMGBA* 

Abstract

This article is a sociology of international law analysis that aims to understand and better assess the application of the United Nations Charter regarding the management of humanitarian crisis risks, on the basis of the logic that underpins the creation, structuring and functioning of the United Nations. By confronting this logic with the Hobbesian and Lockean contractualist philosophies, this article notices its identification to these philosophies, with a Hobbesian predominance. Consequently, the results of the United Nations efforts with regard to the management of humanitarian crisis risks are considerable but are not sufficient to meet the problem of perpetual insecurity for all members of international society. The answers to the problem of insecurity theorized by Hobbes and Locke, although valuable, are limited in their conception of human nature, particularly its ontological individualism. It is from the option for an orientation of this one that result their respective models of political formations which do not make it possible to curb the insecurity under an identity basis that persists in the case of the United Nations mission regarding the management of humanitarian crisis risks. Thus, another orientation of that individualism, especially towards the sense of an ontological identification of Men could have reinforced these solutions, not only on a purely ethical basis, but also on the concrete evidence that the pursuit of security of some to the detriment of others, on a discriminatory identity basis is the main factor of insecurity for all. So for better results from the commitment of crisis risks management, the United Nations have to address this major issue.

Keywords: United Nations, Thomas Hobbes, John Locke, Humanitarian Crisis, Contractualism

INTRODUCTION

Humanitarian crisis are recurrent phenomena in human societies reason why, they must be studied and dealt with. The consequences they entail justify the humanitarian intervention whose purpose is to protect victims by performing some activities responding to the emergency and to consider possible future crisis. Although this last objective is currently the subject of a consensus, this has not always been the case because the humanitarian intervention has long been

* Yurtdışı Türkler ve Akraba Topluluklar Başkanlığı İbni Haldun Sosyal Bilimler Burs Programı Bursiyeri, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Doktora Programı Öğrencisi, E-Mail: emerantakoudou@marun.edu.tr

confined to emergency situations. But it is obvious that crises are not born *ex nihilo*, they have causes against which effective actions have probably been taken to prevent them from reaching a point of saturation materialized by the crisis. It is clear that a humanitarian intervention ignorant of this state of affairs would quickly appear partial and inevitably inefficient, hence the tendency today to emphasize on crisis risk management. It is a set of activities of paramount importance for the benefit of communities at risk of humanitarian crisis. It helps to protect the most basic right of life, more than emergency intervention can do. Crisis risk management is part of the overall framework for security efforts. It is a set of activities that are carried out in order to ensure security of people and goods, intervene upstream of the crises in order to avoid their appearance or at least to reinforce the resilience of the populations facing those crisis. The lessons learned from many of them made it possible to involve the field of development as a component of crisis risks. This area of activity is a concern for the entire international community and is formalized among other international organizations, the most prominent of which is the United Nations (UN).

The UN finds itself as the organization at the heart of international relations and cannot escape the substance of all advanced theoretical approaches to better understand them. Their developments make it possible to understand from several angles the logic that frames the exercise of its missions. The myths of the state of nature developed by Thomas Hobbes and John Locke are among the most edifying intellectual contributions attempting to understand human nature and to find the political organization most appropriate to this nature. These are states characterized by insecurity, in which men would have lived before entering the political society as the solution to this insecurity. Each starts from a different conception of human nature and adapts a model of social formation in response. Generally regarded as contractualists, in that they postulate the contract as a mode of constitution of the political society and they fundamentally recognize that man is rational. Their analysis focuses on the internal society and to varying degrees, the international society. The internal or state political society is the first concerned by these theories because it presents itself as the answer to the state of nature. International political society is concerned only by raising these theoretical constructions on an international scale. Just as the internal political society is a society of individuals, so the international political society is a society of states.

The UN being the organization which would represent an organized international society deserves to be analyzed in a way that is suited to these theories because the context of its creation is interesting for such an analysis. Indeed, the Second World War embodying the failure of the League of Nations, the UN should be a guarantor of a new international order responsible for centralizing international affairs and leading nations on ways of lasting peace and, without no doubt, the management of humanitarian crisis risks contributes to this. Undoubtedly, the UN was born with noble goals. Their creation is thus identified with the mode of transition from the state of nature to society as developed by Hobbes and Locke.

Analyzing the management of humanitarian crisis risks by the United Nations in the light of the contractualist philosophies of Hobbes and Locke is to analyze the identification of the UN spirit with that of these theoretical models. Then, to analyze the quality of the results of the office of this organization within the general framework of international security, especially in the field that concerns us, the management of the risks of humanitarian crisis, which would finally make it possible to appreciate the solutions to the problem of insecurity that these theoretical models proposed to solve.

This article is a Sociology of international law Analysis, especially the United Nations Charter, as it will attempt to address the socio-political and historical elements, in this case those of the contractual philosophies of Hobbes and Locke, which are the basis of this charter, which will allow us to better understand the quality of application that it knows with regard to the management of humanitarian crisis risks.

We postulate that the UN was built on the logic of these philosophies. In 70 years of existence, the results of the UN Office with regard to the management of humanitarian crisis risks – which is part of the goal of international security – are considerable but are not sufficient to meet the problem of perpetual insecurity for all members of international society. The answers to the problem of insecurity theorized by Hobbes and Locke, although valuable, are limited in their conception of human nature, particularly its ontological individualism. It is from the option for an orientation of this one that their different models of political formations result which do not make it possible to curb the insecurity under an identity basis that persists in the case of the office of the United Nations, in its nations, as regards the management of the risks of commitment in the management of humanitarian crisis risks. Thus, another orientation of that individualism, especially towards the sense of an ontological identification of men could have reinforced these solutions, not on a purely ethical basis, but on the concrete evidence that the pursuit of security of some to the detriment of others, on a discriminatory identity basis is the main factor of insecurity for all. Thus, for lasting results in the management of the risks of humanitarian crises, the United Nations should strengthen its office to sensitize the whole international community on the ontological identity of men so that it grounds the application of its Charter. Our analysis will therefore focus on three main points:

- The general logic behind the creation of the United Nations (I);
- The management of the risks of humanitarian crises by the UN in reference to the general logic of its creation (II);
- For a better productive humanitarian crisis risk management commitment in the United Nations (III)

I. THE FOUNDATION OF THE CREATION OF THE UNITED NATIONS: SECURITY UNDER THE HOBBSIAN AND LOCKEAN PRIMS

In a sociology of international law perspective, the creation of the United Nations is based on a set of obvious ontological, socio-political and historical reasons, which can be traced back to the existential tendency of man in search of security (A), whose materialization, can we say, corresponds to contractual philosophies of Thomas Hobbes and John Locke (B).

A. THE EXISTENTIAL GOAL OF MAN: THE PRESERVATION OF BEING BY THE SEARCH FOR SECURITY

The purpose of human society is one of the most analyzed questions of scholars of all epochs. It has given rise to a multitude of answers, all of which are found, however, around a common denominator: the conservation of being. Most divergences are concentrated in the apprehension of the way in which this conservation of being is achieved. Aristotle is doubtlessly amongst the first to maintain that the purpose of man is the preservation of his being¹.

Aristotle is undoubtedly among the first to maintain that the finality of man is the preservation of his being.² This assertion has not been challenged and rightly so. Indeed everything is, in itself, a substance, a reality. Then, it is not a question of all substances, of all realities but of “this” substance, of “this” reality. It is therefore inscribed in the nature of a thing its own “law”, so that it should be said that one thing is “that law”. But every law calls for its respect, for its confirmation, which is nothing but the reality that it represents. In this sense, if a law calls for its respect, it is logical to think that it does not call for its disrespect which would aim to oppose it and to encourage a nullity that it does not find itself in reality. Thus, we can say that Man is “that thing”, “that substance”, “that reality”, “that law” which calls for respect and confirmation and which is therefore not intended to disappear but to perpetuate. If man does not aim to disappear, but to perpetuate himself, it is clear that he seeks only to preserve himself. So the preservation of life is therefore the ontological tendency of the human being. Man is inclined to preserve himself.³

1 D. ABEL, *Theories of Human Nature: Classical and contemporary Readings*. New York: Mcgraw-Hill, 1992; P. LOPTSON, *Theories of human nature*, Peterborough: broadview, 3rd ed. 2006

2 L. COUNNARI, *Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques*, Philopsis: Revue numérique, <http://www.philopsis.fr> F. X. CHENET, KANT, *Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique*, Philopsis éditions numériques 147 p. 2008 ; F. NIETZSCHE, *La volonté de puissance*, 2 tomes, coll. «tel», Gallimard, Paris, 1995

3 G. TANZELLA-NITTI, “The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws”, *Acta Philosophica*, n°6, 1997, pp. 237-264; A. SILVA TAROUCA (de) « L'idée d'ordre dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin ». In: *Revue néo-scholastique de philosophie*. 40^e année, Deuxième série, n°55, 1937. pp. 341-384

Hobbesian⁴ and Lockean⁵ state of nature myths asserted the ontological tendency of man. However the fundamental point of divergence is how to mean this tendency. Indeed, for Hobbes, in the state of nature Man is a wolf for man, because all seeking, on a natural egalitarian basis, to be confirmed, competition become the behavioral logic structuring their daily lives. Since men cannot trust each other in respect of the natural law, for everyone mistrust is the most widespread feeling. Thus in the Hobbesian state of nature, the conservation of being is summed up by means of violence.⁶ It is the war of all against all. For Locke, a man being naturally equal in freedom and naturally inclined to rationality, the conservation of being is done naturally or is called to be done peacefully because any idea of subordination of one man by another is impossible.⁷

Finally, Hobbes and Locke converge in the fact that they perceive a human being as an individualistic being.⁸ It is therefore at the level of the orientation of this individualism that they separate. For Hobbes, the individualism of man refers to natural selfishness, whereas for Locke this individualism is naturally altruistic. However, Locke acknowledges that there is possibility of insecurity in the state of nature from the possibility for individuals not to behave like rational beings as they are in reality and interfere in a negative way in the freedom of others.⁹ Thus for Locke, in the state of nature, the rationally altruistic natural individualism of man is the principle, and irrationally selfish natural individualism is the exception. Whereas for Hobbes, in the state of nature, the principle without exception is rationally selfish natural individualism. The solution to this exceptional and principle problem therefore leads the two authors, each in their own way to consider the constitution of a state of the society. It goes without saying that the problem being perceived differently, the solution in turn could not be identical.

For Hobbes, the state of society consists in this political form where all individuals concede their full powers to the hands of a single person or an assembly, charged with ensuring the safety of all. Having now all the strength and monopoly of its exercise, this individual or this assembly has all the guarantees to be feared and to establish the order and thus a climate where each one can

4 Th. HOBBS, *Le Citoyen*. Paris : Flammarion, 1982 ; R. HARDIN , “Hobbesian political order”, *Political theory*, n°19, 1991, pp. 156-180; R. HARDIN, “Law and social order”, *Philosophical issues, Social, political and legal philosophy*, 11, 2001; R. HARDIN, “Hobbesian political order”, *Political theory*, n°19, 1991, pp. 156-180F. PALLADINI, “Pufendorf disciple of Hobbes: The nature of man and the state of nature: The doctrine of *socialitas*”, *History of European Ideas*, n°34, 2008, pp. 26-60; B. RUSSELL, “Hobbes’s Leviathan” Chapter VIII, *A history of western philosophy and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*, Simon and Schuster, New York, pp. 545-557

5 J. LOCKE, *Traité du gouvernement civil*. Paris: Flammarion, 1992; B. RUSSELL, op.cit. “Locke’s Political Philosophy”, Chapter XIV, pp. 610-640

6 “The natural state of men, before they had formed societies, was a perpetual war, and not only that, but a war of all against all.” Th. HOBBS, *ibid.* P. 99

7 “Reason [...] teaches all men, if they wish to consult it, that, being all equal and independent, no one should harm another, in relation to his life, his health, his freedom, to his good “. J. Locke, *Ibid.* p. 145

8 F. TRICAUD, « Hobbes et Locke : convergences et divergences », in: XVII-XVIII. *Bulletin de la société d'études anglo-américaines, des XVIIe et XVIIIe siècle*, n°25, 1987. P. 77

9 It is indeed possible that the conflict arises when an individual moved by his passions declares to another, either by words or by actions, that he wants to his life”. J. Locke, op. cit. p.156

pursue its own conservation in complete safety.¹⁰ For Locke, however, individual being naturally free, the social configuration which he envisages is that which confirms this nature of man. Thus, the transition to society requires a contract between all individuals to create this entity that will ensure the security of everyone in his natural freedom to preserve himself. And the authority of the power conferred by the social contract is responsible for his government in front of all the individuals who can thus revoke him because having preserved this freedom to do it.¹¹ This is fundamentally the difference with Hobbes because individuals, by fully granting their liberties to one, it is clear that they no longer have the opportunity to remove him and he becomes logically irresponsible to his governed. He is responsible only to himself.¹² This way of conceiving political society would finally suggest that the freedom of individuals is the most harmful element for each other and therefore the solution lies only in the renunciation to it.

The preservation of being thus passes to Hobbes only in the renunciation of the founding freedom of the State. For Locke, freedom is the most characteristic good of man and only because it can be irrationally threatened in the logic of confirmation of being in the state of nature that the political society is instituted. The conservation of the being cannot then pass by the renunciation of the freedom but by its conservation because it remains the only rampart against the governors who would decide not to respect the social contract.

In this way, we finally discover the place of freedom in the theoretical undertakings of Hobbes and Locke. Freedom is a natural attribute perceived as a power. For Hobbes, it is a harmful power because it finally leads to the insecurity of all. The solution is to sum it up and give it to one who will ensure the safety of all, even if he remains free against all. For Locke, freedom is a power that can only be harmful in exceptional circumstances; a situation that must be corrected by a social constitution in which this natural power is protected against any irrational encroachment and secured to the level it allows the dismissal of failed guarantor to secure it in all that nature.

In the different conceptions of Hobbes and Locke of the political society, one can thus see the respective germs of absolute power and democratic power.

10 *The advent of political society passes by the submission of the will of all individuals to that of a single man, or an assembly. The one to which one submits acquires so great strengths, that they can shake all those who wish to disunite and break the bonds of concord; which holds them back in duty and obedience.* Th. HOBBS, op.cit. p. 144. B. RUSSELL, op. cit. pp. 555

11 *... So that the people must be considered, in this respect, as always having the sovereign power, but not however as always exercising this power* J. Locke, op. cit., p. 254. *With regard to the legislative power, he declared that since the legislative power has been entrusted, so that those who administer it act for certain ends, the people still reserve the sovereign power to abolish the government or to change it, when they see that the leaders, in whom they had placed so much trust, act in a manner contrary to the end for which they had been invested of authority.* J. Locke, ibid, p. 253. B. RUSSELL, op. cit. pp. 629-633

12 *The sovereign is not attached to civil laws for he would be obliged to himself, nor can he be obliged to any of his fellow-citizens.* Th. HOBBS, op. cit., p. 159. *Finally, from the fact that every individual has submitted his will to the will of the one who possesses sovereign power in the state, so that he cannot employ against himself his own forces; it follows clearly that the sovereign must be unjustifiable, whatever he undertakes.* Th. HOBBS, Ibid., p. 155

At this level it is necessary to make a first conclusion: The final tendency of the man is thus its conservation by the perpetual search for security. Political society is therefore the means to reach this end. The question then is what is the translation of these theories into the international political society embodied by the United Nations?

B. THE TRANSLATION OF THE HOBBSIAN AND LOCKEAN SOCIAL CONTRACTS IN THE INTERNATIONAL UNITED NATIONS ORDER: A MIXTURE

The myths about the state of nature have allowed their authors to construct arguments about the nature of man and the purpose of political society. Therefore, they should not be seen as historical realities but as models for generally understanding the meaning of men's efforts in the campaign of life. The observation of international society as embodied by the United Nations falls within the limits of their interests.

The Westphalian Treaties dedicated to the state configuration of the European world. For the most part, domestic political societies are characterized as human groups located within the boundaries of a specific territory under the authority of a government to direct its destinies. It cannot be doubted that the fundamental objective of a government elsewhere, at least as proclaimed in the Constitutions, is to work for the development and well-being of people on its territory. In history, absolutism has progressively declined, at least in official consecration, to give way to democracy. Indeed, it would have soon turned out that the hobbesian model of government was an individual like everyone else who sought to preserve his being. Finding himself as the repository of absolute power, he embodied a perpetual threat to security of the governed. Because he owned law and force, it was possible to serve his selfish interests. Social and political revolutions have allowed a gradual foundation of political organization forms where all powers are no longer concentrated in the hands of a single individual and where the freedom and rights of individuals are taken into account.¹³ Thus, the evolution of political ideas in international society today makes it possible to observe the democratic model as dominant because it is judged as the most likely to allow the preservation of being and the security of individuals. That seems then to move the realization of this political social purpose internally to a problem of governance.

In the international level, it must be said that international society is a society of states with no authority that would impose on them without their consent. It is a society of sovereign entities that they have established as a framework of cooperation enabling them to realize both individually and collectively the well-being and the fulfillment of the individual. The United Nations is the most eminent framework of cooperation that States have established. What analysis can be made

13 We can take as example the French revolution The French Revolution that was a period of deep political and social transformations that faced France from 1789 to 1799. That Revolution is the final opposition to the absolute Monarchy under the reign of Louis XVI and under which citizen were denied basic rights and endured economic injustices. The main consequence of the revolution was the overthrow of the absolute Monarchy and the establishment of the Republic that had to ground the governance on the Declaration of Human and Citizen Rights. See Th. CARLYLE, *The French Revolution, A History*, Modern Library, May 14, 2002

of the United Nations in relation to the myths of the Hobbesian and Lockean contractualist philosophies?

The preamble of the United Nations Charter states that the People of The United Nations are determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom”.

Undoubtedly, such goals represent the most accomplished trend of an international society in which all the human groups composing it live in harmony both in the national borders and in the international common space. That resolution has for purpose only the preservation of man, his confirmation in its essence.

It is then necessary to analyze what structure this organization has been endowed with in order to realize its lofty ideals. According to Article 7 of the United Nations Charter, the Organization of Nations is composed of a General Assembly, a Security Council, an Economic and Social Council, a Trusteeship Council, an International Court of Justice and a Secretariat. The first two deserve special attention since they could be considered as the main decision-making centers, and therefore the United Nations directories.

The order in which these organs are quoted pre-supposes an order of importance which nevertheless hides reality badly. Indeed, the General Assembly is the body composed of all the member states of the United Nations in an egalitarian principle on a democratic basis. Each state thus has a voice equal to each of the others. Resolutions taken by the General Assembly are not binding. The Security Council is composed of permanent and non-permanent states. Permanent states with the particularity of being superpowers, enjoy an individual veto right that nothing can resist. The resolutions of the Security Council are binding.¹⁴

Thus, as we can see, the Security Council has greater authority over that of the General Assembly. This clearly shows that the more powerful have more authority in decision-making even if they enjoy the same sovereignty. In fact, this directing structure of the United Nations responds to a combination of Hobbes’ and Locke’s solutions to insecurity from the state of nature. Indeed, the

14 *In any case, the organ is very singular, unparalleled in any other international, universal or regional organization. Not so much because it is a small body, comprising only a part of the members, and a very small part (15 out of more than 180, or about 8% of the members), but much more because of the inequality deep among its members themselves, 5 permanent members on one side, 10 non-permanent, elected for two years by the General Assembly, on the other. These permanent members (...) are nominally designated in the Charter, that is, if not intangible at least strongly protected against any change. Finally, they have the privilege, unique to the United Nations, of the right of veto, that is to say, they can block individually any resolution that does not suit them, including if it concerns them. In other words, on the one hand, they are above the Charter – we cannot exclude them without their consent – and on the other hand, the Charter cannot function without their agreement.* » S. SUR, « Le conseil de sécurité : blocage, renouveau et avenir », Pouvoirs 2/2004, n° 109, pp. 61-74

logic of the Security Council tends to respond to the Hobbesian logic while the General Assembly tends to respond to the Lockean one.

Hobbes defends the solution of transferring all natural powers to a single or an assembly that will be responsible for ensuring collective security. This individual or this Assembly thus acquires an unlimited power, having the capacity to impose its force on all. He is accountable only to it. The United Nations Security Council stands as the guarantor of peace and international security, and the decisions it makes at this level are infallibly respected. It is in fact an Assembly, from Hobbes' point of view, whose composition, however, tends to betray the identification with the theoretical model of the latter. Under Article 23 (1) of the Charter of the United Nations, "The Security Council shall consist of eleven Members of the United Nations. The Republic of China, France, the Union of Soviet Socialist Republics, the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, and the United States of America shall be permanent members of the Security Council. The General Assembly shall select six other Members of the United Nations to be non-permanent members of the Security Council, due regard being specially paid, in the first instance to the contribution of members of the United Nations to the maintenance of international peace and security and to the other purposes of the Organization, and also to equitable geographical distribution. "

As we have seen, the members of the Security Council do not all have the same status because there are some who are permanent and others who are not. In addition, those who are permanent have an additional right of veto with obvious consequences. The use of the latter renders ineffective all decisions that would be taken even by a majority by the other members of the Council. Thus within the Security Council, there is a predominance of the Hobbesian model of governance and a semblance of the Lockean model: it is a democratic assembly where some make the law.¹⁵

In reality, it must be thought that the presence of other States in the Security Council on a non-permanent basis on a rotating basis would have been very obvious of the predominance of certain States on the most crucial issues of human societies, namely peace and security. It would have been quickly perceived blatantly discriminatory. It was therefore necessary to organize the situation in a democratic and egalitarian way by giving all States the opportunity to participate with the right to vote. This formula, which does not reduce the reality of the inequality ratio, certainly helps to reduce the strength of possible uprisings. Other states have the opportunity to participate in this prestigious Council even if only one veto of a permanent member has the power to block everything.

15 *The right of veto seems objectionable, whether one places oneself in the field of efficiency or that of representativeness. On the first, it is clear that it constitutes an obstacle to the decision-making capacity of the Council, which is unable to intervene since its action would not be suitable for a permanent member, whatever may be the case. Threats or breaches to international security. As for representativeness, how can one accept this exorbitant prerogative granted to permanent members only, who makes the Council hostage while placing them above the Charter? The trial is classic, and there is little need to insist on it. It concludes with a negative judgment on the UN organization of collective solidarity. It presupposes that all are in solidarity with each other's security, that the Member States subordinate, at the very least, their national interests to the objectives of the Charter. But the right of veto affirms the supremacy of some national interests on the whole. S. SUR, ibid.*

The legitimacy of the Security Council in its composition and functioning depends mainly on the accession of States to the United Nations. Joining the United Nations means adhering to its Constitutive Charter, which states in Article 24 (1) that “In order to ensure prompt and effective action by the United Nations, its Members confer on the Security Council primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and agree that in carrying out its duties under this responsibility the Security Council acts on their behalf “. The wording of this article confirms the Hobbesian way of passing from the state of nature to the state of society. The Second World War is undoubtedly one of the historical events that translate in fact and by approximation the myth of the state of nature developed by Hobbes. Indeed, at that time, there is almost no order in international society if we take into account the failure of the League of Nations. However, the attitude of the parties to this conflict reflects a membership of the two Hobbes and Locke models. Indeed, for the camp of the axis, it is an affirmation of excessive international imperialist impulses led by Nazi Germany. It is for this camp, from a maximization of the power to the final effect of conservation of the human groups that they constitute. It shows identification with the attitude of the state of Hobbesian nature. For the allied side, it is a matter of defending oneself against the enemy who is nothing but an actor who has decided not to behave rationally according to the principles of the natural law that makes everyone, equal actors between whom no form of subordination can exist. It was therefore a question of defending oneself against the one or those who came to break the natural order which allows each one to preserve himself in his freedom. This attitude corresponds in general to that of the state of nature developed by Locke.

The war had marked the victory of the allies, as Lockean, the insecurity of the state of nature could be solved only by the constitution of an international political society which was to ensure the collective defense of all its members or States, even if the latter could not exactly take the exact form of the national political society. Indeed, the allies have elaborated an international social constitution integrating both the requirement of respect for the principle of sovereignty and the need for collective cooperation to achieve the security of all its members and therefore a conservation of all human groups constituting them. However, the logic of this society which takes the form of the United Nations, will no longer obey exclusively the Lockean formula, but will be a mixture of it with the Hobbesian formula with predominance of the latter, at least in its leading structure.

After having elaborated the Charter of the United Nations with a Council of Security, a little more powerful of the power of 5 permanent members the winners left it to the free adhesion of the other States. This meant for them that they had, by their sovereignty, the freedom to choose to belong to such a society resolute of noble ideals or to remain outside, in this unorganized state where the risk of aggression and Insecurity was permanent, in a word, in the state of nature. The choice became very clear. And it must be added that the image of the drafters of this charter had been of a certain contribution. For they positioned themselves as powerful actors who had used their power for a legitimate and just purpose to protect their freedoms and those of others threatened by aggressors pursuing unjust, illegitimate and irrational goals. They proposed then to constitute for the benefit of all nations a political framework of cooperation where the freedom

and thus the sovereignty of each one would be respected against any unjust aggression, proposing also to continue to be guarantors of it with all the others, in spite of the fact that they had a few more prerogatives for this task. Given the context, such a proposal was hardly unacceptable both for the independent states of the time and for those that were to be subsequently.

By exercising their sovereignty and on the basis of it, States freely decide to be submitted to the authority of the decisions of the Security Council for the maintenance of international peace and security. Although these are influenced by the veto power of the 5 permanents, each one of them is likely to participate in his decisions when on the basis of the rotation procedure, his turn comes. Contrary to the Lockean social model where individuals can deprive the rulers, this is a mixed model with Hobbesian predominance.

The United Nations General Assembly, for its part, is certainly the most democratic body in the United Nations because states actually have an equal voting right. Essentially, states can only be bound by General Assembly resolutions on their own. And they do not even have a binding force. This testifies here to the inscription on the Lockean model of the social state.

It should be noted that because of the profound and obvious changes in the international arena that they find it difficult to match and respond to, this 70-year-old United Nations structure is being called into question because it is no longer the political and economic configuration of contemporary international society. Everywhere else a reform is called. However, the substance that this reform should take diverges. For some proposals, it should affect the whole organization, for others, it should concern only the Security Council.¹⁶ For others this reform will remain in the proposal stage.¹⁷

According to a mixture of Hobbesian and Lockean social contracts, the creation of the UN is therefore the response of human political communities constituting the international society to their ontological security requirement. It is clear that the application to be given to the constitutive charter of this organization depended on this foundational logic.

16 The Stanley Foundation, *The United Nations and the Twenty-First Century: The Imperative for Change*, Report of the Thirty-First United Nations of the Next Decade Conference, Gleneden Beach, Oregon, USA June 16-21, 1996; Z. A. TUCKER, *United in Progress: A Proposal to Reform United Nations' organizational Structure*, University of Arkansas at Monticello, 2010; E. CHILDERS, *Symposium on The United Nations at Fifty: Creating a More Democratic and Effective UN*, Hesburgh Centre for International Studies, University of Notre Dame Conference December 2, 1994, B. KIMOON, *Reform Under Ban Ki-moon: A Stronger United Nations for a Better World*, United Nations General Assembly Records, 2008. <http://www.un.org/reform/>

17 *In a word, the reform will not happen. It will remain a theme of study and debate, but it is unworkable in the foreseeable future, if only because it requires the unanimous consent of the current permanent members. They multiply the declarations of principle, but are careful not to act. Is reform even necessary, is its absence really a hindrance for the action of the Council? Recent experience shows that no. The Council has been able to take action in difficult circumstances. It has already adapted its practices to new balances, it has more discreet institutional means to achieve this. More deeply, the theme of reform actually reaches the organizing principle of the Council itself, it tends to a revolution, or even destruction rather than consolidation. The Council was conceived from a principle of efficiency and not of representativeness. It is shaping a collective hegemony in terms of peace and security, and not a representative form of an illusory "international democracy.* S. SUR, op. cit.

II. THE MANAGEMENT OF HUMANITARIAN CRISIS RISKS BY THE UNITED NATIONS DEPENDS ON THE GENERAL LOGIC OF ITS CREATION

Humanitarian crisis risk management is a fundamental component of security. Even if it does not fall outside the framework of international peace and security as governed by the United Nations Charter with a predominantly Hobbesian configuration (A), it still remains of a growing interest in the United Nations (B).

A. PANORAMIC ASSESSMENT OF THE UNITED NATIONS COMMITMENT TO INTERNATIONAL PEACE AND SECURITY: A REALISTIC CONTRIBUTION

In seventy years of force of the United Nations Charter, a panoramic assessment of the United Nations commitment to international peace and security is to be considered. After the Second World War, the Cold War took place between the United States and the Union of Socialist Soviet Republics (USSR), indicating clearly leadership aspirations between these two great powers in the conduct of world affairs. All the strategic logics of this confrontation certainly marked the tendencies of the post-war international society within which the United Nations had to concretize the noble objectives of their constitutive Charter. The unfolding of this war at this childhood epoch of United Nations already foreshadowed the kind of relations that States could keep between them while at the same time adhering to the vision of the organization they had created. It is clear that it was the signal that the task of United Nations was not going to be any less easy. After the cold war, we can mention a plethora of conflicts in the world including Yugoslavia, Rwanda, etc. If all these conflicts had called out the United Nations, we must stop at the Rwandan genocide and be astonished of the kind of crimes that took place and almost 50 years after the massacre of Jews which is among the most important reasons why the United Nations was created and with such an unprecedented scale in the history of humanity, in the eyes of the international community. We should think with fear that it is possible that such events occur again in the future.

The end of the East-West conflict has not regenerated either international law or the United Nations. The hostilities triggered by the North Atlantic Treaty Organization (NATO) states against Yugoslavia in 1999 showed that the great powers could bypass the Security Council. This drift strengthened after the attacks of September 11, 2001, the “war against terrorism” launched by the United States. From the overthrow of the Taliban, in the absence of any prior armed aggression legally attributable to the Afghan state, to the intervention in Iraq in 2003, unleashed without the authorization of the Security Council, the unilateral war has made a spectacular comeback on the World Scene.¹⁸

18 O. CORTEN, « La sécurité collective, un rêve contrarié », *Le monde diplomatique*, septembre 2005, p 17

One of the most striking conflicts in the news is undoubtedly the Syrian crisis that has lasted for almost seven years and where the United Nations is struggling to find a definitive solution, one of the most important reasons being the use the veto right in the Security Council.

It must therefore be concluded that the foundations for the creation of the United Nations have no doubt been very noble, but certainly ideal for actors capable of setting them aside from time to time to favor the satisfaction of other interests considered more crucial.

In reality, Locke's fears must be confirmed in his theoretical model. Indeed, it is possible that the sovereign retains his selfish inclinations as the governed, which justifies that all the powers are not transferred to him and that it is always possible to rise against him when he has not been to the height of the confidence of the governed. It is clear that the member states of the United Nations while participating in the noble objectives of their constitutive charter remain dictated by a certain number of own interests which do not always coincide with those of others. The permanent member states of the United Nations Security Council certainly should not be excluded. It is in this climate that the component of security named management of humanitarian crisis risks has been subject of a more and more pronounced interest.

B. THE UN MISSION OF MANAGING HUMANITARIAN CRISIS RISKS: THE PROGRESSIVE AWARENESS OF A CRUCIAL MISSION FOR MODERATE RESULTS

According to Article 1 of the United Nations Charter, the management of humanitarian crisis risks is the first mission of the United Nations. And we understand it because if this organization manages to realize it perfectly, then the noble ideals of the preamble would be concretized. The management of humanitarian crisis risks is therefore of utmost importance for the daily life and future of the International Society.

A humanitarian crisis can be conceived of as situations of an anthropogenic or a natural origin of such magnitude as to cause detrimental consequences to human life and property and thus requiring humanitarian intervention. These situations are situations of profound insecurity that do not contribute to the preservation of being. Thus, the management of humanitarian crisis risks finds itself at the center of the United Nations mandate in its various organs. And we understand that because this area of activity is highly beneficial for the entire international society. It is ultimately one of the most effective means by which security of all its members can be achieved.

Humanitarian crisis have long been subject of mobilization in the emergency phase alone, immediately after or during the onset of the crisis. Until the 1990s this attitude dominated the interventions of the international community and concerned mainly armed conflicts. In addition to the exercise of preventive diplomacy, the Security Council felt more and more called out by the plight of civilians who were at the heart of armed conflicts. The perils that threatened them were now seen as threats to international peace and security. Thus, acting under Chapter 7 of the United Nations Charter, humanitarian interventions were deployed in various contexts of

armed conflicts. In these situations, it was not a matter of preventing conflict but of protecting civilian populations against belligerents. This practice began with the Yugoslav and Somali crisis.¹⁹ In doing so, the Security Council used its right of humanitarian intervention which later conceptually developed to the responsibility to protect.²⁰ The practice has become quite common. As an example we can mention the recent political crisis in Libya and Cote d'Ivoire in 2011.²¹

However, the deployment of these operations is often analyzed as not departing from the highly interested logics of the permanent members of the Security Council. The logic of intervention of the “double standards” is strongly evoked in this practice²² and is confirmed in a number of situations, including the current Syrian crisis, which accounts for a confrontation of very divergent interests. And during this time, the human toll keeps growing.

In view of the progressive development of the practice of the United Nations, it must be considered that Article 1 (1) has been interpreted in favor of armed conflicts. The other part of disaster risk management, dealing with natural disasters, has not received the same basis for international peace and security in its implementation, at least as openly as the United Nations interventions in armed conflict, while also addressing the human security of the endangered population. But if there is one area where the concept of human security²³ has been favorably received is that of natural disasters.²⁴ It has given rise to a more structured framework for action leading to concrete initiatives. Already in 1989, the UN General Assembly adopted a resolution proclaiming the International Decade for Natural Disaster Reduction for the 1990s,²⁵ one of its aims being to “develop measures to evaluate predict, prevent and mitigate natural disasters through technical assistance and technology transfer programs, demonstration projects and educational and training activities ...”²⁶. Also defining the measures to be taken by the United Nations system, it should be read in Article 5 that “United Nations organs, organizations, are urged to give priority in their

19 Security Council Resolution 770 on the Former Yugoslavia, adopted on 13 August 1992, Security Council Resolution 794 adopted on 4 December 1992 on Somalia. See O. CORTEN, P. KLEIN, « L'autorisation de recourir à la force à des fins humanitaires: droit d'ingérence ou retour aux sources »? *Journal Européen de Droit International*, n° 4, 1993

20 M. BETTATI, « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger », *Outre-Terre* 3/2007, n° 20, pp. 381 – 389

21 Resolution 1973 on Libya adopted on 17 March 2011, Resolution 1967 on Ivory Coast adopted on 19 February 2011

22 See A. NOVOSSELOFF, « L'élargissement du Conseil de sécurité : enjeux et perspectives », *Relations internationales* 4/2006, n° 128, pp. 3-14

23 First mentioned in the 1994 UNDP Human Development Report, the concept of human security was somehow sanctioned by Kofi Annan when he told *Le Monde* in 1999 (following the intervention from NATO to Yugoslavia): “The human being is at the center of everything. The very concept of national sovereignty was designed to protect the individual, which is the *raison d'être* of the state and not the other way round. It is no longer acceptable to see governments flout the rights of their citizens on the pretext of sovereignty.” See also, Kofi Annan: “In greater freedom: development, security and respect for human rights for all”, (I. “Living free from need” II. “Living free from fear”, “Living in dignity”, IV “Strengthening the UN”, march 2005, and J.F. RIOUX, (Sous la direction de), *La sécurité humaine, une nouvelle conception des relations internationales*, Paris, L'Harmattan, 2001

24 REVET, S. « « Vivre dans un monde plus sûr », *Cultures & Conflits*, n°75, pp. 33-51 ; S. REVET, « Les organisations internationales et la gestion des risques et des catastrophes « naturelles », in *Les Etudes du CERFI*, n°157, Septembre 2009

25 General Assembly resolution 44/236, 29 December 1989

26 *ibid*

operational activities (...) to planning, prevention of natural disasters, as well as the organization of relief and short-term recovery efforts and the assessment of the risks of economic damage²⁷. At the end of the decade, the International Strategy for Disaster Reduction was adopted²⁸ and the United Nations Office for Disaster Risk Reduction²⁹ was specifically created to facilitate its implementation. It deals mainly with managing hazards of natural disasters and strengthening the resilience of populations to them. Then, at the end of the World Conference on Disaster reduction, held in Kobe (Hyogo, Japan) from 18 to 22 January 2005, adopted the Framework for Action 2005-2015, at the benefit of resilient Nations and communities facing disasters.³⁰

Finally, at the end of the Hyōgo Framework for Action, the Sendai Framework for Disaster Risk Reduction 2015-2030 was adopted at the Third United Nations World Conference on Disaster Risk Reduction, which is held in Sendai, Miyagi, Japan, from 14 to 18 March 2015. Its objective is to substantially reduce the loss and risk of disasters in terms of human lives, livelihoods and health, people, and damage to the economic, physical, social, cultural and environmental assets of individuals, businesses, communities and countries.³¹

These frameworks for promoting disaster prevention have had significant results on the ground, combining both the development and humanitarian fields.³²

Thus, the meaning given to the concept of security has grown more and more in the United Nations, because of greater consideration of human dignity and human rights. States quickly realized that making security the only prerogative of the State made possible many abuses on populations. It is precisely for the benefit of the latter that the state apparatus finds its reason for being. It thus spread that any sovereignty directed towards the oppression of civilians was a sovereignty against which the international community had to stand and that it had to reframe, if necessary, by the use of force. The threat threshold has also grown and no longer only includes military and law enforcement threats. Threats of all kinds, generally related to the lack of socio-economic development, had to be taken into account now, as their critical consequences also gave rise to insecurity. It must be noted that this represents major advances of the international society in its real goal of seeking security for all its members.

However, the practice still bears witness to many realities which it would be naive to avoid. States persist in behaving according to an individualistic logic characteristic of the state of nature. For

27 *ibid*

28 General Assembly Resolution 56/195: International Strategy for Disaster Reduction, December 21, 2001

29 "The inter-agency secretariat of the Strategy should be strengthened to enable it to carry out its functions effectively, including centralizing coordination of disaster reduction within the United Nations system and synergizing prevention activities. disasters of the United Nations system and regional organizations and activities in the socio-economic and humanitarian fields" Article 6 of Resolution 56/195

30 United Nations, World Conference on Disaster Reduction, Report of the World Conference on Disaster Reduction, Kobe, Hyogo, Japan 18-22 January 2005, 16 March 2005, A/CONF.206/6

31 United Nations, Sendai Framework for Action for Disaster Risk Reduction 2015-2030, p.12

32 According to UNISDR 2014 and 2015 reports

the management of the risks of humanitarian crisis to produce more substantial results, it is necessary to go beyond realistic logic.

III. FOR A BETTER PRODUCTIVE HUMANITARIAN CRISIS RISKS MANAGEMENT COMMITMENT IN THE UNITED NATIONS

The management of humanitarian crisis risks does not yet allow exponentially meeting the need for security on the international scene. This could be the result of predominance of the Hobbesian model within the UN configuration. In reality, this logic has left behind the problem of identity, which proves to be the real cause of insecurity (A), which must be fundamentally answered by a serious awareness in international society (B).

A. THE CHARACTERISTIC REALITY OF THE UN INTERNATIONAL ORDER: A PERPETUAL INSECURITY UNDER A IDENTITY BACKGROUND

Without a supreme authority like in internal political societies, the organizational form of an international political society in response to the global insecurity threat that hung over all states was indisputably let anarchy persist.³³ But the persistence of anarchy makes obvious the persistence of the insecurity threat.³⁴ Anarchy is generally understood as the absence of authority or government. But it must be said that if the international political society does not know a government that imposes itself on the States, it cannot be said that it is without authority. Focusing on United Nations, it must be said that States, by ratifying the United Nations Charter, have recognized the existence of a certain authority among themselves. If one stops only on the domain of Peace and Security, there is a whole well-defined procedural framework to which states have consented to be submitted. The authority that exists within the United Nations is a consensual authority.³⁵ If we persist in talking about anarchy in the international society is actually because the States persist to behave as if they had not consented to the existence of an authority between them, behavior characterizing the realistic school of thought in international relations theory. In these situations, then the pursuit of national interests prevails in logic where the means at the disposal of actors allow them. It is possible that these are of multiple orders and focused on the goal to achieve.³⁶ This situation is certainly similar to the attitudes of the

33 J. CHEVALLIER, « Etat de droit et relations internationales » in *Réflexions sur la société internationale, Etudes, Annuaire français de relations internationales*, volume VII, 2006, p.8

34 Anarchy is the basic element structuring the realistic current of thought of international relations. See J.-L. Martres, « De la nécessité d'une théorie des relations internationales ou l'illusion paradigmatique », in M. BERGES (dir), *Penser les relations internationales*, Collection: Pouvoirs comparés, Paris: L'Harmattan, p.30

35 *The creation of the United Nations system has been a major turning point in this respect, contributing to the institutionalization of international relations – institutionalization through the rule of law: a real legal order has gradually been built under the auspices of the United Nations. UN and this legal order is based precisely on a fundamental principle, the prohibition of the use of force – apart from the very limiting assumptions allowed by the Charter. Bringing together almost all states, the UN appears as a world forum, (...) The creation of the United Nations has indeed laid the foundations for a state of international law, admittedly incomplete and eclipses (...)* “ J. CHEVALLIER, op. cit.

36 *In the realistic discourse, (...) national selfishness must prevail over all others. It is not intended to describe a type of*

Hobbesian state where the calculations, the cunning and the search for the best strategy are the everyday life of individuals. The analysis of the neo-realistic School of thought of international relations is relevant at this level. According to her, anarchy shapes the international society but is tempered by a consensual order under power balance.³⁷

No United Nations Member State is excluded from any unlawful behavior. The example of the Palestinian conflict and the Syrian crises, which are very burdensome in terms of human and material losses but linger indefinitely to receive a definitive solution. In reality, the issue of interests is not often brought to the forefront in a clear way, each party seeking to evoke objective reasons, but that question surreptitiously dictates decisions. Economic interests are undoubtedly the ones that dictate the most the foreign policy of the States. These justify all types of strategies to be satisfied.³⁸ This is amply confirmed by the Blunt Report on the United Kingdom's intervention in the Libyan crisis³⁹ according to which the intervention of the international community was dictated by geopolitical, strategic and economic interests officially unacknowledged of some UN Security council members but officially hidden under the responsibility to protect civilian populations. In 70 years of existence, the United Nations has been confronted daily with conflict somewhere in the world.

It must therefore be said that the current international order put in place by States already bore the seeds of a continuation of insecurity that it had come to fix. Finally we could say that this organization came to make the state of nature less apparent and less obvious. Its base is divided between a powerful legal framework and the logic of the state of nature. Although trying to participate in UN according to established rules, each state is far from ignoring the reality of its vital needs that must be met by all means, of course, and even by those who are not consensual. They would present themselves on the international scene as respecting the rules while they would be careful not to present openly all the occult and unavoidable acts they engage in. Thus, since such actions are considered as invisible, their proof is very difficult, sometimes given that the law serves them as makeup.⁴⁰ Many of the Security Council's interventions have been justified on the basis of the responsibility to protect even though it is known that the intervention was deeply justified by the protection of the interests of the intervening powers. The Syrian case of

political system without rules, which no longer exists in domestic or international societies. At most, the realists aim at the idea of a greater degree of freedom in the defense of interests, because the misunderstanding of peoples to questions of international politics leaves their hands freer. This misunderstanding often conceals implicit consent to the use of means derogatory to internal standards. Victory is the only means of legitimation that can be proud of as well as a sporting success. J.-L. Martres, op. cit.

37 J.-F. RIOUX, E. KEENES ET G. LEGARE, « Le néo-réalisme ou la formulation du paradigme hégémonique en relations internationales », *Études internationales*, vol. 19, n° 1, 1988, pp. 72-74

38 K. BOOTH and N. J. WHEELER, *The Security Dilemma: Fear, Cooperation, and Trust* (Houndmills: Palgrave, 2008), Conclusion; R. NED LEBOW, *The Tragic Vision of Politics. Ethics, Interests and Orders*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003

39 C. Blunt (dir.) *Libya : examination of intervention and collapse and the UK's future policy options*, House of Commons, Foreign affairs Committee, Third Report of Session 2016-2017, 14 September 2016

40 Example of United Nations Security Council Resolution 1973; C. Blunt, *ibid.*; Th. HOBBS, *Le Citoyen*, op.cit

non-intervention after six years is a clear example. It is not excluded that many actors pull strings of wars around the world making perfectly sure of the invisibility of their tracks.

But one of the consequences of the state of nature is the perpetual insecurity of all, even those who today are able to satisfy their interests at the price of the sufferings of others. For the strongest is ultimately never the strongest, the most cunning is never the most cunning and he is not immune to the consequences of his own actions despite all the efforts of concealment that he can deliver.⁴¹ Indeed, if in the eyes of all, the situation may seem spotless, nevertheless the victims of such situations do not ignore it and even if they do not have the means to reveal it, they remember the injustice that they can live. It is not uncommon that other kind of weapons will be used by those who feel themselves victims of injustice before an international system which they consider perfectly modeled and mastered to hide the injustices they face. Terrorism is an example. It can be considered as a weapon by which the author can reach his enemy outside of any open warfare and against which he does not want or can actually insure.⁴² It is the very prototype of the strategies in force in the Hobbesian state of nature. Even if there is a consensus on the international scene to denounce terrorism for example, the fact remains that the logic of any system perceived and experienced by some as unfair, will always be to make possible the development of strategies of terrorism as reaction to injustice.

National security is everywhere one of the most crucial areas of public action. It is even it that constitutes the anchor point. The perpetual search for security that allows the preservation of life justifies all the investments that are made in the world in the military field. The budget that the powers devote to it is much higher than the other countries.⁴³ This is a paradox because the most advanced countries in terms of security are those who are always looking for security the most. This would not be possible if they do not live constantly with the shadow of the enemy hovering over them. Rightly or illusorily, this mentality is significant to that of the Hobbesian state of nature. Finally, no one is safe from insecurity.

The same causes producing the same effects, on the international scene the transition from the state of nature to the international political society embodied here by the United Nations was a very indispensable and probably beneficial formula for securing all but limited because it left course to the surreptitious development of insecurity. Considering the theories of the state of nature as developed by Hobbes and Locke, one realizes that they have attempted to solve the problem of the ontological individualism of man that could be used as oppressive means for the natural tendency of being preserved. Whether nationally or internationally, the various solutions proposed by these authors do not guarantee complete security and leave possibilities of the state of nature in the political society granted. In our opinion, these solutions have not been

41 Th. HOBBS, *ibid.*

42 Th. HOBBS, *Le Citoyen*, *op.cit.*

S. LEMAN-LANGLOIS, « Les buts du terrorisme », S. LEMAN-LANGLOIS et J.P. BRODEUR, *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, (2009).

43 See the list from the Institute for Strategic Studies, top 15 countries with the largest military budget in the world in 2015 with the United States in the lead: 597,50 billion dollars, <http://www.iiss.org/> accessed date: March 27, 2018

sufficient to answer the problem of ontological individualism. Regardless of the social formula that would be found if this problem is not well understood, it will always cause insecurity. It must be understood.

In the Hobbesian and Lockean state of nature myths, the individual would be motivated only by the preservation of his being. It is a perpetual search for confirmation of the law of his being. This means that the law of man is that which is the foundation and purpose of his action. In this logic, man is essentially focused on having a look at himself and that is what makes him an individualistic being. However, man belongs naturally to a community, at least one that includes his father and mother. So this individualism of man naturally knows an extension to those with whom he shares the community. It is then an individual community carried to preserve itself. The main characteristic here is the existence of a reciprocal identification link. It is clear that the same link does not exist at first sight between individuals who do not belong to the same community.

The existence of a society in which individuals maintain this kind of link before the political society embodied in the social contract is not contested by Hobbes⁴⁴ and Locke⁴⁵ in their theoretical models. In their understanding, the difference between the two can be located only in the political disorganization of the first and the political organization of the second.

That said, we must ask why the state of nature would be a source of insecurity while everyone is naturally led to manage only his business and his relatives. In the search for their own preservation and / or their community members, in our view, people would have met around something that would have been of common interest and that would have been a source of conflict. And it is not illogical to think that this thing is a good or a resource that would allow them to be preserved.⁴⁶ Only an insufficiency or scarcity of resources unable to satisfy all individuals could cause a conflict between them, each trying to have an advantage. If we imagined a society in which the resources would be unlimited and sufficient for everyone to be able to preserve themselves, it

44 *The idea of the existence of a society before the political society instituted by the social contract is affirmed by Locke and Hobbes. Just as Aristotle declared that man is a political animal, Locke believes that man has a sociable nature. (...) one could argue, although Hobbes does not say it explicitly, that in these animal species the true individual, that one can not divide without doing violence to nature, is the autonomous social group. In any case, there is nothing like it in man. There is one area in which this individualistic conception of humanity manifests itself with particular sharpness: it is the theory of the family, and particularly the link of dependence and subordination that unites children to parents. Indeed, it is traditional to see this as a natural situation, which does not fit well with the individualistic representation of a humanity composed of beings ontologically distinct and independent of each other.* F. TRICAUD, op. cit. p. 78

45 *Locke defines the state of nature as "a state of peace, goodwill, mutual assistance and mutual preservation (...). When men live together according to reason, without any superior on earth, who has the authority to judge their differences, they are precisely in the state of nature.* J. LOCKE (1632-1704), *Treaty of the Civil Government* (1690), French translation of David Mazel in 1795 from the 5th edition of London published in 1728, p.26

46 *By analysing contractualist philosophies of Hobbes and Locke related to the state of nature, we finally notice that the problematic of necessary resources for preserving life takes an important place. These tackled clearly the interest of resources for the ontological purpose and the kind of management they could receive. All their developments treated the equation of preservation of being in function of natural individualism and available resources. See "Hobbes's Moral and Political Philosophy", Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published Tue Feb. 12, 2002; Substantive Revision Mon. Apr. 30, 2018 and "Locke's Political Philosophy", Stanford Encyclopedia of Philosophy, First published Wed Nov 9, 2005; Substantive Revision Mon Jan 11, 2016*

would be necessary to think that the state of war would hardly take place, except to think that men are naturally inclined to make war against each other. Now, as we have seen, the goal sought by man is just security through the preservation of his being.

Moreover, in the presence of a situation of insufficient resources equally coveted by all, conflict would be justified only if individuals do not identify with each other. The identification with each other is very crucial because if it exists it would not lead, at least automatically, to conflict. Because in the face of such a situation, individuals would first be aware of the link that unites them and it is likely that on the basis of this link that they seek, above all, at least to agree on how to manage the situation. The state of war would have finally been the result of a management in conflict mode of a situation of scarcity of the resources destined to the conservation of the being. The state of nature could thus be apprehended as the state in which there would have been individuals who, seeking to preserve themselves according to their natural law, find themselves in conflict for the acquisition or the possession of insufficient resources to enable them to do it, the conflict depending on a lack of identification with each other. In this situation the protagonists judge the settlement of the situation in a confrontational mode if they did not stop to recognize themselves around a common denominator. However, if the primary community connection is lacking, there is still a link between them. This one is simply that they share the same condition. And despite all the differences that could characterize them, they will always share the same ontological reality or existential law: individuals whose natural tendency is the conservation of being and through a resource that concretizes this conservation. It is at this level that they are identical. This idea echoes that of Locke when he argues that:

[It is this equality, where are the men naturally, that the judicious Hooker looks as obvious in itself and so out of contestation, that he makes the basis of the obligation where men are to love each other mutually: it bases on this principle of equality all the duties of charity and justice to which men are obliged to each other. Here are his words:

“The same instinct has led men to recognize that they are no less bound to love others, that they are bound to love themselves. For seeing all things equal to one another, they can only understand that there must be between them all the same measure. If I can only desire to receive good, even by the hands of each person, as no other man can desire for himself, how can I claim to see, in any way, my desire satisfied, if I care to satisfy the same desire, which is infallibly at the heart of another man, who is of one and the same nature with me? If something contrary is done to that desire which everyone has, it must necessarily be that another has to be shocked as I can be. So, that if I harm and cause harm, I must dispose myself to suffer the same harm; there being no reason which compels others to have for me a greater measure of charity than I have for them. That is why my desire to be loved, as far as possible, by those who are equal to me in the state of nature, imposes on me a natural obligation to wear them and to show such affection. For, finally, there is no one who can ignore the relationship of equality between us and other men, who are

others neither ourselves, nor the rules and laws that natural reason has prescribed for the conduct of life. “]”⁴⁷

Now, to the question of knowing which law is man and which he must confirm, man always finds himself providing an answer in one way or another. This is generally summarized as follows: “I am an individual like this ... like that ..., I am this individual in this way ... I am an individual who is characterized this way ...” Such a generic definition of self necessarily calls for an identity phenomenon.

The identity phenomenon can be characterized by a general psychological attitude of individuals having a proper conception of all the material and immaterial traits defining them.⁴⁸ It is this set of collective or individual characteristics by which individuals perceive themselves and approach life. Thus their daily life is lived on the basis of this perception of themselves and others.⁴⁹ Identity is a characteristic fact of states. The human groups that compose them are marked by a multitude of characteristic traits related to race, ethnicity, religion, language, etc. On the international scene, in inter-state relations, it is more of a national identity that merges with the national interest.⁵⁰

The idea of a problematic identity to the ontological conservation of life can only arise if multiple identities are perceived exclusively in their different relationships. It is in fact for individuals or groups of individuals to act on the basis of a conception of their identity as superior to that of others. It is a discriminatory conception of man on the basis of identity. In reality, the basic problem is man’s conception of man. Despite the important development of the idea of human rights, the concept of human dignity, it must be noted that there persists an unequal conception of man by man. Even if we cannot deny the exponential expansion of these concepts, we must note that it persists in mentalities everywhere else that the rights of some have priority over those of some others and therefore that the human dignity on the identity of some is higher to that of some others on the same identity background. It goes without saying that this is not so expressed in the international public space. But this is well observed in all situations of armed conflict, precarious governance of countries and in the visible and invisible logic that surrounds them.⁵¹ Indeed how to think of the generalized killings accomplished with an unprecedented banality? How can we think of the action of arms suppliers and shooters who think only of their interests

47 J. LOCKE, *Traité du Gouvernement civil (1690)*, Traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5^e édition de Londres publiée en 1728, p. 18.

48 The word “identity” comes from the Latin “identitas,” which means “quality of what is the same “, derived from classical Latin idem,” the same “. It is defined as the “character of what remains the same or equal to oneself in time.” *Dictionary of the French Academy*, computerized version: <http://atilf.atilf.fr/academie9.htm> ; See also P.L. BERGER, TH. LUCKMANN, *The Social Construction of Reality*, New York: Doubleday, 1966

49 See M. HOGG, D. ABRAMS, *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes*, London: Routledge, 1988; See also R. JENKINS, *Social Identity*, London: Routledge, 1996

50 See W. BLOOM, *Personal Identity, National Identity, and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990

51 J. WELDES, “Constructing national interests”, *European Journal of International Relations*, September 1996 vol. 2 no. 3, J. W. TALIAFERRO, “Security Seeking under Anarchy: Defensive Realism Revisited”, *International Security*, Vol.25, No.3: 128-161; Ch. TILLY, “War Making and State Making as Organized Crime”, in *Bringing the State Back In*, P. EVANS, D. RUESCHEMEYER, and Th. SKOCPOL (Eds.), Cambridge University Press, Cambridge, 1985

and not those of the victims of crises? How to think that countries rich in natural resources are among the poorest in human development? In the name of the national interest, what would the States not be ready to do and how far have they not gone?⁵²

Human life, which is undoubtedly the most important value for all men taken individually, is sometimes relegated to the background in order to favor interests that do not have the same level of importance. But in reality this is not the mentality or the moral context of those who engage in such behavior. For them, the interest sought to justify any attack on the life of others is part of the confirmation or the preservation of being. Such an attitude can only be possible if the author does not share with his victim the same feeling of humanity that is to say, the conception he has of his life, of his identity is different and superior to the one he has of his victim. In this state of mind, one would conclude that one life is superior to another. And this is the principal mentality of the Hobbesian state of nature and the exceptional mentality of the Lockean one. It is this primary identity mentality that in contemporary international society seems consciously or unconsciously not prevails, but which consciously or not is still the last stronghold that sometimes dictates behaviors everywhere else.⁵³

We therefore postulate that it is the exclusive identity mentality that is one of the most tenacious problems in security efforts and therefore in the managing of humanitarian crisis risks. For it is part of man's conception that makes possible the occurrence of conflicts. This is observed both within the state territories and within the international society. On the basis of Article 1 of the Charter of the United Nations, the United Nations can only see its lasting and successful efforts in this domain of security efforts if it devotes itself more to resolving this problem.

B. AN IMPORTANT AXIS OF HUMANITARIAN CRISIS RISKS MANAGEMENT IN THE UN: "MAN" ABOVE "MEN" OR "IDENTITY" ABOVE "IDENTITIES"

As we have seen, the reference to identity particularisms is the most basic factor of insecurity in the international society. In the state of nature individuals identifying themselves in the ontological reality and the adequate to confirm this reality, it is by mistake that perceived identity particularisms superior to that identity. Instead of taking them as a diversity of expression of the common man, they would have taken it as source of conflict. In the understanding of Hobbes and Locke, that perception is respectively considered natural and exceptional. The solutions they have

52 See the answer of McSWEENEY, *Security, Identity and Interest. A sociology of international relations*, Cambridge University Press, 1999

53 *On a similar topic about exclusion, one can read: "In fact, most historical societies have distinguished between full members and members with separate status. It can almost be said that exclusion was then part of the normality of societies, without raising moral or political conscience, except that it aroused mercy under the sign of the virtue of charity. Modern societies, as soon as they were shaken by the revolutionary ideology, upset the old structures, but, under the pretext of putting an end to the exclusions, they rehabilitated them in another way. They promised to eliminate them in the name of equality which would be the principle of the new classless societies, A. AÏT ABDELMALEK,» Mutations identitaires et complexité du lien social : approche sociologique de l'intégration et de l'exclusion » Nouvelles perspectives en sciences sociales : revue internationale de systémique complexe et d'études relationnelles, vol. 5, n° 1, 2009, p. 16. See J. WELDES, op.cit. ; B. McSWEENEY, ibid.*

proposed to get out of the state of nature do not definitively solve the problem of the identity state of mind that reigns there. The damages of that perception in the international society are obvious as perpetual insecurity. The proposed solutions to the state of nature, especially Hobbesian had been developed keeping possible that guarantor authority of security violate the social contract. The transition from the state of nature to the state of society would not have prevented individuals to keep the seeds of a discriminatory identity mentality, consciously or not. Fixing it is an important point in the agenda of the security guarantor. If it is true for the domestic political society, it is also for the international political society.

It is therefore necessary for the United Nations to focus its efforts on raising the awareness of all its members on the reality of an ontological human unit, on the characteristic reality of human societies according to which they are only the expression of a single man and that any contrary attitude is the main basis of national and international insecurity. The idea of “MAN” must be above that of “men” for the benefit of all.

Such an awareness-raising approach is in fact the most important contribution to the UN efforts of managing humanitarian crisis risks. In reality, this awareness-raising approach is not only ethically justified. It is also justified by the fact that security can only be achieved if the most fundamental means of doing so, in this case, the ideal basis or the belief in identity that supports its logic of confirmation, is favorable or compatible to reach the goal. The most appropriate action for the management of the risks of humanitarian crises in the ultimate goal of security can therefore only consist in a reversal of the discriminatory identity belief. And the only way is before all awareness of that reality. This should lead to the identification of human beings and human societies around this common Reality, which is essential in their quest for the security of the preservation of being. In such a perspective, aware that security is the natural tendency of all, the political human communities constituting the international society should understand that it is only by working for collective or common security that all can really secure themselves. The insecurity of a single perceived as a threat to the security of all, all factors of insecurity within nations and in interstate relations should be diagnosed and resolved. The exact form of such an awareness campaign should in our view simply take the form of a very important political communication promoted by the United Nations.

In support to this proposition is an intervention of Pierre Allain:⁵⁴

This is where I come to the position of Professor Wang Suo-Lao, who argues for a theory of international relations that would be an ethical theory above all. Perhaps there would be a specificity, a field, a [185] interstice for visions alternative to North American ones, which insist mainly on interest. Whether in realism or neorealism, in liberalism and neoliberalism, Marxism, globalism, the main driver is the interest of actors, individuals, groups, states, alliances of states. Ethics is an alternative to interest ... I would conclude by looking back at what Professor Tang

54 Speech made at the meeting of the ICA (Interuniversity Cooperation Agreement) in Beijing, (June 2005) and transcribed in M. BERGES, op. cit. P. 172

Shiki said earlier about the two principles: the first, by John Stuart Mill: the feeling of ‘belonging to the same species, human of course, and secondly the pain and joy, perceived in a similar way through time, races, ethnicities, language, cultures. These two principles lead us to a universalism. The great epistemologist of relativism, Paul Feyerabend, who is undoubtedly on this level the one who was the farthest in the direction of relativism on the epistemological level, who, (...) writes at the end of his autobiography: culture is all cultures “... Every culture is all cultures, in that this” pope “of relativism finally accepts that it is in the encounter and in the discussion, as (here) in Beijing, that we come closer and see how we are finally similar to each other.”

CONCLUSION

In accordance with Article 1 of the United Nations Charter, the management of humanitarian crisis risks is one of the most critical areas of activity for the achievement of security for the benefit of all human communities within it. The United Nations must implement it in a spirit consistent with the Hobbesian and Lockean contractualist philosophies. The results it has achieved in 70 years of existence actually reflect the quality of solutions proposed by Hobbes and Locke. If their philosophies are not identical, one realizes that it is the way in which they have approached the reality of the ontological individualism of Man that finally depicts on the modes of political social constitutions that they have proposed.

The problem of identity that would have already been present in the state of nature is not specifically addressed, although it is one of those which is at the base of the insecurity *de principe* supported by Hobbes and the insecurity *d'exception* supported by Locke. If, however, we can deduce from the latter's developments a common identity of all individuals in the state of nature, the solution he proposes leaves in another form, the insecurity of exception that individuals can face in the state of nature. Thus, the international order materialized by the UN, although experiencing an evolution of the concept of security, from a stato-centered conception to a humano-centered one, while integrating the same way armed conflicts and natural disasters in the humanitarian crisis risk management agenda, with considerable results, remains navigating in a perpetual threat of insecurity, which is becoming a reality from time to time.

The identification with the contractual philosophies of Hobbes and Locke would thus have been only partially profitable and the achievement of the objective of Article 1 of the United Nations Charter, regarding the management of humanitarian crisis risks. Better results can only be achieved if the United Nations focuses its efforts more on pushing back the mentality of human communities towards an awareness of the reality of the threat to security for all that constitutes the conception of identity on an exclusive and discriminatory basis, whether it is material or immaterial. The challenge would be to integrate the reality that, despite the apparent differences, which should be interpreted as the richness that characterize human communities, they are only the plural expression of one and the same person: MAN who seeks to confirm the law of his being. It would be the beginning of a better and sustainable improvement of the security issue within the international society.

BIBLIOGRAPHY

- ABEL D., *Theories of Human Nature: Classical and contemporary readings*. New York: McGraw-Hill, 1992;
- AÏT ABDELMALEK A. « Mutations identitaires et complexité du lien social : approche sociologique de l'intégration et de l'exclusion » *Nouvelles perspectives en sciences sociales : revue internationale de systématique complexe et d'études relationnelles*, vol. 5, n° 1, 2009, pp. 31-49
- ANNAN K. "In greater freedom: development, security and respect for human rights for all", (I. "Living free from need" II. "Living free from fear", "Living in dignity", IV "Strengthening the UN", march 2005
- BERGER, P.L. LUCKMANN, TH. *The Social Construction of Reality*, New York: Doubleday, 1966
- BETTATI, M. « Du droit d'ingérence à la responsabilité de protéger », *Outre-Terre* 3/2007, n° 20, pp. 381 – 389
- BLUNT C. (dir.) *Libya : examination of intervention and collapse and the UK's future policy options*, House of Commons, Foreign affairs Committee, Third Report of Session 2016-2017, 14 September 2016
- BOOTH K. and WHEELER, N. J. *The Security Dilemma: Fear, Cooperation, and Trust* (Houndmills: Palgrave, 2008), Conclusion;
- BLOOM W., *Personal Identity, National Identity, and International Relations*, Cambridge: Cambridge University Press, 1990
- CARLYLE, Th. *The French Revolution, A History*, Modern Library, May 14, 2002
- CHILDERS, E. *Symposium on The United Nations at Fifty: Creating a More Democratic and Effective UN*, Hesburgh Centre for International Studies, University of Notre Dame Conference December 2, 1994
- CHEVALLIER, J. « Etat de droit et relations internationales » in *Réflexions sur la société internationale, Etudes, Annuaire français de relations internationales*, volume VII, 2006, pp. 4-17
- CHENET F. X., *KANT, Philosophie pratique, Métaphysique des mœurs, Critique de la raison pratique*, Philopsis éditions numériques, 2008
- CORTEN, O. « La sécurité collective, un rêve contrarié », *Le monde diplomatique*, n°618, septembre 2005
- CORTEN, O. KLEIN, P. « L'autorisation de recourir à la force à des fins humanitaires: droit d'ingérence ou retour aux sources »? *Journal Européen de Droit International*, n° 4, 1993, pp. 506-533
- COURNARI, L. *Aristote, Commentaire du livre IV des Politiques*, Philopsis: Revue numérique, <http://www.philopsis.fr>,
- HARDIN, R. "Hobbesian political order", *Political theory*, n°19, 1991, pp. 156-180
- HARDIN R. "Law and social order", *Philosophical issues, Social, political and legal philosophy*, n°11, 2001; pp. 65-81
- HOBBS, Th. *Le Citoyen*. Paris : Flammarion, 1982
- HOGG, M. ABRAMS D. *Social Identifications: A Social Psychology of Intergroup Relations and Group Processes*, London: Routledge, 1988;
- JENKINS, R. *Social Identity*, London: Routledge, 1996
- KIMOON, B. *Reform Under Ban Ki-moon: A Stronger United Nations for a Better World*, United Nations General Assembly Records, 2008. <http://www.un.org/reform/>
- LEMAN-LANGLOIS, S. « Les buts du terrorisme », in LEMAN-LANGLOIS S. et BRODEUR, J.P. *Terrorisme et antiterrorisme au Canada*, Montréal : Presses de l'Université de Montréal, 2009, pp. 38-57
- LOCKE J., *Traité du gouvernement civil*. Paris: Flammarion, 1992;
- LOCKE J. *Traité du Gouvernement civil (1690)*, Traduction française de David Mazel en 1795 à partir de la 5^e édition de Londres publiée en 1728
- LOPTSON P., *Theories of human nature*, Peterborough: broadview, 3rd ed. 2006

- MARTRES, J.-L. « De la nécessité d'une théorie des relations internationales ou l'illusion paradigmatique », in M. BERGES (dir), *Penser les relations internationales*, Collection: Pouvoirs comparés, Paris: L'Harmattan,
- McSWEENEY, *Security, Identity and Interest. A sociology of international relations*, Cambridge University Press, 1999
- NED LEBOW, R. *The Tragic Vision of Politics. Ethics, Interests and Orders*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003
- NIETZSCHE, F. *La volonté de puissance*, 2 tomes, coll. «tel», Gallimard, Paris, 1995
- NOVOSSELOFF, A. « L'élargissement du Conseil de sécurité : enjeux et perspectives », *Relations internationales* 4/2006, n° 128, pp. 3-14
- PALLADINI, F. "Pufendorf disciple of Hobbes: The nature of man and the state of nature, The doctrine of socialitas", *History of European Ideas*, n°34, 2008, pp. 26-60;
- REVET, S. « «Vivre dans un monde plus sûr» », *Cultures & Conflits*, n°75, Tous les numéros, *Crises et organisations internationales*, pp. 33-51
- S. REVET, « Les organisations internationales et la gestion des risques et des catastrophes « naturelles », in *Les Etudes du CERI*, n°157, Septembre 2009, 1-30
- RIOUX, J.F. (Sous la direction de) *La sécurité humaine, une nouvelle conception des relations internationales*, Paris, L'Harmattan, 2001
- RIOUX, J.-F. KEENES E. LEGARE, G. « Le néo-réalisme ou la formulation du paradigme hégémonique en relations internationales», *Études internationales*, vol. 19, n° 1, 1988, pp. 72-74
- RUSSELL, B. "Hobbes's Leviathan" CHAPTER VIII, *A history of western philosophy and its connection with political and social circumstances from the earliest times to the present day*, Simon and Schuster, New York, pp. 545-557
- SILVA TAROUCA (de), A. « L'idée d'ordre dans la philosophie de saint Thomas d'Aquin ». In: *Revue néoscholastique de philosophie*. 40^e année, Deuxième série, n°55, 1937. pp. 341-384
- SUR, S. « Le conseil de sécurité : blocage, renouveau et avenir », *Pouvoirs* 2/2004, n° 109, p. 61-74
- TALIAFERRO, J. W. "Security Seeking under Anarchy: Defensive Realism Revisited", *International Security*, Vol.25, no.3: 128-161
- TANZELLA-NITTI, G. "The Aristotelian-Thomistic Concept of Nature and the Contemporary Debate on the Meaning of Natural Laws", *Acta Philosophica*, n°6, 1997, pp. 237-264;
- The Stanley Foundation, *The United Nations and the Twenty-First Century: The Imperative for Change*, Report of the Thirty-First United Nations of the Next Decade Conference, Gleneden Beach, Oregon, USA June 16-21, 1996
- TILLY, Ch. "War Making and State Making as Organized Crime", in EVANS P., RUESCHEMEYER D., SKOCPOL Th. (Eds.), *Bringing the State Back In*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985, pp. 169-191
- TRICAUD, F. « Hobbes et Locke : convergences et divergences », in: XVII-XVIII. *Bulletin de la société d'études angloaméricaines, des XVIIe et XVIIIe siècle*, n°25, 1987, pp. 77-87
- TUCKER, Z. A. *United in Progress: A Proposal to Reform United Nations' organizational Structure*, University of Arkansas at Monticello, 2010;
- WELDES J., "Constructing national interests", *European Journal of International Relations*, vol. 2 n° 3, September 1996, pp. 275-318

Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Kaçırılan Çocukların İadesi

International Child Abduction and Extradition

Fatma Betül ÖZDEMİR* 

Öz

La Haye Daimi Bürosu tarafından oluşturulan özel bir komisyonun çalışmaları neticesinde hazırlanan 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme çerçevesinde, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sonlanması durumunda ortaya çıkacak uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması amaçlanmıştır. Sözleşmenin amacı, mutad meskeni ülkesinden hukuka aykırı şekilde kaçırılan veya kaçırıldığı yerde haksız olarak alıkonan çocuğun derhal iadesini sağlamak şeklinde belirtilmiştir. Ancak bu iadenin çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi ve en kısa sürede gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu durum da Sözleşmeye taraf devletlere önemli yükümlülükler getirmektedir. Bu yükümlülükler bağlamında gerek yerel gerek uluslararası kararlar ışığında uluslararası çocuk kaçırma kavramından ne anlaşılması gerektiği çalışmamızda ortaya koyulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Çocuk Kaçırma, Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme, La Haye Daimi Bürosu, Mutad Mesken.

Abstract

In the framework of the 1980 Convention on the Civil Aspects Of The International Child Abduction which was prepared on the basis of the work of a special commission created by the Permanent Bureau of La Haye, it was aimed to resolve the disputes that would arise if the marriages bearing foreign elements were terminated. The aim of the Convention is to ensure the immediate return of the child who has been abducted or otherwise illegally abducted from the habitual residence country. However, it is necessary to serve the child's supreme interests and to take place as soon as possible. This situation brings important obligations to the contracting States. In the context of these obligations, both domestic and international decisions will be tried to show what we should understand from the concept of international child abduction.

Keywords: International Child Abduction, Convention On The Civil Aspects Of International Law, Permanent Bureau Of La Haye, Habitual Residence.

* Araştırma Görevlisi, Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası (Kamu) Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: fatma.ozdemir2@altinbas.edu.tr

GİRİŞ

Uluslararası anlamda iletişim ve ulaşım alanındaki gelişmeler uluslararası ilişkileri ekonomik ve sosyokültürel açıdan etkilemiştir. Bu etkileşimler ayrıca yabancılık unsuru taşıyan evliliklerde artışa neden olmuştur. Ancak kültürel, dini veya geleneksel farklılıklardan dolayı yabancılık unsuru taşıyan bu evliliklerin sona ermesi de aynı oranda artış göstermiştir. Somut olaylar incelendiğinde özellikle ebeveynlerden birinin, sona eren evliliklerinin akabinde çocuklarını diğer ebeveynden uzaklaştırma amacıyla çocuğu mutad meskeninden başka bir yere götürme eğiliminde oldukları ve çocuklarıyla birlikte yeni bir hayat kurmaya çalıştıkları görülmektedir. Bu durum ise, çocuğun yaşamsal faaliyetlerini gerçekleştirdiği, sosyal çevresini oluşturduğu ve alışık olduğu ortamdan uzaklaştırılması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu tür durumlarda, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sonlanmasıyla ortaya çıkan uyumsuzluklarda en çok zarar gören çocuk olmaktadır.

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma Sözleşmesi bu nitelikteki ailevi sorunlar sebebiyle mutad meskeni ülkesinden hukuka aykırı şekilde uzaklaştırılan çocuğun derhal mutad meskeni devletine iadesi noktasında uluslararası iş birliğini sağlamak amacıyla kaleme alınmıştır. Sözleşmenin amacı çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde ve her somut olayın koşullarının ayrıntılı olarak incelenmesiyle çocuğun mutad meskenine iadesini sağlamaktır. Sözleşmede kendine özgü kavramlar yer almakta olup çalışmamızda bu kavramların içeriği üzerinde durulacaktır. Ayrıca 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi kapsamında sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri ekseninde yerel ve uluslararası karar örnekleri sunularak kavramların ne şekilde yorumlandığı açıklanacaktır. İlgili açıklamalar ışığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuya ilişkin yaklaşımına yönelik değerlendirilmelerde bulunulacaktır.

I. ULUSLARASI ÇOCUK KAÇIRMA KAVRAMI

Çocuk hukuku hem kamu hukuku hem de özel hukuk ile ilişkili olan ve somut olaylarda çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi gereken bir alandır. Çocuklarla ilgili hukuki konuların anayasal, idari ve cezai anlamda incelenmelerinin yanı sıra uluslararası boyutlarının da ele alınması gerekmektedir.¹ Uluslararası çocuk kaçırma kavramı ise ilk başta, iç hukukumuz açısından düşünüldüğünde Türk Ceza Kanunumuzun 234. maddesinde yer alan '*Çocuğun Kaçırılması ve*

1 Gonca Gülfem Bozdağ, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s.36., Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman Fıganmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Vedat Kitapçılık, 6.bs., İstanbul, 2018, s.162. , Faruk Kerem Giray, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, 1.bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.4., Ziya Akıncı/ Cemile Demir Gökyayla, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010, s.203, İlknur Altuntaş, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Bilge Yayınevi, Ankara, 2006, s.5.

Alıkonulması'² suçu ile birlikte, yine Türk Ceza Kanunu 80/3 'te³ düzenlenen çocuğun insan ticareti amacıyla kullanılması suçunu akla getirebilir. Adı geçen düzenlemeler konumuzla alakalı olmakla beraber çocuk kaçırma kavramını incelediğimiz anlamıyla karşılamamaktadır. Türk Ceza Kanununun 234/1 ve 234/2 maddelerinde düzenlenen çocukların kaçırılması veya alıkonulması suçuyla korunan hukuki yarar, veli veya vasinin aile hukukundan kaynaklanan velayet ve vesayet hakkıdır.⁴ Bu noktada, çocuk kaçırma kavramından anlaşılması gereken, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçheleri Hakkında Sözleşme⁵ çerçevesinde çocuk üzerinde koruma veya ziyaret hakkına sahip kişinin bu hakkının ihlal edilerek, sözleşmeye taraf bir devletten diğer taraf devlete çocuğun haksız olarak götürülmesi veya götürüldüğü taraf devlet ülkesinde alıkonulmasıdır. Bu kavram sadece çocuğun annesi, babası, anne – baba dışındaki aile bireyleri veya vasisi tarafından, diğer kişinin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını da kapsayacak şekilde sahip olunan koruma hakkını ortadan kaldıracak nitelikte alıkonulmasını, saklanmasını veya başka bir yere götürülmesini ifade etmektedir.⁶ Dolayısıyla çalışmamızda çocuk kaçırma, ceza hukukundan ziyade özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan bir durumu ifade etmek amacıyla kullanılacak bir kavramdır.⁷ Sözleşmeyle amaçlanan, çocuğun mutad meskenine derhal iadesinin sağlanması olup, velayet veya vesayet hakkının korunması, 1961 tarihli *'Küçüklerin Korunması Konusunda Makamların Yetkisine ve Uygulanacak Kanuna Dair Lahey Sözleşmesi*⁸ ve 1980 tarihli *'Çocukların Velayetine İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi ile Çocukların Velayetinin Yeniden*

- 2 **TCK Madde 234 – (1)** Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması hâlinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.
 - (2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz on iki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır.
 - (3) (Ek fıkra: 06/12/2006 – 5560 S.K.10.md) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
- 3 **TCK Madde 80 – (1)** (Değişik: 6/12/2006 – 5560/3 m.) Zorla çalıştırmak, hizmet ettirmek, fuhuş yaptırmak veya esarete tâbi kılmak ya da vücut organlarının verilmesini sağlamak maksadıyla tehdit, baskı, cebir veya şiddet uygulamak, nüfuzu kötüye kullanmak, kandırmak veya kişiler üzerindeki denetim olanaklarından veya çaresizliklerinden yararlanarak rızalarını elde etmek suretiyle kişileri ülkeye sokan, ülke dışına çıkaran, tedarik eden, kaçırarak, bir yerden başka bir yere götüren veya sevk eden ya da barındıran kimseye sekiz yıldan on iki yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezası verilir.
 - (2) Birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.
 - (3) On sekiz yaşını doldurmamış olanların birinci fıkrada belirtilen maksatlarla tedarik edilmeleri, kaçırılmaları, bir yerden diğer bir yere götürülmeleri veya sevk edilmeleri veya barındırılmaları hallerinde suça ait araç fiillerden hiçbirine başvurulmuş olmasa da faille birinci fıkrada belirtilen cezalar verilir.
- 4 Recep Gülşen, "Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu", *İÜHFİM*, C. LXXI, S. 1, 2013, s.590.
- 5 RG. 15.05.2000-23965.
- 6 Gökçe Kelahmet, "1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi(I)", *Legal Hukuk Dergisi*, C.10, S.116, 2012, s.136.
- 7 Sözleşmede özellikle daha çok cezai mahiyetteki "*kidnapping*" kelimesinin kullanımından kaçınılmış olup, özel hukukun konusuna giren çocuk kaçırılmaların dikkate alındığını vurgulamak amacıyla "*abduction*" ifadesi tercih edilmiştir. Bu husus için ayrıca bkz: Giray, *A.g.e.*, s.30, 115 numaralı atf; Esen, Ataman – Figenmeşe, *A.g.e.*, s.162, 144 numaralı atf.
- 8 RG. 21.02.1983-17966

*Tesisine İlişkin Avrupa Sözleşmesi*⁹ ile 1961 tarihli Sözleşme'nin yerine geçmek üzere hazırlanan, 1996 tarihli “*Velayet Sorumluluğu ve Çocukların Korunması Hakkında Tedbirler Yönünden Yetki, Uygulanacak Hukuk, Tanıma, Tenfiz ve İşbirliğine Dair Lahey Sözleşmesi*”¹⁰ nin amaçları arasındadır.¹¹ Nitekim İstanbul 1. Aile Mahkemesinin 2009 tarihli bir kararında bu durum; ‘*Her ne kadar sözleşmede çocuğun kaçırılma olayından söz edilmiş ise de aslında bu cezai anlamda bir çocuk kaçırma eylemini tanımlamak amacı taşımamaktadır. Burada kaçırmaktan maksat, çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeden, haksız ve hukuka aykırı olarak başka bir ülkeye götürülmesi ve alıkonulmasıdır.*’¹²

Kavramın hangi amaçla kullanılacağına açıklanması, kavrama yüklenen anlamlar ve hukuki sonuçları bakımından önem taşımakta olup çalışmanın devamında incelenecek olan konuların temelini oluşturması açısından da gereklidir.

A. GENEL HATLARIYLA 1980 TARİHLİ ULUSLARARASI ÇOCUK KAÇIRMANIN HUKUKİ VEÇHELERİNE DAİR LA HAYE SÖZLEŞMESİ

İletişim ve ulaşım alanındaki gelişmelerin artması, uluslararası ilişkileri hem ekonomik hem de sosyokültürel anlamda etkilemiştir. Sosyokültürel açıdan, öncelikle, farklı ülke vatandaşı olan kişiler arasında yapılan evlilikler bizim konumuzla ilgili olup özellikle yabancılık unsuru taşıyan bu tür evliliklerin sonlanması durumunda karşılaşılabilecek hukuki sorunların artışı çeşitli çalışmaların yapılması ihtiyacını doğurmuştur.¹³ Bu hukuki sorunlara örnek olarak; sona eren evliliklerde eşlerin farklı ülkelerde yaşamak istemeleri ve müşterek çocukların mutad meskenlerinin neresi olacağına eşler arasında tartışma konusu olması veya velayet hakkının hangi ebeveynde kalması gerektiği gibi birtakım durumları gösterebiliriz.¹⁴ Bu durumların önemli sonuçlarından biri olarak değerlendirebileceğimiz uluslararası çocuk kaçırma olaylarındaki artış da, bir sözleşme düzenlenmesi gerekliliğini doğurmuş olup La Haye Konferansı Daimi Bürosu tarafından oluşturulan bir komisyonun çalışmaları neticesinde Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme ortaya çıkmıştır. Sözleşme, çocuk kaçırma vakalarının çözüme kavuşturulmasına katkıda bulunmak amacıyla hazırlanmıştır ve idari alanda uluslararası iş birliğine ilişkin yeni bir sistem kurarak iade prosedürüne ilişkin genel bir çerçeve çizmektedir.

9 RG. 02.11.1999-23864.

10 RG. 22.05.2016-29719. 2016/9638 sayılı “Bazı Anlaşmaların Yürürlük Tarihlerinin Tespit Edilmesi Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı” uyarınca, 1996 tarihli Sözleşme, 01.02.2017 tarihinden itibaren Türkiye’de yürürlüğe girmiştir. RG. 03.01.2017-29937.

11 Şebnem Nebioğlu Öner, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi”, *TBB Dergisi*, 2014, s.479.

12 Nuray Ekşi, *5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010, s.18; İlgili karar için bkz: İstanbul 1. Aile Mahkemesi, E.2008/945, K.2009/200, K.T:24.03.2009.

13 Faruk Kerem Giray, *Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010, s.9.

14 Tuğçe Takçı, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, *TAAD*, Y.5, S.19, 2014, s.1040.

Ancak sözleşme iade sürecinin adli kısmına ilişkin hüküm içermediğinden dolayı, adli sürecin işleyişi taraf devletlerin takdirine bırakılmıştır.¹⁵

Sözleşme, niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesidir. Yani sözleşmenin içerdiği hükümler, sözleşmeye taraf devletlere iade prosedürünün sağlıklı şekilde gerçekleştirilebilmesi için bir merkezi makam tayin etmeyi ve bu sayede çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesinin uluslararası iş birliği yoluyla sağlanması yükümlülüğünü getirmektedir. Bu yükümlülük ebeveynlerin velayet ve şahsi ilişki kurma haklarını korumakla beraber, sözleşmenin asıl koruma alanını oluşturmamaktadır.¹⁶ Çocuk Kaçırma Sözleşmesi bu noktada, bir tanıma ve tenfiz sözleşmesi özelliği göstermediğinden Sözleşme çerçevesinde velayet veya vesayet haklarının tanınmasına ve tenfizine ihtiyaç duyulmamaktadır.¹⁷ Keza iç hukukumuzda da bu hususa Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 2014 tarihli bir kararında yer verilerek; *'Sözleşmeye göre çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkeye iade edilmesi için, önceden mutad meskenin bulunduğu ülke makamlarından alınmış velayete veya kişisel ilişki kurma hakkına dair bir kararın varlığı gerekmediği gibi böyle bir kararın mevcut olması durumunda, bunun çocuğun haksız olarak götürüldüğü veya alıkonulduğu devlette tanınması veya tenfiz edilmesi zorunluluğu da bulunmamaktadır.'* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁸ Sonuç olarak sözleşmenin bu niteliği, sözleşmeye taraf devletlerden birinde mutad meskeni olan çocuğun diğer bir akit devlete götürülmesinin veya o devlette alıkonulmasının, kaçırılan tarafın önceden verilmiş bir velayet kararına ya da çocuğun kendisiyle birlikte yaşaması gerektiğine ilişkin daha sonra verilmiş bir karara dayandığını ileri sürdüğü durumlarda, iadeyi isteyen taraf bakımından gereken şartlar gerçekleştirilerek usul işlemleri tamamlandığında, sonradan verilmiş bu velayet kararına bakılmaksızın çocuğun iadesini mümkün hale getirmektedir.¹⁹

1. SÖZLEŞMENİN AMACI

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin amacı Sözleşmenin 1.maddesinde açıkça ifade edilmekle beraber, diğer maddelerde de öngörülen amaca ilişkin ayrıntılar yer almaktadır.²⁰ Ayrıca gerek yerel gerek uluslararası çeşitli yargı kararlarında sözleşmenin amacı üzerinde durulmuştur. İç hukukumuz açısından konuyu ele alırsak, Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin konuyla ilgili kararlarında sözleşmenin amacının, çocuğu

15 Nitekim bunun için Türk Hukukunda 5717 Sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun kabul edilmiştir.

16 Bozdağ, A.g.e., s. 34.; Şanlı / Esen/ Ataman – Figanmeşe, A.g.e., s. 167; Giray, A.g.e. s. 21; Akıncı/ Demir – Gökyayla, A.g.e., s.195; Altuntaş, A.g.e., s.18.

17 Bozdağ, A.e., s.34.

18 İlgili karar için bkz: Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E.2014/5428, K.2014/7050, K.T: 27.03.2014 (Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 14.04.2018.

19 Kelahmet, A.g.m., C.10, S.117, 2013, s.63.

20 İşbu sözleşmenin amacı:

- a) Taraf Devletlere gayrikanuni yollardan götürülen veya alıkonan çocukların derhal geri dönmelerini sağlamak;
- b) Taraf bir Devletteki koruma ve ziyaret haklarına, diğer taraf Devletlerde etkili biçimde riayet ettirmek.

kanuna aykırı olarak yer değiştirmesinin zararlı etkilerinden korumak ve mutad ikametgâhı devletine dönüşünü teminat altına almak şeklinde ifade edildiğini söyleyebiliriz.²¹

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesinin 1.maddesinde ve amaca ilişkin ayrıntıların yer aldığı diğer maddelere genel anlamda bakıldığında amaç, uluslararası nitelik taşıyan ve hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa sürede mutad meskeninin bulunduğu akit devlete iadesidir.²² Madde metninde amacın anlaşılması bakımından açıklanması gereken kavramlar; *yer değiştirmenin hukuka aykırı olarak addedilebilmesi için ne şekilde olması gerektiği, koruma ve ziyaret haklarının kapsamı ile sözleşmeye göre iadenin ne kadar sürede sağlanmasının çocuğun üstün menfaatine hizmet edeceği* şeklinde sıralanabilir. Sözleşmenin 3.maddesinde, bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesinin kanuna aykırı bir yer değişikliği olarak kabul edilebilmesi için, bu yer değişikliğinin çocuğun mutad ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunları tarafından bir kişiye veya kuruma tek başına veya birlikte verilen koruma hakkının ihlali şeklinde ortaya çıkması gerektiği belirtilmiştir.²³ Dolayısıyla, çocuğun mutad mesken ülkesinden diğer taraf ülkeye götürülmesinden önce devlet kanunları ya da adli – idari makam tarafından verilen bir kararla çocuğun velayetinin tek başına veya müştereken bir ebeveyn ya da ebeveyn dışında üçüncü bir kişiye-kuruma verilmesi ve çocuğun bırakıldığı bu kişi ya da kurumun rızası hilafına diğer bir akit ülkeye götürülmüş olması, sözleşme anlamında hukuka aykırı yer değiştirme olarak kabul edilmektedir.²⁴ Yer değişikliğinin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesi ve koruma hakkının ihlal edilip edilmediği mutad mesken kavramıyla bağlantılı olduğu için öncelikle mutad meskendene ne anlaşılması gerektiği ortaya koyulmalıdır.

a. Mutad Mesken Kavramı

1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin amacının, hukuka aykırı olarak yeri değiştirilen veya alıkonulan çocuğun bu değişiklikten önce bulunduğu yer olarak kabul edilen mutad meskenine iade edilmesi olduğunu belirtmiştik. Yani sözleşme şu şekilde ifade edebileceğimiz iki önemli eyleme karşı koruma sağlamaktadır; *haksız yer değiştirme ve alıkoyma*.²⁵ La Haye Sözleşmesi ile

21 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin konuyla ilgili kararlarından örnekler için bkz.: E.2008/18187, K.2009/6203, K.T:02.04.2009; E.2003/12955, K.2004/1355, K.T:10.02.2004; E.2010/17354, K.2011/6395, K.T:11.04.2011 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 14.04.2018.

22 Giray, A.g.e., s.22.; Esen/ Ataman – Figanmeşe, A.g.e., s.162; Altuntaş, A.g.e., s.22.

23 Bir çocuğun yer değiştirmesi veya geri dönmemesi:

a) Çocuğun, yer değiştirmesinden veya geri dönmemesinden hemen önce mutad ikametgâhının bulunduğu Devlet kanunu tarafından, bir şahsa, müesseseye veya başka bir kuruma, tek başına veya müştereken verilen koruma hakkının ihlali şeklinde meydana geldiği takdirde; ve

b) Bu hak, yer değiştirme veya geri dönmeme anında tek başına veya müştereken fiili biçimde kullanılmakta veya bu olaylar meydana gelmese kullanılacak idi ise

Kanuna aykırı addedilir.

(a) da söz konusu edilen koruma hakkı, özellikle, kanuni bir yetkiden, adli veya idari bir karardan veya bu Devletin kanununa göre yürürlükte olan bir anlaşmadan doğabilir.

24 Bahadır Erdem, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları”, MHB, C.35, S.2, s.151.

25 Ziya Akıncı, “Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Turkish

amaçlanan ise yer değişikliğinin veya alıkoymanın hukuka aykırı olup olmadığını belirlemek ve hukuka aykırılığın tespit edilmesi durumunda bu hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp, çocuğun iadesini sağlamaktır.²⁶ Gerek bu yer değişikliğinin veya alıkoymanın hukuka aykırı olup olmadığının tespiti açısından gerek çocuğun üstün menfaatinin değerlendirilmesi açısından mutad mesken kavramı önem taşımaktadır. Bu sebeple mutad mesken kavramı için konunun ‘*mihenk taşı*’ diyebiliriz. Hukuka aykırılığın tespiti için ise öncelikle, mutad mesken ve ikametgâh kavramlarının farklılıkları açıklanmalı, akabinde 1980 tarihli Lahey Sözleşmesinde ikametgâh kavramından ziyade neden mutad mesken ibaresinin tercih edildiği ortaya koyulmalıdır.

Mutad mesken kavramı ikametgâh kavramından farklıdır.²⁷ İkametgâh kavramı hukuki bir kavramdır ve bir kişinin, sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Dolayısıyla düzenlenmesi hukuk sistemleri açısından farklılık göstermektedir.²⁸ Mutad mesken kavramının ise uluslararası hukukta – 1980 *La Haye Sözleşmesi de dâhil olmak üzere* – kabul edilmiş bir tanımı yoktur.²⁹ Mutad mesken kavramı için bir yerde uzun süre oturma niyetinin olması aranmaz. Bu niyet olmasa dahi o yerde uzun süre bulunmak o yerin mutad mesken olarak kabulüne olanak sağlar.³⁰ Anlaşılabacağı üzere mutad mesken hukuki bir durumu değil fiili bir durumu yansıtmaktadır. Dahası, yabancı doktrinde ve mahkeme uygulamalarında mutad meskenin sadece bir vakadan ibaret olduğuna ilişkin görüşler vardır.³¹ Dolayısıyla mutad mesken hukuki bir kavram olmadığından belirli maddi delillere göre tespit edilebilir.³² Ancak bu anlayışın her yargı düzeninde yeknesak şekilde kabul edildiğini söyleyemeyiz. Örneğin Amerikan Yüksek Mahkemesi’nin *Feder v. Evans Feder Davasında*, mutad meskenin fiili bir durum ile hukuki bir kavramın sentezi olduğu şeklinde bir yorum yapılmıştır.³³ Sözleşmede ise kavram bilinçli olarak kullanılmış ve somut olaylarda hukuk sistemlerindeki yorum farklılıklarından kaynaklanan sıkıntıları azaltmak amaçlanmıştır.³⁴ Ancak mutad meskenin belirlenmesi maddi olayların ispatına bağlı olduğu için tartışmalara yol açacağı düşünülerek bazı yazarlarca da eleştirilmiştir.³⁵

Family Law”, Ed. Paul Beaumont, Burcu Yüksel, **Turkish and EU Private International Law**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2014, s.97.

26 A.e., s.97.

27 Ergin Nomer, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 21.bs, 2015, s. 123; Akıncı/ Demir – Gökyayla, **A.g.e.**, s.215.

28 Nomer, **A.e.**, s.118.

29 Nomer, **A.e.**, s.120.

30 Bozdağ, **A.g.e.**, s. 79.

31 Nomer, **A.g.e.**, s.121.; Akıncı/ Demir-Gökyayla, **A.g.e.**, s.215.

32 Aysel Çelikel, Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13.bs., 2014, s.190.

33 Giray, **A.g.e.**, s.56. Kararın özetinde geçen ifade şu şekildedir: *Any determination of habitual residence must focus on the child and consist of an analysis of the child’s circumstances in that place and the parents’ present, shared intentions regarding the child’s presence there. Yani ‘Mutad meskenin tespitinde çocuğa odaklanılmalı ve çocuğun o yerdeki koşulları ile ebeveynlerin mevcudiyeti, çocuğun o yerdeki mevcudiyetine ilişkin ebeveynlerin ortak niyeti birlikte değerlendirilerek bir mutad mesken analizi yapılmalıdır’* şeklinde ifade edilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: (Çevrimiçi) <https://www.incadat.com/en/case/83.07.05.2018>.

34 Giray, **A.e.**, s.55.

35 Çelikel, Erdem, **A.e.**, s.190.

Bazı yargı sistemlerinde zamanın uzunluğu tek başına temel mesele olarak kabul edilmemekte, bir kişinin belirli bir yerde olan ikametinin mahiyeti dikkate alınmaktadır. Bu anlayış beraberinde, niyete ne kadar anlam yüklenmesi gerektiğiyle ilgili soruları akla getirmektedir. İctihat hukuku yoluyla ortaya çıkan diğer bir soru da sürenin ne kadar olması gerektiği hususudur. O yerde kalış amacına bakılarak bir yerde iki ay gibi kısa sayılabilecek bir süre bulunmak, o yerin mutad mesken olarak kabulüne olanak sağlar mı? Bu durumda amacın gözetilmesi niyetin sorgulanması anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanmıştır denilebilir mi? Bunun dışında çocuğun fiili olgusal bağı gözetilmeksizin, ebeveynlerin niyetlerine öncelik tanınarak mutad meskenin tayin edilmesi şeklinde uygulamaların hâkim olduğu çeşitli yargı düzenleri de mevcuttur.³⁶ Bu kabulün çocuğun üstün menfaatine hizmet edip etmediği noktasında ciddi fikir ayrılıkları oluşmuştur. Sözleşmeye taraf Devletlerde, sözleşmenin uygulanması bakımından yorumlama yoluyla farklı anlayışta gelişen yargı kararları olsa da, genel anlayış; yaşa dayalı bir ayırım yapılarak çocuğun olgunluğu göz önünde bulundurulduğunda ebeveyninden bağımsız bir mutad meskeninin olabileceği ihtimali söz konusu değilse, ebeveynin niyetine ve o yerde geçirilen süreye bakılarak bir mutad mesken tayini yapılması, çocuğun ebeveyninden bağımsız kabul edilebilecek bir yaşta olması durumunda ise, çocuğun fiili bağının esas alınması gerektiği şeklindedir.

b. Sözleşmeye Göre Koruma ve Ziyaret Hakkı

Sözleşmede tanımlanan koruma hakkı, *sui generis* bir haktır.³⁷ İç hukuktaki velayet hakkından bağımsız olmakla birlikte velayet hakkını da kapsayıcı niteliktedir. Kapsayıcılıktan kasıt, velayet sorumluluğunun yanında koruma hakkının sağladığı bir diğer bir imkân olan *çocuğun ikamet edeceği yeri belirleme yetkisini* de içermesidir.³⁸ Nitekim bu husus, Sözleşmenin 5.maddesinde: '*Koruma hakkı, çocuğun şahsının bakımı hakkını ve özellikle ikamet yerinin tespiti hakkını ihtiva eder*.' şeklinde ifade edilmiştir. Maddenin devamında ise ziyaret hakkı zikredilerek '*çocuğun sınırlı bir süre için mutad ikametgâhından başka bir yere götürülmesi*' olarak tanımlanmıştır.

2003 tarihli Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'ne bu başlık altında değinmek yerinde olacaktır.³⁹ Yukarıda La Haye Sözleşmesi'nin 5.maddesinde yer alan ifade, kişisel ilişki kurma hakkının, terminolojik olarak ziyaret hakkı şeklindeki kullanımınıdır.⁴⁰ 2003 tarihli Avrupa Sözleşmesi'nin 2.maddesinde yer alan kişisel ilişki kurma hakkı, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde tanımlanan ziyaret hakkının yanında, çocuğun anne – babasıyla, anne – baba dışında aile bağları bulunan üçüncü kişilerle iletişim kurma hakkını ve bu kişilere çocuk hakkında bilgi aktarımında bulunulmasını kapsayacak şekilde tanımlanmıştır.⁴¹ Dolayısıyla

36 Peter Mceleavy, 'Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı', 1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması' Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.

37 Giray, **A.g.e.**, s.88.

38 Giray, **A.e.**, s.88.

39 RG. 17.11.2011-28155.

40 Özge Bölükbaşı, "Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi", **EÜHFD**, C. XV, S. 3-4 (2011), s.271.

41 **Madde 2-Tanımlar**

2003 tarihli Avrupa Sözleşmesi'ndeki kişisel ilişki kurma hakkının, La Haye Sözleşmesi'nde tanımlanan ziyaret hakkını da içerecek şekilde detaylandırıldığını söyleyebiliriz. Bu açıdan gerek kişisel ilişki kurma gerek koruma ve ziyaret haklarını velayet ilişkisinin bir uzantısı olarak değil, velayet hakkıyla ilişkili ancak bu haktan bağımsız şekilde ele almak gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin kararlarına baktığımızda, Mahkemenin La Haye Sözleşmesi kapsamında koruma ve ziyaret hakkıyla ilgili çok sayıda kararının olduğunu ve taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri kapsamında sözleşmenin yorumlanmasının tercih edildiğini söyleyebiliriz.⁴² Pozitif yükümlülüklerde belirleyici olan kısım, Anayasa Mahkemesinin 02.07.2015 tarihli Genel Kurul kararında,⁴³ uygulamadaki mevzuat ya da mahkeme kararlarıyla ebeveyne tanınan velayet, ziyaret ya da birlikte yaşama hakkının icrasını kolaylaştırma noktasında kendilerinden beklenen bütün makul önlemlerin ulusal makamlarca alınıp alınmadığı şeklinde ifade edilmiştir. Sözleşmenin 8.maddesinin⁴⁴, akit Devletlere yüklediği pozitif yükümlülüklerin ise yine sözleşme ışığında yorumlandığının altı çizilmiştir.

2. AİHM'İN DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİYLE İLGİLİ ÇEŞİTLİ KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi kapsamında yapılan başvurular, genel itibarıyla AİHS'nin 8.maddesinin ihlaline yönelik iddialara ilişkindir.⁴⁵ Dolayısıyla AİHM' in uluslararası çocuk kaçırma davalarında vermiş olduğu kararlar incelediğinde, uluslararası çocuk kaçırma vakalarında Devletlerin pozitif yükümlülüklerinin

İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından:

a) "Kişisel ilişki", aşağıdaki anlamları ifade eder.

i) Çocuğun mutad olarak birlikte yaşamadığı, 4 veya 5. maddelerde belirtilen kişinin yanında sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesi;

ii)Çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şekli;

iii) Söz konusu kişiye çocuk hakkında, ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını.

42 Öner, **A.g.e.**, s.500.

43 (Çevrimiçi) <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> – Başvuru no: 2013/5126, K.T:02/07/2015, R.G.S:29443./ 10.04.2018.

44 **Madde 8:**

Bir çocuğun, korunma hakkı ihlal edilerek yerinin değiştirildiğini veya alıkonulduğunu ileri süren kişi, kurum veya örgüt, çocuğun geri dönmesini sağlamak üzere yardım etmeleri için gerek çocuğun mutad ikametgâhı merkezi makamlarına, gerek herhangi bir başka taraf Devlet merkezi makamına başvurabilir.

Talebin:

a) Talepte bulunan kişinin, çocuğun ve çocuğu götürdüğü veya alıkonduğunu iddia eden kişinin kimliğine ilişkin bilgileri;

b) Temini mümkün ise, çocuğun doğum tarihini;

c) Talep edenin, çocuğun geri dönmesini isteme müracaatını dayandırdığı esasları;

d) Çocuğun bulunduğu yer ve çocuğun birlikte olduğu varsayılan kişinin kimliği ile ilgili mevcut tüm bilgileri;

İhtiva etmesi gereklidir.

Müracaata,

e) Yararlı kararların veya anlaşmaların onaylı bir örneğinin;

f) Devletin konu ile ilgili kanuna dair, merkezi makamdan veya mutad ikametgâh Devletinin başka bir yetkili makamından veya başka bir yetkili şahıstan muta bir belge veya onaylı bir beyanın;

g) Faydalı tüm başka belgelerin;

Eklenmesi veya müracaatın söz konusu belgelerle takviye edilmesi gereklidir.

45 Bozdağ, **A.g.e.**, s.107.

ele alınarak olayların değerlendirildiğini gözlemleyebiliriz.⁴⁶ La Haye Sözleşmesi bir adli yardım sözleşmesi olarak nitelendirildiği için, sözleşme uyarınca devletlerin dayanışma halinde olması ve çocukların iadesini sağlamak üzere iş birliği yapması gerekmektedir. Sonuç olarak, AİHM' in genel prensip olarak vurguladığı '*uluslararası enstrümanların birlikte yorumlanması*' prensibinden yola çıkarak AİHS' in 8.maddesi'nin La Haye Sözleşmesi ışığında yorumlanması ve devletlerin iade prosedürünü sağlıklı bir şekilde yürütmesi için çocukların mutad meskenlerine derhal iadelerinin temini noktasında birbirlerini teşvik etmeleri gerektiği sonucuna ulaşılabilir.⁴⁷

25.01.2000 tarihli uluslararası çocuk kaçırma ile ilgili AİHM' in verdiği ilk karar olan *Ignaccolo – Zenide v. Romanya* davasına konu olan olayda Fransız vatandaşı başvuru anne, Fransa Mahkemesinin 1989 yılında verdiği kararla eşinden boşanmıştır. Çocukların velayeti annede kalmış babaya ise çocuklarla şahsi ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Çocuklar 1990 yılının yaz ayını, Romanya vatandaşı olan ancak İngiltere'de yaşayan babalarının yanında geçirmişlerdir. Yaz tatili bitiminde çocukların annelerinin yanına dönmeleri gerekirken, baba çocukları önce Amerika Birleşik Devletleri'ne, daha sonra ise Romanya'ya kaçırmıştır. 1994 yılının Aralık ayında Romanya Mahkemesi Fransa Mahkemesinin kararını dikkate alarak, çocuklar üzerinde velayet sahibi olan annelerinin bu hakkına aykırı şekilde babanın çocukları alıkoymuş olduğu ve çocukların annelerinin yanına dönmeleri gerektiği kararını vermiştir. Fakat 29 Ocak 1997 yılına kadar Romanya idari makamlarının mahkeme kararını icra edip çocukların iadesinin sağlanmadığı başvuru anne tarafından iddia edilerek dava AİHM' in önüne kadar gelmiştir. Başvuru anne, Romanya idari makamlarının çocukların derhal iadesine yönelik mahkeme kararının gereklerini yerine getirmediklerini ve çocukların iadesini kolaylaştırmadıklarını ileri sürmüştür. AİHM de başvuru annenin iddiaları doğrultusunda karar vererek Romanya idari makamlarının La Haye Sözleşmesinin 7.maddesi kapsamında öngörülen tedbirleri almakta yetersiz kaldığını gerekçe göstermiş ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan AİHS' nin 8. Maddesinin somut olayda ihlal edildiğine hükmetmiştir.⁴⁸ Konuyla ilgili benzer bir karar da *Iglesias Gill ve A.U.I. v. İspanya* kararıdır. Başvuru, İspanyol idari makamlarının, babasının Amerika Birleşik Devletleri'ne götürdüğü müşterek çocuklarının velayetinin başvurucuya verilmesine ilişkin adli kararları yerine getirme konusunda iadeyi sağlayıcı işlemleri yapmadıklarını iddia etmiştir. Başvuru özellikle, yetkililerin kaçırılma şikâyeti ile ilgili olarak tedbir almada gayret göstermediğini iddia etmiştir. Mahkeme de kararında, İspanya idari makamlarının çocuğun iadesine yönelik tedbirleri almakta yetersiz kaldığını ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini belirtmiştir. Mahkeme, kararında yetkililerin çocuğun annesine geri dönüşünü sağlamak için 25 Ekim 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin ilgili hükümlerinde öngörülen uygun önlemlerin uygulamaya koyulduğunu gözlemlendiğini ifade etmekle birlikte, başvuru ve çocuğu lehine alınan kararların

46 **AİHS Madde 8:** Özel ve aile hayatına saygı hakkı:

1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.

47 Öner, **A.g.e.**, s.506.

48 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 16.04.2018.

uygulanmasını sağlamak için hiçbir önlem alınmadığı için bir hak ihlalinin oluştuğu kanaatine vardığını ifade etmiştir. Yani hak ihlaline gerekçe gösterilen durum, İspanya yetkili makamlarının adli kararların icrası noktasında üzerlerine düşen vazifeyi aksatmaları olarak ifade edilmiştir.⁴⁹ Maire v. Portekiz kararı da taraf devletlerin pozitif yükümlülükleri bağlamında değinilmesi gereken kararlardan olup, başvuru baba, annesi tarafından Portekiz'e götürülen çocuğun velayetinin kendisine verildiğine ilişkin Fransız Mahkemesi kararının, Portekiz makamlarınca yerine getirilmediğini ifade etmiştir. AİHM ise özellikle, çocuğun iadesi sürecinde ebeveyn-çocuk ilişkisi temelinde telafisi mümkün olmayan zararların oluşmaması açısından işlemlerin hızlı bir şekilde yürütülmesi gerekliliği üzerinde durulmuştur.⁵⁰ Bir başka karar olan X. v. Letonya Davası ise sonuçları açısından önemlidir. Kararda, Lahey Sözleşmesi'nin 13(b) maddesi kapsamında çocuğun iadesi halinde ciddi riskle karşı karşıya kalacağı iddiasına ilişkin usuli incelemede mahkemelerin yükümlülüğünün tespiti yapılmıştır. Mahkemelere ciddi risk ihtimali karşısında, ciddi risk iddialarının detaylı şekilde incelenmesi ve bu incelemenin gerekçeli karara yansıtılması şeklinde özetleyebileceğimiz yükümlülükler getirilmiştir.⁵¹ Aynı kararla ayrıca iade sonrası kişisel ilişki kurma hakkının mümkün olup olmadığının araştırılması gerekliliği ifade edilerek, iade sonrası kişisel ilişki kurma hakkı da teminat altına alınmıştır.⁵²

B. TARAF DEVLETLERİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN AİHM'İN TÜRKİYE KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

Taraf devletlerin pozitif yükümlülüğü, sözleşmenin amacına uygun şekilde bütün önlemleri almak ve en süratli usullere başvurmayı zorunlu kılar. Koruma ve ziyaret hakkının teminat altına alınarak diğer akit devletlerin bu haklara saygı göstermesini sağlamak da sözleşmenin amacının açıkça zikredildiği 1.maddenin b fıkrasında yer almaktadır. Sözleşmede 6.maddeden 20.maddeye kadar taraf devletlerin yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. 8.maddede, akit devletlerin belirledikleri merkezi makamların amacın gerçekleştirilmesine yönelik usuli yükümlülükleri yer alırken 11.madde adli ve idari makamların **ÇOCUĞUN** geri dönmesi için gereken işlemleri yapmalarının yanında iade talebinden itibaren 6 hafta içinde bir karar vermeleri gerekliliğinden bahsetmektedir. Maddenin devamında, 6 haftanın aşılması yani konuyla alakalı bir gecikmenin olması durumunda gecikmenin nedenine dair açıklama yapma yükümlülüğünün olduğu da ifade edilmiştir. Sözleşmenin 12-13 ve 20.maddeleri bu başlıkla ilgili olmakla beraber, istisnai hükümler içerdikleri için iadenin reddinin söz konusu olduğu durumlar olarak bu maddelere çalışmanın ilerleyen kısımlarda yer verilecektir.

Türkiye'nin sağlamakla mükellef olduğu yükümlülükler için ise 5717 sayılı *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun*'un⁵³ ilgili maddelerine bakmamız

49 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 17.04.2018.

50 (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf 19.04.2018.

51 Giray, "Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin AİHM Kararları", *MHB*, C.35, S.2, s. 182.

52 *A.e.*, s.183.

53 R.G – 22.11.2007 – 26720

Sözleşmenin 26. maddesi "Her merkezî makam sözleşmeyi uygularken kendi masraflarını karşılar. Taraf Devletlerin

gerekmektedir. 5717 sayılı kanunun 3.maddesinde Lahey Sözleşmesiyle akit devletlerin sözleşmenin amacını gerçekleştirmek ve iade prosedürünün işleyişini kolaylaştırmak için belirlenen merkezi makamın, Adalet Bakanlığı olduğu ifade edilmektedir.⁵⁴ 5717 sayılı kanunun 5.maddesinde ise merkezi makamın görevleri başlığı altında mahalli Cumhuriyet başsavcılığı aracılığıyla alınması gereken tedbirlere yer verilmiştir. Gerek yerel kararlara gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne Türkiye'den yapılan başvurular sonucu verilen AİHM kararlarına baktığımızda, bu tedbirlerin ve iade prosedürünün işleyişiyle görevli makamların yerine getirmekle yükümlü oldukları işler konusunda yeterince özen gösterilmediği belirtilmiştir. Pozitif yükümlülükler bağlamında inceleyebileceğimiz kararlardan biri olan Övüş v. Türkiye kararında AİHM, Almanya'da yaşayan başvurucunun, Türkiye'de yaşayan eşi tarafından açılan boşanma davasından haberdar edilmemesinden dolayı AİHS'nin 6.maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ifade etmiştir. Yine aynı kararda Mahkeme, ulusal makamların hiç değilse başvurucunun çocuklarıyla temas kurmasına imkân verecek şekilde ziyaret hakkına saygı gösterilmesi için yeterli çabayı sarf etmesi gerektiğini belirterek somut olayda AİHS'nin 8.maddesiyle güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlalinin olduğu kanaatine varmıştır.⁵⁵ Hansen v. Türkiye kararında da Mahkeme benzer tespitlerde bulunmuştur. Bayan Hansen, iki kızının babaları tarafından Türkiye'ye götürülmesi ve kızlarıyla iletişim kurmalarını engellemesi sonucu çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle AİHM'e başvurmuştur. Bayan Hansen 6 yıl boyunca çocuklarını görebilmek için birçok girişimde bulunduğunu ancak Türk makamlarının şahsi ilişkinin kurulması noktasında, bu hakkını etkin şekilde kullanmasını sağlayamadıklarını ifade etmiştir. Mahkeme de aynı şekilde Türk makamlarının çocukların yerini tespit etme konusunda gerekli ve etkin adımları atmadığı yönünde karar vermiştir. Türk makamlarının annenin çocuklarla şahsi ilişki kurma hakkını tesis için kendilerinden sözleşme kapsamında beklenen makul ölçüde yapılması gereken her şeyi yaptıklarına ilişkin savunmalara da itibar edilmemiştir.⁵⁶ Küçük – Türkiye kararında ise Mahkeme, Devletlerin aile hayatının korunmasına yönelik olarak 8.madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin Lahey Sözleşmesinin ilgili maddeleri yorumlanarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Dava hem Türk hem de İsviçre yetkili makamlarının, annesi tarafından İsviçre'ye götürülen çocuğun Türkiye'ye iadesi konusunda uygun önlemleri alma konusundaki yükümlülüklerini yerine getirmediği iddiasına dayanmaktadır. AİHS'nin 8.maddesinin bir

merkezi makamı ve diğer kamu servisleri, sözleşmenin uygulanması çerçevesinde vaki taleplerle ilgili olarak hiçbir masraf isteyemezler. Özellikle, müracaatçıdan, dava masrafları veya icabında bir avukatın davaya katılmasının gerektireceği masrafları isteyemezler." hükmünü içermekle birlikte, Türkiye, Sözleşmenin 26. maddesine çekince koymuş olduğundan, 5717 sayılı Kanun'un 27. maddesi uyarınca, Sözleşme kapsamındaki iade davalarında yargılama masrafları davayı kaybeden tarafa yüklenmektedir.

54 Tanımlar

Madde 3 – 1) Bu kanunda geçen;

a)Merkezi Makam: Adalet Bakanlığını,

b)Başvuru sahibi: Bu kanun kapsamında çocuğun yeri değiştirilmeden veya alıkonulmadan önce bakım, gözetim ve koruma veya şahsi ilişki kurma hakkını fiilen kullanan gerçek kişi ile kurum ve kuruluşları ifade eder.

55 Giray, **A.g.m.**, s. 195; Övüş v. Turkey, Başvuru No: 42981/04 K.T: 13.10.2009.

56 (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22documentcollectiond2%22%22GRANDCHAMBER%22CHAMBER%22CHAMBER%22%7D> 20.04.2018

ebeveynin çocuğuyla birleşmesini sağlamak için alınması gereken önlemlerin yanı sıra ulusal makamların bu önlemleri alma yükümlülüğünü kapsadığının da altı çizilmiştir.⁵⁷ Ancak bu konuda tedbir alma yükümlülüğü mutlak olmayıp, her somut olayın koşulları dikkate alınarak bu sorumluluğun belirlenmesi gerektiği de AİHM kararlarında özellikle belirtilmiştir.

II. SÖZLEŞMEYE GÖRE ÇOCUĞUN İADESİNİN ZAMAN BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Sözleşmenin amacının net şekilde ortaya koyulabilmesi açısından çocuğun yer değiştirmesinin hukuka aykırı bir yer değişikliği olarak adlandırılması için, temel olarak koruma veya ziyaret hakkına sahip kişi ya da kurumun bu hakkının ihlal edilerek çocuğun mutad meskeni dışında bir yere götürülmesinin gerektiği bir önceki başlık altında ifade edilmişti. Ayrıca çocuğun iadesini talep edebilecek kişinin bu hakka, çocuğun yerinin hukuka aykırı olarak değiştirilmesinden önce sahip olması gerekmektedir.⁵⁸ Çocuğun iadesinin zaman bakımından incelenmesi ise, ayrıntılı ve çok yönlü şekilde ele alınması gereken bir konudur. Sözleşmenin yürürlük tarihi, çocuğun yaşı ve haksız kaçırılma veya alıkonma fiilinin gerçekleştiği tarih ile başvurunun ilgili birimlere yapıldığı tarih arasındaki süre ayrı şekilde ele alınarak iadenin zaman bakımından sonuçlarının bu ayırım ekseninde açıklanması daha yerinde olacaktır.⁵⁹

Sözleşmenin 35.maddesinde, Sözleşmenin akit devletlerde yürürlüğe girmesinden itibaren gerçekleşen çocuk kaçırma vakalarına uygulanacağı ifade edilmiştir.⁶⁰ Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi 25 Ekim 1980 tarihinde tamamlanarak 1 Aralık 1983 tarihinde taraf devletlerde yürürlüğe girmiştir. Türkiye ise 1988'de Sözleşmeyi imzalayarak 1999 tarihli 4461 sayılı Kanun ile sözleşmeyi onaylamıştır. 22 Kasım 2007 tarihinde ise 5717 sayılı *Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yön ve Kapsamına Dair Kanun* yayımlanarak sözleşmenin uygulanması iç hukukumuzda aktararak Adalet Bakanlığı 'Merkezi Makam' tayin edilmiştir. ⁶¹ Dolayısıyla Türkiye'nin Sözleşmeye taraf olmasından önce kaçırılan bir çocuk hakkında yapılan iade başvurusu bu gerekçeyle reddedilebilir. Bu konuda akla gelebilecek bir soru, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin hali hazırda çocuk kaçırma vakalarında uygulanıyor ve Türkiye'nin de bu sözleşmeye taraf olmasına rağmen neden yeni bir sözleşmenin hazırlanarak iç hukukumuzda bir yasal düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu olabilir. Üstelik Anayasamızın 90.maddesinde usulüne uygun yürürlüğe girmiş milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu belirtilerek çoğu yargı kararında milletlerarası antlaşmaların iç hukukumuzun bir parçası

57 Öner, A.g.e., s. 506.

58 Giray, A.g.e., s.31.

59 Bozdağ, A.g.e., s. 41.

60 **Madde 35:**

Sözleşme, taraf Devletler arasında sadece, bu Devletlerde yürürlüğe girmesinden sonra meydana gelen kaçırma veya kanuna aykırı olarak geri dönmeme hallerine uygulanır.

61 Oğuz Sadık Aydos, *Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, '1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması' Semineri*, Seminer Serisi 2, Ankara, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü, 12-13 Haziran 2013.

olduğu da ifade edilmiştir.⁶² Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularda Mahkemeyi hangi düzenlemeyi esas alacağı noktasında tereddüde düşürebilir mi? Bu soruların cevabı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gerek konumuzla ilgili kararları gerek diğer bireysel başvuru kararlarını incelendiğinde Mahkeme sistematığının ortaya çıkarılmasıyla verilebilir. Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ikincil ve tamamlayıcı bir niteliğe sahiptir. Dolayısıyla Sözleşme tarafından garanti altına alınan hakların bireylere sağlanmasında temel görev Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf Devletlere düşmektedir.⁶³ Aynı şeyi 1980 tarihli La Haye Sözleşmesi için de söyleyebiliriz. Devletlerin taraf oldukları sözleşmeler kapsamında iç hukuklarında düzenlemeler yapmaları Mahkeme kararlarının gereklerini icra etmeleri kapsamında bir yükümlülük olup Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından başvurularla ilgili değerlendirmeler yapıldığında bu yükümlülük göz önünde bulundurulmaktadır.

Çocuğun yaşı meselesi ise hem çocuğun üstün menfaatinin hem de iade prosedürünün işleyişi açısından önemli bir konudur. Sözleşmenin asıl amacı, mutad meskeni Sözleşmeye taraf devletlerden birinde bulunan ve on altı yaşını doldurmamış çocukların, hukuka aykırı olarak uzaklaştırıldıkları mutad meskenlerine dönmelerinin en kısa sürede sağlanmasıdır.⁶⁴ Çocuğun yaşı, somut olayda üstün menfaati tespit etmek için belirleyici bir unsur olup çocuğun ailesiyle olan bağlarının korunmasının yanında mutad meskene geri getirilmesinin çocuk üzerinde fiziksel ya da psikolojik bir zarar oluşturmaması da menfaatin değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.⁶⁵ Sözleşmenin 4.maddesinde, on altı yaşını doldurmadığı sürece çocuğun iadesinin mümkün olduğu ifadesi yer almaktadır. Ancak Sözleşmenin uygulama alanı bulabilmesi bakımından, kaçırılmış olan çocuğun haksız olarak yerinin değiştirildiği andaki yaşının mı yoksa iade talebinin ilgili yerlere yapıldığı süreçteki yaşının mı esas alınacağı tartışmalıdır.⁶⁶ Aynı şekilde çocuğun on altı yaşına girdiği anda mı yoksa on altı yaşını doldurduğu sırada mı sözleşmenin kapsamından çıkacağı da maddenin lafzından anlaşılmamaktadır. Bu noktada, çocuğun üstün menfaatine hizmet etmesi açısından çocuğun hukuka aykırı şekilde yerinin değiştirilmesinden veya alıkonmasından önce on altı yaşından gün almamış olmasının yeterli kabul edilmesi öğretideki genel görüştür. Bu görüşü savunanların argümanları ise, iade prosedürü devam ederken çocuğun on altı yaşından gün almaya başlamasıyla sözleşmenin ilgili hükümlerine dayanılmamasının söz konusu olması ve çocuğun üstün menfaatin sağlanması konusunda ciddi sıkıntılarının oluşabileceği şeklindedir. Uygulamada birliği sağlamak açısından sözleşmeyi kaleme alan komisyonun konuyla ilgili görüşü bu noktada önem arz etmektedir. Eliza Perez tarafından hazırlanan Açıklayıcı Rapor (1980 tarihli La Haye Sözleşmesine ilişkin) incelendiğinde Sözleşmeyi hazırlayan komisyon üyelerinin, çocuğun on altı yaşına girmeden önce kaçırılması ve

62 Örnek kararlar için ayrıca bkz: AYM, T.16.09.1998, E.1997/62, K.1998/52 (RG. 20.10.2000, S. 24206), Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, T.18.12.2003, E.2002/1048, K.2003/962 (Çevrimiçi) <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> - 07.05.2018.

63 Serkan Cengiz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *TBB Dergisi*, S:79, 2008, s. 350.

64 Giray, A.g.e., s.32.

65 T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, *Tematik Bilgi Notu*, 2016.

66 Giray, A.e., s.35.

sonrasında iade prosedürü devam ederken on altı yaşını doldurması durumunda, Sözleşmenin uygulama alanı bulamayacağı kanaatinde oldukları anlaşılmaktadır.⁶⁷ Dolayısıyla çocuk on altı yaşını doldurduğu an Sözleşme'nin uygulama alanı bulma imkânı kalmamaktadır.

Son olarak zaman bakımından Sözleşmenin uygulanması başlığı altında 38.maddeye değinmek önem arz etmektedir. 38.maddeye göre, her devlet Sözleşmeye taraf olabilir. Sözleşme, katılan Devlet için, katılma belgesinin tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer. Katılma sadece, katılan devletle bu katılmayı kabul etmiş olduğunu beyan eden taraf devletler arasındaki ilişkilerde geçerli olur. Katılan devlet ile bu katılmayı kabul ettiğini beyan eden devlet arasında ise Sözleşme, kabul beyanının tevdiinden sonraki üçüncü ayın ilk günü yürürlüğe girer.⁶⁸

A. 1980 TARİHLİ LA HAYE SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA ÇOCUĞUN İADESİ

Çocuğun yer değiştirmesinin hukuka aykırılığı tespit edildikten sonra taraf devletlerin birincil yükümlülüğü, çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesidir. İade talebinde bulunabilmek için, koruma veya ziyaret hakkı ihlal edilen kişinin belirli bir süre içinde ilgili yerlere başvurması gerekmektedir. Dolayısıyla bu durum, bir süreç gerektiren ve hem iade talebinde bulunulan hem de iade ile yükümlü olan Devletin merkezi makam olarak tayin ettikleri kurumların sorumluluğunda olan bir iştir. Somut olaylar ışığında çocuğun üstün menfaatinin bu süreç sonunda çocuğun mutad meskenine iadesi yönünde olduğunu genel olarak söyleyebiliriz.

Sözleşmeye taraf devletlerin iade prosedürünü gerçekleştirirken dostane çözüm yollarıyla iadeyi kolaylaştırma yükümlülüğü de ayrı bir başlık altında incelenmesi gereken bir konu olup, 1980 tarihli La Haya Sözleşmesi'nin 7/ c maddesinde yer almaktadır. Bu madde bir açıdan da arabuluculuk yoluyla iadenin mümkün olduğu şeklinde yorumlanmaktadır.⁶⁹ Çocuğun üstün menfaatinin mutad meskenine en kısa sürede iadesini sağlamak sözleşmeye taraf devletlerin yerine getirmekle mükellef olduğu yükümlülüklerin esasını oluşturduğu için, arabuluculuk gibi uyumsuzlukları kısa sürede ortadan kaldıran alternatif çözüm yollarının konumuz açısından uygulama imkânının olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmıştır.⁷⁰ Bu çalışmalar neticesinde, arabuluculuk yönteminin özellikle çocuk kaçırma vakalarında önemli bir işlevinin olduğu, sözleşmenin niteliği itibariyle bir adli yardım sözleşmesi olarak kabul görmesinden dolayı uluslararası iş birliğini gerektirmesi

67 Elisa Pérez-Vera, **Explanatory Report Translation Of The Permanent Bureau**, s.450, paragraf 77.

68 Konuyla ilgili kararlar için bkz:

- Rusya Federasyonu'nun, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmasına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 6.5.2017)

-Andorra'nın, "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmasına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 19.6.2014)

-Bazı Ülkelerin ve Beyanla Brezilya'nın "Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşmeye Katılmalarına İlişkin Kabul Beyanında Bulunulması Hakkında Karar (RG: 4.11.2009)

69 Günseli Öztekin Gelgel, "25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması", **MHB**, Cilt:37, S:2, s.612.

70 Öztekin Gelgel, **A.e.**, s.613.

ve taraf devletlerin iade prosedürünü hızlı şekilde nihayete erdirebilmeleri için arabuluculuk yönteminin sözleşmenin amacına uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁷¹

Ancak bazı durumlarda mutad meskene iade, üstün menfaati sağlamaktan ziyade çocuk açısından daha yıpratıcı sonuçlara neden olabilir. Aynı şekilde ebeveynler de bu olası sonuçlardan olumsuz yönde etkilenebilir. Bu olumsuz sonuçlara çocuğun bakımını üstlenen kişi, kurum veya müessesenin yer değişikliği sürecinde koruma hakkını etkin şekilde kullanamaması veya bu yer değişikliğinden haberdar olmaması nedeniyle rızasının alınamaması vb. durumları örnek gösterebiliriz.⁷² Diğer yandan çocuğun mutad meskenine iadesi halinde fizyolojik ve psikolojik açıdan zorlayıcı durumlara karşı karşıya kalması ihtimalini doğuracaksa, iade talebinin reddi gerekmektedir. İadenin reddini gerektiren sebepler, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinin 12, 13 ve 20.maddelerinde ayrı başlıklar altında, iade halinde ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların mevcudiyeti halinde taraf devletlerin yükümlülükleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Çalışmamızda sözleşmedeki sistem baz alınarak ayrı konu başlıkları altında iadenin reddini gerektiren sebepler ele alınacaktır.

B. İADENİN REDDİNİ GEREKTİREN SEBEPLER

I. SÖZLEŞMENİN 12/2.MADDESİ UYARINCA İADENİN REDDİ

Çocuğun mutad meskenine iade edilebilmesi için öncelikle taraf devletler tarafından belirlenen merkezi makamlara talepte bulunulması gerekmektedir. Sözleşmenin 12.maddesi kapsamında, merkezi makamlara başvurunun çocuğun yerinin değiştirildiği veya alıkonulduğu tarihten itibaren 1 yıl içerisinde yapılması halinde, derhal iadesinin sağlanması noktasında taraf devletlere bir yükümlülük getirilmektedir. 1 yıllık sürenin geçmesinden sonra adli-idari makamlara yapılan başvuruların eğer somut olayda Sözleşmenin 13. ve 20.maddelerine ilişkin istisnai durumlar mevcut değilse kabul edilerek, çocuğun mutad meskeni devletine iadesine hükmedilmesi gerekmektedir.⁷³ Maddenin 1. fıkrasında çocuğun iadesi için öngörülen 1 yıllık sürenin başlangıcıyla ilgili net bir çıkarımda bulunamamaktayız. Öğretide sözleşmenin amacına ulaşması açısından bir yıllık sürenin çocuğun kaçırıldığı tarihten itibaren değil, çocuğun yerinin kesin şekilde tespit edildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁴ Sözleşmeye taraf devletlerin bu madde hükmünü farklı şekilde yorumlaması da söz konusudur. Örneğin İngiltere mahkemeleri, bir yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak çocuğun iadesi için girişimlere başlanılan tarihi esas almaktadır.⁷⁵ Sözleşmeyi hazırlayan komisyon tarafından ise – Açıklayıcı Rapordan anlaşıldığı kadarıyla – 1 yıllık sürenin başlangıç tarihi olarak adli-idari makamlara yapılan müracaat anının kabul edildiğini söyleyebiliriz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun konuyla

71 A.e., s.616.

72 Giray, A.g.e., s.126.

73 Takçı, A.g.e., s.1054; Esen/ Ataman – Fıganmeşe, A.g.e., s.170; Giray, A.g.e., s.197; Altuntaş, A.g.e., s.100; Akıncı/ Demir – Gökyayla, A.g.e., s.212.

74 Giray, A.g.e., s.197.

75 A.e., s.197.

ilgili bir kararında ‘*Davacı annenin bulunduğu ülke makamına başvuru anında çocuğun haksız olarak alıkonulmasından itibaren bir yıldan az bir süre bulunmaktadır. Çocuğun iadesi talebinin reddedilmesinin gerektiren şartlar bulunmamaktadır.*’ ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla Türkiye açısından, sözleşmeyi kaleme alan komisyonun görüşleri doğrultusunda somut olayların değerlendirildiğini söyleyebiliriz.⁷⁶

Ancak bu madde kapsamında iadeye hükmedilmesinin de istisnasını oluşturan bir durum vardır. Çocuk kaçırıldığı veya haksız olarak alıkonulduğu ülkede bir düzen kurmuş, sosyal çevresini oluşturmuş ve o çevreye uyum sağlamışsa iade talebi reddedilebilir. Yeni çevresine intibak edip etmediği konusunda sosyal ve okul hayatı ile arkadaş çevresi incelenerek çocuğun kaçırıldığı veya haksız olarak alıkonulduğu ülkede kalmasının üstün menfaati açısından gerekliliğinin tespiti mahkemece takdir edilecek ve sonrasında iade talebinin reddedilip reddedilmeyeceği konusunda bir karar verilecektir.⁷⁷ Sosyal çevrenin belirlenmesi ve çocuğun yaşamsal faaliyetlerini ağırlıklı olarak nerede sürdürdüğüne ilişkin değerlendirme mutad meskenin belirlenmesinde de göz önüne alınması gereken unsurlardır. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2010 tarihli bir kararında yer alan şu ifadeler bu hususa ilişkindir: ‘*Sözleşmenin 4. maddesi anlamında mutad meskenin belirlenmesinde sadece çocuk esas alınacak ve onun kaçırıldığı veya alıkonulduğu iddia olunan tarihten hemen önceki günlerde sosyal çevresini nerede kurduğuna ve sosyal hayatına nerede devam ettiğine bakılacak, iade davasına konu teşkil eden çocuk küçük yaşta ise ve bu sebeple annesine bağımlı yaşamakta ise kaçırılma veya alıkonulma tarihinden hemen önceki tarihte annenin mutad meskeni ile çocuğun mutad meskeni aynı yer olacaktır.*’⁷⁸ Sonuç olarak gerek bir yıllık sürenin başlangıç tarihini belirlemek açısından gerekse mutad meskenin çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde tespiti noktasında çocuğun sosyal çevresinin esas alınması gerekmektedir. Bir yıllık sürenin başlangıç anı somut olayın koşulları çerçevesinde ve taraf devletlerin yükümlülükleri bağlamında ele alınarak çocuğun üstün menfaati gözetilerek bir değerlendirme yapılmalıdır.

2. SÖZLEŞMENİN 13.MADDESİ UYARINCA İADENİN REDDİ

Sözleşmenin 13.maddesi, iade sürecinde taraf devletlere sözleşmeye taraf olmaları dolayısıyla sağlamakla mükellef oldukları yükümlülükler ekseninde iadenin reddini gerektiren durumlara ilişkin bir düzenlemedir. 13/1-a hükmüne göre, çocuğun bakımını üstlenmiş bulunan kişi, kurum veya müessesenin, koruma hakkının gereklerini etkin şekilde yerine getirmediği veya çocuğun yer değiştirmesine muvafakatlerinin olduğunun tespiti durumunda iadeyi sağlamakla sorumlu adli – idari makam çocuğun iadesini emretmek zorunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen davaları incelediğimizde, çocuğun belli bir süre için haksız olarak

76 İlgili kararlar için bkz: Yargıtay 2. HD/E.2006/1762, K.2007/12722, K.T:27.09.2007/E.2010/22571, K.2011/12691, K.T:20.7.2011 (Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 15.05.2018.

77 Takçı, A.e., s.1054.

78 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu K.T:22.10.2010, E.2010/2-628, K.2010/693.(Çevrimiçi) – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> 15.05.2018.

alıkonulduğu ya da götürüldüğü kişiyle birlikte tatile çıkmasına veya mutad meskeninden bir süre ayrılmasına iade talebinde bulunan kişi tarafından izin verildiğini görebiliriz. Sonraki süreçte ise iade talebinde bulunulan kişi tarafından karşı argüman olarak koruma hakkı sahibinin bilgisi ve onayı dahilinde bir yer değişikliğinin mevcut olduğu şeklinde ifadeler ileri sürülmektedir.⁷⁹ Çocuğun geri dönmesi şartıyla genellikle diğer ebeveyn tarafından verilen bu izin, çocuğu alıkoyan veya kaçırın kişi tarafından adeta bir fırsat olarak görülmektedir. Ancak burada kast edilen yer değişikliği tarafların ortak kararıyla oluşan bir durum olmakla beraber, mutad meskenin değiştirilmesine izin verilmesi olarak düşünülmemelidir.⁸⁰

Sözleşmenin 13/1-b maddesine ise bu başlık altında özellikle değinmemiz gerekmektedir. Çünkü bu madde gerek yerel gerek uluslararası yargı kararlarında iadenin reddi sebebi olarak taraflarca bilhassa ileri sürülmüştür. Diğer yandan 13/1-b maddesi genel bir kural değil, istisnai bir hükümdür.⁸¹ Çocuğun mutad meskenine geri dönmesi durumunda fiziki tehlikeye, psikolojik tehlikeye veya tahammül edilemeyecek bir duruma maruz kalacağı konusunda ciddi riskin mevcudiyetine dair istisnanın, çocuğun üstün menfaatini sağlamak amacıyla getirilmiş bir istisna olduğu belirtilmektedir.⁸² Madde açısından önemli olan husus, çocuğu haksız olarak mutad meskeni devletinden diğer taraf devlete kaçırın veya götürdüğü taraf devlette alıkoyan kişinin, çocuğun geri dönmesi halinde maruz kalacağı bu tehlikeli durumlara ilişkin iddialarını ispat etmekle mükellef olmasıdır. Kişinin bu iddiasını somut ve etkili delillerle ispat etmesi gerektiğinden madde 13/1-b kapsamında değerlendirilebilecek iddiaların ispat külfeti daha ağırdır. Dolayısıyla iadeyi talep eden kişi bu madde açısından talepte bulunulana kıyasla iddiasını ispatlamak konusunda daha avantajlı konumdadır diyebiliriz.

a. Çocuğun Fiziki Tehlikeye Maruz Kalmasına İlişkin Ciddi Riskin Bulunması

Çocuğun mutad meskenine iadesi halinde fiziki tehlikeye maruz kalacağına yönelik ciddi riskin bulunması iddiası, iadenin reddini gerektiren istisnai hallerden olduğu için dar yorumlanmalıdır. Çocuğun iade edilmesi halinde zarar göreceğinin kabulü için ciddi ve telafisi mümkün olmayan bir riskle karşı karşıya kalacak olması ihtimalinin kuvvetli olması gerekir.⁸³ Ancak yerel mahkeme kararlarına baktığımızda ciddi risk kavramının çeşitli şekillerde yorumlandığını söyleyebiliriz. Nitekim Fransız Mahkemesi tarafından verilen hava kirliliğinin çocuk için ciddi bir tehlike oluşturduğu gerekçesiyle iade talebinin reddedildiği karardan, ciddi risk kavramının geniş yorumlandığını anlayabiliriz. Diğer taraftan, tahammül edilemez durum olarak iadenin

79 Daha önceki başlıklarda değinilen Hansen v. Türkiye kararı örnek olarak verilebilir. (Çevrimiçi) [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:\[%22ENG%22\],%22appno%22:\[%2236141/97%22\],%22documentcollectionid%22:\[%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-61294%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%2236141/97%22],%22documentcollectionid%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-61294%22]}) İlgili paragraf için bkz: THE FACT/ I. THE CIRCUMSTANCES OF THE CASE - Art.13.

80 Bozdağ, A.g.e., s.110.

81 Kutlay Telli, "The Role Of Central Authorities In The Application Of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis Of A Genuine Area Of Public International Law," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, C.5, S.5, 2015, s.771.

82 Bozdağ, A.e., s.114.

83 Giray, A.g.e., s.139.

çocuğun ekonomik geleceğine veya eğitimine zarar verecek olmasının, ciddi risk veya tehlike olarak değerlendirilmeyerek kavramın daha dar şekilde yorumlandığı kararlar da mevcuttur. Maumousseau ve Washington v. Fransa kararında AİHM, Fransız Mahkemelerinin ailenin genel durumuna ve çeşitli faktörlere ilişkin derin bir inceleme yapmış olduğunu belirterek başvuranın iddialarının kabulü halinde sözleşmenin amacının anlamsız hale geleceğini ifade etmiştir. Sözleşmede çocuğun mutad meskenine iadesine ilişkin istisnai hükümlerin dar yorumlanması gerektiği Açıklayıcı Rapora atıf yapılarak açıklanmıştır.⁸⁴ Türk mahkemelerinin Sözleşmenin 13.maddesiyle ilgili verilen kararlarında ise, iadede kaçınmayı gerektirecek vahim bir tehlikenin varlığı aranmaktadır. Tahammül edilemez riskin varlığı yorumlanırken, söz konusu tehlikenin, şüpheden uzak şekilde, uzman kişilerce belgelenecek kesin bulgulara dayanması aranmaktadır.⁸⁵ Bu vb. sebeplerle yerel kararlarımız açısından ciddi risk kavramının geniş şekilde yorumlandığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Ayrıca ciddi riskin tespiti noktasında sosyal çalışmacı, psikolog veya pedagoğ gibi bir uzmandan alınan rapor çerçevesinde çocuğun yaşı ve olgunluğu da göz önüne alınarak konuyla ilgili görüşünün alınması gerekirken bu şartlar gözetilmeden iade hususunun değerlendirildiği davalarda, Yargıtay bu nedenleri bozma kararlarının gerekçelerinde ayrıntılı şekilde belirtmiştir.

Taraf devletlerde prosedürün işleyişiyle ilgili sorumlulukları olan makamların tehlikeye maruz kalınması ihtimalinde isteksiz ve başvuru sahiplerinin şikâyetlerini dikkate almayan bir tavır içinde bulduklarına ilişkin iddialar çoğu davada iade talebinde bulunan kişilerce ifade edilen bir diğer husustur.⁸⁶ Taraf devletlerin yükümlülükleriyle daha yakından ilişkili olan bu nokta, aslında çocuğun üstün menfaatine hizmet eden önemli bir faktördür. Çocuğun iadesi durumunda ciddi bir riskle karşı karşıya kalınan durumlarda geride kalan ebeveynlere de çocuklarıyla temas kurma hakkı tanınmalıdır. Ayrıca tüm bilgiler geride kalan ebeveynler için de ulaşılabilir olmalıdır. Kritik durumlarda ebeveynler çocuklarıyla iletişim kurabilmelidir. Ciddi risk durumlarının varlığına rağmen iadenin gerçekleştiği olaylar açısından temas halinde kalınması çok daha fazla önem arz etmektedir. Konuyla alakalı bir karar olan Marcus Frank Cerny başvurusuna konu olayda baba, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşıdır. Müşterek çocuklarının düğün sebebiyle anneleri tarafından Türkiye'ye götürülmesi ve bir daha geri getirilmemesinden dolayı Amerika'daki

84 Fransa'ya karşı Sophie Maumousseau tarafından kendisi ve kızı Charlotte Washington adına açılan davada başvuru sahipleri, Fransa makamları tarafından çocuğun mutad meskenine iadesi kararının icra edilmesiyle AİHM'nin 8.maddesinde güvence altına alınmış haklarının ihlal edileceği iddiasında bulunmuşlardır. Kararın özeti için bkz: (Çevrimiçi)[https://www.incadat.com/en/case/942/ Maumousseau and Washington v. France](https://www.incadat.com/en/case/942/Maumousseau%20and%20Washington%20v.%20France) (Başvuru No 39388/05) 14.05.2018.

85 Yargıtay 2. HD – E.2008/18187, K.2009/6203, K.T: 2.4.2009, Yargıtay 2. HD – E.2016/10737, K.2016/13560, K.T:5.10.2016 sayılı kararları.

86 (Başvuru Numarası: 2013/5126), Karar Tarihi: 2/7/2015, R.G. Tarih – Sayı: 12/8/2015-29443 PF v. MF 1992 LR 390 – İrlanda Mahkemelerinde verilen bu kararda geçen ifade şu şekildedir: *She also suggests that the failure of Irish authorities to respond to her own complaints of abuse reveal an inability or unwillingness to protect the interests of her children, a factor she insists creates a grave risk to the children.* İrlanda makamlarının şikâyetlere cevap vermekteki yetersizlikleri, çocukların çıkarlarını gözetme konusundaki isteksizliklerinin göstergesi olarak adlandırılmış ve bu durumun çocuklar için ciddi risk oluşturduğu ileri sürülmüştür. [18/12/1998; United States District Court for the District of Massachusetts; First Instance] In re Walsh, 31 F. Supp. 2d 200 (D. Mass. 1998) – (Çevrimiçi)<https://assets.hchc.net/incadat/fullcase/0222.htm> – 11.05.2018.

yetkili makamlardan La Haye Sözleşmesi kapsamında iade talebinde bulunmuştur. Anne ise Türkiye’de boşanma davası açarak geçici velayet sahibi olmuştur. İlk derece mahkemesi, Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenen derhal iade koşullarının oluşmadığı gerekçesiyle çocuğun iadesini reddetmiştir. Baba, kararı temyiz etmiştir. Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını onamış ve somut olayda Lahey Sözleşmesi’nde düzenlenen derhâl iade koşullarının oluşmadığını, çocuğun yaşı ve anneye muhtaç hâlinin dikkate alındığını belirterek ve boşanma davası sonucu çocuğun velayetinin anneye verildiğini de gözeterek temyiz talebinin reddi yönünde karar vermiştir. Baba Marcus Frank Cerny’nin, karar düzeltme talebi de reddedilmiştir ve baba Anayasa mahkemesine başvurmuştur.⁸⁷ Anayasa mahkemesi, çocuğun üstün yararının korunması ilkesine dikkat çekmişse de incelemesini Lahey Sözleşmesi’nin uygulanma şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğiyle sınırlamıştır. Yani dar ancak katı şekilde sözleşmeyi yorumlamayı tercih etmiştir. Anayasa Mahkemesinin 13/1-b kapsamında değerlendirilebilecek iddiaları inceleme alanı dışında bırakması, çocuğun üstün menfaatinin sağlama amacı taşımamaktadır. Bu kararın çocuğun üstün yararını sağlamaktan ziyade kamu düzenine ilişkin bir amaç taşıdığından bahisle AİHM içtihatları ile uyumlu bir karar olduğu söylenemez. Uyumsuzluk, ebeveynin çocukla iletişim kurma hakkının üstün menfaatin sağlanmasından daha öncelikli görülmesinden kaynaklanmaktadır.

Çocuğun mutad meskenine iadesinin reddini gerektiren fiziksel tehlikeye maruz kalmasına ilişkin ciddi riskin varlığı denilince özellikle, çocuğun geri dönmesi durumunda cinsel istismara maruz kalacağı durumlar akla gelmektedir. Cinsel istismarın veya tacizin daha önceden meydana gelmesi veya çocuğun iadesi halinde meydana gelme ihtimalinin varlığı, iadenin reddini gerektiren bir faktördür. İstismarda bulunan kişi koruma hakkına sahip kişi olsa dahi bu durum 1980 La Haye Sözleşmesine göre iadenin reddini gerektirmektedir. 13.maddenin 1.fıkrasının b bendi gerekçe gösterilerek iade talebi ilgili makamlarca reddedilmelidir.⁸⁸ Bu husus iade konusunda çocuğun dinlenilmesiyle de yakından ilişkili bir konudur. Çoğu zaman çocuklar, bu tür istismar davranışlarını sevgi gösterisi olarak algılamakta ve diğer ebeveynlerine bu durumu istismar eden kişiyle birlikte yaptıkları aktiviteler olarak aktarmaktadır. Dolayısıyla bu tür fiziksel tehlikeye maruz kalınacağına ilişkin ciddi risklerin bulunduğu davalarda – bilhassa yerel kararlarda – çocuğun dinlenilmesi gerekliliği üzerinde durulduğunu belirtmek gerekir.⁸⁹ X. V. Letonya davası da ciddi risk kavramıyla ilgili önemli tespitlerin yapıldığı bir diğer önemli davadır. Ciddi risk iddiasına ilişkin usuli incelemelerin ne şekilde olması gerektiğiyle ilgili taraf devletlere yol gösterici nitelikte tespitlerin yapıldığı bu dava, Marcus Frank Cerny davasında

87 Meltem Ece Oba, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair LaheySözleşmesi Çerçevesinde Aile Hakkına Saygı Hakkı ve Çocuğun Üstün Menfaatinin Korunması** Marcus Frank Cerny Başvurusu Üzerinden **Bir İnceleme** / (Başvuru no. 2013/5126) , s.3. (Çevrimiçi) <https://anayasatakup.ku.edu.tr> 16.05.2018.

88 Giray, **A.g.e.**, s. 144.

89 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E.2013/1772, K.2013/1557, 13.11.2013 tarihli kararında, Çocuk Hakları Sözleşmesine atf yapılarak çocuğun kendisini ilgilendiren bütün meselelerde görüşünü açıklayabilmesi ve bu görüşün dikkate alınmasını talep edebilme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Çocuğun beyanında annesinin yanında kalmak istediği yer almaktadır. Kararda Sözleşmenin 13/1 – b maddesinin iadede kaçınma sebeplerinden yalnızca biri olduğu; diğer iadede kaçınma halleri için ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmiştir. Çocuğun çevresiyle itibakının da iyice araştırılması gereken bir nokta olduğunun altı çizilmiştir.

Anayasa Mahkemesinin tutumunun ne şekilde olması gerektiğiyle de ilgilidir. Uyuşmazlığa konu olan olayda, Avustralya'da yaşayan Letonya vatandaşı başvuru X. ile birlikte yaşamakta olduğu T'nin 2005 yılında bir kız çocukları dünyaya gelmiştir. Başvuru X., biyolojik babanın izni olmaksızın 2008 yılında kızı ile Letonya'ya dönmüştür. Bunun üzerine biyolojik baba T'nin başvurusuyla Avustralya'daki yetkili makam, La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğun mutad meskeni olan Avustralya'ya iadesi için Letonya'nın yetkili makamına başvurmuştur. Letonya'daki yetkili makam, La Haye Sözleşmesi kapsamında çocuğun Avustralya'ya iadesi yönünde karar vermiştir. Anne X, velayete ilişkin iddialarının yanı sıra kızının Avustralya'ya iadesinin onu psikolojik açıdan yıpratacağı iddiasıyla La Haye Sözleşmesi m.13(b) kapsamında karara itiraz etmiş ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur. AİHM incelemesinde, çocuğu ilgilendiren bütün kararlarda olduğu gibi belirleyici faktörün çocuğun yüksek menfaatinin korunup korunmadığı olduğunu belirterek La Haye Sözleşmesi uyarınca ulusal mahkemelerin özel bir usuli yükümlülük altında olduğu tespitinde bulunmuştur.⁹⁰ Tespitler, mahkemelere iki çeşit yükümlülüğün yüklendiğini göstermektedir. Birincisi, mahkemelerce ciddi riskle karşı karşıya kalınacağına ilişkin iddiaların önceden detaylı şekilde incelenmesi gerekliliği iken diğeri bu riskin oluşması halinde gereken tedbirlerin alınmasıdır.⁹¹ Ulusal mahkemeler bu yükümlülük kapsamında öncelikle, çocuğun iadesine istisna teşkil edebilecek durumların varlığını incelemeli ve bu durumları gerekçeli kararlarında belirtmelidir. Ayrıca somut olayda çocuğun iadesinin reddinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8.maddesini ihlale neden olup olmadığı da araştırılmalıdır. Yani bu kararlar, AİHS 8 kapsamında bir değerlendirme yapılması gerekliliği ulusal mahkemelerin yükümlülükleri bağlamında ele alınmıştır.

b. Çocuğun Psikolojik Tehlikeye Maruz Kalmasına İlişkin Ciddi Riskin Bulunması

İade talebinin reddedilebilmesi için, çocuğun bu iade nedeniyle psikolojisinin etkilenecek olması gerekir.⁹² Genellikle fiziki tehlikeye maruz kalınması riskinin olduğu durumlarda psikolojik tehlike de söz konusudur. Fiziksel tehlikeye kıyaslandığında daha soyut ve subjektif olarak tanımlanabilecek psikolojik tehlikeye maruz kalınmasına ilişkin ciddi risk faktörü aslında, çoğu olayda fiziksel tehlikeye birlikte tezahür etmektedir. İstisnaların dar yorumlanmasına ilişkin genel kural, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesinde yer alan iadenin reddi sebepleri bakımından da geçerlidir. Asıl amacın çocuğun mutad meskenine en kısa sürede iadesi olduğundan bahisle, psikolojik tehlikeye maruz kalma konusunda ciddi risk bulunduğunun kabulü için birtakım travmatik olayların mevcudiyetinin arandığını söyleyebiliriz.⁹³ Çocuğun psikolojisi açısından sıradan olarak addedilemeyecek, ruhsal açıdan normal karşılanmayacak boyutta zarar görme tehlikesinin varlığı aranmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun verdiği bir karara konu olayda, çocuk babasını görünce ağlamaya başlamakta ve ancak dedesiyle birlikte babasının geldiğini gördüğünde babasıyla konuşmayı kabul etmektedir. Ancak babanın, çocuğa dedesinin ona

90 Meltem Ece Oba, *A.g.m.*, s.3.

91 Giray, *A.g.m.*, s.182.

92 Giray, *A.g.e.*, s.145; Esen/ Ataman – Figanmeşe, *A.g.e.*, s.169; Altuntaş, *A.g.e.*, s.115.

93 Bozdağ, *A.g.e.*, s. 117.; Altuntaş, *A.g.e.*, 116.

tecavüz edip etmediğini sorarak sevdiği kişilere karşı kışkırtıcı cümleler sarf ettiği anlaşılmaktadır. Kişisel görüşmeler sırasında görevli bulunan sosyal hizmet uzmanının zabıtaya verdiği genel değerlendirme tutanağında: “...Baba ile birlikte bulunduğum zaman içinde çabuk sinirlenen bir kişilik yapısında olduğunu, asabi, agresif tutumları, davranışları, küfürlü, hakaret içeren sözleri çocuğun yanında sergilemekten ikazlarıma rağmen kendini alıkoymadığını, çocuğunu baskı altına almaya çalışarak sevdiği değer verdiği kişilere karşı olumsuz yönde yönlendirmeye çalıştığını, şahsi ilişki kurduğu kızının güven duygusunu zedeleyebilecek, gelecek kaygısına yol açabilecek ifadeler kullandığını, gözlemediğini...” beyan etmiştir. İade kararının verilmesi talebinin reddine ilişkin direnme kararının doğruluğu kabul edilerek; ‘Şahsi görüşme sırasında tutulan tutanaklar ve babanın çocuğu önünde etrafı ile diyalogları, dava dışı dedeye yönelik ifadeleri, küçüğün iadesine karar verilmesi halinde yetişme çağına ihtiyacı olan anne sevgi ve şefkatinden mahrum kalacak olmasının çocuğun fiziki ve psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı, dava tarihinde iki yaşında bulunan çocuğun yaşı nedeniyle annelerinden ayrılmasının, Sözleşmenin 13/b maddesi anlamında ruhsal risk oluşturduğu, dosya kapsamına göre babanın çocuğa karşı duyarsız davranışlarının, 2 yaşında bulunan çocuğun ruhsal gelişimi açısından tehlike oluşturacağı, babanın tutanaklara yansıyan iletişim yapısı dikkate alındığında müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir riskin olduğu açıktır.’ şeklinde gerekçelendirilmiştir.⁹⁴ Adı geçen kararda babanın çocuğa yönelttiği soruların çocuğun psikolojik gelişimi açısından sakıncalı olduğundan bahisle iade talebinin reddine yönelik mahkeme kararının isabetli olduğu belirtilmiştir.

Aile içi şiddet faktörü de bu madde kapsamında yorumlanabilir. Özellikle annenin şiddet mağduru olduğu somut olaylarda, annesiyle birlikte mutad meskeni değiştirilen çocukların da iade halinde baba tarafından şiddete maruz kalacağı ihtimali söz konusudur. Ebeveynlerden birinin zarar görmesi çocuğun da zarar görmesine neden olabilir. Dolayısıyla haksız yere çocuğu mutad meskeninden başka bir taraf devlete götüren kişinin çocuğun üstün menfaati açısından gerekli olduğu için bu fiili gerçekleştirmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Derhal iade prosedürünün işletilmesi de bu gibi durumlarda isabetsiz bir uygulama haline gelmektedir.⁹⁵ N.P v. A.B.P – Kanada Temyiz Mahkemesi’nin babanın çocuğun iadesine ilişkin talebini reddettiği davada, babanın kadın ticareti yapması dolayısıyla annenin ciddi endişelerinin olduğu ve iade talebi kabul edilse dahi annenin çocuğa eşlik edecek olmasının annede güvenliğiyle alakalı psikolojik bir korkuya sebep olması söz konusudur. Annesinin yokluğunda çocuğun iadesinin de çocuğu psikolojik zarara uğratacağı ifade edilerek iade talebinin reddi gerekçelendirilmiştir.⁹⁶

c. Sözleşmenin 20.maddesi Uyarınca İadenin Reddi

İadenin reddini gerektiren nedenler başlığı altında ele alınması gereken bir diğer düzenleme 20.maddedir. Çocuğun Sözleşmenin 12.maddesi uyarınca geri dönmesi talepte bulunulan Devletin insan haklarının korunmasına ilişkin ilkelerine aykırılık oluşturuyorsa iade talebi reddedilebilir.

94 YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2010/2-628, K. 2010/693, K.T. 22.12.2010 Çevrimiçi – <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/ara.htm> 14.05.2018.

95 Bozdağ, A.e., s.127.

96 (Çevrimiçi) <https://www.incadat.com/en/case/764> – N.P v. A.B.P., 1999 R.D.F. 38 (Que. C.A.)/ 14.04.2018.

Kamu düzenine aykırılık kriteri yerine *insan haklarının korunmasına ilişkin ilkeler* kriteri tercih edilmiştir. Ancak yine de bu kriter, diğer iadenin reddini gerektiren sebeplere nazaran muğlak bir anlama sahip olduğundan bahisle Sözleşmenin amacına hizmet edip etmediği noktasında tartışma konusu olmuştur.⁹⁷

Bu madde kapsamında özellikle, çocuğun iadesi halinde etnik ya da dini yönden ayrımcılığa maruz kalma ihtimalinin mevcudiyeti, iade edileceği ülkenin savaş durumunda olması veya çocuğun suça sürüklenmesi halleri düşünülebilir. Diğer istisnai hükümler gibi 20.madde de dar şekilde yorumlanmalı, eğer çocuğun iade talebinin çok ciddi sonuçlar doğurması ihtimali varsa iade talebinin reddedilmesi gerektiği kabul edilmelidir.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Uluslararası çocuk kaçırma vakaları özellikle yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sona ermesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla çocuk kaçırma kavramı ceza hukukundan ziyade özel hukuk ilişkilerinden kaynaklanan ve aile gibi toplumun çekirdeği olarak adlandırabileceğimiz yapıdaki uyumsuzluklara ilişkindir.

1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair La Haye Sözleşmesi, yabancılık unsuru taşıyan evliliklerin sona ermesi halinde haksız olarak yeri değiştirilen çocuğun en kısa sürede mutad meskenine iadesini amaçlamaktadır. Ancak çocuğun mutad meskeni ülkesine iadesi her zaman çocuğun üstün menfaatine hizmet etmemektedir. Çocuğun üstün menfaatinin zarar görebileceği durumlara Sözleşmenin ilgili maddelerinde yer verilmiştir. Özellikle bu maddelerde yer alan durumlar çerçevesinde taraf devletlere çok önemli yükümlülükler getirilmiştir. Bu yükümlülükler iade prosedürünün sağlıklı şekilde işlemesi, çocuğun hem fizyolojik hem psikolojik açıdan zarar görmemesi, koruma hakkına sahip ebeveyni dışında diğer aile bireyleriyle iletişimin devam etmesi ve çocuğun iade sonrasında da idari makamlarca takibinin yapılması şeklinde sıralanabilir. Her somut olayın kendi içinde farklı şartları ve her çocuğun özel olması sebebiyle taraf devletlerin sorumluluklarının bilincinde olması gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Uluslararası Çocuk Kaçırma vakalarında dikkate aldığı husus ise idari ve adli makamların çocuğun iadesi konusunda hızlı harekete geçip geçmediğidir. Çocuğun mutad meskenine iadesi ne kadar kısa sürede gerçekleşirse çocuğun o kadar az zarar görmesi söz konusu olduğu için, AİHM' in iade sürecinin yavaş ilerlemesini taraf devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi şeklinde yorumladığını söyleyebiliriz. Bu yükümlülüğe aykırılık Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel ve aile hayatına saygıyı güvence altına alan 8.maddesinin ihlali olarak değerlendirilmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlar incelendiğinde, çocuğun biyolojik babasının da çocuk üzerinde koruma hakkına sahip olabildiği, çocuğun yaşının iadesi için tek gerekçe olarak gösterilemeyeceği gibi sonuçlara

97 Altuntaş, A.g.e., s.149.

ulaşabilmekteyiz. Ayrıca çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı engellenen ebeveynin taraf devletin Sözleşme gereklerini yerine getirmediğine yönelik bir şikâyetinin olduğu vakalarda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu durumu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanma hakkını güvence altına alan 6.maddesinin ihlali olduğu şeklinde yorumladığını görmekteyiz. Çocuğun üstün menfaati ve yaşı dikkate alınarak çocuğun mahkeme önünde dinlenilmesinin iade sürecine olumlu katkı yapacağı da kararlarda özellikle belirtilen bir diğer konudur.

Sonuç olarak, uluslararası boyutu olan ve çok detaylı şekilde incelenmesi gereken çocuk kaçırma vakaları, 1980 tarihli La Haye Sözleşmesine bir adli yardım sözleşmesi niteliği kazandırmaktadır. Bu özelliğinden dolayı, Sözleşme kapsamında ele alınan her somut olayın çocuğun üstün menfaatine hizmet edecek şekilde yorumlanması ve uluslararası iş birliğinin etkin şekilde sağlanması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya, “Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Turkish Family Law”, Ed. Paul Beaumont, Burcu Yüksel, **Turkish and EU Private International Law**, İstanbul, XII Levha Yayınları, 2014.
- Akıncı, Ziya/ Demir – Gökyayla, Cemile, **Milletlerarası Aile Hukuku**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Altuntaş, İlknur, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi**, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2006.
- Aydos, Oğuz Sadık, “Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, ‘1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması’ Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.
- Bozdağ, Gonca Gülfem, **Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi Kapsamında Çocuğun İadesi Talebinin Red Nedenleri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014
- Bölükbaşı, Özge, “Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Kararların Tenfizi: Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi”, **EÜHFD**, C. XV, S. 3–4, 2011.
- Cengiz, Serkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi”, **TBB Dergisi**, S:79, 2008.
- Çelikel, Aysel / Erdem, Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 13.bs., İstanbul, 2014.
- Ekşi, Nuray, **5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna İlişkin Yargıtay Kararları**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2010.
- Erdem, Bahadır, “Türk Hukukunda Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Uygulamaları”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni**, C.35, S.2.,2015.
- Gelgel, Günseli Öztekin, “25 Ekim 1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Çerçevesinde Arabuluculuk Uygulaması”, **MHB**, Cilt:37, S:2., 2017.
- Giray, Faruk Kerem, “Aile İçi Uluslararası Çocuk Kaçırma İhtilaflarına İlişkin AİHM Kararları”, **MHB**, C.35, S.2.,2015.
- Giray, Faruk Kerem, **Milletlerarası Özel Hukukta Kaçırılan veya Alıkonan Çocukların İadesi**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2010.
- Gülşen, Recep, “Çocukların Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu”, **İÜHF**, C. LXXI, S.1.,2013.

- Kelahmet, Gökçe, “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi(I)”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.10, S.116, 2012.
- Kelahmet, Gökçe, “1980 Tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Sözleşme'nin 13(b) Maddesi Uyarınca İadesinin Çocuğa Psikolojik Zarar Verecek Olması Sebebiyle Reddi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.10, S.117., 2013.
- Mceleavy, Peter, Özel Hukuk Meselelerinde Adli İşbirliği Çalıştayı, ‘1980 Tarihli Lahey Çocuk Kaçırma Sözleşmesi ve Uygulaması’ Semineri, Seminer Serisi 2, Ankara, **Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü**, 12-13 Haziran 2013.
- Nebioğlu Öner, Şebnem, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Dair Lahey Sözleşmesi: Amacı, Uygulaması ve Kısa Bir İçtihat Analizi”, **TBB Dergisi**, 2014.
- Nomer, Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, İstanbul, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 22.bs., 2017.
- Pérez-Vera, Elisa, **Explanatory Report Translation Of The Permanent Bureau**.
- T.C. Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı, Tematik Bilgi Notu, 2016.
- Şanlı, Cemal/ Esen, Emre/ Ataman – Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 6.bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Takçı, Tuğçe, “Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesinin Uygulanmasında Karşılaşılan Bazı Sorunlar ve Bu Sorunlara Çözüm Önerileri”, **TAAD**, Yıl: 5, Sayı: 19, 2014.
- Telli, Kutlay, “The Role Of Central Authorities In The Application Of The 1980 Hague Convention On Child Abduction: A Critical Analysis Of A Genuine Area Of Public International Law”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 5, 2015.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

- <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>
- http://tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5ae1ca68868.690.98289123
- <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>
- <https://www.incatat.com/en/case/764>
- <https://anayasatakip.ku.edu.tr>
- <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0222.htm>
- [https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22documentcollectionid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22]})
- <https://www.incatat.com/en/case/83>
- https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Child_abductions_ENG.pdf
- <https://assets.hcch.net/incadat/fullcase/0222.htm>

KISALTMALAR

- TCK : 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
MHB : Milletlerarası Hukuk Bülteni

TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
E.	: Esas
K.	: Karar
K.T.	: Karar Tarihi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
A.g.e.	: Adı geçen eser
A.g.m.	: Adı geçen makale
A.e.	: Aynı eser
bkz.	: Bakınız
C.	: cilt
S.	: sayı
Y.	: yıl
bs.	: bası

Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Konvansiyonu

United Nations Convention on International Settlements Agreements Resulting From Mediation: Singapore Convention

Sibel ÖZEL* 

Öz

Uluslararası ticari meselelerde arabuluculuk bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanmaktadır. Ancak tahkim kadar sıklıkla tercih edilmemektedir; zira hakem kararları bütün dünyada New York Konvansiyonu'na göre kolayca icra edilebilmekte iken arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları salt maddi hukuk sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu yüzden sınır-ötesi ticari uyuşmazlıklarla ilgili arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmalarının icrasını mümkün kılan bir uluslararası düzenleme yapılması gerektiği savunulmuş, böylelikle arabuluculuğun kullanımının gelişeceği ileri sürülmüştür.

Sonuç olarak Uluslararası Ticaret Hukuku ile ilgili Birleşmiş Milletler Komisyonu (UNCITRAL) Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Singapur Konvansiyonunu hazırlamıştır. Bu makale Singapur Konvansiyonu'na göre sulh anlaşmalarının icrasını irdelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, sulh anlaşması, HUAK, sulh anlaşmalarının icrası, Singapur Konvansiyonu

Abstract

Mediation as an Alternative Dispute Resolution is used to solve disputes in the international commercial issues. However, it has not been preferred as much as arbitration; since arbitral awards are enforced easily around the world under the New York Convention, while settlement agreements resulting from mediation is considered as a mere contract. Hence, it has been argued that there should be an international instrument providing the enforcement of mediated settlement agreements of cross-border commercial disputes, so that the use of mediation will be promoted.

As a result, the Singapore Convention on International Settlement Agreements Resulting From Mediation was developed by the UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL). This article is to aim to review the enforcement of settlement agreements under the Singapore Convention

Keywords: Mediation, settlement agreement, HUAK, enforcement of settlement agreements, Singapore Convention

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk ABD Başkanı.

I. GENEL OLARAK

Milletlerarası ticarete alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden (İng: ADS) biri olan arbuluculuk, uzun süre tahkimin tekelinde olan daha hızlı, daha kolay ve daha ucuz olma iddiasıyla tahkime de alternatif olarak gelişme gösterme çabası içindedir. Ancak hızlı, kolay ve ucuz bir uyuşmazlık çözüm yönteminin etkin ve yaygın kullanımı uyuşmazlığın sonlandırılmasının ötesinde, varılan sulh anlaşmasının da kolaylıkla icra edilebilmesiyle mümkündür. Zira uzlaşan taraflar yaptıkları sulhun gereğini yerine getirdiklerinde bu yöntem en etkili ADS kabul edilebilir. Ama taraflardan biri sulh anlaşmasında yükümlendiği borcu yerine getirmese o zaman sulh anlaşmasının¹ icrası için hukuki prosedürün yerine getirilmesi gerekecektir.

Arbuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması niteliği gereği bir özel hukuk sözleşmesidir. Dolayısıyla bu özel hukuk sözleşmesinin icrası diğer borçlar hukuku sözleşmeleri gibidir². Bu noktada milletlerarası tahkimin arbuluculuk karşısındaki üstünlüğü hemen ortaya çıkmaktadır. Zira milletlerarası tahkim prosedürü sonucu verilen hakem kararı tahkim yeri ülkesinin kanunları uyarınca, tahkim yeri dışındaki ülkelerde ise 1958 tarihli New York Konvansiyonu'na³ göre kolaylıkla icra edilebilmektedir⁴. Oysa milletlerarası arbuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları niteliği gereği özel hukuk sözleşmesinden öteye gitmediği için, tâbi olduğu arbuluculuk kanunu⁵ çerçevesinde icra edilme imkânı bulsa bile başka bir ülkede icrası, özel bir düzenleme olmadığı sürece mümkün olmayacak; icranın istendiği ülkede bir mahkeme kararı alınması zorunlu olacaktır. Dolayısıyla sözleşmesel bir uyuşmazlığın çözümü için arbuluculuğa başvuran taraf, harcadığı onca zaman, emek ve paranın ardından elde ettiği sulh anlaşması yerine getirilmediğinde, bu sefer sulh anlaşmasının icrası için yeniden mahkemeye veya şartları varsa tahkime müracaat etmek zorunda kalacaktır. İşte arbuluculuğun milletlerarası ticarete kabulü

- 1 Sulh anlaşması arbuluculuk neticesi tarafların uyuşmazlıklarının çözümü için vardıkları sonucu ortaya koyan anlaşmadır. Tarafların uyuşmazlıklarını arbuluculuk yöntemiyle çözümlemeyi kararlaştırdıkları arbuluculuk anlaşmasının icrası bu makalenin kapsamı dışında kalmaktadır.
- 2 SCHNABEL, Timothy: "The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement" 19 Pepp. Disp. Resolve. L. J. 1 (2019) s. 2-3; ZELLER, Bruno/TRAKMAN, Leon: "Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement" 24 Unif. L. Rev. 449 (2019) s. 458. Ayrıca bkz. ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: "6325 Sayılı HUAK'a Göre Arbuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi" Yılmaz Ejder'e Armağan, Ankara 2014, c.1, s. 707; ERDOĞAN, Ersin/ CÖMERT, Büşra: "Arbuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler" Terazi Hukuk Dergisi, c. 13, S. 138, s. 30.
- 3 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 tarihinde New York'ta Yapılan Sözleşme RG. 25.09.1991-21002.
- 4 Hakem kararları ile arbuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmaları arasındaki farklılıklar için bkz. STRONG, S.I: "Beyond International Commercial Arbitration – The Promise of International Commercial Arbitration" 45 Wash. U.J.L&Pol'y 10 (2014) s. 27 vd; ZELLER, Bruno/TRAKMAN, s. 452 vd.
- 5 Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu (HUAK) (RG. 22.06.2012-28331) m. 18(4)'e göre taraflar ve avukatları ile arbulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır. Dolayısıyla HUAK'a göre gerçekleşen milletlerarası nitelikli bir arbuluculuk faaliyeti sonucu varılan sulh anlaşması Türkiye'de başka bir prosedüre gerek kalmadan icraya konabilir. Ancak başka bir ülkede gerçekleşen ya da Türkiye'de gerçekleştirilmesine rağmen HUAK hükümlerine tâbi olmayan bir arbuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmaları Türkiye'de icraya konamaz.

ve gelişimi bu noktada kendisini göstermektedir⁶. Yapılan sulh anlaşmasının sınır-ötesi icrası nasıl gerçekleşecektir?⁷ Bu konuda farklı çözüm önerileri ileri sürülmüştür:

- a) Sulh anlaşması borç doğurucu sözleşme olduğu için diğer sözleşmeler gibi icra edilmesi dava yoluyla talep edilebilecektir. Ancak bu durumda sözleşmeye uygulanacak hukuk çerçevesinde tarafların ileri sürebileceği bütün maddi hukuk savunmaları yapılabilecek⁸, ayrıca for devletinin müdahaleci kuralları ve kamu düzeni anlayışı da sulh anlaşmasının icrasında değerlendirilecektir. Bu yöntem milletlerarası ticarete arabuluculuğu cazip hale getirmekten uzaktır; zira taraflar esas uyuşmazlığı çözümlenmek için devlet yargısı yerine arabuluculuğa başvurmuş ancak varılan sulh anlaşmasının icrası için yine bir mahkeme kararına mecbur kalmışlardır.
- b) Sulh anlaşması mahkeme kararı haline dönüştürülürse, icrası da mahkeme kararlarının icrası şeklinde olacaktır. Burada özellik arz eden husus arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmasının bir mahkeme hükmü yani ilâm haline gelmesidir. Sulh anlaşması şeklen ilâm olduğunda icrası da mahkeme kararlarının icrası şeklinde olmaktadır⁹. Söz konusu ilâm yabancı yabancı mahkemelerde de yabancı ilâmların tanınması/tenfizi hükümlerine göre sonuç doğuracaktır.

Buna karşılık sulh anlaşması ilam haline dönüşmeyip sadece *ilâm niteliğinde belge* vasfını kazanırsa, icrası sadece bu niteliği taşıyan ülkede gerçekleşecektir. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu¹⁰ (HUAK) m. 18(2) ve (4)'e göre "taraflar arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler. Dava açılmadan önce arabuluculuğa başvurulmuşsa, anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi, arabulucunun görev yaptığı yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilebilir. Davanın görülmesi sırasında arabuluculuğa başvurulması durumunda anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesi davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebilir. Bu şerhi içeren anlaşma ilam niteliğinde belge sayılır"¹¹. "Taraflar ve avukatları ile arabulucunun

6 IMI tarafından gerçekleştirilen bir ankette ilgililerin %80'i sulh anlaşmalarının küresel olarak icrasını mümkün kılan bir mekanizma olursa, sözleşmelerine arabuluculuk klozu koyacaklarını ifade etmiştir. %84'ü böyle bir küresel icra mekanizmasının arabuluculuğun kullanımını artıracığını söylemiştir. Bkz. REED, Lucy: "Ultima Thule: Propects for International Commercial Mediation" (NUS Centre for International Law Working Paper 19/03-January 2019) (<http://cil.nus.edu.sg/library/>) s. 19.

7 Sulh anlaşmaları çoğu kez rızaen yerine getirilse de aksi durumlar da olmaktadır. Çeşitli faktörler bir tarafın sulh anlaşmasının gereklerini yerine getirmesine engel olabilmektedir. Örneğin arabuluculuk prosedürünün tamamlanmasından sonra niyetlerdeki değişim, şirket sahibi ya da yöneticisinin değişmesi, kambiyo oranlarındaki ani değişim gibi dış faktörler, hükümetin aldığı bir karar neticesi sulh anlaşmasının icrasının imkânsız hale gelmesi vb nedenlerle anlaşma taraflardan biri tarafından icra edilmeyebilir. Bkz. ABOU EL FARAO, Muhammed Salem: "The Enforcement of Settlement Agreements Resulting From Mediation – A Qatari Perspective" 19 Asian Bus. Law. 49 (2017) s. 53.

8 SUSSMAN, Edna: "The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements" 3 ICC Dispute Resolution Bulletin, 42 (2018) s. 46.

9 Bkz. Id. s. 46. Katar Tahkim ve Arabuluculuk Kanunu tasarısı için bkz. ABOU EL FARAO, s. 59 vd.

10 Bkz. dn. 5.

11 Sulh anlaşmasına mahkeme tarafından icra edilebilirlik şerhi verilmesi sulh anlaşmasını ilam haline getirmemekte; ilam niteliğinde belge olarak kabulünü sağlamaktadır. Bu itibarla HMK m. 313'e göre yapılan sulh anlaşmasından

birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır”. Dolayısıyla HUAK’a göre gerçekleşen bir arbuluculuk sonucu varılan sulh anlaşması ile Türkiye’de icra takibi yapılabilir; ancak bu anlaşma ilâm olmadığı için yabancı bir mahkemede özel bir düzenleme olmadıkça yabancı mahkeme kararı olarak tenfiz edilemez. Aynı şekilde yabancı bir ülkede o ülkenin arbuluculuk kanununa göre yapılmış bir arbuluculuk faaliyeti sonucu gerçekleşen sulh anlaşması o ülkede ilâm niteliğinde belge olsa bile ilâm olmadığı için Türkiye’de MÖHUK¹² m. 50 vd hükümlerine göre tenfiz edilmeyecektir¹³.

- c) Sulh anlaşmasının bir hakem kararı haline getirilmesi durumunda söz konusu hakem kararının icrası ülkelerin kendi milletlerarası tahkim kanunları, 1958 New York Konvansiyonu veya yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hükümlerine göre gerçekleşebilecektir. Türk Milletlerarası Tahkim Kanunu (TMK)¹⁴ m. 12/D’ye göre tahkim yargılaması sırasında taraflar sulh olursa, tahkim yargılamasına son verilir. Tarafların istemini uygun bulan hakem veya hakem kurulunca sulh, hakem kararı olarak tespit edilir¹⁵. Dolayısıyla hakem kararı olarak tespit edilen sulh anlaşmaları artık hakem kararı olarak icra edilebilir hale gelmektedir. Bu durum uyuşmazlığın önce arbuluculuk sonra tahkim ile çözümlenmesi konusunda yapılan anlaşmalar için işlerlik kazanacaktır¹⁶. Ancak tahkim anlaşmasının olmadığı, uyuşmazlığın sadece arbuluculukla çözümlenmesinin kararlaştırıldığı (arbuluculuk anlaşması) durumlarda, prosedür sonucu yapılan sulh anlaşmasının hakem kararı haline getirilmesi mümkün olabilir mi? Burada uyuşmazlık çözümlendikten sonra hakem ataması yapılacak ve o hakemden mevcut sulh anlaşmasını hakem kararı haline getirmesi istenecektir. Bu noktada önem arz eden husus ulusal tahkim kanunları ve özellikle New York Konvansiyonu’na göre böyle bir hakem kararının icrasının mümkün olup olmadığıdır¹⁷.

Milletlerarası Ticari Tahkimle ilgili Model Kanun¹⁸ m. 30(2) tarafların anlaşmasıyla varılan sulh anlaşmasının bir hakem kararı formunda da düzenlenmesini kabul etmiş ve bu tür bir kararın diğer kararlarla aynı statüde olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak bu şekilde verilen kararların

farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira HMK m. 315’e göre sulh kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Oysa ilam niteliğindeki belgeler kesin hüküm etkisi doğurmazlar. İlam niteliğindeki belgelere karşı kanun yollarına müracaat edilemez; şartları varsa irade bozukluğu sebebiyle iptali istenebilir. KOÇYİĞİT, İlker/PULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arbuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arbuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019, s. 42-43. (<http://www.adb.adalet.gov.tr>) (10.10.2019); ÇELİKOĞLU, s. 708 vd; ERDOĞAN/ÇÖMERT, s. 37 vd; TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis: “Arbuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 356 vd, 360 vd.

12 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG. 12.12.2007-26728).

13 MÖHUK’a bu hususa ilişkin eklemeye yapılmasına ilişkin görüş için bkz. PÜRSELİM, Hatice Selin: “Yabancılaşık İçeren Arbuluculuk Usulü ve Bağlayıcılık Hakkında Düşünceler” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 20, S.2, 2014, s. 16.

14 RG. 5.07.2001-24453.

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. ELÇİN, Doğa: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh, Ankara 2019, s. 91 vd.

16 Tahkim-arbuluculuk-tahkim (arb-med-arb) gibi uyuşmazlık çözüm yönteminin kararlaştırıldığı durumda tarafların yaptığı sulh anlaşması kolaylıkla hakem kararı olarak tenfiz kabiliyetine sahip olmaktadır. Bkz. BOULLE, Laurence/QIN, Jay: “Globalising Mediated Settlement Agreements” 3 J.Int’l&Com.L. 33 (2016) s. 40 vd.

17 Farklı görüşler için bkz. SUSSMAN, s. 47; ELÇİN, s. 211 vd.

18 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration www.uncitral.org

New York Konvansiyonu çerçevesinde tenfiz edilmesi söz konusu olduğunda, Konvansiyonun uyumsuzluk çözümlendikten sonra atanan bir hakem tarafından verilen kararları da kapsayıp kapsamadığının irdelenmesi gerekmektedir. New York Konvansiyonu mevcut veya ilerde doğabilecek ihtilaflar için tahkime gitmeyi öngörürken, uyumsuzluğun hakem ataması aşamasında mevcut olması gerektiğine dair açık bir hüküm getirmemiştir. Bu nedenle uyumsuzluk sulh anlaşmasıyla çözümlendikten sonra hakem ataması yapılması ve o hakemin sulh anlaşmasını hakem kararı olarak vermesi halinde bu kararın New York Konvansiyonu çerçevesinde tenfiz edileceği savunulmaktadır¹⁹. Ancak uyumsuzluk çözümlendikten sonra tahkime gitme imkânının olmadığı, hakemin atandığı anda mevcut bir uyumsuzluğun bulunması gerektiği savları New York Konvansiyonu'na göre tenfiz imkânını sorunlu hale getirebilecek; ülkeden ülkeye farklı yorumların yapılmasını mümkün kılacaktır. Bu nedenle ABD sulh anlaşmalarının sınır-ötesini icrasını gerçekleştirecek bir düzenleme yapılması önerisinde bulunmuştur²⁰.

Bu bağlamda UNCITRAL Çalışma Grubu konuya ilişkin uluslararası bir sözleşme yapmaya odaklanmıştır²¹. 2014'de başlayan çalışma UNCITRAL'in 25 Haziran 2018'de yapılan 51. Toplantısında Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Sözleşme metnini onaylaması ile sonuçlanmıştır²². Bu çalışma sürecinde Avrupa Birliği konuya ilişkin milletlerarası sözleşme yapılmasını gerekli görmediğini, sulh anlaşmalarının icrasını iç hukuka bırakan Model Kanunun ötesinde uyumlaştırma çabalarının gerçekçi olmadığını açıklamıştır²³. Ancak Çalışma Grubu Model Kanun ile Konvansiyon çalışmalarını birlikte yürütmüştür²⁴.

Konvansiyonun hazırlık aşamalarında tartışılan hususlardan biri de sadece parasal sulh anlaşmalarının icrası için düzenleme yapılması düşüncesidir. AB tarafından talep edilen bu sınırlama Çalışma Grubu tarafından reddedilmiştir. Sulh anlaşmaları parasal ya da parasal olmayan unsurları bünyesinde barındırabilir ve her iki borcun icrası da Konvansiyon kapsamında garanti altına alınmıştır²⁵.

19 SUSSMAN, s. 47; ABOU EL FARAQ, s. 65. Hakemlerin sulh anlaşması yapılmadan önce atanmaları halinde, sulh anlaşmalarının rızaen verilen hakem kararlarına dönüştürülmesi ve bu hakem kararlarının tenfizi genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. SUSSMAN, s. 47-48.

20 SUSSMAN, s. 46,48.

21 Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHNABEL, s. 4 vd.

22 SUSSMAN, s. 43. Metin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda 20 Aralık 2018 tarihinde kabul edilmiştir. SILVESTRI, Elisabetta: "The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation" Revista Electronica de Direito Processual, Rio de Janeiro Ano 13, v. 20, No. 2 Maio a Agosto de 2019, s. 190. Konvansiyonla ilgili bkz. REED, s. 11 vd; ZELLER/TRAKMAN, s. 453 vd; ÖZSUNAY, Ergun: "Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumlu Bakımından Bir Değerlendirme" İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2019, c. 93, S. 3, s. 31 vd; YARAR, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul 2019, s. 153 vd.

23 Bazı delegeler arabuluculuğun gelişmesi için bağlayıcı olmayan Model Kanun gibi çalışmaların daha etkili olacağını savunmuştur. Bkz. SCHNABEL, s. 7. Bazı delegeler de bağlayıcı bir düzenlemenin arabuluculuğun henüz gelişme göstermediği ülkeler için vakitsiz olduğunu ileri sürmüştür. Id. s. 7.

24 SCHNABEL, s. 6.

25 Bkz. Id. s. 12-13.

Singapur Konvansiyonu çifte exequatur'a izin vermeyecek bir düzenleme getirmiştir. Bir başka ifadeyle sulh anlaşmaları ulusal mahkeme veya noter onayı olmadan doğrudan icraya konu olabilecektir²⁶.

Singapur Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenleyen 1958 New York Konvansiyonu ile aynı amaca hizmet etse de iki noktada farklılığın vurgulanması gerekmektedir:

- (i) New York Konvansiyonu yabancı hakem kararlarını esas aldığı için tahkim yeri hakem kararına yabancılık kıstası vermesi açısından önemlidir. Oysa arabuluculukta arabuluculuk yeri yoktur; arabuluculuğun yabancı bir ülkede gerçekleşmesi gerekmez.
- (ii) New York Konvansiyonu tahkim anlaşmasının geçerlilik şartlarını da düzenlemiştir; Singapur Konvansiyonu ise arabuluculuk anlaşmasının geçerliliği ile ilgili bir hüküm getirmemiş sadece arabuluculuk sonucu varılan sulh anlaşmaları ile ilgili düzenleme yapmıştır. Dolayısıyla taraflar arabuluculuk anlaşması yapmadan sulh anlaşması yapmışlarsa, bu sulh anlaşmasının icrası da Singapur Konvansiyonu kapsamındadır²⁷.

7 Ağustos 2019'da imzaya açılan Singapur Konvansiyonu, 2002 tarihli Model Kanunun da revize edilmesini sağlamış²⁸ böylelikle hem Model Kanun hem de Singapur Konvansiyonu sulh anlaşmalarının sınır-ötesi icrasında paralel hükümler getirmiştir.

Singapur Konvansiyonu ile arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının sınır-ötesi icrası mümkün olacak, bu sayede bir maddi hukuk sözleşmesi yeni bir statü kazanarak kolayca icra edilebilir hale gelecektir²⁹. Sulh anlaşmalarının icrasının kolaylaştırılması aynı zamanda ticari arabuluculuğun gelişmesine de katkıda bulunacaktır³⁰.

II. SİNGAPUR KONVANSİYONU'NUN KAPSAMI

Singapur Konvansiyonu'na göre sulh anlaşmalarının icra edilebilmesi için arabuluculuk sonucu yapılmış olması, milletlerarası nitelik taşıması, ticari olması ve açıkça dışlanan konulara ilişkin olmaması gerekmektedir (m. 1).

A. Arabuluculuk

İcrası istenen sulh anlaşması arabuluculuk sonucu yapılan bir sulh anlaşması olmalıdır. Bu noktada arabuluculuk tanımı m. 2(3)'de yapılmıştır: Arabuluculuk, tarafların uyuşmazlıklarını

26 Id. s. 13-14. Bu bağlamda New York Konvansiyonu esas alınmıştır. Özellikle elektronik ortamda yapılan sulh anlaşmalarında arabuluculuk prosedürünün yerini tanımlamak da mümkün olmayacaktır. Id. s. 11.

27 Id. s. 14.

28 UNCITRAL Model Law on International Commercial Mediation and International Settlement Agreements Resulting From Mediation, 2018 (amending the UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation 2002) http://www.uncitral.org/pdf/english/commission/session/51st-session/Annex_II.pdf (9.10.2019)

29 SILVESTRI, s. 191.

30 SILVESTRI, s. 191; CHUA, Eunice: "The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution" *Asian Journal of International Law*, 1 (2018) s. 2; REED, s. 18.

onlara çözüm dayatma yetkisi olmayan 3. bir kişi ya da kişilerin (arabulucu) yardımıyla dostane çözüme ulaşmak için çaba gösterdikleri bir süreç anlamına gelir. Bu sürecin gerçekleşmesinde temel alınan ya da kullanılan terimin bir önemi yoktur. Konvansiyon sürecin hangi isimle gerçekleşmiş olduğunun önemli olmadığına ve sürecin tanımlayıcı unsurlarının dikkate alınması gerektiğine özel bir vurgu yapmıştır³¹. Dolayısıyla arabuluculuk, uzlaştırma veya başka bir isimle adlandırılan süreç³² Konvansiyon kapsamında arabuluculuk anlamına gelmektedir.

Konvansiyon kapsamında arabuluculuğun bir mahkeme/hakem heyetinin talimatı veya tavsiyesi ile olması ya da ihtiyari veya zorunlu olması arasında fark yoktur. Önemli olan nokta tarafların kendi istekleriyle sulh anlaşması yapmasıdır. Bu bağlamda arabuluculuğun bir kurum aracılığıyla gerçekleştirilmesi de zorunlu değildir³³.

Konvansiyonun çerçeve bir tanımla belirlediği arabuluculukta kilit nokta tarafların üçüncü bir kişinin yardımıyla uyuşmazlıklarını çözümlenmeleridir. Üçüncü kişinin çözüm önerisini taraflara uygulamaya yetkisi varsa bu durum arabuluculuk tanımı ile örtüşmemektedir³⁴. Üçüncü kişinin çözüm önerisi getirme yetkisinin olması Konvansiyonun uygulama alanını bertaraf etmemektedir. Zira burada da tarafların bu öneriyi kabul zorunluluğu yoktur.

B. Milletlerarasılık

Singapur Konvansiyonu uygulama alanını milletlerarası sulh anlaşmaları ile sınırlamıştır. Burada kullanılan milletlerarası terimi yabancılık unsurunu içermektedir. Sulh anlaşmalarının hangi durumda milletlerarası nitelik kazandığı m. 1(1)'de açıklanmıştır. Buna göre

- (a) Sulh anlaşmasının taraflarından en az ikisinin işyerleri birbirinden farklı ise; veya
- (b) Sulh anlaşmasının taraflarının işyerlerinin bulunduğu ülke
 - (i) Sulh anlaşmasına göre borçların esaslı bir bölümünün ifa edileceği ülkeden farklı ise; veya
 - (ii) Sulh anlaşmasının konusunun en yakın ilişkide olduğu ülkeden farklı ise

31 UNCITRAL Model Kanun 2002 versiyonunda *conciliation* “uzlaştırıcılık” terimi kullanılmış buna karşılık 2018 versiyonunda *mediation* “arabuluculuk” terimi tercih edilmiştir. Ancak her iki terimin birbirinin yerine kullanılabileceği; terminoloji değişikliğinin kavramın esası hakkında bir değişikliğe yol açmadığı not edilmiştir. Bkz. Model Kanun (dn. 28) dn. 2. UNCITRAL’in *mediation* terimini tercih etmesi bu terimin daha yaygın olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır. *Conciliation* (uzlaştırıcılık) tarafsız bir uzlaştırıcının taraflara çözüm önerisinde bulunduğu durumlar için kullanılırken, *mediation* bütün süreçleri kapsar şekilde kullanılmaktadır. SUSSMAN, s. 49-50. 2012 tarihli Türk HUKUK m. 2(b)'de tarafların çözüm üretmesine yardımcı olan bağımsız ve tarafsız üçüncü kişilerin katılımıyla yürütülen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanan arabuluculuk, 2017 değişikliği ile arabulucuların taraflara çözüm önerisi de getirebileceği bir yöntem olarak tariflendirilmiştir.

32 AB kendi Yönergesindeki tanımı esas alarak Konvansiyonun “yapılandırılmış süreç” (structured process) sonucu gerçekleşen sulh anlaşmalarını esas almasını talep etmiştir. Bu durumda resmi olmayan arabuluculuk süreçleri kapsam dışında kalacak ancak Model Kanunu benimseyen ulusal bir kanun çerçevesinde yapılan arabuluculuk faaliyetleri Konvansiyona dahil olacaktır. Çalışma Grubu yapılandırılmış sürecin ne olduğuna dair tatminkâr bir yanıt alamadığı gerekçesiyle talebi reddetmiştir. Bkz. SCHNABEL, s. 12-13.

33 SCHNABEL, s. 17; SILVESTRI, s. 192; SUSSMAN, s. 51.

34 SCHNABEL, s. 17; SILVESTRI, s. 193.

Anlaşma Konvansiyon kapsamında milletlerarası niteliktedir³⁵.

Milletlerarası nitelik sulh anlaşmasının kurulması anında mevcut olmalıdır. Arbuluculukta her iki tarafın işyeri aynı ülkede olsa da yapılan sulh anlaşmasında borcun ifa yeri farklı bir ülkeyi işaret ediyorsa ya da sulh anlaşmasının konusunun en sıkı bağlantıda olduğu ülke bir başka ülke ise sulh anlaşması milletlerarası nitelik kazanmıştır³⁶.

Birden fazla işyeri olan taraf açısından işyeri, arbuluculuk sözleşmesiyle en yakın bağlantısı olan işyeri anlamına gelmektedir (m. 2(1)(a)). İşyeri olmayan taraf açısından ise işyeri kavramı onun mutlak meskenini ifade etmektedir (m. 2(1)(b)).

Singapur Konvansiyonu yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu'nu örnek almasına rağmen yukarıda açıkladığımız üzere tahkimde geçerli olan bazı kavramlardan uzak durmuştur. Hakem kararının yabancılığının tespitinde önem arzeden tahkim yeri kavramı arbuluculukta yoktur. Bu itibarla Singapur Konvansiyonu'nda "arbuluculuk yeri" terimi yer almamaktadır. Özellikle elektronik ortamda yapılan arbuluculukta bu yerin tespiti mümkün değildir, sulh anlaşmasının yapıldığı yer de önemli değildir. Bu nedenle Singapur Konvansiyonu'nda milletlerarası nitelik bu unsurlar dikkate alınarak belirlenmemiştir. Bunun doğal sonucu arbuluculuk prosedürünün veya sulh anlaşmasının belirli bir ülke mevzuatına uygun olmaması (örneğin sadece sicile kayıtlı arbulucuların faaliyet göstermesi vb) sulh anlaşmasının icrasında önem arz etmeyecektir³⁷. Dolayısıyla HUAK hükümlerine göre gerçekleşmeyen ve Türkiye'de arbuluculuk lisansı olmayan bir Türk vatandaşının Türkiye'de gerçekleştirdiği arbuluculuk faaliyeti sonucu yapılan sulh anlaşması diğer şartları taşımak koşuluyla Türkiye'de Konvansiyon kapsamında icra edilebilecektir.

C. Ticari olma

Milletlerarası sulh anlaşmasının ticari uyuşmazlıkları çözümleyen bir anlaşma olması gerekmektedir (m. 1(1)). Ticari tanımı Konvansiyonda yapılmamıştır³⁸. Bu itibarla ticari teriminin geniş yorumlanması savunulmaktadır. İnşaat ve doğal kaynakların çıkarılmasında devlet-yatırımcı uyuşmazlıkları da ticari uyuşmazlık kavramına girmektedir³⁹. Ancak sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği ülkede ticari olarak vasıflandırılan bir uyuşmazlık aşağıda belirtildiği üzere Konvansiyonun kapsamı dışında tutulmuşsa, o tür uyuşmazlıkların çözümü için yapılan sulh anlaşmaları Konvansiyon kapsamında icra edilmeyecektir.

35 Aynı tanım Model Kanun m. 2'de de yer almaktadır.

36 SCHNABEL, s. 20.

37 Bkz. SCHNABEL, s. 22; SILVESTRI, s. 193.

38 Model Kanun dn.1'de ticari kavramı tahdidi olmamak üzere açıklanmıştır. Buna göre mal veya hizmet tedariki veya değişimi için yapılan muameleler; distribütörlük sözleşmeleri; ticari temsil veya acentelik; factoring; leasing; inşaat işleri; danışmanlık; mühendislik; lisans; yatırım; finans; bankacılık; sigorta; imtiyaz sözleşmeleri; joint venture ve diğer sanayi ve ticaret işbirliği; hava, deniz, raylı sistem veya kara yoluyla eşya veya yolcu taşıma işleri ticaridir.

39 SCHNABEL, s. 22-23.

D. Kapsam dışı haller

1. Yukarıda belirtildiği üzere Konvansiyon sadece ticari uyuşmazlıkları çözümleyen sulh anlaşmaları için uygulanacaktır. Bu konudaki vasıflandırma Konvansiyonda açık bir tanım olmadığı için sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği ülke hukukuna göre (lex fori) yapılacaktır. Ancak Konvansiyon açıkça taraflardan birinin (tüketicinin) kişisel, ailevi veya evle ilgili maksatlarla yapmış olduğu işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözümleyen sulh anlaşmalarını kapsam dışı bırakmıştır (m. 1(2)(a)). Dolayısıyla kişisel, ailevi veya evle ilgili işlemlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar hiçbir biçimde ticari uyuşmazlık olarak sınıflandırılmayacak ve bu noktada varılan sulh anlaşmalarının icrası Konvansiyon kapsamında istenemeyecektir.
2. Konvansiyon aile, miras ve iş hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümlendiği sulh anlaşmalarını da kapsam dışı bırakmıştır m. 1(b)(2)(b)).
3. Konvansiyon
 - a. Bir mahkeme tarafından onaylanan veya mahkeme prosedürü sonucu yapılan sulh anlaşmaları ile
 - b. Taraf ülkede mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmalarına uygulanmayacaktır (m. 1(3)(a)(i)(ii)).

Bir mahkeme kararı haline gelmiş sulh anlaşmalarıyla mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmalarının kapsam dışında bırakılması söz konusu sulh anlaşmalarının Lahey Konvansiyonları çerçevesinde değerlendirilebilmelerinden kaynaklanmaktadır⁴⁰. Zira mahkeme kararı olarak icra edilebilen sulh anlaşmaları yabancı ülkelerde de yabancı mahkeme kararlarının tanınması/tenfizi hükümlerine göre hukuki sonuç doğurmaktadır. Bu itibarla sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu kapsamının dışında kalması için o ülkede mahkeme kararı olarak icra edilebilir olması yeterlidir. Singapur Konvansiyonu milletlerarası sulh anlaşmalarının mahkeme kararları gibi icra edilemeyeceği ülkelerde de icra edilmesini mümkün kılmak amacıyla yapılmış bir düzenlemedir.

HUAK hükümlerine göre yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti neticesinde varılan sulh anlaşması, milletlerarası ticari sulh anlaşması olsa bile HUAK m. 18'e göre ilam niteliğinde belge olduğu ve buna göre Türkiye'de icra edilebildiği için Konvansiyon kapsamında değildir. Ancak Türkiye'de ilâm niteliğinde belge olarak icra edilebilen sulh anlaşması yabancı ülkede bu nitelikte olmadığı için, Singapur Konvansiyonu kapsamına girecektir. Diğer yandan Türkiye'de HUAK hükümlerine göre gerçekleşmeyen bir arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmasının Türkiye'de icrası da Konvansiyon hükümlerine tâbi olabilecektir. Aynı şekilde başka bir ülkede ulusal bir arabuluculuk kanununa göre veya bir kuruma bağlı olarak yürütülen arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşması da yabancı ülkede ilâm niteliğinde belge olarak kabul edilse

⁴⁰ Bkz. Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements www.hcch.net; Convention of 2 July 2019 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil or Commercial Matters www.hcch.net. Ayrıntılı bilgi ve eleştirisi için bkz. SCHNABEL, s. 25.

bile, Türkiye’de ilam niteliğinde belge olarak icra edilemeyeceği için Singapur Konvansiyonu çerçevesinde icra edilebilir.

4. Konvansiyon bir hakem kararı olarak kaydedilen veya icra edilebilen hakem kararları için de uygulanmayacaktır (m. 1(3)(b)). Hakem kararlarının icrası New York Konvansiyonu’na göre gerçekleşeceği için Singapur Konvansiyonu kapsamı dışında tutulmuştur.

E. Genel Prensipler

Singapur Konvansiyonu taraf devletlere konvansiyonda belirtilen şartlara ve usul kurallarına uygun sulh anlaşmalarını icra etme yükümlülüğü getirmektedir (m. 3(1)). Bu yükümlülük sulh anlaşmasının tanınması ve tenfizini içermektedir. Ancak Konvansiyon açıkça “tanıma” kavramını kullanmaktan çekinmiştir. Zira bu kavram kesin hüküm “res judicata” etkisi içerdiği ve sulh anlaşmaları kesin hüküm etkisine sahip olmadığı için AB sulh anlaşmalarına önleyici etki sağlanmaması yönünde görüş bildirmiştir. Ancak bazı durumlarda icra değil, sadece tanıma ihtiyaca cevap vereceği ve tanıma kavramı farklı hukuklarda farklı nitelendirildiği için Konvansiyon tanıma terimini kullanmadan, tanımanın içeriğine sonuç bağlamıştır (m. 3(2))⁴¹. Buna göre bir tarafın sulh anlaşmasıyla zaten çözümlendiğini iddia ettiği bir meseleden dolayı bir uyuşmazlık çıktığında, Konvansiyona taraf ülke, o meselenin zaten çözümlenmiş olduğunu ispat edebilmesi için ilgili tarafa bu Konvansiyondaki şartlara ve usullere göre sulh anlaşmasına başvuru imkânı getirmek zorundadır. Dolayısıyla sulh anlaşması uyuşmazlığın çözümlendiğine ilişkin def’i olacaktır. Böyle bir durumda sulh anlaşmasının Konvansiyon şartlarını taşıdığıının tespiti anlaşmanın içeriğinin tanınması anlamına gelmektedir.

III. SULH ANLAŞMASININ İCRASINA İLİŞKİN USULİ ŞARTLAR

Konvansiyon sulh anlaşmasının icrası için bazı formalitelerin yerine getirilmesini aramıştır. Madde 4’de aranan şartlar tahdididir ve taraf devletler bunları aşan şartlar talep edemezler⁴².

- a) Sulh anlaşması yazılı olmalıdır(m. 1(1)). Yazılılık şartı anlaşmanın içeriğinin ispatı açısından önemli olduğu gibi tarafların anlaşmayı yaparken içeriğe daha dikkatle odaklanmalarını da sağlayacaktır⁴³. Konvansiyon yazılılığın ne anlama geldiğini m. 2(2)’de tanımlamıştır. Buna göre içeriği herhangi bir şekilde kayıt altına alınmış olan sulh anlaşması yazılı olarak mütalaa edilecektir. Eğer anlaşmadaki bilgi sonraki bir referans için erişilebilir ise elektronik iletişim ile yapılan anlaşmalar da yazılılık şartını gerçekleştirmiş olur. Dolayısıyla sulh anlaşmasının e-posta aracılığıyla yapılması Konvansiyon kapsamı için uygundur⁴⁴.

41 Bkz. SCHNABEL, s. 35-36; CHUA, s. 4.

42 SCHNABEL, s. 32.

43 Id. s. 28.

44 Sulh anlaşmasının tek bir belgede yer alması zorunlu değildir. Karşılıklı e-posta gönderimi ile de sulh anlaşması yapılabilir. Konu ile ilgili tartışmalar için bkz. SCHNABEL, s. 29.

- b) Sulh anlaşması taraflarca imzalanmalıdır (m. 4(1)(a)). Tarafların temsilcileri tarafından imza atılması halinde de şart yerine gelmiş sayılacaktır⁴⁵. Konvansiyon elektronik iletilerde imza koşulunun yerine getirilmesinde kullanılan yöntemin uygun olduğu kadar güvenli olmasını da şart koşmuştur (m. 4(2)(a)(b)(i)(ii)).
- c) Sulh anlaşmasının arabuluculuk sonucu yapıldığının ispatlanması gerekmektedir (m. 4(1)(b)). Bunun için
- (i) Arabulucunun da imzasının bulunduğu sulh anlaşmasının yetkili makama sunulması gerekir (m. 4(1)(b)(i)). Ancak bazı ülkelerde arabulucunun sulh anlaşmasını imzalamasına izin verilmediği için her sulh anlaşmasında zorunlu olarak arabulucunun imzasının olmayacağı da göz önüne alınmıştır⁴⁶.
- (ii) Arabuluculuğun gerçekleştiğini gösteren ve arabulucu tarafından imzalanan bir belge de aynı işlevi görebilir (m. 4(1)(b)(ii)). Sulh anlaşmasından ayrı olarak düzenlenen bu belge sadece arabuluculuk prosedürünün gerçekleştiğini onaylamaktadır⁴⁷.
- (iii) Arabuluculuğu gerçekleştiren kurumdan alınan onay belgesi ispat için yeterlidir (m. 4(1)(b)(iii)). Kurumsal arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının icrası talebinde kurumun arabuluculuğu ispatlayan belgesi Konvansiyon kapsamında uygundur.
- (iv) Yukarıdaki üç çeşit belgenin temin edilememesi halinde yetkili makamın kabul edebileceği her türlü delille arabuluculuk ispatlanabilir (m. 4(1)(b)(iv)). Alternatif delillere örnek olarak arabuluculuk anlaşması ve buna ek olarak arabulucuya ödeme yapıldığını gösteren belge zikredilebilir⁴⁸.

IV. SULH ANLAŞMASININ İCRASININ REDDİ SEBEPLERİ

Singapur Konvansiyonu tahdidi olarak sulh anlaşmasının icrası talebinin reddi sebeplerini sıralamıştır (m. 5). Bu sebeplerin varlığı halinde sulh anlaşmasının icrasının reddi zorunlu değildir; yetkili makam talebi reddedebileceği gibi icra kararı da verebilir. Diğer yandan taraf devletler Singapur Konvansiyonu'nu iç hukuklarına dahil ederken bu sebeplerin tümünü kanunlaştırmak zorunda değildir. Bir başka ifadeyle red sebeplerinden bazılarını iç hukuk hükümlerine dahil etmeyebilirler⁴⁹.

a) *Ehliyetsizlik*

Sulh anlaşmasının bir tarafı bu anlaşmayı yaparken ehliyetsiz ise anlaşmanın icrası reddedilebilecektir (m. 5(1)(a)). Taraflardan birinin reşit olmaması veya ayırt etme gücünü

45 SCHNABEL, s. 29.

46 Id. s. 31.

47 Id. s. 31.

48 Id. s. 32.

49 SCHNABEL, s. 42; SILVESTRI, s. 195.

kaybetmesi durumunda bu şart gündeme gelebilir. Ancak ticari arbuluculukta çoğu kez avukatlar da prosedürde yer aldığı için bu hükmün uygulanma imkânı az olacaktır⁵⁰.

b) Sulh anlaşmasının geçersizliği

Sulh anlaşması hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız ise icra talebi reddedilebilecektir (m. 5(1)(b)(i)). Bu hüküm New York Konvansiyonu m. II(3)'de yer alan tahkim anlaşmalarının geçersizlik şartlarıyla aynıdır.

Sulh anlaşmasının geçersizliği tarafların seçtiği hukuka, böyle bir hukuk seçimi yoksa icra için başvuru taraf devletin yetkili makamının uygulayacağı varsayılan hukuka tâbidir (m. 5(1)(b)(i)). Dolayısıyla bir özel hukuk sözleşmesi olan sulh anlaşması için irade muhtariyetine önem verilmiş ve tarafların sulh anlaşmasının tâbi olacağı hukuku serbestçe belirlemelerine imkân tanınmıştır. Ancak bu seçimin sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği ülke hukukuna göre geçerli olması gerekmektedir. Bu yönde bir hukuk seçimi olmadığında anlaşmanın geçersizliği iddiası ilgili makamın kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirlenecektir⁵¹. Milletlerarası sulh anlaşmasının Türkiye'de icrası talep edildiğinde anlaşmanın geçersizliğine ilişkin iddialar tarafların hukuk seçmediği durumda MÖHUK m. 24(4)'e göre belirlenecektir. Uygulanacak hukuk anlaşmanın en sıkı ilişkide bulunduğu hukuktur. Sulh anlaşmasında karakteristik edim teorisine dayanan karinenin uygulanma imkânı olmadığını vurgulamak gerekir. Zira sulh anlaşmasında sözleşmeyi karakterize eden, ona damgasını vuran bir edim yoktur⁵². Burada taraflar uyuşmazlıklarını çözümlenmiş ve bu itibarla tarafların hepsi veya biri edim yükümlülüğü altına girmiştir. Edimin ifa yeri çoğu zaman sulh anlaşmasının icrasının talep edildiği yer olduğundan, icranın talep edildiği yer yakın bağlantılı hukuku işaret edebilecektir.

Bu noktada Türkiye'de bulunan taşınmazlarla ilgili sulh anlaşmalarının icrasını ayrıca değerlendirmek gerekmektedir. Taşınmazlara ilişkin sözleşmeler ister aynına, ister kullanımına ilişkin olsun taşınmazın bulunduğu yer hukukuna tâbidir (MÖHUK m. 25). Dolayısıyla sulh anlaşmasının icrası talebi, bir başka ifadeyle tapuda tescilin yapılması istemi sulh anlaşmasının Türk hukukuna göre geçerli olmasına bağlıdır. Yabancı adına tescil talebinde de sulh anlaşmasının yabancılar hukukunda getirilen kısıtlamalara uygun olması zorunludur. Dolayısıyla taşınmaza ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlığın arbuluculuk yoluyla çözümlenmesi halinde varılan sulh anlaşması, taşınmazın bulunduğu yer hukukuna göre hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız ise icrası da reddedilebilecektir.

50 SCHNABEL, s. 43.

51 Id. s. 45.

52 Karakteristik edim teorisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 293 vd; NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017, s. 331 vd; TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 287 vd.

Taşınmazların mülkiyet nakline ilişkin sulh anlaşmaları taşınmazın bulunduğu ülke mahkemelerinden talep edilecektir. Buna göre Türkiye’de bulunan bir taşınmaz ile ilgili olarak tapuda tescil işleminin gerçekleşmesi için Türkiye’de dava açılması halinde, sulh anlaşması Türk hukukunun emredici hükümlerine ve özellikle yabancıların taşınmaz iktisabındaki kısıtlamalara aykırılık teşkil ediyorsa söz konusu sulh anlaşmasının icrası reddedilecektir.

MÖHUK m. 25 taşınmazlar üzerindeki hem aynı haklar (ör: satım sözleşmesi) hem kullanım hakkına (ör: kira sözleşmesi) ilişkin sözleşmelerde hukuk seçimine izin vermemiştir. Dolayısıyla taşınmazlara ilişkin bir sulh anlaşmasının da tarafların seçtiği hukuka tâbi tutulması mümkün değildir. Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olduğu kabul edildiğinde⁵³ milletlerarası bir sulh anlaşmasının Türkiye’de icrası yani tapuda tescil yapılması talebi, sulh anlaşmasının Türk maddi hukukuna göre geçerli olmasına bağlıdır. Yabancı adına tescil talebinde ise sulh anlaşması yabancılar hukukundaki kısıtlamalara uygun olmalıdır.

Burada red sebebi olarak zikredilen geçersizlik şartı maddi hukuka ilişkindir. Sulh anlaşmasının, temelini oluşturan arabuluculuk prosedürüne aykırı olması örneğin arabulucunun lisanslı olmaması hususu, arabulucuların kurumsal arabuluculuk usullerine aykırı davranması veya sulh anlaşmasının noter ya da mahkemeden şerh almamış olması icra talebinin reddine neden olmayacaktır⁵⁴.

c) Sulh anlaşmasının bağlayıcı olmaması veya nihai olmaması ya da sonradan değiştirilmesi

Sulh anlaşmasının, anlaşma hükümlerine göre bağlayıcı olmaması veya nihai olmaması icra talebinin reddi sebebidir (m. 5(1)(b)(ii)). Bu hüküm tarafların ancak açıkça anlaşmanın bağlayıcı veya nihai olmadığını belirtmeleri halinde uygulama imkânı bulacaktır⁵⁵.

Taraflar sulh anlaşması yaptıktan sonra anlaşmayı değiştirmişlerse önceki sulh anlaşmasının icrası istenemeyecektir (m. 5(1)(b)(iii)). Değiştirilmiş sulh anlaşması önceki anlaşmanın yerine geçmiş olmaktadır ve icrası söz konusu olan anlaşma önceki değil, değiştirilmiş olan yeni anlaşmadır. Sulh anlaşmasının değiştirildiği durumda eski anlaşmanın icrasının talep edilmesi halinde davalı, icranın talep edildiği ülke mahkemesi veya yetkili makamına sulh anlaşmasının değiştirildiğini ileri sürerse, icra talebi reddedilecektir. Ancak bunun için değiştirilmiş sulh anlaşmasının yetkili mahkemeye sunulması gerekir⁵⁶.

d) Sulh anlaşmasının ifa edilmiş olması

Sulh anlaşmasında belirlenen borç ifa edilmişse, sulh anlaşmasının icrası talep edilemeyecektir (m. 5(1)(c)(i)). Kısmi ifa halinde ise icra talebi ancak ifa edilmeyen kısım için yapılabilir.

53 Bkz. IV i)

54 SCHNABEL, s. 44.

55 Id. s. 45.

56 Id. s. 47.

e) Sulh anlaşmasının açık veya anlaşılabilir olmaması

Sulh anlaşmasının açık, anlaşılabilir olmaması icranın reddi sebebi olarak düzenlenmiştir (m. 5(1)(c)(ii). Kötü kaleme alınmış, hükümleri karışık ve anlaşılabilir sulh anlaşmalarının icrası kabul edilmemiştir⁵⁷.

f) İcranın sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı olması

Madde 5(1)(d)'ye göre icra talebi sulh anlaşmasının hükümlerine aykırı ise talep reddedilebilecektir. Buna göre taraflar sulh anlaşmasının icrası için yetki anlaşması yapmışlar yani hangi ülkede anlaşmanın icrası için başvuru yapılacağını açıkça kararlaştırmışlarsa, buna aykırı talep kabul edilmeyecektir. Aynı şekilde sulh anlaşmasının tarafları Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmaması yönünde anlaşmışlarsa, icra talebine Konvansiyon hükümleri uygulanmayacaktır⁵⁸.

g) Arabulucunun görevi kötüye kullanması

Konvansiyon arabulucudan kaynaklanan sebeplerle sulh anlaşmasının icrasının reddini de kabul etmiştir. Buna göre arabulucu, arabulucuya ve arabuluculuğa uygulanan standartları ciddi şekilde ihlal etmişse ve bu ihlal olmasaydı ilgili taraf sulh anlaşmasını yapmayacak idiyse, anlaşmanın icrası reddedilebilecektir (m. 5(1)(e)). Bu hükme göre icra talebinin reddedilebilmesi için ilgili tarafın bu hususları göstermesi gerekmektedir. Arabulucuların tâbi olduğu standartlar-örneğin tarafsızlık, bağımsızlık, taraflara eşit muamele yapılması gibi – Model Kanunda ya da ülkelerin kendi arabuluculuk düzenlemelerinde yer almaktadır. Burada standartların herhangi bir ihlali değil, sulh anlaşmasının yapılmasına neden olacak şekilde ciddi bir ihlal aranmıştır. Bu bağlamda sebep-sonuç illiyet bağının gösterilmesi önemlidir⁵⁹.

Aynı durum arabulucunun taraflara, bağımsızlığı ve tarafsızlığı konusunda haklı olarak şüphe uyandıracak durumları açıklamaması halinde de geçerlidir. Arabulucunun taraflara açıklamadığı hususun önemli ve sonuca etkili olduğu durumlarda, o husus açıklansaydı ilgili tarafın o sulh anlaşmasını yapmayacağı hallerde, varılan sulh anlaşmasının icrası reddedilecektir (m. 5(1)(f)). Burada arabulucunun tarafsızlığı veya bağımsızlığına haklı olarak şüphe uyandıracak durumun ciddi ve önemli bir durum olması vurgulanmıştır; taraflarca geçmişte mevcut olan bir ilişkinin açıklanmamış olması yeterli değildir. Diğer yandan ilgili durum zaten taraflarca biliniyorsa, sulh anlaşmasının icrası talebi bu nedenle reddedilmeyecektir⁶⁰. Zira arabulucunun taraflar üzerinde zorlayıcı etkisinin olmaması ve anlaşmanın tarafların serbest iradeleriyle yapılması, arabulucu kaynaklı nedenlerle icranın reddini çok sınırlı bir alana itmektedir.

57 Ayrıntılı bilgi için bkz. SCHNABEL, s. 48.

58 SCHNABEL, s. 48-49.

59 SCHNABEL, s. 50-51; SILVESTRI, s. 196; CHUA, s. 7-8.

60 SCHNABEL, s. 53.

h) Sulh anlaşmasının icrasının kamu düzenine aykırılığı

Konvansiyon m. 5(2)(a) ile sulh anlaşmasının icrasının taraf devletin kamu düzenine aykırı olmasını bir red sebebi olarak düzenlemiştir. New York Konvansiyonu'nda da yer alan kamu düzeni kavramının istisnai ve dar yorumlanmasına ilişkin yaklaşımın sulh anlaşmasının icrasında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Buna göre taraf devletler, ancak lisanslı arabulucuların faaliyet göstermesini kamu düzeninden sayıp bu gerekçeyle sulh anlaşmasının icrasını reddedemeyecektir. Çalışma Grubu ulusal güvenlik meselelerini kamu düzeni istisnası çerçevesinde değerlendirmiştir⁶¹. Ahlâka aykırı bir borcun ifasını mümkün kılan (örneğin rüşvet vererek bir işlemin yapılmasını sağlayan aracının hak ettiğini iddia ettiği komisyonla ilgili) sulh anlaşmalarının icrası kamu düzenine aykırı kabul edilecektir.

Diğer yandan mahkeme ilâmları/hakem kararlarının tenfizinde uygulanan kamu düzeni kapsamında ele alınan adil yargılanma hakkının ihlali, yargılama usulüne aykırılık gibi hususlar arabuluculuk bir yargılama faaliyeti olmadığı, gizlilik içinde gerçekleştiği ve çözümü taraflar belirlediği için, sulh anlaşmasının icrasında etkin olmayacaktır⁶². Dolayısıyla sulh anlaşmasının icrasında kamu düzeninin oynayacağı rolün, hakem kararlarının tenfizindeki etkisine kıyasla çok daha düşük olacağı savunulmaktadır⁶³.

i) Uyuşmazlık konusunun arabuluculuğa elverişli olmaması

Uyuşmazlık konusu taraf devletin hukukuna göre arabuluculukla çözümlenmeye elverişli değilse sulh anlaşmasının icrası reddedilebilecektir (m. 5(2)(b)). Burada tahkime elverişsizlik gibi arabuluculuğa elverişsizlik de bir icra engeli olarak düzenlenmiştir.

Konvansiyon sulh anlaşmasının icrasını değil, temeldeki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmasını aramıştır. Dolayısıyla icranın talep edildiği ülkede zorunlu olarak devlet yargısında görülmesi gereken meseleler arabuluculuğa elverişli olmadığı için, bu meselelerin çözümü için yapılan sulh anlaşmaları söz konusu ülkede icra edilemeyecektir⁶⁴.

Türk HUAK m. 1'e göre arabuluculuk ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanır. Aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir. Singapur Konvansiyonu aile, iş, miras ve tüketici hukukuna ilişkin uyuşmazlıkları kapsam dışında bıraktığı için ticari uyuşmazlıklar içinde tahkime elverişli olmayan yani sadece devlet mahkemesinde çözümlenmesi gereken meseleler arabuluculuğa da elverişli değildir. Buna göre rekabet hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda Rekabetin Korunması Hakkında Kanun⁶⁵ uyarınca oluşturulan Rekabet Kurulu, kanunun

61 Id. s. 54.

62 CHUA, s. 7.

63 ZELLER/TRAKMAN, s. 461.

64 SCHNABEL, s. 54-55.

65 RG. 13.12.1994-22140.

uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda görevli ve yetkili kılınmıştır (m. 27). Dolayısıyla Kurulun yetkisi dahilindeki konularda tahkime gitmek mümkün olmadığı⁶⁶ gibi arabuluculuk da söz konusu olmayacaktır.

Aynı şekilde iflas davaları, fikri hakların varlığı veya yokluğuna ilişkin uyuşmazlıklar tahkime elverişli olmadığı⁶⁷ gibi arabuluculuk yoluyla da çözümlenemez.

Şirketler hukuku alanında⁶⁸ tahkime elverişlilik açısından tartışmalı olan anonim şirket genel kurul kararının iptali ve şirketin feshine ilişkin uyuşmazlıkların⁶⁹ arabuluculuğa da elverişli olmadığı söylenebilir. Şirket genel kurulunun iptali ile ilgili uyuşmazlıklarda davacı TTK m. 446'da sayılanlar, davalı ise yönetim kuruludur. Yönetim kurulunun yetkileri arasında genel kurul kararlarının iptali sayılmadığı için genel kurul kararının iptali için bir sulh anlaşması yapması yetkisini aşması anlamına gelmekte dolayısıyla yönetim kurulunun, iptal davasının konusu üzerinde tasarruf yetkisinin bulunmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu itibarla genel kurul kararlarının iptali arabuluculuğa elverişli değildir⁷⁰.

Tahkime elverişliliği düzenleyen HMK m. 408 ve MTK m. 1 iki tarafın iradelerine tâbi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını belirtmekle yetinmemiş, Türkiye'de bulunan taşınmazlar üzerindeki aynı haklardan kaynaklanan uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığını ayrıca ve açıkça vurgulamıştır. Buna karşılık HUAK m. 1'de taşınmazlar zikredilmemiş sadece tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar için arabuluculuğa imkân tanınmıştır. Bu itibarla Türkiye'de bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözümlenip çözümlenmeyeceğinin irdelenmesi gerekmektedir.

Bu bağlamda belirlenmesi gereken husus taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların, tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıklar arasında yer alıp almadığı meselesidir. Taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar malikin tasarruf yetkisine getirilen kamu hukuku kısıtlamaları (TMK m. 754 vd) ile ilgili ise, bu uyuşmazlıklar niteliği gereği arabuluculuğa elverişli değildir⁷¹. Buna karşılık özel hukuka ilişkin kısıtlamalar örneğin taşınmaz mülkiyeti üzerinde malikin tasarruf yetkisini kısıtlayan şerh edilmiş alım, ön-alım veya geri-alım hakları ile ilgili

66 Bkz. ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008, s. 42-43.

67 ÖZEL, s. 44 vd. Ayrıca bkz. HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010, s. 282 vd.

68 Şirketler hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuk konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018, s. 211 vd.

69 Bkz. AKINCI, Ziya/YASAN-TEPETAŞ, Candan (editörler) : Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018, s. 92, 93, 95, 96, 150, 172, 173, 174. Ayrıca bkz. HUYSAL, s. 308 vd; HELVACI, Mehmet: "Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler" II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "TAHKİM" 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler (editörler: Erol ULUSOY/ Ashı YILDIRIM), TMSF, 2009, s. 179 vd.

70 BÜYÜKAY, s. 217-218. Limited şirketlerde ortaklar kurulu kararının iptaline de anonim şirketlere ilişkin hükümler uygulanacağı için limited şirketlerde ortaklar kurulu kararının iptali de arabuluculuğa elverişli değildir. Id. s. 218. Aynı yönde bkz. KOÇYİĞİT/PULUR, s. 75.

71 BÜYÜKAY, s. 199.

uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olacaktır⁷². Dolayısıyla HUAK'da açıkça taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı belirtilmediği ve taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar tarafların serbestçe tasarruf edebileceği konular arasında yer aldığı için arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir⁷³.

Dolayısıyla taşınmazın aynına ilişkin konularda yapılacak işlemlerin (hem borçlandırıcı işlem hem de aynı işlem) resmi şekilde yapılma zorunluluğu (TMK m. 706) arabuluculuğa başvuruyu engellemeyecektir⁷⁴. Ancak sulh anlaşmasının tapuda tescil ile icrası yapılamayacaktır. Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlığı sonlandıran sulh anlaşması için mahkemeden icra edilebilirlik şerhi de talep edilemeyeceği gibi, HUAK m. 18(4) şartlarını taşıyan belge de ilam niteliğinde belge değildir. Zira hukukumuzda taşınmazın aynına ilişkin hususların cebri icra ile yerine getirilmesi düzenlenmemiştir⁷⁵. Bu noktada arabuluculuğa elverişlilik kavramı ile arabuluculuk sonucunda yapılan sulh anlaşmasının icraya elverişliliği kavramlarının arasındaki farka dikkat çekilmelidir. HUAK'a göre yapılan sulh anlaşması İcra İflas Kanunu⁷⁶ m. 38 anlamında ilam niteliğinde belgedir ve dolayısıyla ilamlı icra talebine konu olabilir. Ancak sulh anlaşmasının ilamlı icra talebine konu olabilmesi için içerik yönünden cebri icraya elverişli olması yani konusunun belli bir edimin ifasına (bir miktar paranın verilmesi, malın teslimi, bir fiilin yapılması veya yapılmaması gibi) yönelik olması gerekir⁷⁷. Taşınmaz üzerindeki aynı hakkın devrini öngören bir sulh anlaşması bu bağlamda ilam niteliğinde belge değildir ve Türk hukuku açısından icraya elverişsizdir. Bu nedenle taraflar taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklarını arabuluculuk yoluyla çözümlenebilirler; ancak neticede varılan sulh anlaşması borçlu tarafından yerine getirilmezse, ilgilinin bu anlaşmaya dayanarak tapuda kendi adına tescil yaptırması mümkün değildir. Varılan sulh anlaşmasının icrası ancak mahkemeden istenebilecektir. Sulh anlaşmasına göre adına tescil istemek konusunda kişisel hakka sahip olan kişi, hâkimden mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir (TMK m. 716).

Türk hukukunda taşınmazlara ilişkin işlemlerin tapuda resmi şekilde yapılması zorunluluğu icraya ilişkin bir mesele olup, arabuluculuğa elverişliliği engellememektedir. Bu bağlamda Türkiye'deki taşınmazların aynına ilişkin düzenlemeyi öngören bir sulh anlaşmasının Singapur Konvansiyonu kapsamında icrası talebi sırf bu nedenle reddedilmeyecektir. Zira Konvansiyon sulh anlaşmasının icraya elverişsizliğini değil, temeldeki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişsizliğini bir red sebebi olarak düzenlemiştir. Bu nedenle taşınmaza ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olduğu için bununla ilgili sulh anlaşmalarının icrası da Singapur Konvansiyonu kapsamında talep edilebilecektir. Ancak Türk mahkemesi böyle bir durumda yukarıda açıkladığımız üzere sulh anlaşmasının Türk hukukuna uygun olup olmadığını inceleyecektir. Sulh anlaşması, Konvansiyon

72 Id. 199. TMK'da kanun hükmüyle getirilen diğer kısıtlamalarla ilgili bkz. Id. s. 200.

73 BÜYÜKAY, s. 200; KOÇYİĞİT/PULUR, s. 75. Ayrıca bkz. TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012, s. 118 vd; ERDOĞAN/CÖMERT, s. 38.

74 BÜYÜKAY, s. 201.

75 Id. s. 201.

76 RG. 19.06.1932-2128.

77 TAŞPOLAT-TUĞSAVUL (Hukuki nitelik) s. 356.

m. 5(1)(b)(i) anlamında Türk hukukuna göre hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız ise ve ayrıca m. 5(2)(a) uyarınca kamu düzenine aykırı ise icra talebi yani ilgili adına tapuda tescil istemi reddedilecektir.

Yabancıların Türkiye'deki taşınmazlar üzerindeki aynı hak kazanımının da ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Arabuluculuk hangi hukuka göre gerçekleşirse gerçekleşsin (HUAK veya yabancı bir arabuluculuk kanunu) yapılan sulh anlaşmasında yabancıların Türkiye'deki bir taşınmaz üzerinde aynı hak iktisabı kararlaştırılmış ise, bu anlaşmanın geçerliliği Türk hukukuna tâbidir. Bu kapsamda yabancılar hukuku ile ilgili kısıtlamalar ve yasaklamalar devreye girecektir. Tapu Kanunu⁷⁸ m. 35/I yabancı gerçek kişiler için kısıtlamalara tâbi olarak taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinimine izin vermiştir. Tapu K. m. 35/II ise yabancı ülkelerde kurulan tüzel kişiliğe sahip ticaret şirketlerinin ancak özel kanun izin veriyorsa taşınmaz ve sınırlı aynı hak edinebileceğini öngörmüş; yabancı vakıf ve derneklerin ve diğer tüzel kişilerin Türkiye'de taşınmaz edinimini yasaklamıştır. Diğer yandan Tapu K. m. 36 yabancıların Türkiye'de kurdukları şirketlerin taşınmaz edinimine ilişkin kısıtlamalar getirmiş; Vakıflar Kanunu⁷⁹ m. 12/son kurucularının yabancı olduğu Türkiye'de kurulmuş vakıfların taşınmaz edinimini Tapu K. m. 35'e tâbi tutarak yasaklamıştır. Ayrıca Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu⁸⁰ da konuya ilişkin hükümler getirmiştir. Dolayısıyla kamu hukuku açısından yasaklamalar ve kısıtlamalar bulunmaktadır. Bu sınırlamalar dahilinde arabuluculuk yoluyla sulh anlaşması yapılabilir⁸¹. Ancak sulh anlaşması Türk hukukundaki sınırlamalara ve yasalara aykırı ise bu anlaşmanın icrası yani mahkeme hükmüyle adına tapuda tescil mümkün olmayacaktır.

Sonuç itibarıyla arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşması Türkiye'deki bir taşınmazın aynına ilişkin bir düzenleme getiriyorsa, bu anlaşmanın Singapur Konvansiyonu kapsamında icrası ancak sulh anlaşmasının Türk hukukuna uygun olması ve kamu düzenine aykırı olmaması halinde mümkündür.

V. ÇEKİNCELER

Singapur Konvansiyonu iki hususta⁸² taraf devletlere çekince koyma hakkı tanımıştır:

- a) Taraf devlet kendisinin veya hükümet kuruluşlarının veya hükümet kuruluşları adına hareket eden bir kişinin taraf olduğu sulh anlaşmalarının icrasına bu Konvansiyonu uygulamayacağını deklere edebilir (m. 8(1)(a)). Çalışma Grubu böylelikle taraf devletlere esneklik tanımıştır. Bu çekince ile taraf devlet ulusal hukuka göre yetkilendirilmemiş bir kişinin ya da kuruluşun yaptığı sulh anlaşmasının yol açabileceği problemlerden kaçınmış olacaktır⁸³.

78 RG. 29.12.1934-2892.

79 RG. 27.02.2008-26800.

80 RG. 22.12.1981-17552.

81 Tapu K. m. 35'deki sınırlamalara uygun olarak arabuluculuk yapılabileceği konusunda bkz. BÜYÜKAY, s. 203.

82 Bu iki husus dışında çekinceye izin verilmemiştir. m. 8(2).

83 SCHNABEL, s. 56.

b) Taraf devlet sulh anlaşmasında tarafların Konvansiyonun uygulanmasını öngörmeleri halinde Konvansiyonu uygulayacağını deklare edebilir (m. 8(1)(b)). Çalışma Grubunda Konvansiyonun taraflarca seçilmesi halinde uygulanması önerisi yapılmış ancak bu öneri, tarafların sulh anlaşması yapması halinde karine olarak bunun sınır-ötesi icrasını da öngördüklerini ayrıca icrayı mümkün kılmak için böyle bir açıklama yapmak zorunda olmadıkları gerekçesiyle reddedilmiştir. Dolayısıyla taraflar Konvansiyonun uygulanması konusunda hiçbir açıklama yapmadığında, onların borçlarını ifa etmek istemediklerine ilişkin hiçbir varsayım kabul edilmeyecektir⁸⁴.

Bu itibarla tarafların Singapur Konvansiyonu'nun uygulanmamasını açıkça kararlaştırdıkları sulh anlaşmaları hariç, Konvansiyon kapsamı dahilindeki bütün sulh anlaşmalarına uygulanacaktır. Ancak m. 8(1)(b)'deki deklarasyonu yapan devlet, sadece tarafların Singapur Konvansiyonunun uygulanmasını kararlaştırdıkları sulh anlaşmaları için Konvansiyonu uygulayacaktır. Tarafların bu seçimi sulh anlaşmasından önce, arabuluculuk anlaşmasında da yapmaları mümkündür⁸⁵.

Söz konusu çekince bir uzlaşmanın sonucu getirildiği için Singapur Konvansiyonunun hedefini gerçekleştirme açısından mümkün olduğunca az devletin bu çekinceyi kabul etmesi temenni edilmektedir⁸⁶.

SONUÇ

20 Aralık 2018 tarihli Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Milletlerarası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Singapur Konvansiyonu 7 Ağustos 2019 tarihinde imzaya açılmış ve ilk gün 46 ülke tarafından imzalanmıştır⁸⁷. Türkiye'nin ilk imzacılar arasında yer aldığı Konvansiyonu Çin ve ABD'nin imzalaması önemlidir. Ancak henüz hiçbir AB üyesi ülke ve İngiltere imzalamamıştır. Konvansiyon, m. 14'e göre üç ülkenin onay, kabul, tasdik veya katılımından 6 ay sonra yürürlüğe girecektir.

Singapur Konvansiyonu sulh anlaşmalarının basit ve hızlı bir şekilde sınır-ötesi icrasını mümkün kılarak milletlerarası ticarete arabuluculuk yönteminin daha sık kullanımını sağlamayı da hedeflemektedir. Bu durum her şeyden önce çok sayıda devletin Konvansiyona taraf olması ve bunu iç hukukuna dahil etmesi ile mümkündür.

Singapur Konvansiyonu'nu imzalayan Türkiye'nin de Konvansiyon hükümlerini ayrı bir uyum kanunu ile iç hukukuna dahil etmesi ve bu kanunla milletlerarası sulh anlaşmalarının icrası için yetkili/görevli mahkemeyi göstermesi gerekmektedir⁸⁸. Sulh anlaşmalarının geçersizliği,

84 Id. s. 56-57.

85 Id. s. 57-58.

86 SCHNABEL, s. 58; CHUA, s. 9.

87 İmzacı ülkeler listesi için bkz. <http://hsfnotes.com> (6.10.2019)

88 Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine ilişkin New York Konvansiyonu bir uyum kanunu ile iç hukuka geçirilmemiş ve Sözleşme olarak MÖHUK m. 1(2) uyarınca mahkemelerde uygulanmaktadır. Ancak yabancı hakem kararlarıyla ilgili MÖHUK hükümlerinin usulî meseleleri çözümlemesi ve New York Konvansiyonu

arabuluculara ilişkin standartların ihlali, kamu düzeni ve arabuluculuğa elverişsizlik gibi red sebeplerinin değerlendirilmesi mahkeme dışı bir makama bırakılamaz.

Singapur Konvansiyonu yanında milletlerarası ticari arabuluculuk ve sulh anlaşmalarına uygulanmak üzere Model Kanunu baz alan bir iç hukuk düzenlemesinin yapılması da yerinde olur. Zira şu an yürürlükte olan HUAK yabancılik unsuru taşıyan ancak kanun kapsamında ve Türk vatandaşı arabulucular tarafından gerçekleştirilen prosedür sonucu yapılan sulh anlaşmalarını ilam niteliğinde belge olarak nitelendirerek Türkiye’de icrasını mümkün kılmıştır. Bu bağlamda HUAK dışı bir kanun çerçevesinde yürütülen arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının icrası Singapur Konvansiyonu’na göre talep edilecektir.

Ancak arabuluculuğa elverişlilik ile sulh anlaşmalarının icraya elverişliliğinin farklılığına dikkat çekilmelidir. Türkiye’de bulunan taşınmazlarla ilgili sulh anlaşmalarının icrası ancak Türk mahkemelerinden alınan bir ilâmla mümkün olmaktadır. Dolayısıyla taşınmazlarla ilgili uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli gören HUAK, bu arabuluculuk sonucu yapılan sulh anlaşmalarının doğrudan icrasına izin vermemiştir. Türkiye’de bulunan taşınmazlara ilişkin sulh anlaşmalarının icrası Singapur Konvansiyonu’na göre talep edildiğinde icranın yani tescil talebinin sulh anlaşmasıyla yapılamayacak olması değil, temeldeki uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişsiz olması bir red sebebidir. Bu yüzden Türkiye’deki taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculukla çözümlenmesinin mümkün olmadığı açıkça belirtilmedikçe, arabuluculuğa elverişli olan bu konuda yapılan sulh anlaşmasının icrası da Konvansiyon kapsamına girmiş olacaktır. Zira Konvansiyon parasal olmayan sulh anlaşmalarının icrasını da mümkün kılmaktadır. Bu durumda milletlerarası sulh anlaşmasına binaen Türk mahkemesinden Türkiye’deki taşınmazın tesciline karar vermesi istenebilir. Türk emredici kurallarına aykırı ve yabancılarla ilgili kısıtlamaların dikkate alınmadığı bir sulh anlaşmasının reddi ancak bu anlaşmanın m. 5(b)(i)’ye göre Türk hukukuna göre geçersiz olduğu veya m. 5(2)(a)’ya göre Türk kamu düzenine aykırı olduğu gerekçesiyle reddedilebilir.

KAYNAKÇA

ABOU EL FARAO, Muhammed Salem: “The Enforcement of Settlement Agreements Resulting From Mediation – A Qatari Perspective” 19 Asian Bus. Law. 49 (2017).

AKINCI, Ziya/YASAN-TEPETAŞ, Candan (editörler) : Şirketler Hukuku Uyuşmazlıkları ve Tahkim, İstanbul 2018.

BOULLE, Laurence/QIN, Jay: “Globalising Mediated Settlement Agreements” 3 J.Int’l&Com.L. 33 (2016).

BÜYÜKAY, Ferhat: Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi, Ankara 2018.

CHUA, Eunice: “The Singapore Convention on Mediation – A Brighter Future for Asian Dispute Resolution” Asian Journal of International Law, 1 (2018).

ile paralel hükümler getirmesi bu noktada önemlidir. Buna karşılık arabuluculuk sonucu yapılan milletlerarası sulh anlaşmalarının icrasına yönelik yani hangi durumlarda icranın reddedilebileceğine ilişkin bir iç hukuk mevzuatı bulunmamaktadır. O yüzden Singapur Konvansiyonu’nun bir uyum kanunu ile iç hukuka dahil edilmesi gerekmektedir.

- ÇELİKOĞLU, Cengiz Topel: “6325 Sayılı HUAK’a Göre Arabuluculuk Yoluna Başvurulması ve Çözüm Anlaşmasının Mahkeme ve İcra Usulleri ile İlişkisi” Yılmaz Ejder’e Armağan, Ankara 2014, c.1, s. 669.
- ELÇİN, Doğa: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Sulh, Ankara 2019.
- ERDOĞAN, Ersin/CÖMERT, Büşra: “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler” Terazi Hukuk Dergisi, c. 13, S. 138, s. 27.
- HELVACI, Mehmet: “Anonim Ortaklık Genel Kurul Kararlarının İptali Davalarının Tahkim Yargılamasına Uygunluğu Üzerine Düşünceler” II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “TAHKİM” 14 Şubat 2009, Konuşmalar-Tartışmalar-Bildiriler (editörler: Erol ULUSOY/Ash YILDIRIM), TMSF, 2009, s. 179.
- HUYSAL, Burak: Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul 2010.
- KOÇYİĞİT, İlker/PULUR, Alper: Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Arabuluculuk Daire Başkanlığı Yayını, Mart 2019, (<http://www.adb.adalet.gov.tr>).
- NOMER, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2017.
- ÖZEL, Sibel: Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul 2008.
- ÖZSUNAY, Ergun: “Arabuluculuk Sonucunda Yapılan Uluslararası Sulh Anlaşmaları Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi: Singapur Arabuluculuk Sözleşmesi Türk Hukukuyla Uyumu Bakımından Bir Değerlendirme” İstanbul Barosu Dergisi, Mayıs-Haziran 2019, c. 93, S. 3, s. 31.
- PÜRSELİM, Hatice Selin: “Yabancılık İçeren Arabuluculuk Usulü ve Bağlayıcılık Hakkında Düşünceler” Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, c. 20, S.2, 2014, s. 3-21.
- REED, Lucy: “Ultima Thule: Propects for International Commercial Mediation” (NUS Centre for International Law Working Paper 19/03-January 2019) (<http://cil.nus.edu.sg/library/>).
- SCHNABEL, Timothy: “The Singapore Convention on Mediation: A Framework for the Cross-border Recognition and Enforcement of Mediated Settlement” 19 Pepperdine Dispute Resolution Law Journal 1 (2019).
- SILVESTRI, Elisabetta: “The Singapore Convention on Mediated Settlement Agreements: A New String to the Bow of International Mediation” Revista Electronica de Direito Processual, Rio de Janeiro Ano 13, v. 20, No. 2 Maio a Agosto de 2019, s. 189.
- STRONG, S.I: “Beyond International Commercial Arbitration – The Promise of International Commercial Arbitration” 45 Wash. U.J.L&Po’ly 10 (2014).
- SUSSMAN, Edna: “The Singapore Convention the Enforcement and Recognition of International Mediated Settlement Agreements” 3 ICC Dispute Resolution Bulletin, 42 (2018).
- ŞANLI, Cemal/ESEN, Emre/ATAMAN-FİGANMEŞE, İnci: Milletlerarası Özel Hukuk, 7. Bası, İstanbul 2019.
- TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis: Türk Hukukunda Arabuluculuk, Ankara 2012.
- TAŞPOLAT-TUĞSAVUL, Melis: “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği” Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 333 (Hukuki nitelik)
- TEKİNALP, Gülören/UYANIK, Ayfer: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 12. Bası, İstanbul 2016.
- YARAR, Güven: Milletlerarası Özel Hukukta Arabuluculuk, İstanbul 2019.
- ZELLER, Bruno/TRAKMAN, Leon: “Mediation and Arbitration: The Process of Enforcement” 24 Uniform Law Review 449 (2019) (<http://doi.org/10.1093/ulr/unz020>).

İşçinin İş Görme Borcunu İfa Etmemesi Sebebiyle İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı

Employer's Right to Make A Summary Termination Due to the Failure of Performance of Labour

Sema Deniz ÖZKAN KOÇ* 

Öz

İş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmedir. Bu unsurlardan iş görme, işçi üzerinde somutlaşan bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır. İşçinin iş görme borcunu sözleşmede öngörülen biçimde işin niteliğinin ve sahip olduğu kişisel özelliklerin gerektirdiği biçimde ifa edilmesi gerekir. Aksi durumda, iş görme borcunun ihlali söz konusu olur. İşçinin iş görme borcunu gerektirdiği gibi yerine getirmemesi halinde eksik ifa veya iş görme borcunun hiç ifa edilmemesi söz konusu olacaktır. İşçinin iş görme borcunu ihlal etmesi halinde işverenin buna karşı çeşitli yaptırımlara başvurması mümkündür. Bu yaptırımlardan en ağır ve dolayısıyla iş hukuku bakımından en önemli olanı işçinin iş sözleşmesinin feshi halidir. İşçinin iş görme borcunu gereği gibi yerine getirmemesi halinde geçerli nedenle fesih iş görme borcunun hiç yerine getirilmemesi halinde ise haklı nedenle fesihten bahsetmek mümkündür. İşverenin haklı nedenle fesih hakkına ilişkin olarak 4857 sayılı İş Kanununda düzenleme yapılmış olmakla birlikte haklı nedenler sınırlı sayıda düzenlenmemiştir. Bu bağlamda işçinin iş görme borcunu hangi durumda ihlal ettiği ve bu durumun haklı nedenle fesih sebebi olarak kabul edilip edilemeyeceğinin tartışılması gerekmiştir. Biz de çalışmamızda işçinin iş görme borcunu hiç yerine getirmemiş olması halinde işverenin hangi durumlarda haklı fesih hakkını kullanabileceği hususunu değerlendireceğiz. Bu bağlamda ilk olarak işçinin iş görme borcunun kapsamı ve hangi durumda iş görme borcunun hiç yerine getirilmemiş olacağı; daha sonra da işverenin haklı nedenle fesih hakkının doğum anı ve bu hakkın hangi durumlarda ve nasıl kullanılabileceği üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İş görme borcu, İş sözleşmesinin ihlali, İşverenin haklı nedenle fesih hakkı.

Abstract

Labour contract is a contract which consists on, performing duties, wage and dependency. From those elements, performing duties is as a debt embodied on the labour. The employee must perform his / her duties as required by the nature of the work as stipulated in the contract and by his / her characteristics. Otherwise, there will be a violation of the contract. In case the employee fails to fulfil his / her duty as required, there is a situation of incomplete performance or non-performance of his / her duties. The

* Araştırma Görevlisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku ABD, E-Mail: deniz.ozkan@marmara.edu.tr.

employer can resort to various sanctions if the employee breaches his debt. The most severe of these sanctions and therefore the most important in terms of labour law is the termination of the employee's labour contract. It is possible to speak of termination for a valid reason if the employee fails to fulfil his duty and termination for a justifiable reason if the employee's duty of debt is not fulfilled at all. Although the employer's right to termination for a rightful reason has been regulated in the Labour Law No. 4857, the rightful reasons are not limited. In this context, it was necessary to discuss the situation in which the worker violated his duty to work and whether this could be considered as a reason for termination without summary. In our study, we will evaluate the situation in which the employer can exercise the right of termination in case the employee has never fulfilled his / her debt. In this context, firstly, the scope of the obligation of performing the duties of the labour and in which case the working debt has never been fulfilled; then, the right of termination of the employer for a good cause and the moment of birth and the circumstances under which this right can be exercised will be discussed.

Keywords: Obligation of performing duties, Breach of labour contract, Employer's right to make summary termination.

I. GENEL OLARAK

İş sözleşmesi; iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir sözleşmedir. Nitekim bu durum, iş sözleşmesini tanımlayan 4857 sayılı İş Kanununun¹ 8. maddesinin 1. fıkrasında “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) de ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.” biçiminde; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun² 393. maddesinde ise “Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denerek ifade edilmiştir. Bu bağlamda iş görme borcu iş sözleşmesinin varlığı için temel borç niteliğinde olup iş görme borcunun gereği gibi yerine getirilmemesi halinde işverenin iş sözleşmesinden elde etmeyi beklediği faydayı sağlaması mümkün olmayacaktır. Bu durumda işverenin iş sözleşmesini feshi gündeme gelecektir.

İş görme, bir gerçek kişi olan işçinin ekonomik bakımdan iş olarak değerlendirilebilen bedensel, düşünsel, teknik, sanatsal vb. her türlü faaliyetinin bütünüdür³. İş görme borcu işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcudur.

Ücret unsuru ise iş görme gibi iş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olup işçinin iş görme borcunun karşılığını oluşturur. Ücret söz konusu olmadıkça iş sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış dahi olsa yapılan iş için bir ücret ödenmesinin gerekli ve olağan görüldüğü hallerde kural olarak taraflar arasında ücretin kararlaştırıldığı kabul edilir. Nitekim Borçlar Kanununda işverenin işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödeme yükümlülüğü vardır (TBK m. 401).

1 RG, 10.06.2003, 25134.

2 RG, 04.02.2011, 27836.

3 Süzek, 236.

Kanunda işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesi söz konusu olduğundan bağımlılık sözleşmenin diğer bir ana unsurunu oluşturur⁴. İş sözleşmesinde bağımlılık ilişkisi ekonomik veya teknik bir bağımlılıktan ziyade kişisel veya hukuki bir bağımlılığı işaret etmektedir. Çünkü işverenin otoritesi altında çalışan, onun vereceği emir ve talimatlara göre iş görmek zorunda olan işçinin iş sözleşmesinde bağımlılığı daha ziyade kişiliği ile ilgilidir. İşçi, iş görme borcunu işverenin yönetimi, gözetimi ve denetimi altında yerine getirir ve işçinin iş görme borcunu yerine getirirken işverenin verdiği emir ve talimatlara uyması gerekmektedir. İşçinin verilen emir ve talimatlara uymaması iş görme borcunun ihlali olarak nitelendirilebilir. Diğer iş görme sözleşmelerinden farklı olarak iş sözleşmelerinde işveren vereceği talimatlarla işçinin edimini, bu edimin yerine getirilmesi süreci içinde organize eder. Bu durumda, işçinin iş görme borcunu ihlali ile bağlantılı olarak işverenin fesih hakkı doğar. İşverenin fesih hakkının kapsamını ise işçinin iş görme borcu ihlalinin boyutları belirler. Bu anlamda işçinin iş görme borcunu hiç yerine getirmemesi haklı fesih sebebi iken işçinin iş görme borcunu eksik yerine getirmesi geçerli fesih sebebini oluşturacaktır. Çalışmamızda, işverenin işçinin iş görme borcunu ifa etmemesi halinde hangi durumlarda fesih hakkını kullanabileceği irdelenmeye çalışılacaktır.

II. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCU

A. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNUN KAPSAMI

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olan iş sözleşmesi işçiye ve işverene temel ve yan edim borçları yüklemektedir. Diğer bir ifadeyle işçi; iş görme, itaat ve sadakat; işveren ise ücret, işçiyi gözetme ve eşit davranma borçları altındadır. İş sözleşmesinin işçiye yüklediği temel borç olan iş görme borcu, 4857 sayılı İş Kanununda değil 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiştir.

İş görme borcu, işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olup işçi bu borcu bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. Nitekim TBK m. 395 hükmü bu durumu açıkça düzenlemektedir. Hükme göre, sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça işçi yüklediği işi bizzat yapmakla yükümlüdür (TBK m. 395). İşçinin işi kendisinin yapması zorunluluğu nitelikli işler bakımından kaçınılmaz olup, işçinin kişisel durumunun ve özellikle subjektif niteliklerinin önem kazandığı işlerde işçi, iş görme borcunu mutlak surette kendi yerine getirmelidir. Öte yandan, nitelsiz işçilerle yapılan iş sözleşmelerinde dahi kural, işçinin işi bizzat kendisinin yapmasıdır⁵. Bu durum, iş sözleşmesinin taraflar arasında kişisel ilişki kuran ve işçinin kişiliğini ön plana çıkaran niteliği ile de uyumludur.

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu işin türü, niteliği ve kapsamı esas itibarıyla iş sözleşmesi ve iş mevzuatı kuralları ile belirlenmelidir. İş sözleşmesinin genelde yazılı olarak yapılmadığı, çoğu zaman sözlü olarak kurulduğu dikkate alındığında; iş sözleşmesinin içeriğinin ve sözleşmeden

4 Saymen, 395; Oğuzman, 4; Esener, 126; Ekonomi, 73; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 116; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 58; Narmanlıoğlu, 167; Tunçomağ/Centel, 51; Süzek, 235; Aynı yazar, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 8-9.

5 Saymen, 476.

doğın iş görme ediminin konusunun tespit edilebilmesi önemli ölçüde güçleşmektedir. Bu nedenle, işçinin iş görme borcunun kapsamı diğer bir ifadeyle “yapmakla yükümlü olduğu iş” saptanırken; taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinin içeriğine ve işyeri yönetmeliği ile işyeri uygulamalarına bakılarak karar verilmelidir. Eğer bu düzenlemelerde de açık bir hüküm bulunmuyor ise iş görme borcunun kapsamı; bireysel ya da toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, iş gelenekleri ve işyeri uygulamalarının dürüstlük kuralı ilkesi uyarınca değerlendirilerek yorumlanmasıyla belirlenecektir⁶.

İşçi iş görme borcunu yerine getirirken mevzuatın emredici kurallarına, varsa toplu iş sözleşmesi hükümlerine, iş sözleşmesine ve sözleşmede düzenlenmeyen konuları düzenleyen hukuk kaynaklarına aykırı olmamak koşuluyla işverence verilen talimata uymak zorundadır. Kuşkusuz işçi, sözleşmede kararlaştırılan işi yapmakla yükümlüdür. İşveren de işçiyi kural olarak, kararlaştırılanın dışında bir işi görmeye zorlayamaz.

İşçinin iş görme borcunun konusunu oluşturan işin açık ve somut biçimde belirlenmiş olması mümkündür. İşçi bu durumda kapsamı belirlenmiş somut işi yapar. Bazı durumlarda ise iş belirli bir meslek veya meslek dalı olarak tanımlanmıştır. Bu durumda işçi söz konusu meslek ya da unvanın gerektirdiği tüm işleri yerine getirmek zorundadır. Bazen de vasıfsız işler gibi genel bir işin belirlenmesi yoluyla da sözleşme kurulabilir. Bu durumda işçi işverenin, hakkaniyet ölçüleri içinde kalmak koşuluyla, uygun göreceği her işi yapma yükümlülüğü altındadır⁷.

İş sözleşmesinde başlangıçta işçinin göreceği işin açıkça belirlenmemesi; fakat daha sonra iş görme borcunun konusunun belirli bir iş üzerinde somutlaştırılması da söz konusu olabilir. İfa konusu işin zaman kavramına bağlı olarak somutlaştırılmış olduğunun kabulü tek başına yeterli değildir. Bu durum ancak, işçinin gelecekte de aynı işte çalıştırılacağına “objektif bir değerlendirme” ile ortaya çıkması ve işçinin de bu duruma güvenmesi halinde söz konusu olacaktır. İşçinin belirli bir süre içinde herhangi bir faaliyet alanında ihtisaslaşması hali bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Bir işin uzunca bir süre ifa edilmiş olmasına rağmen, dürüstlük kuralı gereği işçinin gelecekte de aynı işi göreceğine ilişkin objektif bir değerlendirme yapmak mümkün değilse, iş görme borcunun somutlaştırılmış olduğundan bahsedilemez. Bu takdirde işveren, sözleşmede belirlenen çerçeve içinde işçinin işini değiştirme hakkına sahip olabilecektir.

İşçi, iş sözleşmede kararlaştırılan yerde ve sıklıkla da işyerinde yapar. Ancak iş görme ediminin işyerinin sınırları dışında yerine getirilmesi de mümkündür. İşverenin birden çok işyeri olması halinde yazılı rızası olmadıkça işçi bir işyerinden başka bir işyerine nakledilemez. Özellikle, işyerinin uzak bir yere taşınması gibi işçi bakımından ulaşımı maliyetli ve yorucu hale getiren durumlarda işçinin yeni işyerinde çalışmaya zorlanması mümkün değildir. Kuşkusuz bu noktada işyerinin taşınmasının çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişiklik niteliğinde olup olmadığı da önem taşır. Zira söz konusu değişikliğin çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik

6 Aktay/Arıcı/Seneyen Kaplan, 123; Narmanlıoğlu, 197; Doğan Yenisey, 117.

7 Arslan Ertürk, Sadakat Borcu, §7.

oluşturması durumunda işverenin bu değişikliği yapabilmesi ancak işçinin açıkça buna onay vermesi ile mümkündür.

B. İŞ GÖRME EDİMİNİ YERİNE GETİRMEDE ÖZEN BORCU

Bağımsız bir borç niteliğinde olmayan özen borcu iş görme borcunu tamamlayan bir yan edim yükümlülüğüdür. İşçi iş görme edimini yerine getirirken özenli davranmak, işini özenle yapmak zorundadır. Özen borcu, işçinin asli edim yükümü olan işin görülmesi sırasında gereken tüm dikkati göstermesini, mesleki bilgisini, fikri ve bedeni yeteneklerini ifaya uygun biçimde kullanılmasını gerektirir.⁸ Borçlar Kanununda işçinin özen borcu düzenlenmiştir. Hükme göre işçi, yüklediği işi özenle yapmak zorundadır. İşçinin işverene ait makine, araç gereç, teknik sistem ve taşıtları usulüne uygun kullanması, kendisine işin görülmesi için teslim edilen malzemeye özen göstermesi gerekir (TBK m. 396).

İşçinin iş görme edimini yerine getirirken göstermesi gereken özenin derecesi, her iş ilişkisinin özellikleri ve somut olay dikkate alınarak belirlenmelidir^{9, 10}. Bu bağlamda işçinin bilgi derecesi, mesleki yeteneği, işe yatkınlığı ve nitelikleri, işverence bilinen özellikleri, işverenin işçiye verdiği eğitim ve iş sözleşmesinin içeriğine konulan özel hükümler gibi birçok durum özel olarak değerlendirilmelidir¹¹. Zira mesleğinde yıllarını geçirmiş tecrübeli bir eleman ile işe yeni alınmış bir elemandan aynı özeni beklemek mümkün değildir.

İşçinin özen borcu sadece edim sonucuna yönelik değildir. İşçi, işin görülmesi sırasında işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye de özen göstermekle yükümlüdür (m. 396/1).

Özen borcu iş görme borcunun hem nitel hem de nicel yönüyle ilgilidir. Bu durumda özen borcunun ihlali hem verimin hem de kalitenin düşmesi anlamına gelecektir. Diğer bir ifadeyle işçinin özen borcunu ihlal etmesi hem ürettiği ürünün kalitesini hem de ürettiği ürün miktarını yakından ilgilendirmektedir.

8 Mollamahmutoglu, Hizmet Sözleşmesi, 117; Makas, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, Y. 2012, 151-152; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 192; Süzek, İş Hukuku, 353; Kabakçı, 56.

9 Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 269; Senyen Kaplan (Aktay/Arıcı/ Senyen Kaplan), 93; Senyen Kaplan, İş Hukuku, 110; Makas, Özen Borcu, 155 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 192.

10 Yargıtay Hukuk Genel Kuruluna göre de, "İşçinin özen borcu, iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülüktür. Özen derecesinin belirlenmesinde, her şeyden önce, iş akdi esas alınır. İş akdinde bu konuda açık veya örtülü herhangi bir hüküm yer almıyorsa, bu takdirde işçinin dahil olduğu meslek dalında veya faaliyet alanında bir işin görülmesi için geçerli olan kurallara uygun olarak iş görme borcunu yerine getirmesi gerekecektir. Diğer deyimle işçi, her somut olayın özelliğine göre, yaptığı işin niteliğine uygun bir özen göstermelidir", Yarg. HGK, 19.3.2014, E. 2013/221201 K. 2014/373, (www.kazanci.com).

11 Bkz. Makas, Özen Borcu, 155 vd.; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 192.

C. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNU İFA ETMEMESİ

Genel bir anlatımla iş görme borcunun ifa edilmemesi, işçinin iş sözleşmesine aykırı biçimde ve kusuruyla iş görme borcunu yerine getirmemesidir. İfa etmeme farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu bağlamda, işçinin devamsızlık yaparak işe hiç gelmemesi ya da geç gelmesi, işe gelmekle birlikte görevi kendisine hatırlatılmasına rağmen çalışmaması vb. hallerde iş görme borcu ifa edilmemiş olur.

İşçinin iş görme borcunu ifa etmemesi bakımından önemli olan işçinin bunu işyerine gelerek ya da gelmeyerek gerçekleştirmesi değil, ifa etmeme davranışının haklı olup olmadığıdır. İşçinin ücretinin ödenmemesi sebebiyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması (İşK m. 34) ya da iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı için işçinin çalışmaktan kaçınması (6331 s.lı Kanun m. 13) halinde iş görme borcunun ifa edilmediğinden söz edilemez. Yine işçinin görevinin kapsamında olmayan bir işi yerine getirmemesi veya işverenin kanuna aykırı bir iş görme talebini reddetmesi ifa etmeme olarak nitelendirilemez¹².

İşçinin iş görme borcunu ifa etmemesi bakımından kusurunun derecesi önemli değildir. Kusur, sadece sorumluluğun kapsamının tayininde önem arz eder. Diğer bir ifadeyle işçinin kasten veya ihmali olarak iş görme borcunu yerine getirmemesinin önemi yoktur. Yine işçinin iş görme borcunu ifa etmemesinin süresi de ifa etme eyleminin mevcudiyetini değiştirmez. Ancak ifa etmemenin uzunluğu, işverenin bu ihlal karşısında uygulayabileceği yaptırımın tespitinde ve haklı kılınmasında dikkate alınacaktır. Örneğin; işçinin devamsızlığı sebebiyle işverenin haklı fesih hakkını kullanabilmesi için devamsızlığın Kanunda öngörülen uzunluğa ulaşmış olması gerekir.

İş görme borcunun ihlali olarak ifa etmemeye bağlanacak sonuçlar bakımından işçinin görmediği işin sonradan yerine getirilmesinin imkânsız olup olmadığı da önem taşımaktadır¹³. İşçinin sonradan iş görme borcunu yerine getirebileceğinin kabul edilmesi halinde borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sonradan telafi talebi mümkündür. Doktrinde iş görme borcunun kesin vadeli bir borç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁴. Buna göre, iş görme borcu kararlaştırılan zamanda ifa edilmez ise sonradan ifa edilmesi mümkün olmaz. Gerçekten de işçinin iş görme edimini işverenin iş organizasyonu içerisinde ifa ettiği, her bir işçinin konu, yer ve zaman bakımından öngörülen plana uygun biçimde görevini yerine getirmesi gerektiği gözetildiğinde; bu plana uymayan işçinin sonradan iş görme borcunu ifa edebileceği kabul edilemez. Ancak günümüzde ortaya çıkan ve çalışma sürelerinin işçi tarafından belirlenmesine imkân veren yeni çalışma biçimleri, iş görme borcunun kesin vadeli borç niteliğinin esnekleşmesini sağlamakta ve işçinin iş görme borcunu sonradan ifa etmesine imkân vermektedir¹⁵. Sonuçta iş görme borcunun telafisinin mümkün olup olmadığı değerlendirilirken somut olayın özelliklerinin

12 Süzek, 710; Kabakçı, 14.

13 İfa imkânsızlığı hakkında detaylı bilgi için bkz. Antalya, 232 vd.

14 MünschArbR/Reichold, § 39, Rn. 8; Stender, 102; Stück, 651; Baumgartl, 78; Verstege, 22; Kabakçı, 15.

15 Hellfeier, 64 vd.; MünschArbR/Reichold, § 39, Rn. 8; Verstege, 23; Stender, 104.

gözetilmesi gerekir. Ancak yine de çalışma hayatının gerçekleri karşısında iş görme borcunun kesin vadeli borç niteliğinin baskın olarak ortaya çıkacağı kabulü kaçınılmazdır.

D. İŞ GÖRME BORCUNU İHLALİ HALİNDE DURUM

İşçinin iş görme borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için işini yeteneklerine ve becerisine uygun biçimde ve işverenin menfaatlerine uygun olarak yapması gereklidir. İşçinin işveren tarafından iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine ya da işyeri uygulamasına uygun olarak verilen talimatlara uymaması ya da bilinçli olarak kapasitesinin altında çalışması iş görme ediminin yerine getirilmemesi, diğer bir ifadeyle iş görme borcunun ihlali olarak değerlendirilir.

İşçinin iş görme borcunu ihlali borcun ya hiç ifa edilmemesi ya da kötü ifa edilmesi biçiminde ortaya çıkar. İş görme borcunun ihlalin halinde işverenin sözleşmeden doğan menfaati elde etmesi mümkün olmayıp bu durumda çeşitli yaptırımlara başvurusu mümkündür. Bu yaptırımların en temeli ise iş sözleşmesinin feshidir. İşçi fesih dışında iş görme borcunu yerine getirmemesi sebebiyle tazminat, ücretinden yoksun kalma, disiplin cezası gibi yaptırımlar ile de karşı karşıya kalabilir. Gerçekten de işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi sebebiyle işverenin TBK m. 112 ve TBK m. 400 hükümlerine göre tazminat talebinde bulunması mümkündür. Yine işveren TBK m. 97 hükmü uyarınca ödemelik defini kullanarak işçinin ücretini ödemekten kaçınabilir. İşverenin bunlarla birlikte iş sözleşmesine, işyeri iç yönetmeliğine ya da toplu iş sözleşmesine dayanarak işçiye disiplin cezası uygulaması da mümkündür. Ancak işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi sebebiyle karşı karşıya geleceği en önemli yaptırım şüphesiz ki iş ilişkisinin sona erdirilmesidir. İşK m. 25/II, h'de işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi sebebiyle işverenin haklı nedenle fesih hakkı; İşK m. 18'de ise işçinin iş görme borcunu kötü, özensiz ifa etmesi sebebiyle işverenin geçerli nedenle fesih hakkı düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle iş görme borcunun hiç yerine getirilmemesi haklı fesih; eksik, kötü veya özensiz yerine getirilmesi ise geçerli fesih sebebi olarak öngörülmüştür.

Konumuz bakımından işçinin iş görme borcunu hiç ifa etmemesi sebebiyle işverenin haklı nedenle fesih hakkı üzerinde durulacaktır.

III. HAKLI NEDENLE FESİH KAVRAMI

A. GENEL OLARAK

Belirli süreli iş sözleşmelerinde sürenin sona ermesinden önce, belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise bildirim süresi beklenmeksizin iş ilişkisinin sona ermesini gerektirecek taraflarca ilişkinin devamını çekilmez hale getiren durumlar meydana gelebilir. Gerçekten de sürekli borç ilişkisi kuran iş sözleşmesinin devamı sırasında ortaya çıkan bu değişikliklere kusuru olmayan tarafın katlanmasını beklemek hakkaniyete uygun düşmez. Örneğin; işverenin işçiyi yanıltması, işçinin aile üyelerine karşı şeref ve namusa dokunacak söz ve davranışlarda bulunması, işverenin işçinin güvenini kötüye kullanması, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması vb. hallerde

iş ilişkisinin devamının taraflar açısından çekilmez hale geldiği söylenebilir. Bu durumda işçi veya işverenin iş ilişkisine devam etmesini ya da iş ilişkisini sona erdirmek için bildirim süresinin geçmesini beklemesi hayatın olağan akışına aykırıdır. Taraflara haklı nedenle fesih hakkı verilerek bir tarafın karşı tarafa yöneltmesi gereken irade beyanıyla iş ilişkisini derhal sona erdirmesine imkân tanınmıştır.

158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Hakkında ILO Sözleşmesinin 11.maddesinde haklı fesih kavramı dolaylı biçimde tanımlanmıştır. Hükme göre, işçiye ciddi bir hizmet kusuru yani işverenin kendisini bildirim süresi zarfında çalıştırmaya devam etmesini istemenin makul sayılamayacağı türden bir hizmet kusuru atfedilmesi halinde bu durum haklı fesih nedeni teşkil edecektir.

TBK m. 435’de sözleşmenin taraflarından her birinin haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebileceği belirtilmiş; İşK. m.24 ve 25’de ise; belirsiz veya belirli süreli sürekli iş sözleşmelerinde, taraflardan her birinin bu maddelerde yazılı hallerde iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshedebileceğine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerin yanı sıra, Basın-İş K. m. 11, 12 ve 17 de; Deniz-İş K. m. 14, 16 ve 6356 sayılı Kanun m. 68 ve 70’de haklı nedenle feshe ilişkin hükümler yer almaktadır. Basın İşK.’nun 11. maddesinin birinci fıkrasında gazeteci, üçüncü fıkrasında ise işveren açısından iş sözleşmesinin haklı fesih nedenleri yer alırken, dördüncü fıkrasında da işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih yetkisi vermeyen duruma yer verilmiştir. Kanununun 12. maddesinde gazetecinin hastalığının; 17. maddesinde ise; özgürlüğünün kısıtlanmasının hangi koşullarda işverene haklı nedenle fesih yetkisi verdiği düzenlenmiştir. Deniz İşK.’nun 14. madde düzenlemesinin I. bendinde işverenin, II. bendinde gemi adamının, III. bendinde ise her iki taraf için de ortak haklı fesih nedenleri yer almakta, IV. bendinde ise sözleşmenin feshe gerek kalmaksızın kendiliğinden sona ermesine yol açan hallerde yer verilmektedir.

B. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ HUKUKİ DAYANAĞI

Haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağı TBK m. 435’de düzenlenmiştir. Hükme göre *“Taraflardan her biri haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar haklı sebep sayılır.”* Borçlar Kanununda diğer kanunlardan farklı olarak haklı nedenler sayılmamış, sadece dürüstlük kuralına göre sözleşmenin devamını çekilmez kılan durumların haklı neden olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağını dürüstlük kuralı oluşturacaktır. İşK.’da ise haklı neden kavramının hangi hukuki esas üzerine kurulu olduğuna değinilmeden, 24. ve 25. maddelerde hangi durumların taraflara haklı nedenle fesih hakkı tanyacağı gösterilmekle yetinilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun¹⁶ 2. maddesinin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı tanımlanmış ve herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu kural hemen her hukuk sisteminde özellikle hukuk kurallarının katı biçimde uygulanmasının yaratacağı adaletsizlikleri önlemek ve hukuka etik bir boyut kazandırmak amacı ile dar veya geniş biçimde benimsenmiştir. Örneğin; Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesi hükmü sözleşmelerin dürüstlük kurallarına uygun olarak ifa edilmesi gerektiğini öngörmüştür.

Dürüstlük kuralı özel hukukun tüm alanlarında olduğu gibi iş hukukunda da önemli bir işleve sahiptir. Sözleşmenin yorumlanmasında ve ifasında olduğu kadar sözleşmesinin sona ermesinde de dürüstlük kuralına uygun davranma zorunluluğu vardır. Gerçekten de sözleşmenin devamının sözleşmeyi fesheden taraf için dürüstlük kuralına göre beklenemez olduğu hallerde haklı nedenle fesih hakkı dayanağını dürüstlük kuralında bulmaktadır. Haklı nedenle fesih hakkını düzenleyen İşK m. 24 ve m. 25'de ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallerde iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceği öngörülerek dürüstlük kuralına dolaylı olarak atıf yapılmıştır.

Haklı nedenle fesih hakkı iş ilişkisini sürdürmesi dürüstlük kuralları gereğince kendisinden istenemeyecek tarafa ait olan bir hak olup, hangi durumlarda haklı sebebin var olacağını taraflar için çekilmez olma unsuru belirlemektedir. Her somut olay kendi içinde değerlendirilerek, taraflar için iş sözleşmesinin devamını çekilmez kılan ve fesih hakkının kullanılmasına sebebiyet veren haklı bir nedenin varlığının tespit edilmesi gerekir. Bu tespit de yargılama sırasında hâkim tarafından yapılacaktır¹⁷.

C. HAKLI NEDENLE FESİH HAKKININ KULLANILMASININ KOŞULLARI

Haklı nedenle fesih hakkının kullanılabilmesi için aranan ilk koşul geçerli bir iş sözleşmesinin varlığıdır. Sözleşmenin herhangi bir nedenle geçerli olmaması halinde işveren haklı nedene dayanmak zorunda olmayıp sözleşmenin geçersizliğinin tespitinden itibaren ileriye etkili olarak sona ermesi söz konusu olacaktır. Haklı nedenle fesih hakkı, sebebin ortaya çıkmasından itibaren makul süre içinde kullanılmalıdır. Sözleşmenin akıbetinin uzun süre belirsiz bırakılmaması ve sözleşmenin kusurlu tarafının her an fesih ihtimali ile karşı karşıya kalmaması amacıyla Kanunda fesih hakkının kullanılması için bir süre öngörülmüştür. Sözleşmeyi feshetmek isteyen taraf haklı nedenle fesih hakkını bu yasal süre içerisinde kullanmak mecburiyetindedir. Hükme göre, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz (İşK m. 26/1).

¹⁶ RG, 08.12.2001, 24607.

¹⁷ Kaplan, 129; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, 245; Savaş, 41.

Haklı nedenle fesih hakkı hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmeleri bakımından kullanılabilir. Bu durumda belirli süreli iş sözleşmelerinde fesih hakkının kullanılması için sözleşmenin süresinin sona ermesinin; belirsiz süreli iş sözleşmelerinde ise bildirim süresinin beklenmesine gerek yoktur.

İş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için iş ilişkisinin sürdürülmesini taraflarca çekilmez kılan bir nedenin varlığı aranmaktadır. Fesih hakkını kullanmak isteyen taraf, haklı nedenin varlığını açık ve somut olarak ortaya koyma yükümlülüğü altındadır. Bu yükümlülüğün fesih anında yerine getirilmesi zorunlu olmamakla birlikte sözleşmeyi fesheden tarafın uyumsuzluk halinde haklı nedeni açıklaması ve nedenin varlığını ispat etmesi gerekir¹⁸. Fesih bildiriminde birden fazla haklı neden gösterilmişse bunlardan birinin ispatı feshin geçerliliği için yeterlidir¹⁹. Sözleşmeyi fesheden taraf karşı tarafa fesih nedenini bildirmişse, daha sonra sözleşmeyi başka bir nedenle feshettiğini öne süremez.

Haklı neden sayılan haller kanunda sınırlı sayıda olmamak üzere düzenlenmiştir. Haklı nedenin ortaya çıkması sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmez, sadece sözleşmenin tarafına sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı verir. Hem işçi hem de işveren bu hakkı kullanma konusunda serbesttir. Haklı nedenle fesih iradesi açıklanmadıkça sözleşme taraflar için bağlayıcı olmaya devam eder. Bu durumda, sözleşmenin feshinin gerçekleşebilmesi için bozucu yenilik doğuran fesih beyanının karşı tarafa yöneltilmesi gerekir. Nitekim bu nokta, İşK m. 24 ve 25 hükmünde, işçi ve işverenin bu maddelerde yazılı hallerde dilerlerse sözleşmeyi feshedebileceklerine ilişkin ifadelerle ortaya konmuştur. Fesih iradesinin net, anlaşılır ve kesin biçimde ortaya konması gerekir²⁰.

Haklı nedenle feshine ilişkin beyanın karşı tarafa ulaşmasıyla iş sözleşmesi sona erecektir. Karşı tarafa ulaşma, söz konusu fesih bildirimini karşı tarafın hâkimiyet alanına girmesi anlamına gelmektedir. Bu durumda, fesih iradesinin karşı tarafın ikametgâhına götürülerek bir yakınına ya da posta kutusuna bırakılması halinde söz konusu fesih iradesi karşı tarafın hâkimiyet alanına ulaşmış sayılmaktadır²¹.

Haklı nedenle fesih hakkı iş sözleşmelerine ilişkin düzenleme getiren kanunlarda farklı biçimde öngörülmüştür. İş Kanununda haklı nedenle fesih halleri işçi ve işveren açısından ayrı ayrı ele alınmış ve fesih sebepleri; sağlık, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı nedenler olarak gruplandırılmıştır. İş Kanununda haklı nedenle fesih hallerinin kanunda sayılanlarla sınırlı mı olduğu yoksa kanundaki hallerin örnek mahiyetinde mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, Kanunda ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller bakımından “ve benzerleri” ifadesine yer verilerek haklı nedenlerin sınırlı olarak

18 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 538; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, 247; Özdemir, 306.

19 Oğuzman, 121; Narmanlioğlu, 409.

20 Demircioğlu/Centel, 172; Narmanlioğlu, 408.

21 Esener, 226; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 806.

düzenlenmediğini ifade ederken²²; diğer görüş ancak Kanunda sayılan hallerde haklı nedenle fesih imkânının kullanılabilceğini ifade etmiştir²³.

Kanaatimizce haklı nedenler kanunda sayılanlarla sınırlı değildir. Kanunda sağlık sebepleri, zorlayıcı sebepler, işçinin gözüne alınması ve mahkûmiyeti başlıklarında kesin ve sınırlayıcı düzenlemelere yer verilmekle birlikte ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan haller bakımından sınırlı sayı ilkesinin benimsenmesi mümkün değildir. Kanunda bu hallerin sınırlı olarak düzenlenmesi, gelişen ve değişen iş yaşamında ortaya çıkabilecek pek çok durumu dışlamış olacak; bu da hükmün getiriliş amacıyla bağdaşmayacaktır. Bu sebeple, Kanunda sayılan hallerin örnekleme niteliğinde en çok görülen haklı sebepleri düzenlediğini kabul etmek, haklı nedenle fesih hakkının hukuki dayanağını oluşturan dürüstlük kuralını ihlal eden ve iş ilişkisini taraflar için çekilmez kılan hallerde haklı nedenle fesih imkânının kullanılabilceği sonucuna ulaşmak isabetli olacaktır.

Basın İşK.'nda haklı feshine ilişkin düzenleme de oldukça sınırlı bir kapsama sahiptir. Yer verilen durumlar dışında iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektiren bir durum ile karşılaşılması kaçınılmazdır. Haklı fesih nedenlerine ilişkin sınırlı sayımın olduğunu kabul etmek, böyle bir durumda iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilememesi sonucunu doğurur. Deniz İşK.'nun ise, işveren veya işveren vekilinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshine ilişkin b, c ve ç fıkralarında yer verilen haller genel ilkeler şeklinde ve örnekleyci bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla her olayın koşulları uyarınca yapılacak inceleme sonucunda söz konusu fıkralarda belirtilen halin gerçekleşip gerçekleşmediği belirlenecektir. Bir diğer deyişle, söz konusu fıkralarda önceden hepsinin saptanmasının mümkün olmadığı çeşit çeşit haklı fesih nedenleri yer almaktadır. Buna karşılık a fıkrasında belirtilen haller ise, kesin ve belirli hususları işaret ettiklerinden nitelikleri gereği yorum yolu ile yeni hallerin dâhil edilerek içeriklerinin genişletilmesinin mümkün olmadığı hallerdir.

İş Kanunlarında getirilen düzenlemelerin sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmesi kanunda öngörülmemiş bir durumla karşılaşıldığında İş Kanunları karşısında genel kanun niteliğinde olan TBK'ya başvurmak suretiyle sözleşmenin haklı nedenle feshinin mümkün olup olmadığı tespit edilmesini gerektirmektedir.

Deniz İş Kanununun haklı nedenle fesih hakkına ilişkin 14. madde hükmü işveren ve gemi adamının fesih hakkına ilişkin emredici bir düzenlemeye yer vermiştir. Düzenlemeye göre fesih hakkı ancak Kanunda öngörülen hallerle sınırlı olarak kullanılabilir. Maddenin I. bendinin a, b ve c fıkralarında gemi adamının iş görme borcuna aykırılık teşkil eden davranışlarının iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği düzenlenmiştir. Madde uyarınca *“Süresi belirli olan veya olmayan yahut da sefer üzerine yapılan hizmet akdi:*

I – İşveren veya işveren vekili tarafından:

22 Oğuzman, 44; Atabek, 115; Kaplan, 128; Savaş, 38; Tunçomağ/Centel, 204; Süzek, Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, 18.

23 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 538; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 796; Çankaya/Günay/Göktaş, 108.

- a) Gemi adamının herhangi bir limanda geminin hareketinden önce gemiye dönerek hizmete girmemesi veya gemiye hiç dönmemesi,
- b) Gemi adamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk, hapis veya gemide çalışmaktan men olunması gibi sebeplerle imkânsız bir hal alması,
- c) Gemi adamının işveren veya işveren vekiline karşı kanuna, hizmet akitlerine, sair iş ve çalışma şartlarına aykırı hareket etmesi hallerinde feshedilebilir.”

Basın İş Kanununda da haklı nedenle feshe ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Kanunun derhal fesih hakkını düzenleyen 11. maddesi hükmüne göre “Vazifesinin ifasıyla ilgili hususlarda gazetecinin bilerek veya ağır bir ihmali neticesi olarak mevkutenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve harekette bulunması hali işverene ihbar mühletini beklemeden iş akdini derhal feshetmek hakkını veren ağır sebeplerden sayılır. Gazetecinin, şeref ve şöhretine hanel verebilecek mahiyette bir fiil ve harekette bulunması için işveren tarafından vaki isteği yerine getirmemesi hali işverene ihbar mühletini beklemezsizin iş akdini feshetmek hakkını vermez.”. Düzenlemeye göre, gazetecinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için çalıştığı yayın organının itibar ve şöhretine helal getiren davranışının mesleği ile ilgili olması ve fiilinin kastından veya ağır ihmalden doğmuş olması gereklidir.

Türk Borçlar Kanununda ise haklı nedenle fesih hakkı, sözleşmeyi fesheden tarafın dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisini sürdürmesinin kendisinden beklenemeyeceği hallerde söz konusu olur (TBK m. 435). Kanunda haklı nedenle fesih hakkı belirli gruplarla ya da sebeplerle sınırlı olmaksızın dürüstlük kuralını temel alan bir düzenleme içermektedir. Belirtmek gerekir ki, İş Kanunu uygulamasında, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına göre sözleşmeyi sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşulların fesih hakkı doğuracağını belirten TBK m. 435 hükmü uygulama alanı bulmaz²⁴.

Çalışmamızın bu aşamasında İş Kanununun 25. maddesinde yer alan ve işverene iş sözleşmesini iş görme ediminin yerine getirilmemesi sebebiyle fesih hakkı veren düzenlemeleri değerlendirecektir.

IV. İŞÇİNİN İŞ GÖRME BORCUNU İFA ETMEMESİ SEBEBİYLE İŞVERENE HAKLI NEDENLE FESİH İMKÂNI VEREN DURUMLAR

A. İŞVERENİN FESİH HAKKINI HANGİ AŞAMADA KULLANABİLECEĞİ SORUNU

İşçinin iş ilişkisinin devamı sırasında iş görme edimini yerine getirmemesi halinde fesih hakkını kullanabilmesine ilişkin yasal düzenlemeler mevcuttur. Ancak, işçinin işverenle anlaşmış olmasına karşın kararlaştırılan tarihte işe hiç gelmemesi sebebiyle iş görme borcunu ifa etmemesi de söz konusu olabilir. İşçinin işe başlamamasının iş ilişkisine ve işverenin fesih hakkına etkisinin

24 Esener, 238; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 540; Mollamahmutoğlu, 201; Süzek, 745; Odaman, İşverenin Fesih Hakkı, 246.

değerlendirilebilmesi için ilk olarak iş ilişkisinin hangi anda kurulmuş olduğunun tespiti gerekir. Zira iş ilişkisinin ancak işçinin fiilen işe başlaması ile kurulduğunun kabulü halinde işverenin fesih hakkını kullanması mümkün olmayacaktır.

Modern iş hukuku uygulamasında, iş sözleşmesi kavramı ile birlikte iş ilişkisi kavramı da kullanılmaya başlanmıştır. İş Kanununda iş sözleşmesi tanımlanırken iş ilişkisi kavramına da yer verilmiştir. Kanuna göre iş ilişkisi, işçi ile işveren arasında kurulan ilişkidir (İŞK m. 2/1). İş Kanunu Tasarısına ilişkin madde gerekçesinde “iş ilişkisi” ile “iş sözleşmesi” deyimlerinin özdeş olduğu ve Avrupa Birliği müktesebatına uygun olarak “iş ilişkisi” tanımına da maddede yer verildiği açıklanmıştır. Hemen belirtelim ki, iş ilişkisinin varlığı, bunun yasal olarak tanımlanmasından önce hukukumuzda kabul edilmiş ve iş sözleşmesi ile iş ilişkisi konuları yargı kararlarında ve öğretide ele alınmış bulunmaktadır.

İş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramları sözleşmenin hangi aşamada kurulduğu ve işçinin iş görme borcunu hangi aşamada gerçekleştirmesi gerektiği ile yakından ilgilidir. Alman hukukunda iş ilişkisi kavramı farklı biçimlerde tanımlanmış olup iş ilişkisinin kurulma anının tespitine ilişkin bugün birbirine iyice yaklaşmış olan iki teori ileri sürülmüştür: Katılma ve sözleşme teorisi.

Katılma teorisi²⁵ (Eingliederungstheorie), iş ilişkisinin doğumunu işçinin işyerinde fiilen işe başlamasına bağlamaktadır. Buna göre, iş sözleşmesi, iş ilişkisi yaratmayıp sadece işverene işçiyi işe alma, işçiye de işverenin hizmetine girme borçlarını yükler. Ancak işçinin fiilen işe başlaması ile iş ilişkisi kurulmuş olur ve tarafların iş ilişkisinden doğan hak ve borçları doğar. Diğer bir ifadeyle iş ilişkisi maddi, fiili bir ilişki olarak işçinin işe başlaması ve işyerine katılmasıyla kurulan ve hukuki sonuçlarını doğuran bir hukuki olaydır. İş ilişkisini temel alan bu görüşe göre işverenle işçi arasında akdedilen iş sözleşmesi, işçinin işletmeye dâhil olması dışında bir hususu içermeyen kurumsal nitelikteki iş ilişkisini kurmaktan uzak bir anlaşmadır.

Doktrinde ileri sürülen ikinci teori olan sözleşme teorisine²⁶ (Vertragstheorie) göre ise, hukuki bir ilişki olan iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılması ile doğar. Başka bir deyişle, iş ilişkisinin doğumu için tarafların iş sözleşmesinin kurulması noktasında birbirine uygun irade beyanlarını açıklamaları gerekli ve yeterlidir. Gerçekten de işçi ile işveren arasında kurulan ilişkinin temelinde iş sözleşmesi vardır. İşveren işçiyi işyerine kabule rıza gösterirken işçi de buna karşılık olarak işyerinde çalışmaya rıza göstermektedir. Katılma olarak ifade edilen bu durum, tarafların iradesinin uyuşmasından yani sözleşmeden başka bir şey değildir. İş sözleşmesi, işçinin istidam edildiği işin hukuki dayanağını oluşturan istihdam türünü (belirli, belirsiz süreli, tam veya kısmi süreli vb.) belirlediği gibi istihdam ve çalışma koşullarının da belirleyicisidir.

25 Nikisch, 159-160; Siebert, 14 vd; Durand, 387; Durand/Vitu, 186; Savatier, 75.

26 Hueck-Nipperdey, 116; Pelissier/Supiot/Jeamnaud, 177 vd; Brun/Galland, 149. Türk doktrininde aynı yönde, Saymen, 458; Reisoglu, 10; Narmanlioğlu, 192; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 364.

Doktrinde, uygulamada olayların devamlı olarak bu teorilerden sadece birine uyularak çözümlenmesi yerine, her olayın özellikleri göz önünde tutularak, yürürlükteki hukuk kuralları ve ilkelerine göre, bu teorilerden olaya uygun olanın seçilmesi gerektiği de ifade edilmiştir²⁷.

Türk iş hukuku uygulamasında iş ilişkisi iş sözleşmesinin kurulmasıyla başlar. Nitekim İş Kanununda iş sözleşmesine dayanarak çalışma, işçi ve işveren sıfatlarının varlığı için olmazsa olmaz bir koşul olarak ifade edildikten sonra iş ilişkisi işçi ile işveren arasında kurulan ilişki olarak tanımlanmış ve bu suretle iş ilişkisinin temelini iş sözleşmesi olduğu vurgulanmıştır. İş Kanununda kıdem tazminatının hesabında kıdem süresinin işçinin işe başlamasından itibaren hesaplanması (1475 s. Kanun m. 14/1) ya da yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasında dolması gerekli bir yıllık süre işçinin işyerine girdiği günden başlayarak hesaplanıyor olması (İşK m. 53/1) tek başına iş ilişkisinin iş sözleşmesinden bağımsız bir hukuki ilişki olarak değerlendirildiği anlamını taşımaz.

İş görme borcunun ifa edilmemesi sebebiyle fesih hakkının kullanılabilmesi bakımından işçinin iş görme borcunu ifa yükümlülüğünün hangi anda başlamış olduğunun tespit edilmesi önemlidir. İş ilişkisi iş sözleşmesine dayanan bir hukuki ilişki olmakla birlikte salt iş sözleşmesinin yapılmış olmasıyla bu ilişki kurulmuş olmaz. İş ilişkisinin kurulmuş sayılabilmesi için işi fiilen çalışmaya başlamalı veya fiilen çalışmaya başladığı kabul edilebilecek hukuki durumda bulunmalıdır. Bu durumda işçinin işe hiç gelmemesi ve dolayısıyla iş görme borcunu hiç ifa etmemesi halinde iş ilişkisi kurulmamıştır ve işveren fesih hakkını kullanamaz. Ancak bu durumda işverenin tazminat hakkı olabileceği (TBK m. 400) gibi henüz borçlar ifa edilmediğinden sözleşmeden dönme de mümkün olabilir.

B. İŞÇİNİN KENDİSİNE HATIRLATILMASINA RAĞMEN GÖREVİNİ YERİNE GETİRMEKTE ISRAR ETMESİ HALİNDE İŞVERENİN HAKLI FESİH HAKKI

1. Genel Olarak

İşçinin iş görme borcunu yerine getirirken işini özenle yapması, bunu yaparken de işverenin verdiği talimatlara riayet etmesi gereklidir. İşçinin “işini özenle yapmak” ya da “işverenin talimatlarına uymak” borcuna uygun olmayan davranışlarda bulunması durumunda işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshetmesi mümkündür. İş Kanununun 25. maddesinin II bendinin h alt bendi gereğince işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğar.

İşK m. 25/II, h hükmüne göre iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin görevini yerine getirmemesi yeterli değildir. Fesih hakkının doğması için öncelikle işçiye görevini yapmadığı ve yapması gerektiği hatırlatılmalı, işçi bu hususta uyarılmış olmalıdır. Söz konusu fıkrada, “ödev” ve “görev” sözcüklerinin bulunması, işçinin yükümlülüklerinin, bu fıkra incelenirken, sadece iş sözleşmesinden doğan borçlarla sınırlı kalmaması gerektiği şeklinde bir sonuç doğurmaktadır.

²⁷ Hueck/Nipperdey, 118; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 147.

Gerçekten de, doktrinde de genel bir kabul gördüğü üzere, fıkra kapsamına işçinin; kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi, örf ve adet ve hatta doğruluk ve güven kurallarından doğacak bütün ödevleri dâhildir²⁸.

1475 sayılı İş Kanununda işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmaması haklı nedenle fesih sebebi olarak yeterli görülmüşken, 4857 sayılı İş Kanununda haklı nedenle feshin söz konusu olabilmesi için işçinin bu görevlerini yapmamakta “ısrar etmesi” aranmıştır. İşçinin ısrarı ile anlatılmak istenen, işçinin, kendisine hatırlatıldığı halde, haklı bir mazerete dayanmaksızın yükümlü olduğu görevlerini yapmamakta ayak diremesidir²⁹.

Bu bende göre haklı nedenin varlığı için, işçinin görevi yerine getirmemesinin kasti veya ihmali olması gerekmektedir. İşçinin kasıtlı ya da kusurlu bir davranışının bulunmadığı, fiziki ya da mesleki yetersizliği nedeniyle görevini yapamadığı durumlarda İşK. m. 25/II (h) alt bendindeki şartlar oluşmadığından, iş sözleşmesinin bu hükme dayanarak feshi haksız fesih olarak değerlendirilecektir. İşçinin yetersizliğinin işyerinde olumsuzluklara yol açması halinde İşK. m. 18 hükmü uyarınca geçerli nedenle fesih söz konusu olabilir. Bir diğer deyişle, işçinin iş görme borcuna aykırı davranışı iş sözleşmesinin feshinde haklı neden olarak düzenlenmiştir. İşK. m. 18. hükmünün gerekçesi ile söz konusu fıkra düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, işçinin hatırlatıldığı halde görevini hiç yerine getirmemesinin haklı fesih nedeni, eksik, kötü, yetersiz bir biçimde yerine getirmemesinin ise iş sözleşmesinin feshinde davranışlarından kaynaklı geçerli neden oluşturduğu ortaya çıkmaktadır. Kısaca, işçinin iş görme borcunu hiç ifa etmemesi iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine, iş görme borcunu gereği gibi ifa etmemesi (kötü ifa) geçerli nedenle feshine neden olur.

II. İşçinin Görevini Yapmaması

a. İşçinin Görevi

Kanuna göre işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanabilmesi için işçinin görevini yerine getirmemesi gerekir. Bu durumda ilk olarak işçinin yapmakla ödevli bulunduğu iş kavramının açıklığa kavuşturulması gerekir. İşçinin görevi iş görme borcu ile yakından ilgilidir.

İşçinin görev tanımının yapılması her durumda kolay değildir. İş sözleşmesinin yazılı yapılmaması ya da sözleşmede görev tanımının çerçevesinin yeterli derecede çizilmemiş olması sebeplerden biri olmakla birlikte iş ilişkisinin devamlılık arz eden yapısının sonucu olarak görev tanımının sınırlarının zamanla değişmesi, daralması ya da genişlemesi de söz konusu olabilir. Bu durumda somut olayın özellikleri gözetilerek işçinin görev tanımının yapılması gereklidir. Doktrinde işçinin görev tanımı yapılırken işçinin işverenin menfaatlerini gözeterek iş görme borcunu

28 Ekonomi, 195; Kaplan, 158; Atabek, 145; Saymen, 579; Odaman, 81; Narmanlıoğlu, 457; Süzek, 710.

29 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 855.

yerine getirmesi gerektiği, işverenin kanuna, sözleşmeye ve örf'e uygun emirlerine itaat etmekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir³⁰.

İşveren hatırlatmasına karşın işçinin yapmamakta ısrar ettiği işin somut olayda belirlenen görev tanımının kapsamı içinde olması gerekir. Söz konusu iş, işçinin görev tanımında yer almıyor ve işçinin dürüstlük kuralı gereği bu işi yapması gerekmiyorsa işin hatırlatılmasına karşın yapılmaması işverene haklı fesih imkânı vermez³¹. Nitekim Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararda, işçinin temizlik işçisi olması sebebiyle temizlik işi ile ilgisi olmayan patos işini yapmayı reddetmesinin haklı fesih nedeni oluşturmadığına hükmetmiştir³².

b. İşçinin Görevini Yerine Getirmemesinin Haklı Bir Sebebe Dayanmaması

İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesinin sebebi Kanuni bir hakkın kullanılmasından ileri geliyorsa bu durumda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemez. İşK m. 34 hükmü uyarınca ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir sebep olmaksızın ödenmeyen işçi iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu durumda işçinin ücreti ödeninceye kadar iş görme borcunu yerine getirmiyor oluşu, görevi işverence kendisine hatırlatılsa dahi işverene fesih hakkı vermeyecek; işverenin bu durumda yapacağı fesih haksız fesih olacaktır. Nitekim Kanunda bu durum “*Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılmaz.*” biçiminde ifade edilmiştir (İşK m. 34/2).

Benzer biçimde işverenin işçiye hatırlattığı ödev işçinin görev tanımının içinde yer almakla birlikte yer ve zaman bakımından işin yapılması mümkün değilse işveren haklı fesih hakkını kullanamaz. Örneğin; iş sağlığı ve güvenliği önlemleri alınmadığı halde, görevi olan işi yapması konusunda işçinin bir uyarı alması veya bir tatil gününde, görevli olmamasına ve dürüstlük kurallarına göre de çalışması gerekmemesine rağmen, çalışması yolunda bir uyarı yapılması durumlarında ya da kanuna aykırı bir işi yapması işverence talep edilirse, işçinin bu talimatı yerine getirmemesi halinde işverenin iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmesi mümkün olmayacaktır. . Bununla birlikte, dürüstlük kurallarına göre işçiden ifanın beklenebileceği durumlarda, işçinin görevi yerine getirmekten kaçınması, işveren açısından fesih için haklı sebep oluşturacaktır³³. İş şartlarına uygun olan-olmayan yer ayırımında ise tespit, somut olayın özelliklerine göre yapılmalıdır. Yine mutad iş tanımında olan işi yapmasının işçinin sağlığını, vücut bütünlüğünü, huzur ve güvenini tehlikeye sokacak olması durumunda da işi reddetmesi mümkündür ve bu durum işverene fesih imkânı vermez³⁴. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararda, “*Olay sırasında kendisinin kaynakçı olduğunu, yapması bildirilen işin mutad işi olmadığını ileri sürerek cereyan kesilmeden belirtilen yere giremeyeceğini beyan etmesi ve tanıkların da o yerde yüksek gerilim bulunduğunu*

30 Atabek, 145.

31 Süzek, 710.

32 Yarg. 9. HD., 22.01.1998 E. 1997/19565, K. 1998/439 (Odaman, 84). Aynı yönde, Yarg. 9.H.D., 04.11.2004, E. 2004/9327, K. 2004/24902 (www.kazanci.com).

33 Mollamahmutoglu, 231; Odaman, 87.

34 Odaman, 85; Narmanlıoğlu, 459; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 217.

ifade etmiş olmaları, davacının bir sebep göstermeden verilen işi yapmamakta direndiği şeklinde mütalaa olunamaz. Mevcudiyeti ileri sürülen yüksek gerilimli cereyan kesilmeden santrifüj pompalarının bulunduğu yere girmek istememesi, verilen görevi yapmaması değildir. Bu onun mutad görevi değildir. Bu yerler kurulurken ve cereyan yok iken montaj işinin davacı tarafından yapılmış olması, bu tehlikeli durumda da o yere girmesini gerektirmez. 17. maddedeki (4857 sayılı İş Kanunu md.25/11-h) görevleri hatırlatıldığı halde yapmaması, işi yapmamanın devamlılığını ifade etmektedir. Fesih bu nedenle haksızdır.” ifadelerini kullanmıştır³⁵.

İşçinin kişisel ilişkilerinden doğan sorunlar görevi yerine getirmeme için haklı bir sebep teşkil etmez. Bu durumda işverence hatırlatılmasına karşın işçinin özel ilişkilerinden doğan sebeplerle görevini yerine getirmemiş olması haklı nedenle fesih sebebi oluşturacaktır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi konuya ilişkin yaptığı değerlendirmede isabetli olarak benzer bir sonuca varmış; işçinin işe dargın olduğu şoförle gitmek istememesini ve uyarılmasına rağmen görevini yapmamasını, dargınlık gibi kişisel, özel ilişkinin görevde etkili olmaması gerektiği gerekçesiyle haklı nedenle fesih sebebi olarak görülmüştür. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kanaatimizce isabetsiz olarak işçinin bu özel durumu dolayısıyla işe gitmemiş olmasının bir haklı sebep sayılamayacağı sonucuna varmıştır.

İşçinin iş sağlığı ve güvenliği için riskli hallerde çalışmaktan kaçınması mümkün olmakla birlikte her durumda işin riskli olduğundan hareketle görevini yerine getirmekten imtina edebileceği söylenemez. Gerçekten de işçinin yapmakla görevli bulunduğu iş niteliği gereği belirli tehlikeleri içeriyor olabilir. İşçinin bu durumda işin olağan risklerinden dolayı kendisine hatırlatılmasına karşın görevini yerine getirmemesi işverene haklı nedenle fesih hakkı tanıyacaktır. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararda, kaynakçı olan işçiden yapması istenilen işin mutad işi olmadığı gerekçesiyle cereyan kesilmeden yüksek gerilimli yere gitmek istememesini haklı bulmuş olup, işverenin bu nedenle sözleşmeyi haklı nedenle feshedemeyeceği sonucuna varmıştır³⁶.

İşçinin görevini yerine getirmemesi fazla çalışma uygulaması sırasında da ortaya çıkabilir. İşK m. 41 hükmü uyarınca ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma yapılması için işçinin onayı alınmışsa işçinin daha sonra vermiş olduğu onaya karşın fazla çalışma yapmayı reddetmesi halinde bu durum işçinin işini hatırlatılmasına rağmen yerine getirmemesi kapsamında değerlendirilir ve iş sözleşmesinin işverence haklı nedenle feshi gündeme gelir. Fazla çalışma durumunda görevin hatırlatılması işverence yapılacak duyuru ile gerçekleştirilir³⁷. Ancak işçinin fazla çalışma yapmamasını haklı kılan sağlık durumu vb. bir makul sebep varsa fazla çalışma yapmamasının işverene haklı nedenle fesih hakkı vermeyeceği kabul edilmelidir³⁸.

35 Yargıtay 9.HD., 17.02.1982, E. 1982/167, K. 1982/1713 (Odaman, 85).

36 Yarg. 9.H.D., 17.02.1982, E. 1982/167, K. 1982/1713 (www.kazanci.com).

37 Odaman, 88.

38 Ekonomi, 197.

Bu başlık altında incelenmesi gereken son husus işçinin çalışma şartlarında esaslı tarzda değişiklik yapılması ve işçinin bu değişikliği kabul etmemesi sebebiyle iş görme borcunu yerine getirmemesi halidir. İşverenin yönetim yetkisi kapsamında işçinin görevinde belirli değişiklikler yapması mümkündür. Ancak işverenin yönetim hakkı işçinin işinin niteliği ile bağdaşan, benzer ve eşit değerdeki işlerle görevlendirilebilmesi ile sınırlıdır. Yine işçinin çalışacağı işyeri taraflarca belirlenmişse ancak işçinin onayı ile değiştirilebilir; taraflarca işyeri belirlenmemişse de işveren yönetim hakkı kapsamında işçinin durumunu ağırlaştırmamak kaydıyla aynı il sınırları içinde işyerinde değişiklik yapılabilir. İşverenin iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği tek taraflı olarak yapması ise ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle mümkündür (İŞK m. 22). İşçi bu değişikliği kabul etmek zorunda değildir. Altı iş günü içinde işçinin değişikliği kabul etmemesi halinde bu değişiklikle bağlı olması söz konusu olmaz. Bu durumda işçinin işinin niteliğinde esaslı tarzda bir değişiklik söz konusu ise ve işçi tarafından çalışma koşullarında yapılan bu değişiklik kabul edilmemiş ise işveren işçinin hatırlatılmasına rağmen görevini yerine getirmedigine dayanarak sözleşmeyi haklı nedenle feshedemez. Ancak burada ifade etmek gerekir ki çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik işçi tarafından kabul edilmemesine rağmen değişikliğin geçerli nedene dayandığının veya fesih için başka bir neden olduğunun işverence yazılı olarak açıklanması halinde sözleşmenin feshedilmesi mümkündür (İŞK m. 22/1). Yargıtay kaynakçı olarak çalışan işçiye rızası dışında kum eleme işinin verilmesi ve işçinin bu görevlendirmeyi kabul etmemesi sebebiyle iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi halinde feshin İŞK m. 25/II-h maddesi uyarınca haklı neden sayılamayacağına karar vermiştir³⁹.

3. Görevin İşçiye Hatırlatılması

Kanunda işçinin yapmakla ödevli bulunduğu işi yapmamış olması tek başına haklı fesih nedeni vermez. İşçiye yapmakla ödevli bulunduğu işin hatırlatılması ve işçinin buna karşın yapmakla ödevli bulunduğu görevi yerine getirmemesi gerekir. Ayrıca işçinin yapmama eylemi, işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez yapmama olarak gerçekleşmemeli devamlılık arz etmelidir. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararda, fazla mesaiye kalması için bir kere uyarılan işçinin iş sözleşmesinin bu eyleminden dolayı haklı nedenle feshedilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır⁴⁰.

İşverenin işçinin ödevini yerine getirmemesi sebebiyle haklı fesih hakkını kullanabilmesi için işçiye görevini hatırlatmış olması gerekir. Hatırlatmayı işveren yapabileceği gibi işveren vekili de yapabilir. Hatırlatma herhangi bir şekle bağlı değildir. Bu sebeple sözlü ya da yazılı olarak yapılması mümkündür; ancak hatırlatmanın yapıldığını ispat yükü işverendedir⁴¹. Bu sebeple

39 Yarg. 9.H.D., 15.12.2008, E. 2008/13026, K. 2008/33685 (www.kazanci.com). Aynı yönde, Yarg. 9.H.D., 28.04.2008, E. 2007/17219, K. 2008/10433 (www.kazanci.com).

40 Yarg. 9.H.D., 09.05.2005, E. 2004/25446, K. 2005/16086 (www.calisimavetoplum.org).

41 Yarg. 9. H.D., 03.05.2010, E.2008/24871, K. 2010/12063: İşverenin fesih öncesinde işçinin yapmakla yükümlü olduğu görevlerini hatırlatılmalıdır. Bu hatırlatmanın sözlü olarak ya da yazılı biçimde yapılması mümkündür. Bu konuda ispat yükü de işverendedir. İşçinin görev tanımının, bireysel ya da toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş

ispat kolaylığı açısından hatırlatmanın yazılı yapılmasına özen gösterilmelidir. Yargıtay konuya ilişkin verdiği bir kararda “açık ve seçik” tanık beyanlarıyla işçinin kendisine hatırlatıldığı halde ödevini yapmadığının ispatlanabileceğini kabul etmiştir⁴². Yine işçiye yapılacak hatırlatmanın elektronik posta yoluyla gerçekleştirilmesi de mümkündür⁴³.

İşçiye yapılacak uyarı işçiyi cezalandırmayı amaçlamamalı, onu çalışmaya teşvik edici mahiyette olmalıdır. Doktrinde işçinin iş sözleşmesinde görev tanımının yapılmış olması halinde işverenin hatırlatma yükümlülüğünün olmadığı ifade edilse⁴⁴ de kanaatimizce sözleşmede görev tanımının yer alması kanunda öngörülen ödevin işverence hatırlatılması yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁴⁵. İşçiye yapılacak hatırlatmada işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri açıkça yer almalı ve işçiye görevini yerine getirmesi için uygun süre tanınmalıdır⁴⁶. İşçinin kendisine hatırlatılan ödevleri yerine getirmemekte ısrar etmesi halinde iş sözleşmesinin feshedileceğinin ayrıca belirtilmesi gerekmez.

C. İŞÇİNİN İŞE GELMEMESİ SEBEBİYLE İŞ GÖRME BORCUNU YERİNE GETİRMEMESİ HALİNDE İŞVERENİN HAKLI FESİH HAKKI

İş Kanununda işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesine vurgu yapan m. 25/II, h hükmü dışında işçinin işe gelmeyerek iş görme borcunu hiç ifa etmemesi durumunda işverenin haklı fesih hakkını öngören düzenlemeler de vardır. Bu düzenlemeler iş görme borcuyla direkt ilgili gibi gözükmemekle birlikte işçinin devamsızlık yapması, işçinin iş görme edimini yerine getirmemesinin görünüşlerinden biridir. Kanunda sayılan devamsızlık halleri; işçinin sağlık sebebiyle devamsızlığı, işçinin sebep göstermeksizin devamsızlığı, zorlayıcı nedenler ve işçinin gözaltına alınması ya da tutuklanması sebebiyle fesih hakkı olarak dört başlıkta değerlendirmek mümkündür.

I. İşçinin Sağlık Sebepleriyle Devamsızlığının Belirli Bir Ağırlığa Ulaşması

Kanunda işçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu

olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İşçiye yapılacak hatırlatmada, işçiden yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez.” (www.kazanci.com).

42 Yarg. 9. HD., 30.04.1993, E. 1992/1655, K. 1993/7375, Tekstil İşveren, Mart-Nisan 1994.

43 Yarg. 9. HD., 04.03.2004, E. 2004/1389, K. 2004/4190, TÜHİS, C.18, S. 6, Mayıs 2004, 58 vd.

44 Kaplan, 160; Atabek, 145.

45 Aynı yönde, Süzek, 710; Odaman, 87.

46 Yarg. 9. HD., 01.06.2016, E. 2016/18155, K. 2016/12923, Çalışma ve Toplum, 2017/2, 912-917; Yarg. 9. HD., 22.4.2008, E. 2007/16412 K. 2008/9973, Toprak İşveren, Eylül 2008, 22-23; 3.5.2010, E. 2008/24871 K. 2010/12068, Legal İHD, 2010/27, 1078-1079.

sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi halinde işverenin haklı fesih hakkını kullanabileceği öngörülmüştür (İşK m. 25/I, a).

Düzenlemede haklı fesih sebebi yapılan işçinin hastalığı değil, sağlık sebebiyle yaptığı devamsızlığıdır. Bu bağlamda, işçinin kendi kusurundan ileri gelen bir hastalığı ya da sakatlığı ve bu nedenle işe devamsızlığı haklı neden olarak düzenlenmiş; kusuru ise kasıt, derli toplu olmayan yaşayış ve içkiye düşkünlük olmak üzere üç noktada toplanmıştır. İşçinin kastıyla ifade edilmek istenen hastalık ve sakatlığa yol açacak olayı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmesidir. İşçinin derli toplu olmayan yaşayışından normal olmayan derecede gece hayatına düşkün olmasının⁴⁷, içkiye düşkünlüğünden ise alkollü içki kullanmayı alışkanlık haline getirmiş olmasının⁴⁸ anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Vazgeçilmeyecek derecede, bir alışkanlık teşkil etmeyecek bir şekilde arada sırada alkol almak hükmün dışında kalacak; bu nedenle de alkolik olmayan bir işçinin fazla içki içmesi nedeniyle hasta olması ve işe devam edememesi halinde bu hüküm uygulama alanı bulmayacaktır.

Sakatlanan ya da hastalanan işçinin devamsızlığının ardı ardına üç işgünü veya bir ayda beş işgününden fazla sürmüş olması gereklidir. Devamsızlığa esas tutulan günler işgünleri olup tatil günleri bu anlamda dikkate alınmayacaktır. Bir aylık süreden ise işçinin işe gelemediği ilk günden itibaren aynı güne rastlayan bir sonraki gün arasındaki süre anlaşılmalıdır.

İşK m. 25 hükmü, maddenin I. bendinin a alt bendinde yer alan bu devamsızlık hali dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde yaptığı devamsızlığın ancak bildirim süresini altı hafta aşması halinde işveren bakımından iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı oluşturacağını düzenlemektedir. Söz konusu durumlarda işçinin iş görme borcunu ifa edememesi kusuruna dayanmamakta, geçici ifa imkânsızlığı söz konusu olmaktadır. Kural, bu hallerde iş sözleşmesinin askıya alınması olup kanun koyucu bu düzenleme ile sürekli bir ifa imkânsızlığının doğduğunu kabul etmektedir⁴⁹.

2. İşçinin Devamsızlığı

İşçinin iş görme borcunu ifa etmemesinin sebebi, işçinin işe gelmemesi diğer bir ifadeyle işçinin devamsızlığı olabilir. İşçinin her türlü devamsızlığı işverene haklı nedenle fesih imkânı vermez. İş Kanununda işçinin devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedilmesine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Kanuna göre, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halinde iş sözleşmesi

47 Mollamahmutoğlu, 219; Narmanlioğlu, 352; Süzek, 701.

48 Oğuzman, 93; Narmanlioğlu, 352; Mollamahmutoğlu, 219; Süzek, 701.

49 Geçici ifa imkânsızlığının sebebinin işverenin psikolojik tacizi olması halinde haklı fesih hakkının kullanılamayacağı yönünde bkz. Savaş, Burcu: İşyerinde Manevi Taciz, İstanbul 2007, 116 vd.

haklı nedenle feshedilebilir (İşK m. 25/II, g). Söz konusu düzenleme ile iş görme borcuna aykırılığın en bariz şekli olan hiç ifa etmeme haklı fesih nedeni olarak hüküm altına alınmıştır⁵⁰.

İşçinin devamsızlığı sebebiyle iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için devamsızlığın kanunda öngörüldüğü gibi belirli bir sıklıkla meydana gelmiş olması gerekir. Buna göre, işçinin sadece ardı ardına yaptığı devamsızlık değil, ayın bütününe yayılmış olan devamsızlıkları da haklı fesih nedeni olarak düzenlenmiştir. İlk olarak belirtmek gerekir ki devamsızlığın işgünlerinde gerçekleşmiş olması zorunludur. “İşgünü” işçinin çalışması gereken gündür. Bu nedenle kanunen işgünü kabul edilen günlerin yanı sıra iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde de çalışılacağı kararlaştırılmışsa bu günler de işgünü olarak kabul edilmelidir.

İşçinin devamsızlığının fesih sebebi olarak değerlendirilebilmesi için devamsızlığından dolayı işçiye herhangi bir yaptırım uygulanmamış olmalıdır. Aksi kabul aynı davranış için işçinin birden fazla yaptırıma maruz bırakılması anlamına gelir. Bu sebeple devamsızlığından dolayı ücret kesme veya başkaca bir disiplin yaptırımına tabi tutulmuş işçinin bu devamsızlığı sürenin hesabında dikkate alınmaz⁵¹.

Kanunda öngörülen bir aylık süre, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, takvim ayı olmayıp ilk devamsızlık tarihinden itibaren ileri doğru ya da son devamsızlık tarihinden geriye doğru geçen bir aylık dönemdir⁵². İşçinin devamsızlığından bahsedilebilmesi için hiç işe gelmemiş ve çalışmamış olması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılması işverene haklı fesih hakkı vermez⁵³. Ancak bu durum geçerli sebep oluşturabilir.

Söz konusu hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan işçi lehine olmak kaydıyla süreler taraflarca değiştirilebilir. Bir diğer deyişle, iş sözleşmesinin haklı feshine neden olan devamsızlık süreleri iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmelerine konulan hükümlerle arttırılabilir.

İşçinin devamsızlığının belirtilen sürelerde olması iş sözleşmesinin feshi için yeterli değildir. Devamsızlığın aynı zamanda işverenin iznine ya da haklı bir nedene dayanmaması da gerekir. Bu durumda sözleşme devamsızlığı haklı kılan süre boyunca sözleşme askıdadır ve işveren devamsızlığa dayanarak haklı fesih hakkını kullanamaz. İşçinin devamsızlığını haklı kılan nedenler çok çeşitli olup, bunların önceden tespiti mümkün değildir. Bu nedenle her olayda olayın özellikleri, devamsızlık nedeninin işçi üzerindeki etkileri, çalışma hayatının ve mevzuatının gerekleri, örf ve âdet nazara alınmak suretiyle devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı

50 Oğuzman, 58; Odaman, 156; Narmanlıoğlu, 367, Savaş, 118.

51 İşçinin devamsızlık yaptığı ileri sürülen üç işgününden birinde ihtar cezası almış olması nedeniyle bu günün daha önce yapılan devamsızlıklara eklenemeyeceğine ilişkin bkz. Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21656, K. 2008/18647 (Çil, 504-505).

52 Mollamahmutoglu, 228; Odaman, 160; Aktay/Arıcı/Senay Kaplan, 188; Çankaya/Günay/Göktaş, 122; Tunçomağ/Centel, 215; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 190; Süzek, 709; Savaş, 120. Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 9. HD., 24.12.2009, E. 2009/46212, K. 2009/36906 (Çil, 498-500); Yarg. 9. HD., 7.12.2009, E. 2009/41657, K. 2009/33662 (Çil, 500-501); Yarg. 9. HD., 5.10.2009, E. 2008/43280, K. 2009/25721 (Çil, 501-502); Yarg. 9. HD., 4.11.2008, E. 2007/30445, K. 2008/30350 (Çil, 502-504); Yarg. 9. HD., 1.7.2008, E. 2007/21656, K. 2008/18647 (Çil, 504-505); Yarg. 9. HD., 28.1.2010, E. 2008/12577, K. 2010/1461 (Legal İHD, İstanbul 2010/25, 271-273).

53 Yarg. 9. HD. 22.2.2016, E. 2015/35469, K. 2016/26731, ÇTD S. 52, 2017/1, 314.

tespit edilmektedir. Bir diğer deyişle, devamsızlık nedeninin haklı olup olmadığı her olayda dürüstlük kuralından hareketle objektif ölçülerle tespit edilmelidir⁵⁴.

3. Zorlayıcı Nedenler

İş Kanununun 25. maddesinin III. bendine göre işçinin çevresinde meydana gelen ve onu bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkması halinde işveren bir haftalık süre geçtikten sonra iş sözleşmesini feshedebilir.

Düzenlemede belirtildiği üzere, işyerinde çalışma devam etmesine rağmen işçi kendi çevresinden kaynaklanan zorlayıcı neden yüzünden işine gidemez ve devamsızlığı bir haftadan fazla sürerse işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı doğmaktadır. Görüldüğü üzere fesih hakkının doğması için sadece zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkmış olması gerekmez, aynı zamanda bu sebepten doğan devamsızlığın bir haftayı geçmiş olması da gerekir. Böyle bir durumda işçi kusuru olmaksızın geçici ifa imkânsızlığı içine düşmekte, iş görme borcunu ifa edememektedir. Dolayısıyla iş sözleşmesi askıya alınmaktadır. Söz konusu askı hali işçinin devamsızlığı boyunca devam etmekle beraber bir haftalık süreyi aştığı anda işverenin haklı nedenle fesih hakkı doğmaktadır. Zira bu andan itibaren artık geçici değil, sürekli bir ifa imkânsızlığı ile karşı karşıya olduğu kabul edilmektedir. Görüldüğü üzere, İş Kanununda TBK m. 136 düzenlemesinden farklı olarak imkânsızlık iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ermesini sonucunu doğurmamakta sadece işverence haklı nedenle fesih hakkı vermektedir. Bu durumda işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olduğu gibi bu hakkı doğduktan sonra ve askı hali devam ettiği sürece istediği zaman kullanabilir.

Düzenlemede yer alan bir haftalık süreden takvim haftası şeklinde birbirini izleyen yedi gün değil, işçinin çalışma borcunun bulunduğu yedi günlük süre anlaşılmalıdır. Nitekim “çalışmaktan alıkoyan” ifadesi de buna işaret etmektedir. Böylelikle işçinin hafta tatili nedeniyle çalışmadığı gün ya da günler hesaba katılmayacaktır.

4. İşçinin Gözaltına Alınması ve Tutuklanması

İşçinin gözaltına alınması ya da tutuklanması sebebiyle devamsızlığının bildirim süresini aşması halinde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İşK m. 25/IV). İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanmasında kusurunun bulunması gerekli değildir.

Söz konusu bent düzenlemesi uyarınca işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için iki şartın varlığı gereklidir. Birinci şart, işçinin fiilen yakalanıp, gözaltına alınması veya tutuklanmasıdır. Dolayısıyla işlediği bir suçtan dolayı gözaltına alınacağı ya da tutuklanacağı korkusuyla işçinin işe gelmemesi bu bent kapsamında değildir. İkinci şart ise, işçinin devamsızlığının Kanunun 17. maddesindeki ihbar süresini aşmasıdır. Doktrinde bizim de

54 Atabek, 143; Kaplan, 151; Oğuzman, 59; Mollamahmutoğlu, 229; Narmanlıoğlu, 372; Tunçomağ/Centel, 215; Aktay/Arıcı/Senyen Kaplan, 188; Odaman, 9; Çankaya/Günay/Göktaş, 123; Savaş, 122.

katıldığımız görüş 17. maddedeki sürelerin sözleşmeyle arttırılmış olduğu hallerde arttırılmış sürelerin dikkate alınması gerektiğini ve bu yöndeki kabulün İş Hukuku gereklerine uygun düştüğünü savunmaktadır⁵⁵. Nitekim bu, toplu iş sözleşmesi özerkliğinin de bir gereğidir. Toplu iş sözleşmesinin tarafları işverenin haklı nedenle fesih hakkını sınırlayarak tutukluluk süresinin arttırıldığını öngörebilecekleri gibi tutukluluk süresinin arttırıldığından hiç söz etmeksizin sadece bildirim sürelerinin arttırılmasını da öngörebilirler.

Maddenin uygulanabilmesi için işçinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına neden olan olayın işyerinde veya işyeri dışında gerçekleşmesi ya da mahkûm olup olmaması önem taşımaz⁵⁶. Benzer biçimde işçinin gözaltına alınmasının haklı ya da haksız olması, işçinin mahkûmiyeti veya beraati ile sonuçlanmasının ya da işçinin gözaltına alınmasına veya tutuklanmasına sebep olan suçun hangi kanunda düzenlenmiş olduğunun önemi bulunmamaktadır.

Gözaltı ya da tutukluluk nedeniyle işe devamsızlık süresi hesaplanırken iş ilişkisi süresince meydana gelen tüm gözaltına alınma ya da tutuklanma kaynaklı devamsızlık süreleri değil, sadece o andaki gözaltına alınma ya da tutuklanma nedeniyle yapılan devamsızlık süresi nazara alınmalıdır. Bununla beraber işçinin hastalığı nedeniyle ardışık raporlar sonucu devamsızlığının değerlendirilmesinde olduğu gibi bu halde de ardışık gözaltına alınma ya da tutuklanmalar aynı ya da farklı eylemden kaynaklansa bile kesintisiz olarak değerlendirilmeli ve bir bütün olarak hesap edilmelidir⁵⁷.

SONUÇ

Karşılıklı güven esasına dayanan iş sözleşmelerinde işçi veya işverenin iş ilişkisine devamını imkânsız kılan bir sebebin ortaya çıkması halinde bildirim süresini beklemeksizin haklı nedenle fesih hakkını kullanılabilir. İşçi ve işverenin fesih hakkına ilişkin düzenlemeler iş kanunlarında ve Borçlar Kanununda yer almaktadır. Kanunda sayılan haklı fesih sebeplerinden biri de işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan iş görme borcunu yerine getirmemesi halidir.

İşçinin yapmakla yükümlü olduğu işin türü, niteliği ve kapsamı esas itibarıyla iş sözleşmesi ve iş mevzuatı kuraları ile belirlenir. İşçi iş görme borcunu yerine getirirken mevzuatın emredici kurallarına, varsa toplu iş sözleşmesi hükümlerine, iş sözleşmesine ve sözleşmede düzenlenmeyen konularda belirtilen hukuk kaynaklarına aykırı olmamak koşuluyla işverence verilen talimata uymak zorundadır.

İşçinin iş görme borcunu yerine getirmiş sayılabilmesi için işini yeteneklerine ve becerisine uygun biçimde ve işverenin menfaatlerine uygun olarak yapması gereklidir. İşçinin işveren tarafından iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine ya da işyeri uygulamasına uygun olarak verilen

55 Mollamahmutoglu, 640; Süzek, 713-714; Savaş, 149; Akyigit, Ercan: "İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)", Sicil, S. 16, İstanbul Aralık 2009, 58. Aksi görüş, Çil, 1840.

56 Akyigit, 57; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, 862.

57 Akyigit,59; Savaş, 150.

talimatlara uymaması ya da bilinçli olarak kapasitesinin altında çalışması iş görme ediminin yerine getirilmemesi, diğer bir ifadeyle iş görme borcunun ihlali olarak değerlendirilir.

İşçinin iş sözleşmesine, toplu iş sözleşmesine ve işyeri uygulamasına göre yapmakla görevli olduğu işi yapmaması halinde iş görme borcunun ifa edilmemesi söz konusu olur ve işveren bu sebeple iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İşçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi farklı şekillerde ortaya çıkabilir. İşçinin işe hiç gelmemesi, geç gelmesi ya da işe gelerek çalışmaması halinde iş görme borcunun ihlali söz konusudur.

İşverenin haklı fesih hakkını kullanabilmesi için iş ilişkisinin kurulmuş olması gereklidir. Bunun için işçinin gelerek fiilen işe gelmiş olması lüzumludur. Bu sebeple işçinin işe hiç başlamamış olması halinde iş ilişkisi kurulmuş olmayacak dolayısıyla işveren işçinin davranışını haklı fesih sebebi yapamayacaktır. Ancak, işverenin işçinin işe hiç başlamamış olması halinde henüz edimler hiç ifa edilmemiş olduğundan sözleşmeden dönmesi söz konusu olabilir.

İşverenin haklı fesih hakkına ilişkin olarak iş kanunlarında farklı düzenlemeler yer almakla birlikte fesih hakkının temelinde dürüstlük kuralı vardır. İşçi ve işverenin dürüstlük kuralına uymayan davranışlarının iş ilişkisini çekilmez kılması fesih hakkının kullanılabilmesi sonucunu doğurur. İş Kanununda yer alan işverenin fesih hakkına ilişkin düzenlemeler sınırlı sayıda değildir. Bu durum, gelişen ve değişen iş hukuku uygulamasının da bir gereğidir.

İş Kanunda işçinin iş görme borcunu ifa etmemesi sebebiyle fesih hakkına ilişkin düzenleme, 25. maddenin II. bendinin h alt bendinde yer alan işçinin hatırlatılmasına rağmen görevini yerine getirmemesidir. Söz konusu düzenleme işçinin işini yapmamasını tek başına fesih sebebi olarak kabul etmemekte görevi hatırlatılmasına rağmen yapmamaya hüküm bağlamaktadır. Buna göre işverenin işçiye görevini hatırlatması gereklidir.

İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesinin bir diğer görünümü olan işçinin devamsızlığına bağlı olarak da haklı nedenle fesih mümkündür. Buna göre işçinin sağlık sebeplerinden, zorlayıcı sebeplerden işçinin tutuklanması veya gözaltına alınmasından kaynaklanan ya da haklı sebebe dayanmayan devamsızlıklarının belirli bir ağırlığa ulaşması halinde işverence haklı fesih hakkı kullanılabilir.

KAYNAKÇA

- Aktay, A. Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, E.Tuncay: İş Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2011.
- Akyiğit, Ercan: "İş Sözleşmesinin Tutukluluk veya Gözaltına Alınma Nedeniyle İşverence Feshi (İş Kanunu m. 25/IV Üzerine Bir Deneme)", Sicil, S. 16, İstanbul Aralık 2009.
- Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2017.
- Atabek, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.
- Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.
- Baumgartl, Christina Claudine: Gestaltungsraum des Arbeitsgebers bei betriebsbedingten Kündigungen im Rahmen von § 1. Abs. 3 S. 2 KSchG im Hinblick auf Minderleister und ältere Arbeitnehmer, Inaugural-Dissertation der Universität Trier, 2010.

- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul 2018.
- Demircioğlu, A. Murat/Centel, Tankut: İş Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2012.
- Doğan Yenisey, Kübra: “Hizmet Akdinde Tek Taraflı Müdahale ve İş Şartlarının Esaslı Tarzda Değiştirilmesi”, İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni, S. 5, 2001.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, İstanbul 1980.
- Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2016.
- Esener, Turhan: İş Hukuku, Ankara 1978.
- Hellfeier, Martin: Die Leistungszeit im Arbeitsverhältnis, Eine Untersuchung zum Fixschuldcharakter der Arbeitspflicht um zu den Folgen ihrer Nichterfüllung, Frankfurt am Main, 2003.
- Hueck-Nipperdey: Lehrbuch des Arbeitsrechts, I. Band von A. Hueck, 7. Auflage, Berlin und Frankfurt am Main 1963.
- Kabakçı, Mahmut: Geçerli Fesih Nedeni Olarak Yetersiz (Kötü veya Eksik) İş Görme, İstanbul 2012.
- Kaplan, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı (Sınırları, Hüküm ve Sonuçları), Ankara 1987.
- Makas, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVI, 2012.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi: Hizmet Sözleşmesi, Ankara 1995.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal Ulaş: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: Richardi, Reinhard/Wlotzke, Otfried/Wißmann, Hellmut/Oetker, Hartmut, Band 1, 3. Auflage, Münschen 2009. (MünchArbR/yazar).
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, I, 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Nikisch, Arthur: Arbeitsrecht, I. Band Allgemeine Lehren und Arbeitsvertragsrecht, 3. Auflage, Tübingen 1961.
- Odaman, Serkan: “4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları”, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004.
- Odaman, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003. (İşverenin Fesih Hakkı)
- Oğuzman, M. Kemal: Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Özdemir, M Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşverence Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012.
- Saymen, Ferit Hakkı: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.
- Schaub, Günter: Arbeitsrechtshandbuch, 13.Auflage, München 2009 bearbeitet von Schaub, Koch, Linck/Vogelsang.
- Stender, Claudia: Die Leistung des Arbeitnehmers, Münster 2003.
- Stück, Volker: Low Performer in Recht un Praxis, Arbeitsrecht Aktuell 2011.
- Süzek, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, İş Güvencesi Konusunda Karşılaştırmalı Bir İnceleme, Ankara 1976.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul 2018.
- Tunçomağ, Kenan /Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 8. Bası, İstanbul 2018.
- Verstege, Sebastian: Die Kündigung wegen geminderter Leistung des Arbeitnehmers, Hamburg 2008.

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde Tüm Hak ve Özgürlüklere Yönelik Kurallar Üzerine Bir Deneme

An Essay on the Rules for All Rights and Freedoms in the Universal Declaration of Human Rights

Fazıl SAĞLAM* 

Öz

Yargısal uygulaması olmayan Bildirge, daha çok bir metin yorumu olarak anlaşılmaya elverişlidir. İçinde bulunduğumuz koşullardan geriye bakarak Bildirge'yi objektif yorum anlayışı ile okumak, Bildirge'nin benimsediği insanlık idealini kapsayıcı ve ileriye ışık tutucu sonuçlara ulaştırabilir. Bu çerçevede Bildirge, böyle bir ideali yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmüş bir kesitini verebilmektedir. Klasik hak ve özgürlüklerle sosyal hakların bir sentezini oluşturan, dolayısıyla insan haklarının bütünlüğünü yansıtan Bildirge, 28. maddesiyle tüm hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini, kişinin özgürleştirilmesini amaçlamakta, bunun için toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasını öngörmekte ve bu düzenin sağlanmasını kişilerin subjektif bir hakkı olarak formüle etmektedir. Buna bağlı olarak anayasalarda daha çok devlet ödevi olarak formüle edilmiş olan sosyal hakların “ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla” gerçekleşmesini de subjektif bir hak olarak düzenlenmiştir. Böylece devletlere aktif bir yükümlülük getirirken, gelişmiş ülkelere de önemli bir sorumluluk yüklemiştir. Bu çerçevede yapılacak somutlaşmanın “her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı” olması ise, bu kaynakların sosyal öncelikli alanlara yönlendirilmesi anlamına gelmektedir. Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerin sınırlanmasında belirleyici amaç, “başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesi” ile demokratik bir toplumun standartlarına uygunluğun sağlanmasıdır. Ayrıca, sayılan nedenler “haklı gerek” ölçütüne bağlı kılınmış, “genel refahın haklı gereklerinin karşılanması” gibi sosyal ağırlıklı bir amaçla da dengelenmiştir. Bu çerçevede sınırlama amaç ve nedenleri, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerli olabilir. Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi, “mücadeleci demokrasi” kavramının bir ifadesi olup, ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulacak önlemlere cevaz vermektedir.

Anahtar Kelimeler: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Bildirge'nin yorumlanma, özgürleştirme, hakların sınırlanması, hakların bütünlüğü, mücadeleci demokrasi

* Prof. Dr., Gedik Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: fazil.saglam@gedik.edu.tr

Abstract

The Declaration, that is not a convenient document to be applied in judicial practice, has been understood in a manner of textual interpretation. Reading the Declaration with an understanding of objective interpretation while looking backwards in time, enables us to come to a conclusion where we understand the Declaration encapsulates the ideals of humanity and sheds light towards future. In this context, while the Declaration reflects such an ideal, the other national and international instruments have been presenting only a partial representation of such an ideal with differing levels. The Declaration reflects the human rights as a whole and represents a synthesis of classical rights and freedoms and social rights. In this respect, in its Article 28, it aims at materializing all human rights and freedoms fully, envisions the establishment of an international social order and formulates that establishment of such an order is a subjective right of persons. In this regard, it regulates the social rights as a subjective right that can be achieved through “national effort and international cooperation”, although social rights are in majority regarded as a duty of state in various constitutions. Thus, the Declaration envisions an active duty on states and in particular, puts a significant responsibility on developed countries. The requirement that materialization of such duties is to be “proportional to the organization and resources of each state” means resources should be directed towards the needs, which presents social priority. The decisive purpose in limiting the rights and freedoms in the Declaration is “duly recognizing and respecting the rights and freedoms of others” and providing compliance to the standards of a democratic society. Furthermore, the aforementioned reasons are bounded to the criterion of the “reasonable necessity” and balanced against a socially-weighted purpose such as “meeting of the reasonable necessities of general well-being”. In this context, the purpose and the reasons for limitation can only be applied to the rights and freedoms that can be restricted. Article 30 of the Universal Declaration is an expression of the concept of “combative democracy” which permits applicable measures that can only be resorted in necessary situations as last resorts.

Keywords: The Universal Declaration of Human Rights, the interpretation of the Declaration, liberalization, the limitation of rights, the integrity of rights, the combative democracy.

I. GİRİŞ: İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ'YLE İLGİLİ GENEL GÖZLEMLER

A. ÇALIŞMANIN BAŞLANGICI

Bu yazının ilk taslağı, İbrahim Kaboğlu'nun başkanlığında Anayasa-Der üyelerinden oluşturulan bir çalışma grubunun hazırlamaya başladığı “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Şerhi*” için yazılmıştı. Aslında Bildirge'nin her maddesini hazırlama sorumluluğu, bir ya da iki gönüllü arkadaş tarafından üstlenilmişti. İbrahim Kaboğlu ve ben, somut bir maddenin sorumluluğunu almadan tüm çalışmalara katkıda bulunma eğilimindeydik. Yöntem üzerinde yaptığımız tartışmalarda değişik perspektifler ortaya çıktı. Bu farklılıklarda nasıl uyum sağlanacağı üzerinde düşünüldü. Biraz önce sözünü ettiğim ilk metni, savunduğum yöntem anlayışına en uygun düşen maddeler üzerinde somutlaştırmak ve bunu bir model olarak çalışma arkadaşlarıma göstermek istedim. Bildirge'nin tüm hak ve özgürlüklere ilişkin temel ilkeleri içeren 28, 29 ve 30. maddeleri, bu amaca uygun düşüyordu. Gerçi Bildirge'nin Başlangıç Bölümü ile 1. maddesi de tüm hak ve özgürlükleri kapsayan genel yaklaşımın bir ifadesiydi¹. Ama bunlar daha çok Bildirge'nin genel felsefesini ve

1 Bu konuda yakında yayımlanacak olan Şerh'de Bülent YÜCEL ve İlker Gökhan ŞEN tarafından hazırlanan açıklamalara bakılabilir.

ideolojik temelini yansıtmaktaydı. Bu nedenle ağırlığı 28, 29 ve 30. maddelere vermek istedim. Ayrıca sosyal haklara yönelik olan 22. maddenin ikinci yan cümlesi de savunduğum anlayışın bir başka boyutunu yansıtmaya elverişliydi. Bu açıdan bu yan cümlenin de belli bir ölçüde işlenmesi gerekiyordu.

Bu metni hazırlayıp çalışma arkadaşlarıma gönderdim. Bazı geri dönüşler aldım da metnin Şerh içinde nasıl kullanılacağı belirsiz kaldı. Genel eğilim, metnin giriş bölümünde işlenmesiydi.

Bu arada genç yaşta kaybettiğimiz değerli dostum ve meslektaşım Ferit Hakan BAYKAL için bir Armağan çıkarılacağı haberini aldım. Hazırladığım metni, gerek biçim ve gerekse içerik yönünden şerh formatından makale formatına dönüştürmenin, değerli dostumun anısına uygun düşecek bir katkı olacağını düşündüm. Ama bunun için Şerh'in eşgüdümünü üstlenen arkadaşlardan izin almam gerekiyordu. Bu konuda kolaylık gösterdikleri için kendilerine teşekkür ediyorum.

B. BİLDİRGE² İLE İLGİLİ GENEL GÖZLEMLER

1. Bildirge'nin en önemli özelliği, "**klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin bir sentezi**"ni gerçekleştirmiş olmasıdır. Bildirge'nin bu yönüyle insan haklarına ilişkin evrensel belgeler arasında belki de tek örnek oluşturduğu ve **insan haklarının bütünlüğünü** yansıttığı söylenebilir.
2. Evrensel Bildirge, hukuksal açıdan **bağlayıcı nitelik taşımayan bir belgedir**. Hukuki bir yaptırıma sahip kılınmamıştır. Dolayısıyla hak ve özgürlükleri koruma düzeni ile ilgili bir modele sahip değildir. Etkisini evrensel düzeyde yarattığı benimsenme yoğunluğu ile sağlamaktadır. Bununla birlikte Bildirge'yi "**uygar uluslarca kabul edilen hukukun genel ilkeleri**" olarak görmek, hukuksal açıdan dolaylı bir bağlayıcı etki yaratabiliyor. Kuşkusuz bunda Bildirge'nin manevi (moral) değeri ve siyasal etkisinin de önemli bir payı var.
3. Bütün bunlar Bildirge için hazırlanacak bir şerh açısından pek de elverişli olmayan özellikler olarak kendini gösteriyor. Hukukta şerhler, daha çok uygulaması olan hukuk dalları için geliştirilmiş bir yazın kaynağıdır. Bu nedenle Bildirge için yapılacak bir şerh, ister istemez **uygulamadan kopuk, metnin yorumu ile sınırlı** bir özellik taşıyacaktır. Ama bu da küçümsenecek bir özellik değildir. Metnin yorumunda Bildirge'nin ilân edildiği zaman kuşkusuz önemlidir. Çünkü belli bir dönemin insanlık idealini yansıtmaktadır. Ama **asıl yorum süreci, içinde bulunduğumuz yer ve zamanın koşullarınca** belirlenir. Başka bir deyişle bugünden geriye bakış özelliği taşır.

2 Yaygın kullanımı dolayısıyla "Bildirge" terimini tercih ettik. Oysa Bildirge'nin, metinde esas aldığımız çevirisinde "Bildiri" terimi kullanılmaktadır. Bu çeviri Münci KAPANI'nın hazırladığı özel çeviridir. KAPANI bu çeviriyi "*İngilizce ve Fransızca asıllarını karşılaştırarak –ve eldeki eski metinlerden de yararlanarak – günümüz Türkçesiyle*" hazırladığını belirtmektedir. Bkz. Münci KAPANI, İnsan Haklarının Evrensel Boyutları, Bilgi Yayınevi, İstanbul 1991, s. 141 vd. Aynı çeviri Rona AYBAY'ın TBB İnsan Hakları Merkezi için hazırladığı kitapçıkta da esas alınmış, ama AYBAY, çeviri ile tutarlı olarak "Bildiri" terimini tercih etmiştir, bkz. Rona AYBAY, **Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi**, TBB Yayını, Ankara 2006.

C. BİLDİRGE'NİN SOMUT BELGELERE YANSIMASI

Böyle bir bakış açısı, sonraki gelişme aşamalarına göre uluslararası ve ulusal düzeyde gerçekleştirilmiş olan somut anayasal belgelerden ve insan hakları alanında uluslararası hukukta evrensel ve bölgesel düzeyde sağlanmış olan somut gelişmelerden de beslenebilir. Örneklemek gerekirse:

1. Uluslararası Düzeyde

Bildirge'nin hakların bütünlüğüne ilişkin idealine, 10 Aralık 2008'de bir adım daha yaklaşıldığını görebiliyoruz. Bu tarihte BM Genel Kurulu'nun kabul ettiği seçimlik protokole göre, protokolü onaylayacak olan devletler, vatandaşlarına BM İktisadi, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu önünde kendi devletine karşı başvuruda bulunma hakkı tanımaktadır. Böylece bu Protokol'ün yürürlüğe girmesiyle, **klasik haklarla sosyal haklar arasında** uluslararası düzeyde bir **denge** sağlanmış olacaktır. Ama henüz bu aşamaya gelinmiş değildir. Bildirge açısından baktığımızda, bunun belki de gecikmiş bir adım olduğunu görebiliyoruz. Çünkü İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, **haklar arasında bir hiyerarşi öngörmemiş**, tam aksine sosyal hakları klasik haklarla eşdeğerde benimsemiştir. **Bu bütünlüğü gözden kaçırmadan**, bir yandan Bildirge'yi evrensel düzeyde somutlaştıran **"İkiz Sözleşmeler"**lerle³ ilgili uygulamaları, diğer yandan Bildirge'yi bölgesel düzeyde somutlaştıran AİHS ile AİHM uygulamasını gözönünde tutmak da gerekli olacaktır.

2. Ulusal Düzeyde

Öte yandan Bildirge'nin 1961 ve 1982 Anayasaları'ndaki yansımaları da gözönünde tutulmalıdır. Bildirge'de yer alan klasik hakların büyük bir çoğunluğu 1961 ve 1982 Anayasaları'nda da yer almıştır. Ancak özellikle 1982 Anayasası açısından bu alanın Bildirge'ye göre dar tutulduğu ve/veya sınırlama olanaklarının artırıldığı söylenebilir.

Ayrıca, **ulusal anayasalarda bulunmayan bazı haklara Bildirge'de yer verildiği görülmektedir.** Örneğin **serbestçe dolaşım ve yerleşme hakkı** (m.13/1) ile **sığınma hakkı** (m. 14) bu niteliktedir. Bugün AB'ye kabul sürecimiz tamamlanmış olsa bile, bu üyeliğin serbest dolaşım hakkını sağlamayacak biçimde düzenleneceğinin önceden belirlenmiş olduğu⁴ göz önünde tutulursa, Avrupa düzeyinde, Bildirge'nin ne kadar gerisinde kaldığını görmek mümkün olur.

Bildirge'nin **ülkemizdeki** asıl etkisini **sosyal haklar** alanında gösterdiğini görebiliyoruz.⁵

3 Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.

4 Yakın zamanlarda Avrupa ülkeleriyle ilişkilerde gündeme gelen "serbest dolaşım olanağı", Suriye'den Avrupaya yönelik göç zorlamasını önleme amacıyla TC Vatandaşları için vaadedilmiş, ama gerçekleşmesi adeta olanaksız koşullara bağlanmış bir "ödün" izlenimini uyandırmaktadır. Bu ödünün vaadedilen hakkın kullanılmasından çok kısıtlanması yönünde olacağına kuşku yoktur.

5 Bu bölümdeki açıklamalarda, 06. 11. 2008 tarihinde Maltepe Üniversitesinde İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, – AİHS'den farklı olarak – sosyal haklara da yer vermiştir. Bildirge'nin 22. ve 28. maddeleri arasında: **sosyal güvenlik hakkı, çalışma ve işsizlikten korunma hakkı, sendika özgürlüğü, ücretli tatil, dinlenme ve eğlenme hakkı, sağlık hakkı, öğrenim ve eğitim görme hakkı** da yer almaktadır. **Bugünden geriye** baktığımızda, bunlar, **oldukça ileri** bir düzeyi yansıtmaktadır. Özellikle bu hakların **devlet ödevi olarak değil de, birer subjektif hak** olarak formüle edilmiş olmaları son derece ilginçtir. Bilindiği üzere, yürürlükteki **Anayasamızda** ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, **daha çok devlet ödevi** olarak düzenlenmiştir. Bir başka ilginç nokta, **Bildirge'de yer alan sosyal hakların, Anayasamızda da subjektif kamu hakkı olarak düzenlenmiş olmasıdır.** Bu özellik, 1961 ve dolayısıyla 1982 Anayasalarımızın hazırlanmasında **İHEB'nin doğrudan etkili** olduğunu gösteriyor⁶.

Ancak hemen belirtelim ki bu etkide önemli bir **vurgu farkı** var. Şimdiki anayasa düzenimizde özellikle sosyal güvenlik, çalışma, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama ve eğitim ve öğrenim haklarının gerçekleşmesi, daha çok devlet ödevlerinin hakkıyla yerine getirilmesi ile mümkün olabiliyor. Anayasamız da buna uygun olarak düzenlenmiş. Dolayısıyla bu hakların **subjektif hak** niteliğinin, – kuramsal ve dogmatik önemi saklı kalmak üzere-, uygulamada **biçimsel düzeyi** aşabildiği söylemek gerçekçi olmaz.

Buna karşılık Anayasa'nın özellikle 51, 53 ve 54. maddelerinde yer alan sendika, toplu iş sözleşmesi ve grev hakları, “kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uygun olmayan bir işte çalıştırılmaması” (AY m. 50/1), ücretli izin hakkı (AY m. 50/3) ve “kimsenin eğitim ve öğrenim haklarından yoksun bırakılmaması” (AY m. 42/1) gibi haklar **devletin olumlu bir edimi olmadan da** kullanılması mümkün olan haklardandır.⁷ Bu haklar, devlet ödevlerinin yerine getirilmesiyle ilgili kurala (yani 65. maddeye) tâbi olmadığı gibi, bunların KHK'lerle düzenlenmesi de mümkün değildir.⁸ Yürürlükteki anayasal düzende KHK'lerin yerini alan “*cumhurbaşkanlığı kararname*leri” için de aynı şey geçerlidir.⁹

Bildirge'deki haklardan “**işsizlikten korunma hakkı**” ise, ancak 2001 AY Değişikliği ile birlikte “**işsizleri korumak**” formülü ile bir **devlet ödevi olarak** Anayasamıza girebilmiştir (AY m. 49/2).

Anayasamızdaki iktisadi, sosyal ve kültürel haklar, **nicelik** (sayısal) olarak Bildirge'ye göre daha geniştir. Ancak **nitelik olarak aynı genişliği sağladığı kuşkuludur.** Tabii bunda ulusal düzeyde

60. Yıldönümü dolayısıyla düzenlenmiş bulunan “HEPİMİZ İÇİN ONUR VE ADALET” ana başlıklı sempozyuma, tarafımdan sunulmuş olan “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin BM'de Kabulününün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar*” başlıklı tebliğden geniş ölçüde yararlanılmıştır. Adı geçen tebliğin metni Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi'nce yayımlanmış olup, künyesi şöyledir: “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60 Yılında İnsan Hakarı*”, Maltepe Üniversitesi Yayını No: 42, 2011/1, s.113 – 119.

6 Eğitim ve öğrenim hakkı (AY m. 42/1), çalışma hakkı (AY m. 49/1), dinlenme ve ücretli izin hakkı (AY m. 50/3 ve 4) sendika hakkı (AY m. 51/1), “dengeli bir çevre ve yaşam hakkı ile bağlantılı olarak” sağlık hakkı (56/1) sosyal güvenlik hakkı (Ay m. 60) bu etkinin yansımalarıdır.

7 Bunun gibi parasız ilköğrenim hakkı (AY m. 42/ 5) da devlet edimini zorunlu kılması bakımından bu kapsamda sayılabilir.

8 Fazıl SAĞLAM, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları – Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğacak Sorunlar*”: **Anayasa Yargısı** 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, Ankara 1984, s. 268 vd.

9 Ayrıntılar için bkz. Fazıl SAĞLAM, “*Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü*” (Baskı için Anayasa Hukuku Dergisi 2018/2'ye sunuldu).

1982 Anayasası'nın **sendikal hakların kapsamını geriletmesi, lokavtı** bir anayasal hak olarak tanınması ve buna paralel olarak **uluslararası düzeyde küreselleşme ideolojisiyle birlikte gelen** ve Anayasa Mahkemesi'ni de etkileyen "**sosyal duyarsızlaşma**" da önemli bir rol oynamıştır¹⁰.

3. Ara sonuç olarak şunu söyleyebiliriz. Bildirge, anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin maddelerini ve insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşma ve sözleşmeleri derinden etkilemiştir. Ama bunlardan hiçbiri Evrensel Bildirge'nin amaçladığı boyuta ulaşamamıştır. Bu nedenle denilebilir ki Bildirge, bir insanlık idealini yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmiş bir kesitini verebilmektedir.¹¹

II. GENEL İLKELERİ İÇEREN MADDELERİN İNCELENMESİ

A. 28. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR

Madde 28: *Herkesin, bu Bildiride yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzene hakkı vardır.*

28. madde, bir çeşit "**özgürleştirme**" çağrısıdır. Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasını amaçlamaktadır. Bildirge'nin temel özelliğine koşut olarak bu madde de sübjektif hak olarak formüle edilmiştir. Bu hakkı daha iyi kavrayabilmek için 28. madde metnini, sözel ve sistematik yorum kurallarına uygun olarak 22. maddenin 2. yan cümlesi ve 29. maddenin ilk fıkrası ile bir arada ele almak gerekir.

22. maddeye göre "*Herkesin toplumun bir üyesi olarak ... onuru ve kişiliğinin, serbestçe gelişmesi için gerekli olan ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla ve her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesine de hakkı vardır.*"

Anayasamızdaki ekonomik, sosyal ve kültürel hakların önemli bir bölümü devletin olumlu bir edimi olmaksızın hak sahibi tarafından hukuksal yönden ve/veya fiilen kullanılması mümkün olmayan haklardan oluşmaktadır. Bu **ödevlerin yerine getirilmesi ile ilgili temel kural ise, Anayasa'nın 65. maddesinde** düzenlenmiştir. Bu madde, ülkemiz uygulamasında daha çok **sınırlayıcı bir anlamda** kullanılmıştır. Oysa yakından incelendiğinde, bu maddenin **aynı zamanda düzenleyici işleve de sahip olduğunu** kabul etmek gerekir.¹² İşte bugünden geriye baktığımızda düzenleyici işlevin, İHEB'nin 22. maddesinde ön plana çıkarıldığını görebiliyoruz. Bu maddenin 2. yan cümlesine göre:

10 Bu konuda bkz. Fazıl SAĞLAM, "**Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma**": Devrim Ulucan'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.752 – 771 (SAĞLAM 2008).

11 İnsan hakları kavramı açısından karşı. Fazıl SAĞLAM, **Anayasa Hukuku Ders Notları**, Lefkoşa 2013 (SAĞLAM 2013), s. 273 vd, Mümtaz SOYSAL, **Anayasa'nın Anlamı**, Gerçek Yayınevi, Ankara 1997, s. 55.

12 SAĞLAM 2013, s. 336 vd; SAĞLAM 2008, s. 758 – 761.

- Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar “herkesin, onur ve kişiliğinin serbestçe gelişmesi için gereklidir.
- Bu hakların **ulusal çaba** ve **uluslararası işbirliği yoluyla** ve **her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı olarak gerçekleştirilmesi** herkesin hakkıdır.

Görülüyor ki Bildirge’de, Anayasamızın 65. maddesine karşılık gelen kural bile sübjektif bir kamu hakkı olarak düzenlenmiş ve gerçekleşmesi için **ulusal çabaya** ve **uluslararası işbirliğine vurgu** yapılmıştır. Burada “**ulusal çaba**” sınırlamadan çok, **aktif bir davranış** simgelemektedir. “**Uluslararası işbirliği**” ise, gelişmiş devletlere **etik bir yükümlülük** getiren uluslararası davranış biçimi olarak anlaşılmalıdır. Burada “**ulusal çaba**” sınırlamadan çok, **aktif bir davranış** simgelemektedir. “**Uluslararası işbirliği**” ise, gelişmiş devletlere **etik bir yükümlülük** getiren uluslararası davranış biçimi olarak anlaşılmalıdır.

28. maddenin yorumunda 29/1 maddenin rolüne gelince: Bu maddeye göre “*Herkesin, kişiliğinin özgürce tam gelişmesine olanak sağlayan topluma karşı ödevleri vardır*”. Tüm temel hak ve özgürlüklerin ana hedefi olan “**kişiliğin özgürce ve tam gelişmesi**”, bu maddeye göre ancak bir topluluk içinde mümkün olabilir. Topluluk içinde yaşamak ise kişinin topluluğa karşı ödevlerini de birlikte getirir. Buradaki “ödev” sözcüğü, hak ve özgürlüklerin bir “Robinson özgürlüğü” olarak düşünülmediğini, Bildirge’de sıralanan insan haklarının, kaynağını insan kişiliği ve onurunda arayan tüm felsefi ve ideolojik boyutu yanında, aynı zamanda toplum içinde yaşamının gereklerine bağlı **somut ve gerçekçi** bir özgürlük anlayışını yansıttığı anlaşılmaktadır.¹³

Bu anlayışın ilk unsuru, kişilerin kendi hak ve özgürlükleri yanında 29. madde uyarınca başkalarının hak ve özgürlüklerini de tanıması ve bunlara saygı göstermesidir.

İkinci unsur, “**Bildiride yer alan hak ve özgürlüklerin tam olarak gerçekleşmesi**” arzusudur. Bu amacın somutlaştırılması, **hakların bütünlüğü** ilkesi esas alınarak, 22. maddenin ikinci yan cümlesinde belirttiği şekilde “**ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla**” sağlanacaktır. Somutlaşmanın “**her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı**” olması ise, bir geciktirme bahanesi olarak anlaşılmamalı, kaynakların sosyal öncelikli alanlara tahsisi ile yaşama geçirilmelidir.

B. 29. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR

Madde 29

1. *Herkesin, kişiliğinin özgürce tam gelişmesine olanak sağlayan topluma karşı ödevleri vardır.*
2. *Herkes, haklarını ve özgürlüklerini kullanırken, ancak başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması, demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereklerinin karşılanması amacıyla yasayla belirlenmiş sınırlamalara bağlı olabilir.*

¹³ Bu özelliğin iç hukukumuzda yansımaları açısından karşı. SAĞLAM 2013, s. 240, s. 275 vd.

3. *Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz.*

a) Bu maddenin ilk fıkrasının anlam ve işlevine yukarıda işaret edilmiştir.

b) Maddenin 2. fıkrasında, haklara belli nedenlere dayanılarak yasa ile sınırlama getirilebileceğine işaret edilmektedir. Anayasa hukuku öğretisindeki terimle “genel sınırlama” ilkesini çağrıştıran bu formülün, Bildirge'nin bağlayıcı olmayan hukuki niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Bildirge, ideal bir ilkeler ve haklar listesi öngörmekte, ancak normatif bir nitelik veya normatif olma iddiası taşımamaktadır. Bildirge'deki hak ve özgürlükler, daha çok “*bütün halklar ve milletler için ulaşılabacak ortak ideal*” olarak düşünülmüştür (Başlangıç son cümle). Bu nedenle uygulamaya yönelik olarak sınırlama **nedenlerinde farklılaşma düşünülmemiştir**. Farklılaşmış ve kademeli bir sınırlama düzeni, *Aarupa İnsan Hakları Sözleşmesi* ve BM bünyesinde hazırlanan “*Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme*” gibi daha sonraki uluslararası belgelerde gündeme gelmiştir. Ama bu bağlamda asıl vurgulanması gereken nokta, sınırlama olanağının olabildiğince dar tutulmuş olmasıdır.

aa) Bir kere sınırlama, sınırlı sayımda amaç ve nedenlere bağlı kılınmıştır: Buna göre:

- Bildirge'deki haklar “**ancak**” “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması amacıyla*” sınırlanabilir. Bu amaç, kendisini izleyen sınırlama neden ve amaçları için de öncelikli ve bu anlamda belirleyicidir.
- Bildirge'deki haklar, “**ancak**” “*demokratik bir toplumda ahlâkın, kamu düzeninin ve genel refahın haklı gereklerinin karşılanması amacıyla*” sınırlanabilir. Buradaki “haklı gerek” kavramı ölçülülük ilkesine bağlılık anlamında yorumlanmalıdır. Bir başka özellik, sınırlamanın “*genel refahın haklı gereklerinin karşılanması*” gibi sosyal ağırlıklı bir amaca bağlı kılınmış olmasıdır. Benzer bir amaç, 1961 Anayasamızın orijinal metninde “*sosyal adalet*” olarak yer almıştır.¹⁴ Böylece sınırlama uygulanırken, nedenler ve amaçlar arasında uyumlu bir dengenin kurulması gerekecektir. Başka bir deyişle “genel ahlak ve kamu düzeni gibi nedenler sınırlamada tek başına belirleyici olmamalı ve bu tür nedenler “genel refahın haklı gereği” ile de dengelenmelidir.
- Nihayet sınırlamanın boyutu, demokratik bir toplumun standartlarına uygun olmak zorundadır. “*Demokratik bir toplumda*” ifadesiyle kastedilen ölçü, daha sonra yapılan uluslararası sözleşmelerde, örneğin AİHS'nin değişik maddelerinde her bir madde için öngörülen sınırlama nedenlerini bağlayıcı bir anlamda bu nedenlerin önüne konulmuş olup, yargısal denetimin önemli aşamalarından biri olarak “*demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler*” nitelemesiyle uygulanmaktadır.

bb) İkinci olarak sınırlamanın meşru olması, ancak bir **yasa ile** (kanunla) belirlenmiş olmasına bağlıdır.

14 Ayrıca bkz. KKTC AY m. 11: “Temel hak ve özgürlükler, özüne dokunmadan, kamu yararı, kamu düzeni, genel ahlak, **sosyal adalet**, ulusal güvenlik, genel sağlık ve kişilerin can ve mal güvenliğini sağlamak gibi nedenlerle ancak yasalarla kısıtlanabilir”.

cc) Bu açıdan bakıldığında Bildirge'nin AİHS ile önemli bir farklılık göstermesini doğal karşılamak gerekir. Bilindiği gibi AİHS, her bir hakla ilgili maddesinde o hak açısından söz konusu olabilecek sınırlama nedenlerini belirlemiş bulunuyor. Kimi hak ve özgürlükler açısından sınırlama öngörülmemiştir (Örneğin “forum internum” niteliği taşıyan haklar. m.9/1). AİHS'nin 18. maddesi de bu yaklaşıma uygun olarak hak ve özgürlüklere getirilecek **sınırlamaların ancak öngörülen amaçlar için uygulanabileceğini** belirtilmek suretiyle sınırlamalara genel bir sınır (amaç saptırma yasağı) çizmektedir.

Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin çizgisini benimseyerek genel bir sınırlama hükmü yerine ilke olarak her bir hak ve özgürlüğün niteliğine uygun sınırlama imkânlarını, o hak ve/veya özgürlüğün ilgili maddesinde belirtmektedir.

dd) Öte yandan 29. maddede öngörülen sınırlama amaç ve nedenlerinin Bildirge'de yer alan tüm hak ve özgürlüklerde geçerli olabileceğini düşünmek Bildirge'nin sözel ve sistematik yorumuyla bağdaşmaz. Sınırlama olanağı, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerlidir. Başka bir deyişle Bildirge'deki kimi hak ve özgürlüklerin 29. maddeye dayanarak orada belirlenen neden ve amaçlarla sınırlanması mümkün değildir.

- Bunların başında yasak alan olarak formüle edilmiş hak ve özgürlükler gelir. Kölelik yasağı (m.4), işkence ve zalimce, insanlık dışı, onur kırıcı ceza ve davranış yasağı (m. 5), suç ve cezaların kanuniliği ilkesi ve onun özel bir biçimi olarak suçun işlendiği sırada uygulanmakta olan cezadan daha ağır bir ceza verme yasağı (m. 11/2), derneğe girmeye zorlama yasağı (m. 20/2) bu niteliktedir. Bu yasakların koruma kapsamı içinde kalan bir hak ve özgürlük, 29. maddedeki ilke, amaç ve nedenlerle haklı kılınmış da olsa, sınırlanamaz; başka bir deyişle yasak alanla getirilen güvencenin 29. maddede belirtilen amaç ve nedenlerle yumuşatılması söz konusu olamaz.
- Yasak alan olarak formüle edilmiş olmakla birlikte yasak alanın bir unsuru yoruma açık bırakılmışsa bu unsur sınırlamaya kapı aralayabilir. Örneğin kişinin özel yaşamına, ailesine, konutuna **keyfi** olarak karışma, onur ve ününe saldırma yasağı (m.12), **keyfi** tutuklama, alıkonulma ve sürgün edilme yasağı (m. 9), hiç kimsenin **keyfi olarak** uyrukluğundan veya uyrukluğunu değiştirme hakkından yoksun bırakılmaması (m. 15/2), hiç kimsenin **keyfi** olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılmaması (m. 17/2) bu niteliktedir. Bu yasaklarda yer alan “keyfilik” koşulu, yoruma açık bir kapı bırakmaktadır. Hemen belirtelim ki bu tür haklarda yasa koyucunun yapması gereken şey “**keyfi müdahale**”yi özamacına uygun olarak somutlaştırmaktan ibaret kalmalıdır. Dolayısıyla bu bağlamda sınırlamadan çok somutlaştırmaktan söz etmek daha doğru olur.
- Yasak alan olarak formüle edilmiş olmasa bile, niteliği ve doğası gereği sınırlamaya elverişli olmayan, başka bir deyişle sınırlama ile özünü kaybetmesi kaçınılmaz olan hak ve özgürlük alanları da sınırlama konusu yapılamaz. Masumluk karinesine ilişkin 11/1. madde, forum internum kapsamı içinde kaldığı oranda 18. ve 19. maddeler¹⁵, eğitim ve öğretimin ilk ve

15 Madde 18: “*Herkesin, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğünü, dinini ya da inancını tek başına veya topluca, açık veya özel olarak, öğretme, uygulama, ibadet ve*

temel aşamasında parasız ve zorunlu olması ile ilgili 26. maddenin ilk fıkrasının ikinci cümlesi bu niteliktedir.

c) Maddenin üçüncü fıkrası, bir sonraki maddeye geçişi sağlayan bir içerik ve yapıdadır. Burada öngörülen genel kullanım yasağı, Bildirge'nin yer aldığı bütüne özgü bir anlam ve nitelik taşımaktadır: *"Bu hak ve özgürlükler hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine aykırı olarak kullanılamaz"*. Burada Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerinin belirleyiciliği ön plana çıkarılmıştır. Bunun karşıt kavramından, Bildirge'de öngörülen hak ve özgürlüklerin, Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerinin bir unsuru olarak algılandığı sonucu çıkarılabilir.

Bunu izleyen 30. madde ise, hak ve özgürlüklerin, kişi-toplum ve devlet arasındaki ilişkileri kapsayan boyutunun somutlaştırılmış bir ifadesidir.

C. 30. MADDE İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR:

I. Genel Olarak

Bildirgenin en dikkate değer hükümlerinden biri özgürlüğü yok etme özgürlüğünün tanınmamış olmasıdır. Bildirge'nin 30. maddesine göre:

"Bu Bildirinin hiçbir hükmü, herhangi bir devlet, topluluk ya da kişiye, Bildiride açıklanan hak ve özgürlükleri yok etmeye yönelik bir davranışa girişme ya da eylemde bulunma hakkını verir anlamında yorumlanamaz."

Bu kural, **mücadeleci demokrasi** anlayışının uluslararası düzeyde ve **ilk ifadesi** olup¹⁶, daha sonraki insan hakları sözleşmelerinde de aynı içerikte yer alacaktır. Tarih sırasıyla gidersek:

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 17: *"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri bir devlete, topluluğa veya ferde işbu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesini yahut bu sözleşmede öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara tabi tutulmasını amaçlayan herhangi bir faaliyete girişmeye veya harekette bulunmaya yönelik bir hak sağladığı şeklinde yorumlanamaz."*

törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir." Madde 19: **"Herkesin fikir ve anlatım özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, ülke sınırları söz konusu olmaksızın bilgi ve görüşleri her yoldan aramak, almak ve yaymak özgürlüğünü kapsar."** Bu maddelerde kalın harflerle vurgulanmış bölümler forum internum kapsamı içindedir.

16 Aksi görüş: Mustafa ERDOĞAN, **"Demokrasinin Özü Yok"**: Radikal, 16.Ocak 2002; ERDOĞAN bu yazısında hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasıyla ilgili olarak uluslararası insan hakları belgelerinde yer alan hükümlerin mücadeleci demokrasi kavramıyla bir ilgisini göremediğini belirtiyor. Oysa FROWEIN-PEUKERT şerhinde, AİHS'nin 17. maddesinin, faşist sistemlerdeki kötüye kullanımlar gözönünde tutularak formüle edildiği ve anılan maddenin temelinde yatan düşüncenin Alman Anayasası'nın 18 ve 21. maddelerindeki düşünceyle aynı olduğu, aradaki farkın biçimsel bir prosedür eksikliğinden ibaret olduğu açıkça belirtiliyor, bkz. FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar**, 2. Auflage, Strassburg: Engel 1996, s. 490, Kenar No: 1.

- Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme m. 5/1: “*Bu Sözleşmenin hiçbir hükmü, bir devlete, gruba veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin tahribini amaçlayan bir faaliyete katılma veya tasarrufta bulunma hakkını tanıdığı veya hak ve özgürlüklerin bu Sözleşmede belirtildiğinden daha geniş ölçüde sınırlandırılmasına imkan verdiği şekilde yorumlanamaz.*”
- Nihayet Lizbon Antlaşması’nda yapılan bir atıfla Birliğe dahil ülkeler için hukuki olarak bağlayıcı hale getirilmiş olan Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nın 54. maddesi de mücadeleci demokrasi anlayışının bir yansımasıdır: “*Bu bildirgede yer alan hiçbir şey, işbu Bildirge’de tanınan haklar ve özgürlüklerden herhangi birinin ortadan kaldırılmasını veya bunun, burada öngörülenden daha fazla kısıtlanmasını amaçlayan herhangi bir faaliyette bulunma veya herhangi bir fiili gerçekleştirme hakkını verdiği şekilde yorumlanamaz.*”

Yukarıda aktarılan metinlerden ilk ikisinde kalın punto ile vurgulanmış olan “**devlet**”, – Evrensel Bildirge’ye koşut olarak – hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağının muhatabı olarak zikredilmiştir. Buna karşılık Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nda yasağın muhatabı olarak devlete yer verilmemiş olması, bu açıdan Bildirge’nin gerisinde kaldığı izlenimini uyandırmaktadır.¹⁷ Bildirge’nin 30 maddesinde öngörülen yasağın devleti de kapsamasının ne denli önemli olduğu konusu, “*Maddenin Açıklamasıyla İlgili Temel Unsurlar*” başlıklı bölümde işlenecektir.

Öte yandan son zamanların tartışma konusu olan değişmez Anayasa kurallarının varlığı da mücadeleci demokrasi anlayışının bir uzantısıdır.

2. Tarihsel Gelişme

Mücadeleci demokrasi anlayışının kökeni Avrupa’dır. **Bu anlayış, İkinci Dünya Savaşından önce İtalya ve Almanya’da faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerin az-çok demokratik seçimlerle iktidara geldikleri** deneyimine dayanmaktadır.

- a) Nitekim **mücadeleci demokrasi kavramını kurumsallaştıran ülkenin Almanya** olması, bir tesadüf değildir. Federal Almanya Anayasası’nın 18. maddesi, ifade, basın, eğitim, toplantı, birleşme, haberleşmenin gizliliği, mülkiyet ve sığınma hak ve özgürlükleri özgürlükçü demokratik düzene karşı savaşmak amacıyla kötüye kullananların bu temel haklarını kaybedeceği, **temel hak kaybı ile kaybın derecesinin** Federal Anayasa Mahkemesi’nce karara bağlanacağını öngörmektedir. Temel hakların bireysel düzeyde kötüye kullanılmasına ilişkin bu madde, Anayasa Mahkemesi önüne yalnızca iki kez gelmiş, her ikisinde de dava reddedilmiştir.¹⁸

17 Bu yazının ilk metnini baştan sona okuyarak katkıların esirgemeyen meslektaşım Ece GÖZTEPE, Avrupa Birliği Temel Hak Şartı’nda süjenin belirtilmemiş olmasının korumayı zayıflatmadığı görüşündedir. GÖZTEPE’ye göre, maddedeki muhatap, klasik anlamda devlet değil, kamu gücü kullanma yetkisine sahip olan ulus-üstü yetkilerle donanmış AB kurumları ile taraf devletlerdir. Bu nedenle süjenin açıkça belirtilmemesi, hem kamu gücü kullanan organları, hem de bireyleri kapsadığı için korumada bir eksiklik doğurmamaktadır.

18 BVerfGE 11, 282 f; BVerfGE 38, 24 f.

Ayrıca yine aynı Anayasa'nın 21.maddenin 2. fıkrasında: “**Amaçları ve mensuplarının davranışlarıyla özgürlükçü demokratik temel düzeni ihlal etmeye veya ortadan kaldırmaya veya Federal Alman Cumhuriyeti'nin varlığını tehlikeye düşürmeye yönelik partiler anayasaya aykırıdır. Anayasaya aykırılık konusunda Federal Anayasa Mahkemesi karar verir.**” kuralı yer almaktadır.

1952'de **Sosyalist Devlet Partisi** ve 1956 tarihinde de **Alman Komünist Partisi** bu hükme dayanılarak **kapatılmıştır**.

b) Gerçi aynı deneyimi yaşamış olan **İtalya**'da Alman modeli benimsenmemiştir. Ancak İtalya Anayasa'nın geçici XII. maddesi de, kapatılmış bulunan Faşist Parti'nin herhangi bir biçim altında yeniden açılmasını yasaklamaktadır. Bu yasağı somutlaştırmak üzere ayrıca bir de uygulama yasası çıkarılmıştır.¹⁹

3. Maddenin Açıklamasıyla İlgili Temel Unsurlar

a. Yasağın Devleti de Kapsaması

Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması yasağının devleti de kapsamaması, “mücadeleci demokrasi ile mücadeleci devlet ikilemi”²⁰ açısından son derece önemlidir. Çünkü ulusal anayasalarda Bildirge'nin 30. maddesine karşılık olan düzenlemeler, zaman zaman devleti güçlendirmenin bir aracı olarak kullanılmaktadır. İşte anılan yasağın öncelikli muhatabı olarak devletin zikredilmesi, kuralın amaçladığı korumanın soyut anlamda bir devlete değil, somut anlamıyla **demokratik devlete yönelik** bir koruma olduğunu göstermektedir.

Bu nedenle Bildirge'nin 30. maddesi, mücadeleci demokrasi kavramı açısından ulusal anayasalar için de doğru bir çizgiyi yakalamanın temel ölçütüdür. 30. maddenin Anayasamızdaki karşılığı olan 14. maddenin, 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra kazandığı anlam ve içerik de bu ölçütün bir yansıması olarak değerlendirilebilir.

2001 yılında yapılan değişiklikte 14. maddede düzenlenmiş olan kötüye kullanma yasağının konusunu oluşturan eylemin öznesi, Devleti de kapsayacak biçimde genişletilmiştir. Yani, maddenin eski şeklinden farklı olarak, **korunan obje artık “devlet” değil**, gerek devlete gerekse bireye karşı olmak üzere, **“özgürlük rejimi”**dir. 14. maddenin yeni metniyle **“mücadeleci demokrasi”** kavramını daha doğru bir biçimde yansıttığını söylemek mümkündür.²¹

19 20.06.1952 tarih ve 645 sayılı bu yasada: “...siyasal mücadelenin bir aracı olarak güç kullanmayı yüceltmek, güç kullanma tehdidinde bulunmak veya güç kullanmak, Anayasa'da güvence altına alınan özgürlükleri bastırmak, demokrasiyi ve kurumlarını, mukavemet hareketinin değerlerini karalamak, ırkçı politikalar geliştirmek veya adı geçen partiye özgü olan ilke, olay ve yöntemleri yüceltmeye yönelik bir etkinlik yürütmek veya faşist görünüşte gösteriler yapmak suretiyle faşist partiye özgü antidemokratik amaçların izlenmesi” yasaklanmaktadır.

20 Bkz. Fazıl SAĞLAM, “**Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye**”: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l’homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.

21 SAĞLAM 2013, s.297.

b. Yasağın Kapsadığı Unsurlardan Birinin “Faaliyete Girişme ya da Eylemde Bulunma” Olarak Belirlenmiş Olması

Bildirgedeki yasak, bu açıdan da iç hukuktaki düzenlemeler için önemli bir ölçüdür. Bu unsuru daha iyi açıklayabilmek için yine Anayasamızın 14. maddesinin geçirdiği evrime bakmak yararlı olur. Anayasa'nın 14. maddesinin eski ve yeni metinleri karşılaştırıldığında, **hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılması olarak nitelenebilecek alanların olabildiğince daraltıldığını** söylemek mümkündür. Örneğin eski metinde yer alan “*Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamaz*” gibi belirsizlik içeren ifadeler madde metninden çıkarılmıştır. Böylece Anayasa'da yer alan hak ve özgürlüklerin, çok geniş bir alana yayılmış bir biçimde belli amaçlarla kullanılmasını yasaklayan eski düzenlemenin etki alanı önemli ölçüde daraltılmıştır. Yeni düzenlemede, hak ve özgürlüklerin, yalnızca “*ülke ve ulus bütünlüğünü bozmayı*” ve “*insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyet'i ortadan kaldırmayı*” amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılması yasaklanmıştır. Bu değişiklik ile ilgili öneride “faaliyet” sözcüğü yerine “eylem” sözcüğü kullanılmıştı. Eylem yerine faaliyet sözcüğünün tercih edilmesi, hak ve özgürlükleri kötüye kullanma yasağını genişletici bir etki yaratabilir. Anayasa koyucunun beklentisi de bu yönde olmalıdır. Ancak 14. maddede öngörülen yasağı, salt “faaliyet” sözcüğü nedeniyle genişletici bir yönde yorumlamak zorunlu bir seçenek değildir. Anayasa Mahkemesi, AİHM kararlarını ölçü alırsa, anayasa koyucunun bu yöndeki beklentisini aşabilir. Bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin yorumu belirleyici olacaktır.²²

c. AİHS Esas Alınarak AİHM Tarafından Getirilen Açıklamalar

Bildirgenin 30. maddesi ile AİHS'nin 17. maddesi aynı kuralı içerdiğinden, yorumlamada Avrupa denetim organlarının uygulamasından da yararlanmak gerekir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Sözleşmenin 17. maddesini, Alman Komünist Partisi (KPD)'nin kapatılması kararına karşı yapılan başvurunun ret gerekçesi olarak kullanmıştır. Komisyona göre, KPD, kendi ifadesiyle **proleter devrimi ve proletarya diktatörlüğünü** amaçlamaktadır. Parti, anayasaya uygun araçlarla iktidara gelmeyi planlamış olsa bile, sonraki amacı ile Sözleşmenin öngördüğü **hak ve özgürlükleri, diktatörlük yoluyla ortadan kaldırmayı** hedeflemektedir. Bu nedenle şikâyet gerekçesi olarak Sözleşmenin 9, 10 ve 11. maddelerine dayanamaz.²³

Bu yorumun Bildirge'de ve AİHS'de “faaliyete girişme ve eylemde bulunma” olarak belirlenen unsuru genişlettiği kuşkusuzdur. Zira yorumun odak noktası, faaliyet girişimi ya da eylem değil, kapatılan parti tarafından “güdülen nihai amaç”tır.

22 SAĞLAM, 2013, s.296.

23 FROWEIN-PEUKERT, EMRK – Kommentar 1996, s. 492, Kenar No: 3.

Nitekim Komisyonun bu gerekçesi, 17. maddeye dayanılarak Sözleşmenin öngördüğü tüm hak ve özgürlüklerin dışlanabileceği izlenimi yaratması nedeniyle eleştirilmiştir. Daha sonra Komisyon ve Divan, **Lawless** kararında bu belirsizliği, Devlet organlarına genel yükümlülük getiren usuli güvenceler bakımından yaptığı ayırımla açıklığa kavuşturmuştur. Bu ayırma göre, bir kimsenin 17. maddeye göre haklarını kötüye kullandığı tespit edilse bile, o kimsenin, kişi özgürlüğü ve usul güvencelerine ilişkin 5. ve 6. maddelerden yararlanma hakkı engellenemeyecektir.²⁴ Aynı koruma işkence ve kötü muamele yasağı için de geçerlidir.²⁵

AİHS Denetim organları, daha çok ırk ayrımcılığı şiddet ve teröre kışkırtmaya yönelik düşünce açıklamaları ile ilgili olaylar dolayısıyla 17. maddeyle bağlantılı kararlar vermişlerdir.²⁶ AİHM'nin sonraki kararlarında da aynı çizgi devam etmiştir.²⁷

AİHS denetim organlarının içtihadına göre 17. maddenin ancak hak ve özgürlükleri yok etmeye elverişli etkinliklere imkân tanıyacak maddelerden yararlanmayı önleyebileceği tespiti doğru olmakla birlikte, “etkinlik girişimi ve eylem” kavramlarıyla getirilen “nesnel sınırlara” yeterli bir açıklık getirdiği söylenemez. Bu durum özellikle düşünce açıklamasının nerede kendi koruma kapsamından çıkıp 17. maddenin etkisiyle kullanılamaz bir nitelik kazanacağı sorusu açısından sorunlu bir alan olarak görünmektedir.

d. Federal Almanya Uygulamasında Mücadeleci Demokrasinin Sınırları

Yukarıdaki incelemeye göre, Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi ile Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmelerinin ona muadil maddelerine **ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulduğunu söylemek mümkündür.**

Gerek Alman hukuk öğretisi ve gerekse Federal Anayasa Mahkemesi içtihatları, mücadeleci demokrasi anlayışı ile özgürlük, özellikle siyasal düşünce özgürlüğü arasındaki riskli ilişkiyi oldukça kritik bir gözle değerlendirmeye ve hassas bir denge içinde tutmaya çalışmışlardır. Bu konuda HESSE'yi örnek göstermek yerinde olur.

HESSE de ilke olarak mücadeleci demokrasi anlayışını benimsemekte, ancak bu anlayışın getirebileceği bazı risklere de dikkati çekmektedir. HESSE'ye göre parti yasağı, anayasanın öngördüğü özgürlükçü demokratik düzene dışarıdan bir koruma getirirse bile, böyle bir koruma, düzenin meşruluğunu sağlamaz ve düzeni güçlendirmez. Özgürlükçü demokrasinin dış güvencesi, bu korumayı ancak özgürlüğün kısaltılması pahasına sağlayabilmekte, ayrıca partiler sisteminin de daraltılması tehlikesini içermektedir. Parti sistemi tüm siyasal akımların barınağı olmaktan çikınca, demokratik düzenle bütünleşmiş partilerle marjinal

24 FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar** 1996, s. 491, Kenar No: 2 ve 3. Ayrıca bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2002, s. 414, Kenar No. 752

25 FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar**, 3. Auflage, Strassburg: Engel 2008, s. 431 vd, Kenar No: 2 (dipnot 9).

26 Örnekler için bkz. GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, age, s. 413 vd, No: 751. FROWEIN-PEUKERT, **EMRK – Kommentar** 1996, s. 492, Kenar No: 4.

27 MEYER – LADEWIG / Martin NETTESHEIM, **EMRK, Nomos Kommentar**, 4. Auflage 2017, s. 501, Kenar No: 3.

partilerin sistem içinde karşı karşıya gelme şansları ortadan kalkmakta ve bu da demokratik düzeni benimsemiş partilerin siyasal yaşamda gerilemesine, **“impuls, enerji ve dinamizm” kaybetmesine** yol açabilmektedir. HESSE, bu nedenle **parti yasağı ile ilgili maddenin dar yorumlanması** gerektiğine işaret etmektedir.²⁸

Federal Anayasa Mahkemesi'nin bu maddeye ilişkin kararlarının HESSE'nin beklediği ölçüde olmasa da²⁹ “dar yorum” sınırında kaldığını belirtmek yanlış olmaz. Mahkemenin, siyasal parti yasağı ile siyasal düşünce özgürlüğü arasındaki gerilimi, hiyerarşik farklılığı bulunmayan bu iki anayasal değer arasında, **düşünce özgürlüğünün** demokrasinin oluşumundaki **kurucu** niteliğini gözönünde tutarak hassas bir dengede tutmaya çalıştığı söylenebilir.³⁰

d) Görülüyor ki mücadeleci demokrasi kavramı, İHEB'nin 30. maddesinin getirdiği kötüye kullanma yasağı ile belirlendiği oranda, otoriter bir kuram değil, “hak eksenli” bir kuramdır. Her şeyden önce bu kuralın insan haklarına ilişkin tüm belgelerde ilke olarak benimsenmiş olması, bunun delili sayılmalıdır. Çünkü mücadeleci demokrasinin temel amacı, insan haklarına dayalı bir demokratik sistemin düşmanlarına, bu hak ve özgürlüklerden yararlanarak kendi otoriter ya da totaliter düzenlerini kurma yollarını kapatacak önlemlerin alınmasıdır. Demokrasinin kendini koruma refleksi, uygulamada zaman zaman ölçülülük, zorunluluk ve oranlılık ilkelerini aşarak otoriter uygulamalara kayabilir. Bu uygulamalar yaygınlaştıkça “militan demokrasi ve militan devlet ikilemi” ortaya çıkar.³¹ Ama bu durum, kuramın niteliğinden ya da doğasından kaynaklanan bir özellik olmayıp, kuramdan sapmayı ifade eder. Unutmamak gerekir ki burada kullanılan militan sözcüğü, soyut anlamda bir devletin değil, özgürlükçü demokratik devletin, yani insan haklarına dayanan devletin bir sıfatıdır. Demokrasinin temel felsefesi açısından önemli olan, **“özgürlüğün temel bir değer olarak korunması ve yasağın bu temel değere hizmet ettiği ölçüde var olması ve uygulanması”**dır. Bir ülke, bu hassas dengeyi koruyabildiği ölçüde demokratiktir.

28 **Konrad HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**, C.F.Müller Verlag, 20. Auflage Heidelberg 1995 (HESSE, **Grundzüge**), s. 298, s. 288 vd; ayrıca aynı yönde bkz., **Hans Peter SCHNEIDER, “Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland”**: TSATSOS/ SCHEFOLD – SCHNEIDER (Hrg), Parteienrecht im Europaeischen Vergleich, Nomos Verlag 1990, s.207 vd.

29 HESSE, Federal Anayasa Mahkemesi'nin „mücadeleci demokrasi“ kavramını bir yorum ilkesi olarak kullanmasını eleştirmekte (Grundzüge, s. 298 dn.4); öte yandan Federal Mahkeme'nin aksine, bir partinin kapatılması için „politik çizgisinin sürekli olarak özgürlükçü demokratik temel düzenle savaşılmaya yönelik „olmasını ve „eylemlerinde, bu savaşın, planlı olarak izlenen bir yol olarak seçildiğinin belli olmasını“ (BVerfGE 5, 142) yeterli bulmamakta, özgürlükçü demokratik temel düzenin „ihlali“ ya da „ortadan kaldırılması“ yönünde somut bir tehlikenin varlığını gerekli görmektedir (**Grundzüge**, s. 299, Rz. 717). Ne var ki Hesse'nin somut tehlike ölçütü, mücadeleci demokrasinin muhatabı olarak görülen parti iktidara gelmişse, demokrasiyi koruma yönündeki etkisini kaybetmektedir. Bu açıdan Federal AYM'nin ölçütleri daha isabetlidir.

30 **LEIBHOLZ-RINCK-HESSELBERGER, Grundgesetz, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts**, Dr. Otto Schmidt KG Verlag, 7. Aufl. 1993, Art. 21, Rz. 292 vd.

31 Fazıl SAĞLAM, **“Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye”**: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l'homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.

SONUÇ

Bu makalede ulaştığımız sonuçları aşağıdaki tezlerle özetleyebiliriz.

- 1) Yargısal uygulaması olmayan Bildirge, daha çok bir metin yorumu olarak anlaşılmaya elverişlidir. İçinde bulunduğumuz koşullardan geriye bakarak objektif yorum anlayışı ile yapılacak bir yorum, Bildirge'nin benimsediği insanlık idealini kapsayıcı ve ileriye ışık tutucu sonuçlara ulaştırabilir.
- 2) Bildirge'nin somutlaşmış metinleri olarak ortaya çıkan anayasaların temel hak ve özgürlüklere ilişkin kuralları ile insan haklarına ilişkin uluslararası andlaşma ve sözleşmelerden hiçbiri Evrensel Bildirge'nin amaçladığı ideale ulaşamamıştır. Bildirge, böyle bir ideali yansıtırken, diğer ulusal ve uluslararası belgeler, bunun yalnızca belli aşamalarla ulaşılabilmiş bir kesitini verebilmektedir.
- 3) Bildirge “klasik hak ve özgürlüklerle sosyal ve ekonomik hak ve özgürlüklerin bir sentezi”ni gerçekleştirmiş olup bu özelliği ile **insan haklarının bütünlüğünü** yansıtmaktadır. Bu bütünlüğe henüz erişilmiş değildir.
- 4) Bildirge'de yalnızca hakların kapsayıcı bir listesini sunmamakta, aynı zamanda **28. maddesiyle** bunların tam olarak gerçekleşmesini sağlayacak toplumsal ve uluslararası bir düzenin kurulmasına yönelik bir “**özgürleştirme**” çağrısı içermekte ve bunu sübjektif bir hak olarak formüle etmektedir.
- 5) Buna bağlı olarak anayasalarda daha çok devlet ödevi olarak formüle edilmiş olan sosyal hakların gerçekleşmesi, Bildirge'de yine sübjektif bir hak olarak düzenlenmiş ve devletin olanaklarıyla sınırlayıcı bir ifade yerine “**ulusal çaba ve uluslararası işbirliği yoluyla**” **aktif bir yükümlülük olarak vurgulanmıştır**. Bu çerçevede yapılacak somutlaşmanın “**her devletin örgüt ve kaynaklarıyla orantılı**” olması ise, bir geciktirme bahanesi olarak anlaşılmalı, kaynakların sosyal öncelikli alanlara tahsisi ile yaşama geçirilmelidir.
- 6) Bildirge'de yer alan hak ve özgürlüklerisınırlama olanağı son derece dar tutulmuştur. Belirleyici amaç, “*başkalarının hak ve özgürlüklerinin gereğince tanınması ve bunlara saygı gösterilmesinin sağlanması*”dır. Ayrıca sınırlamanın boyutu, demokratik bir toplumun standartlarına uygun olmak zorundadır. Ayrıca, sayılan nedenler “haklı gerek” ölçütüne bağlı kılınmış, “**genel refahın haklı gereklerinin karşılanması**” gibi sosyal ağırlıklı bir amaçla da dengelenmiştir. Bu çerçevede 29. maddede dar bir kapsamda öngörülen sınırlama amaç ve nedenleri, ancak sınırlamaya elverişli hak ve özgürlükler açısından geçerlidir.
- 7) Evrensel Bildirge'nin 30. maddesi, “mücadeleci demokrasi” kavramının bir ifadesi olup, **ancak zorunlu durumlarda son çare olarak başvurulacak önlemlere cevaz vermektedir**.

KAYNAKÇA

- Münci KAPANİ, *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, Ankara 1991.
- Fazıl SAĞLAM, “*Kanun Hükmünde Kararname Çıkarma Yetkisinin Sınırları – Uygulamanın Yaygınlaşmasından Doğacak Sorunlar*”: Anayasa Yargısı 1, Anayasa Mahkemesi Yayınları No: 4, Ankara 1984, s. 268 vd.
- Mustafa ERDOĞAN, “*Demokrasinin Özü Yok*”: Radikal, 16.Ocak 2002.
- FRWEIN-PEUKERT, *EMRK – Kommentar*, 2. Auflage, Strassburg: Engel 1996.
- FRWEIN-PEUKERT, *EMRK – Kommentar*, 3. Auflage, Strassburg: Engel 2008,
- GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Ankara 2002.
- LEIBHOLZ-RINCK-HESELBERGER, *Grundgesetz*, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.
- Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, C.F.Müller Verlag, 20. Auflage Heidelberg 19954, s. 298, s. 288 vd; ayrıca aynı yönde bkz., Hans Peter SCHNEIDER, “*Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*”: TSATSOS/ SCHEFOLD, s.207.
- MEYER – LADEWIG / Martin NETTESHEIM, *EMRK, Nomos Kommentar*, 4. Auflage 2017,
- Fazıl SAĞLAM, “*Mücadeleci Demokrasi – Avrupa Mekanı ve Türkiye*”: “İnsan Hakları ve Güvenlik – Human Rights and Security – Droits de l’homme et securite”, TBB İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını 1, Ankara 2002, s. 61-74.
- Fazıl SAĞLAM, “*Sosyal Devlet İlkesi ve Duyarsızlaşma*”: Devrim Ulucan’a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2008, s.752 – 771.
- Fazıl SAĞLAM, “*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin BM’de Kabulünün 60. Yıldönümünde Sosyal Haklar*”: İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 60 Yılında İnsan Hakları”, Maltepe Üniversitesi Yayını No: 42 (2011/1), s.113 – 119.
- Fazıl SAĞLAM, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, Lefkoşe 2013.
- Fazıl SAĞLAM, “*Devlet Güçlerinin OHAL KHK Rejimi ve 2017 Anayasa Değişikliğinden Sonraki Görünümü*” (Baskı için Anayasa Hukuku Dergisi 2018/2’de sunuldu).
- Hans Peter SCHNEIDER, “*Die Institution der politischen Parteien in der Bundesrepublik Deutschland*”: TSATSOS/ SCHEFOLD – SCHNEIDER (Hrg), *Parteienrecht im Europaischen Vergleich*, Nomos Verlag 1990, s. 151 – 218.
- Mümtaz SOYSAL, *Anayasa’nın Anlamı* Gerçek Yayınevi, Ankara 1997.

Sophia Kişi midir?

Can Sophia be a Person?

Erkut Ziya SİVRİKAYA* 

Öz

Robot algılama yetisine sahip, programlanabilir, elektromekanik cihazdır. Şu an robotlar pek çok alanda insanların hayatını kolaylaştırmaktadır. Gelecekte robot kullanımı katlanarak artacaktır. Örneğin insan görünümü robotların, sadece bir insanın yapabileceğini düşündüğümüz yüz yüze ilişkieri gerektiren işleri üstlenmesi muhtemeldir. Bu amaçla geliştirilen robot Sophia, Suudi Arabistan vatandaşlığına kabul edilmiştir. Sophia neden ve nasıl vatandaş olabilir? Bu vatandaşlık sayesinde Sophia ne tür haklar elde eder? Bir robot hak sahibi olabilir mi? Hak sahibine kişi denir, öyleyse robot kişi midir?

Anahtar Kelimeler: Robot, Sophia, Kişilik, İnsan olmayan kişi

Abstract

Robot is a programmable electromechanical device that capable of sensing its surroundings. At the moment, robots make life easier for humans. In the future, use of robots will increase exponentially. For example, human-looking robots are likely to undertake tasks that require face-to-face relationships that we thought only humans could do that. The robot Sophia, developed for this purpose and accepted as a Saudi Arabian citizen. Why and how can Sophia be a citizen? What kind of rights does Sophia get through this citizenship? Could a robot have rights? Since only persons could have rights, could robots become person?

Keywords: Robot, Sophia, Personhood, Non human person

* Arş. Gör., Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Tarihi Anabilim Dalı,
E-Mail: erkutziya.sivrikaya@neu.edu.tr

I. GİRİŞ

“Sadece ellerinizi kullanarak fazla marangozluk yapamayacağımız gibi, sadece beyninizi kullanarak pek fazla düşünemezsiniz” Bo Dahlbom ve Lars-Erik Janlert, Bilgisayar Geleceği¹.

Teknik; toplumun doğayla mücadelesinde faydalandığı araçlar ve yöntemlerdir. Yabanıl insan ihtiyaç duyduğu tekniği kendisi üretmek zorundaydı. Avlanmak için lazım gelen silahları kendisi üretmiş, kendi ürettiği aletlerle avını parçalamıştır. Günümüz insanı için basit gelen bu tekniklerin birer birer icat edilmesi gerekmiştir. İnsanın ilerleyişindeki oransal hız işte buradan gelir. Bilgi dağarcığımız adeta bir piramit gibi yükselmekte; geniş satha yayılan temelin inşası uzun sürerken, piramit yükseldikçe inşa hızı artmaktadır.

Sanayi devrimi ile ürün işleyen makinalardan sonra insanlığın en büyük atılımı bilgi işleyen makinaların icadı olmuştur. Bilginin makineyle işlenip paylaşımı Tekniği benzeri görülmedik bir hızla ilerleterek toplumsal yapıyı dönüştürmektedir. Big Data ya da Türkçesiyle Büyük Veri hakkında Google CEO’su Eric Schmidt’in söylediğine göre *“Uygarlığın şafağından 2003’e kadar üretilen tüm bilgi 5 exabyte, artık bu kadar bilgiyi 2 günde üretiyoruz”²*. İddia edilen rakamlar tartışılabilir ama mağra resimlerinden, çivi yazısı tabletlere, matbaanın icadı sonrası basılan İncillerden, yemek kitaplarına kadar kaydedilen tüm bilgiden daha fazlasını kaydediyoruz artık. O kadar fazla bilgi kaydediyoruz ki artık çoğundan nasıl faydalanacağımızı dahi tahmin edemiyoruz.

I. SOPHIA

Suudi Arabistan’ın Riyad kenti 2017 yılının Ekim ayında Gelecek Yatırım Toplantısına (Future Investment Initiative) ev sahipliği yaptı. Toplantının katılımcılarından Sophia konuşmasını bitirdiğinde kürsüden alkışlarla ayrılmak üzereydi ki kendisine Suudi Arabistan vatandaşlığı verildiği haberini aldı. Tüm dünya için şok edici bir haberdir bu çünkü Sophia bir robottu³. Robot sözü ilk kez Çek yazar Karel Çapek tarafından 1920 yılında kullanılmıştır. Özü itibarıyla köle anlamına gelir. Öyleyse bu haberle bir kölenin özgürlüğüne kavuştuğunu mu anlamalıyız? Robot, çekici gibi tornavida gibi bir alet değil midir? Öyleyse tornavidalar da mı köledir? Elbette hayır. Kölelik hukukun tanımladığı bir müessesedir. Köle ile kastedilen haklarından yoksunlaştırılıp mal haline getirilen insandır. Bu durumda robotlar köle değildir.

Türk dil kurumu robot kavramını *“Belirli bir işi yerine getirmek için manyetizma ile kendisine çeşitli işler yaptırılabilen otomatik araç”* olarak açıklar.⁴ 2008 yılı Güney Kore’de yürürlüğe giren *“Akıllı Robot Gelişim ve Dağıtım Yasası”⁵* ise akıllı robot ile dış çevreyi kendisi için algılayan,

1 Daniel C. Dennett, “Aklın Türleri”, çev. Handan Balkara, Varlık Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 148.

2 Google’s 2010 Atmosphere convention

3 <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346>, (E. T. 12/11/2017)

4 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, cilt 2 (K-Z), 9.baskı, Ankara 1998.

5 Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act, Act No. 9014, Mar. 28, 2008, Amended by Act No.

koşulları kavrayan ve kendiliğinden hareket eden mekanik cihazı kastetmektedir.⁶ Hareket ile kastedilen bir yerden bir yere kendi başına gidebilmekse Sophia vatandaş olduğu sırada robot değildi. Sophia'nın 2018 Ocak ayından beri kendi başına bir yere gitmesini sağlayan bacakları var.⁷ Sophia vatandaş ilan edildiğinde sadece kolları ve kafasını hareket ettirebiliyordu. Robotun bulunduğu yerde gövde ve kollarını hareket ettirebilmesi ve çevresindeki nesnelere hareket ettirebilmesi robot olarak tanımlanması için yeterli görülmelidir. Öyleyse robot; çevreyi algılama yetisine sahip, hareket edebilen, elektromekanik cihazdır denilebilir.

Somut bir varlık olması nedeniyle robotun ne olduğunu kavrayabilmek yapay zekâ kavramını kavrayabilmekten daha kolaydır. Fakat robot denilen aracın işlevsellik kazanabilmesi için bir tür zekâ gerekir. Eğer robotu doğrudan bir insan idare ediyorsa mevzu bahis bu insanın zekâsıdır. Yok, eğer robot önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde bulunduğu çevre ve hedeflenen göreve uygun şekilde “kendiliğinden” hareket ediyorsa, yapay zekâdan bahsediyoruzdur. İşte bu yapay zekâ aslında bir bilgisayar kodudur. Tıpkı bir müzikal eser gibi belli esaslar çerçevesinde yazılır. Müziğin notayla yazılması gibi, yapay zekâ “binary code” diye anılan 1 ve 0 rakamlarıyla yazılır. O halde nasıl bir eser farklı sazlarla icra edilebiliyorsa, bu bilgisayar kodları da farklı aletlere uygulanabilir. Bu durumda robot, yapay zekâ için sadece bir enstrümandan ibarettir. Aslında şu an etrafımızda yapay zekâ ile çalışan çok sayıda alet mevcut. Sosyal medyada önümüze çıkan reklamları kullanıcının ilgi alanına göre yönlendiren algoritmalar, uçakların otomatik pilotu ve kendi başına hareket eden otomobiller yapay zekâyâ örnek olarak gösterilebilir. Fakat bu saydıklarımızın hepsi “weak AI” yani zayıf yapay zekâ olarak anılan ve sadece belirli bir amaca hizmet eden programlardır. Hava basıncı, nem ve rüzgâr şiddetini ölçerek hava tahmini yapan bir makinenin size hava tahmini dışında yardımcı olamayacağı gibi zayıf yapay zekâ da sadece programlandığı meseleyle sınırlı kalacaktır. Bununla beraber zayıf yapay zekâ, ilgili olduğu alan üzerinde kendi kendini eğiterek kabiliyetini arttırabilir. Örneğin, AlphaGo adlı programın tek amacı go oynamaktır. Bu program, önceden oynanmış oyunları inceleyerek ve sayısız oyun senaryosu üzerinde çalışarak becerisini geliştirebilmiş ve dünya go şampiyonu Lee Sedol'u yenmiştir. Denilebilir ki; bu robotlar zeki olabilir ama ruhsuzdur, şiir yazamaz, senfoni besteleyemez. Ama artık müzik de yapabiliyorlar. Örneğin, Avia adlı bir yapay zekâ programı senfoni besteleyebiliyor. Fakat avia beste haricinde başka bir iş yapamıyor, onun dünyası müzikten ibaret. Gerçi avia'nın müzikten keyif alıp almadığı tartışmalıdır. Zira avia incelediği çok sayıda eserden yola çıkarak yeni eserler üretebilen bir bilgisayar programıdır. Şimdiye kadar anlatılanlar göz önünde bulundurulursa robot (donanım/hardware) eşya, yapay zekâ (yazılım/software) ise eserdir. Öyleyse Sophia neden ve nasıl vatandaş olabilir? Bu vatandaşlık sayesinde Sophia ne tür haklar elde eder? Bir robot hak sahibi olabilir mi?

9161, Dec. 19, 2008

6 Madde 2/1; “The term “intelligent robot” means a mechanical device that perceives the external environment for itself, discerns circumstances, and moves voluntarily”

7 <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5251185/Worlds-robot-citizen-Sophia-gets-legs.html> (E.T.11/05/2018)

Neden ve nasıl sorularının cevabı Suudi Arabistan'ın geçirdiği reform süreciyle alakalıdır. Veliâht Prens Muhammed bin Salman'ın ülkesini modernize ettiği sırada özel bir fermanla bahşedilen bu vatandaşlık, Suudi Arabistan'ın modern dünyaya bırakın ayak uydurmayı öncülük etme arzusunda olduğunu göstermektedir. Bu iddialı bir tespit gibi görülebilir ama bir robotu vatandaş yapmak da oldukça iddialı bir adımdır. Nitekim vatandaşlık haberinin verildiği toplantının amacı teknolojik yatırımları Suudi Arabistan'a çekmekti. Verilen vatandaşlığın iddialı bir reklam kampanyası olduğu düşünülürse Sophia'nın esasen bir hak elde etmediği de anlaşılacaktır. Sophia "vatandaş" olsa da halen Hanson Robotics Limited⁸ şirketinin malıdır. Yurtdışı seyahatlerini pasaportla değil bir kutu içerisinde kargo bölümünde yapmaktadır. Geriye kalan tek soru, bir robot hak sahibi olabilir mi? Hak sahibine kişi denir, peki robot kişi midir? Bu soruyu cevaplayabilmek için öncelikle "kişi" kavramını, bu statünün kimlere neden verildiği ve ne fayda sağladığını incelememiz gerekir.

II. Kişi

Kişi hak ve borç edinebilen varlıktır. Hukuk kişi kavramını iki kategoride ele alır; Gerçek kişiler ve Tüzel kişiler. Gerçek kişi ile kastedilen insandır. Bu statü tam ve sağ doğumla elde edilir. Örneğin bir bebek doğumdan sonra sadece birkaç dakika yaşasa dahi kişilik kazanmış olur. Tüzel kişi ise "başlıbaşına bir varlığı olmak üzere örgütlenmiş kişi toplulukları ve belli bir amaca özgülenmiş olan bağımsız mal topluluklarıdır. Bu varlıklar kendileri ile ilgili özel hükümler uyarınca tüzel kişilik kazanırlar. Amacı hukuka veya ahlâka aykırı olan kişi ve mal toplulukları tüzel kişilik kazanamaz" (TMK.md.47). Örneğin; devletler, dernekler ve şirketler tüzel kişidir. Gerçek kişiyle insanın, tüzel kişiyle ise kişi ve mal topluluklarının kastedildiği göz önünde bulundurulursa Sophia veya herhangi bir robot kişi kavramına dâhil edilemez.

Bununla beraber hukuk âleminde yeni kabul gören bir diğer statüyü gözden geçirmemiz gerekir. Non-human person yani insan olmayan kişi statüsü. Bu statüye sahip varlıklar biz insanlarla aynı haklara sahip değildir. Adından da anlaşılacağı üzere, insan olmadığı halde gerçek kişilere sunulan bazı haklardan faydalanması arzu edilen varlıklar için ihdas edilmiş bir müessesedir. Peki, neden bu yeni kişi statüsüne ihtiyaç duyuldu ve bu varlıklar ne elde etti? Örneğin, Yeni Zelanda'nın yerli halkı Maoriler tarafından kutsal kabul edilen Whanganui nehri 2017 yılında çıkartılan bir yasayla kişi ilan edilmiştir⁹. Ekvator Cumhuriyeti bir anayasa değişikliğiyle Pacha Mama¹⁰ yani Doğa Ana'yı kişi ilan etmiştir. Hindistan'da bulunan Yamuna ve Ganj nehirleri Uttarakhand Yüksek Mahkemesi'nin kararıyla kişi olarak tanınmış¹¹ ve Uttarakhand eyaleti bu nehirlerin yasal temsilcisi (*in loco parentis*) ilan edilmiş¹², fakat eyalet yönetiminin başvurusu

8 <http://www.hansonrobotics.com/robot/sophia/> (E.T. 25/04/2018)

9 Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, Public Act 2017, No:7, Date of assent 20 March 2017.

10 Ekvator Cumhuriyeti Anayasası 7. Bölüm "Doğanın Hakları" üzerinedir. Özellikle madde 71, Pacha Mama'yı (Doğa Ana) hak sahibi varlık olarak tanımlar.

11 IN THE HIGH COURT OF UTTARAKHAND AT NAINITAL, Writ Petition (PIL) No.126 of 2014

12 Ibid 19; "the State of Uttarakhand and the Advocate General of the State of Uttarakhand are hereby declared persons in loco parentis as the human face to protect, conserve and preserve Rivers Ganga and Yamuna and their tributaries. These

üzerine Hindistan Anayasa Mahkemesi bu kararı bozmuştur¹³. Himalayalardan Tac Mahal'in önüne kadar süzülüp Bengal körfezine akan bu nehirler Hindu inancında kutsal kabul edilir. Bu nehirlerin Uttarakhand eyalet sınırlarını aşması sebebiyle Uttarakhand Yüksek Mahkemesi, Hindistan Anayasa Mahkemesince yer yönünden yetkisiz bulunmuştur. Ganj, Yamuna ve Whanganui nehirleri kıyılarında yaşayan insanlarca Tanrı kabul edilmektedir. Bunun aynısını Pacha Mama için öne sürmek de mümkündür. Nitekim Uttarakhand Yüksek Mahkemesi ilgili kararında atıf yaptığı içtihatla¹⁴ Hint hukukunca Tanrıların mülk sahibi olabildikleri ve kişi kabul edildiklerini belirtir. Hindu inancında 330 milyon Tanrı bulunur ve hukuken kişi kabul edilen bu Tanrılar tapınak vakfınca temsil olunur. Örneğin, Kerala Yüksek Mahkemesinde görülen "W.P.(C).No.14153 of 2009" sayılı davanın konusu, sureti marka olarak tescil edilen Tanrı Attukaldır. İnançlı bir Hindu olan davacı Tanrısının suretini marka olarak tescil eden marka ve patent bürosuna karşı dava açmış, sureti tescil ettiren tapınak vakfı Tanrı Attukal adına davaya müdahil olmuştur. Tapınak vakfı Tanrı Attukalın suretini tescil ettirme gerekçesi olarak başkalarının bu Tanrı adına bağış toplamasına engel olmak olduğunu belirtmiştir. İnananların tapıncına engel olmayan bu tescile ilişkin mahkeme hukuka aykırı bir durum tespit etmemiştir.

Bu kişiliklerin ardında doğayı koruma amacı olduğu öne sürülebilir, fakat doğanın korunması için kişilik kazandırılması şart değildir. Türk Anayasasına göre çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir¹⁵. Dolayısıyla Sakarya nehrini kişi ilan etmeden de koruyabilmemiz mümkündür. Fakat örneğini verdiğimiz tabiat ve kültür varlıkları sadece çevrenin korunmasından değil toplum nezdinde taşıdıkları manevi değerden de güç alarak özel statülerini elde etmiştir. Whanganui nehrine ilişkin çıkartılan yasa çevrenin korunmasına hizmet ettiği gibi Maori halkına kültürel haklar sunmaktadır. Whanganui nehri bölgede yaşayan Maorilerce ataları olarak kabul edilmekte, Yeni Zelanda hükümeti ile yapılan görüşmeler neticesinde kanunla oluşturulan bu "kişi" Maorilerce temsil edilmektedir. Dolayısıyla bu örneklerdeki "kişilik" kazandırma bir dayanışma hakkı¹⁶ yani üçüncü kuşak insan haklarının tezahürüdür. Görünürde bu "kişiler" tabiat ve kültür varlığı olsa da esas yararlanan insan olduğu ve insanlar tarafından temsil edildiği için tüzel kişi ile benzerlik sergilemektedir.

İnsan olmayan kişi kavramının tüzel kişi ile benzerlik göstermediği durumlar da mevcuttur. Arjantin'den Orangutan Sandra kararı buna örnek gösterilebilir. Buenos Aires Mahkemesi, Orangutan Sandra'yı insan olmayan kişi olarak tanıyarak zihinsel ve fiziksel durumuna uygun bir yaşam alanına nakline karar verdi.¹⁷ Benzer bir dava New York Yüksek Mahkemesi'nde Tommy

Officers are bound to uphold the status of Rivers Ganges and Yamuna and also to promote the health and well being of these rivers."

13 <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-40537701> (E.T. 03/05/2018)

14 "Ram Jankijee Deities v. State of Bihar", (1999) 5 SCC 50. ; "Hindu law recognizes Hindu idol as a juridical subject being capable in law of holding property by reason of the Hindu Shastras following the status of a legal person in the same way as that of a natural person."

15 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Madde 56

16 İbrahim Kaboğlu, "Dayanışma haklarının hukuksal değeri (soyut talepler mi, insan hakları mı?)", İnsan Hakları Yıllığı, sayı: 13/1, yıl: 1991, TODAİ, ss.37-48.

17 "Hayvan Hakları Derneği Avukatları ve Diğerleri Buenos Aires Şehri Özerk Yönetimine Karşı", Karar no: EXPTE.

ve Kiko adlı iki şempanzenin serbest bırakılmaları için açılır. Fakat New York Yüksek Mahkemesi Temyiz Bölümü Birinci Hukuk Dairesi, Habeas Corpus talebini reddeder¹⁸. İnsan Olmayan Kişiler Hareketi (Non – Human Rights Project), Tommy ve Kiko'nun eşya değil kişi olduğu iddiasındadır ve emsal karar olarak köleliğe ilişkin “Somerset vs. Steward” davasını gösterir. Robot sözünün esas olarak köle anlamına geldiğini göz önünde bulundurursak, Tommy ve Kiko için açılan davada “Somerset vs. Steward” kararının emsal olarak öne sürülmesi manidardır. Pacha Mama gibi tabiat ve kültür varlıkları insana sağladığı fayda nedeniyle “kişilik” zırhına bürünürken, Sandra gibi akıllı maymunlar ise acı ve zevki hissedebilen zeki varlıklar oldukları için koruma altına alındılar. İnsan da acı çekebilen varlık olduğu için korunmaya muhtaçtır. Hukukun en ilkel temellerine inecek olursak acıyla karşılaşırız. Varlık sürdürme ve bu esnada acıdan kaçınıp mutluluğa yönelmek insanın doğasındandır. Ahlak da hukuk gibi acı ve zulme engel olmayı hedefler. Soyut bağlamda hukukun gayesi “adalet” ve ahlakın gayesi “iyi” aynıdır. Hukuk ve ahlakın yegâne temeli acı değildir elbette ama acı iptidai insanın hakkı tanımlarken kullandığı temel direktir. İnsanın hayvana tanıdığı “haklar” da acı üzerine kuruludur. Fakat hak sahibi olabilmek için öncelikle hukuk tarafından “kişi” olarak tanımlanmak gerekir. Bu açıdan hatalı olan “hayvan hakkı” kavramı aslında insana belli sorumluluklar yüklemektedir. Yani hayvan hakkının esas muhatabı insandır. Bu nedenle orangutan Sandra kararı dikkate değer bir örnektir. Bu kararda mahkeme bir hayvanı hak sahibi ilan ederek kişi mertebesine yükseltmektedir. Bu kararı İmparator Caligula'nın atı Incitatus'u konsül ilan etmesi¹⁹ gibi absürt bir hadise olarak değerlendirmememiz gerekir. Caligula'nın aksine mahkeme heyeti inşa ettiği kararın bilincindedir. Davacının iddiasına göre; *“...hayvanların şüpheye yer bırakmayacak şekilde hissetme kabiliyetine ehil oldukları görülmektedir... Dolayısıyla hayvanlar yaşama, eziyetten imtina etme, kendi çıkarlarını gözetme gibi bazı temel haklardan faydalanmalıdır”*.

KARAR²⁰:

- I – İlgili olayda cevaplanması gereken iki sorun mevcuttur. İlk olarak, Orangutan Sandra hak sahibi olabilir mi, öyleyse insan-olmayan kişi statüsü tanınmalı mıdır? İkinci olarak, Orangutan Sandra'nın mevcut koşulları göz önünde bulundurulduğunda salıverilmesi ya da başka bir yere nakli uygun mudur?
- II – İlk soruna ilişkin, Orangutan Sandra'nın hukuki statüsü, yani hak öznesi mi yoksa nesne mi olduğu üzerine, Ceza Mahkemesi 2. Dairesinin kararına atıfta bulunulması önemlidir. 2. Daire yargıçları Angela Ledesma, Pedro David ve Alejandro Slokar “Orangutan Sandra / Habeas Corpus” 18 Aralık 2014 tarihli kararında, *“...statik olmayan, dinamik bir yoruma dayanarak, hayvanları hak sahibi olarak görmek gerekir, insan-olmayan kişiler (hayvanlar) hak sahibi olduğundan korunmaları icab eder (Zaffaroni, E. Raul y et. Al., “Derecho Penal, Parte General”,*

A2174-2015/0, Buenos Aires Şehri, 21 Ekim 2015.

18 “Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. Vs. Lavery”, 2017 NY Karar no: Slip Op 04574 [152 AD3d 73], June 8, 2017, Appellate Division, First Department.

19 Suetonius, “De vita Caesarum”, Liber IV, Caligula 55; *“Incitato equo, (...) consulatum quoque traditur destinasse.”* Yani “Atı Incitatus, (...) onu konsül yapmayı planlıyordu”

20 EXPTE. A2174-2015/0, Buenos Aires, 21 Ekim 2015.

Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 493; también Zaffaroni, E. Raul, "La Pachamama y el humano", Ediciones Colihue, Buenos Aires, 2011, p. 54)

Söz konusu karar uyarınca, bu dosyanın da aynı şekilde sonuçlandırılmaması için herhangi bir hukuki engel yoktur, yani orangutan Sandra insan dışı bir kişidir ve dolayısıyla insanların sahip olduğu haklara ve ona bağlı yükümlülöklere tabi tutulabilir.

Sandra ve Sophia'yı karşılaştıracak olursak, Sophia'nın yaşama ve eziyetten imtina etme gibi "haklardan" faydalanması mümkün değildir. Acı duymayan robotlar korunmaya muhtaç değildir ve dolayısıyla hak sahibi olamazlar. Fakat tüzel kişiler de acı hissetmedikleri halde belirli haklara sahiptir. Türk Medeni Kanunu madde 48; "Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler". Tüzel kişiler, insanlar tarafından arzu edilen belirli amaçlara yönelik olarak kurulur. Tüzel kişiliğin temeli amaçtır. Hakkın diğeri bir temel direği akıldır, iradedir. Hak, akıllı insanın yani Homo Sapiensin iradesini güvence altına alır.

*"Varoluşları bizim irademize değil, doğaya dayanan varlıklar, akıl sahibi olmayan varlıklar olduğunda, ancak araç olarak görel bir değerleri vardır, işte bu yüzden onlara şeyler denir; oysa akıl sahibi varlıklara kişiler denir; çünkü bu sonuncuların doğal yapıları onları kendi başına amaçlar, yani yalnız araçlar gibi kullanılmayacak şeyler olarak gösterir, böylece de tüm kişisel seçmeyi (her türlü keyfiliği) sınırlamış olurlar bu amaçlar (bu da saygıya değer bir şeydir). Bu amaçlar, eylemimizin sonucu olarak varoluşları bizim için değeri olan sadece öznal amaçlar değildir; bunlar, nesnel amaçlardır, yani kendi başına varoluşları amaç olan ve yerine yalnız araç olarak hizmet edecekleri başka bir amaç konulamayan şeylerdir; çünkü onsuz (nesnel amaçsız) mutlak değeri olan hiçbir şey, asla bulunamaz. Fakat her değer eğer koşullu, dolayısıyla da rastlantısal olsaydı, akıl için en yüksek (üstün) pratik bir ilke bulmak bütünüyle imkânsız olurdu."*²¹

Yani akıl sahibi insan kendi başına amaç olarak vardır. Bu nedenle insan bir eşya gibi kullanılamaz, araçsallaştırılmaz. Örneğin, kendi amacımız uğruna yalan söyleyerek yalan söylenen kişiyi kendi hedeflerimiz uğruna araçsallaştırmış oluruz ki bu ahlaksız bir eylemdir. Bu açıdan insanlık haysiyeti, amaç kavramıyla özdeşleştirilebilir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin 2006 tarihli bir kararında bu özdeşleştirmeyi görebiliriz²². Mevzuatta yapılan bir değişiklik teröristler tarafından kaçırılan uçakların düşürölmesine cevaz vermektedir. Bunun bir temel hak ihlali olduğu iddiasıyla yapılan başvuru mahkemece haklı bulunur. "Böyle bir duruma 'korumasız ve çaresiz olarak' terkedilmiş olmak, muhatapların onur sahibi ve devredilmez hakların süjesi olma niteliğinin hiçe sayılması demektir. Başkalarının kurtuluşu aracı olarak öldürölmeleri, onları nesneleştirir ve aynı zamanda hak sahibi olmaktan çıkarır"²³. İnsanın araçsallaştırılması, insanlık onurunun hiçe

21 Kant, Fikir Mimarları Dizisi 2, çev. Nejat Bozkurt, Say Yayınları, 3.baskı, İstanbul 2010, s.218

22 BVerfGE, 1 BvR 357/05, 15/02/2006

23 Fazıl Sağlam, "HUKUK DEVLETİ VE TERÖR", AÜSBFD, Cilt:62, Sayı: 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu'ya Armağan, Temmuz-Eylöl 2007, s.299

sayılması demektir. “Eğer biz bir varlığı akıl sahibi bir varlık olarak tasarımılamak istiyorsak ve hareketleri bakımından da kendi nedenselliğinin bilinci içinde bulunan, yani bir irade ile donatılmış bir varlık olarak tasarımılamak istiyorsak, özgürlük idesini kabul etmek zorunda kalırız.”²⁴ Yani, akıl ve irade sahibi olduğu için insan kendinden amaçtır, özgürdür. Hatta Jean Paul Sartre’in ifadesiyle özgürlüğe mahkûmdur.

Robot kendi amaçları olan varlık mıdır? Amaç sahibi olma nedeniyle getirilecek hukuki koruma, acı çekme yetisi nedeniyle getirilecek hukuki korumadan daha üstün olacaktır. Çünkü amaç olan varlık kendiliğinden özgürdür. Özgür varlık kendi eylemlerinin sonuçlarını öngörebileceği için eylemlerinden sorumlu tutulabilir ve kendisi için kazanımlar elde edebilir. Robot programlanan alettir. Bu nedenle amaç ve kişi olamaz. Eğer irade sahibi olursa o artık robot olmaz. Peki, az evvel bahsettiğimiz bestekâr yapay zekâ Avia’nın ürettiği eserlerin telif hakları kime aittir? Bir yapay zekâ tarafından idare edilen otomobil kaza yapacak olursa mesuliyet kimdedir? Bu olaylarda hak ve yükümlülükler yapay zekânın mıdır? Görüldüğü üzere robota bizzat kendi varlığı için kişilik vermek mümkün değildir. Fakat gerçek kişilerin ihtiyaçlarından ötürü kişilik benzeri statü tanınması gerektiği yönünde iddialar mevcuttur. Elektronik kişi²⁵ ile arzu edilen robotun sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulmasıdır. Fakat robot kişi olamaz, yani robotların hak ehliyeti yoktur. Oysa ileride artacak olan robot kullanımı muhtemel zararları da beraberinde getirecektir. Robot kendi başına hareket edebilen bir alet olduğundan fiilleriyle yarar ve zarar getirebilir. Bu durumda hak ehliyeti olmayan robotun kısmen de olsa fiil ehliyetine sahip olması insan için daha faydalı olmaz mı? Robot köle değildir ama robota Roma hukukundaki köleliğe benzer bir statü tanınması akla yatkındır.

Hukuken şahıs sayılmasa da köle bir insan olduğu için akıl ve iradesini kullanarak bazı hukukî işlemleri yapabileceği kabul edilmiştir. Bu itibarla köle kısmen de olsa fiilî ehliyetine sahipti. Ancak hak ehliyetleri olmadığından hukukî işlemlerden doğacak haklar efendilerinin sayılırdı. Burada köle ile efendi arasındaki ilişki hâkimiyet esasına dayanmaktadır. Ancak kölenin yaptığı hukukî işlemlerden efendi sorumlu tutulmamaktadır. Romalılar bu kural nedeni ile kölelerini ticari hayatta kullanamaz hale geldiler. Zira kimse kölelerle hukukî işlem yapmak istemiyordu. Bu durumu çözmek için Praetor tarafından efendiye karşı bazı ek dava olanakları tanınarak çözüm getirilmiştir. Öte yandan köleler insan oldukları için işledikleri kamu suçlarından dolayı kamu makamlarınca özgür kişilere oranla çok daha ağır cezalara çarptırılırlardı. Bu, onun hukuken şahıs olduğunu ifade etmezdi. Cezalandırmaktan maksat sadece onun kanun dışı hareketlerini önlemekten ibaretti. Kaçan kölenin yakalanmasına ise devlet yardımcı olur ve kaçak köleyi saklayan kişi, başkasının hayvanını çalan hırsız gibi ceza görürdü. Kölenin işlediği suçlardan efendinin mesul tutulması Roma Hukukunda eskiden beri kabul edilmişti (Actio

24 Kant, Fikir Mimarları Dizisi 2, çev. Nejat Bozkurt, Say Yayınları, 3.baskı, İstanbul 2010, s.242

25 “creating a specific legal status for robots, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons with specific rights and obligations, including that of making good any damage they may cause [to third parties], and applying electronic personality to cases where robots make smart autonomous decisions or otherwise interact with third parties”. Bkz; European Civil Law Rules in Robotics, PE 571.379, 2016, s.14.

*Noxalis). Efendi suç işleyen kölesi yüzünden kendisine dava açılırsa dilerse kararlaştırılan para cezasını öder, dilerse köleyi suçtan zarar görene teslim ederdi.*²⁶

Robota köleliğe benzer statü tanınması halinde robot hak iktisap etmez ama sahibi için hak iktisap eden araç olabilir. Bu halde robotun sahibi iradesi üzerine yaptığı işlemlerin kazandırıcı kısımları geçerli olacaktır. Robot işlemleri sahibi için eksik borç da doğurabilir. Robot haksız fiilinden sorumlu olabilir ama zararın tazmini için sahibine dava (*actio noxalis*) açılabilir. Eski peculium müessesesi yeniden ihdas edilerek robot sahibinin hizmetine sunulabilir. Peculium, efendinin kölesine bağımsız olarak yönetmek ve işletmek üzere verdiği mameleki ifade eder. “*hâkimiyet hakkına sahip olan kimse, peculium verdiği hâkimiyeti altındaki kimsenin borçlarından peculiuma dâhil olan mallarıyla değil bütün mamelekiyle, ancak sadece peculium’un o andaki değeri kadar sorumlu idi. Yani sorumluluğu miktar bakımından sınırlı idi.*”²⁷ Bu halde efendinin robot ve peculium üzerinde hâkimiyeti tamdır, peculium üçüncü kişilerle olan hukukî ilişkilerde bir önem ve değer taşır.

Türk hukukunda robota ilişkin bir düzenleme bulunmamakla birlikte çeşitli öneriler mevcuttur. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu’nda kusursuz sorumluluk hallerine robotlarla ilgili hüküm eklenmesi gündeme gelebilir²⁸. Robotun sebep olacağı zararda robot sahibi kusurlu ise bu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m.49). Fakat robot sahibinin kusuru yok ise kusursuz sorumluluğa başvuru kaçınılmazdır. Bu durumda robot bulunduranın sorumluluğu, hayvan bulunduranın sorumluluğuna benzetilebilir. Eğer robot bir işletmede o işletme faaliyetleri için kullanılıyorsa tehlike sorumluluğu (TBK m.71) mevcut haliyle geçerli olabilecektir. Robotun sebep olacağı zararların tazmini için zorunlu robot sigortası uygulamasının getirilmesi de mümkündür. Otomobillerde olduğu gibi robotlar ruhsatlandırılabilir, araç muayenesinde olduğu gibi düzenli muayeneden geçirilebilir, zorunlu trafik sigortası uygulamasında olduğu gibi zorunlu bir sigorta uygulaması getirilmek suretiyle muhtemel zararların tazmini güvence altına alınabilir. Robotun hareketlerini kaydeden bir “kara kutu” içermesi de gerekebileceği de öneriler arasındadır.²⁹ Ayrıca bu yeni teknik imkânların ekonomik hayatımıza yön vereceğini düşünecek olursak sosyal devlet ilkesi göz ardı edilmemelidir. Örneğin, 2008 yılı Güney Kore’de yürürlüğe giren Akıllı Robot Gelişim ve Dağıtım Yasası³⁰ robot sanayisini geliştirerek vatandaşların yaşam kalitesini iyileştirmeyi hedeflemektedir. Bu yasanın 17. Maddesinde; Devlet, yaşlı, engelli, dar gelirli vatandaşların akıllı robotlardan ücretsiz faydalanmalarına imkân sağlamakla mükelleftir.³¹ Tüm bunlar için robota ilişkin özel düzenleme yapılması gerekecektir.

26 Gülnihal Bozkurt, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın Tarihi: 1981, Sayı: 1, Cilt: 38, s.94

27 Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda Peculium Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın Tarihi: 1968, Sayı: 3, Cilt: 25, s.185.

28 Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, TAAD, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017), s.105

29 P8_TA(2017)0051, Civil Law Rules on Robotics, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL), madde 12.

30 Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act, Act No. 9014, Mar. 28, 2008, Amended by Act No. 9161, Dec. 19, 2008.

31 Article 17 (Facilitation of Distribution of Intelligent Robots to Socially Disadvantaged People) The Government

İradesi olmayan robotu ceza hukuku açısından değerlendirmek gereksizdir. Robot tıpkı diğer cihazlar ya da hayvanlar gibi suç işleyemez ve cezalandırılmaz. Bir robotun bir kişiye zarar vermesi mümkündür fakat bu durumun suç olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda robot sadece suç aleti olarak değerlendirilebilir. İnsan suretinde üretilen robotlarda kullanılacak kişi görüntüsü de önemli bir husustur. Örneğin, çocuk suretinde seks robotu bulundurma ve satmanın suç sayılması gibi bazı özel düzenlemeler savunulmaktadır. Robot kişi olmayabilir ama suretinin bu tarz kullanımının toplumsal ve etik problemlere yol açması muhtemeldir. ABD Yüksek Mahkemesinin “Çocuk Pornosunu Önleme Yasası” (Child Pornography Prevention Act / 1996) üzerine verdiği karar³² bu açıdan önemlidir. İlgili yasa gerçek çocuk olmaksızın üretilen her tür görsel materyali, örneğin bilgisayar marifetiyle üretilen dijital çocuk görüntüsünü de çocuk pornosu kapsamında değerlendirerek suç kapsamına sokmaktadır. Yüksek Mahkeme gerçek çocuk olmaksızın üretilen görsel materyalleri ifade hürriyeti kapsamında değerlendirir ve ilgili yasayı ifade hürriyetine aykırılıktan iptal eder.

SONUÇ

Sophia ya da başka herhangi bir robotun mevcut teknik şartlarda kişi olması gereksizdir. Öncelikle acı hissetmedikleri için korunmaları gerekmemektedir. Ayrıca akıl ve irade sahibi olmadıklarından özgür değillerdir. Robotun kişi olmasını savunanların gayesi robotun sebep olacağı zararların telafisidir. Bununla beraber bu tarz zararlara karşı özel bir sigorta uygulaması getirilmesi muhtemel zararların telafisi için yeterli gelebilir. İleride kullanımı daha da artacak olan robotlar için belirli standartların belirlenmesi elzemdir. Robotların kişi sayılmaları yerine motorlu taşıtlar gibi kayıt altına alınmaları daha uygun bir çözüm olabilir. Robotlara köleliğe benzer bir statü tanınması da meseleye çözüm olabilecektir. Tüm bunlar için robota ilişkin özel düzenleme yapılması gerekecektir. Robot hukuken tanımlanmalı, robot fiillerinin doğuracağı neticeler belirlenmelidir.

Kaynakça

“Hayvan Hakları Derneği Avukatları ve Diğerleri Buenos Aires Şehri Özerk Yönetimine Karşı”, Karar no: EXPTE. A2174-2015/0, Buenos Aires Şehri, 21 Ekim 2015.

“Matter of Nonhuman Rights Project, Inc. Vs. Lavery”, 2017 NY Karar no: Slip Op 04574 [152 AD3d 73], June 8, 2017, Appellate Division, First Department.

“Ram Jankijee Deities v. State of Bihar”, (1999) 5 SCC 50.

“Salim v. State of Uttarakhand”, Writ Petition (PIL) No.126 of 2014

Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, “Robot Hukuku”, TAAĞ, Yıl:7, Sayı:29 (Ocak 2017)

Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

BVerfGE, 1 BvR 357/05, 15/02/2006

shall prepare measures necessary for facilitating the development and distribution of intelligent robots to improve convenience in using intelligent robots so that socially disadvantaged people, such as the disabled, the elderly, and low-income earners, can enjoy opportunities for and benefits from free use of such robots.

32 Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234 (2002)

- Daniel C. Dennett, “Aklın Türleri”, çev. Handan Balkara, Varlık Yayınları, 1. Baskı, İstanbul 1999, s. 148.
- Ekvator Cumhuriyeti Anayasası
- European Civil Law Rules in Robotics, PE 571.379, 2016
- Fazıl Sağlam, “HUKUK DEVLETİ VE TERÖR”, AÜSBFD, Cilt:62, Sayı: 3, Prof. Dr. Yavuz Sabuncu’ya Armağan, Temmuz-Eylül 2007
- Gülnihal Bozkurt, “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayın Tarihi: 1981 Sayı: 1 Cilt: 38, s.65-103
- <http://www.bbc.com/news/world-asia-india-40537701>
- <http://www.bbc.com/turkce/haberler-dunya-41780346>,
- <http://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-5251185/Worlds-robot-citizen-Sophia-gets-legs.html>
- <http://www.hansonrobotics.com/robot/sophia/>
- Intelligent Robot Development and Distribution Promotion Act, Act No. 9014, Mar. 28, 2008, Amended by Act No. 9161, Dec. 19, 2008.
- İbrahim Kaboğlu, “Dayanışma haklarının hukuksal değeri (soyut talepler mi, insan hakları mı?)”, İnsan Hakları Yıllığı, sayı: 13/1, yıl: 1991, TODAİ, ss.37-48.
- Kant, Fikir Mimarları Dizisi 2, çev. Nejat Bozkurt, Say Yayınları, 3.baskı, İstanbul 2010
- Özcan Karadeniz, “Roma Hukukunda Peculium Müessesesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yayın Tarihi: 1968, Sayı: 3, Cilt: 25, s.179-194.
- P8_TA(2017)0051, Civil Law Rules on Robotics, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))
- Suetonius, “De vita Caesarum”, Liber IV
- Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act 2017, Public Act 2017, No:7, Date of assent 20 March 2017.
- Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, cilt 2 (K-Z), 9.baskı, Ankara 1998.

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin İhtiyati Tedbir Yetkisi

Jurisdiction of the International Tribunal for the Law of the Sea for Provisional Measures

Meltem SARİBEYOĞLU SKALAR* 

Hilal CECANPINAR** 

Öz

Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi ile kurulmuş bir yargı organıdır. Mahkeme kurulduğundan itibaren birçok ihtiyati tedbir talebini karara bağlamıştır. Mahkemenin ihtiyati tedbir yetkisinin esası BMDHS'nin 290. maddesine dayanmaktadır. Bunun yanı sıra, BMDHS, Mahkeme'ye olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi vermiştir. Bu yetkisi ile Mahkeme uyuşmazlığın görüleceği yargı yeri olmamasına rağmen ihtiyati tedbire karar verebilir. Bunlara ek olarak başka sözleşmelerle de Mahkemeye ihtiyati tedbir yetkisi verilmiştir. Ve yine sözleşmede mahkemenin hükmetmesine gerek olmayan kendiliğinden doğan ihtiyati tedbirler konulmuştur. Bu kapsam da makalede öncelikle Mahkemenin BMDHS'den ve diğer Sözleşmelerden doğan ihtiyati tedbir yetkisi belirlenecek, resen doğan ihtiyati tedbirlerden söz edilip ihtiyati tedbirlerin hükmedilmesi, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması incelenecektir. Böylelikle UDHM'nin ihtiyati tedbir yetkisine ilişkin genel bir çerçeve ortaya konulacaktır.¹

Anahtar Kelimeler: Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi, olağan ihtiyati tedbir yetkisi, olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi.

Abstract

The International Tribunal for the Law of the Sea is an international permanent judicial organ established in accordance with the United Nations Convention on the Law of the Sea. Many cases have been decided on provisional measures by the Tribunal since its establishment. The legal basis of the ITLOS's competence to decide on provisional measures is regulated at the Article 290 of UNCLOS. In addition to this, UNCLOS has given to ITLOS an extraordinary jurisdiction for provisional measures. Even if ITLOS sometimes is not a judicial body to solve a dispute on the merits, a provisional measure could be prescribed on this dispute by the ITLOS. And also the jurisdiction for provisional measure

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.
E-Mail: meltem.saribeyoglu@marmara.edu.tr

** Dr. Öğretim Üyesi, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.
E-Mail: hilalcecanpinar@atatuni.edu.tr

1 Bu çalışma Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü bünyesinde Doç. Dr. Meltem Sarıbeyoğlu- Skalar danışmanlığında Hilal Cecanpınar tarafından yazılan Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi: Usul ve Pratik adlı doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

has been given to ITLOS by some other agreements. Besides, there are provisional measures which appear as proprio motu together with the dispute with no need for a judicial decision. In this article, the provisional measure based on UNCLOS and other agreements will be examined; then proprio motu provisional measures will be mentioned and finally way in which the ITLOS prescribes, modifies and revokes the provisional measures will be examined. Thereby, a comprehensive framework of jurisdiction for provisional measure of ITLOS will have been set out.

Keywords: United Nations Convention on the Law of the Sea, The International Tribunal for the Law of the Sea, ordinary jurisdiction for provisional measure, extraordinary jurisdiction for provisional measures.

GİRİŞ

1982 tarihli Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS) XV. Kısım uyarınca, işbu Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanmasıyla ilgili bir uyuşmazlıkla ilgili olarak, bu Kısımın 1. Bölümünde zikredilen barışçıl çözüm yolları ile söz konusu uyuşmazlığın karara bağlanması gerekir. Barışçıl çözüm yolları denendikten sonra hâlâ uyuşmazlığın çözülememesi hâlinde, yine bu Kısımın 2. Bölümü uyarınca, uyuşmazlığın taraflarından herhangi birisinin isteği doğrultusunda, zorunlu çözüm mekanizmaları gündeme gelebilir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi (UDHM), Uluslararası Adalet Divanı (UAD) ve BMDHS Ek VII kapsamındaki tahkim kurulu ve Ek VIII kapsamındaki özel tahkim kurulu zorunlu çözüm mekanizmaları kapsamında yargı yeri veya mahkeme olarak BMDHS'de düzenlenmiştir. Taraf devletler herhangi bir zamanda hangi yargı yeri veya mahkemeyi seçtiklerine dair bir bildirimde bulunabilirler; ancak bu bir zorunluluk olmayıp herhangi bir bildirimde bulunmamaları da mümkündür. Uyuşmazlık söz konusu olduğunda uyuşmazlığın tarafları, BMDHS m. 287 hükmü uyarınca, aynı yargı yeri veya mahkemeyi seçtiklerine dair bir bildirimde bulunmuşlarsa, bu yargı merci uyuşmazlığın çözümünde zorunlu yargı yeri hâline gelir. Eğer taraflar herhangi bir seçimde bulunmamışsa, BMDHS Ek VII'ye uygun olarak gerçekleştirilecek tahkim yargılaması yolunun seçildiği kabul edilmiş sayılır. Uyuşmazlığın taraflarının seçimi aynı yönde değilse, bu takdirde de uyuşmazlık Ek VII'ye uygun olarak gerçekleştirilecek tahkime sunulacaktır.

1982 tarihli BMDHS kapsamında kurulan UDHM, 1996 yılında deniz uyuşmazlıklarının çözümünde devlet dışındaki aktörlerin de başvurabileceği uzman yargı mercii olarak kurulmuştur. Ulusal ve uluslararası yargı mercileri tarafından uyuşmazlık karara bağlamadan önce taraflar için bağlayıcı olacak şekilde ihtiyati tedbire karar verme yetkisine benzer şekilde, BMDHS ile UDHM'ye de ihtiyati tedbir yetkisi verilmiştir. UDHM'nin uluslararası hukuk uyuşmazlıklarına bakan yargı mercilerinde benzerine rastlanmayan ve “*olağanüstü ihtiyati tedbir*” olarak ifade edebileceğimiz şekilde bir yetkiye sahip olduğunu söyleyebiliriz. Bu bakımdan, UDHM'nin sahip olduğu ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini olağan ve olağanüstü olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutabiliriz.

I. GENEL OLARAK İHTİYATİ TEDBİR YETKİSİ

İhtiyati tedbirin çerçevesi BMDHS m. 290'da belirlenmiştir. Söz konusu hükümde, sadece UDHM'nin ihtiyati tedbir yetkisi değil, BMDHS kapsamında yargı yetkisine sahip olan tüm mercilerin ihtiyati tedbir yetkisi düzenlenmiştir. UDHM'nin ihtiyati tedbir yetkisi temelde BMDHS'ye dayansa da UDHM'yi yetkili kılan başka uluslararası antlaşmalardan da UDHM'nin ihtiyati tedbir yetkisi doğabilir.

UDHM'nin BMDHS m. 290'a göre ihtiyati tedbire karar vermesi, taraflardan birisinin bu yönde talepte bulunmasına ve tarafların her ikisine de açıklamada bulunma imkânı tanınmasına bağlıdır². Bundan da anlaşılacağı üzere, taraflardan birisinin talebi, ihtiyati tedbire karar verilmesi açısından bir ön koşul niteliğindedir. Söz konusu bu ön koşulun gerçekleşmesi, bazen her iki tarafın da talepte bulunmasını gerektirebilir.

İhtiyati tedbire karar verilmesinde genellikle taraflardan birisinin veya her ikisinin menfaatinin korunması hedeflenir. Ancak BMDHS m. 290 hükmü kapsamındaki ihtiyati tedbir kararlarında tarafların menfaati gerektirmese dahi, deniz çevresine ciddi bir zarar verilmesini önlemek adına ihtiyati tedbire karar verilmesi mümkün olabilir³. Tarafların menfaatlerinin ve deniz çevresinin korunması amacı dışında kalan bir sebepten ötürü BMDHS m. 290 gereğince ihtiyati tedbire karar verilemez. Diğer uluslararası antlaşmalara göre UDHM'nin yetkili olduğu hâllerde, bu sebeplerin yanı sıra söz konusu antlaşmada öngörülen başka bir amaç için de UDHM ihtiyati tedbire karar verebilir.

A. BMDHS'den Doğan UDHM'nin İhtiyati Tedbir Yetkisi

UDHM'nin ihtiyati tedbire karar verme yetkisi BMDHS'de esasını bulmaktadır. Ancak başka uluslararası antlaşmalarla da UDHM'ye ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınabilir. UDHM'nin BMDHS'den veya başka bir antlaşmadan doğan ihtiyati tedbire karar verme yetkisi, “*olağan ihtiyati tedbir yetkisi*” ve “*olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi*” olmak üzere tasnif edilebilir. Çalışmamızda, klasik uluslararası hukuk yargı mercilerinde rastlanılan uyuşmazlığa bakan mahkemenin ihtiyati tedbire de karar vermesi hali UDHM'nin olağan ihtiyati tedbir yetkisi olarak ele alınacaktır. Buna karşın, alışagelmışin dışında olan uyuşmazlığın sunulduğu mahkeme olmamasına rağmen UDHM'nin ihtiyati tedbire karar verebilmesi ise olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi kapsamında değerlendirilecektir.

2 Cameron A. Miles, *Provisional Measures Before International Courts and Tribunals*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017, s. 102

3 Philippe Sands, Ruth Mackenzie and Cesare Romano, *Provisional Measures In International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 46.

I. UDHM'nin Olağan İhtiyati Tedbir Yetkisi

Uyuşmazlık çözümünde başvurulacak tedbir kararlarının çerçevesi BMDHS m. 290'da düzenlenmiştir. BMDHS m. 290/1 hükmü ise şu şekildedir: “Eğer bir uyuşmazlık usulüne uygun şekilde mahkemeye veya yargı yerine havale edilmiş olup da bu mahkeme veya yargı yeri bu Kısım veya Kısım XI Bölüm 5'e göre kendini *prima facie* yetkili görüyorsa, nihai karara intizaren mevcut şartlarda uyuşmazlığa taraf olan devletlerin haklarını korumak veya deniz çevresine ciddi bir zarar verilmesini önlemek için uygun gördüğü her türlü ihtiyati tedbiri emredebilir.”.

Yukarıda belirtilen ihtiyati tedbir yetkisi, sadece UDHM'nin vereceği tedbir kararlarını değil, BMDHS'nin uygulanması ve yorumlanmasına dair çıkan uyuşmazlıklarda başvurulabilen bütün yargı yerlerinin ihtiyati tedbir yetkisini ortaya koymaktadır. UDHM'nin somut uyuşmazlık bakımından yargı yetkisini haiz olduğu hâllerde, BMDHS m. 290/1 kapsamında tedbir kararı vermesi mümkündür. UDHM'nin yetkili kılınması ise tarafların daha uyuşmazlık çıkmadan önce bu yönde bildirim yapmaları veya uyuşmazlık çıktıktan sonra anlaşmış olmaları ile mümkün olabilir. Bu şartlar altında, BMDHS m. 287'ye göre seçilen prosedüre uygun olarak uyuşmazlık UDHM'ye havale edildikten sonra, BMDHS'nin Saha Ve Uyuşmazlıkların Çözümü Kısımlarında tanınan yetkiler hususunda UDHM'nin kendini *prima facie* yetkili görmesi hâlinde ihtiyati tedbir talebi hakkında inceleme yapması mümkün olur⁴.

İhtiyati tedbir talebi üzerine, UDHM öncelikle yetkili olup olmadığını *prima facie* belirlemede ve tedbir talebini değerlendirmeye almaktadır. Yani bu aşamada uyuşmazlığın esasına girilmesi söz konusu değildir. Bu sebeple, UDHM'nin ihtiyati tedbire karar vermiş olması, uyuşmazlığın esasına dair de kendini yetkili gördüğü anlamına gelmez. Nitekim *Louisa* davasında mahkeme ihtiyati tedbirin incelenmesi için kendini *prima facie* yetkili görmüş ve fakat somut olayda tedbire karar verilmesini gerektiren koşulların oluşmadığı kanaatiyle tedbir talebini reddetmiştir. Bu aşamada uyuşmazlık açısından kendisinin yargı yetkisini haiz olduğunu kabul etmiş olan UDHM, davayı esastan değerlendirirken yargı yetkisinin olmadığına karar vermiştir⁵.

UDHM'nin resen ihtiyati tedbire karar vermesi mümkün değildir. Hatta UDHM'nin deniz çevresinin korunması için bir tedbire karar verilmesini gerekli görmesi hâlinde dahi, taraflardan birinin tedbir talebi yoksa BMDHS m. 290/3'te açıkça ifade edildiği üzere tedbir kararı verilemez⁶. Eğer uyuşmazlık UDHM'ye sevk edilmişse bir tarafın talebi, ihtiyati tedbire karar verilmesini sağlayabilir. Buna karşın, uyuşmazlık hakemliğe sevk edilmişse ve hakemlik kurulmadan önce UDHM'den veya UAD'den ihtiyati tedbir talep ediliyorsa, her iki tarafın da talepte bulunması şarttır. Oysa sürdürülebilir kalkınma amacına binaen UDHM deniz çevresinin

4 Mehmet Semih Gemalmaz, **Provisional Measures of Protection International Law**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011, s. 87.

5 Yoshifumi Tanaka, “A Note on the M/V “Louisa” Case”, **Ocean Development & International Law**, Vol. 45, No. 2 (Nisan 2014), s. 210, 211.

6 Francisco Orrego Vicuna, “The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems”, **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol. 22 No.3 (2007), s. 455.

korunmasını sağlama işlevine sahiptir⁷. Bu sebeple ihtiyati tedbire hükmederken tarafların haklarının korunması tarafların iradesine bağlı kılınsa da deniz çevresinin korunması hususunda mahkemeye taleple bağlı olmaksızın resen ihtiyati tedbire hükmetme yetkisi tanınabilirdi. Böylece sözleşmenin amaçlarını gerçekleştirme ve deniz çevresini koruma işlevini UDHM daha etkin yerine getirebilirdi. Kanaatimizce sözleşmenin temel amaçlarından biri olan deniz çevresinin korunmasının tarafların iradesine bağlı kılınmaması ve sözleşmenin bir nevi koruyucusu olan yargı mercilerinin bu hususta ciddi zararları önlemesi amacıyla resen ihtiyati tedbire karar verme yetkisi sözleşmenin amaçlarını güçlendirecektir.

Hâlihazırda deniz çevresinin korunmasına dair ihtiyati tedbirler tarafların talebine bağlıdır. Ancak sözleşmenin taraflarının BMDHS m. 192 uyarınca deniz çevresini koruma ve muhafaza etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu durumda ciddi bir zararın ortaya gelme ihtimali varken taraflardan herhangi birinin ihtiyati tedbir talebinde bulunmaması hâlinde deniz çevresinde doğan zarardan taraflara ihmalleri sebebiyle sorumluluk yüklenip yüklenemeyeceği tartışma konusu yapılabilir.

Mahkeme İchtüzüğü⁸ m. 89/4 gereğince, ihtiyati tedbir talebinde bulunulurken bu talebin aciliyetini haklı kılan sebepler ve hukuksal gerekleri de izah edilmiş olmalıdır. BMDHS m. 290/1'de bahsedilmese de hem ihtiyati tedbirlerin doğasından hem de İchtüzük m. 89'dan çıkarılacak sonuca binaen yargı merciinin ihtiyati tedbire karar verebilmesi için “aciliyet” şartı mevcut olmalıdır⁹. Aciliyet, uyuşmazlığın esasına ilişkin kararın verilmesinin beklenmesi hâlinde tarafların haklarında zarar doğuracak bir durumun varlığıdır¹⁰. Nitekim *Louisa* davasında mahkeme aciliyet kavramına atıfla ancak tarafların haklarına ilişkin geri dönülemeyecek yakın bir tehlike hâlinde ihtiyati tedbire hükmedilebileceğini ifade etmiştir¹¹.

İhtiyati tedbir talebi ancak tarafların haklarını korumak veya sözleşmenin temel amaçlarından biri olan deniz çevresini korumak için talep edilebilir. Başvurulan yargı merci de sadece bu amaçlara istinaden tedbire karar verebilir¹². *Atlas Okyanusunda Gana ve Fildişi Sahili arasındaki Deniz Sınırının Sınırlandırılmasına İlişkin Anlaşmazlık* davasında kıta sahanlığı ve üzerindeki sular da dâhil olmak üzere, deniz çevresinin ciddi zarara uğramasını önlemek için tarafların

7 Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015, s. 183.

8 Mahkemenin İchtüzüğünden bundan sonra İchtüzük olarak bahsedilecektir. Bkz. https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/basic_texts/Itlos_8_E_25.09.18.pdf

9 P. Chandrasekhara Rao and Philippe Gautier, **The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, s. 250.

10 Peter Tomka and Gleider Hernandez, “Provisional measures in the International Tribunal for the Law of the Sea,” **Coexistence, Cooperation And Solidarity**, Leiden: Brill Publisher, 2011, s. 1784.

11 M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p.72.

12 Edward A. Laing, “A Perspective On Provisional Measures Under Unclos”, **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 29, (Aralık 1998) , s. 47-48.

zorunlu olan tüm adımları atması yönündeki ihtiyati tedbir talebi “deniz çevresinin korunması amacıyla” yerinde bulunmuştur¹³.

Her ne kadar yargı merciinin ihtiyati tedbir yetkisini kullanması tarafların iradesine bağlı da olsa, hükmedilecek ihtiyati tedbire ilişkin tam bir takdir yetkisi söz konusudur. Yani tedbire karar verecek merci açısından taleple bağlılık ilkesi geçerli değildir. Öyleyse talepte bulunulması kaydıyla, uygun görülen herhangi bir ihtiyati tedbire karar verilmesinin mümkün olduğunu söyleyebiliriz¹⁴. Pek tabii ki yargı merciinin somut olayın şartlarına en uygun tedbire karar vermesi isabetli olacaktır.

a. UDHM'nin Olağan İhtiyati Tedbir Yetkisine İlişkin Örnek Davalar

UDHM şimdiye dek olağan ihtiyati tedbir yetkisi kapsamında 3 (üç) davayı incelenmiştir. Bunlar; The M/V “Saiga” (*Saint Vincent ve Grenadinler/Gine*) davası, The M/V Louisa (*Saint Vincent ve Grenadinler/İspanya*) davası ve Atlas Okyanusunda Gana ve Fildişi Sahili arasındaki Deniz Sınırının Sınırlandırılmasına İlişkin Uyuşmazlık (*Gana/Fildişi Sahili*) hakkındaki davadır.

aa. M/V Louisa Davası

Louisa, Sage Maritime Partners Ltd.'ye ait olan ve işletilen Saint Vincent ve Grenadinler bayrağını taşıyan bir gemi olup, 20 Ağustos 2004'te Cádiz limanına ulaşarak İspanya'nın iç sularında ve karasularında bazı faaliyetlerde bulunmuştur. Bu gemi Ekim 2004'te ise Santa Maria limanına demir atmıştır. Saint Vincent ve Grenadinler'e göre, Louisa izin belgesine dayanarak petrol ve doğal gaz yatakları bulmak amacıyla deniz tabanında sonar ve sezyum manyetik araştırmalar yapmıştır¹⁵.

30 Kasım 2005'te Cádiz Ceza Mahkemesi'nin emriyle başlatılan arama esnasında gemide çeşitli deniz altı arkeolojik kalıntıları ve savaş silahı olarak düşünülen beş saldırı tüfeği ve bir tabanca bulunmuştur. Bu aramayla bağlantılı olarak Louisa, 1 Şubat 2006'da, Santa María limanında demirliken aranmış ve gözaltına alınmıştır¹⁶. İki Macar mürettebat ile bir mürettebatın gemide bulunan Amerikalı kızı da gözaltına alınmıştır ve bunlar beş günlük tutukluluğun ardından serbest bırakılmışlardır. Sonrasında Mayıs 2006'da Amerikalı mürettebat Portekizce gözaltına alınmış ve yargılanmış, sonrasında da İspanya'ya teslim edilerek Şubat 2007'ye kadar İspanya'da tutuklu kalmış, sonrasında adli kontrol şartıyla serbest bırakılmıştır. Bu kişi uzun süre pasaportuna el konulduğu için ülkeden ayrılamamıştır. Daha sonra ise, her ikisi de ABD vatandaşı olan Sage'nin temsilcisi ve Louisa'nın maliki hakkında İspanyol Kanunları uyarınca ceza davaları açılmış ve

13 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 101.

14 Gemalmaz, s.91.

15 M/V “Louisa” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain*), Judgment, ITLOS Reports 2013, prg. 46.

16 M/V “Louisa” (*Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain*), Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 44.

İspanyol Mahkemesi tarafından 27 Ekim 2010'da yayınlanan iddianameye göre, Louisa'nın savaş silahlarını elinde bulundurma ve tevdi etme suçuyla ve İspanyol tarihi mirasına zarar verme suçuyla doğrudan ilişkisi nedeniyle gemiye el konulmuştur¹⁷.

15 Ocak 1997'de İspanya, BMDHS'yi onaylamış 19 Temmuz 2002'de ise sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar için UDHM ve UAD'yi seçtiğini bildirmiştir¹⁸. Saint Vincent ve Grenadinler ise 1 Ekim 1993'te sözleşmeyi onaylayıp 22 Kasım 2010'da gemileri durdurma ve alıkoymaya ilişkin doğacak uyuşmazlıklarda UDHM'yi seçtiğini bildirmiştir¹⁹. Louisa davasında İspanya uyuşmazlık öncesinde BMDHS m. 287 uyarınca bildirimde bulunarak UDHM'yi uyuşmazlığı karara bağlamaya yetkili kılmış; Saint Vincent ve Grenadinler ise uyuşmazlık doğduktan sonra bildirimde bulunarak UDHM'nin yargı yetkisini tanımıştır. Böylelikle, iki devlet arasında çıkacak uyuşmazlıklarda UDHM zorunlu yargı merci hâline gelmiştir. Bunun üzerine, Saint Vincent ve Grenadinler, uyuşmazlığı 23 Kasım 2010 tarihinde UDHM'ye taşımış ve BMDHS m. 290/1 kapsamında ihtiyati tedbir talebinde bulunmuştur.

UDHM, ihtiyati tedbir talebini incelerken, öncelikli olarak *prima facie* yetkili olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapılacağını ve bunun davanın esasına ilişkin herhangi bir kanı oluşturmayacağını belirtmiştir²⁰. Uyuşmazlığın sevk edildiği yargı merci olması nedeniyle tedbir talebini olağan ihtiyati tedbir kapsamında ele alan UDHM, BMDHS m. 290 uyarınca öncelikle *prima facie* yetkili olup olmadığını incelemiştir; bu aşamada yetkili olduğuna karar verdikten sonra ihtiyati tedbir talebini incelemeye başlamıştır.

Saint Vincent ve Grenadinler, Louisa'nın bozulma ve liman bölgesinde büyük miktarda hidrokarbon bırakma riski altında olduğunu iddia etmiştir²¹. Bununla birlikte, İspanya, liman otoritelerinin durumu sürekli olarak izlediğini ve Cádiz'in, liman ve körfezdeki herhangi bir çevresel kaza tehdidine karşı güncellenmiş bir protokolünün bulunduğunu bildirmiştir²². İspanya tarafından verilen güvenceler ve geminin el konulmadan önce de iki yıldır demirlenmiş bekliyor olması, söz konusu geminin bırakılması için acil bir durumun olmadığı şeklinde değerlendirilmiştir²³. Aciliyet arz eden bir durum söz konusu olmadığı için de ihtiyati tedbir için lüzumlu koşulların gerçekleşmediği kanaatine varılmıştır.

17 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Judgment, ITLOS Reports 2013, p. 54.

18 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 40.

19 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 41.

20 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 69.

21 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Request for the Prescription of Provisional Measures, p. 29.

22 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 74 ve 75.

23 M/V "Louisa" (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010, ITLOS Reports 2008-2010, p. 72.

bb. Atlas Okyanusunda Gana ve Fildişi Sahili arasındaki Deniz Sınırının Sınırlandırılmasına İlişkin Uyuşmazlık Hakkında Dava

Gana Cumhuriyeti, 19 Eylül 2014 tarihinde Akra'daki Fildişi Sahili Cumhuriyeti elçiliğine iki ülke arasında deniz sınırlarının sınırlandırılması uyuşmazlığını Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Ek VII uyarınca bir hakem heyetine sunma talebini iletmiştir. 22 Eylül 2014 tarihinde ise Gana, BMDHS m. 298'e uygun olarak, 15 Aralık 2009 tarihli deniz alanlarının sınırlandırılmasıyla ilgili olarak BMDHS'de sağlanan anlaşmazlık çözme usullerinden hiçbirini kabul etmediğini açıkladığı beyannamesini iptal etmiştir²⁴. 3 Aralık 2014 tarihinde ise Gana ve Fildişi Sahili devletleri, UDHM Statüsü m. 15/2 uyarınca, anlaşmazlığı UDHM'nin *ad hoc* bir dairesine tevdi eden bir anlaşma imzalamışlardır²⁵.

12 Ocak 2015 tarihinde taraflar arasındaki sözleşmeye uygun olarak, UDHM bünyesinde *ad hoc* bir daire oluşturulmuştur. Bu işlemler sonrasında, Fildişi Sahili, BMDHS m. 290/1 uyarınca ihtiyati tedbir talebini de daireye sunmuştur. Öncelikli olarak, tartışmalı alanda devam eden petrol arama ve işletme operasyonlarının askıya alınmasına yönelik önlemler alınması ve bu alanda petrol arama ve kullanma için yeni bir izin verilmemesi gerektiği belirtilmiştir. Yine aynı kapsamda kıta sahanlığını, üstündeki suları ve toprak altını korumak için gerekli tüm önlemlerin alınmasına ve Fildişi Sahili'nin haklarına hanel getirme ihtimalini doğuran veya ihtilafı şiddetlendirebilecek tek taraflı eylemlerden kaçınılmasına karar verilmesi taleplerine yer verilmiştir²⁶.

BMDHS'ye taraf olan Fildişi Sahili ve Gana devletleri aralarındaki uyuşmazlık, deniz alanlarının sınırlandırılması hususundadır. BMDHS m. 298 hükmü, devletlerin BM Genel Sekreterliği'ne yapacakları bir bildirimle deniz sınırlarına ilişkin uyuşmazlıkların çözüm mekanizması kapsamı dışına çıkarılmasına olanak sağlamaktadır. Ancak her iki devlet de böyle bir bildirimde bulunmadığı için aralarındaki deniz sınırlandırılmasına ilişkin söz konusu uyuşmazlık sözleşmenin çözüm mekanizması kapsamındadır. Bu bağlamda, iki ülke arasındaki deniz alanlarının sınırlandırılmasına ilişkin uyuşmazlık, 3 Aralık 2014'te sonuçlanan özel anlaşma ile *ad hoc* daireye sunulmuştur. Başlangıçta, Gana tarafından söz konusu uyuşmazlığın BMHDS Ek VII'de düzenlenen tahkim yargılamasına gönderilmesi talebinde bulunulmuşsa da sonrasında tarafların yaptığı anlaşma ile UDHM'nin *ad hoc* dairesine müracaat edilmiştir²⁷. *Ad hoc* daire, ihtiyati tedbire yönelik mevcut talebi ele almak için *prima facie* yetkili olduğuna karar vermiştir.

Bu çerçevede, tarafların anlaşmasıyla kurulan *ad hoc* daire, geçici bir önleme karar vermeden evvel durumun aciliyetini dikkate alarak gerçek ve yakın bir riskin önlenmesi ihtiyacının söz konusu olduğu kanaatine varmıştır. Çünkü somut olayda nihai karar verilinceye kadar telafisi

24 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Request for the Prescription of Provisional Measures, p. 1.

25 https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.23_merits/X001_special_agreement.pdf (5 Ocak 2018).

26 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Request for the Prescription of Provisional Measures, p.54.

27 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 59

güç bir zararın meydana gelme ihtimali söz konusudur²⁸. Gana'nın yeni bir sondaj faaliyetinde bulunmamasına ve yine deniz çevresine ciddi bir zarar vermemek için deniz çevresinin etrafındaki veya tartışmalı bölgedeki yetki belgesiyle üstlendiği tüm faaliyetlerinin sıkı ve sürekli olarak izlenmesine tedbiren karar verilmiştir. Buna ilaveten, ihtiyati tedbir kararında tarafların tartışmalı alanda, kıta sahanlığı ve onun üstündeki sular da dâhil olmak üzere deniz çevresine ciddi zarar vermemek için gerekli tüm önlemleri alması ve taraflar arasındaki anlaşmazlığın büyümesine yol açabilecek her türlü tek taraflı eylemden kaçınması öngörülmüştür²⁹.

Bu dava bakımından değinmekte fayda gördüğümüz başka bir husus, İtütüzükten doğan rapor talep etme hakkının da UDHM tarafından kullanılmış olmasıdır. Buna göre, Gana ile Fildişi Sahilleri'nin her birinin en geç 25 Mayıs 2015 tarihine kadar tedbir kararına riayet ettiklerine dair ilk raporu, *ad hoc* daireye sunmaları gerekmektedir. Öngörülen tarihten sonra da UDHM Özel Daire Başkanlığı'nın uygun gördüğü bilgileri ve yine uygun gördüğü bir zamanda isteme yetkisi tedbir kararında saklı tutulmuştur³⁰.

2. UDHM'nin Olağanüstü İhtiyati Tedbir Yetkisi

BMDHS m. 290/5 hükmü ile UDHM'ye alışılagelmiş dışında bir ihtiyati tedbir yetkisi verilmiştir. Bu maddeye göre, uyuşmazlığın karara bağlanacağı yargı merci olmamasına rağmen UDHM'nin ihtiyati tedbir yetkisi bazı şartlar altında gündeme gelebilir. Bu şartlar altında gündeme gelen olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisine UDHM sahiptir³¹. Bu yetki ile, özellikle, tahkim yargılaması başlayıncaya kadar doğabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilmesi hedeflenmiştir. Taraflar arasındaki uyuşmazlık tahkime havale edildiği takdirde, hakem heyeti teşekkül edinceye kadar ihtiyati tedbir kararı verilmesi talebini taraflar anlaşarak, BMDHS m. 290/5 uyarınca, UDHM'ye veya başka bir yargı merciine sunulabilir. Bu durum, BMDHS m. 290/5'in ilk cümlesinde ifade edilmiştir. Keza, İtütüzük m. 89/2 – (a)'da tahkim yargılamasına başlanıncaya kadar UDHM'nin BMDHS m. 290/5 uyarınca ihtiyati tedbire karar verebileceği belirtilmiştir. Şunu da belirtmeliyiz ki bu noktada UDHM ihtiyati tedbire karar verilmesi noktasında münhasır yetkili değildir. UDHM'nin yanı sıra UAD'nin tedbire karar vermesine yönelik bir talebin bulunması hâlinde UAD'nin de BMDHS m. 287'ye göre bu aşamada ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkündür. Belirttiğimiz bu madde hükümleri ile getirilmiş mekanizmanın amacı, hakemlik kuruluncaya kadar geçecek sürede ihtiyati tedbire karar verilmesini sağlamaktır. Yani tedbire karar verilmesi için daimî olarak görev yapan yargı mercileri yetkili kılınmıştır. Böylelikle, ihtiyati tedbir gerektiren durumlarda hakemlik kuruluncaya karar geçecek sürede doğabilecek zararların önüne geçilebilir.

28 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 42.

29 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 108(1).

30 Delimitation of the Maritime Boundary in the Atlantic Ocean (Ghana/Côte d'Ivoire), Provisional Measures, Order of 25 April 2015, ITLOS Reports 2015, p. 108(2).

31 Yusuf Aksar, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 90.

UDHM'nin uyuşmazlığı çözmeye yetkili yargı merci olmamasına rağmen olağanüstü ihtiyati tedbir verme yetkisi tek tarafın talebiyle de gündeme gelebilecektir. Tek tarafın talebi ile olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisinin doğmasının şartları BMDHS m. 290/5'te ve İçtüzük m. 89/2 – (b)'de düzenlenmiştir. Öncelikle, uyuşmazlığın havale edildiği hakemlik henüz kurulmamış olmalıdır. Akabinde taraflardan herhangi biri, BMDHS m. 290/5 uyarınca ihtiyati tedbir talebinde bulunmalı ve fakat bu hususta iki hafta içerisinde anlaşamamış olmalıdırlar. Bu iki haftalık süreç sonunda anlaşmaya varılamaması hâlinde, taraflardan her biri, tahkim mahkemesinin yargı yetkisinin varlığına dair ve durumun aciliyetine ilişkin hukukî gerekçeleri de göstererek UDHM'den tek taraflı ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir³².

UDHM'nin tek tarafın talebi ile olağanüstü şekilde ihtiyati tedbire karar vermesi, tarafların iki hafta boyunca anlaşamamış olması ön koşuluna bağlıdır. Bu iki haftalık süre, ihtiyati tedbir talebinin karşı tarafa bildirilmesi tarihinden itibaren başlar. Söz konusu bildirimden sonra karşı taraf ihtiyati tedbir talebini kabul etmezse veya taraflar tedbir talebini hangi yargı merciine havale edecekleri hususunda uzlaşamazlarsa, iki haftalık süre sonunda taraflardan biri, UDHM'nin ihtiyati tedbir mekanizmasını harekete geçirebilir. Bu süre bitmeden UDHM'ye yapılacak bir başvuru üzerine ihtiyati tedbir kararının verilmesi ise düşünülemez. Süre geçtikten sonra başvurunun ne zaman yapılabileceğine dair herhangi bir süre sınırlandırması ise öngörülmemiştir. Fakat her hâlikârda hakem heyeti teşkil etmeden başvuruda bulunulmalıdır.

Birleşik Krallık – İrlanda arasındaki *MOX Plant* davasında taraflar, BMDHS kapsamında herhangi bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasını seçtiklerine dair bir bildirimde bulunmamışlardır. Bu sebeple, BMDHS m. 287 hükmü gereğince, tarafların tahkim usulünü kabul ettikleri varsayılmıştır. İrlanda, 25 Eylül 2001 tarihinde tahkim yoluna başvurmuş ve ihtiyati tedbir talebini Birleşik Krallık'a bildirmiştir. Uyuşmazlığın taraflarının tedbir konusunda iki hafta içinde herhangi bir uzlaşmaya varamamaları ve hakemliğin de hâlâ kurulmamış olması sebebiyle, İrlanda, ihtiyati tedbir talep ederek 09 Kasım 2001'de UDHM'ye başvurmuştur³³. Birleşik Krallık ise iki haftalık sürenin bitmesinden sonra kısa bir sürede İrlanda tarafından tedbir istenmediği için tedbire dayanak teşkil edebilecek aciliyet durumunun olmadığı ve bu sebeple talebin reddedilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de başvurunun geç yapılmış olması tedbirin aciliyetini ilgilendiren bir mesele olarak görülebilir. Buna karşın, başvuruda bulunulması için herhangi bir süre kısıtlaması getirilmemiştir.

UDHM'nin uyuşmazlığı çözecek hakem heyetini *prima facie* yetkili görerek ihtiyati tedbire karar vermiş olması, hakem heyetinin kendisini mutlaka yetkili göreceği anlamına gelmez. Nitekim BMDHS m. 288/4'te açıkça ifade edildiği üzere, bir mahkemeye veya yargı yerinin taraflar arasındaki uyuşmazlık hakkında kendisinin yargı yetkisini haiz olup olmadığını karara bağlaması gerekir.

Southern Bluefin Tuna davasında Yeni Zelanda ve Avustralya, Japonya'ya karşı ton balıklarının korunması için uyuşmazlığı tahkime taşımışlardır. Tahkim yargılaması başlayınca kadar

32 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 89/4.

33 The *MOX Plant Case* (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Request of Ireland (9 November 2011).

ihtiyati tedbir hususunda taraflar anlaşmaya varamadığı için UDHM'ye başvurulmuştur³⁴. UDHM, ihtiyati tedbire karar vermeden önce *prima facie* bir değerlendirme yaparak hakem mahkemesinin yargı yetkisinin bulunduğu kanaatine varmıştır. Buna karşın, tahkim mahkemesi kendisini yetkisiz görerek bu kararı iptal etmiştir³⁵. Her ne kadar burada iptal kararı verilmiş de olsa, tahkim mahkemesinin kendisini yetkisiz görmesiyle birlikte tedbirin *ipso iure* sonra ermesi gerekir. Nitekim UDHM'nin tedbir kararının geçerliliği, hakem mahkemesinin uyuşmazlığı karara bağlama noktasında yargı yetkisine sahip olmasına bağlıdır.

Olağanüstü ihtiyati tedbirde olağan ihtiyati tedbirden farklı olarak tedbiri gerektiren koşullar bakımından daha ivedi bir durumun varlığı gerekir³⁶. UDHM, aciliyet durumunu değerlendirirken tahkim mahkemesi kuruluncaya kadar geçecek süreyi dikkate almaktadır. Geçecek süre ve somut durumun şartlarına göre tedbir kararının acil olup olmadığına dair kanaat edinmektedir. *MOX Plant* davasında radyoaktif maddelerin taşınmasının deniz çevresine zarar verdiği ve santralin çalışması hâlinde geri dönülemeyecek zararların doğacağı iddialarına dayanılarak UDHM'den ihtiyati tedbir talep edilmiştir. Birleşik Krallık ise 2002 yılının yazına kadar santralden hiçbir yere yakıt ihraç etmeyeceği taahhüdünde bulunmuştur. Bunun sonucu olarak, tahkim mahkemesi kuruluncaya dek önlenmesi gereken bir zarar ihtimalinin kalmadığına ve durumun bir aciliyet teşkil etmediğine karar verilmiştir³⁷.

Yukarıda belirttiğimiz farklılık, olağanüstü ihtiyati tedbir bakımından BMDHS m. 290/1'de geçen şartların uygulanmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. *MOX Plant* davasında Hâkim *Mensah*, BMDHS m. 290/1 hükmünün ihtiyati tedbirin genel şart ve koşullarını ortaya koyduğunu belirtmiştir. Bu sebeple, BMDHS m. 290/5'in uygulanmasında da aynı temel şart ve koşullar dikkate alınmalıdır. Yani olağanüstü ihtiyati tedbirde de ancak tarafların haklarını korumak veya deniz çevresine ciddi zarar verilmesini önlemek amacıyla tedbire karar verilebilir³⁸. *Southern Bluefin Tuna* davasında da balık kaynaklarının korunması, “deniz çevresinin korunması” amacı kapsamında ele alınmıştır. Bu bağlamda, ihtiyati tedbir talebi hakkında BMDHS m. 290/1 ve 5 birlikte dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmıştır³⁹.

Bununla birlikte, olağan ihtiyati tedbirde UDHM'nin uygulanacak tedbiri takdir ederken tarafların talepleriyle bağlı olmaması, olağanüstü ihtiyati tedbirde de söz konusudur. Taraflardan birisinin tedbir talebinde bulunmasının bu bakımından bir önemi yoktur. Dolayısıyla, taraflardan sadece birisi tedbir talebinde bulunmuş olsa da UDHM'nin talepte bulunan tarafın aleyhine

34 Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Provisional Measures, Order of 27 August 1999, ITLOS Reports 1999, p. 30.

35 Dean Bialek, “Australia & New Zealand V Japan: Southern Bluefin Tuna Case”, **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 1, No. 1 (Aralık 2000), s. 159.

36 Natalie Klein, **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 69.

37 *MOX Plant* (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001.

38 Shabtai Rosenne, **Provisional Measures in International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 54.

39 Cesare Romano, “The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come . . . Like It or Not”, **Ocean Development & International Law**, Vol 32, No:4, (2001), s. 321.

olacak şekilde de karar vermesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle, tedbir talebinde bulunan taraf için usulü kazanılmış haktan söz edilemez.

a. UDHM'nin Olağanüstü İhtiyati Tedbir Yetkisine İlişkin Örnek Davalar

Bugüne kadar UDHM tarafından olağanüstü tedbir yetkisinin kullanıldığı davalar; *Southern Bluefin Tuna* (Yeni Zelanda ve Avustralya/Japonya), *MOX Plant* (İrlanda/Birleşik Krallık), *Johor Boğazında ve Çevresinde Singapur Arazi Tesisi* (Malezya/Singapur), *Ara Libertad* (Arjantin-Gana), *Arctic Sunrise* (Hollanda v. Rusya Federasyonu) ve *Enrica Lexie* (İtalya/Hindistan) davalarıdır.

aa. The MOX Plant Davası

Birleşik Krallık Hükümeti'nin 2001 tarihli kararıyla kendisine izin verilmiş olan bir şirket tarafından İrlanda Denizi'nin doğu sahilleri üzerinde bulunan Sellafield'ta *MOX Plant* tesisi kurulmuştur. Kapalı bir denize sahip olan ve birçok ekonomik amacını bununla gerçekleştiren İrlanda, söz konusu bu tesisin deniz kirliliğine sebep olacağı düşüncesiyle tesisin kurulmasına karşı çıkmıştır. Bu bağlamda, tesisin kurulmasının denizlerde iş birliği ve denizin çevresinin korunması hususlarında hukuka aykırılık teşkil edeceği iddiaları öne sürülmüştür⁴⁰.

Söz konusu uyuşmazlığın tarafı olan İrlanda ve Birleşik Krallık BMDHS'yi sırasıyla 21 Haziran 1996 ve 25 Temmuz 1997 tarihlerinde onaylamışlardır. İrlanda, Birleşik Krallık'tan farklı olarak herhangi bir çözüm mekanizmasını seçmemiştir. Birleşik Krallık ise olası bir uyuşmazlıkta UAD'nin yetkisini kabul etmiştir. BMDHS m. 279 gereğince taraflar, bu uyuşmazlık bakımından barışçıl çözüm yollarına başvurmuşlar ve fakat bir sonuç elde edememişlerdir. Her iki taraf da aynı usulü seçmediği için İrlanda, BMDHS m. 287/5'ye göre Birleşik Krallık aleyhine 25 Ekim 2001'de tahkime başvurmuştur. Aynı zamanda ihtiyati tedbir talebinde de bulunulmuştur. İki haftalık süre içinde bu devletler arasında ihtiyati tedbire ilişkin bir uzlaşma sağlanmadığından ve tahkim mahkemesi de teşkil etmediğinden dolayı, İrlanda, BMDHS m. 290/5 kapsamında 9 Kasım 2001 tarihinde UDHM'ye ihtiyati tedbire karar verilmesi için başvuruda bulunmuştur⁴¹. Bu kapsamda, *MOX Plant* tesisinin izninin iptal edilmesine varacak kadar bir dizi önlemden bahsedilmiştir. Özellikle faaliyetlerin engellenmesi, atıkların bırakılmasının önlenmesi ve son olarak uyuşmazlığı derinleştirecek her türlü eylemden imtina edilmesi gibi taleplerde bulunulmuştur⁴².

Birleşik Krallık ise tahkim mahkemesinin yargı yetkisine itiraz ederek ihtiyati tedbir talebinin reddedilmesini talep etmiştir. Yaptığı değerlendirmeye göre tahkim mahkemesini yetkili gören

40 Kerem Batır, "Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi", **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt:4, No:16 (2008), s. 61-62.

41 *MOX Plant* (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 2.

42 *MOX Plant* (Irelandv. United Kingdom), Request for the Prescription of Provisional Measures, , p. 150.

UDHM, ihtiyati tedbir talebini incelemeye geçmiştir⁴³. Buna karşın, Birleşik Krallık tarafından İrlanda ile anlaşmaya çalışılacağı ve bu süreçte söz konusu bölgeye ya da söz konusu bölgeden başka bir yere doğru deniz yoluyla radyoaktif madde taşınmayacağı ve 2002 yılının yazına kadar bu santralden hiçbir yere MOX ihraç etmeyeceği taahhütlerinde bulunmuştur⁴⁴. Bunun üzerine, Mahkeme, Birleşik Krallık'ın taahhütlerinin güvence niteliğinde olduğunu⁴⁵ bu sebeple tahkim kuruluncaya dek geçecek kısa sürede İrlanda'nın talep ettiği ihtiyati tedbirlere hükmedilmesini gerektiren bir aciliyetin olmadığını belirtmiştir⁴⁶. Tahkim mahkemesi kuruluncaya dek MOX santralinden kaynaklanabilecek İrlanda Denizindeki sonuçlara ilişkin bilgi alışverişinde bulunulması, etkilerin veya risklerin izlenmesi ve meydana gelebilecek deniz kirliliğinin önüne geçilmesi için gerekli tedbirlerin bulunması hususunda İrlanda ve Birleşik Krallık'ın iş birliği yapması ve görüşmeler yapması şeklinde ihtiyati tedbire hükmedilmiştir⁴⁷.

bb. Enrica Lexie Davası

Hindistan, Keraladan yaklaşık 20,5 deniz mili uzakta (*Hindistan'ın Münhasır Ekonomik Bölgesi*) iki Hintli balıkçıyı öldürmekle suçladığı İtalyan bayraklı *Enrica Lexie* petrol tankerinde görevli *Latorre* ve *Girone* isimli piyadeleri tutuklamıştır⁴⁸. *Ant Antonius* balıkçı teknesindeki silahsız kurbanların uyarıda bulunulmaksızın öldürülmesi gerekçe olarak gösterilmiştir. İtalya ise sürekli görsel ve işitsel uyarı atışlarına rağmen balıkçı gemisinin tankerlere doğru ilerlediğini ve çarpışmaya çalıştığını belirtmiş ve bunun korsan saldırı olarak değerlendirildiğini ifade etmiştir.

Açık denizde Hindistan'ın İtalya bayraklı gemi üzerinde yargı yetkisini kullanmasından ötürü İtalya itirazda bulunmuştur. Hindistan ise olayın ticaret gemisinde yaşandığını ve uluslararası hukuk bağlamında bir bağışıklık iddiasında bulunulamayacağını belirtmiştir⁴⁹. İtalya, 26 Haziran 2015 tarihinde uyuşmazlığın çözümü ve ihtiyati tedbir talebinde bulunmak üzere tahkime başvurmuştur. 13 Temmuz 2015 tarihinde Hindistan Yüksek Mahkemesi tarafından İtalya tarafından talep edilmiş tedbirlerin uygulanmasının reddine karar verilmiştir⁵⁰. Bu sebeple, İtalya BMDHS m. 290/5 hükmüne istinaden 21 Temmuz 2015 tarihinde UDHM'den ihtiyati tedbire karar vermesi talebinde bulunmuştur.

43 MOX Plant (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 62.

44 MOX Plant (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 78,79.

45 MOX Plant (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 80.

46 MOX Plant (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 81.

47 MOX Plant (Irelandv. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001, ITLOS Reports 2001, p. 89.

48 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Request for the Prescription of Provisional Measures, p. 3.

49 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS Reports 2015, p. 50.

50 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Request for the Prescription of Provisional Measures, p. 13,14.

Tedbir talebinde Hindistan'ın *Enrica Lexie* üzerinde yargı yetkisini kullanmaya devam etmesine izin verilmesinin İtalya'nın BMDHS kapsamındaki haklarına ciddi ve geri dönüşü olmayan bir zarara sebep olacağını ifade etmiştir⁵¹. Bu kapsamda İtalya, BMDHS Ek VII tahkim yargılaması boyunca, Hindistan'ın *Enrica Lexie* ve piyadeler üzerinde herhangi bir yargılama yetkisini kullanmaktan kaçınması, piyadeler aleyhine adli ve idari tedbir alınması ve uygulanmasının önüne geçilmesi ve piyadelerin İtalya'ya seyahat etmesi ve tahkim boyunca İtalya'da kalması için piyadelerin özgürlüğü ve güvenliği üzerinde tüm kısıtlamaları kaldırması yönüne ihtiyati tedbir talep etmiştir. Durumun aciliyeti olarak piyadelerin keyfi olarak özgürlüklerinden mahrum edildiği ve piyadelerin birinin ise akut sağlık sorunu ve zor bir rehabilitasyon ile karşı karşıya iken özgürlüğünden hâlâ mahrum olduğu ifade edilmiştir⁵².

UDHM, tahkim mahkemesinin *prima facie* yetkili olup olmadığı incelemiştir. Bu incelemede İtalya ve Hindistan'ın sırasıyla 13 Ocak 1995 ve 29 Haziran 1995'te BMDHS'yi imzalayan taraf devletler olduğu ve İtalya'nın BMDHS m. 287 uyarınca 26 Şubat 1997'de UDHM ve UAD'nin BMDHS'nin yorumlanması veya uygulanmasına ilişkin uyuşmazlıkların çözümü için bir araç olarak seçen bildirimde bulunduğu tespit edilmiştir. Hindistan'ın ise BMDHS m. 287 uyarınca bir bildirimde bulunmamasından ötürü Ek VII uyarınca tahkim yargılamasını kabul ettiği çıkarımının m. 287/5 hükmünce yapılacağı kanaatine varılmıştır. İtalya ve Hindistan tarafından mevcut uyuşmazlığın çözülmesi için aynı prosedürün kararlaştırılmamış olması sebebiyle, BMDHS m. 287/5'ye göre uyuşmazlığın karara bağlanmasında tahkim mahkemesinin yetkili olacağına karar verilmiştir⁵³.

Tahkim mahkemesinin söz konusu uyuşmazlık hakkında yargı yetkisini haiz olduğu kanaatine varan UDHM, BMDHS Ek VII'ye göre hakem mahkemesine tevdi edilmiş uyuşmazlığın derinleşmesi ve devam etmesine sebep olacak veya tahkim mahkemesi tarafından verilebilecek kararların icrasına zarar verebilecek veya halel getirecek derdest davaların askıya alınması ve yeni davaların açılmasından kaçınılması şeklinde ihtiyati tedbire karar vermiştir⁵⁴.

3. Diğer Antlaşmalardan Doğan Olağan İhtiyati Tedbir Yetkisi

BMDHS'nin yanı sıra bazı uluslararası antlaşmalarda da UDHM'ye ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Uluslararası antlaşmanın taraflarının iradesi ihtiyati tedbir bakımından UDHM'yi yetkili kılama yönünde olması ve uyuşmazlığın UDHM'ye havale edilmesi hususları gözetildiğinde olağan ihtiyati tedbir yetkisi söz konusu olur. 1995 tarihli Balık Stokları Antlaşması'nda ve 1996 tarihli Londra Konvansiyonu Protokolü ve Açık Denizde Balıkçı Teknelerinin Uluslararası Koruma ve Yönetim Önlemlerine Uyumluluğun Desteklenmesi Antlaşması'nda UDHM'ye ihtiyati tedbire karar vermesi yetkisi tanınmıştır.

51 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Request for the Prescription of Provisional Measures, p. 37.

52 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Request for the Prescription of Provisional Measures, p.53.

53 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS Reports 2015, p. 35.

54 "Enrica Lexie" (Italy v. India), Provisional Measures, Order of 24 August 2015, ITLOS Reports 2015, p. 141.

a. 1995 Balık Stokları Antlaşması

4 Ağustos 1995'te kabul edilen Balık Stokları Antlaşması⁵⁵, 4 Aralık 1996'ya kadar imzaya açık kalmış, 88 devlet ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilmiş ve otuzuncu katılım belgesinin BM Genel Sekreterine tevdi edilmesini izleyen otuzuncu günün ardından 11 Aralık 2001'de yürürlüğe girmiştir. Antlaşma, balık stoklarının korunması ve yönetimi ile ilgili düzenlemelerle, ihtiyatlı yaklaşım, mevcut en iyi bilimsel bilgilere dayanma ve kaynakların en iyi şekilde kullanılması hususlarında devletlerin iş birliğinin gerektiğini ortaya koymaktadır.

Balık Stokları Antlaşması m. 7/5 uyarınca, balık stoklarının korunması ve yönetimi bakımından taraf devletlerin anlaşması ve bu konuda düzenlemeler yapması beklenmektedir. Bu hususta anlaşmaya varılamadığı takdirde, ilgili Devletlerden herhangi biri, BMDHS Bölüm VIII'de öngörülen uyuşmazlıkların çözülmesine ilişkin usuller kapsamında yaşanan uyuşmazlık hakkında bir yargı merciine başvurmalıdır.

Uyuşmazlığın sunulduğu yargı mercii, BMDHS m. 290'a hâle getirmeksizin, tarafların haklarını korumak ve stokların zarar görmesini önlemek için uygun gördüğü geçici önlemleri önerebilir. Balık Stokları Antlaşmasına taraf olup BMDHS'ye taraf olmayan bir devlete ilişkin uyuşmazlık söz konusu olduğunda, BMDHS m. 290/5 uygulanamayacaktır⁵⁶. UDHM'nin işbu Antlaşma kapsamında ihtiyati tedbire karar verebilmesi, uyuşmazlığın taraf olan devletlerin bu yönde bir iradeye sahip olmasına bağlıdır. Uygulanmakta olan bir tedbirin değiştirilmesi veya iptal edilmesi de aynı şekilde mümkün olabilir.

Balık Stokları Antlaşması'nın temel amacı, balık stoklarının korunması ve idaresidir. Bu amaçla, balık stoklarının etkili şekilde, uzun vadeli korunması ve sürdürülebilir kullanımı sağlanmaya çalışılmaktadır⁵⁷. Söz konusu Antlaşma kapsamında yargı merciine bırakılan ihtiyati tedbir yetkisi, yalnızca bu amaca hizmet edecek şekilde kullanılabilir. Yani uyuşmazlığın tarafı devletlerin haklarının ve balık stoklarının korunmasına yönelik olarak ihtiyati tedbire karar verilebilir. Bunun yanı sıra, Balık Stokları Anlaşması kapsamındaki bir uyuşmazlık bakımından BMDHS m. 290 hükmü de uygulanabileceğinden, deniz çevresinin korunması için de ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceği söylenebilir.

Balık Stokları Anlaşması'nda BMHDS'nin ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerine atıf yapılmış da olsa, işbu Antlaşma'ya taraf olan bir devletin aynı zamanda BMDHS'ye taraf olup olmadığına bakılmalıdır. Uyuşmazlığın tarafı devletlerden birisinin BMDHS'ye taraf olmaması hâlinde, Balık Stokları Antlaşması m. 31'de açıkça ifade edildiği üzere, UDHM'nin BMDHS m. 290/5'te öngörülen olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi kullanılamayacaktır.

55 Antlaşma metni için bakınız: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/fish_stocks_agreement/CONF164_37.htm (7 Mart 2018).

56 Balık Stokları Antlaşması m. 31.

57 Gomes Rocha, s. 75.

b. Atık veya Diğer Maddelerle Deniz Kirliliğini Önleme Konvansiyonu (Londra Konvansiyonu) 1996 tarihli Protokolü

29 Aralık 1972’de imzaya açılıp 30 Ağustos 1975’te yürürlüğe giren Londra Konvansiyonu⁵⁸’nun amacı, atık boşaltımının neden olacağı deniz kirliliğini engelleyerek deniz çevresini korumak için küresel bir sistem oluşturmaktır. Sadece insan sağlığı ve çevre için tehlike arz etmeyecek olan maddelerin denize atılmasına olanak tanınmaktadır. 17 Kasım 1996 tarihli Protokol⁵⁹ ile Londra Konvansiyonu güncellenmiş ve “geri dönüşüm listesi” dışındaki tüm atıkların denize bırakılması yasaklanmıştır.

Londra Konvansiyonu m. 10’da taraf devletlerin deniz kirliliğine ilişkin olarak sorumluluğunun belirlenmesi ve uyuşmazlıkların çözümü hakkında usuller geliştireceği öngörülmüştür. Yine taraf devletlerin yapacakları ilk toplantıda söz konusu Konvansiyon’un yorumlanması ve uygulanması hakkında usulleri de değerlendirecekleri m. 11’de ifade edilmiştir. Buna uygun olarak, 1996 tarihli Protokol ile uyuşmazlık çözüm yolları belirlenmiştir.

Protokol m. 16’da öncelikle müzakereye, arabuluculuğa, uzlaşmaya ya da diğer barışçıl yollara başvurularak uyuşmazlıkların giderilebileceği belirtilmiştir. Uyuşmazlık barışçıl yollarla çözülemediği takdirde ise taraflar, BMDHS’ye taraf olsun veya olmasın BMDHS m. 287/1’de düzenlenen usullerden birine başvurmayı kararlaştırabilirler. BMDHS m. 287/1 kapsamında bir usul kararlaştırılması hâlinde, seçilen yargı merciine ilişkin BMDHS XV. Bölümde belirtilen hükümler de kendiliğinden uygulanabilecektir. Şayet uyuşmazlığın UDHM’ye götürülmesi kararlaştırılırsa, BMDHS XV. Bölüm hükümleri uygulanacağından, UDHM’nin BMDHS m. 290’a göre ihtiyati tedbire karar vermesi de mümkün olabilecektir.

c. Açık Denizdeki Balıkçı Gemileri Hakkında Uluslararası Koruma ve Yönetim Tedbirlerine İlişkin Antlaşma

İşbu Antlaşma⁶⁰, açık denizde balıkçı gemilerinin uluslararası önlemlerle uyumunun sağlanması ve açık denizdeki canlı kaynakların korunması, yönetimi, sürdürülebilir kullanımı için iş birliğinin güçlendirilmesi amacıyla düzenlenmiştir. 24 Kasım 1993’te kabul edilen ve 24 Nisan 2003’te yürürlüğe giren Antlaşma ’ya 39 devlet ve Avrupa Birliği taraftır. Uyuşmazlık meydana geldiğinde, öncelikle tarafların istişare etmeleri ve sonrasında müzakere, soruşturma, arabuluculuk, uzlaşma, hakemlik veya diğer bir barışçıl yola başvuracakları düzenlenmiştir. Antlaşma m. 9 hükmüne göre, barışçıl yollarla çözülemeyen uyuşmazlıklar tarafların rızasıyla UAD’ye, UDHM’ye veya hakemliğe sevk edilmelidir. Uyuşmazlığın hangi yargı merciine sevk

58 Antlaşma metni için bakınız: [http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/PROTOCOL Amended2006.pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/PROTOCOL%20Amended2006.pdf) (10 Mart 2018).

59 Antlaşma metni için bkz. [http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/PROTOCOL Amended2006.pdf](http://www.imo.org/en/OurWork/Environment/LCLP/Documents/PROTOCOL%20Amended2006.pdf) (10 Mart 2018).

60 Antlaşma metni için bakınız: <http://www.fao.org/docrep/MEETING/003/X3130m/X3130E00.HTM> (12 Mart 2018).

edileceği hususunda anlaşmaya varılamadığında, tarafların uyuşmazlığın çözümünü görüşmek üzere istişare etmeye ve iş birliği yapmaya devam etmesi gerekir⁶¹.

Yukarıda belirttiğimiz şartlarda eğer tarafların ortak iradesi uyuşmazlığın UDHM'ye götürülmesi yönünde olursa, UDHM'nin tüm yetkileri kabul etmiş sayılacaktır. Bu yetkilerin kapsamına UDHM tarafından uyuşmazlık hakkında ihtiyati tedbire karar verilmesi de girmektedir.

4. Uyuşmazlıkla Resen Doğan Sabit İhtiyati Tedbir

Deniz Hukuku Konferanslarının ikinci oturumunda Hollanda tarafından deniz bilimsel araştırmaları üzerinde bir uyuşmazlık olduğu takdirde araştırma projesinin askıya alınmasına ilişkin bir öneri getirilmiştir. Yapılan görüşmeler neticesinde deniz alanlarındaki araştırmalara ilişkin uyuşmazlıkların BMDHS kapsamında uyuşmazlık çözüm yolları kapsamına alınması hususu düzenlenmiştir. Bunun yanı sıra ve daha mühimi, uyuşmazlık halinde bu bilimsel araştırmaya başlanması veya devam edilmesi, kıyı devletinin açık rızasına bağlanmıştır⁶². Söz konusu hüküm uyarınca, BMDHS m. 264'e uygun olarak uyuşmazlık çözülene dek, ilgili kıyı devletinin açık onayı olmadan, araştırma projesini yürütmeye yetkili olan devlete veya yetkili uluslararası organizasyona, araştırma faaliyetlerini başlatmasına veya devam ettirmesine izin verilmeyecektir.

Bu düzenleme gereğince, herhangi bir tarafın talepte bulunması veya herhangi bir yargı merciinin karar vermesi gerekmez, kendiliğinden doğan ve taraflar için bağlayıcı olan bir tedbirden bahsedilebilir. Diğer bir ifadeyle, tedbir mekanizması uyuşmazlığın doğmasıyla birlikte resen ortaya çıkmakta ve uyuşmazlığın taraflarını bağlamaktadır. Bu sebeple, madde başlığında ihtiyati tedbirler (*provisional measures*) ifadesi kullanılmamıştır; çünkü tedbirin uygulanması için yargı yetkisine sahip mahkeme veya yargı merci tarafından tedbire hükmedilmesi şarttır. Bunun yerine, ihtiyati tedbirden farklı olduğunu belirtmek üzere ara tedbirler (*interim measures*) ifadesine yer verilmesi tercih edilmiştir. Ara tedbirler ise bir yargı mercii veya mahkemenin kararına gerek kalmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan tedbirlerdir⁶³.

5. İhtiyati Tedbir Kararlarının Uygulanması, Değiştirilmesi ve Ortadan Kaldırılması

BMDHS'de ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi sözleşmenin uyuşmazlık çözmeye yetkili her yargı merciine verilmiştir. Bu yargı mercilerinden biri de UDHM olup BMDHS m. 290'de Mahkeme ve Deniz Dibi Uyuşmazlıkları Dairesinin ihtiyati tedbir yetkisinden bahsedilmiştir. Ancak Mahkeme Statüsü m. 25 ve İhtisaz m. 91 uyarınca mahkemenin toplantı hâlinde olmadığı hallerde Basit Usul Dairesi'nin de ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkündür.

61 Gomes Rocha, s. 76.

62 Myron Nordquist, Satya Nandan and Shabtai Rosenne, **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary Vol. IV**, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher, 1995, s. 660.

63 Nordquist, Nandan and Rosenne, s. 658.

İhtiyati tedbir talebinin ne zaman Mahkemeye ne zaman Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesine sevk edileceği ayrımı BMDHS m. 290'da yapılmamıştır. Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi UDHM'nin daimî dairelerinden biridir ve yargı yetkisinin çerçevesi Kısım XI Bölüm 5'te belirlenmiştir⁶⁴. Bu durumda BMDHS genel kuralları kıyasen uygulanacaktır. Talep edilen ihtiyati tedbirin niteliği uyarınca Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesinin yetki alanında olup olmadığı incelenerek, yetki alanında olması durumunda Daireye, olmaması durumunda ise Mahkemeye sevk edilecektir. Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nin ve Mahkeme'nin altında oluşturulan daireler bunların parçası sayıldığından uyuşmazlığın Mahkeme ve Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesi'nin altında oluşturulan diğer dairelere sevk edilmesi de mümkündür. Nitekim Mahkeme Statüsü m. 15/5'te Özel Daire ve Deniz Yatağı Uyuşmazlıkları Dairesinin verdiği kararların mahkeme tarafından verilmiş telakki edileceği açıkça belirtilmiştir. *Atlas Okyanusunda Gana ve Fildişi Sahili arasındaki Deniz Sınırının Sınırlandırılmasına İlişkin Anlaşmazlık* davasında tarafların talebi üzerine Mahkemece *ad hoc* bir daire kurulmuş ve bu daire uyuşmazlığın esasına ilişkin yargılamanın yanı sıra ihtiyati tedbire de hükmetmiştir.

İhtiyati tedbirlere acil bir durumun önüne geçilmek için hükmedileceği mantığından yola çıkarak, BMDHS'de tedbirlerin hükmedilmesini imkânsızlaştıracak ya da geciktirecek bütün ihtimaller ortadan kaldırılmaya çalışılmıştır. İhtiyati tedbire ilişkin kurallar ihdas edilirken en yüksek verimlilikle hakların korunması sağlanmaya çalışılmıştır⁶⁵. Bu sebeple İchtüzükte mahkeme toplantı hâlinde değilse veyahut yeterli üye sayısına ulaşamayacağı için toplanamayacaksa ihtiyati tedbirin Basit Usul Dairesi tarafından verilebileceği düzenlenmiştir ki bu durumda dairenin verdiği karar mahkemenin verdiği kararlar eş değerde bağlayıcı olacaktır⁶⁶. Mahkeme Başkanı, duruşmaya karar verilen tarihte, yeterli çoğunluğu oluşturamayacağını tespit ederse,

64 **BMDHS m. 186:** “Deniz Dibi Uyuşmazlıkları Dairesinin kurulması ve kendi yargı yetkisini kullanması, Bölüm XV ve Ek VI'nı bu bölümünün hükümlerine tabidir.”

BMDHS m. 187: “Bölgedeki faaliyetlerle ilgili olarak aşağıdaki kategorilere giren ihtilaflarda:

- (a) Bu bölüm veya eklerle ilişkin Taraf Devletler arasında yorum veya uygulama ile ilgili uyuşmazlıklar
- (b) aşağıdakilerle ilgili olarak bir Taraf Devlet ile Otorite arasındaki uyuşmazlıklar:
 - (i) Bu bölüm veya Ekteki kurallara, bunlara uygun olarak kabul edilen Otoritenin düzenleme veya usullerine aykırı olduğu iddia edilen Otorite veya Taraf Devletlerin fiil veya ihmalleri
 - (ii) Otorite'nin yetki alanı dışında olduğu ya da yetkisini kötüye kullandığının iddia edildiği haller,
- (c) Taraf Devletler, Otorite, devlet teşebbüsleri ve 153 üncü maddenin 2'nci fıkrasının (b) bendinde sözü edilen gerçek veya tüzel kişiler olmak üzere, aşağıdakilerle ilişkin bir sözleşmeye taraflar arasındaki uyuşmazlıklar;
 - (i) ilgili bir sözleşmenin veya bir iş planının yorumlanması veya uygulanması; veya
 - (ii) Bölgedeki faaliyetlerle ilgili olarak sözleşmeye taraf olan ve diğer tarafa yöneltilen veya meşru çıkarlarını doğrudan etkileyen bir fiil veya ihmaller;
- (d) Kurum ve Madde 153, paragraf 2 (b) 'de belirtildiği gibi bir Devlet tarafından sponsor olunan ve Ek III, Madde 4, Fıkra 6 ve Madde 13, paragraf 2'de belirtilen koşulları usulüne uygun bir şekilde yerine getiren, muhtemel yüklenici arasındaki bir sözleşmeyi reddetme veya sözleşmenin müzakeresinde doğan hukuki bir konuyla ilgili olarak uyuşmazlıklar;
- (e) Kurum ile bir Taraf Devlet, bir devlet teşebbüsü ya da bir Taraf Devletin sponsorluğunda 153 üncü maddenin 2'nci fıkrasının (b) bendi uyarınca Kurumun sorumluluğunu üstlendiği iddia edilen bir gerçek veya tüzel kişi arasında çıkan ihtilaflar Ek III, madde 22'de sağlanan;
- (f) Daire'nin yetki alanının bu Sözleşmede özel olarak sağlandığı diğer anlaşmazlıklar.”

65 Jing Guan, “An Analysis of the Jurisdiction over Provisional Measures of the ITLOS”, *China Oceans Law Review*, Vol. 2007 No.1 (2007), s. 419.

66 Shabtai Rosenne, *Provisional Measure in International Law*, Oxford: Oxford Press, 2004, s.57-58.

ihtiyati tedbir kararının alınması için mahkemenin görevlerini yerine getirmesi üzere Basit Usul Dairesi⁶⁷'nin toplanmasına karar verebilir⁶⁸. İhtiyati tedbir kararının alınması için uyuşmazlık Mahkeme Başkanı tarafından Basit Usul Dairesine sevk edilebileceği gibi tarafların talebi ile de sevk edilebilir⁶⁹.

BMDHS m. 290/5 uyarınca olağanüstü ihtiyati tedbir kapsamında tek tarafın talebi UDHM'ye sunulduğunda da eğer mahkeme oturum hâlinde değilse ya da yeterli çoğunluk sağlanamayacaksa uyuşmazlık Basit Usul Dairesine sevk edilir. Bu durumda Statü m. 15/4 ile bütün tarafların talebi koşuluna bağlanan dairenin çalışma usulü göz ardı edilerek tek bir tarafın talebi ile Daire ihtiyati tedbir talebini inceleyecektir⁷⁰.

İhtiyati tedbir talebi, mahkeme oturumda olmadığı veya yeterli çoğunluk sağlanamayacağı için Basit Usul Dairesine sevk edilmişse; dairenin tedbire hükmetmesinden itibaren 15 gün içerisinde taraflardan birinin talebiyle Mahkeme dairenin emrettiği ihtiyati tedbiri gözden geçirebilir ve düzeltebilir. Bunun yanı sıra Mahkemenin Dairenin tedbir kararını herhangi bir zamanda resen gözden geçirmesi veya düzeltmesi de mümkündür⁷¹.

Uyuşmazlık BMDHS m. 287 uyarınca UDHM'ye sevk edilmişse taraflardan birinin ihtiyati tedbir talebi yeterli olacaktır ancak uyuşmazlık hakemliğe sevk edilmiş ve hakemliğin kurulmasına dek UDHM'nin ihtiyati tedbir emretmesi isteniyorsa, bütün tarafların rızası gereklidir. Ancak eğer taraflar iki hafta süresince ihtiyati tedbir talebi hususunda anlaşamazlarsa, tek tarafın talebi UDHM'nin tedbir talebini incelemesi için yeterli olacaktır. Nitekim m. 290/3'te taraflardan en az birinin talebi ve taraflara dinlenme imkânı verildikten sonra ihtiyati tedbirin emredilebileceği, değiştirilebileceği veyahut kaldırılabilceği hüküm altına alınmıştır.

Olağan ihtiyati tedbir talebi uyuşmazlığın sevk edildiği yargı merci tarafından değerlendirilecektir ki bunun için herhangi bir süre kısıtlaması mevcut değildir. Yargılama devam ettiği müddetçe taraflar ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir⁷². Uyuşmazlığın tahkim mahkemesine sevk edildiği durumlarda, taraflar anlaşarak ihtiyati tedbir taleplerini UAD'ye veya UDHM'ye diledikleri zaman gönderebilirler; yeter ki tahkim kurulmamış olsun. Ancak taraflar uyuşmazlığı tahkime sevk ettiği hallerde tek tarafın tedbir talebini UDHM'ye sunması ihtimali mevcuttur ki, bu ihtimal için belirleyici süre iki haftadır. Tarafların talepten itibaren iki hafta boyunca anlaşmaya varamaması hâlinde tek tarafın ihtiyati tedbir talep edebilmesi mümkün hale gelecektir.

BMDHS m. 287 kapsamında uyuşmazlık tek tarafın bildiri ile UDHM'ye sevk edilip söz konusu tarafın ihtiyati tedbir talep etmesi veyahut uyuşmazlık hakemliğe sevk edilmiş olup

67 Basit Usul Dairesi; Mahkeme Başkanı ve Başkan yardımcısından ve üç diğer üyeden oluşur, ek olarak iki yedek üye seçilir. Daire'nin toplantı yeter sayısı ise üç üyedir.

68 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 91/1.

69 UDHM Statüsü, m. 25/2.

70 UDHM Statüsü, m. 25/2.

71 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 91/2.

72 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 89/1.

taraf lar anlaşamadığı için tek taraf ın talebi ile ihtiyati tedbir talebi UDHM önüne gelmesi hâlinde karşı taraf ın bu yönde bir talebi olmayabilir. Bu durumda uyuşmazlığın diğer taraf ı yargılamaya katılmama iradesine sahipse gıyapta ihtiyati tedbire ilişkin yargılama olup olmayacağına dair BMDHS’de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak Mahkeme Statüsü m. 28’te “*Taraf lardan biri mahkemeye çıkmazsa veyahut davasını savunmazsa diğer taraf mahkemeden davaya devam etmesini ve kararını vermesini talep edebilir. Bir taraf ın yokluğu veya savunmasını yapmaması dava engeli teşkil etmeyecektir.*” hükmü bulunmaktadır. Bu maddenin ihtiyati tedbirler için kıyasen uygulanması mümkündür. Bunun yanı sıra *Arctic Sunrise* (Hollanda – Rusya Federasyonu) davasında mahkeme ilk kez gıyapta yargılama sorunu ile karşılaşmış ve bu hususta karar vermiştir. Rusya, Hollanda’nın talebi doğrultusunda başlayan UDHM işlemlerine katılmayı planlamadığını belirtmiştir. Bunun üzerine UDHM şu ifadeleri kullanmıştır; “Bir taraf ın olmaması ya da bir taraf ın davasını savunmaması yargılama için bir engel teşkil etmez ve Mahkeme’nin ihtiyati tedbirler vermesini engellemez; yeter ki diğer tarafa konu ile ilgili dinlenme imkânı verilsin⁷³”. UDHM, Rusya Federasyonu’na dinlenme fırsatı verildiğini ve Rusya’nın bunu reddettiğini göz önünde bulundurarak, davaya katılmama kararı veren devletin bunun sonuçlarına katlanması gerektiğini ve Rusya’nın dava sürecine katılmaması nedeniyle Hollanda’nın dezavantaja düşmemesi gerektiğini⁷⁴ de ortaya koyarak ihtiyati tedbir yetkisini incelemek için hakemliğin prima facie yetkili olup olmadığını incelemeye geçmiştir. Böylelikle mahkeme gıyapta yargılamanın bütün taraflara savunma hakkı verildiği müddetçe mümkün olduğunu ve davaya katılmama kararı veren devletin uyuşmazlığın taraf ı olmaya devam ettiğine ve bunun hükmün bağlayıcılığına herhangi bir etkisi olmadığına karar vermiştir⁷⁵.

UDHM’ye sunulacak ihtiyati tedbir talebi usulü açıdan yazılı olmalıdır. Başvuruda, talep edilen tedbirler belirtilmeli, talebin sebebi ve tedbire hükmedilmediği takdirde muhtemel sonuçlar belirtilmelidir⁷⁶. Eğer olağanüstü tedbir talebi mevcutsa durumun aciliyetine ilişkin hukuki gerekçeler de gösterilmelidir⁷⁷.

İhtiyati tedbir talebine ilişkin ayrı bir usul belirlenmemiş olup, mahkemenin genel usul kuralları uygulanacaktır. Yazılı talep başvurusu, gönderen taraf ın temsilcisi veyahut Mahkeme’nin bulunduğu ülkedeki (Almanya) söz konusu taraf ın diplomatik temsilcisi veya başka bir usulüne uygun yetkili kişi tarafından imzalı olmalıdır. Talebi alan Yazı İşleri davalı tarafa başvurunun onaylanmış kopyasını iletacaktır.

73 “Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Order of 25 October 2013, ITLOS Reports 2013, p. 48.

74 “Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Order of 25 October 2013, ITLOS Reports 2013, p. 56.

75 Chao Zhang and Yen-Chiang Chang, “Russian Absence at the Arctic Sunrise Case: A Comparison with the Chinese Position in the South China Sea Arbitration”, *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 8, No.2 (2015), s. 418.

76 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 89/3.

77 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 89/4.

Mahkeme önüne gelen ihtiyati tedbir talebi, gecikmeksizin ele alınacaktır ve mahkemenin tüm diğer işlemlerine göre öncelikli olacaktır.⁷⁸ İhtiyati tedbire ancak taraflara dinleme imkânı verildikten sonra karar verilebilir, emredilen tedbir kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Bu sebeple mahkeme oturum hâlinde değilse mümkün olan en kısa sürede duruşma düzenlenecektir. Mahkeme taraflara ve uygun gördüğü diğer devletlere ihtiyati tedbirin emredildiğini derhal bildirecektir⁷⁹.

Mahkemenin veyahut Deniz Uyuşmazlıkları Dairesi'nin emrettiği ihtiyati tedbirler bağlacı olup tarafların derhal uyma yükümlülüğü vardır⁸⁰. BMDHS m.290 yazılırken UAD Statüsündeki ihtiyati tedbirlere ilişkin divanca “belirtilir” (indicate) ifadesi tedbirlerin bağlayıcılığına dair tartışmalara neden olduğu için mahkemece “emredilir” (prescribe) ifadesi kullanılmış ve böylece tedbir kararının bağlayıcılığına vurgu yapılmaya çalışılmıştır⁸¹. Ancak UDHM'nin bazı kararlarda ihtiyati tedbirleri emretmekten ziyade ihtiyati tedbir tavsiyesinde bulunduğu kararlar olmuştur. Örneğin *Saiga* davasında mahkeme “Saint Vincent ve Grenadinler ile Gine'nin nihai kararı beklerken, uygulanacak bir düzen için çabalamaları ve bu iki devletin makamlarının ya da bayrağını taşıyan gemilerinin, Mahkeme'ye sunulan uyuşmazlığın çözümünü uzatacak veya zorlaştıracak fiillerde bulunmamaları tavsiye edilmektedir.” şeklinde hüküm vererek taraflara bir yükümlülük yüklememiş, sadece tavsiyede bulunmakla yetinmiştir. Kanımızca bu ihtiyati tedbirlerin doğasına aykırı bir tutumdur. Nitekim ihtiyati tedbirler tarafların haklarının korunması veya deniz çevresine hâle gelmesini engellemek amacıyla esas karardan önce hükmedilen, durumun önemine ve aciliyetine binaen verilen kararlardır. Bu durumda tedbire uyma tavsiyesinde bulunma kararların uygulanmasının elzem olmadığı, bir nevi ihtiyati tedbire gerek olmadığına göstergesidir. Hâlihazırda UDHM'nin de *Saiga* ve *Southern Bluefin Tuna* davalarından sonra ihtiyati tedbir kapsamında tavsiyelerde bulunmadığı gözlemlenmektedir⁸².

İçtüzük m. 95'te taraflara ihtiyati tedbirlere uyulduğuna dair mahkemeye en kısa sürede bilgi verme ve aldığı ve önerdiği adımlar hakkında ilk rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Mahkeme dilediği takdirde de taraflardan daha detaylı bilgi talep edebilecektir. Bu durum mahkemenin ihtiyati tedbire ilişkin bağlayıcı kararları için uygulanabilir, tavsiye niteliğindeki karara ilişkin tarafların karara uyduklarına dair rapor vermesi beklenemez. Bunun yanı sıra taraf devletlerin rapor verme yükümlülüğü, ihtiyati tedbir kararlarının bağlayıcılığını ve mahkemenin rolünün sürmesini sağlamlaştırmaktadır⁸³. Olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi kapsamında UDHM'nin ihtiyati tedbire karar verdiği hallerde taraflara yüklenecek rapor sunma sorumluluğu ancak

78 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 112.

79 BMDHS m. 290/4 ve Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 94.

80 BMDHS m. 290/6.

81 Thomas Mensah, “Provisional Measures In The Tribunal For The Law Of The Sea”, *Heidelberg Journal of International Law*, Vol. 62, (2002), s. 45.

82 Abdulkadir Gülçür, *Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi*, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2017, s. 116.

83 Gudmundur Eiriksson, *The International Tribunal for the Law of the Sea*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000 s. 226.

tahkim teşekkül edilene kadar sürecektir⁸⁴. Nitekim UDHM'nin BMDHS m. 290/5 çerçevesinde verdiği olağanüstü kararlar tahkim kuruluncaya dek yürürlükte olacaktır.

İhtiyati tedbir talebinin reddedilmesi kararı da bağlayıcı olup yeni olgularla yeni bir talebin yapılmasına engel teşkil etmez. Taraflar emredilen ihtiyati tedbirin değiştirilmesini veyahut iptal edilmesini yazılı olarak isteyebilir, bu istekte bulunurken değişen ya da ortadan kalkan koşullar, iptali ya da değişimi talep eden tarafından mahkemeye bildirilmelidir. Mahkeme değişim ya da iptal kararı almadan önce de tarafların görüşlerini alacaktır⁸⁵. Mahkemenin öngördüğü geçici önlemlerin tadili ya da iptali taraflara ve durumla ilgili diğer devletlere derhal bildirilecektir⁸⁶.

Bütün bunların yanı sıra olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisi kapsamında UDHM tarafından verilen ihtiyati tedbir kararları tahkim mahkemesi kurulup da tahkime sevk edildiğinde yeniden incelenecek, onaylayacak, ortalan kaldırılacak veyahut değiştirilecektir⁸⁷.

İhtiyati tedbir kararı hiçbir şekilde esas kararın bir öngörüsü şeklinde değildir. Ancak bazı hallerde tarafın esas davada talep ettiği ile ihtiyati tedbirde talep ettiği örtüştüğünde bir açmazla karşı karşıya kalınmaktadır. *Saiga* davasında da belirtildiği üzere “Mahkeme ihtiyati tedbir incelemesi sırasında yargı yetkisi veya davanın esası ile ilgili herhangi bir soruyu hiçbir şekilde önceden değerlendirmemektedir.”

SONUÇ

BMDHS 290. maddede temel esasları düzenlenen ihtiyati tedbir yetkisi adaletin tesisinde önemli bir araçtır. İhtiyati tedbirler yargısal işlem süresince hak kayıplarının önüne geçilmesini ve mevcut statükonun korunmasını sağlayan emniyet işlevine sahiptir. İhtiyati tedbirler, Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi'nin de önemli yetkilerinden biridir. Nitekim 1996'da kurulan mahkemenin şu ana dek 25 davasından 9'u ihtiyati tedbirlere ilişkindir. Daha mühimi uluslararası hukuk sisteminde bir yenilik olarak nitelendirilebilecek olan olağanüstü ihtiyati tedbir yetkisini elinde tutmaktadır. Böylelikle uyuşmazlık UDHM'ye sevk edilmemiş olmasına rağmen tedbir kararı vermeye yetkilidir ki bu ihtiyati tedbirlerin önemine binaen ilerici bir gelişmedir. Adaletin tesisinde bu adaletin ne zaman gerçekleştirildiği önemli hususlardandır. Bu durum göz önüne alınarak, ihtiyati tedbir gerektiren durumun aciliyetine de uygun olarak, tahkimin teşekkülüne kadar geçecek sürede hak kayıplarını ve deniz çevresinin zarar görmesini önlemek amacıyla UDHM'ye tedbir kararı verme yetkisi tanınmıştır. Ancak olağanüstü nitelikteki bu koşulda uyuşmazlığın tahkime sevk edilmesi gerçeği ile uyumlu bir çözüm üretilmeye çalışılmış, bu sebeple her durumda değil ancak belirli şartlar altında UDHM'nin bu yetkisini kullanabileceği düzenlenmiştir. Bu koşullar ya hakemliğe sevk edilen uyuşmazlığa ilişkin tarafların ortak rızası ile tedbir kararı için UDHM'ye sevk etmeleri veyahut eğer anlaşamıyorlarsa bu durumda tek

84 Gülçür, s. 119.

85 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 92 ve 93.

86 Rules of the Tribunal (ITLOS/8), m. 94.

87 Mensah, s. 46.

tarafın talebi ile UDHM'nin yetkisinin doğmasıdır. Lakin burada anlaşamama halinin tespiti için de iki haftalık süre öngörülmüştür. Böylelikle sağlam bir olağanüstü tedbir yetkisi kurulmuştur ve günümüze dek birçok devlet tarafından başvurulmuştur. Şimdiye kadar mahkeme önünde görülen dokuz ihtiyati tedbir talebinin altısı ise olağanüstü ihtiyati tedbire ilişkindir.

UDHM'nin kişi bakımından yetkisi diğer uluslararası yargı mercilerine göre geniştir. Sadece devletlerin başvurabileceği bir yargı mercii değildir; devlet dışı kurumlar, tüzel kişiler ve özel kişilerin de taraf ehliyetine sahip olması mümkündür. Buna ek olarak yine sadece BMDHS'den değil diğer antlaşmalarla yargı yetkisi tanınabilecek bir yargı mercii olarak kurgulanan UDHM'nin bütün bu yetki genişliği mahkemenin önemini ortaya koymaktadır.

Mahkemeye atfedilen bu önemin yanı sıra ihtiyati tedbirlerin amacının sadece taraf haklarını korumaktan çıkararak deniz çevresinin korunması amacına genişletilmesi hem BMDHS'nin amacına hem de sürdürülebilir kalkınmaya uygun bir ilerleme olmuştur.

BMDHS ile tarafların haklarını ve denizleri korumaya yönelik bir sistem öngörülmeye çalışılmıştır. Uygulamada bazı aksaklıklar olsa da başlangıç için geliştirilebilir bir temel teşkil etmektedir.

KAYNAKÇA

- Abdulkadir Gülçür, **Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesinin Yapısı ve Yargı Yetkisi**, Onikilevha Yayıncılık, 2017.
- Cameron A. Miles, **Provisional Measures before International Courts and Tribunals**, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Cesare Romano, "The Southern Bluefin Tuna Dispute: Hints of a World to Come . . . Like It or Not", **Ocean Development & International Law**, Vol 32, No:4, (2001), s.s. 313-348.
- Chao Zhang and Yen-Chiang Chang, "Russian Absence at the Arctic Sunrise Case: A Comparison with the Chinese Position in the South China Sea Arbitration", **Journal of East Asia and International Law**, Vol. 8, No.2 (2015), ss. 413 - 426.
- Dean Bialek, "Australia & New Zealand V Japan: Southern Bluefin Tuna Case", **Melbourne Journal of International Law**, Vol. 1, No. 1 (Aralık 2000), ss. 153-161.
- Edward A. Laing, "A Perspective On Provisional Measures Under Unclos", **Netherlands Yearbook of International Law**, Vol. 29, (Aralık 1998) , ss. 45-70.
- Francisco Orrego Vicuna, "The International Tribunal for the Law of the Sea and Provisional Measures: Settled Issues and Pending Problems", **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol. 22 No.3 (2007), ss. 451-462.
- Francisco Ozanan Gomes Rocha, **The International Tribunal for the Law of the Sea** , Hamburg: Hamburg University Press, 2001.
- Gudmundur Eiriksson, **The International Tribunal for the Law of the Sea**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2000.
- Jing Guan, "An Analysis of the Jurisdiction over Provisional Measures of the ITLOS", **China Oceans Law Review**, Vol. 2007 No.1 (2007), ss. 413-423.

- Kerem Batır, “Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi Uyarınca Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Uyuşmazlıkların Çözümü: Mox Plant Davası ve Yargı Yetkilerinin Örtüşmesi”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, Cilt:4 No:16 (2008), ss. 57-77.
- Mehmet Semih Gemalmaz, **Provisional Measures of Protection International Law**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2011.
- Meltem Sarıbeyoğlu Skalar, **Uluslararası Hukuk ve Sürdürülebilir Kalkınma**, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2015.
- Myron Nordquist, Satya Nandan ve Shabtai Rosenne, **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982 A Commentary Vol. IV**, Netherlands: Martinus Nijhoff Publisher, 1995.
- Natalie Klein, **Dispute Settlement in the UN Convention on the Law of the Sea**, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- P. Chandrasekhara Rao ve Philippe Gautier, **The Rules of the International Tribunal for the Law of the Sea: A Commentary**, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
- Peter Tomka ve Gleider Hernandez, “Provisional Measures in the International Tribunal for the Law of the Sea.”, **Coexistence, Cooperation And Solidarity**, Leiden: Brill Publisher, 2011, ss. 1763-1787.
- Philippe Sands, Ruth Mackenzie ve Cesare Romano, **Provisional Measures In International Law**, Oxford: Oxford University Press, 2005.
- Shabtai Rosenne, **Provisional Measure in International Law**, Oxford: Oxford Press, 2004.
- Thomas Mensah, “Provisional Measures In The Tribunal For The Law Of The Sea”, **Heidelberg Journal of International Law**, Vol. 62, (2002), ss. 43-54.
- Yoshifumi Tanaka, “A Note on the M/V “Louisa” Case”, **Ocean Development & International Law**, Vol. 45, No. 2 (Nisan 2014), ss. 205–220.
- Yusuf Aksar, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015
- ITLOS Reports 2013**, “Arctic Sunrise” (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation), Provisional Measures, Order of 22 November 2013.
- ITLOS Reports 2008-2010**, M/V “Louisa” (Saint Vincent and the Grenadines v. Kingdom of Spain), Provisional Measures, Order of 23 December 2010.
- ITLOS Reports 2001**, The MOX Plant (Ireland v. United Kingdom), Provisional Measures, Order of 3 December 2001.

Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

Termination of Surety Contract

Gizem ÖZKAN ŞAHİN* 

Öz

Uygulamada en yaygın olarak kullanılmakta olan kişisel teminat sözleşmeleri kefalet sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanununun 581. maddesinde, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kefilin üstlendiği bu borç, fer'i nitelikte bir borçtur. Bu niteliğiyle kefalet sözleşmesinin sona ermesi, asıl borç ilişkisinin sona ermesi ile sona erme ve kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle sona erme olarak iki farklı başlık altında incelenmektedir. Çalışma, bu iki sona erme türünü detaylı olarak incelenmeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kefalet Sözleşmesi, Şahsi Teminat Sözleşmesi, Asıl Borç, Fer'i Borç, Sona Erme

Abstract

Surety contracts are the most widespread type of personal guarantee contracts. Surety contract is described as a contract by which the surety undertakes to be personally liable to the creditor of the principle debt for the consequences of non-performance of the obligation of the principle debtor. The obligation that the surety undertakes is an accessory obligation. Due to its ancillary character, the termination of surety contract is examined within two different scopes as termination by the extinguishment of the principle obligation and termination by the reasons arising from the surety contract itself. This article aims to analyze these two types of termination in detail.

Keywords: Surety Contract, Personal Guarantee Contract, Principle Obligation, Accessory Obligation, Termination

GİRİŞ

Temelleri Roma Hukukuna dayanan ve şahsi teminat sözleşmelerinden biri olan kefalet sözleşmesi, günümüzde, hukuki ilişkilerde yaygın olarak kullanılan ve özellikle ticaretin, bankacılık ve kredi kartı kullanımı gibi işlemlerin gün geçtikçe artmasıyla daha da yoğun biçimde başvurulan bir sözleşme haline gelmiştir. Kefalet sözleşmesi Türk Borçlar Kanununun 581. maddesinde, kefilin

* Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: gizemozkan@hacettepe.edu.tr

alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Kefilin bu borcu, fer'i nitelikte bir borçtur. Bunun en önemli sonucu, asıl borç sona erdiğinde, kural olarak kefilin sorumluluğunun da sona ermesidir. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesinin kendisi de, alacaklı ile kefil arasında yapılan ve asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşmedir ve buna bağlı olarak da asıl borçtan farklı bir borç doğurur. Bunun bir sonucu olarak kefalet sözleşmesinin, asıl borcun sona ermesinden bağımsız olarak, kendine özgü sona erme halleri de söz konusudur.

Çalışmamızın amacı, ekonomik yaşamda yaygın bir biçimde kullanılan kefalet sözleşmesinin sona erdiği haller ile kefilin sorumluluktan kurtulduğu durumların incelenmesidir. Bu kapsamda iki bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde, kefalet sözleşmesi, tanımı, unsurları, hukuki niteliği ve türleri ile kefilin sorumluluğunun kapsamına değinilerek genel hatlarıyla açıklanacak ve bu arada, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına ilişkin olarak da genel nitelikte açıklamalar yapılacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, kefalet sözleşmesinin sona ermesi kapsamında, öncelikle kefilin sorumluluğunu asıl borca bağlı olarak sona erdiren haller kısaca incelendikten sonra, kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan sebeplerle sona ermesi açıklanmaya çalışılacaktır. Bu anlamda, önce borcun genel sona erme sebepleri kapsamında; daha sonra ise kefalet sözleşmesine özgü sona erme sebepleri kapsamında genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK KEFALET SÖZLEŞMESİ

A. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Kefalet sözleşmesi, TBK m. 581'de tanımlanmıştır. Buna göre, *“Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”*

Kefalet sözleşmesi, 818 sayılı Borçlar Kanununun 483. maddesinde, *“Kefalet bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder.”* biçiminde tanımlanmıştır. Bu tanım öğretilerde yoğun bir biçimde eleştirilmekteydi. Bu tanıma yönelik eleştirilerden ilki, maddenin, *“... borçlunun akdettiği borcun ifasına...”* ifadesiyle yalnızca sözleşmeden kaynaklanan borçlara kefil olunabileceği izlenimini uyandırmasıydı. Oysa öğretilerde de ifade edildiği üzere, yalnızca sözleşmeden doğan borçlara değil; haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veya kanun tarafından tanınmış herhangi bir olgudan kaynaklanan borçlar için (nafaka borcu gibi)¹ verilecek kefaletler de geçerlidir².

1 **Özen**, Burak; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2014, s. 57.

2 **Aral**, Fahrettin; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2010, s. 423; **Arpacı**, Abdülkadir/ **Serozan**, Rona/ **Hatemi**, Hüseyin; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 521; **Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 364; **Olgaç**, Senai; Kefalet, Ankara 1987, s. 11; **Özen**, s. 57; **Reisoğlu**, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 32; **Şahan**, Gökhan; Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi,

818 sayılı BK m. 483 tarafından getirilen kefalet tanımına yönelik bir başka eleştiri ise, kefilin ediminin “*borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmek*” olarak ifade edilmiş olmasıydı. Bu ifadeden, kefilin, asıl borçlunun borcunu ifa etmesi için gerekli tüm özeni göstereceği ve buna rağmen borç ifa edilmezse bundan sorumlu tutulmayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilmektedir³. Oysa kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun ifa edilmesini temin etmeyi değil; asıl borç ifa edilmediği veya kötü ifa edildiği takdirde bundan kişisel olarak sorumlu olmayı üstlenir⁴. Bu bakımdan kefalet sözleşmesi, üç köşeli bir hukuki ilişkiyi ifade eder⁵.

TBK m. 581 ile getirilen tanım, kefalet sözleşmesinin taraflarının kefil ve alacaklı olduğunun altını çizerek kefilin bir başkasına ait bir borcun hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiğini açıkça belirtmektedir. Buna göre kefil, borçlunun borcunu ifa etmeyi ya da borçlunun borcu ifa etmesini sağlamak için çaba sarf etmeyi değil; borçlunun borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda alacaklının uğradığı zararı⁶ belirli bir miktar para ödeyerek karşılamayı üstlenir⁷. Bu anlamda, TBK m. 581 ile getirilen tanım öğretide olumlu bir şekilde karşılanmıştır⁸.

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE ÖZELLİKLERİ

1. Kefalet Sözleşmesinin Asıl Borcu Doğuran Hukuki İlişkidен Ayrı Bir Sözleşme Olması

Kefalet sözleşmesi, fer’i bir sorumluluk doğurmasına rağmen, asıl borcu doğuran hukuki ilişkidен ayrı bir sözleşmedir. Belirtildiği gibi asıl borç bir sözleşmeden ya da kanunda öngörülen bir diğer hukuki ilişkidен kaynaklanabilir. Bununla birlikte, kefilin hak ve borçları her zaman kefalet sözleşmesine dayanılarak belirlenir. Bu bakımdan kefaletin amacı, asıl borcun alacaklısını güvence altına almaktır⁹. Bu sebeple, kefilin sorumlu tutulabilmesi için, geçerli bir asıl borcun

Ankara 2009, s. 18; **Tandoğan**, Haluk; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 693.

3 **Olgaç**, s. 11; **Özen**, s. 58; **Reisoğlu**, s. 21.

4 **Aral**, s. 423; **Bilge**, s. 364; **Canbolat**, Ferhat; Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009, s. 103; **Grassinger Elçin**, Gülçin; Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996, s. 13; **Olgaç**, s. 11; **Özen**, s. 58; **Tandoğan**, s. 693; **Taşdelen**, Nihat; “*Kefalet Sözleşmesinde Şekil*”, Prof. Dr. Oğuz İmregüne Armağan, İstanbul 1998, s. 731; **Yavuz**, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2014, s. 1359.

5 **Canbolat**, s. 104; **Canbolat**, Ferhat/ **Topuz**, Seçkin; “*Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırımında Uygulanacak Kısıtlar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, 2008, s. 53.

6 Bu zarar, TBK m. 589/II’de belirtildiği üzere, müspet zarardır. Kefilin menfi zararı ödemeyi taahhüt etmesi durumunda, bu taahhüdün kefaletin fer’i niteliği ile bağdaşmayacağı ve dolayısıyla bir garanti sözleşmesi sayılabileceği savunulmaktadır. TBK m. 589/son kefilin menfi zararı üstlenmesini açıkça engellemiş bulunmaktadır. Bkz. **Bilge**, Necip, “*Kefilin Mesuliyetinin Şümü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 1956, s. 119; **Yavuz**, s. 1363-1364. Ayrıca bkz. **Reisoğlu**, s. 27-28; **Tandoğan**, s. 696-697.

7 **Ayrancı**, Hasan; “*Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 96; **Yavuz**, s. 1363; **Tandoğan**, s. 690.

8 Bkz. **Özen**, s. 59; **Yavuz**, s. 1361.

9 **Reisoğlu**, s. 24; **Tandoğan**, s. 701.

varlığının yanında, kefalet sözleşmesinin de geçerlilik şartları gözetilerek yapılmış olması gerekir¹⁰.

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşme olması, asıl borç bir vadeye ya da koşula bağlı olmasa dahi, kefilin borcunun vadeye veya koşula bağlanabilmesini mümkün kılar. Aynı şekilde, asıl borcu doğuran sözleşme geçerli olmasına karşın, kefalet sözleşmesi bakımından bir geçersizlik sebebi veya irade sakatlığı hali mevcut olabilir¹¹.

Kefilden asıl borç muaccel olmadan talepte bulunulamaz. Bununla birlikte, kefalet sözleşmesi bakımından, asıl borçtan farklı bir muacceliyet anı belirlenebilir¹².

Kefalet sözleşmesinin asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir sözleşme olması sebebiyle, kefil, ödemede bulunurken asıl borcu değil kendi borcunu yerine getirir. Bu sebeple kefilin yapacağı ödeme ile asıl borç değil kefalet borcu sona erer¹³. Benzer biçimde, kefil hakkında dava açılması ve icra takibi yapılması durumunda yetki, asıl borçluya değil, kefile göre belirlenir¹⁴.

2. Kefalet Sözleşmesinin Fer'i Bir Sorumluluk Doğurması

Kefalet sözleşmesi, mevcut ve geçerli bir asıl borcun varlığını gerektirir. Bu sebeple kefalet sözleşmesinin fer'i bir sorumluluk doğurduğu ifade edilir. Bunun hukuki dayanağı, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat vermek amacıyla yapılmasıdır¹⁵.

Gelecekte doğacak bir borca veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olunması, yukarıda da belirtildiği gibi¹⁶ mümkündür. Bu durum, kefaletin fer'iliğine aykırı değildir. Gelecekte doğacak veya geciktirici koşula bağlı bir borca kefil olan kişi, her ne kadar kefalet sözleşmesi ile bağlı olsa da henüz kendisinden bu sözleşmeye dayanılarak talepte bulunulması mümkün değildir. Kefilden talepte bulunulabilmesi için, öncelikle kefalet sözleşmesinin yapıldığı sırada henüz doğmamış olan borcun doğması veya geciktirici şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Şu halde, müstakbel veya geciktirici koşula bağlı borçlar bakımından da öncelikle bir asıl borcun varlığı aranmaktadır¹⁷.

10 **Özen**, s. 73.

11 **Özen**, s. 73; **Reisoğlu**, s. 25; **Tandoğan**, s. 701.

12 Buna karşılık kefaletin fer'iliği, kefilin borcunun asıl borçtan daha önce muaccel olmasına engeldir. Bkz. **Özen**, s. 75. Kefilin borcunun muacceliyet anını asıl borcun muacceliyet anından daha sonraki bir zaman olarak belirleyen anlaşmanın, kefaletin geçerlilik şekline bağlı olmadan yapılabilir. Zira şekil şartının sözleşmenin taraflarından yalnızca birini koruma için getirildiği durumlarda, bir tarafın borcunu hafifleten veya ortadan kaldıran değişikliklerin şekle bağlı olmadan yapılabilmesi gerekir. Bu konuda bkz. **Tekinay**, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altıp**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 170; **Yavuz**, s. 1388.

13 **Reisoğlu**, s. 25.

14 **Özen**, s. 74; **Reisoğlu**, s. 25.

15 **Arpacı/Serozan/Hatemi**, s. 522; **Olgac**, s. 12; **Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. **Sungurbey**, İsmet, Ankara 1964, s. 93; **Özen**, s. 86-87; **Tandoğan**, s. 695; **Yavuz**, s. 1366-1367.

16 Bkz. I. B. 1.

17 Detaylı açıklama için bkz. **Özen**, s. 87.

Fer'iliğin bir sonucu olarak, kefalet asıl borcun kaderine tabi olur¹⁸. Asıl borç muaccel olmadan kefilin borcunun muaccel olması söz konusu değildir¹⁹. Asıl borç ortadan kalkarsa kefalet de sona erer²⁰. Bunun bir sonucu olarak, kefilin asıl borcun ortadan kalktığını ispat ederek kendisine karşı açılmış bir davanın reddedilmesini ya da yürütülen bir takibin sonuçsuz kalmasını sağlaması mümkündür²¹. Ayrıca, kefaletle ilişkin bir uyumsuzlukta, alacaklının yalnızca kefalet sözleşmesinin varlığını değil, aynı zamanda asıl borcu doğuran hukuki ilişkinin de varlığını ispatlaması gerekir²².

Aynı şekilde, alacaklı asıl borçluyu kısmen veya tamamen ibra ederken kefilin bu ibradan yararlanamayacağını kararlaştıramaz; kefil ibranın kendi borcu için geçerli olmadığını kabul etse dahi bu sonuç değişmez. Zira fer'ilik kefalet sözleşmesinin taraflarca değiştirilemeyen bir niteliğidir²³. Benzer şekilde kefalet alacağı, asıl alaktan bağımsız olarak temlik edilemez²⁴.

Fer'iliğin bir diğer önemli sonucu olarak kefil, asıl borçludan daha ağır bir sorumluluk altına giremez. Bu bakımdan asıl borçluya sağlanan faiz indirimi gibi hakların kefile de tanınması gerekir²⁵. Buna karşılık, kefaletin fer'iliği, kefilin mutlaka asıl borç miktarı ile sorumlu olmasını gerektirmez. Kefilin asıl borçludan daha hafif bir yükümlülük altına girmesi her zaman mümkündür²⁶.

3. Kefalet Sözleşmesinin İkinci Derecede (Tali) Bir Sorumluluk Doğurması

Kefalet sözleşmesi, fer'ilik niteliğinin yanında aynı zamanda ikinci derecede (tali)²⁷ sorumluluk doğuran bir sözleşmedir. Bu ikincillik (talilik), geniş anlamıyla, kefalet sözleşmesinin alacaklıya teminat verme amacı taşıması sebebiyle, alacaklının kefile başvurabilmesi için asıl borçlunun borcunun muaccel olması ve bu borcun ifasında asıl borçlu tarafından gecikilmesini ifade eder. Muaccel bir asıl borcun ifasında gecikilmeden önce kefile başvurulmaması geniş anlamda

18 **Yavuz**, s. 1367.

19 **Olgaç**, s. 12; **Reisoğlu**, Seza; "Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 331; **Tandoğan**, s. 695.

20 **Ayrancı**, s. 97; **Canbolat**, s. 104.

21 **Özen**, s. 87-88.

22 **Olgaç**, s. 13; **Reisoğlu**; Kefalet Kavramı, s. 331; **Tandoğan**, s. 696.

23 **Özen**, s. 89.

24 **Tandoğan**, s. 695.

25 Yargıtay 19. HD, 18.10.2008, E. 2007/5216, K. 2008/483. Karar için bkz. **Reisoğlu**, s. 22, 18 no.lu dn.

26 **Reisoğlu**, *Kefalet Kavramı*, s. 331; **Reisoğlu**, s. 23, 20 no.lu dn.

27 Bazı yazarlara göre talilik yalnızca adi kefalette söz konusu olur; müteselsil kefalette borç muaccel olduğunda doğrudan doğruya kefile başvurulabileceğinden müteselsil kefalet için talilik söz konusu değildir. Bkz. **Tandoğan**, s. 696. Buna karşılık bir başka görüş ise, müteselsil kefalette de taliliğin söz konusu olduğu; zira asıl borç muaccel olmadan müteselsil kefilin borcu muaccel olamayacağından müteselsil kefaletin de talilik niteliği taşıdığı ve ayrıca müteselsil kefilin de varsa alacak ve taşınır rehninin paraya çevrilmesi def'ine başvurabileceği yönündedir. Bkz. **Özen**, s. 117; **Yavuz**, s. 1367-1368. Eren, müteselsil kefaletin esas itibarıyla asli, istisnai olarak tali bir borç doğurduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Eren**, *Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, Ankara 2014, s. 788.

talilik olarak değerlendirilir²⁸. Bununla birlikte dar anlamda talilik ise, kefile başvurmak isteyen alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurması ve varsa rehinleri paraya çevirmesi gerektiğini ifade eder. Bu anlamda kefalet, ikincil bir sorumluluk doğurur. Bu dar anlamıyla talilik “tartışma def’i” olarak adlandırılır²⁹. Bunun anlamı, asıl borçluya karşı takip yapılıp da bu takip semeresiz kalmadan veya kefaletten önce rehin verilmişse bu rehinler paraya çevrilmeden kefile karşı takip yapılamayacağıdır³⁰.

4. Kefalet Sözleşmesi Nedeniyle Tek Tarafın Edim Yükümü Altına Girmesi (İvazsızlık31)

Kefalet sözleşmesi, kural olarak yalnızca kefilin edim yükümü altına girdiği bir sözleşmedir. Çeşitli hükümlerle alacaklıya yüklenmiş birtakım ödevler söz konusu olsa dahi, bunlar alacaklı tarafından yerine getirilmesi gereken bir karşı edim niteliği taşımaz³². Buradan yola çıkılarak kefalet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu söylenebilir de, zorunlu olarak tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu da söylenemez³³. Kefilin üstlendiği edime karşılık, alacaklının da bir karşı edim üstlenmesi mümkündür³⁴. Buna karşılık, bir karşı edim niteliği olmamakla birlikte, kefile menfaat temin edilmesi ivazsızlığa etki etmez³⁵.

Bununla birlikte, alacaklının kefilin edim yükümlülüğüne karşı bir karşı edim üstlendiği durumlarda, kefalet sözleşmesine karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin hükümlerin uygulanma olanağı doğar. Karşı edimini yerine getirmeyen alacaklıya karşı kefilin ödemezlik def’i ileri sürmesi (TBK m. 97) ya da alacaklının karşı edimi bakımından temerrüde düşürülmesi durumunda kefilin temerrüde bağlı seçimlik hakları kullanabilmesi mümkün hale gelir³⁶. Buna karşılık, kefile karşı edim niteliğinde olmayan birtakım taahhütlerde bulunulması durumunda, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere özgü hükümlere başvurma imkanı söz konusu olmaz³⁷. Alacaklının bu türden yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde TBK m. 125’te öngörülen

28 **Özen**, s. 117; **Reisoğlu**, s. 25.

29 **Şahan**, s. 45.

30 **Arpacı/Serozan/Hatemi**, s. 526; **Aybay**, Aydın; “Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürmesi Sorunu”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83 vd.; **Bilge**, s. 375-376; **Grassinger Elçin**, *Savunma İmkanları*, s. 214-215; **Şahan**, s. 22, s. 46.

31 Buradaki ivazsızlık, alacaklıya karşı bir başlamanın varlığı anlamına gelmemelidir. Zira kefilin verdiği güvence, asıl borçlunun ya da alacaklının malvarlığında bir zenginleşme meydana getirmektedir. Kefilin yapacağı ödemeye, alacaklı borçluya artık müracaat edemez; kefil ise asıl borçluya karşı ödemesi oranında bir alacak elde eder. Bkz. **Yavuz**, s. 1369.

32 **Yavuz**, s. 1368.

33 **Özen**, s. 118; **Şahan**, s. 23.

34 **Özen**, s. 118; **Reisoğlu**, s. 25-26.

35 Örneğin, özellikle bankalar tarafından kefil olunması durumunda olduğu gibi, asıl borçlunun komisyon ödemesi üzerine kefil olunmuş olabilir. Bu olasılıkta kefilin elde ettiği yarar, kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan bir yarar olmayıp kefaletle yabancı olgulardan kaynaklanan bir yararadır. Bkz. **Bilge**, s. 365; **Özen**, s. 118; **Reisoğlu**, s. 26; **Reisoğlu**, *Kefalet Kavramı*, s. 333.

36 **Özen**, s. 119.

37 **Tandoğan**, s. 695.

seçimlik hakları kullanması söz konusu olmaz; bu takdirde kefil yalnızca uğradığı zararın tazminini isteyebilir³⁸.

Kefile karşı herhangi bir edim üstlenilmemiş olsa bile, kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan ve TBK m. 592, 593 ve 594 hükümlerinde öngörülmüş olan birtakım yükümlülük ve külfetler söz konusudur. TBK m. 593 ve m. 594 alacaklı bakımından birtakım külfetler getirirken; özellikle TBK m. 592/III ve IV hükümlerinin, bunlara aykırı davranılması halinde kefilin tazminat talep etmesinin mümkün olması sebebiyle alacaklıya gerçek anlamda birer yükümlülük yüklediği ve bu durumun kefalet sözleşmesini eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme haline getirdiği ifade edilmektedir³⁹. Eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, bir tarafın her zaman borç altına girmesine karşılık, diğer tarafın yalnızca belirli koşulların gerçekleşmesine bağlı olarak borçlandığı sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır⁴⁰.

Kefalet sözleşmesi kefil bakımından hiçbir yarar getirmiyorsa, bu takdirde TBK m. 114/I'de öngörülen, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceğine ilişkin prensip ve TMK m. 2/I hükmünde öngörülen güven ilkesi çerçevesinde, hiçbir yarar elde etmeyen kefile karşı alacaklının ileri sürebileceği haklar dar yorumlanmalı ve şüpheli durumlarda kefil lehine yorum yapılmalıdır⁴¹. Burada söz konusu olan yarar, mutlaka kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan bir yarar olmak zorunda değildir⁴².

5. Kefalet Sözleşmesinin Başkasına Ait Bir Borcu Güvence Altına Almak Amacıyla Yapılması

Kefalet sözleşmesi ile, kefilen başka bir kimseye ait borç için kişisel sorumluluk üstlenilmektedir. Zira kişisel teminat sözleşmelerinin en önemli özelliği, alacaklı bakımından, borçlunun dışında kalan bir başka kişinin malvarlığına başvurabilme olanağının yaratılmasıdır. Bu sebeple kural olarak, bir borca alacaklı ya da asıl borçlu tarafından değil; bunların dışında kalan bir üçüncü kişi tarafından kefil olunabilir⁴³.

Buna karşılık asıl borçlu ile alacaklı arasında, asıl borcun bir başkası tarafından üstlenilmesi durumunda hüküm ifade etmek üzere kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür. Ancak böyle bir sözleşme yapıldığı an için hüküm ifade etmez⁴⁴; bu durum bir üçüncü kişinin müstakbel borcu için yapılmış geciktirici koşula bağlı bir kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilir⁴⁵.

38 Reisoğlu, s. 26; Tandoğan, s. 694.

39 Özen, s. 121-122.

40 Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012, s. 211-212.

41 Özen, s. 123.

42 Özen, s. 123-124.

43 Reisoğlu, s. 32; Tandoğan, s. 699; Yavuz, s. 1365.

44 Reisoğlu, s. 32.

45 Özen, s. 124-125; Reisoğlu, s. 32.

Kefalet ile asıl borcun sonradan aynı kişide birleşmesi durumunda bir gerçek olmayan birleşme söz konusudur⁴⁶. Bu halde, alacaklının kefaletten sağlayacağı yararlar, (örneğin kefile kefil ya da rehinle temin edilmiş kefalet borcu gibi⁴⁷) saklı kalır (TBK m. 598/II). Zira bu takdirde kefaletin sona erdiğinin kabulü, alacaklıyı, sonradan diğer teminat imkanlarına başvurmadan yoksun bırakacaktır⁴⁸.

Alacaklının kendi alacağı için kefil olması, bu tür bir kefalet sözleşmesinin kiminle yapılacağı konusunda soru işareti doğurur. Kefalet sözleşmesinin alacaklı ile kefil olmak isteyen kişi arasında yapılan bir sözleşme olması, bir kimsenin halihazırda sahip olduğu bir alacak için kefil olabilmesi için, bu alacağı devralacak müstakbel alacaklıyla bir kefalet sözleşmesi yapılmasını gerekli kılar⁴⁹.

Alacaklı ile kefil sıfatlarının sonradan aynı kişide birleşmesi durumunda, kefalet borcu TBK m. 135 uyarınca sona erer.

B. KEFALETİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

1. Geçerli Bir Asıl Borcun Varlığı

Kefalet sözleşmesinin varlık ve geçerliliği, güvence oluşturduğu bir asli borcun varlık ve geçerliliğine bağlıdır⁵⁰. Şu halde her şeyden önce ortada bir asli borcun bulunması gerekir. Buna karşılık, daha önce de belirtildiği gibi, asli borcun kefalet sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olması gerekmez. Asli borcun, kefile karşı ödeme talebinde bulunulacağı anda mevcut olması yeterlidir⁵¹.

Asıl borç, tarafların irade beyanları birbirine uygun olacak surette kurulmuş olmalı; içeriği hukuka ve ahlaka aykırı ya da imkansız olmamalı, muvazaa yahut ehliyet veya şekil noksanlığı sebebiyle geçersiz olmamalıdır. Zira böyle bir borcu teminat altına almak üzere kurulan kefalet sözleşmesi de geçersiz olur⁵². Kefil, asıl borçluya ait def'ileri de alacaklıya karşı ileri sürme imkanına sahip bulunduğu için, asıl borcu doğuran sözleşmenin geçersizliği kefil tarafından alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Aynı şekilde, asıl sözleşme geçersizse, kefilin alacaklıya ödemedede bulunması durumunda, bu ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri

46 **Reisoğlu**, s. 32; **Yavuz**, s. 1365.

47 **Yavuz**, s. 1365.

48 **Reisoğlu**, s. 33.

49 Bir alacağın halihazır alacaklısının kefalet sözleşmesinde kefil olarak görünmesi, alacağın temlik halinde müstakbel alacaklıya kefalet sözleşmesi için yapılmış bir öneri olarak değerlendirilmektedir. Böylece alacağı devralan yeni alacaklının bu öneriyi kabul etmesiyle kefalet sözleşmesi kurulmuş olur. İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında bu görüşü benimsemektedir. Bkz. BGE 38 II 132. Karar ve detaylı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, s. 33 ve 62 no.lu dn.

50 **Eren**, s. 781.

51 **Barlas**, Nami; "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 351; **Eren**, s. 781; **Zevkliler**, Aydın/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013, s. 661.

52 **Eren**, s. 781.

istenmesi mümkündür⁵³. Asıl borcun kaynağı olan sözleşme sonradan geçerli bir biçimde kurulsun bile, daha önce geçersiz olan asıl borç için kurulan kefalet sözleşmesi geçersiz olarak kalır⁵⁴.

Ayrıca, kefalet sözleşmesinin kendisinin de esas bakımından sözleşmelerin genel geçerlilik koşullarına uygun olması gerekir⁵⁵.

2. Kefilin Ehliyeti

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği için, kefilin kefalet ehliyetine sahip olması gerekir. Fiil ehliyetine sahip olan herkes kefalet sözleşmesi yapabilir. Buna karşılık, tam ehliyetsizlerin ne kendilerinin kefalet sözleşmesi yapması ne de yasal temsilcileri tarafından bu kişiler adına kefalet sözleşmesi yapılması mümkündür⁵⁶. Aynı durum sınırlı ehliyetsizler bakımından da geçerlidir. Zira kefalet sözleşmesi, tam ehliyetsizlerin ve sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcileri bakımından yasak işlemler arasındadır (TMK m. 14, 15, 16, 343, 449).

Kendisine yasal danışman atanmış sınırlı ehliyetlilerin kefalet sözleşmesi yapabilmeleri, yasal danışmanın iznine bağlıdır (TMK m. 429). Kendilerine kayyım atanan kişiler ise kefalet ehliyetine sahiptir⁵⁷.

TBK m. 584/Te göre, “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.” Aynı maddenin 2. fıkrasında eşin yazılı rızasına gerek bulunmayan haller, “Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez.” şeklinde ifade edilmiştir. 28.03.2013 tarihli ve 6455 sayılı Kanununun 77. maddesiyle TBK m. 584’e eklenen ek fıkra ile kefalet sözleşmesinde eşin rızasının gerektiği haller büyük ölçüde sınırlandırılmıştır⁵⁸. Buna göre, “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz.”

53 Zevkliler/Gökyayla, s. 663.

54 Özen, s. 126; Zevkliler/Gökyayla, s. 663.

55 Reisoğlu, *Kefalet Kavramı*, s. 350; Tandoğan, s. 725.

56 Tandoğan, Haluk; “Kefaletin Geçerlilik Şartları”, *Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. IX, S. 1, 1977, s. 26.

57 Eren, s. 783; Şahan, s. 29; Tandoğan, *Geçerlilik Şartları*, s. 26.

58 Eren, s. 784.

3. Kefalet Sözleşmesinin Şekli

Kefalet sözleşmesini geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktar ile kefalet tarihinin kendi el yazısıyla yazılmasına bağlıdır (TBK m. 583/I). Aksi takdirde sözleşme geçersiz olur⁵⁹. Azami kefalet miktarı para olarak gösterilmelidir⁶⁰.

Müteselsil kefil olacak kişinin de, bu sıfatla ya da bu anlama gelecek bir başka ifadeyle, müteselsil kefil olma iradesini kendi el yazısıyla belirtmesi gerekir⁶¹.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler de kefalet için öngörülen şekle uygun yapılmadıkça geçerli olmaz⁶² (TBK m. 583/III).

Kefalet sözleşmesi ile kural olarak yalnızca kefil borç altına girdiğinden, sözleşmede yalnızca kefilin imzasının bulunması yeterlidir.

C. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN KAPSAMI

Belirtildiği gibi kefil, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olur. Kefilin sorumluluğu, sözleşmede onun el yazısıyla belirtilmiş bulunan azami miktar ile sınırlıdır⁶³. Bu husus, TBK m. 583 ve m. 589/II hükümlerinde açıkça belirtilmiştir⁶⁴. Kefilin sorumluluğunun sözleşmede gösterilen azami miktarı aşması mümkün değildir⁶⁵. Bu hususu düzenleyen m. 583 ve m. 589/II hükümleri, kefilin korumayı amaçladığından, emredici nitelikte hükümlerdir⁶⁶.

Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hale gelmesinden doğan zararlardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin hükümsüzdür⁶⁷ (TBK m. 589/IV). Bu sebeple, asıl borcun kaynağını oluşturan sözleşmeden dönülmesi halinde, kefalet de sona erer. Aksine sözleşme yapılarak asıl sözleşmenin hükümsüz hale gelmesinden dolayı kefilin sorumlu tutmak mümkün değildir. Zira kefalet hem fer'i borç doğurur hem de alacaklının ifaya olan menfaatine ilişkin bir borçtur⁶⁸.

59 Bu geçersizlik kesin hükümsüzlük türünden bir geçersizliktir. Bkz. **Grassinger Elçin**, *Savunma İmkanları*, s. 109; **Reisoğlu**, *Kefalet Kavramı*, s. 374; **Tandoğan**, s. 740.

60 **Eren**, s. 785; **Grassinger Elçin**, *Savunma İmkanları*, s. 109.

61 **Eren**, s. 785.

62 **Yavuz**, s. 1388.

63 **Canbolat**, s. 104; **Eren**, s. 792.

64 818 sayılı BK döneminde, konuyu düzenleyen m. 490 hükmü kefilin sorumluluğunun azami sınırını açıkça göstermemekteydi. Bu nedenle öğretilde, kefilin ödemekle yükümlü olacağı tüm kalemlerin toplamının kefalet senedinde gösterilen miktarı aşmaması gerektiği yönünde bir görüş ileri sürülmüştü. Bkz. **Göktürk**, Hüseyin Avni; "Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 346; TBK m. 589/II hükmünde de bu görüş benimsenmiş ve kefilin sözleşmede belirtilen azami miktardan daha fazlasıyla sorumlu tutulamayacağı öngörülmüştür. Bkz. **Zevkililer/Gökyayla**, s. 681-682.

65 **Aral**, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan; *Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri*, 9. Bası, Ankara 2012, s. 440; **Eren**, s. 792.

66 **Eren**, s. 792.

67 **Bilge**, *Kefilin Mesuliyeti*, s. 119-120; **Oser/Schönenberger**, s. 248; **Tandoğan**, s. 775.

68 **Zevkililer/Gökyayla**, s. 663.

Kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kapsamına her şeyden önce asıl borç girer. Asıl borç miktarında meydana gelen asıl borçlu lehine değişikliklerden kefil de yararlanır; ancak bu durumun tersi geçerli değildir⁶⁹. Borçlunun sorumluluğunun genişlemesi durumunda, kefilin bu genişlemeden rızası olmadıkça sorumlu tutulması mümkün değildir. Aynı şekilde, sözleşmenin yenilenmesi üzerine doğacak borçlardan kefil aksi kararlaştırılmadıkça sorumlu tutulamaz⁷⁰.

Kefilin sorumluluğu, yine azami miktar içinde kalmak koşuluyla, bazı yan borçları da kapsar. Bu yan borçlar, kararlaştırılmışsa faiz (akdi faiz), borçlunun kusur ve temerrüdünün yasal sonuçları ve dava ve takip giderleri ile rehinlerin kefile tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu masraflardır⁷¹.

D. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

I. Adi Kefalet

Alacaklının, borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde kefile başvurabildiği kefalet türü adi kefalet olarak adlandırılır. Adi kefalet, tam anlamıyla ikincil bir borçtur ve bu nedenle alacaklının öncelikle asıl borçluyu takip etmesi ve alacağını tahsil edemediği durumda kefile başvurması gerekir. Buna bağlı olarak, alacaklının öncelikle asıl borçluya başvurmadığı durumda kefilin tartışma def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınması mümkündür⁷². Ayrıca alacak rehinle de teminat altına alınmış bulunuyorsa, kefil rehlin paraya çevrilmesi def'ini de ileri sürebilir⁷³. Bu def'ilerden önceden feragat edilmesi geçersizdir⁷⁴.

Alacaklının alacağının, asıl borçlunun takibi sonunda elde edilememiş olan kısmı için kefil olunması zarara (açığa) kefalet olarak adlandırılır⁷⁵. Bu tür kefalet, 818 sayılı BK'da düzenlenmemiş olmakla birlikte, İsviçre Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiştir⁷⁶. TBK m. 585/son hükmü ile hukukumuzda da, doğrudan kefile başvurulabilecek haller ile birlikte aksi kararlaştırılabilecek biçimde⁷⁷ düzenlenmiş bulunmaktadır. Zarara kefalet de adi kefaletin bir türüdür⁷⁸.

69 Bilge, s. 381; Zevkliler/Gökyayla, s. 683.

70 Zevkliler/Gökyayla, s. 683-684.

71 Detaylı bilgi için bkz. Eren, s. 793 vd.; Oser/Schönenberger, s. 246; Zevkliler/Gökyayla, s. 683 vd.

72 Aral/Ayrancı, s. 431; Eren, s. 786; Şahan, s. 45-46.

73 Aral/Ayrancı, s. 435; Şahan, s. 46.

74 Eren, s. 787.

75 Oser/Schönenberger, s. 186; Şahan, s. 54; Tandoğan, s. 769.

76 Şahan, s. 53.

77 Grassinger Elçin, Gülçin; "Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def'i - İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 2011, s. 125.

78 Eren, s. 787.

2. Müteselsil Kefalet

TBK m. 586, kefilin, müteselsil kefil ya da bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiği kefalet müteselsil kefalet adını vermektedir. Müteselsil kefalette alacaklı, borçluyu takip etmeden veya taşınmaz rehnini paraya çevirmeden doğrudan doğruya kefil takip edebilir⁷⁹. Ancak, kefaletin fer'i niteliği gereği, bunun için öncelikle asıl borçlunun ifade gecikmesi ve ihtarin⁸⁰ sonuçsuz kalması veya açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerekir⁸¹. Konuyu düzenleyen TBK m. 586 hükmü emredici niteliktedir⁸². Alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvenceye alınmışsa, bu rehinlerin paraya çevrilmesinden önce alacaklının kefile başvurması kural olarak mümkün değildir⁸³.

Ticari olmayan işler bakımından kural adi kefalettir. Bu sebeple müteselsil kefalette, kefilin müteselsil borç altına girme iradesinin kefalet sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir (TBK m. 586). Bununla birlikte, TTK m. 7/II hükmüne göre, ticari işler bakımından tacirler hakkında müteselsil kefalet karinesi geçerlidir⁸⁴.

3. Toplu Kefalet

Birden çok kefilin aynı borca kefil olmaları durumunda söz konusu olan kefalet türü toplu kefalettir. Toplu kefalet, kısmi kefalet, bağımsız kefalet ve birlikte kefalet olmak üzere üç şekilde ortaya çıkar.

Kısmi kefalet, birden çok kefilin borcun yalnızca belirli kısımlarından sorumlu olmayı üstlendikleri kefalettir. Her kefil kendi kısmından sorumlu olur; bu nedenle aralarında herhangi bir ilişki yoktur. Bu tür kefalet TBK'da düzenlenmemiştir⁸⁵.

Bağımsız kefalet, birden çok kişinin birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olmaları durumunda söz konusu olur. Kefillerden her biri alacaklıya karşı borcun tamamından sorumludur⁸⁶. Aksi kararlaştırılmadıkça, borcu ödeyen kefilin diğerlerine, toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu hakkı vardır⁸⁷. Bağımsız kefalet, TBK m. 587/IV'te düzenlenmiştir. Bu tür kefalet, gerçek olmayan birlikte kefalet olarak da adlandırılmaktadır⁸⁸.

79 **Göktürk**, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku – Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1951, s. 622; **Tandoğan**, s. 766.

80 Burada sözü edilen ihtar temerrüt ihtarı olmamakla birlikte, temerrüt ihtarı da aynı işlevi görür. Bkz. **Zevkililer/Gökyayla**, s. 675.

81 **Eren**, s. 787.

82 **Özen**, Burak; “Kefalet Sözleşmesinin Türleri”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 376.

83 **Eren**, s. 787.

84 Yargıtay HGK, 30.05.1990, E. 1990/11-208, K. 1990/342. Karar için bkz. **Zevkililer/Gökyayla**, s. 675.

85 **Eren**, s. 789.

86 **Göktürk**, s. 623.

87 **Eren**, s. 789.

88 **Şahan**, s. 49.

Birlikte kefalet ise, birden çok kefilin, bölünebilir bir borç için birlikte kefil olmalarını ifade eder. Birlikte kefalet adı birlikte kefalet ve müteselsil birlikte kefalet olmak üzere iki türdür.

Birden çok kimsenin, bölünebilen bir borca belirli bölümler için kefil olmaları durumunda adı birlikte kefalet söz konusu olur. Bu halde kefillerden her biri, alacaklıya karşı kendi payı için adı kefil; diğerlerinin payı için ise kefile kefil gibi sorumlu olur⁸⁹ (TBK m. 587). Bu tür kefalette kefillerden her biri, yalnızca kendi payından sorumlu olduğunu ifade eden taksim def'ini ileri sürebilir⁹⁰. Ayrıca her kefilin, aynı zamanda adı kefil olduklarından, tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürmesi mümkündür⁹¹.

Müteselsil birlikte kefalet ise, kefillerin alacaklıya karşı kendi aralarında veya asıl borçlu ile birlikte müteselsil olarak sorumlu olmayı üstlendikleri kefalettir⁹². Keillerin birlikte müteselsil kefalet iradelerinin kefalet sözleşmesinden açıkça anlaşılması gerekir. Aksi takdirde adı birlikte kefalet karinesi geçerli olur⁹³. Müteselsil birlikte kefalette kefillerden her biri borcun tamamından sorumludur. Dolayısıyla bu tür kefalette taksim def'inin ileri sürülmesi mümkün değildir. Borcun tamamını veya kendi payından fazlasını ödeyen kefil, yaptığı fazla ödeme için diğer kefillere rücu edebilir⁹⁴.

4. Kefile Kefalet

Kefile kefil, alacaklıya karşı kefilin borcuna kefil olur. TBK m. 588/I, kefilin borcu için alacaklıya güvence veren kefile kefilin adı kefil gibi sorumlu olacağını düzenlemektedir. Böylece kefile kefil alacaklıya karşı, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarından sorumlu olmayı üstlenen kefilin, bu borcunu yerini getirmemesinin sonuçlarını üstlenmektedir⁹⁵. Buna bağlı olarak kefile kefalet sözleşmesi de alacaklı ile kefile kefil arasında yapılır⁹⁶.

Alacaklı önce asıl borçluya, sonra da kefile başvurmadan, kefile kefile başvuramaz⁹⁷. Burada da kefil, alacaklıya karşı tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'ini ileri sürebilir⁹⁸.

Sözleşmede açıkça kararlaştırılmak şartıyla kefile kefil, asıl kefile birlikte müteselsil kefil olarak sorumluluk altına girebilir⁹⁹. Bu durumda alacaklı her iki kefile de başvurabilir¹⁰⁰. Buna karşılık müteselsil kefaletten farklı olarak, asıl kefil ödeme yaptığında kefile kefile rücu imkanı yoktur¹⁰¹.

89 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 219; Göktürk, s. 624; Kılıçoğlu, Ahmet M.; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979, s. 104.

90 Aral/Ayrancı, s. 438; Eren, s. 790.

91 Eren, s. 790.

92 Aral/Ayrancı, s. 438; Eren, s. 790.

93 Eren, s. 790.

94 Kılıçoğlu, s. 105-106; Tandoğan, s. 774; Zevkliler/Gökyayla, s. 679.

95 Aral/Ayrancı, s. 439.

96 Kılıçoğlu, s. 106.

97 Göktürk, s. 621; Arpacı/Serozan/Hatemi, s. 530.

98 Eren, s. 791.

99 Şahan, s. 52.

100 Arpacı/Serozan/Hatemi, s. 530.

101 Kılıçoğlu, s. 106.

5. Rücua Kefalet

Bilindiği üzere TBK m. 588'e göre, alacaklıya ödemede bulunan kefil, bunun üzerine asıl borçluya rücu eder. Rücua kefalet sözleşmesi, kefil ile rücua kefil arasında yapılır ve böylece rücua kefil, alacaklıya ödemede bulunan kefilin rücu alacağını güvence altına alır¹⁰². Rücua kefalet esas itibariyle olağan bir kefalet ilişkisi olup özelliği teminat altına aldığı alacak bakımından ortaya çıkmaktadır¹⁰³.

Rücua kefalet de kural olarak adi kefalettir. Bu sebeple rücua kefile başvurulabilmesi, ilk kefilin rücu alacağı doğduktan sonra esas borçluyu takip etmesi ve bu takibin semeresiz kalmasına bağlıdır. İlk kefil alacaklıya ödeme yapmadığı sürece rücua kefile karşı olan alacağı geciktirici koşula bağlı bir alacak hakkıdır. Rücua kefil müteselsil kefalet olarak kararlaştırılmışsa, rücu alacağının doğmasıyla doğrudan rücua kefile başvurulabilir¹⁰⁴.

II. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

A. KEFİLİN SORUMLULUĞUNUN ASIL BORCA BAĞLI OLARAK SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

TBK m. 598/I'e göre, hangi sebeple olursa olsun asıl borcun sona ermesiyle kefil borcundan kurtulur. Bu, kefaletin fer'iliği ilkesinin bir sonucudur. Kefalet için bir asıl borcun varlığı gerektiğine göre, asıl borcun ortadan kalkmasıyla kefaletin de ortadan kalkması gerekir. Bu durum TBK m. 131/I hükmünde de *"Asıl borç ifa ya da diğer bir sebeple sona erdiği takdirde, rehin, kefalet, faiz ve ceza koşulu gibi buna bağlı hak ve borçlar da sona ermiş olur."* denilerek belirtilmiştir. Asıl borcun sona ermesiyle kefilin de borcundan kurtulması kanun gereği kendiliğinden gerçekleşir¹⁰⁵.

Asıl borç kısmen sona erdiği takdirde, kefilin sorumluluktan kurtulması da kısmen gerçekleşir¹⁰⁶. Asıl borcun kısmen ifa edilmiş olması veya asıl borcun bir kısmı için ibra sözleşmesinin yapılması böyle bir durumdur¹⁰⁷.

102 Aral/Ayrancı, s. 439; Arpacı/Serozan/Hatemi, s. 53; Eren, s. 791; Özen, s. 374.

103 Özen, s. 373.

104 Özen, s. 374. Buna karşılık, asıl borcun bir üçüncü kişi tarafından ödenmesi durumunda, üçüncü kişi TBK m. 127'ye göre alacaklının haklarına halef oluyorsa kefalet borcu da varlığını sürdürür. Ayrıca cari hesaba ilişkin TBK m. 134 ve birleşmenin ortadan kalkmasına ilişkin m. 135/II hükümleri çerçevesinde de kefalet borcu devam eder. Bkz. Yavuz, s. 1428. Ayrıca, TBK m. 598/II'ye göre borçlu ile kefil sıfatlarının birleşmesi durumunda, alacaklının özel yararları saklı tutulmuştur. Örneğin, kefalet alacağı bir rehin ya da kefile kefalet ile teminat altına alınmışsa, alacaklı bu haklardan yararlanabilir. Bkz. Grassinger Elçin, *Yeni Borçlar Kanunu*, s. 132.

105 TBK m. 131/II'ye göre, *"İşlemiş faizin ve ceza koşulunun ifasını isteme hakkı sözleşmeyle veya ifa anına kadar yapılacak bir bildirimle saklı tutulmuş ise ya da durum ve koşullardan saklı tutulduğu anlaşılmaktaysa, bu faizler ve ceza koşulu istenebilir."* Görüldüğü gibi, borcun aslının ifası, esas borçlunun işlemiş ve ödenmemiş faizlerden sorumluluğunu her zaman için ortadan kaldırmamaktadır. Bu takdirde, kefilin bu faizler bakımından sorumluluğu da bu hallerde asıl borcun ifası ile ortadan kalkmaz. Bkz. Özen, s. 537.

106 Çınar, Ömer; *Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, İstanbul 2013, s. 6.

107 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 126; Özen, s. 537.

TBK iki halde, esas borcun yeniden canlanması durumunda fer'i hakların da yeniden hayat bulacağını öngörmüştür¹⁰⁸. Bunları ilki, TBK m. 107/I'de düzenlenen alacaklının temerrüdü durumunda borçlunun teslimi gereken şeyi tevdi ederek borcundan kurtulma imkanını kullanmasından sonra, alacaklının tevdi edilen şeyi kabul ettiğini açıklaması veya tevdiin bir rehlin ortadan kaldırması halleri dışında, borçlunun tevdi ettiği şeyi geri alması üzerine alacağın tüm yan haklarla birlikte canlanacağını düzenleyen TBK m. 109 hükmüdür¹⁰⁹. İkinci durum ise, TBK m. 200/I'e göre, borcun dış üstlenilmesine ilişkin sözleşmenin hükümsüz hale gelmesi üzerine eski borcun tüm bağlı haklarla birlikte canlanmasıdır¹¹⁰. Bu iki durum haricinde, asıl borcun yeniden canlanması üzerine bağlı hakların da hayata döneceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi önemli bir karar vermiştir. Bu kararda, iflas durumundaki bir kimseye ait bir borcun ifasının iptal edilmesi üzerine, eski borçla birlikte kefaletin de canlanacağına hükmedilmiştir. Bu kararın dayanağını ise, alacağına bağlı fer'i hakların alacağın kaderine tabi olması kuralı teşkil etmektedir. *Özen*'e göre Federal Mahkeme'nin bu yaklaşımı, benzer tüm sona erme durumları bakımından uygulanabilecek bir ilke getirmektedir¹¹¹.

Asıl borcun sona ermesinin kefil borçtan kurtarıcı etkisi bakımından İİK m. 295'te bir istisna öngörülmüş bulunmaktadır. Asıl borçlu, hakkındaki konkordatonun onaylanmasıyla asıl borcunun tamamından sorumlu olmaktan kurtulur ve sorumluluğu konkordatoda belirlenen oranda devam eder. Buna karşılık, belirli koşullar dahilinde, kefile borcun tamamı için başvurulması mümkündür¹¹². Bunun için, İİK m. 295'te yer alan koşulların yerine getirilmesi gerekir. Her şeyden önce, alacaklının konkordatoya onay vermemiş olması durumunda kefilin sorumluluğu borcun tamamı bakımından devam eder (İİK m. 295/I). Alacaklı, konkordatoya onay vermiş olmasına karşın, kendi haklarını ödeme karşılığında kefile devretmeyi önermiş ve alacaklılar toplantısının yerini ve zamanını on gün öncesinden kefile bildirmişse, bu takdirde kefil yine borcun tamamı için sorumlu tutulabilir (İİK m. 295/II). Bununla birlikte alacaklı, bu koşulları yerine getirmeden konkordatoya onay vermişse, kefil de asıl borçlu ile beraber borçtan kısmen kurtulmuş olur¹¹³. Açıklananlar, asıl alacağın bir kısmının kefaletle güvence altına alınmış olması halinde de geçerlidir¹¹⁴.

108 *Özen*, s. 538.

109 *Şahan*, s. 144-145; *Tunçomağ*, Kenan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 1968, s. 434-435.

110 *Göktürk*, s. 649; *Grassinger Elçin*, *Savunma İmkanları*, s. 125; *Tunçomağ*, s. 632-633.

111 BGE 63 III 149; BGE 61 III 49. Bkz. *Özen*, s. 538-539.

112 *Grassinger Elçin*, *Savunma İmkanları*, s. 56.

113 *Grassinger Elçin*, *Savunma İmkanları*, s. 55-56; *Özen*, s. 388, s. 540.

114 *Altay*, Sümer; Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C. II, İstanbul 2006, s. 948-949.

2. Asıl Borca İlişkin Sona Erme Sebepleri

Belirtildiği gibi, asıl borcun herhangi bir sebeple sona ermesi durumunda kefalet de taraf iradelerinden bağımsız olarak ve alacaklı tatmin edilmemiş olsa bile kendiliğinden sona erer¹¹⁵. Bu sebepler şunlardır:

a. Asıl Borcun İfa Edilmesi

Borcun en doğal sona erme sebebi borçlunun borcunu, zamanında ve temerrüde düşmeksizin ifa etmesidir¹¹⁶. Kefil de alacaklıya karşı borçlunun borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarını kişisel olarak üstlendiğine göre, asıl borcun uygun bir biçimde ifası ile kefalet borcu da sona erer¹¹⁷.

İfanın borçlunun rızasıyla yapılmasıyla cebri icra yoluyla yapılması arasında bir fark bulunmamaktadır¹¹⁸.

Asıl borç borçlu tarafından ifa edilirse¹¹⁹ veya üçüncü kişi tarafından ifa edilmekle birlikte kanundan doğan bir halefiyet yoksa¹²⁰ kefilin sorumluluğu bu ifa ile birlikte sona erer¹²¹. Kanundan kaynaklanan bir halefiyet söz konusu ise, ifayı gerçekleştiren üçüncü kişi alacaklının haklarına halef olur¹²².

b. Asıl Borcun İfasının İmkansızlaşması

Asıl borcun borçluya yüklenemeyen sebeplerle imkansızlaşması durumunda asıl borç sona erer (TBK m. 136). Bu halde kefilin borcu da sona erecektir¹²³. Bu durumda tartışılması gereken husus, asıl borç bakımından ortaya çıkan bu imkansızlık haline kefilin kusurlu olarak yol açması durumunda, kefilin sorumluluğunun yine de sona erip ermeyeceği hususudur. Bir görüşe göre¹²⁴, imkansızlığın kefile atfedilebileceği hallerde bile kefilin sorumluluğu sona ermelidir. Ancak bu halde alacaklıya, hile def'ini ileri sürme veya koşulları varsa kefilen haksız fiile dayanarak tazminat talebinde bulunabilme olanağı tanınır. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise¹²⁵, alacaklıyı bu denli dolambaçlı bir yoldan korumaktansa, asıl borcun kendisine yükletilebilecek

115 Özen, s. 539.

116 Özen, s. 541; Yavuz, s. 1429.

117 Tandoğan, s. 791; Yavuz, s. 1429.

118 Ayan, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 490.

119 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1024.

120 Kılıçoğlu, s. 102.

121 Ayan, s. 490; Çınar, s. 9.

122 Çınar, s. 9.

123 Kefilin borcu bir para borcu olduğuna ve para borçlarında imkansızlık mümkün olmadığına göre, TBK m. 136 esas itibarıyla kefilin borcu bakımından uygulama alanı bulmayacaktır. Bkz. Ayan, s. 493; Reisoğlu, s. 284; Tandoğan, s. 791.

124 Reisoğlu, s. 284-285; Yavuz, s. 1429

125 Özen, s. 541.

nedenlerle imkansızlaşmasına sebep olan kefilin, fer'ilik ilkesine dayanarak borçtan kurtulduğunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilmesi daha yerinde olacaktır.

Konusu para olmayan asıl borcun objektif olarak imkansızlaşması borçlunun kusurundan kaynaklanmaktaysa, asıl borç tazminat borcuna dönüşeceğiinden kefilin sorumluluğu da bu kapsamda devam eder¹²⁶.

Borçlunun borcunu ödemekten aciz halinde bulunması kefilin borcunu sona erdirmez¹²⁷. Zaten kefalet bu tür durumlar için başvurulmuş bir sözleşmedir¹²⁸. Kefalet sözleşmesinde ayrıca, kefilin sonradan ortaya çıkan sebeplerle işlem temelinin çöktüğünü ve kefalet sözleşmesinin geçersiz hale geldiğini ileri sürmesi ve özellikle de asıl borçlunun mali durumunun sonradan aşırı derecede bozulması halinde kefilin uyarılma talep etmesi mümkün görünmemektedir¹²⁹.

Kefil Türkiye sınırları içerisinde yerleşik olmasına rağmen, asıl borçlu bir başka ülkede yerleşik bulunuyor ve bu ülkenin mevzuatı borcun yerine getirilmesini engelliyorsa, TBK m. 590/III'e göre, yerleşim yeri Türkiye olan kefilin takibe bu sebeple itiraz etmesi mümkündür¹³⁰. Bununla birlikte kefilin, bu hükmün kendisine tanıdığı savunmadan vazgeçerek yabancı ülke kanunlarının esas borcun ifasını imkansız hale getiren düzenlemelerinin riskini üstlenmesi de mümkündür¹³¹.

126 **Ayan**, s. 493.

127 Borçlunun borç ödemekten aciz hale düşmesi, subjektif imkansızlık kapsamında değerlendirilebilir. Bu halde de kefilin, borçlunun borç ödemeden acizine dayanarak kendi borcunun sona erdiğini ileri sürmesi mümkün değildir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 284.

128 **Gümüş**, Mustafa Alper; *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. II, İstanbul 2012, s. 312; **Reisoğlu**, s. 284; **Yavuz**, s. 1429.

129 **Ayan**, s. 505. Buna karşılık kefalet limitinin yabancı para olarak kararlaştırıldığı ve yabancı paranın aşırı değer kazandığı durumlarda kefil tarafından uyarılma talep edilebilmelidir. Bkz. **Ayan**, s. 505, 1633 no.lu dn. Ayrıca bkz. **Gümüş**, s. 312.

130 Asıl borçlunun yerleşik bulunduğu ülke mevzuatı bakımından ödeme yasağı bulunması durumunda, müteselsil kefile başvurulup başvurulamayacağı konusunda İsviçre Federal Mahkemesi oldukça tartışılan bir karar vermiştir. Federal Mahkeme'ye göre, müteselsil kefile asıl borçlu takip edilmeden dahi başvurulabilirdiğine göre, özellikle müteselsil kefile, kefalet hukukunun amacına aykırı bir def'i hakkının tanınmaması gerekir. Zira müteselsil kefil, yalnızca malvarlığı noksanlığından dolayı asıl borçlunun borcunu yerine getirememesi haline özgü olarak değil, aynı zamanda malvarlığı durumundan bağımsız olarak gerçekleşen borcun yerine getirilememesi hallerinden de sorumludur. Ödeme yasağı da bu tür bir durumdur. Ödeme yasağının asıl borçlunun borcunu ortadan kaldırması kefaletle etki etmemelidir. Eğer İsviçre Borçlar Kanununun ilgili maddeleri asıl borçlunun borcundan kurtulmasının kefile de etki edeceğini düzenliyorsa, bu durum yalnızca olağan sona erme sebepleri bakımından kastedilmiş olmalıdır. Yoksa, fevkalade olarak devletlerin iktisadi ve politik ilişkilerine bağlı olan sona erme sebepleri kefaletle etki etmez. Burada kefaletin teminat amacı fer'ilik prensibinden önce gelmektedir. Bkz. BGE 60 II 294. Federal Mahkeme'nin bu kararı, kefilin, asıl borçlunun malvarlığı durumundan tamamen bağımsız olan ve borçlunun borcunu yerine getirmesini engelleyen ödeme yasaklarını tekeffül etmiş olmadığı ve hatta asıl borçlunun borcun ifası bakımından üstüne düşen her şeyi yapmış olmasına rağmen ödeme yasağı sebebiyle borcu yerine getiremediği bir durumda kefilin sorumlu tutulmaya devam edilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Karar ve eleştirisi için bkz. **Reisoğlu**, s. 285-286. Esasen TBK m. 590/III hükmünün ortaya çıkmasına sebep olan olay Federal Mahkeme'nin bu kararıdır. Bkz. **Ayan**, s. 494.

131 Kefilin bu riski üstlenmesi, bu nokta bakımından fer'ilik ilkesine bir istisna getirilmesi anlamı taşır. Bununla birlikte, fer'ilik ilkesine yalnızca bu hususta bir istisna tanınması, diğer noktalarda da fer'ilikten vazgeçildiği anlamına

c. İbra

Bir sözleşmenin taraflarının aralarında mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya ve bu suretle borçlunun borçtan kurtulmasına yönelik sözleşmeye ibra sözleşmesi adı verilir¹³². Asıl borçlu ile alacaklı arasında ibra sözleşmesi yapılması durumunda, ibranın bağışlama kastıyla ya da bir ivaz karşılığında yapılmış olması önem taşımaksızın¹³³, asıl borçla birlikte kefalet de sona erer¹³⁴.

Müteselsil borçlulardan birinin ibra edilmesi diğerlerini borçtan kurtarmaz. İbra edilen müteselsil borçlu için kefil olan kişi, diğer müteselsil borçluların sorumluluğu devam etmesine rağmen borcundan kurtulur¹³⁵.

d. Yenileme

Yenileme, bir borcun yerine yenisinin geçirilmesi suretiyle eski borcun sona erdirilmesi amacıyla yapılan bir sözleşmedir¹³⁶. Yenilemenin esas borçla birlikte kefaletle de son vereceği kabul edilmektedir¹³⁷. Yeni borcun kefaletle teminat altına alınması isteniyorsa yeni bir kefalet sözleşmesi yapılması gerekir¹³⁸.

Yenileme konusuna ilişkin olarak, cari hesabın taşıdığı özelliğe değinmek gerekir. Konuyu düzenleyen TBK m. 134 hükmüne göre, bir borç kaleminin cari hesaba yazılması yenileme anlamına gelmez (m. 134/I). Yenilemenin gerçekleşmesi için hesabın kesilerek hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmesi gerekir. Hesap sonucunun kabul edilmesi yenileme anlamına geleceğine göre, cari hesaba yazılmış borç kalemlerinin son bulunduğu kabul edilecektir. Bununla birlikte TBK m. 134/III'e göre, sona eren borç kalemleri için verilen aynı ve kişisel teminatlar, aksine sözleşme olmadıkça sona ermez; hesap sonucunun kabulüyle ortaya çıkan yeni borcu teminat altına almaya devam ederler¹³⁹.

e. Takas

Takas, iki kişinin karşılıklı olarak birbirlerine borçlu oldukları para veya diğer özdeş edimleri, her iki borç da muaccel ise karşılıklı olarak, daha az olan borç tutarınca sona erdirmeleridir¹⁴⁰.

gelmez. Bu halde, garanti ve kefalet sözleşmelerine ilişkin edimlerden oluşan karma nitelikli bir isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilebilir. Bkz. **Özen**, s. 542.

132 **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1270; **von Tuhr**, Andreas; *Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C. 1-2*, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983, s. 646.

133 **Ayan**, s. 491; **Özen**, s. 542.

134 İbranın sebebe bağlı olarak yapılması ve sebebin geçersiz olması durumunda asıl borç devam edeceğine göre kefalet borcu da varlığını sürdürür. Bkz. **Reisoğlu**, s. 289-290; **von Tuhr**, s. 650; **Yavuz**, s. 1429.

135 **Ayan**, s. 491-492; **Özen**, s. 542.

136 **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1263.

137 **Özen**, s. 543; **Reisoğlu**, s. 287; **Yavuz**, s. 1429.

138 **Reisoğlu**, s. 287; **von Tuhr**, s. 653.

139 **Özen**, s. 543-544; **Yavuz**, s. 1429. Bunun kefaletin fer'iliğine bir istisna getirdiği kabul edilmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 288.

140 **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1274; **Tunçomağ**, s. 670; **von Tuhr**, s. 667.

Bu halde, takas edilen miktar nispetinde kefalet borcu da sona erer. Asıl borçlunun takas ileri sürme hakkı bulunduğu sürece kefilin alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınması mümkündür¹⁴¹.

f. Alacaklı ve Borçlu Sıfatlarının Birleşmesi

Bir kimsenin, aynı borcun hem alacaklısı hem de borçlusu olması durumunda alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleştiğinden söz edilir¹⁴². Bu halde asıl borç sona ereceğinden, asıl borca bağlı olan kefalet de sona erer¹⁴³.

Borçlu ve alacaklı sıfatlarının birleşmesine yol açan olgu geriye etkili olarak ortadan kalkarsa, asıl borç yeniden canlanacağından, kefile de tekrar başvurulabilir¹⁴⁴. Buna karşılık, bu sıfatların geriye etkili olmayacak şekilde bir hukuki işlemle birbirinden yeniden ayrılması durumunda kefaletin yeniden geçerlilik kazanması söz konusu olmaz¹⁴⁵.

İpotekli borç senedi ve irat senedi bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi özellik arz etmektedir. Bu senetler, aynı zamanda senedin borçlusu olan taşınmaz sahibinin eline alacaklı sıfatıyla geçtiği takdirde, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olur. Bununla birlikte, senedin tedavüle çıkarılması durumunda (TMK m. 918) alacaklı ve borçlu sıfatları birbirinden ayrılacaktır. Bu durumda, senette somutlaşan alacak hakkı esas itibariyle son bulmayacağından, bu alacağı güvence altına alan fer'i nitelikli teminatlar ve bu arada kefalet de son bulmayacaktır¹⁴⁶. Aynı sonuç, her türlü kıymetli evrak bakımından da ortaya çıkar¹⁴⁷.

g. Zamanaşımı

Zamanaşımı, gerçek anlamda borcu sona erdiren bir sebep değildir. Bununla birlikte kefil, asıl borç için gerçekleşen zamanaşımını ileri sürerek ifadan kaçınabilir.

Aslında kefilin zamanaşımını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmak külfeti altında olduğu da söylenebilir. Zira bu külfeti yerine getirmeyen kefil, zamanaşımı def'ini bildiği veya bilmesi gerektiği ispat edildiği takdirde asıl borçluya rücu hakkını kaybeder¹⁴⁸. Buna karşılık kefil, asıl borç bakımından zamanaşımının gerçekleştiğini bilerek sorumluluk üstlenmişse, zamanaşımı savunmasından yararlanamaz. Bu son durumda, diğer tüm noktalarda fer'ilik ilkesi geçerli olduğu

141 Reisoğlu, s. 290.

142 Eren, *Genel Hükümler*, s. 1268.

143 Tunçomağ, s. 668; von Tuhr, s. 662; Yavuz, s. 1429.

144 Özen, s. 545.

145 Özen, s. 545.

146 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 128; Özen, s. 546; Tunçomağ, s. 669.

147 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 128; Özen, s. 546.

148 Bilge, *Kefilin Mesuliyeti*, s. 99; Özen, s. 545.

halde, yalnızca zamanaşımının ileri sürülmesi bakımından fer'ilik ilkesinden ayrı kalınmış olduğundan, garanti ve kefalet sözleşmelerinin unsurlarını barındıran bir isimli sözleşmenin varlığından söz edilir¹⁴⁹.

Asıl borç bakımından TBK m. 154'te sayılan zamanaşımını kesen sebeplerin gerçekleşmesi sonucu, kefilin borcu bakımından da zamanaşımı kesilir. Ancak bunun tersi geçerli değildir (TBK m. 155/III).

h. Asıl Borcun Doğuran Hukuki İlişkinin Sonradan Hükümsüz Hale Gelmesi

Asıl borcu doğuran hukuki ilişki, iptal, dönme¹⁵⁰, geri alma gibi bir sebeple sonradan hükümsüz hale gelirse kefalet de sona erer¹⁵¹.

Asıl borcun bağlı olduğu geciktirici koşulun gerçekleşmesi imkansız hale gelirse, asıl borcun gerçekleşmesi mümkün olmaz. Bu takdirde asıl borca bağlı olan kefaletten de hiçbir sorumluluk doğmayacaktır. Asıl borç bir bozucu koşula bağlanmış ve koşul gerçekleşmişse, asıl borçla birlikte kefalet de hükümsüz hale gelir¹⁵².

Sürekli bir borç ilişkisinin feshi, kural olarak ileriye yönelik etkiler doğuracağından böyle bir sözleşmeden doğan borca kefil olan kişinin sorumluluğu da fesih üzerine geleceğe yönelik olarak ortadan kalkmakla birlikte, bu ilişkiden doğmuş bulunan borçlar bakımından sorumluluk devam eder¹⁵³.

ı. Tereke İçin Defter Tutulduğu Sırada Alacağın Bildirilmemesi

Mirasçılardan miras tutulan defter uyarınca kabul etmeleri durumunda, defterin tutulduğu sırada alacağını bildirmeyen alacaklıların alacakları sona erer. Bu durum asıl borcun sona ermesine sebep olduğundan, bu borca bağlı kefalet de sona erecektir. Bununla birlikte, alacağın bildirilmemesi alacaklının kusuruna dayanmıyorsa, mirasçılara başvurma hakkı saklı kalacağından kefalet de sona ermez. Öte yandan, mirasçılardan sorumluluğu, terekeden kendilerine düşen tutarla sınırlı bir sorumluluk olmasına karşılık (TMK m. 629/II), kefil

149 **Özen**, s. 545.

150 Yeni dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme üzerine sözleşme ilişkisi sona ermemekte; sözleşme tasfiye amacı taşıyan bir borç ilişkisi olarak devam etmektedir. Bu teoriye göre, asıl borç için verilmiş olan kefalet, sözleşmenin muhtevasının değişmesi sonucu ortaya çıkan verilenlerin iadesi borcu bakımından devam etmelidir. Bkz. **Seliçi, Özer**; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 208. Ayrıca bkz. **Serozan**, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 73 vd.

151 **Ayan**, s. 492.

152 **Ayan**, s. 493; **Özen**, s. 542.

153 **Ayan**, s. 492. Asıl borcu doğuran sözleşme, asıl borçlunun kusuru nedeniyle feshedilmişse, kefil bu takdirde de sorumluluktan kurtulur. Böyle bir halde kefilin, sözleşmenin feshedilmesinden dolayı alacaklının borçludan talep edebileceği menfi zarardan sorumlu tutulması söz konusu değildir. **Oser/Schönenberger**, s. 247; **Şahan**, s. 120-121.

borcun tamamından sorumlu olmaya devam eder¹⁵⁴. Bu durum, fer'ilik ilkesinin bir istisnası olarak kabul edilmektedir¹⁵⁵.

i. Kesin Hüküm

Bir mahkeme kararı, esas itibariyle yalnızca taraflar arasında kesin hüküm teşkil eder. Buna karşılık, kefil olunan borcun mevcut olup olmadığı konusunda asıl borçlu ile alacaklı arasında ortaya çıkan ihtilaf asıl borçlunun lehine sonuçlandığı takdirde, kefilin de bu hükmeye dayanarak kefaletten kurtulması mümkündür¹⁵⁶. Bu durum kefaletin fer'i niteliğinden kaynaklanmaktadır¹⁵⁷.

Buna karşılık, alacaklı ile asıl borçlu arasındaki davada asıl borcun mevcudiyetine ilişkin olarak verilmiş ve kesinleşmiş bir karar kefilin bağlamayacaktır. Zira kefil, asıl borçluya ait savunma sebeplerinden başka, alacaklı ile kendi arasındaki ilişkiden kaynaklanan savunma sebeplerine de dayanabilir¹⁵⁸.

B. KEFALET SÖZLEŞMESİNİN KENDİSİNE İLİŞKİN SEBEPLERLE SONA ERMESİ

1. Genel Olarak

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, asıl borcun sona ermesi kefalet borcunun da son bulmasına yol açar. Bununla birlikte, asıl borç sona ermemiş olmasına rağmen, kefalet sözleşmesini etkileyen sona erme sebepleri de mevcuttur. Zira kefalet sözleşmesi fer'i bir borç doğurmasının yanı sıra, aynı zamanda ayrı bir hukuki ilişkidir.

Kefalet sözleşmesi bir borç ilişkisi olduğuna göre, borcun sona ermesine ilişkin sebepler kefalet borcunun da sona ermesine yol açar. Bunun yanında Türk Borçlar Kanunu, kefalet sözleşmesine özgü sona erme hallerini de düzenlemiş bulunmaktadır.

2. Borcun Genel Sona Erme Sebeplerinin Kefalet Sözleşmesi Bakımından Etkisi

Borçların genel sona erme sebepleri, kefalet sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Bu anlamda, en temel sona erme sebebi, kefilin borcunun ifasıdır. Kefalet borcunun ifasıyla kefil, alacaklıya halef olarak borçluya başvurma hakkını elde eder.

Asıl borca ilişkin bir yenileme söz konusu olmaksızın kefilin borcunun yenilenmesi mümkündür. Aynı şekilde kefilin borcu, geçerlilik şekline tabi olmaksızın (TBK m. 132), alacaklı ile kefil arasında yapılacak bir ibra sözleşmesi yoluyla da sona erdirilebilir.

154 Özen, s. 543. Aksi yönde bkz. Şahan, s. 140; Yavuz, s. 1436; Zevkliler/Gökyayla, s. 694.

155 Özen, s. 543.

156 Oser/Schönenberger, s. 275-276; Reisoğlu, s. 290.

157 Özen, s. 386.

158 Özen, s. 386.

Kefil, alacaklıya karşı ileri sürebileceği aynı türden muaccel bir alacağa sahipse, kefalet sözleşmesinden doğan borcuyla bu alacağını takas ederek kefalet borcunu sona erdirebilir.

Kefalet sözleşmesinin alacaklı ile kefil arasında yapılacak bir sözleşme (ikale) ile sona erdirilmesi mümkün olduğu gibi, alacaklının kefil borcundan ibra etmesi de mümkündür¹⁵⁹.

Kefil ile asıl borçlu sıfatının birleşmesi de mümkündür. Örneğin, kefil asıl borçlunun tek mirasçısıysa borçlunun ölümü halinde ya da asıl borçlu kefilin tek mirasçısıysa kefilin ölümü halinde bu türden bir sıfat birleşmesi söz konusu olur¹⁶⁰. Ancak kefil ile asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi, TBK m. 135'te düzenlenen alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesinden farklıdır. Zira asıl borçlu, kefalet sözleşmesine taraf değildir. Asıl borçlu ve kefil sıfatlarının birleşmesi durumunda, aynı kişi farklı iki hukuki sebep dolayısıyla sorumluluk altına girmektedir¹⁶¹. Bu takdirde asıl borçlu ve kefil sıfatlarını aynı anda taşıyan kişi, borcunu yerine getirdiğinde, asıl borcun yerine getirildiği kabul edilmelidir. Çünkü esas olan asıl borçtur¹⁶². Kefil ve asıl borçlu sıfatlarının aynı kişide toplanması durumunda, bir kimsenin kendi borcuna kefil olamayacağı ilkesine aykırı bir durum söz konusu olsa da, alacaklının kefile karşı sahip olduğu fer'i hakların bulunabileceği düşünüldüğünde, kefil ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi durumunda kefaletin sona ereceğinin kabul edilmesi alacaklının bu fer'i haklardan yoksun kalmasına sebep olacaktır. Bu husus TBK m. 592/II'de hükme bağlanmıştır. Bu hüküm ile, kefil ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesi halinde kefaletin devam edip etmeyeceği tartışmasından bağımsız olarak, alacaklının kefaletten kaynaklanan fer'i haklarının saklı kalacağı açıkça ifade edilmiştir¹⁶³.

Kefilin borcu, asıl borçtan bağımsız olarak ayrı bir zamanaşımına tabidir. Kefalet borcu, TBK m. 146'da öngörülen on yıllık zamanaşımı süresine tabidir¹⁶⁴. Bu süre, kefilin borcunun

159 **Yavuz**, s. 1435.

160 **Özen**, s. 549.

161 **Özen**, s. 550; **Şahan**, s. 126.

162 **Özen**, s. 550.

163 **Özen**, s. 551. 818 sayılı Borçlar Kanunu bu hususta bir düzenleme içermemekteydi. Öğretide, İsviçre Borçlar Kanununun 509. maddesinde yer alan ve kefil ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesiyle, alacaklının kefaletin devamında menfaati varsa kefaletin sona ermeyeceği yönündeki düzenlemenin hukukumuzda da kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi. 6098 sayılı TBK m. 592/II hükmünde, kefil ve asıl borçlu sıfatlarının birleşmesiyle kefaletin sona erip ermeyeceğini düzenlememekle birlikte, alacaklının kefaletten doğan özel yararlarının saklı kalacağını ifade ederek bu konudaki tartışmalara bir ölçüde son vermiştir. Konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **Grassinger Elçin**, *Savunma İmkanları*, s. 128; **Oser/Schönenberger**, s. 349; **Özen**, s. 549-551; **Şahan**, s. 126-127; **Tandoğan**, s. 793; **Tunçomağ**, s. 668; **von Tuhr**, s. 662.

164 Kefilin borcunun ayrı bir zamanaşımı süresine tabi olmasına karşılık, bu bağımsızlık mutlak değildir. TBK m. 155/II, zamanaşımının asıl borçluya karşı kesilmesi üzerine kefile karşı da kesileceğini düzenlemektedir. Bu sebeple TBK m. 154'te sayılmış olan zamanaşımının kesilme sebepleri asıl borç bakımından gerçekleştiğinde kefil için de zamanaşımı kesilmiş sayılacaktır. Buna karşılık kefile karşı zamanaşımının kesilmesi asıl borç bakımından aynı sonucu doğurmaz (TBK m. 155/III). Asıl borç için zamanaşımının işlemlerini engelleyen olguların varlığı, kefilin borcu için zamanaşımının işlemlerini engellemez. Örneğin, taşınmaz rehniyle teminat altına alınmış borçlar bakımından zamanaşımı işlemeyeceği gibi, asıl borçlu hakkında ödemedi kesin aciz belgesinin alınmış olması da zamanaşımının işlemlerini engeller. Buna karşılık bu hallerde dahi kefilin borcu bakımından zamanaşımı işlemeye devam eder. Bkz. **Ayan**, s. 505; **Özen**, s. 548.

muaccel olmasıyla işlemeye başlar (TBK m. 149/I). Bununla birlikte, fer'ilik ilkesinin bir sonucu olarak, kefalet borcu en erken asıl borcun muaccel olduğu anda muacceliyet kazanır. Bununla birlikte, kefilin borcunun muacceliyeti için asıl borcun muacceliyet anından daha ileriki bir zaman belirlenmişse ya da kefilin borcunun muacceliyeti kendisine bir bildirim yapılmasına bağlanmışsa (TBK m. 149/II), muacceliyet anı buna göre belirlenir¹⁶⁵.

Asıl borçlunun ölümü, yukarıda kısaca değinilen mirasın tutulan deftere göre kabulü halinde deftere yazılmayan alacakların durumu haricinde kefilin sorumluluğunu etkilemez; kefalet geçerli olmaya devam eder¹⁶⁶. Kefilin ölümü de kural olarak kefalet borcunu sona erdirmez; borç mirasçılara geçer¹⁶⁷. Dolayısıyla bu andan sonra kefalet borcunun kaderini mirasçıların tutumu belirler. Mirasçıların mirası kabul etmeleri durumunda, kefaletten doğan borç mirasçıların kişisel borcuna dönüşür¹⁶⁸. Mirasın en yakın yasal mirasçılar tarafından reddedilmesi halinde, sulh mahkemesince iflas hükümlerine göre tasfiye gerçekleşir (TMK m. 612/I). Bu halde kefaletten doğan borç tereke dahilindeki değerlerden karşılanır; ancak karşılanamayan kısım için mirasçıların kişisel sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁶⁹. Terekenin resmi defterinin tutulması istenirse, mirasçılar, kefalet alacağını alacaklı tarafından deftere kaydettirilmesi koşuluyla ve terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesi üzerine kefalet alacaklısına düşecek miktar kadar sorumlu olurlar¹⁷⁰.

3. Kefilin Borcunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi

a. Süreli Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

aa. Genel Olarak

TBK m. 600'e göre, "Süreli kefalette kefil, sürenin sonunda borcundan kurtulur." Bu düzenleme, kefilin sorumluluğunun süreye bağlandığı kefalet sözleşmeleri bakımından¹⁷¹ uygulama alanı bulan bir hükümdür. Kefalet sözleşmesi dışında asıl borçtan kaynaklanan sorumluluğun da süreye bağlanmış olması gerekli değildir¹⁷². Kefaletin türünün adı kefalet ya da müteselsil kefalet olmasının bu hükmün uygulanması bakımından farkı bulunmamaktadır¹⁷³.

Kefaletin süreli olduğu, kefalet sözleşmesinde belirli bir sürenin gösterilmesinden ya da asıl borcun niteliğinden ve diğer olayların yorumlanmasından çıkarılabilir¹⁷⁴. Tereddüt halinde

165 Özen, s. 547-548.

166 Şahan, s. 140.

167 Özen, s. 549; Şahan, s. 140; Tandoğan, s. 798.

168 Özen, s. 549.

169 Özen, s. 549.

170 Özen, s. 549; Şahan, s. 141; Tandoğan, s. 789.

171 Kefilin borcunun vadeye bağlanmış olması, süreye bağlı kefaletten farklı bir anlam taşır. Bkz. Özen, s. 551-552.

172 Grassinger Elçin, Gülçin; "Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 210; Özen, s. 552.

173 Gümüş, s. 285; Özen, s. 551.

174 Ayan, s. 441; Yavuz, s. 1430.

asıl olan kefaletin süresiz olmasıdır¹⁷⁵. Kefaletin süreli olduğunu iddia eden kefil bu iddiasını ispatlamak zorundadır¹⁷⁶.

Tıpkı diğer sözleşmelerde olduğu gibi, kefalet sözleşmesinde de, sözleşme için kararlaştırılan sürenin sona ermesi kefalet sözleşmesi için mutlak bir sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir. Belirlenen sürenin sonuna kadar kendisine talepte bulunulmayan kefilin sorumluluğu son bulur. Kefalet sözleşmesinin sürenin sonunda sona ermesi kendiliğinden gerçekleşir. Bu süre, sözleşmeye dayanan bir hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir¹⁷⁷. Bununla birlikte, İsviçre Borçlar Kanununda aynı hususu düzenleyen 510. maddeden ve 818 sayılı BK m. 493'ten farklı olarak¹⁷⁸ TBK kefaletin özel niteliğini göz ardı ederek sürenin bitiminden itibaren bir aylık süre içerisinde alacaklının mahkemeye ya da icraya başvuru hakkını saklı tutmamıştır¹⁷⁹. Bu durumda kefaletin kararlaştırılan sürenin sonunda mutlak olarak ve kendiliğinden sona ermesi TBK'nın getirdiği yeni bir durumdur¹⁸⁰.

Kefalet için kararlaştırılan sürenin sonuna kadar asıl borcun muaccel olmaması durumunda kefalet mutlak olarak sona erecektir. İsviçre Borçlar Kanununun 510. maddesinin 5. fıkrası, asıl borcun kefalet süresinin sona ermesini takip eden bir aydan sonra muaccel olması durumunda, kefil borcu için aynı teminat göstermezse, kefalet borcunun asıl borcun muacceliyet tarihine kadar devam edeceğini kabul etmektedir¹⁸¹. Ancak TBK'da böyle bir hükme yer verilmemiştir. Bununla birlikte, kefaletin süresi dolmadan önce asıl borcun muaccel olması koşuluyla kefilin takip edilmesi ya da ona karşı dava açılması durumunda, takip veya dava devam ederken kefalet süresinin sona erdiği ileri sürülemez¹⁸². Buna karşılık, asıl borç kefalet süresi içinde muaccel olmuş olsa bile bu süre içerisinde kefil takip edilmemiş ya da hakkında dava açılmamışsa kefil yine borcundan kurtulacaktır¹⁸³.

Kefalet sözleşmesini süreye bağlayan anlaşma kefilin yükümlülüğünü hafiflettiği takdirde herhangi bir geçerlilik koşuluna bağlı olmadan yapılabilir. Ancak kefalet sözleşmesinin süreye bağlanması, kefil bakımından süreli olmayan kefaleti düzenleyen TBK m. 601 hükmünden daha uzun süreli bir bağlılık yaratabilir. Şöyle ki, TBK m. 601/I hükmüne göre, “*Süreli olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsel kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.*” Bu hükmün uygulanması ile, asıl borcun muaccel olmasına kadar geçecek süreye

175 Grassinger Elçin, *Kefilin Hakları*, s. 211; Özen, s. 555; Tandoğan, s. 800; Yavuz, s. 1430; Zevkiler/Gökyayla, s. 693.

176 Özen, s. 555; Şahan, s. 78.

177 Ayan, s. 539; Çınar, s. 59; Özen, s. 552; Şahan, s. 74.

178 Bkz. Şahan, s. 72 vd.

179 Özen, s. 554; Reisoğlu, s. 297; Yavuz, s. 1430.

180 Özen, Burak; “6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 56-57.

181 Yavuz, s. 1431.

182 Reisoğlu, s. 297-298.

183 Reisoğlu, s. 298.

ek olarak, kefil bakımından alacaklıya tanınacak bir aylık süre kadar daha kefalet sözleşmesi ile bağlılık söz konusu olur. Süreli kefalet sözleşmesinde kefalet süresinin TBK m. 601'e göre belirlenecek süreden daha uzun olarak kararlaştırılması durumunda kefilin yükümlülüğünü hafifleten bir durum söz konusu olmaz. Böyle durumlarda, kefaleti süreye bağlayan anlaşmanın da kefaletin tabi olduğu geçerlilik şekline uygun olarak yapılması gerekir¹⁸⁴.

Kefalet süresinin uzatılması ise kefilin sorumluluğunu artıran bir değişikliktir ve geçerlilik şekline bağlı olarak yapılmalıdır¹⁸⁵.

bb. Süreli Kefaletin Söz Konusu Olduğu Durumlar

Kefilin belirli bir süreyle sınırlı olarak sorumluluk üstlendiği hallerde kefalet sözleşmesi belirli sürelidir. Kefilin sorumluluğunun süresinin objektif olarak belirlenebilir kriterlere bağlandığı durumlarda da süreli kefaletin varlığı kabul edilir. Asıl borcun muaccel olacağı zaman belirliyse ve asıl borcun muacceliyeti anında ya da bu andan itibaren belirli bir süre içerisinde alacaklının takibe geçmemesi durumunda kefaletin sona ereceği kararlaştırılmışsa, kefalet objektif olarak belirlenebilen bir süreye bağlanmış demektir.

Kefilin sorumluluğu süreye bağlanmış olmakla birlikte, kefile aynı zamanda sözleşmeyi sona erdirici bir beyanda bulunma hakkı tanınmış olabilir. Böyle durumlarda da süreli kefalet söz konusudur. Kefil sözleşmeyi sona erdirici beyanda bulunmasa bile sürenin sona ermesiyle kefalet sözleşmesi sona erer¹⁸⁶. Buna karşılık kefilin sorumluluğu süreyle sınırlanmamış olmakla birlikte, kendisine kefalet sözleşmesini ortadan kaldıracak bozucu yenilik doğurucu bir hakkın tanınması durumunda süreli kefaletten söz edilemez¹⁸⁷.

Asıl borcun belirli süreli olması kural olarak kefaletin de süreye bağlı olduğunu göstermez¹⁸⁸. Ayrıca kefalet sözleşmesinin bozucu bir koşula bağlandığı haller süreli kefaletle karıştırılmamalıdır¹⁸⁹.

b. Süreli Olmayan Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi

aa. Genel Olarak

Taraflarca sözleşme ilişkisinin zaman bakımından sona erme anına ilişkin belirlemeye yer vermeyen sözleşmeler belirsiz süreli kabul edilir¹⁹⁰. Kefalet sözleşmesinin belirli süreyle sınırlandırılmadığı hallerde süreli olmayan kefalet sözleşmesi söz konusu olur. Süreli olmayan

184 Özen, s. 555.

185 Ayan, s. 544; Özen, s. 555.

186 Özen, s. 556.

187 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 144; Özen, s. 557.

188 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 145; Grassinger Elçin, *Kefilin Hakları*, s. 210; Özen, s. 558.

189 Grassinger Elçin, *Savunma İmkanları*, s. 146; Oser/Schönenberger, s. 359; Özen, *Sona Erme*, s. 58.

190 Selici, s. 136.

kefalet sözleşmesinin sona erdirilmesi bakımından TBK m. 601, kefile bazı haklar tanıyan bir düzenleme getirmektedir.

TBK m. 601, kefilin, asıl borcun muaccel olduğu andan itibaren alacaklının keyfine tabi olmasını ve alacaklının kefilin tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman kefile başvurmasını önleyecek bir düzenleme getirmektedir¹⁹¹. Aslında TBK m. 593 hükmüne dayanılarak kefilin, asıl borç muacceliyet kazanınca alacaklıyı borcun ifasını kabul etmeye veya kendisini kefaletten kurtarmaya zorlama imkanı bulunmaktadır. Ancak bu imkan, kefilin ödemedede bulunmasını gerektirdiğinden, kefilin lehine bir düzenleme olarak değerlendirilmemektedir¹⁹². Oysa TBK m. 601 hükmü, kefile, alacaklıyı asıl borçluyu takip etmeye ve takibe ara vermemeye zorlama imkanı tanımaktadır. Alacaklı TBK m. 601/I ve II’de kefile tanınan bu talepleri yerine getirmezse, kefil borcundan kurtulur.

Kefilin bu imkandan önceden vazgeçmesi mümkün değildir (TBK m. 582/son). Ayrıca süresiz bir kefalet ilişkisini bu suretle sona erdirmeye hakkına sahip olan kefilin bu olanağı kullanması için öncelikle esas borcun muaccel hale gelmesi gerekir¹⁹³.

bb. Muaccel Borçlarda

TBK m. 601/I’è göre, “Sürelî olmayan kefalette kefil, asıl borç muaccel olunca, adi kefalette her zaman ve müteselsil kefalette ise, kanunun öngördüğü hâllerde, alacaklıdan, bir ay içinde borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını, varsa rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesini ve ara vermeden takibe devam etmesini isteyebilir.” Şu halde asıl borç muaccel olduğunda, kefil alacaklıdan, bir ay içinde asıl borçluyu takip etmesini ve takibe ara vermemesini talep edecektir. Alacaklının bu talebi yerine getirmemesi üzerine kefil borcundan kurtulur¹⁹⁴. Kefil asıl borç muaccel olduktan sonra her zaman bu talepte bulunabilir¹⁹⁵.

TBK m. 601/I hükmüne dayanan adi kefil, hem tartışma def’ine hem de rehlin paraya çevrilmesi def’ine sahiptir. Dolayısıyla asıl borcun muaccel olmasından sonra alacaklıya başvuran adi kefilin, alacaklıdan, bir ay içerisinde asıl borçluyu takip ve dava etmesini istemesi; bu takibin sonuçsuz kalması üzerine bu kez de rehlinleri bir ay içerisinde paraya çevirmesini istemesi mümkündür¹⁹⁶.

191 **Reisoğlu**, s. 301.

192 **Reisoğlu**, s. 301.

193 **Özen**, s. 562.

194 İİK m. 45’e göre, kefil olunan alacak aynı zamanda rehinle de teminat altına alınmışsa, alacaklı asıl borçluyu takip edemeyecek; yalnızca rehlin paraya çevrilmesini isteyebilecektir. Bu durumda kefilin talebi üzerine, alacaklı bir ay içerisinde rehlin paraya çevrilmesini isteyecek, alacağının rehinle karşılanmayan kısmı içinse asıl borçluyu takip edecek ve takibe ara vermeyecektir. Alacaklı bunları yerine getirmezse, kefilin borcu sona erer. Bkz. **Reisoğlu**, s. 302.

195 **Özen**, s. 568.

196 **Özen**, s. 569.

Kefilin alacaklıya yönelteceği talep, alacaklıya yöneltilecek, tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanıdır¹⁹⁷. Bu beyan kefilin iradesini açıklıkla ortaya koymalıdır. Bu beyanın hangi koşullarda gerekli açıklığı taşıdığı, güven ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinde, kefilin m. 601'de öngörülen sonuca ulaşma iradesine sahip olduğunun anlaşılabilmesine göre belirlenmelidir¹⁹⁸. Bu kapsamda, kefilin TBK m. 601'e dayanan hakkını kullanmak istediğini veya asıl borçluya karşı dava ve takip yapılmaması durumunda kefaletin sona ereceğini bildirmesi yeterli olacaktır¹⁹⁹. Kefilin bu talebi herhangi bir geçerlilik şekline bağlı değildir²⁰⁰.

Bir aylık sürenin başlangıcı, kefilin TBK m. 601/İ'e dayanan talebinin alacaklıya ulaştığı andır. Kefil bu talebi en erken asıl borcun muaccel olması üzerine yapabileceğine göre, bir aylık sürenin muacceliyetten önce başlaması mümkün değildir²⁰¹.

Bir aylık süre tamamlanmadan önce alacaklının yapması gereken, asıl borçluya karşı dava açmak ya da takip başlatmaktır. Ayrıca bir aylık süre içerisinde rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip de başlatılmalıdır. Yoksa alacaklının bu bir aylık süre içerisinde dava veya takipten sonuç alması gerekmez. Dava veya takibin bir aylık süre tamamlandıktan sonra da devam etmesi mümkündür. Burada önemli olan, dava ya da takip sürecine devam edilirken önemli bir kesintinin yaratılmamasıdır²⁰². Bu bir aylık süre, hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir²⁰³.

Bu talepleri alacaklı tarafından yerine getirilmeyen kefil kanundan dolayı (*ipso iure*) borcundan kurtulur. Borçtan kurtulma için kefilin zarara uğramış olmasına gerek yoktur. Sorumluluktan kurtulan kefil, artık herhangi bir edimi yerine getirmeye zorlanamayacağı gibi, daha önce yerine getirdiği edimin iadesini de isteyebilir²⁰⁴.

cc. Muacceliyeti Bildirime Bağlı Borçlarda

TBK m. 601/II'ye göre, “*Borç, alacaklının borçluya yapacağı bildirim sonucunda muaccel olaksa kefil, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihten bir yıl sonra alacaklıdan, bu bildirim yapmasını ve borç bu suretle muaccel olunca, yukarıdaki fıkra hükümleri uyarınca takip ve dava haklarını kullanmasını isteyebilir.*” Asıl borcun muaccel olması alacaklının yapacağı bir bildirimle bağlanmışsa, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan teminatı sürekli olarak elinde tutmak isteyen alacaklının borcun muacceliyetini geciktirmesini önlemek amacıyla, m. 601/II hükmü ile kefile sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmıştır.

197 Çınar'a göre bu talep, tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı olmakla birlikte, aynı zamanda külfet yükleyici bir beyandır. Zira alacaklının bu beyanın içeriğini oluşturan talepleri yerine getirmemesi üzerine kefalet başvurma imkanı kaybolur. Beyanın hukuki niteliği hakkındaki diğer görüşler için bkz. Çınar, s. 93-94.

198 Grassinger Elçin, *Kefilin Hakları*, s. 214.

199 Çınar, s. 98; Gümüş, s. 393.

200 Gümüş, s. 392.

201 Gümüş, s. 392; Özen, *Sona Erme*, s. 65.

202 Özen, s. 570.

203 Reisoğlu, s. 305.

204 Özen, *Sona Erme*, s. 66.

Kefilin TBK m. 601/II'ye göre sorumluluktan kurtulması için, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçince, alacaklıdan asıl borçluya muacceliyet bildiriminde bulunmasını ve muacceliyet gerçekleşince bir ay içinde asıl borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanmasını (ve elindeki rehinlerin paraya çevrilmesi için gerekli sürecin başlatılmasını) isteyebilir²⁰⁵. Bununla birlikte, kefilin alacaklının yerine geçerek muacceliyet bildiriminde bulunma imkanı yoktur²⁰⁶.

Kefilin m. 601/II'den yararlanabilmesi için kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yılın geçmiş olması gerekir. Bununla birlikte, alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunma imkanına kefalet sözleşmesinin yapılmasının üzerinden bir yıl geçtikten daha sonraki bir zamanda kavuşması da mümkündür. Bu halde kefil m. 601/II'ye dayanamaz²⁰⁷.

Bir yıllık sürenin uzatılması ancak kefilin rızasıyla ve kefaletin geçerlilik koşullarına uyularak yapılabilir (TBK m. 583/son). Buna karşılık bu sürenin kısaltılması kefilin lehine olacağından kefilin onayı gerekmez²⁰⁸.

Kefilin m. 601/II'ye dayanan talebi alacaklıya ulaştıncaya, alacaklı derhal muacceliyet bildiriminde bulunmak zorundadır. Alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunmak için bir aylık süreden yararlanması mümkün değildir. Zira bu bir aylık süre, muacceliyet bildiriminden sonra alacaklının asıl borçluya karşı dava ve takip haklarını kullanması için öngörülmüştür²⁰⁹. Aynı şekilde alacaklının, bir ay içerisinde başlattığı dava ve takip süreçlerine önemli bir kesinti olmaksızın devam etmesi de gerekir²¹⁰.

Alacaklı, kefilin talebinden itibaren derhal muacceliyet bildiriminde bulunmazsa²¹¹ ya da muacceliyetten itibaren bir ay içerisinde dava ve takip haklarını kullanmazsa yahut bu süreçlerde önemli bir kesinti yarattırsa kefilin sorumluluğu ortadan kalkar²¹².

dd. Müteselsil Kefilin TBK m. 601'den Yararlanması

Sürelisi olmayan kefaletle ilişkin TBK m. 601 hükmünden adi kefil gibi, belirli koşullar dahilinde müteselsil kefil de yararlanabilir. Müteselsil kefilin bu maddede tanınan imkanlardan

205 **Özen**, s. 571.

206 **Gümüş**, s. 396; **Reisoğlu**, s. 305.

207 **Grassinger Elçin**, *Kefilin Hakları*, s. 214; **Gümüş**, s. 396; **Özen**, s. 572.

208 **Çınar**, s. 97.

209 **Özen**, s. 572.

210 **Özen**, *Sona Erme*, s. 67.

211 Alacaklının derhal muacceliyet bildiriminde bulunmaması üzerine kefilin sorumluluktan kurtulması, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından çok ağır bir sonuç olarak değerlendirilmiş ve bu durumda, kefil tarafından alacaklıya münasip bir süre verilmesi ve sürenin sonunda hala muacceliyet bildiriminde bulunulmamışsa bu takdirde kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması ya da muacceliyet bildiriminde gecikilen sürenin, dava ve takip yoluna başvurulması için öngörülen bir aylık süreye sayılması önerilmiştir. Bkz. BGE 54 II 292. Karar için bkz. **Reisoğlu**, s. 306.

212 **Özen**, s. 572-573.

yararlanması, adi kefilden farklı olarak “*kanunun öngördüğü haller*” ile sınırlı tutulmuştur. Burada “*kanunun öngördüğü haller*” ifadesinden anlaşılması gereken, alacaklının, müteselsil kefile başvurabilmesi için yerine getirilmesi kanun gereği zorunlu olan davranışlardır²¹³. Bu davranışlar ise TBK m. 586/II’de, teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesidir²¹⁴. Şu halde müteselsil kefil, alacaklıdan, m. 601’de öngörülen bir aylık süre içerisinde teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehninin paraya çevrilmesi için gerekli hukuki sürecin başlatılmasını isteyebilecektir. Alacaklı bu bir aylık süre içerisinde gerekli takibi başlatmazsa ya da başlatmakla birlikte takibe önemli ölçüde ara verirse, müteselsil kefil sorumluluktan kurtulur²¹⁵. Buna karşılık müteselsil kefilin, alacaklıdan, asıl borçluyu takip ve dava etmesini isteme hakkı yoktur²¹⁶.

Alacaklı teslimine bağlı taşınır rehni ve alacak rehni türünden güvencelere sahip değilse, müteselsil kefil m. 601’den yararlanamaz.

ee. Sürekli Borç İlişkilerine Kefalette TBK m. 601’in Uygulanması

Sürekli borç doğuran bir ilişkiye kefalette TBK m. 601’in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda bir kuşku uyanabilir. Sürekli borç ilişkisinden kaynaklanan ve periyodik edimleri konu alan muaccel olmuş ve ödenmemiş borçlar bakımından TBK m. 601 uygulanabilecek ve kefil bu maddenin kendisine tanıdığı imkanları kullanabilecektir. Buna göre kefil, borcun muacceliyetinden itibaren bir ay içerisinde dava ve takip haklarını kullanmasını veya elindeki rehinleri paraya çevirmesini alacaklıdan isteyebileceği; alacaklının bu haklarını kullanmak üzere harekete geçmemesi veya harekete geçip de başvurduğu hukuki yolu önemli bir kesintiye uğratması üzerine kefil sorumluluktan kurtulacaktır. Bu olasılıkta kefil, yalnızca işlemiş ve muaccel olmuş borçlar bakımından sorumluluktan kurtulur. Henüz doğmamış borçlar bakımından ise kefilin sorumluluğu devam eder²¹⁷.

c. Kefilin Kefalet Sözleşmesinden Dönmesi

Kefaletten dönme TBK m. 599’da düzenlenmiştir. Buna göre, “*Gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir.*”

213 Özen, s. 565; Reisoğlu, s. 306-307.

214 Çınar, s. 89; Gümüş, s. 391.

215 Özen, s. 565.

216 Çınar, s. 90; Gümüş, s. 391; Reisoğlu, s. 307.

217 Özen, s. 566-567.

Bilindiği gibi, asıl borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmadığına ilişkin riski kefil taşımaktadır. Esasen kefalet sözleşmesinin temel amacı da budur. Şu halde kefilin, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bununla birlikte, çoğu kez herhangi bir karşılık elde etmeden sorumluluk altına giren kefilin, borçlunun ödeme gücünün aşırı derecede değişmesi ya da kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olması durumunda kefile sözleşmeden dönme hakkı tanımak hakkaniyet gereği olarak değerlendirilmektedir²¹⁸.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için ilk olarak, kefalet sözleşmesinin, dönme hakkının kullanıldığı sırada henüz doğmamış bir alacağa ilişkin olması gerekir²¹⁹. Dönme beyanının alacaklının hakimiyet alanına ulaştığı ana kadar müstakbel alacak henüz doğmamış olmalıdır²²⁰.

Diğer taraftan, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra ya asıl borçlunun mali durumu önemli ölçüde kötüleşmeli²²¹ ya da kefilin, sorumluluk üstlendiği sırada asıl borçlunun mali durumunu değerlendirirken iyiniyetli olarak yarıldığı ortaya çıkmalıdır²²².

Her iki durum bakımından ortak olan nokta, kefilin sorumluluk üstlenirken göz önünde bulundurduğu riskin sonradan önemli ölçüde artmış olmasıdır. Asıl borçlunun mali durumuna ilişkin olarak üstlendiği riskin önemli ölçüde arttığını ispat yükü kefilindedir²²³. Mali durumdaki

218 Yargıtay HGK, 12.06.202, 19-426/513. Karar ve değerlendirmesi için bkz. **Reisoğlu**, s. 292. Ayrıca bkz. **Özen**, s. 583.

219 **Eren**, s. 805; **Özen**, s. 583; **Yavuz**, s. 1435. İleri bir tarihte yapılacak çerçeve sözleşme niteliği taşıyan kredi sözleşmesini teminat altına almak üzere yapılan kefalet sözleşmesinde, sözleşme kuruluncaya kadar kefilin dönme hakkı varlığını korur. Sözleşme kurulduktan sonra ve fakat çerçeve sözleşmeye göre henüz münferit bir kredi kullanılmamışken kefilin sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, genel kredi sözleşmesinin kurulması ile birlikte kredi kullandıracak olan taraf (genellikle banka) kredi kullandırma borcu altına girmiş ve borç doğmuş bulunmaktadır. Bu nedenle bu görüşe göre, TBK m. 599 uyarınca sözleşmeden dönme mümkün değildir. Bkz. **Özen**, s. 564. Buna karşılık diğer bir görüşe göre ise henüz münferit kredi kullandırılmamışken kefile dönme hakkı tanınmalıdır. Bununla birlikte ilk münferit kredi kullandırılmışsa, artık kefilin TBK m. 599 hükmünden yararlanarak sözleşmeden dönmesi mümkün değildir. Bkz. **Çınar**, s. 115; **Reisoğlu**, s. 293. Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanınması daha isabetlidir. Zira kefilin dönme hakkı bakımından önem taşıyan husus sözleşmenin kurulmuş olup olmadığı değil; borcun doğmuş olup olmadığıdır.

220 **Eren**, s. 805; **Özen**, s. 585. Buna karşılık öğretide, asıl borcun doğmuş olduğu bazı istisnai durumlarda da kefilin dönme hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir. Zira kefile tanınan dönme hakkının zamansal sınırı, bu zaman diliminde dönme hakkının kullanılması ile alacaklının da, korunmasını gerektirecek bir konuma henüz sokulmuş olmadığı kabulünden kaynaklanır. Zira alacaklının kendisi de bu süre boyunca borçluya karşı herhangi bir karşı borç altına girmemiş olacak; kendi edimin ifaya zorlanamayacaktır. Bu haller, alacaklının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini ifadan kaçınabilmesi imkanını düzenleyen TBK m. 98 hükmünün söz konusu olduğu haller ve TBK m. 125 uyarınca sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu haller olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Özen**, *Sona Erme*, s. 74.

221 Bu kötüleşmede asıl borçlunun kusurlu olup olmadığı önem taşımaz. Bkz. **Gümüş**, s. 400; **Özen**, *Sona Erme*, s. 75; **Zevkliler/Gökayla**, s. 692. Ayrıca kötüleşme belirlenirken kefilin sorumluluk üstlendiği an ile dönme beyanının hüküm doğurduğu an arasındaki değişiklik göz önünde bulundurulur. Bkz. **Ayan**, s. 563; **Çınar**, s. 117. Kefilin sorumluluk üstlendiği an kefalet sözleşmesinin kurulduğu an değil; kefilin, kefaletin geçerlilik şekline uygun olan beyanıyla iradesini ortaya koyduğu andır. Kötüleştirmenin belirlenmesinde bu andaki mali durum esas alınacaktır. Bkz. **Özen**, s. 586.

222 **Yavuz**, s. 1435.

223 **Ayan**, s. 565; **Özen**, *Sona Erme*, s. 75; **Özen**, s. 586.

kötüleşmenin ölçüsünü ve bu durumun kefilin dönme hakkını kullanmasını haklı gösterip göstermeyeceğini hakim takdir eder²²⁴.

Kefilin, asıl borçlunun mali durumunu değerlendirmede yanıldığını ileri sürerek dönme hakkını kullanması da mümkündür. Burada önemli olan nokta, kefilin, borçlunun mali durumunu değerlendirirken iyiniyetle hareket etmiş olmasıdır. Bu olasılıkta, asıl borçlunun malvarlığının gerçek durumuyla, kefil tarafından iyiniyetle varsayılan durumu arasında karşılaştırma yapılmalıdır²²⁵.

Bu koşullar gerçekleştiği takdirde dönme hakkı, kefil tarafından yapılacak yazılı bir beyanla her zaman²²⁶ kullanılabilir²²⁷. Bu beyan, kefilin, kefalet sözleşmesini TBK m. 599 hükmüne göre sona erdirmek istediğini alacaklının anlayabileceği açıklıkta olmalıdır²²⁸.

Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran ve alacaklının hakimiyet alanına varmakla hüküm ifade eden bir haktır²²⁹ ve kefalet sözleşmesini geçmişe etkili olarak sona erdirir²³⁰.

Kefilin sözleşmeden dönmesi sebebiyle alacaklının zarara uğrayabileceği ihtimalini dikkate alan kanunkoyucu, TBK m. 599/II hükmü ile kefilin, alacaklının kefaletle güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü kılmıştır. Söz konusu zarar menfi zarardır²³¹. Zarar, alacaklının malvarlığının içinde bulunduğu durumla, kefalet sözleşmesine güvenmeseydi içinde bulunacağı durum karşılaştırılmak suretiyle belirlenir²³².

TBK m. 599/İe dayanılarak dönme hakkının kullanılmasında asıl borçlu da zarara uğramış olabilir. Bununla birlikte, asıl borçluya bu sebeple kefalet hükümleri çerçevesinde tazminat ödenmesi mümkün değildir. Zira burada, kanundan kaynaklanan bir hakkın kullanılması söz konusudur²³³.

224 İflas, icra takibinin semeresiz kalması, konkordato mehli verilmesi gibi haller mali durumun önemli ölçüde kötüleştiği hallerdir. Bkz. **Özen**, s. 586.

225 Bu olasılıkta, dönme hakkının temelinde bir saik yanılmasının varlığından söz edilebilir. Kefil asıl borçlunun mali durumunun iyi olduğu saikiyle hareket etmektedir. Bu saikin bir yanılmaya dayandığı sonradan ortaya çıkmaktadır. Bu noktada TBK m. 599, TBK m. 32'ye başvurulmadan saikinde yanılan kefile dönme hakkı tanımıştır. **Özen**, s. 587.

226 Bu hakkın kullanılması için bir süre sınırlaması getirilmemiş olmakla birlikte, dürüstlük kuralına uygun bir süre içerisinde kullanılması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Gümüş**, s. 397.

227 **Ayan**, s. 566; **Çınar**, s. 110.

228 **Çınar**, s. 111.

229 **Ayan**, s. 566.

230 **Çınar**, s. 112. Buna karşılık bu görüş, klasik dönme teorisinin kabul edilmesi durumunda geçerli olur. Bu halde, dönme hakkını kullanmadan önce herhangi bir ödemede bulunmuş olan kefil, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade talep edebilir. Buna karşılık yeni dönme teorisine göre, dönme beyanıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona ermemekte; bir tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bkz. **Özen**, s. 588, 136 no.lu dn. **Gümüş**, buradaki dönme hakkını, irade sakatlığı hallerinde sahip olunan iptal hakkına benzeterek dönme hakkı kullanılabileceği kadar kefalet sözleşmesinin geçerli bir sözleşme olarak varlığını devam ettireceği görüşündedir. Bkz. **Gümüş**, s. 397.

231 **Eren**, s. 806; **Özen**, s. 588; **Yavuz**, s. 1435; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 692.

232 Bu bakımdan kefalet sözleşmesine güvenerek iyiniyetle yapılan giderler zarar kalemlerinden birini oluşturur. Bkz. **Yavuz**, s. 1435.

233 **Özen**, *Sona Erme*, s. 77; **Özen**, s. 589.

Bu düzenleme ile getirilen dönme hakkı, gerek süreli gerekse süreye bağlı olmayan kefalet ilişkilerinde uygulanabilir.

d. Kanunda Öngörülen Azami Sürenin Dolması

TBK m. 598/III'e göre, "Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar." Bu düzenleme, bir gerçek kişi kefilin, kişilik hakkına aykırı düşecek kadar uzun bir süre için sorumluluk altında kalmasının önüne geçilmesi amacıyla getirilmiştir²³⁴. Şu halde, tüzel kişilerin yaptığı kefalet sözleşmeleri on yıllık süreyi aşacak biçimde yapılabilir²³⁵.

Bu hüküm, süresiz ya da on yıldan daha uzun süreli olan her türlü kefalet sözleşmesi için geçerlidir²³⁶. Adi kefalette olduğu gibi müteselsil kefalette de gerçek kişi kefilin sorumluluğu on yıllık süre ile sınırlıdır. Gelecekte doğacak borçlara kefil olunması durumunda da on yıllık sınırın uygulanacağına şüphe yoktur. Böyle bir kefil, on yıllık sürenin sonunda, asıl borç henüz doğmamış olsa dahi sorumluluktan kurtulur²³⁷. Kefilin sorumlu tutulabileceği on yıllık sürenin başlangıcı, kefalet sözleşmesinin kurulmasıdır. Kefilin kefaletin geçerlilik şekline uygun olarak yapacağı yazılı beyanın alacaklı tarafından kabul edilmesi üzerine sözleşmenin kurulmasıyla on yıllık süre işlemeye başlar²³⁸.

On yıllık süre bir zamanaşımı süresi olmadığından, bu süre bakımından kesilme ya da durma söz konusu olmaz²³⁹. Sürenin tamamlanmasıyla kefilin sorumluluğu kendiliğinden ortadan kalkar. Bu sonuç ileriye etkili olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, sürenin tamamlanmasından önce kefilin yaptığı ödemeler geçerli bir borcun ifası olarak kalmaya devam eder ve kefil bu ödemeler sebebiyle halefiyete dayanarak asıl borçluya rücu edebilir²⁴⁰. Kefile karşı başlatılan dava veya takip süreçleri sona ermeden etkilenmez²⁴¹. Sorumluluk süresinin son bulmasından sonra ödemede bulunan kefil, borç olmayan bir şeyi ifa etmiş olur ve bu ödemeyi sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak geri alabilir²⁴².

Kefalet için öngörülen azami sürenin uzatılması TBK m. 598/son hükmünde ele alınmıştır. Buna göre kefalet sözleşmesi, en erken kefaletin sona ermesinden bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin geçerlilik şekline uygun olarak yapacağı yazılı beyanı üzerine on yıllık yeni

234 **Özen**, s. 574.

235 **Eren**, s. 804.

236 **Reisoğlu**, s. 295.

237 **Özen**, s. 577.

238 **Özen**, s. 578.

239 **Özen**, s. 578; **Reisoğlu**, s. 295; **Yavuz**, s. 1434.

240 **Özen**, s. 579.

241 **Özen**, s. 579; **Yavuz**, s. 1434.

242 **Yavuz**, s. 1434.

bir dönem için uzatılabilir²⁴³. Bu düzenleme, kefaletin azami on yıllık süreyle yapılabileceğine ilişkin m. 598/III hükmünün istisnasını teşkil etmektedir²⁴⁴.

Sorumluluk süresinin uzatılabilmesi iki tür sınırlamaya tabidir. Bir kere, kefalet sözleşmesinin son yılına gelinmeden sürenin uzatılması mümkün değildir. Böylece kefilin süre uzatımını en baştan kabul etmesi engellenmiş olmaktadır. Uzamaya ilişkin bir diğer sınırlama ise, kefilin sorumluluğunun en fazla on yıllık süre için uzatılabilmesidir. On yıldan daha fazla bir süre için yapılan süre uzatımı, kısmi butlanın bir görünümü olarak, yalnızca on yıl için geçerli olur²⁴⁵. On yıllık uzama süresinin sona ermesiyle kefilin sorumluluğu kendiliğinden son bulur. On yıllık uzama süresi yalnızca bir kez söz konusu olur²⁴⁶.

TBK m. 598/IV hükmü, taraflara, kefalet süresinin uzatılmasından başka, yeni bir kefalet sözleşmesi yapma olanağı da tanımaktadır. Kefilin sorumluluk süresinin en fazla on yıl devam edeceği kuralının bir istisnası da, on yıllık süre dolmadan yeni bir kefalet sözleşmesinin yapılmasıdır. Şekil, ehliyet ve eşin rızasına ilişkin koşullar yerine getirilerek yapılacak yeni bir kefalet sözleşmesi ile birlikte, on yıllık yeni bir süre işlemeye başlar ve bu sürenin sonunda bir on yıllık süre için daha süre uzatımı yapılabilir²⁴⁷. Bu yeni sözleşme, önceki kefalet sözleşmesinin süresi dolmadan önce herhangi bir zamanda yapılabilir²⁴⁸.

e. Borcun Nakli ve Bir Malvarlığı veya İşletmenin Devralınması

Sorumluluk altına giren kefil bakımından borçlunun kim olduğu önem taşır. Zira kefil hemen hemen her durumda, tanıdığı ve ödeme gücüne güvendiği bir kimse için teminat borcu altına girer. Bu nedenle borcun nakli sonucu borçlunun değişmesi üzerine kefilin sorumluluğu, TBK m. 198/II'ye göre ancak kefilin asıl borcun üstlenilmesine yazılı olarak rıza göstermesi halinde devam eder. Bu durumda ayrıca, kefilin sorumluluğunu ağırlaştırıcı değişikliklerin ancak kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle uygun yapıldıklarında hüküm ifade edeceğini düzenleyen TBK m. 583 hükmü de dikkate alınmalıdır²⁴⁹. Bu koşullara uyulmadığı takdirde kefalet sona erer²⁵⁰.

TBK m. 202'ye göre, *“(1) Bir malvarlığını veya bir işletmeyi aktif ve pasifleri ile birlikte devralan, bunu alacaklılara bildirdiği veya ticari işletmeler için Ticaret Sicili Gazetesinde, diğerleri için*

243 TBK m. 584/II'ye göre, kefalet sözleşmesinde yapılacak değişiklik kefil yararına mevcut olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına yol açacaksa, kefilin eşinin de bu değişikliğe rıza göstermesi gerekir. Buna göre, uzatılan kefalet süresi için kefilin yararlanabileceği aynı teminatlar veya kefilin rücu ilişkisi içinde olabileceği diğer kefiller ortadan kalkacaksa, süre uzatımı için kefilin eşinin de rızası alınmalıdır. Bkz. **Özen**, s. 580; **Reisoğlu**, s. 297.

244 **Eren**, s. 804.

245 **Özen**, s. 581; **Yavuz**, s. 1434. Burada, değiştirilmiş kısmi butlanın söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Şahan**, s. 142; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 691, 169 no.lu dn.

246 **Özen**, s. 581.

247 **Yavuz**, s. 1434.

248 **Çınar**, s. 70-71; **Özen**, s. 581-582.

249 **Reisoğlu**, s. 307-308; **Tandoğan**, s. 761.

250 **Reisoğlu**, s. 307.

Türkiye genelinde dağıtımı yapılan gazetelerden birinde yayımlanacak ilanla duyurduğu tarihten başlayarak, onlara karşı malvarlığındaki veya işletmedeki borçlardan sorumlu olur. (2) Bununla birlikte, iki yıl süreyle önceki borçlu da devralanla birlikte müteselsil borçlu olarak sorumlu kalır. Bu süre, muaccel borçlar için, bildirme veya duyuru tarihinden; daha sonra muaccel olacak borçlar için ise, muacceliyet tarihinden işlemeye başlar.”

Bu hükme göre, önceki borçlu için verilen kefaletler kanun gereği önceki borçlunun müteselsil olarak borçlu kalmaya devam edeceği iki yıl boyunca aynen devam eder. Buna karşılık, iki yıllık sürenin sonunda yeni borçlu için kefaletin devamı ancak muvafakatının alınması halinde söz konusu olur. Kefilin bu kapsamda vereceği muvafakat da kefaletin geçerlilik şartlarına tabi olmalıdır²⁵¹.

f. Çalışana Kefalet Durumunda Kefilin Fesih Hakkını Kullanması

Çalışana kefalet, çalışan kişinin hizmet ilişkisi devam ederken bu ilişkiden kaynaklanan yükümlerini ihlal etmesi üzerine doğacak tazminat talebini teminat altına alır²⁵² ve henüz doğmamış, müstakbel bir borca kefalet niteliğindedir²⁵³.

TBK m. 602 hükmüne göre, çalışanlara süreli olmayan kefalette kefil, her üç yılda bir ertesi yılın sonunda geçerli olmak üzere sözleşmeyi feshettiğini bildirebilir. Kanunkoyucu kefalet sözleşmesinin feshi imkanını yalnızca çalışana süreli olmayan kefil olma hali için kabul etmiştir²⁵⁴. Çalışana süreli kefaletin sona ermesi bakımından TBK m. 600 hükmü uygulanacaktır²⁵⁵.

Kefilin fesih hakkını kullanması şekle bağlı değildir²⁵⁶. Fesih hakkı üç yılda bir ve ertesi yılın sonunda hüküm ifade etmek üzere kullanılır²⁵⁷. Kefile verilen bu fesih yetkisi emredici nitelik taşıdığından, sürenin kefil lehine kısaltılması mümkün olduğu halde, uzatılması geçersizdir²⁵⁸.

g. Birlikte Kefalet Varsayımının Gerçekleşmemesi

Kefilin, sorumluluk üstlenirken aynı borç için başka kişilerin de kefil olduğunu ya da olacağını ve sorumluluğun tamamen kendisinde kalmayacağını düşünerek kefalet sözleşmesi yapması mümkündür. Bu durumda, diğer kişilerin kefalet sözleşmesi akdetmemeleri ya da akdettikleri kefalet sözleşmelerinin geçersiz olması veya diğer kefillerin sorumluluğunun ortadan kaldırılması

251 Reisoğlu, s. 308.

252 Eren, s. 807.

253 Özen, s. 591.

254 Reisoğlu, s. 309; Zevkliler/Gökyayla, s. 694.

255 Ayan, s. 573; Özen, s. 593.

256 Ayan, s. 572.

257 Özen, s. 593-594; Yavuz, s. 1433.

258 Çınar, s. 166.

halinde, kefilin başlangıçtaki güveni gerçekleşmemiş olur²⁵⁹. Bu halde, varsayımı gerçekleşmeyen kefilin sorumluluğunun sona ermesi TBK m. 587/III hükmü ile düzenlenmiştir²⁶⁰. Buna göre, *“Alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.”*

Bu hükme göre kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması için her şeyden önce diğer bir kefilin de sorumluluk altına girdiğini veya gireceğini düşünmesi ve bu hususun alacaklı tarafından bilinmesi ya da bilinebilir olması gerekir²⁶¹. Kefil tarafından öngörülen birden fazla kefilde yalnızca birinin bile taahhüt altına girmemiş olması bu hükmün uygulanması için yeterli olduğu gibi, kefil tarafından bir müteselsil kefilin taahhüt altına gireceği düşünülmüşken adı kefilin söz konusu olması da kefilin sorumluluğunun ortadan kalkması için yeterlidir²⁶². Buna karşılık kefilin, diğer bir kefilin ödeme gücü konusunda hataya düşmüş olması m. 587/III'e göre sorumluluktan kurtulması için yeterli değildir²⁶³.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında²⁶⁴, öngörülen kefilin taahhüt altına girmemesini ve fakat onun yerine bir başkasının girmesini de bu hüküm kapsamında bir sona erme nedeni olarak değerlendirmiştir. Buna karşılık, öngörülen kefilin yerine gelen diğer kefilin ödeme gücünün öncekinden daha yüksek olması halinde, birlikte kefilin m. 587/III'e dayanması hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmelidir²⁶⁵.

Birlikte kefaletin farklı zamanlarda gerçekleşmesi mümkündür. Bu sebeple kefilin, diğer kefillerin kefalet sözleşmesini imzalamadıklarını ileri sürerek borcundan derhal kurtulması mümkün değildir. Ancak bir görüşe göre kefil, diğer kefillerin en geç kefalet borcunun muaccel olduğu tarihe kadar kefil olmadıkları takdirde kefaletin sona ereceğini ihtar edebilir²⁶⁶. Bir diğer görüşe göre ise, kefilin kefaletinin sona ermesi için, bu etkiyi yaratan olayın en geç bu kefile karşı takibe girişilme anına kadar gerçekleşmiş olması gerekir²⁶⁷.

259 Kefilin bu yöndeki güvenine, başka kefiller bulunmamasına rağmen alacaklı sebep olmuşsa, kefilin hile hükümlerine başvurusu mümkündür. Bkz. **Reisoğlu**, s. 190.

260 Tarafların iradelerini beyan ederken göz önünde bulundukları çeşitli saikler esas itibarıyla hukuki bir değer taşımamakla birlikte, kanunkoyucu bu hükümle istisnai olarak kefilin saikine bir sonuç bağlamıştır. Bu hüküm istisnai nitelikte olduğundan dar yorumlanmalı ve kefalet haricinde bir rehnin ya da garantinin gerçekleşmemesi durumlarında uygulanmamalıdır. Rücua kefaletin gerçekleşmemesi halinde de bu hüküm uygulanmamalıdır. Zira bu durumda bir birlikte kefalet söz konusu değildir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 189-191. Bu hükümle kefalete özgü bir sona erme sebebi getirilmiş; böylece, hataya ilişkin hükümlerin uygulanmasına gerek kalmamıştır. Bkz. **Ayan**, s. 507. Burada kanunkoyucu saike, bir koşulun hüküm ve sonuçlarını izafe etmiştir. Bkz. **Reisoğlu**, s. 192. Aynı yönde bkz. Yargıtay HGK, 30.05.1990, E. 1990/11-208, K. 1990/342.

261 **Reisoğlu**, s. 194.

262 **Reisoğlu**, s. 194.

263 Zira bu durumda bir saik hatası söz konusudur. Bkz. **Reisoğlu**, s. 198.

264 BGE 63 II 167. Karar için bkz. **Reisoğlu**, s. 194.

265 **Reisoğlu**, s. 195.

266 **Gümüş**, s. 408; **Reisoğlu**, s. 199. Aksi yönde bkz. **Ayan**, s. 520.

267 **Çınar**, s. 161.

Bir kefalet sözleşmesinin altında birden çok kefil ismi yazıyor ve bu birden çok kefilin de imzası bulunuyorsa, her kefilin diğerlerini göz önünde bulundurarak yükümlülük altına girdiği kabul edilir. Buna karşılık matbu bir metin kullanılmış ve metinde isim belirtilmeksizin birden fazla kefinden söz edilmişse, matbu metnin alacaklı tarafından tek kefil için tesadüfen mi kullanıldığı, yoksa gerçekten birden fazla kefilin mi bulunduğu hususu araştırılmalıdır. Öğretide bu halde, matbu metnin tesadüfen kullanıldığının alacaklı tarafından ispat edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir²⁶⁸.

TBK m. 587/III hükmü, alacaklının diğer kefillerden birini sorumluluktan kurtarması (örneğin ibra etmesi ya da TBK m. 601'in uygulanmasıyla), diğer kefaletlerden birinin bağlı olduğu koşulun gerçekleşmemesi, fiil ehliyetinden yoksunluk, şekil şartına uyulmaması, irade sakatlığı gibi nedenlerle kefaletinin hükümsüz olması gibi hallerde uygulanabilecektir. Buna karşılık, öngörülen kefilin geçerli olarak borç altına girdikten sonra alacaklıya isnadı mümkün olmayan bir sebep dolayısıyla (örneğin TBK m. 600'ün uygulanmasıyla) borcundan kurtulması, birlikte kefilin sorumluluğunu sona erdirmez²⁶⁹.

Kefilin m. 587/III'e göre sorumluluktan kurtulması için zarara uğramış olması gerekmez. Kefaletin bu hükme göre ortadan kalkması halinde, kefil o tarihe kadar yaptığı ifanın iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebilir²⁷⁰.

TBK m. 587/III hükmü emredici bir hüküm değildir. Zira kefilin, kendi kefaletinin diğerlerinin birlikte kefaletinden bağımsız olduğunu kabul etmesi mümkündür. Buna karşılık, kefilin böyle bir beyanı olmaksızın kefaleti imzalaması üzerine bu hükümle kendisine tanınan haklardan sonradan feragat etmesi mümkün değildir²⁷¹.

Bu hüküm gerek adi gerekse müteselsil kefalette uygulama alanı bulan bir hükümdür²⁷². Buna karşılık, gerçek olmayan birlikte kefalette, kefillerin diğerlerinin varlığından haberdar olmamaları sebebiyle bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Bu kefiller hakkında m. 587/IV uygulama alanı bulur²⁷³.

4. Alacaklıdan Kaynaklanan Sebeplerle Sona Erme

a. Alacaklının Kefilin Ödeme Teklifini Kabul Etmemesi

TBK m. 593/I hükmüne göre kefil, borç muaccel olduktan sonra kendi yapacağı ödemeyi kabul etmesini alacaklıdan her zaman talep edebilir²⁷⁴. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre

268 Reisoğlu, s. 193-194.

269 Reisoğlu, s. 197, s. 200.

270 Ayan, s. 521.

271 Reisoğlu, s. 199.

272 Gümüş, s. 406; Reisoğlu, s. 190.

273 Reisoğlu, s. 190.

274 Yavuz, s. 1436.

ise, alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınırsa kefil borcundan kurtulur. Birlikte müteselsil kefalette ise, kefillerin sorumluluğu kendilerine düşen pay miktarınca azalır²⁷⁵.

Buna karşılık, kefil alacaklının haklarına halef olmayı kendisi açısından daha yararlı görüyorsa, alacaklının kabul etmediği edimi tevdi etme yoluna giderek halefiyetin doğumunu sağlayabilmesi de kabul edilmelidir²⁷⁶.

Kefalet sözleşmesi bakımından alacaklının temerrüdünün özel bir halini düzenleyen TBK m. 593'ün aynı zamanda kefalete özgü bir sona erme hali getirdiği de söylenebilir²⁷⁷.

b. Alacaklının Özen Yükümlülüğünün Öngörüldüğü Durumlarda

aa. Alacaklının Asıl Borçlunun Durumu Hakkında Kefilin Bilgilendirilmesi, Borçlunun İflası ya da Konkordato Mehli Verilmesi Halinde Kefile Bildirim Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

TBK m. 594 hükmü ile ilk defa kefilin belirli konularda bilgilendirilmesine ilişkin hükümler getirmiştir. TBK m. 594/Te göre, “Asıl borçlu, anaparanın veya yarım yıllık döneme ait faizin ödenmesinde ya da yıldan yıla yapılması öngörülen anapara ödemelerinde altı ay gecikirse, alacaklının durumu kefile bildirmesi gerekir. İstek hâlinde alacaklı, her zaman asıl borcun kapsamı hakkında kefile bilgi vermek zorundadır.”

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki dönemde, alacaklının, borçlunun mali durumu hakkında kefile karşı genel bir bilgi verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Kefili, asıl borçlunun durumu hakkında hiçbir bilgi sahibi olmadan sözleşmeye devam etmek zorunda bırakmamak için asıl borcun ifasında meydana gelen belirli gecikmeler bakımından bildirim yükümlülüğü getirilmiştir.

Alacaklının bu bildirim yükümlülüğü, anaparanın ifasında, altı aylık döneme ilişkin faiz ödemelerinde ve yıldan yıla yapılması gereken anapara ödemelerinde en az altı aylık bir gecikmenin gerçekleşmesi ile doğar²⁷⁸. Bu altı aylık süre asıl borcun muaccel olduğu tarihten başlar²⁷⁹. Bildirimin geçerliliği şekle bağlı değildir. Bu hükme göre bilgi verme borcu kefilin isteğine bağlı değildir.

Aynı hükmün ikinci cümlesine göre alacaklı, isteği üzerine kefile asıl borcun kapsamı hakkında her zaman bilgi vermek zorundadır. Böylece kefil, borcun kapsamı hakkında her zaman haberdar olabilecektir. Bu bilgi alma talebi için asıl borcun ifasında gecikilmiş olması gerekmez. Bu cümlede

275 Eren, s. 797.

276 Özen, s. 573.

277 Eren, s. 798; Özen, s. 573.

278 Kısmi ifa halinde de bu hüküm, ifa edilmeyen kısım bakımından uygulanabilir. Bkz. Ayan, s. 589.

279 Asıl borçlunun ayrıca temerrüde düşürülmüş olması gerekmez. Bkz. Özen, s. 413.

yer alan hükmün uygulanabilmesi için kefilin talebi gereklidir. Bu talep olmadıkça alacaklının genel bir bilgilendirme yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁸⁰

TBK m. 594/II hükmü ise, *“Asıl borçlunun iflasına karar verilmiş veya borçlu konkordato istemişse alacaklı, alacağını kaydettirmek ve haklarının korunması için gerekeni yapmak zorundadır. Alacaklının, borçlunun iflas ettiğini veya borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda, durumu kefile bildirmesi gerekir.”*

Bu hükümle (c. 1), kefalet sözleşmesinde kefilin, ifada bulunduktan sonra asıl borçluya karşı rücu hakkını işlevsel olarak kullanabilmesi için, alacaklının, asıl borçlunun iflas ya da konkordato mehli talep etmesi halinde alacağın asıl borçludan tahsili için gerekli işlemleri yapması gerektiği düzenlenmektedir.²⁸¹

TBK m. 594/II hükmü ile alacaklıya yüklenen yükümlülük, emredici bir hüküm niteliği taşır. Bu nedenle, asıl borçlunun iflası ya da konkordato mehli talep etmesi halinde alacaklının böyle bir yükümlülüğünün bulunmayacağı ya da alacağın yazdırılmasının kefil tarafından gerçekleştirileceği yönündeki anlaşmalar geçerli değildir.²⁸²

Asıl borçlunun iflasına karar verilmişse ya da asıl borçluya konkordato mehli verilmişse ve fakat bu esnada borç asıl borçlu tarafından ifa edilirse, ortada alacaklı açısından yazdırılacak bir alacak kalmayacaktır. Bu durumda kefil, kendi rücu alacağını yazdırabilir.²⁸³ Buna karşılık asıl borç ifa edilmemişse, alacaklı, asıl borçludan olan alacağını yazdırmakla yükümlüdür. Müteselsil kefalette ise, kefile başvuru yapıldıktan sonra iflasa karar verilmiş olsa dahi, alacaklının alacağının yazdırılması gerekir.²⁸⁴

Alacaklı alacağın tamamını yazdırmış bulunursa, artık rücu alacağının yazdırılmaması gerekir. Zira bu son halde, aynı alacak iki kez yazılmış olacaktır. Alacaklının alacağını yazdırmasından sonra kefil ifada bulunacak olursa, masaya yazdırılan alacak başka bir kayda gerek kalmaksızın halefiyet yoluyla kefile geçer.²⁸⁵

Alacaklının TBK m. 594/II – c. 1’den kaynaklanan bu yükümlülüğünü gerektiği gibi yerine getirmiş sayılabilmesi için, kefaletle temin edilmiş olan asıl borcun yanında, asıl borca teminat olarak verilmiş olan taşınır rehinlerinin ve hapis haklarının da masaya bildirilerek iflas dairesinin emrine tevdi gerekir. Aksi halde bu teminatların sağladığı rüçhan hakkından yoksun kalınması

280 **Ayan**, s. 592.

281 Buna karşılık, birlikte kefillerin ya da asıl borçla ilgili aynı veya şahsi teminat verenlerin iflası ya da konkordato mehli talep etmeleri TBK m. 594’e göre kefilin sorumluluğunu kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmaz. Bu hükmün, kefile kefil ve rücu kefil hakkında da uygulanabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Ayan**, s. 578.

282 **Gümüş**, s. 429.

283 İsviçre hukukuna göre, kefilin de alacağı masaya kaydettirmeye yetkili olduğu kabul edilmektedir. Aynı sonucun İİK m. 204 uyarınca, kefilin rücu alacağı henüz doğmamış olsa dahi, kefil bakımından en azından rücu alacağı için geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Ayan**, s. 580.

284 **Ayan**, s. 579.

285 **Ayan**, s. 580.

söz konusu olur ve bu da m. 594 anlamında alacaklının sorumluluğuna yol açar²⁸⁶. Buna karşılık, tapu sicilinde kayıtlı olan alacaklar re'sen kaydedilir (İİK m. 231).

TBK m. 594/II – c. 1'e göre, asıl borçlunun iflasına karar verilmesi ya da konkordato mehli verilmesi halinde, alacaklının alacağını kaydettirmesi yeterli değildir. Ayrıca alacaklının, kefilin haklarının korunması için gereken bütün işlemleri yapması gerekir²⁸⁷. Alacaklının hangi işlemleri ne ölçüde yapması gerektiği somut olaya göre belirlenmelidir. Şu halde, tedbirli bir alacaklının, alacağı kefaletle teminat altına alınmamış olsaydı hangi işlemleri yapması beklenebiliyorsa, dürüstlük kuralına göre bu işlemleri yapması gerekir²⁸⁸. Bu kapsamda örneğin iflas halinde, iflas idaresine yapılması gereken bildirimleri yapmak, alacaklılar toplantısına katılmak, alacağın sıra cetveline doğru biçimde yazılmasını sağlamak gerekebileceği gibi; konkordato mehli verilmesi halinde ise, alacaklının konkordatoya onay vermesi durumunda İİK m. 295'e göre üzerine düşenleri yerine getirmesi gerekir.

TBK m. 594/II hükmüne göre alacaklı ayrıca, asıl borçlunun iflasına karar verildiğini ya da asıl borçluya konkordato mehli verildiğini öğrendiği anda durumu kefile bildirmelidir (c. 2). Buna karşılık, asıl borçlunun iflas talebinde bulunması ya da konkordato mehli talep etmesi halinde bildirim yükümlülüğü henüz doğmamıştır.

Kefilin durumdan haberdar olduğu hallerde, bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmektedir²⁸⁹. Zira bildirim yükümlülüğünün temel amacı, kefile, asıl borçlunun durumu hakkında bilgi vererek dilediği takdirde borcun kapsamı artmadan ifada bulunma olanağı tanımaktır²⁹⁰. Bu bildirim, birden fazla kefilin bulunması halinde tüm kefillere yapılması gerekir²⁹¹.

Bu yükümlülüklerle aykırı davranan alacaklı, TBK m. 594/III'e göre, kefilin uğradığı zarar miktarınca ona karşı haklarını kaybeder. Burada kefilin sorumluluğunun tamamen ortadan kalkması değil, alacaklının davranışı sebebiyle uğradığı zarar miktarınca azalması söz konusudur²⁹². Burada kefilin ne ölçüde zarara uğradığını kanıtlaması gerekir²⁹³. Alacaklının bu borca aykırı davranışta kusurunun bulunmadığının kanıtlanması halinde (TBK m. 112), kefile

286 **Ayan**, s. 581.

287 TBK m. 594/II – c. 1 hükmünde alacaklının, kefilin haklarını korumak için gerekli bütün işlemleri yapma yükümlülüğü altında bulunduğu anlaşılmasına rağmen, hükmün İsviçre Borçlar Kanunundaki aslına uygun şekilde, kefilin haklarının korunması için gerekli işlemleri kendisinden beklenebileceği ölçüde yapması gerektiği biçiminde anlaşılması yönünde bkz. **Ayan**, s. 582; **Gümüş**, s. 431.

288 **Ayan**, s. 583.

289 **Gümüş**, s. 431.

290 **Ayan**, s. 594.

291 **Ayan**, s. 593.

292 Bu anlamda, kefilin borçtan kurtulmasında değil, alacaklının kefilin zararını tazmin borcunun doğduğundan söz edilmektedir. Bkz. **Özen**, s. 403.

293 **Özen**, s. 380.

karşı olan haklarını aynen koruyacağı kabul edilmektedir²⁹⁴. Kusurun ve bu çerçevede olmak üzere özenin belirlenmesinde alacaklının kişisel durumu dikkate alınmalıdır²⁹⁵.

bb. Alacaklının Teminatları ve Borç Senetlerini Muhafaza, Teslim ve İfada Bulunan Kefile Bilgi Verme Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

TBK m. 592/Te göre, “Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.” Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre ise, “Alacaklı, borcu ödeyen kefile haklarını kullanmasına yarayabilecek borç senetlerini teslim etmek ve gerekli bilgileri vermekle yükümlüdür. Alacaklı, kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek veya bunların devri için gerekli işlemleri yapmak zorundadır. Alacaklının, diğer alacakları sebebiyle sahip olduğu rehin ve hapis hakları, kefilin haklarından sıraya önce geldikleri ölçüde saklıdır.”

Kefil alacaklıya ifada bulunması üzerine, alacaklının haklarına halef olur (TBK m. 596/I). Bu noktadan sonra alacaklının, halefiyet sebebiyle kefile geçirilmesi gereken teminatları muhafaza etmesi ve kefile teslim etmesi gerekir. TBK m. 592/I ve III hükümleri ile getirilen düzenlemenin amacı, kefilin borcunu ifa ettikten sonra halefiyet gereği sahip olacağı bu teminatlardan yararlanmasının sağlanması ve bu teminatların alacaklı tarafından elden çıkarılmasının engellenmesi suretiyle kefilin menfaatlerinin korunmasıdır²⁹⁶.

Alacaklının teminatları muhafaza ve devir yükümlülüğünün kapsamına, kefalet sözleşmesi kurulduğu sırada mevcut olan ve sonradan asıl borçlu tarafından verilen teminatlar dahildir. Bu teminatlardan, sözleşme kurulduğu anda mevcut olanların mutlaka asıl borçlu tarafından verilmiş olması gerekmez; bunlar üçüncü kişiler tarafından verilmiş olsalar dahi düzenlemenin kapsamına girerler²⁹⁷. Sözleşmenin kurulmasından sonraki süreçte verilen teminatlardan alacaklının bu borcunun kapsamına, yalnızca asıl borçlu tarafından alacağın özel güvencesi olmak üzere²⁹⁸ verilmiş olan teminatlar dahildir. Zira kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra üçüncü kişiler tarafından alacaklının alacağını teminat altına almak amacıyla verilen teminatlar, kefile halefiyet yoluyla intikal etmeyeceğinden alacaklının

294 Ayan, s. 585; Gümüüş, s. 432.

295 Ayan, s. 585; Özen, s. 403.

296 Alacaklının teminatların muhafazasına ilişkin olarak, bir vekil gibi özenli davranması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Özen, s. 404.

297 Ayan, s. 606; Özen, s. 422.

298 Bu anlamda, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra asıl borçlu tarafından verilecek olan teminatın TBK m. 592 kapsamında değerlendirilebilmesi için, bu teminatın, kefaletin teminat altına aldığı borç ilişkisine ilişkin olduğunun belirtilmesi yeterlidir. Bkz. Çınar, s. 134; Özen, s. 424.

bunlara ilişkin bir özen ve devir yükümlülüğünden bahsetmek mümkün değildir²⁹⁹ (TBK m. 596/II).

TBK m. 592 hükmünde söz edilen teminatlara her türlü ayni ve şahsi teminat dahildir. Bu kapsamda, kefalet ile teminat altına alınmış alacağa ilişkin diğer kefaletler de hükmün kapsamındadır³⁰⁰. TBK m. 592/I ile ayrıca, alacaklının muhafaza yükümlülüğünün kapsamına rüçhan hakları da dahil edilmiştir. Alacaklı, alacağına ilişkin icra veya iflas takibinde alacağının bulunduğu önceliği ileri sürmek hakkını, yani rüçhan hakkını muhafaza etmeli; bu hakkından vazgeçmemelidir³⁰¹.

TBK m. 592 hükmü ile getirilen muhafaza ve teslim yükümlülüğünün kapsamına, bu teminatların muhafazası ve bunların kefile teslimi veya devri için gereken işlemlerin yapılması girmektedir. Bu hüküm kapsamında alacaklıdan beklenen, kefilin halefiyet gereği kazanmış olduğu bu teminatlara ilişkin hakları gereği gibi kullanabilmesi için bunların onun tasarrufuna sunulması için gereken her türlü davranışta bulunmasıdır. Öğretide genel olarak kabul edildiği üzere, ifa sırası bakımından kefil öncelikle ifada bulunmakla yükümlü değildir ve teminatların devrini talep ederek bu ana kadar ödemezlik def'ine ilişkin genel kuralın kıyasen uygulanması suretiyle ifadan kaçınabilmelidir³⁰². Buna karşılık bu savunma imkanını ileri sürmeden ifada bulunan kefil bakımından, teminatların teslimi gerektiğinde bu hususu bir dava açarak alacaklıdan talep edebilecek ve alacaklının haklı bir sebep olmaksızın bu talebi yerine getirmemesi halinde kefilin borcu sona erecektir³⁰³.

TBK m. 592/III hükmü ise ilk olarak, kefilin, alacaklının haklarına halef olarak asıl borçluya karşı rücu hakkını kullanabilmesi için gereken ispat araçlarını alacaklıdan talep edebilmesini sağlamak üzere bir bilgi verme yükümlülüğü getirmiştir. Bu kapsamda kefil, alacaklıdan, bilgisi dahilinde olan ve rücu hakkının kullanılması amacıyla asıl borçlunun takip edilebilmesi için gerekebilecek bütün bilgi ve belgeleri vermesini talep edebilir. Bilgi verme yükümlülüğü kapsamında, asıl borçlunun adresinin, malvarlığı değerlerinin ve bunların yerlerinin, kefilin rücu hakkını gereği gibi kullanabilmesi amacıyla ispata yarayacak tüm bilgilerin talep edilmesi mümkündür³⁰⁴. Aynı şekilde, alacaklının borç senetlerini de muhafaza ve teslim yükümlülüğünün bulunduğu aynı hükümde ifade edilmiş bulunmaktadır. Burada sözü edilen borç senetlerinin kapsamına, kefilin rücu hakkını gereği gibi kullanabilmesi açısından ispat aracı olabilecek asıl borç ilişkisine ve kefilin yararlanacağı teminatlara dair her türlü evrakın dahil olduğu kabul edilmektedir³⁰⁵.

299 Ayan, s. 601; Özen, s. 423.

300 Ayan, s. 600-601.

301 Ayan, s. 602; Çınar, s. 136.

302 Özen, s. 431.

303 Ayan, s. 612-613; Özen, s. 431. Bununla birlikte, TBK m. 589'a göre, teminatın devrine ilişkin masrafların ise kefil tarafından karşılanması gerekir.

304 Ayan, s. 587; Özen, s. 430.

305 Özen, s. 430.

TBK m. 592/IV ile alacaklının bu maddede öngörülen yükümlülüklerine³⁰⁶ aykırı davranışının yaptırımı öngörülmüştür. Buna göre, “Alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.” Ayrıca, TBK m. 592/I düzenlemesi ile, alacaklının teminatları muhafaza borcuna aykırı davranışı halinde kefilin sorumluluğunun azalması da öngörülmüştür.

Şu halde, alacaklının teminatlara ilişkin yükümlülüğüne aykırı davranışı kefilin sorumluluğunun azalması ya da sona ermesi yaptırımı ile karşı karşıya kalabilecekken, bilgi verme ve borç senetlerini teslim etme yükümlülüğü bakımından söz konusu olabilecek tek sonuç kefilin sorumluluğunun sona ermesidir.

Bu hallere kısaca değinmek gerekirse:

aaa. Teminatları Muhafaza Yükümlülüğüne Aykırılık

TBK m. 592/IV uyarınca öngörülen kefaletin sona erme imkanı, alacaklının ağır kusuru ile teminat ve belgeleri elinden çıkarması veya haklı bir sebep olmaksızın bunları devretmeye yanaşmaması durumunda ortaya çıkar. Alacaklının teminatları muhafaza borcuna aykırılığın yaptırımı ise TBK m. 592/I hükmü ile ayrıca düzenlenmiştir. Bu son halde, yani alacaklının teminatları kefilin zararına azaltması ihtimalinde, kefilin sorumluluğunun uygun bir miktarda azalması söz konusu olur (m. 592/I)³⁰⁷. Bu azalmanın gündeme gelebilmesi için kefilin zarara uğramış olması gerekir³⁰⁸. Buna karşılık alacaklı, kefilin zararının teminatta meydana gelen azalmadan daha az olduğunu ispat ederek, kefilin sorumluluğunda gerçekleşecek azalmayı sınırlandırabilecek veya tamamen engelleyebilecektir (TBK m. 592/I).

bbb. Teminatları Devir Yükümlülüğüne Aykırılık

Alacaklının teminatları devir yükümlülüğüne aykırı davranışı, alacaklının teminatları devre yanaşmaması ya da bunları sona erdirmiş olması sebebiyle ortaya çıkabilir. Her iki durumda da teminatları teslim yükümlülüğü ihlal edilmiş olur. Alacaklının teminatları devir yükümlülüğünü “haklı bir sebep olmaksızın” yerine getirmemiş olması kefalet borcunun sona ermesi için yeterli kabul edilmiştir. Kefilin bu halde önceden yapmış olduğu ödemelerin iadesini ve ek zararının

306 TBK m. 592 ile alacaklıya yüklenen bu davranışlar birer yükümlülük niteliğindedir. Zira alacaklı, bu düzenlemeye aykırı davranışı sonucunda yalnızca bir hak kaybına uğramamaktadır. Aynı zamanda kefilin, ifada bulunduktan sonra bu davranışta bulunmaktan kaçınan alacaklıya dava aracılığı ile bunları yerine getirmeye zorlayabilmesi ve hatta bu davranışlara aykırılık sonucunda alacaklının tazminat ile sorumlu tutulması söz konusu olabilmektedir.

307 Alacaklının muhafaza yükümlülüğü, esas itibarıyla teminatları devir yükümlülüğü ile bir bütün teşkil eder. Alacaklının bu yükümlülüğe aykırı davranışları, duruma göre hem muhafaza hem de teslim yükümlülüklerinin birine ya da ikisine birden aykırılık teşkil edebilir.

308 Özen, s. 426.

tazminini talep hakkı mevcuttur (m. 592/IV). Söz konusu düzenlemede ayrıca, alacaklının teminatları ağır kusuruyla elden çıkarmak suretiyle bunları devir borcuna aykırı davranışta bulunduğu durumlarda da kefaletin sona ereceği öngörülmüştür. Bu halde de kefil, hem yapmış olduğu ödemelerin iadesini, hem de varsa ek zararının tazminini talep edebilir³⁰⁹. Bu ihtimallerde kefalet geçmişe etkili olarak sona erer³¹⁰.

ccc. Bilgi Verme ve Borç Senetlerini Muhafaza ve Teslim Yükümlülüğüne Aykırılık

TBK m. 592/IV – c. 1'e göre, alacaklının haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde kefalet sona erer. Bunun haricinde aynı düzenlemede, alacaklının mevcut belgeleri elinden çıkarması halinde de kefilin borcundan kurtulacağı öngörülmekte, ancak bu sonuç için alacaklının ağır kusur ile hareket etmiş olması şartı aranmaktadır³¹¹. Alacaklının bilgi verme ve ispat araçlarını muhafaza yükümlülüğüne aykırı davranması ile kefalet sözleşmesi, kefilin zararının bulunup bulunmadığı önem taşımaksızın ortadan kalkar. Kefilin bu halde de, önceden yapmış olduğu ödemelerin iadesini ve ek zararının tazminini talep hakkı bulunur (m. 592/IV).

cc. Çalışanlara Kefalette Alacaklının Gözetim ve Özen Yükümlülüğüne Aykırı Davranması

TBK m. 592/II'e göre, "Çalışanlara kefalet hâlinde alacaklı, çalışanlar üzerinde yükümlü olduğu gözetimi ihmal eder veya kendisinden beklenebilen özeni göstermezse ve borç da bu sebeple doğmuş ya da bu özeni göstermesi hâlinde ulaşamayacağı ölçüde artmış olursa, bu borcu veya borcun artan kısmını kefiliden isteyemez." Görüldüğü gibi, bu hükümle de kefilin sorumluluğunun kısmen veya tamamen ortadan kalkmasına ilişkin bir durum öngörülmüştür.

Daha önce kısaca değinildiği gibi, gelecekte doğacak borca kefalet niteliği taşıyan ve çalışanın çalışma sebebiyle alacaklıya verebileceği zararların tazmini borcunu teminat altına alan çalışana kefalet sözleşmelerinde, tazmini gereken zarara sebep olan olgunun gerçekleşmesine kendi gözetim veya özen yükümlülüğüne aykırı davranışı ile alacaklı sebep olmuş ise, kefilin bu borç açısından sorumluluğu bulunmayacaktır. Buna göre teminat altına alınan tazminat alacağı, alacaklının çalışan üzerindeki gözetim ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle doğmuş olursa, artık kefile bu borç için başvurulması mümkün olmaz³¹².

Bu hükmün dürüstlük kuralının özel bir uygulaması olduğu; zira kefilin, teminat altına aldığı alacağın alacaklısının, çalışanın vereceği zararlara ilişkin borcun doğumuna veya artmasına engel olacak gerekli özeni göstereceğine dair haklı bir güvene sahip olduğu ifade edilmektedir³¹³.

309 **Özen**, s. 436-437.

310 **Ayan**, s. 610.

311 **Özen**, s. 437.

312 **Çınar**, s. 168.

313 **Ayan**, s. 651.

Alacaklının bu hükme göre kefile başvuramaması, özen yükümlülüğünün kusurlu biçimde ihlaline bağlıdır³¹⁴. Alacaklının göstermesi gereken özenin ölçüsü, her somut olayın özelliğine göre belirlenmelidir³¹⁵. Zararın özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle meydana geldiğini veya arttığını ispat külfeti bunu iddia eden kefile aittir³¹⁶.

SONUÇ

Kefalet sözleşmesi, alacaklı ile kefil arasında yapılan ve kefilin, asıl borçlunun borcunu yerine getirmemesinin sonuçlarını alacaklıya karşı kişisel olarak üstlendiği sözleşmedir. Bu niteliğiyle kefalet sözleşmesinin en önemli özelliği asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlı fer'i bir sorumluluk doğurmasıdır.

Kefalet sözleşmesi, fer'i bir borç doğurması sebebiyle asıl borcun sona erdiği her durumda kendiliğinden sona erecektir. Asıl borcun sona ermesi, en olağan sona erme sebebi olan asıl borcun ifası ile gerçekleşebileceği gibi; takas, ibra, yenileme gibi asıl borcun sona erdirilmesine yarayan sebeplerle ya da asıl borcu sona erdirmemekle birlikte, onu dava ve takip edilemez bir borç haline getiren zamanaşımı sebebiyle de gerçekleşebilir.

Kefalet sözleşmesi, fer'i bir sorumluluk doğurmasına rağmen, asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir hukuki sebebe dayanan, tarafları bakımından asıl borçtan ayrılan ve asıl borçtan farklı bir muhtevaya sahip ayrı bir hukuki ilişkidir. Buna bağlı olarak, kefalet sözleşmesinin asıl borçtan kaynaklanmayan, kefalet sözleşmesinin kendisine ilişkin sona erme sebepleriyle ortadan kalkması da mümkündür.

Kefalet sözleşmesi, asıl borcu doğuran hukuki ilişkiden ayrı bir borç ilişkisi olması sebebiyle, her şeyden önce, borçların genel sona erme sebepleriyle sona erebilir. Aynı şekilde, kefalet sözleşmesinin kendisine özgü sona erme sebepleriyle ortadan kalkması da mümkündür.

Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde, kefalet sözleşmesinin tanımı ve özellikleri açıklanmaya çalışılmış ve özellikle bu sözleşme bakımından önem taşıyan fer'ilik ve talilik ilkeleri üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda ilk olarak TBK m. 581 ile getirilen kefalet tanımının, 818 sayılı Borçlar Kanununda yer alan tanıma da değinilerek değerlendirilmesi yapılmıştır. Hemen ardından kefaletin geçerliliği bakımından taşınması gereken şartlar ve başta adi kefalet ve müteselsil kefalet olmak üzere kefaletin türlerine kısaca değinilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümü ise tamamen kefaletin sona erme hallerine ayrılmıştır. Bu çerçevede öncelikle, asıl borcu sona erdirmesi bakımından kefaleti de sona erdiren haller başlıklar halinde kısaca açıklanmaya çalışılmıştır. Bu hallerden tartışmalı noktalar içerenlere aşağıda da kısaca değinilecektir.

314 Çınar, s. 167.

315 Ayan, s. 651.

316 Ayan, s. 652.

Asıl borç, borçlunun kusuru olmaksızın objektif olarak imkansız hale gelirse asıl borç sona ereceğinden kefalet de sona erer. Bu noktada tartışılması gereken husus, asıl borç bakımından ortaya çıkan bu imkansızlık haline kefilin kusurlu olarak yol açması durumunda, kefilin sorumluluğunun yine de sona erip ermeyeceği hususudur. Burada, asıl borcun kendisine yükletilebilecek nedenlerle imkansızlaşmasına sebep olan kefilin, fer'ilik ilkesine dayanarak borçtan kurtulduğunu ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı sonucuna varılmış bulunmaktadır.

Borcu sona erdiren sebeplerden bir diğeri olan yenileme konusuna ilişkin olarak, kefilin sorumluluğunun sona ermesi bakımından cari hesabın taşıdığı özelliğe değinilmelidir. TBK m. 134 hükmüne göre, bir borç kaleminin cari hesaba yazılması yenileme anlamına gelmez. Yenilemenin gerçekleşmesi için hesabın kesilerek hesap sonucunun diğer tarafça kabul edilmesi gerekir. Hesap sonucunun kabul edilmesi yenileme anlamına geleceğine göre, cari hesaba yazılmış borç kalemlerinin son bulunduğu kabul edilecektir. Bununla birlikte TBK m. 134/III'e göre, sona eren borç kalemleri için verilen aynı ve kişisel teminatlar, aksine sözleşme olmadıkça sona ermez; hesap sonucunun kabulüyle ortaya çıkan yeni borcu teminat altına almaya devam ederler.

Kefalet sözleşmesinin sona ermesi hususunda ipotekli borç senedi ve irat senedi bakımından alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi özellik arz etmektedir. Bilindiği gibi, bu senetler, aynı zamanda senedin borçlusu olan taşınmaz sahibinin eline alacaklı sıfatıyla geçtiği takdirde, alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi söz konusu olur. Bununla birlikte, senedin tedavüle çıkarılması durumunda (TMK m. 918) alacaklı ve borçlu sıfatları birbirinden ayrılacaktır. Bu durumda, senette somutlaşan alacak hakkı esas itibarıyla son bulmayacağından, bu alacağı güvence altına alan fer'i nitelikli teminatlar ve bu arada kefalet de son bulmayacaktır. Aynı sonuç, her türlü kıymetli evrak bakımından da geçerlidir.

Bir borcun talep ve dava edilebilirliğini ortadan kaldıran zamanaşımı, gerçek anlamda borcu sona erdiren bir sebep değildir. Bununla birlikte kefil, asıl borç için gerçekleşen zamanaşımını ileri sürerek ifadan kaçınabilir. Aslında kefilin zamanaşımını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmak külfeti altında olduğu da belirtilmelidir. Zira bu külfeti yerine getirmeyen kefil, zamanaşımı def'ini bildiği veya bilmesi gerektiği ispat edildiği takdirde asıl borçluya rücu hakkını kaybeder. Buna karşılık kefil, asıl borç bakımından zamanaşımının gerçekleştiğini bilerek sorumluluk üstlenmişse, zamanaşımı savunmasından yararlanamaz. Bu son durumda, diğer tüm noktalarda fer'ilik ilkesi geçerli olduğu halde, yalnızca zamanaşımının ileri sürülmesi bakımından fer'ilik ilkesinden ayrı kalınmış olduğundan, garanti ve kefalet sözleşmelerinin unsurlarını barındıran bir isimsiz sözleşmenin varlığından söz edilmektedir.

Bu açıklamaların ardından, kefalet sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan genel sona erme sebepleri, bu sebeplerin kefalet sözleşmesi bakımından özellik arz eden noktalarına değinilerek kısaca açıklanmıştır. Benzer şekilde, kefalet sözleşmesinin kendisine özgü sona erme sebepleri üzerinde durulmuş; bu kapsamda, özellikle belirli süreli kefalet (TBK m. 600) ile süreli olmayan kefaletin sona ermesi (TBK m. 601), kanunda öngörülen azami sürenin dolması ile

sona erme (TBK m. 589/III) hususları ile kefile belirli koşullar dahilinde dönme hakkı tanıyan TBK m. 599 hükümleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bunların yanında, alacaklının kefilin ödeme teklifini kabul etmemesi, borcun nakli, bir malvarlığı veya işletmenin devralınması gibi dolaylı sona erme halleri de kısaca inceleme konusu yapılmıştır. Çalışmamızda ayrıca, çalışan kişinin hizmet ilişkisinden kaynaklanan yükümlerini ihlal etmesi üzerine doğacak tazminat talebini teminat altına alan kefile fesih hakkı tanıyan istisnai bir hüküm olan TBK m. 602 hükmü kısaca açıklanmaya çalışılmıştır. Bu hallerin taşıdığı önemli noktalara burada tekrar kısaca değinilecektir.

Kefalet sözleşmesinde de diğer sözleşme türlerinde olduğu gibi sözleşme için kararlaştırılan sürenin sona ermesi kefalet sözleşmesi için mutlak bir sona erme nedeni olarak düzenlenmiştir. Bu süre, sözleşmeye dayanan bir hak düşürücü süre olarak nitelendirilmektedir. 818 sayılı BK m. 493'ten farklı olarak. TBK kefaletin özel niteliğini göz ardı ederek sürenin bitiminden itibaren bir aylık süre içerisinde alacaklının mahkemeye ya da icraya başvuru hakkını saklı tutmamıştır. Bu durumda kefaletin kararlaştırılan sürenin sonunda mutlak olarak ve kendiliğinden sona ermesi TBK'nın getirdiği yeni bir durumdur.

Kefilin sorumluluğu süreye bağlanmış olmakla birlikte, kefile aynı zamanda sözleşmeyi sona erdirici bir beyanda bulunma hakkı tanınmış olabilir. Böyle durumlarda da süreli kefalet söz konusudur. Kefil sözleşmeyi sona erdirici beyanda bulunmasa bile sürenin sona ermesiyle kefalet sözleşmesi de sona erer. Buna karşılık kefilin sorumluluğu süreyle sınırlanmamış olmakla birlikte, kendisine kefalet sözleşmesini ortadan kaldıracak bozucu yenilik doğurucu bir hakkın tanınması durumunda süreli kefaletten söz edilmesi mümkün değildir.

TBK m. 601, kefilin, asıl borcun muaccel olduğu andan itibaren alacaklının keyfine tabi olmasını ve alacaklının kefilin tabi olduğu zamanaşımı süresi içerisinde dilediği zaman kefile başvurmasını önleyecek bir düzenleme getirmektedir. Bu düzenlemeye göre asıl borç muaccel olduğunda, kefil alacaklıya karşı yapacağı tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile bir ay içinde asıl borçluyu takip etmesini ve takibe ara vermemesini talep edebilecektir. Alacaklının bu talebi yerine getirmemesi üzerine kefil borcundan kurtulur. Kefil asıl borç muaccel olduktan sonra her zaman bu talepte bulunabilir. TBK m. 601/I hükmüne dayanan adi kefil, hem tartışma def'ine hem de rehlin paraya çevrilmesi def'ine sahiptir. Dolayısıyla asıl borcun muaccel olmasından sonra alacaklıya başvuran adi kefilin, alacaklıdan, bir ay içerisinde asıl borçluyu takip ve dava etmesini istemesi; bu takibin sonuçsuz kalması üzerine bu kez de rehinleri bir ay içerisinde paraya çevirmesini istemesi mümkündür.

Asıl borcun muaccel olması alacaklının yapacağı bir bildirimle bağlanmışsa, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan teminatı sürekli olarak elinde tutmak isteyen alacaklının borcun muacceliyetini geciktirmesini önlemek amacıyla, m. 601/II hükmü ile kefile sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmıştır. Kefilin TBK m. 601/II'ye göre sorumluluktan kurtulması için, kefalet sözleşmesinin yapılmasından itibaren bir yıl geçince, alacaklıdan asıl borçluya muacceliyet bildiriminde bulunmasını ve muacceliyet gerçekleşince bir ay içinde asıl borçluya karşı dava ve takip haklarını

kullanmasını (ve elindeki rehinlerin paraya çevrilmesi için gerekli sürecin başlatılmasını) isteyebilir Bununla birlikte, alacaklının muacceliyet bildiriminde bulunma imkanına kefalet sözleşmesinin yapılmasının üzerinden bir yıl geçtikten daha sonraki bir zamanda kavuşması durumunda, kefil m. 601/II'ye dayanamaz. Sürekli borç ilişkileri bakımından ise kefil, yalnızca işlemiş ve muaccel olmuş borçlar için sorumluluktan kurtulurken; henüz doğmamış borçlar bakımından ise kefilin sorumluluğu devam eder.

Bilindiği gibi, asıl borçlunun ödeme gücüne sahip olup olmadığına ilişkin riski kefil taşımaktadır. Şu halde kefilin, asıl borçlunun ödeme güçsüzlüğünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bununla birlikte, çoğu kez herhangi bir karşılık elde etmeden sorumluluk altına giren kefilin, borçlunun ödeme gücünün aşırı derecede değişmesi ya da kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olması durumunda TBK m. 599 hükmü ile kefile sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır.

Burada tekrar belirtmelidir ki, ileri bir tarihte yapılacak çerçeve sözleşme niteliği taşıyan kredi sözleşmesini teminat altına almak üzere yapılan kefalet sözleşmesinde, sözleşme kuruluncaya kadar kefilin dönme hakkı varlığını korur. Sözleşme kurulduktan sonra ve fakat çerçeve sözleşmeye göre henüz münferit bir kredi kullanılmamışken kefilin sözleşmeden dönme hakkının olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre, genel kredi sözleşmesinin kurulması ile birlikte kredi kullandıracak olan taraf (genellikle banka) kredi kullandırma borcu altına girmiş ve borç doğmuş bulunmaktadır. Bu nedenle bu görüşe göre, TBK m. 599 uyarınca sözleşmeden dönme mümkün değildir. Buna karşılık, daha isabetli olduğunu düşündüğümüz diğer görüşe göre ise henüz münferit kredi kullandırılmamışken kefile dönme hakkı tanınmalıdır. Bununla birlikte ilk münferit kredi kullandırılmışsa, artık kefilin TBK m. 599 hükmünden yararlanarak sözleşmeden dönmesi mümkün değildir.

TBK m. 598/III'e göre, *“Bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefalet, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.”* Bu düzenleme, bir gerçek kişi kefilin, kişilik hakkına aykırı düşecek kadar uzun bir süre için sorumluluk altında kalmasının önüne geçilmesi amacıyla getirilmiş bulunmaktadır. Bu sonuç ileriye etkili olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, sürenin tamamlanmasından önce kefilin yaptığı ödemeler geçerli bir borcun ifası olarak kalmaya devam eder.

İncelenen bu sona erme hallerinin yanında, çalışmamızda son olarak, alacaklının kefalet sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerine aykırı davranması sonucunda kefaletin sona erdiği hallere de değinilmeye çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Altay, Sümer; Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku, C. II, İstanbul 2006.

Aral, Fahrettin; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, Genişletilmiş 8. Bası, Ankara 2010.

Aral, Fahrettin/ **Ayrancı**, Hasan; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2012.

Arpacı, Abdülkadir/ **Serozan**, Rona/ **Hatemi**, Hüseyin; Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.

- Ayan**, Serkan; Kefalet Sözleşmesinde Kefilin Sorumluluğu, Ankara 2013.
- Aybay**, Aydın; “*Kefilin Önce Dava Def’ini İleri Sürmesi Sorunu*”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996, s. 83-89.
- Ayrancı**, Hasan; “*Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, S. 2, 2004, s. 95-120.
- Barlas**, Nami; “*Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 349-362.
- Bilge**, Necip, “*Kefilin Mesuliyetinin Şümülü*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 1956, s. 86-171. (*Kefilin Mesuliyeti*)
- Bilge**, Necip; Borçlar Hukuku – Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Canbolat**, Ferhat; Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara 2009.
- Canbolat**, Ferhat/ **Topuz**, Seçkin; “*Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırmada Uygulanacak Kıstaslar*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 78, 2008, s. 53-76.
- Çınar**, Ömer; Türk Borçlar Kanununa Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, İstanbul 2013.
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2012. (*Genel Hükümler*)
- Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Grassinger Elçin**, Gülçin; Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul 1996. (*Savunma İmkanları*)
- Grassinger Elçin**, Gülçin; “*Belirsiz Süreli Kefalette Kefilin Hakları*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 209-236. (*Kefilin Hakları*)
- Grassinger Elçin**, Gülçin; “*Yeni Borçlar Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Kefilin Def’i – İtirazları ve Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi*”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, 3-4 Haziran 2011, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 2011, s. 121-132. (*Yeni Borçlar Kanunu*)
- Göktürk**, Hüseyin Avni; “*Kefalet Hukukumuzun Kifayetsizliği ve Yeni İsviçre Kefalet Hukuku*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, 1950, s. 325-352. (*Kefalet Hukuku*)
- Göktürk**, Hüseyin Avni; Borçlar Hukuku – Akdin Muhtelif Nevileri, C. II, Ankara 1951.
- Gümüş**, Mustafa Alper; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.; Türk Borçlar Hukukunda Kanuni Halefiyet, Ankara 1979.
- Olgaç**, Senai; Kefalet, Ankara 1987.
- Oser**, Hugo/ **Schönenberger**, Wilhelm; İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Çev. **Sungurbey**, İsmet, Ankara 1964.
- Özen**, Burak; “*6098 Sayılı Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefilin Sorumluluğunun Kefalet Sözleşmesine Özgü Sebeplerle Sona Ermesi*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 2, Temmuz 2011, s. 53 vd. (*Sona Erme*)
- Özen**, Burak; “*Kefalet Sözleşmesinin Türleri*”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler-Tebliğler, Derleyen: M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 371-388. (*Türleri*)
- Özen**, Burak; 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul 2014.
- Reisoğlu**, Seza; “*Kefalet Kavramı ve Muteberlik Şartları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 1-4, 1962, s. 327-392. (*Kefalet Kavramı*)
- Reisoğlu**, Seza; Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.
- Seliçi**, Özer; Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.

Serozan, Rona; Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007.

Şahan, Gökhan; Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Ankara 2009.

Tandoğan, Haluk; “*Kefaletin Geçerlilik Şartları*”, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. IX, S. 1, 1977, s. 19-54. (*Geçerlilik Şartları*)

Tandoğan, Haluk; Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987.

Taşdelen, Nihat; “*Kefalet Sözleşmesinde Şekil*”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s. 731-763.

Tekinay, Selahattin Sulhi/ **Akman**, Sermet/ **Burcuoğlu**, Haluk/ **Altop**, Atilla; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.

Tunçomağ, Kenan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 3. Bası, İstanbul 1968.

von Tuhr, Andreas; Borçlar Hukuku Umumi Kısım, C. 1-2, Çev. Cevat Edege, Ankara 1983.

Yavuz, Cevdet; Türk Borçlar Hukuku – Özel Hükümler, Güncellenmiş ve Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2014.

Zevkliler, Aydın/ **Gökyayla**, Emre, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Ankara 2013.

Sünnet ve Çocuğun Menfaati

Circumcision and the Interest of the Child

Ayşe Nilay ŞENOL* 

Öz

Kanunlarca belirlenmiş belli bir yaşın altındaki kişiler çocuk kabul edilir ve bu kişiler yasal temsilcileri tarafından menfaatlerine uygun hareket edilmesi koşuluyla temsil edilirler. Çocuklar erginliğe ulaşmadan önce de, özellikle vücut bütünlüğünü ilgilendiren konularda ayırt etme gücüne sahip ve belli bir olgunluğuna erişmiş olabilirler. Çocuğun rızasını verebilme konusunda yeterli bir yaşa ulaştığına ilişkin olarak yabancı hukuklarda olgun küçük doktrini ve Gillick yeterliliği gibi yaklaşımlar örnek olarak da verilebilir. Özellikle sünnet gibi müdahalelerde çocuğun rızası ise büyük önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, rıza, kişilik hakkı, tıbbi tedavi, sünnet.

Abstract

It is accepted that a human being under a certain age is a child and children are protected and represented by their legal representatives who should serve this duty considering the well-being of the child and care for a child with his/her best interests. Before attaining majority a child is also capable of forming his/her own views and can make decisions concerning his/her physical and mental integrity. Mature minor doctrine and Gillick competency are examples of approaches of laws defining the child's age to give his/her own consent to medical interventions. In specific categories of interventions such as circumcision the child's consent gain more importance.

Keywords: Child, consent, personality right, medical treatment, circumcision.

* Dr. Öğr. Üyesi, Yakın Doğu Üniversitesi Öğretim Üyesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
E-Mail: aysenilay.senol@neu.edu.tr

GİRİŞ

Sünnet, kız veya erkek çocuklara yapılan tıbbi bir müdahaledir. Konuya ilişkin tartışma ve değerlendirmelere değinmeden önce sünnet, tıbbi müdahale ve zorunluluk (endikasyon) kavramlarından kısaca bahsetmek gerekmektedir.

Kadın sünneti¹, ulusal ve uluslararası metinlerde yasaklanmaktadır veya yasaklanması teşvik edilen bir müdahaledir. Örneğin, Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin (İstanbul Sözleşmesi) 38. maddesi, taraf devletlerin, kadın ve genç kızlara yönelik yapılan kadın sünnetinin cezalandırılmasını temin etmek üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacakları hükmünü taşımaktadır.

Erkek çocuklara yönelik sünnet uygulamaları ise tıbbi zorunluluklar hariç, sosyal ve dini gerekliliklerle yapılmakta; Müslüman ve Yahudi topluluklarında yaygın bir uygulama olarak kabul edilmektedir. Türk hukuku bakımından sünnetin dayanağı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun (TŞTİDK) kabul edilmektedir. TŞTİDK'nun "Sünnetçiler" başlığını taşıyan 4. fasıl 58-62. maddeler arasındaki düzenleme 2.1.2014 tarih ve 6514 sayılı kanunun 26. maddesi ile ilga edilmiştir. Aynı kanunun "Tabipler" başlığını taşıyan 3. maddesi ise şu şekilde düzenlenmiştir: "*Cerrahii sağıreye ait ameliyat ile sünneti her tabip yapabilir. (Ek cümle: 2/1/2014-6514/20 md.) Ancak, olağanüstü ve istisnai hâllerde Sağlık Bakanlığınca düzenlenecek eğitimi alan kimseler tarafından hekim gözetiminde sünnet ameliyesi yapılmasına Bakanlıkça izin verilebilir. Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından açılan ve idare edilen mekteplerden mezun küçük sıhhiye memurları ve işbu mekteplere muadil tedrisat yapan mekteplerden mezun olup şahadetnameleri Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaletince tasdik ve tescil edilenler talimatnamelerinde yazılı olanlara munhasır kalmak şartıyla küçük ameliyeleri yapabilirler.*" İlgili hüküm sünnetin hukuki dayanağı olarak kabul edilmektedir.

Tıbbi müdahale, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 4/g maddesinde, "*Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhi girişim*" olarak tanımlanmıştır.

Tıbbi müdahale doktrinde ise "fiziksel ya da psikolojik nitelikteki hastalıkları, acıları, hastalık niteliğini taşımayan fiziksel ya da psikolojik bozuklukları, yine hastalık niteliğini taşımayan şikâyetleri önlemek, teşhis etmek, iyileştirmek ya da bunların etkisini hafifletmek amacıyla insan vücuduna yapılan tüm müdahaleler" olarak tanımlanmaktadır².

1 Konuya ilişkin kültürel bir yaklaşım için bkz. ÖZENÇ, Berke, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargulardan Kültürel Dinamiklere Dikkate Alan Bir Yaklaşım Doğru", İÜHFMD C.LXIV, S. 2, s. 145-166, 2006.

2 ŞENOCAK, Zariye, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", AÜHFMD, C.50, S.4, 2001, s. 66; KAHRAMAN, Zafer, "Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 480-481; MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph, "Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht", *Achte Schweizer Familienrecht* 28./29. Januar 2016 Zürich, s. 7.

Anayasa Mahkemesi de 2016 yılında verdiği bir kararında tıbbi müdahale tanımına yer vermiştir. Bkz.<http://www.>

Tıbbi müdahale kişinin vücut bütünlüğüne veya manevi bütünlüğüne yönelik bir davranış ile gerçekleşebilir. Böyle bir davranışın da kişilik hakkına bir saldırı olmaması için hukuka uygun kabul edilebilmesi gerekir. Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi esas itibarıyla rıza ile mümkündür³. Anayasanın 17/2 maddesi de tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını belirtmektedir.

Endikasyon (zorunluluk veya gereklilik) ise, tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için ortaya çıkan tıbbi gerekliliği ifade eder⁴. Bu gereklilik hali bir hastalığın tanısının konulması, tedavisinin yapılması amaçları ile olabileceği gibi, aşilar gibi hastalıklardan korunma şeklinde de olabilecektir. Anayasa'nın 17. maddesinin 2. fıkrasındaki "tıbbi zorunluluklar" ifadesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı" başlıklı 12. maddesinin, "*Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.*" düzenlemesi dikkate alındığında sosyal gerekliliklerle yapılan tıbbi müdahalelerin rıza ile hukuka uygun hale gelip gelmeyeceği akla gelebilecektir. Ancak, estetik amaçlı müdahaleler veya sünnet gibi sosyal ihtiyaçlar sonucu karşılaşılan endikasyonlar da tıbbi müdahalenin yapılabilmesi için bir gereklilik hali olarak kabul edilmektedir⁵.

Tıbbi müdahaleler, üstün nitelikte özel yarar veya kamu yararı gibi sebepler dışında ancak müdahaleye maruz kalacak kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelirler. Müdahale, kişinin aydınlatılmış rızasının bulunmadığı durumlarda, kişilik hakkı değerlerinden vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin velayet veya vesayet altında bulunan küçük olması durumunda aydınlatmanın kime yöneltileceği ve rızanın kimin tarafından verileceği meselesi önem arz etmektedir. Ayırt etme gücü bulunmayan tam ehliyetsizler kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanamazlar ve kural olarak bu haklar bakımından temsil de yürümez⁶. Ancak, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaatinin gerektirdiği durumlarda yasal temsilci onun adına kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanabilecektir. Ayırt etme gücü

kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Content/pdfkarar/2014-4077.pdf, §55.

- 3 **OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, N. 673; **DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018, N. 531, 532; **HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017, s.113; **KÜRŞAT, Zekeriya**, "Analysis of The Concept of "Consent" in Medical Interventions From a Contract Law Perspective", Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, June 2017, s. 54; **OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, "Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan'a Armağan, Cilt II, s. 1315; **ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993, s. 45; **HELVACI, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar (MK md. 24/a fıkra I/İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001, s. 52; **AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku (1.Cilt) (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış), Ankara 2018, s. 365.
- 4 **HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, İstanbul 2018, s. 448.
- 5 **HAKERİ**, s. 453-454; **YERDELEN, Erdal**, "Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)", Tıp Hukuku Dergisi, Mart 2013, s. 6; **DEDE, Emine**, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, İstanbul 2017, s. 141.
- 6 Tam ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarının bazı durumlarda yasal temsilci tarafından kullanılabilmesi kabul edilmektedir. Yasal temsilci tarafından kullanılacak kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların belirlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **KARAKAŞ, Fatma Tülay**, Kişiyi Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015, s. 58 vd.

bulunmayan kişiye yapılacak tıbbi müdahalede de yasal temsilcinin rızasının yeterli olması ayırt etme gücü bulunmayan kişinin menfaati bakımından kaçınılmaz olacaktır.

Ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından ise mesele daha karmaşıktır. Hem yerel düzenlemeler hem uluslararası düzenlemeler ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yeterli olgunluğa erişmeleri durumunda kendilerine dair konularda görüşlerinin alınması ve hatta din seçimi, tıbbi müdahaleye rıza gösterme gibi kararları tek başlarına dahi verebileceklerini kabul edebilmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler aksini gerektiren bir durum söz konusu değilse anne ve babanın velayeti altındadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılması ile anne babanın velayet hakkının çatışması durumunda ölçülülük ilkesi ve çocuğun menfaatinin gereklilikleri ile bir karara varmak gerekecektir.

Çalışmada, tıbbi bir zorunluluk ile değil de sosyal gereklilik ile yapılan sünnet müdahaleleri bakımından ayırt etme gücüne sahip küçüğün rıza gösterip gösteremeyeceği, bu rızanın tek başına hüküm ifade edip etmeyeceği hususu kişilik hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkı ve velayet hakkı kapsamı bakımından değerlendirilecektir. Çalışmada hem “küçük” hem de “çocuk” kavramlarının bir arada kullanılmasının sebebi TMK’da küçük ve çocuk kavramlarının her ikisinin de yer alması, uluslararası metinlerde ise çoğunlukta çocuk kavramına yer verilmesi sebebiyledir.

I. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERMEDE AYIRT ETME GÜCÜ VE AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP KÜÇÜĞÜN HAKLARI

Ayırt etme gücü kavramı göreceli bir kavram olarak kabul edilir; ulusal ve uluslararası düzenlenmelerde özellikle asgari bir yaş belirlemesinden de kaçınılmıştır. Aşağıda, tıbbi müdahalelere rıza gösterilmesi bakımından küçüğün hangi yaştan itibaren rıza gösterebileceği veya işleme katılabileceğine ilişkin yerel mevzuattaki düzenlemeler ve yabancı hukuklardaki yaklaşımlar değerlendirilmeye çalışılacaktır.

A. TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA GÖSTERMEDE AYIRT ETME GÜCÜ VE YAŞ KÜÇÜKLÜĞÜ

Ayırt etme gücü TMK m. 13’te tersten, olumsuz olarak şu şekilde tanımlanmıştır: “*Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir.*” Kanunda sayılan sebepler veya bunlara benzer sebeplerle akla uygun davranma yeteneğini bulunmayan, diğer bir ifadeyle davranışının sebeplerini ve/veya sonuçlarını idrak edemeyen ve buna uygun davranamayan kişinin ayırt etme gücü yoktur⁷. Yaş küçüklüğü,

7 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 160; DURAL/ÖĞÜZ, N. 289; HELVACI, s. 58; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992, s. 225-226; ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000, s. 21; HATEMİ, Hüseyin, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017, N. 31; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 287.

akla uygun davranma yeteneğini etkilediği ölçüde ayırt etme gücünü ortadan kaldıran bir sebeptir. Ancak kanun akla uygun davranma yeteneğinin hangi yaşta kazanılacağına dair bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Her somut olayda, tüm koşullar değerlendirilerek çocuğun yaş ve gelişme derecesine göre akla uygun davranma yeteneğinin bulunup bulunmadığı tespit edilecektir⁸. Bu nedenle ayırt etme gücü göreceli veya nisbi bir kavram olarak kabul edilir⁹. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanılmasında ayırt etme gücünün tespitinde tüm unsurların en geniş şekilde değerlendirilmesi ve kişinin korunmasının sağlanması gerektiği belirtilmiştir¹⁰.

1. Yabancı Hukuklarda Küçüğün Rıza Gösterme Yaşı

Bazı ülkelerin Medeni Kanunlarında ayırt etme gücünün bulunup bulunmaması bakımından belirli yaş sınırları getirilmektedir. Alman Medeni Kanununun (BGB) § 104. maddesi yedi yaşında küçüklerin hukuki işlem yapamayacaklarını, §828 ise yine yedi yaşından küçüklerin başkalarına verdikleri zarardan sorumlu olmayacaklarını hüküm altına almıştır¹¹. BGB §1629/1 hükmü uyarınca on sekiz yaşından küçükler velayet altındadır. Ancak, 14-18 yaşları arasındaki küçüklerin tıbbi müdahaleye rıza verme olgunluğuna sahip olup olmadıkları konusunda hekim karar verebilir¹². Yine örneğin, Danimarka, tıbbi müdahalelere rıza gösterilebilmesi için gerekli olgunluğa 15 yaşından büyük çocukların eriştiğini kabul etmektedir¹³.

Diğer yabancı hukuklardaki uygulamalara bakıldığında da, çocuğun kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi için gereken ruhsal ve ahlaki olgunluğa ulaşması çoğunlukla asgari bir yaşa bağlanmamakta; ancak, on sekiz yaşından önce bu olgunluğa erişebileceği ekseriyetle kabul edilmektedir¹⁴.

8 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 169; DURAL/ÖĞÜZ, N. 294, N. 296; BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N. 230.

9 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 177; DURAL/ÖĞÜZ, N.305; HELVACI, s. 58; ARPACI, s. 21-22; HATEMİ, N. 35; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 289.

10 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 179; HELVACI, s. 58.

11 BGB yedi yaşından büyük kişilerin sınırlı olarak hukuki işlem yapma ehliyeti olduğunu (§106) belirtmektedir. Kanun bazı durumlarda 14 yaşındaki çocuğun tek başına rızasını yeterli bulmuştur (BGB §1671, § 1746 gibi).

12 PETERS, Sabine, Wenn Kinder anderer Meinung sind Die ethische Problematik von Kindeswohl und Kindeswille in der Kinder – und Jugendmedizin, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Medizinischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen 2013, s. 22.

13 Danimarka Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesini 1999 yılında onaylamış ve 2007 yılında bu sözleşme uyarınca Danimarka Sağlık Kanunu yürürlüğe girmiştir. STULTIENS, Loes/ GOFFIN, Tom / BORRY, Pascal/ DIERICKX, Kris, “Minors and Informed Consent: A Comparative Approach”, 14 Eur. J. Health L. 21 (2007), s. 25.

14 İsviçre Federal Mahkemesinin de her somut olayda çocuğun ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığına bakılması gerektiğini ve bir tıbbi müdahalede çocuğun yaş ve olgunluk derecesi, tedavinin niteliği, tedavinin gerekliliği kriterlerinin değerlendirilmesi ve çocuğun karar veremediğine dair bir şüphe olması durumunda ebeveynlerin yetkili olacağı konusunda kararları bulunmaktadır. Bkz. MICHEL/RUTISHAUSER, s. 19. Federal Mahkeme 2008 yılında verdiği bir kararda, ebeveynin tıbbi müdahaleye rızasının çocuğun tedaviyi ret iradesinin önüne geçemeyeceğini belirtmiştir. Lucerne Kantonu Mahkemesinin bir kararında tıbbi müdahaleye rıza gösterebilecek çocuklarda ayrıca çocuğu koruyucu hükümlerin işletilmesine gerek olmadığı, 17 yaşındaki bir çocuğun kendisine uygulanması istenilen üçüncü kemoterapiyi reddedebileceği hükmüne bağlanmıştır. MICHEL/RUTISHAUSER, s. 18; SCHNELLER, Lena/BERNARDON, Angelo, “Freiwilligkeit in der Kinder – und Jugendpsychiatrie im Kontext von

İngiliz hukukunda adını Victoria Gillick'in açtığı davadan alan "Gillick Yeterliliği", Amerikan hukukunda "olgun küçük doktrini" kavramları da ayırt etme gücüne sahip bir küçüğün kendisine yapılacak tıbbi müdahalelere rıza verebilmesi bakımından asgari bir yaşın belirlenip belirlenemeyeceğine ilişkin tartışmalar sonucu ortaya çıkmıştır. Gillick yeterliliği, 16 yaşından küçüklerin kendilerine yapılacak tıbbi müdahaleye yasal temsilcilerinin rızası olmadan onay verip veremeyeceklerine ilişkin bir terimdir. Davacı Victoria Gillick'in açtığı dava neticesinde verilen kararlar birlikte, Gillick yeterliliği denilen bir testle, 16 yaşın altındaki çocukların, kendilerine yapılacak müdahaleyi anlama ve rıza gösterme konusunda yeterli olgunluğa erişip erişmedikleri her somut olayda değerlendirilmeye başlanmıştır¹⁵.

Amerikan hukukunda kabul edilen kavram ise "olgun küçük"tür¹⁶. Buna göre, çocuk hangi yaşta olursa olsun, teklif edilen tedavinin faydalarını ve risklerini anlayabilecek olgunluk ve akla sahipse rıza verebilir. Çocuğun böyle bir olgunluğa sahip olması durumunda rızayı tek başına vermesi mümkün olabilecektir. Bir çocuğun ne zaman olgun olduğunun saptanması ise önem taşır. Uzmanlar çocuğun zihinsel gelişimine göre karar alma yetisinin 13 yaşından

Selbstbestimmung und Fürsorge", ZKE 2016, s. 118.

- 15 Karara konu olayda, Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı doktorlara 16 yaşından küçük kız çocuklarına belirli koşullar altında, ebeveynlerinin rızası aranmaksızın doğum kontrol yöntemleri hakkında bilgi verilebileceğini düzenleyen bir sirküler göndermiştir. Sirkülelere göre, doktorların iyiniyetle hareket ettiği ve küçüğü cinsel ilişkinin olası zararlarından korumak amacıyla doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesi hukuka aykırı kabul edilmeyecektir. Sirküler ayrıca, doktorların doğum kontrolü hakkında tavsiye ve tedavi yöntemlerini ebeveyn rızası olmadan 16 yaşından küçük kız çocuklarına veremeyecekleri varsayımı ile ilerlemelerini ve küçüğü aileyi de dahil etme konusunda ikna etmeleri gerektiğini, bununla beraber, hekim ve hasta arasındaki gizlilik prensibi gereği istisnai durumlarda doktorun 16 yaşın altındaki bir kız çocuğuna ebeveyn rızası olmaksızın doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesi kabul edilebilecektir. Davacı Victoria Gillick, bakanlığın bu kararı üzerine kendi yerel sağlık yetkilisinden 16 yaşının altındaki kızlarına kendi rızası olmaksızın doğum kontrol yöntemleri konusunda tavsiye veya tedavi verilmemesini teminat altına almayı aramıştır. Yerel yetkilinin böyle bir güvence vermemesi üzerine Gillick yetkiliye ve bakanlığa bir dava açmıştır. Davacının sirkülelere ilişkin iddiaları yanında temel argümanı kendi rızası olmaksızın 16 yaşın altındaki çocuğuna doğum kontrol yöntemleri konusunda bilgi verilmesi ve tedavi tavsiye edilmesinin velayet hakkı ile bağdaşmayacağıdır. Hâkim, ebeveynlerin çocuk üzerindeki nüfuzlarının bir "haktan" ziyade "sorumluluk" veya "görev" olarak tanımlanabileceğine ve bu nedenle 16 yaşından küçük bir kıza doğum kontrol yöntemleri hakkında tavsiye verilmesinin ebeveyn "hakları"na karşı hukuka aykırı bir müdahale teşkil etmeyeceğine karar vermiştir.

Dava Yüksek Mahkemeye gitmiş ve davacı Gillick'in talepleri reddedilmiştir. Kararın temyizi üzerine Temyiz Mahkemesi bir doktorun, herhangi bir koşulda, ebeveyn rızası olmadan 16 yaşın altındaki bir kıza doğum kontrol yöntemleri tavsiye etmesinin hukuki olup olmadığı sorusuna olumsuz yanıt vermiştir. Dava nihayetinde, Lordlar Kamarası'na (House of Lords) gitmiştir. (Lord Scarman, Lord Fraser and Lord Bridge) ilk karar yönünde görüş bildirmiş ve çocuğun rızasının onun olgunluk derecesine ve rıza vermesi beklenen durumu tam anlayıp anlayamadığına göre belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararın İngilizce metni için bkz. http://www.hrcr.org/safrica/childrens_rights/Gillick_WestNorfolk.htm.

- 16 Bu konuda Michigan Eyalet Mahkemesi'nin kararı ilktir. Karara konu olayda, 17 yaşındaki küçük, kulağındaki tümörün alınmasına ilişkin olarak hekime danışmış ve hekimin bu tümörün ameliyatla alınmasının en uygun çözüm olacağını söylemesi üzerine yasal temsilcilerinin izni olmaksızın ameliyata rıza göstermiştir. Yapılan müdahale sonucu küçüğün hayatını kaybetmesi üzerine baba, hekim aleyhine dava açmıştır. Mahkeme, küçüğün yeterli olgunluğa sahip olduğuna, hekimle yanında ergin akrabaları varken konuştuğu ve ameliyatın ve sonuçlarının taraflarca anlaşıldığına ve babanın rızasına ihtiyaç olmadığına, neredeyse erginliğe ulaşmış küçüğün rızasının yeterli olduğuna karar vermiştir. Bkz. Bakker v. Welsh, 108 NW 94 (1906) HeinOnline – – 5 Mich. L. Rev. 40 1906-1907, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.tr/&httpsredir=1&article=2312&context=articles>.

itibaren oluşabileceğini, özellikle 15 yaş itibarıyla ise tamamen kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler¹⁷. Ergenlerin akla uygun, sorumlu kararlar alabilme yetilerinin zamana göre değiştiği ve belli bir yaşın üzerindeki kişilerin (12-13 olarak ifade edilmektedir) tıbbi müdahalelere tek başlarına rıza gösterebileceklerinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸.

2. Türk Hukukunda Küçüğün Rıza Gösterme Yaşı

Türk Hukukundaki yasal düzenlemelere bakıldığında, küçüğün tıbbi müdahalelere tek başına rıza göstermesine ilişkin bir kabulün olmadığı ve tıbbi müdahalelerin, çocuğun menfaati esas alınarak, yasal temsilcinin rızasına veya çocuğun rızası yanında yasal temsilcinin onayına bağlandığı görülmektedir. Rıza gösterebilecek küçüğe ilişkin asgari bir yaş belirlenmesi ise yapılmamaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TMK 335 vd. hükümleri uyarınca 18 yaşın altındaki çocuklar anne ve babalarının velayeti altındadır. TMK 339 ve onu karşılayan mehaz İsviçre Medeni Kanunu (Art. 301 ZGB) uyarınca, anne ve babanın, önemli konularda ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünü almaları gerekir. Önemli konulardan neyin kastedildiği kanunlarda açıkça belirtilmemiştir. Ayırt etme gücüne sahip çocuğun görüşünün alınabilmesi için öncelikle görüşü alınacak konuda bilgilendirilmesi gerekir. Çocuğun görüşünün alınması anne ve babanın henüz bir görüş açıklamadan ve hatta kendileri bir karara varmadan başvurulması gereken bir aşamadır¹⁹. Aksi durum, çocuğun kişilik hakkına ilişkin bir değere dair görüş bildirmesini sağlamayacak, bir yasak savmadan ibaret kalacaktır. Ayrıca velayet hakkı sahibi anne babanın çocuğun görüşünden aksi bir karar almaları durumunda da, neden böyle bir karar verdiklerini çocuğa açıklamaları gerektiği, bunun hem çocuğun gelişimi bakımından hem de katılım hakkının kullanımını bakımından önemli olduğu belirtilmektedir²⁰.

Türk Hukukundaki yasal düzenlemelere bakıldığında, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun m.70/f.I, c.1 hükmü uyarınca, *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar.”* Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”* hükmünün içermektedir. Yönetmeliğin 24. maddesinin 2.fıkrası, *“Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine*

17 SCHLAM, Lawrence/ WOOD, Joseph P., “Informed Consent to the Medical Treatment of Minors: Law and Practice”, 10 Health Matrix 141 (2000), p. 168.

18 COLEMAN, Doriane Lambelet / ROSOFF, Philip M., “The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment” <http://pediatrics.aappublications.org/content/131/4/786#ref-4>.

19 TROST, Tanja, Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement, FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 24, 2017, s. 44-45.

20 TROST, s. 49.

ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.” demek suretiyle ayırt etme gücüne sahip küçüğün katılım hakkından bahsetmektedir.

Nüfus Planlaması Hakkında Kanunun “Gebeliğin sona erdirilmesinde izin” yan başlığını taşıyan 6. maddesi, “5 inci maddede belirtilen müdahale, gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine, vesayet altında bulunup da reşit veya mümeyyiz olmayan kişilerde reşit olmayan kişinin ve vasinin rızası ile birlikte sulh hakiminin izin vermesine bağlıdır.” hükmünü içermektedir.

Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanunun 5. maddesi uyarınca ise on sekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaktır.

5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu temel ilkeler başlıklı 4. maddesinde çocuğun haklarının korunması amacıyla; çocuğun yaşama, gelişme, korunma ve katılım haklarının güvence altına alınması, çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi, çocuğun ve ailesinin bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması ve kararların alınmasında ve uygulanmasında, çocuğun yaşına ve gelişimine uygun eğitimi ve öğrenimini, kişiliğini ve toplumsal sorumluluğunu geliştirmesinin desteklenmesi temel ilkeleri sayılmıştır.

Görüldüğü gibi Türk hukukunda ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi konusunda asgari bir yaş belirlemesi yapılmamıştır. Tıbbi müdahaleye rıza göstermek kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve söz konusu düzenlemeler TMK16. madde ile de çelişmektedir.

B. AYIRT ETME GÜCÜNE SAHİP ÇOCUĞUN HAKLARI

1. Kişilik Hakkı Kapsamında

Fiil ehliyetine sahip her birey kendi fiilleriyle borç altına girebilir ve tasarrufta bulunabilir. Ayırt etme gücüne sahip küçükler sınırlı ehliyetsiz kabul edilirler ve kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ile kendilerine yapılan karşılıksız kazandırmalar dışındaki hukuki işlemlerde yasal temsilcinin rızasına ihtiyaç duyarlar²¹. TMK 16 kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçükler tarafından bizzat kullanabileceğini belirtmiş, ancak bu hakların hangileri olduğunu belirtmemiştir²². Doktrinde, kanun hükümleri de dikkate alınarak yapılan ayırımla kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar olarak ayrılmaktadır²³. Ayırımın önemi şudur ki, mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya

21 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 319 vd.; DURAL/ÖĞÜZ, N. 433 vd.; HELVACI, s.78 vd.; ARPACI, s. 55 vd.; TEKİNAY, Kişiler Hukuku, s. 241 vd.; HATEMİ, N. 90 vd.; AKİPEK/AKINTÜRK/ATEŞ, s. 325 vd.

22 Aynı şekilde mehaz İsviçre Medeni Kanunun 19c maddesinde de sınırlı ehliyetsizin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabileceği belirtilmiş ancak bu hakların neler olduğu teker teker sayılmamıştır. BUCHER, Eugen /AEBI-MULLER, Regina E., Berner Kommentar Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB Rechts – und Handlungsfähigkeit, Bern 2017, Art. 19c, N. 228.

23 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 320-329; BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N. 228; KARAKAŞ, s. 64; HATEMİ, N. 92 vd. kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara “kişilik işlemi hakları” demeyi tercih ettiğini belirtmiştir.

bağlı haklarda temsil olamayacağı, nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ise temsil kabul edebileceği belirtilmektedir²⁴.

Tıbbi müdahaleye rıza, kişilik hakkı değerlerinden biri olan vücut bütünlüğü üzerinde bir tasarruftur ve bu sebeple kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır²⁵. Tıbbi bir müdahalede bulunulabilmesi için bu müdahalenin gerekli veya acil olması aranır. Bir müdahalenin acil olması demek, herhangi bir zaman kaybı durumunda kişinin sağlığının geri dönülmez bir şekilde bozulması, hayatının tehdit altında olması veya müdahale yapılmaması durumunda hastada ciddi veya kalıcı eksiklik veya bozulmaların beklendiği haller anlamına gelmektedir²⁶. Bir müdahalenin acil olmaması durumunda, bu müdahaleye ilişkin verilecek kararın mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu belirtilmektedir²⁷. Yine bir müdahalenin riskli, acılı, tedavinin uzun süreli ve sonuçları geri dönülmez nitelikte olması durumunda sonuçların ağırlığına binaen kişilik haklarının da o ölçüde etkilendiği kabul edilmektedir. Örneğin, erkek çocuklarının sünnetine ilişkin olarak öğretilen yeni görüş, sünnet olmaya ilişkin kararın çocuğun mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkı olduğu yönündedir²⁸. Yine, cinsiyeti tam tespit edilemeyen çocuklara yapılacak cinsiyet belirleme müdahaleleri de tıbbi açıdan gerekli değilse, geri dönülemez etkileri sebebiyle ve ertelenebilir olması durumunda mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu kabul edilmektedir²⁹.

Bir müdahalenin faydaları ile riskleri arasında orantılılık olması gerekir. Sonuç olarak, bir müdahale gerekli ve acil değilse ve vücut bütünlüğünü ihlal ediyorsa ebeveyn müdahaleye rıza gösterememelidir, çünkü müdahale küçüğün mutlak anlamda kişilik hakkı kapsamında kabul edilmelidir. Ancak her somut olayda gereklilik ve aciliyet koşulları tespit edilirken somut olayın değerlendirilmesi gerektiği, örneğin ailenin kültürel alt yapısı sebebiyle bir müdahalenin çocuğun menfaati için gerekli veya acil kabul edilebileceği, bu durumda mutlak değil de nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan bahsedilebileceği de belirtilmiştir³⁰.

Tıbbi müdahale, belirtildiği gibi kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahaledir ve hukuka uygun olabilmesi için öncelikle kişinin rızası gerekir. Bu rızayı kimin vereceği sorusunun cevabı, öncelikle tıbbi müdahaleye maruz kalan kişi olmalıdır. Tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişinin küçük olması durumunda, öncelikle bu kişinin ehliyetinin saptanması gerekecektir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan küçük tam ehliyetsiz, ayırt etme gücüne sahip küçük ise sınırlı ehliyetsiz kabul edilecektir. Çalışma, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tıbbi müdahaleye rızası ile sınırlandırıldığından yalnızca bu kategorideki kişiler bakımından değerlendirme yapılacaktır.

Aynı yönde bkz. **HELVACI, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul 1993, s. 4 vd.

24 **BUCHER/AEBI-MULLER**, Art. 19c, N. 240-241; **KARAKAŞ**, s. 65, s. 67.

25 **ŞENOCAK**, s. 75; **DURAL/ÖĞÜZ**, N. 532; **ARPACI**, s. 115; **KARAKAŞ**, s. 68'de yazar tıbbi müdahaleye rızanın nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğunu belirtmektedir.

26 **HAKERİ**, s. 316.

27 **TROST**, s. 53.

28 **TROST**, s. 54.

29 **BUCHER/AEBI-MULLER**, Art. 19c, N. 295.

30 **TROST**, s. 54-55.

O halde ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin yukarıda bahsedilen ilgili hükümleri MK. 16 ile çelişmektedir. Kişilik hakkının, mutlak ve nisbi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ayırımı ve kanunlardaki özel düzenlemeler dikkate alınarak, tıbbi müdahaleye rıza gösterecek kişinin kim veya kimler olduğunun saptanması gerekecektir.

Öğretide bir görüş, her ne kadar Hasta Hakları Yönetmeliğinin 24/2. maddesi küçüklerin dinlenilmesinden, diğer bir ifadeyle katılım hakkından bahsetmiş olsa da, hükmün sadece küçüğü dinlemeden ibaret olduğu ve hekimin küçüğün beyanı ile bağlı olmadığını kabul etmektedir³¹.

İkinci bir görüş, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının yanında yasal temsilcinin rızasının da aranması gerektiğini kabul etmektedir³². Üçüncü bir görüş ise, ayırt etme gücüne sahip küçüğün tıbbi müdahaleye rızasının tek başına yeterli olacağı yönündedir³³. Tıbbi müdahaleye rıza konusunda küçüğün ayırt etme gücüne sahip olması demek, tıbbi müdahalenin önemini, kapsamını, sonuçlarını değerlendirebilecek ruhsal ve ahlaki olgunluğa sahip olması demektir³⁴. Küçüğün, tıbbi müdahalenin önemini kavrayacak derecede ayırt etme gücüne sahip olup olmadığını hekim tespit edecektir³⁵. Hekim, küçüğün kendisinin aydınlatma yükümlülüğü kapsamında verdiği bilgileri kavrayıp kavraymadığını, bu bilgileri ne kadar değerlendirebildiğini ve küçüğün kendi menfaatini gözetip gözetmediğini gözlemlemeli ve buna göre ayırt etme gücünün varlığına veya yokluğuna karar vermelidir³⁶.

Kanaatimizce, TŞSTİDK ve HHY'de belirtilen ve küçüğe yapılacak tıbbi müdahalelerle yasal temsilcinin rızasını arayan hükümler ayırt etme gücü bulunmayan küçükler bakımından uygulanmalıdır. Yapılacak tıbbi müdahalede küçüğün ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığını, yapılacak müdahaleyi ve bu müdahalenin sonuçlarını anlayabilecek olgunlukta olup olmadığını hekim tespit edecektir; bu kavrayış ve olgunluğa sahip olduğu tespit edilen küçüğün, artık TMK 16. maddenin de düzenlenmesi ile tek başına karar verebileceği kabul edilmelidir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını bizzat kullanabilecek, kişiliğin korunmasına ilişkin genel hükümler çerçevesinde (TMK m. 24) ana babaya karşı da kişilik hakkının korunmasını talep edebilecektir.

31 DURAL/ÖĞÜZ, N. 533.

32 ADIGÜZEL, Sibel, "Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü", TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 960-961; ŞENOCAK, s. 75, dn. 50'de zikredilen yazarlar; ARPACI, s. 115-116; SEROZAN, s. 69'de yazar çocuğun görüşünün alınmasının yeterli olmayıp doğrudan doğruya oluru almanın yerinde olacağını belirtmektedir. BUCHER/AEBI-MULLER, Art. 19c, N.243, N. 242'de yazarlar küçüğün yapılacak tıbbi müdahaleyi açıkça reddetmesi durumunda anne babanın rıza gösteremeyeceğini belirtmişlerdir.

33 KAHRAMAN, s. 489; ÖZBİLEN, Barış, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011, s. 270-271, 274-277.

34 ŞENOCAK, s. 75-76.

35 ŞENOCAK, s. 77; MICHEL/RUTISHAUSER, s. 17.

36 ŞENOCAK, s. 78;

2. Katılım Hakkı

Konuya ilişkin olarak Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS), Çocuk Haklarının Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi³⁷, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmelerine³⁸ Türkiye'nin de taraf olduğu görülmektedir.

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi kendi görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun, kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı olduğunu ve bu görüşlerin çocuğun yaşı ve olgunluğu dikkate alınarak dinlenilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu hak katılım hakkı olarak ifade edilmekte³⁹ ve bu hakkın da kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu kabul edilmektedir⁴⁰.

Katılım hakkı, çocukların ulaştıkları olgunluk derecesine göre görüş bildirme veya işleme olur verme olarak kullanılabilir⁴¹. Katılım hakkından anlaşılması gereken karar alma sürecine dâhil olmaktır⁴². Son yıllarda çocuklar yetişkinlerin kararlarının bir nesnesi olarak görülmek yerine karar alma süreçlerinde dinlenilmesi gereken bağımsız bir özne olarak algılanmaktadır⁴³. Çocuğun görüşlerini ifade edebilme olgunluğuna hangi yaşta ulaştığı her çocuğun gelişimine, görüş bildireceği olaya göre değişebilecektir, bu nedenle mutlak bir yaşın belirlenmesi son derece güçtür. Ancak, genel itibarıyla çocukların çok küçük yaşlardan itibaren kendi görüşlerini oluşturabildikleri ve bunu ifade etme yetkinliğine kavuştukları da söylenebilir. Ebeveynlerin çocukların sadece sözlü ifadelerine değil, mimik ve beden diliyle görüşlerini açıklamalarını da dikkate almaları gerektiği belirtilmektedir⁴⁴. Ayırt etme gücü olmayan çocuklara, hastalığı hakkında bilgi verilmesinin de sürece dâhil edilmesi olduğu ve katılım hakkının kullanılması olduğu söylenebilir⁴⁵. Sözleşmenin 12. maddesinde belirtilen “her konuda görüş alınması” tıbbi müdahalelerde çocuğun görüşünün alınmasını evleviyetle kapsar. Çocuğun görüşü alınırken yaş ve olgunluk unsurlarının bir arada değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁶. Sözleşme, asgari bir yaş belirlemekten kaçınmış, olgunluk kavramını ise tanımlamamıştır.

37 Sözleşmenin onaylandığına dair 4620 sayılı kanun 24305 sayılı ve 1.12.2001 tarihli Resmi Gazete ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

38 Sözleşmenin onaylandığına dair 5013 sayılı kanun 25311 sayılı ve 09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

39 SEROZAN, s. 68.

40 OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 329.

41 SEROZAN, s. 68.

42 TROST, s. 42.

43 HODGKIN, Rachel/NEWELL, Peter, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), Unicef, Genişletilmiş 3. bası, 2007, s. 153.

44 TROST, s. 46.

45 MICHEL/RUTISHAUSER, s. 24.

46 HODGKIN/NEWELL, s. 155.

3. Maddi ve Manevi Varlığını Koruma ve Geliştirme Hakkı

Anayasanın 17. maddesinin 1. fıkrası gereği herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. AYM, aşı konusunda verdiği bir kararda⁴⁷, AİHS'nin özel yaşama saygı hakkını içeren 8. maddesi ile AY md. 17 kapsamında bir değerlendirme yapmıştır. Bu değerlendirme uyarınca, tıbbi müdahalelere rıza göstermenin veya tıbbi müdahaleyi reddetme hakkının, AİHS'nin 8. maddesi kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkı ile bireyin kendini gerçekleştirme ve kendisi ile ilgili karar alabilme hakkı ile bağlantılı olduğunu belirtmiştir (§50-55). Bu maddenin kişilere ilke olarak kendi geleceklerini belirleme imkânı sunduğu belirtilmektedir⁴⁸. Kişi özerkliğinden yola çıkılarak ortaya konan hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı da, kendi kararlarını verebilecek durumda olan kişilerin kendi yaşamlarına dair seçimlerini özgür iradeleri ile sağlamaları amacıyla kabul edilen bir hasta hakkı olarak tanımlanmıştır⁴⁹. Ayırt etme gücüne sahip küçük bir tedaviyi reddetme veya kabul etme konusunda yeterli olgunluğa sahip ise Anayasada tanınan maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı ve bu haktan temellendirilen kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında görüşünü ifade edebilmelidir. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, her somut olayın koşulları dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması esas kabul edilmelidir.

II. VELAYET HAKKI VE SÜNNET

A. VELAYET HAKKININ ÇOCUĞUN KİŞİLİK HAKKI BAKIMINDAN KAPSAMI

Velayet hakkı, niteliği itibarıyla mutlak⁵⁰, devredilemez, mirasçılara geçmez, feragat edilemez, hukuki işlemle sınırlandırılmaz bir haktır. Velayet bir hak olduğu kadar, aynı zamanda bir görev ve yükümlülükler bütünüdür⁵¹.

TMK 335 hükmü uyarınca ergin olmayan çocuk, ana ve babasının velayeti altındadır. Mevaz İsviçre Medeni Kanununda da (Art. 301 ZGB) çocuğun fiil ehliyeti kazanmasına kadar anne ve babanın, çocuğun yüksek menfaatini dikkate alarak çocuğu yetiştirecekleri belirtilmektedir. TMK 339. madde velayetin kapsamını, “*Ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar. Çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür. Ana ve baba, olgunluğu ölçüsünde çocuğa hayatını düzenleme olanağı tanılır; önemli konularda olabildiğince onun düşüncesini göz önünde tutarlar. Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz. Çocuğun*

47 Resmi Gazete tarihi ve sayısı 26.10.2016/29869.

48 **TACİR, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011, s. 116.

49 **TACİR**, s. 118.

50 Velayet hakkının hem mutlak hem de nisbi bir hak olduğu, nisbi yönünün ana ve baba ile çocuk arasındaki ilişki bakımından, mutlak yönünün ise ana ve baba ile üçüncü kişiler bakımından söz konusu olduğu konusunda bkz. **ABİK, Yıldız**, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s.17.

51 **USTA, Sevgi**, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 24; **ABİK**, s. 13; **SEROZAN**, s. 250-251, yazar velayet hakkı için yüküm-hak ifadesini kullanmaktadır.

adını ana ve babası koyar” olarak belirlemiştir. Velayet, çocuğun şahıs varlığı ile malvarlığının korunmasını ve çocuğun temsilini sağlayan bir aile hukuku kurumu olarak tanımlanmaktadır⁵² ve çocuğun bakımı, eğitimi, kişi varlığının korunmasını, malvarlığının yönetimini ve çocuğun temsilini kapsar. Bir diğer ifadeyle de velayet, küçüklerin ve bazı durumlarda kısıtlı erginlerin şahıslarına, mallarına özen gösterme, onları temsil etme hususunda kanunun ana ve babaya yüklediği yükümlülükler ve hakların tümüdür⁵³.

Medeni Kanunun düzenlemesi dikkate alındığında, çocuğun kişi varlığına ilişkin olarak velayetin kapsamını çocuk üzerinde egemenlik, çocuğun öz adı, yerleşim yeri, yerleştirilmesi ve eğitilmesi ve temsil edilmesi olarak belirtebiliriz. Çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi beslenme, barınma, gerekli tıbbi bakımının sağlanması, dinlenme, oyun olanakları gibi hususları içermektedir. TMK uyarınca çocuğun dini eğitimini belirleme hakkı da ana babaya aittir (TMK 341/1). Yine TMK hükümleri uyarınca ergin, dinini seçmekte özgürdür (TMK 341/3).

Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca çocuğun bakım ve yetiştirilmesi sorumluluğu öncelikle ana ve babaya düşer. Ana ve baba çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler. ÇHS m. 13/1'e göre çocuk düşüncesini açıklama özgürlüğüne sahiptir ve ÇHS m. 14/1, taraf devletlerin çocuğun din ve vicdan özgürlüğüne saygı göstermeleri gereğini ifade etmektedir.

TMK, çocuğun ergin olmasına kadar geçen süre içinde ana ve babanın seçimine ağırlık vermiş, ayırt etme gücüne sahip ve fakat henüz ergin olmayan çocuğun dini tercihlerini ortaya koymasına izin vermemiştir. Mehoz İsviçre Medeni Kanununda on altı yaşını bitiren çocuğa, dini inancını bizzat belirleyebilme imkânı tanınmaktadır (ZGB. Art. 303/ Abs. 3). Alman hukukuna göre ise, on dört yaşını dolduran çocuk kendi dini inancını seçebilir ve on iki yaşından büyük bir çocuğun dini ancak çocuğun rızası ile değiştirilebilir.

Anne ve babanın çocuk üzerindeki hakkının bir yandan bir tür egemenlik hakkı olduğu ileri sürülmekte⁵⁴, diğer yandan velayet hakkının mülkiyet gibi bir egemenlik hakkı olarak

52 AKYÜZ, **Emine**, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012, s. 219; RUHİ, **Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal**, Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Ankara 2017, s. 21.

53 AKINTÜRK, **Turgut/ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2017, s. 406; BAYGIN, **Cem**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 259; ZEVLİLİLER, **Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre**, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ekim 2000, s. 1013; RUHİ/RUHİ, s. 21; DURAL, **Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 351; BAKTİR ÇETİNER, **Selma**, Velayet Hukuku, Ankara 2000, s. 30; TEKİNAY, **Selahattin Sulhi**, Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 483; FEYZİOĞLU, **Necmeddin Feyzi**, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 503-504; AFFOLTER-FRINGELI, **Kurt/VOGEL, Urs**, Berner Kommentar Die elterliche Sorge / der Kinderschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016, Art.301, N.4.

54 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 410; YÜKSEL, **Sera Reyhani**, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s. 62. Y.2. HD. 08.05.1997 tarih ve 1997/4971 E. ve 1997/ 4953 sayılı kararında velayet hakkını, “Medeni kanunumuzun hükümlerine göre küçüklerin ve mal varlıklarının bakım ve korunmalarını sağlamak için onların malları ve şahısları üzerinde ana-babanın sahip oldukları görevlerin ve hakların hepsine birden velayet denmektedir. Velayet sadece ana ve babaya tanınmış bir iktidar” olarak tanımlamıştır.

tanımlanamayacağı belirtilmektedir⁵⁵. Roma hukukunda pater familiasın (aile babasının) çocukların bedeni ve ruhu üzerinde mutlak bir egemenliği vardı⁵⁶. Ancak günümüz modern hukuk sistemlerinde velayet hakkının anne babaya çocuk üzerinde bir egemenlik yetkisi verdiği kabul edilebilirse de, bu baskıcı ve tek yanlı bir egemenlik yetkisi değildir⁵⁷.

B. VELAYET HAKKININ SINIRI: ÇOCUĞUN MENFAATI

I. Genel Olarak

Velayet hakkının kapsamı ve kullanılması da hiçbir hak gibi sınırsız değildir. Velayet hakkının kullanılmasındaki sınır TMK 339'da çocuğun menfaati, ÇHS'nin 3. maddesinde çocuğun yüksek yararı olarak belirlenmiştir. Kavram, Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 3. maddesinde çocuğun yüksek yararı (*best interest*) ve esenliği (*well-being*), Çocuk Koruma Kanununun 4. maddesi b bendinde “*çocuğun yarar ve esenliğinin gözetilmesi*”, TMK m. 346'da “*çocuğun menfaati*” olarak geçmektedir. Öğretide de, çocuğun esenliği⁵⁸, çocuğun yararı⁵⁹, çocuğun menfaati⁶⁰, çocuğun güvenliği⁶¹ gibi çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Kavramın çerçevesinin esnek olduğu ve hakkaniyet hukuku (*ius aequum*) kavramlarından olduğu da belirtilmiştir⁶².

Ayrıca bu hükümlerin yanında ve üstünde AY md. 13'te düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin, özlere dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilmesi ve bu sınırlamaların, ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ilkesi de esastır. Çocuğun temel haklarıyla ana ve babanın velayet hakkının çatışması durumunda dengeyi ölçülülük ilkesi (keyfilik yasağı) oluşturmalıdır. Ölçülülük ilkesi; velayet hakkının kullanılmasıyla gerçekleşen müdahalenin ağırlığı ile müdahaleyi haklı kılabilecek nedenlerin ağırlığı arasında uyum ve dengenin sağlanmasıdır⁶³. Çocuğun menfaatinin önceliğinin bulunduğu ve çocuk ile ana babanın hak ve yükümlülüklerinin çatıştığı yerlerde çocuğun menfaatine öncelik verilmesi gerektiği de belirtilmiştir⁶⁴.

Belirtilen metinlerde çocuğun menfaati kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Çocuğun menfaati kavramının tanımının yapılamamasının sebebi olarak kavramın, yaş, yaşanan fiziki ve sosyal çevre gibi somut verilere göre değişmesi ve göreceli olması gösterilmiştir. Ayrıca çocuğun

55 SEROZAN, s. 253.

56 SEROZAN, s. 253.

57 YÜKSEL, s. 63; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, Medeni Hukuk, s. 1121.

58 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 437, yazarlar “esenlik” ifadesine ek olarak “çocuğun manevi bir tehlikeye karşı karşıya kalması” ifadesini de kullanmaktadır.

59 SEROZAN, s. 65; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 346-347; USTA, s. 136; ABİK, Yıldız, s. 3.

60 ELÇİN GRASSINGER, s. 57; ELÇİN GRASSINGER, Çocuğun Menfaati, s. 824.

61 İNAN, s. 104.

62 ABİK, s. 3, yazar “uyarlanabilir gevşek hakkaniyet” ifadesini kullanmaktadır.

63 SEROZAN, s. 261.

64 ABİK, s. 4.

menfaati tespit edilirken somut olayın tüm esasları dikkate alınarak sadece hukuki değil, sosyolojik, psikolojik, pedagojik açıdan da bir değerlendirme yapılması gerekecektir⁶⁵. Ancak bir tanım verilemese de çocuğun menfaatinin belirlenmesi için bir takım ölçütler belirlenebilecektir. Çocuk lehine pozitif ayrımcılık, çocuğun gelecekteki menfaatinin de dikkate alınması, her ülkenin toplumsal, sosyal gerçekliğinin dikkate alınması gibi ölçütlerle çocuğun menfaatinin belirlenebileceği belirtilmiştir⁶⁶. Çocuğun menfaati belirlenirken kısa ve uzun vadede menfaatinin ne olacağı değerlendirilmeye çalışılmalı, o anki koşullarla sınırlı kalınmamalıdır⁶⁷.

Öğretide verilen tanımlara bakıldığında, GRASSINGER çocuğun menfaatinin, çocuk yetişkin bir kişi olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda kendi yararı için nasıl bir karar verecek idiyse, çocukla ilgili karar verecek kişinin aynı yönde karar vermesi olarak ifade etmektedir⁶⁸. YÜKSEL, çocuk menfaatinin, “*çocukla ilgili bir karar alınırken, onun bedensel, fikri, ahlaksal, duygusal, sosyal, ekonomik ve hukuki bakımlardan sağlıklı ve dengeli biçimde gelişmesine olanak tanıyan seçeneklerden, çocuğun tabiatına ve eğer seçme hakkı kendisine ait olsaydı, makul, ortalama zekâya sahip bir yetişkin olarak kendi yararı için seçmeye yöneleceği en uygun olan seçenek doğrultusunda karar verilebilmesi*” olduğunu ifade etmektedir⁶⁹.

Yargıtay da çocuğun menfaati bakımından şu tanımlı vermektedir: “*Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konudaki üstün yararı belirlenirken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verilebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.*”⁷⁰

Çocuğun menfaati ilkesi kapsamında bulunduğu kabul edilen bir diğer ilke de çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesidir⁷¹. Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin, ana ve babanın çocuğun olgunluğu ölçüsünde hayatını düzenleme olanağı tanıma ve onun düşüncesini göz

65 ABİK, s. 9, s. 21; AKKURT, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozana Armağan, İstanbul, 2010, s. 112; AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 301 ZGB, N. 12.

66 ÖZER TAŞKIN, Özden, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL tezi, Eskişehir 2006, s. 20 vd.

67 SEROZAN, s. 65.

68 ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009, s. 60; ELÇİN GRASSINGER, Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozana Armağan, İstanbul 2010, s. 827.

69 YÜKSEL, s. 91

70 Y. 2. HD., 9.1.2017, 2016/23862, 2017/7. Ayrıca, “Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır”. Yargıtay H.G.K T. 07.06.2000 E. 2000/2 – 927, K. 2000/974; “Velayetin düzenlenmesinde asılolan çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun yararadır. Çocuğun yararı ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır”. Yarg. 2. HD., T. 14.12.2004 E. 2004/12249, K. 2004/15059. www.kazanci.com.

71 ABİK, s. 23; İMAMOĞLU, S. Hülya, “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFĐ, C. 54, S. 2, 2005, s. 191.

önünde tutmayı düzenleyen TMK 339/III'ün (İsviçre Medeni Kanunu madde 301) özel bir görünümü olduğu belirtilmektedir⁷².

2. Sünnet Bakımından

Tıbbi zorunluluk olmaksızın, tıbbi kurallara uygun bir şekilde gerçekleştirilen erkek çocukların sünnetinin hukuka uygun olup olmadığı ise özellikle son yıllarda Avrupa ülkelerinde tartışılmakta ve konu, ülkelerin içtihat ve mevzuatlarına da yansımaktadır.

Almanya Köln Eyalet Mahkemesi, 07.05.2012 tarihinde verdiği kararda⁷³, 4 yaşındaki bir erkek çocuğunun ailesinin izniyle ve tıp biliminin gereklerine uygun olarak sünnet edilmesinin, Alman Ceza Kanununun ilgili hükümleri uyarınca kasten yaralama suçunu oluşturduğunu kabul etmiştir. Davanın seyrinde yerel mahkeme, çocuğun ailesinin İslam inancına mensup olduğunu, sünnetin dini nedenlerle, ailenin rızasıyla gerçekleştirildiğini ve müdahalede bir doktor hatası olmadığını belirtmiştir. Köln savcılığı müdahalenin ailenin rızasıyla hukuka uygun hale gelmediği gerekçesiyle istinaf itirazında bulunmuştur.

Kararda Exner karşıt görüş oluşturmuştur ve buna göre anne babanın çocuğu yetiştirme ve dini eğitim verme haklarının çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkından daha üstün olmadığını ve çocuğun sünnet edilmesine rıza gösterilmesinin çocuğun menfaatine aykırı olduğu belirtilmiştir.

Yine karara göre, “*Alman Medeni Kanununun (Bürgerliches Gesetzbuch) 1627. maddesinin 1. cümlesi uyarınca velayet hakkı çocuğun yetiştirilmesine ilişkin olarak sadece çocuğun menfaatine hizmet eden tedbirleri kapsar. Öğretideki baskın görüşe göre, rıza gösteremeyecek bir çocuğun sünnet edilmesi ne dini ve sosyal çevresinden dışlanması ne de anne babanın çocuğu yetiştirme hakkı bakımından çocuğun menfaatine en uygundur denilebilir. Anne ve babanın temel hakları, çocuğun bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme temel hakkı ile sınırlıdır. Temel haklar da dini özgürlüklerin yerine getirilmesi gerekçesi ile sınırlandırılmaz. Temel haklar tartışıldığında ölçülülük ilkesi dikkate alınmalıdır. Dini yetiştirme amacıyla yapılan sünnet de bedensel bütünlüğün ihlalidir ve gerçekten gerekli olsa bile, her durumda makul kabul edilemez. Buna ek olarak, sünnet ile çocuğun bedeni geri dönülemez bir biçimde değişmektedir. Bu değişim daha sonra çocuğun kendi dini eğilimini belirleme menfaatine de ters düşmektedir. Diğer taraftan, ebeveynlerin çocuğun sünnet olmaya karar verebilecek yaşa ulaşmasını beklemeleri de çocuğu yetiştirme haklarını olumsuz olarak etkilemeyecektir*” denilmektedir.

72 ABİK, s. 25; İMAMOĞLU, s. 192.

73 151 Ns 169/11 sayılı karar, kararın Almanca metni için bkz. https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2012/151_Ns_169_11_Urteil_20120507.html.

Kararın İngilizce çevirisi için bkz. <https://tr.scribd.com/document/98810698/Cologne-Circumcision-Decision-Translated-6-12#download>. NUHOĞLU, Ayşe, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, s. 211-219.

Bu karar tıp dünyasını bir çelişkiye sürüklemiş; Müslüman ve Yahudi cemaatini karara karşı birleştirmiştir. Tüm bu tartışmalardan sonra Aralık 2012'de dini gerekliliklerle yapılan sünnete ilişkin Alman Medeni Kanununa bir hüküm eklenmiştir⁷⁴.

Alman Medeni Kanununun (BGB) 1631. maddesine göre⁷⁵, “*Küçüğün bakımına ilişkin hak, kendi kararını veremeyecek erkek çocuğun tıp biliminin kurallarına uygun olarak yürütülecek tıbbi zorunluluk içermeyen sünnetine izin verme hakkını da içerir. Ancak çocuğun menfaatlerine aykırılık söz konusuysa bu kural uygulanmaz.*

Çocuğun doğumundan itibaren 6 ay içinde hekim olmayan ancak sünnet işlemini yerine getirme konusunda özel olarak eğitilmiş kişilerce de sünnet işlemi gerçekleştirilebilir.”

İngiltere Yüksek Mahkemesi'nin önüne gelen bir somut olayda ise mahkeme, İngiliz anne ile Müslüman Türk bir babanın evliliğinden dünyaya gelmiş erkek çocuğun, daha sonra anne ve babanın ayrıldığı ve velayeti ortak olarak yürüttükleri mevcut durumda, babanın çocuğun sünnet edilmesini istemesine ilişkin talebini değerlendirmiştir. Mahkeme, çocuğun menfaatini esas almış, çocuğun annesinin yanında yaşayan, babanın talepte bulunduğu yaşa kadar Müslüman bir çevrede yetişmemiş biri olduğunu, sünnetin geri dönülemez tıbbi bir müdahale olduğu ve somut olayda çocuk için tıbbi gereklilik olmadığı noktalarından hareketle babanın talebini reddetmiştir⁷⁶.

Sünnet, özellikle İskandinav ülkelerinde de ciddi tartışmalara neden olmaktadır. İsveç'te, 1997 yılında Yüksek Mahkemenin verdiği bir karar sonucu 2001 yılında yetkili doktorlar tarafından yapılacak erkek sünnetinin yaralama suçu oluşturmayacağı hükmü kanunlaşmıştır⁷⁷. Düzenleme uyarınca, anne babanın birlikte velayete sahip olduğu durumlarda her ikisinin de rızasının gerektiği ve çocuğun rıza verebileceği durumlarda onun da onayının alınması gerektiği kabul edilmiş, ayrıca çocuk kaç yaşında olursa olsun, sünnet olmak istememe iradesine de saygı duyulması gerektiği belirtilmiştir⁷⁸. 2008 yılında Danimarka'da Ulusal Çocuk Konseyi (National Council for Children), 15 yaşın altındaki erkek çocukların sünnet edilmesinin yasaklanması yönünde bir kanun kabul edilmesini teklif etmiştir⁷⁹. 2016 yılına gelindiğinde konu hala gündemde olup, anketlerde yüksek oranlarda sünnet karşıtı görüşler bildirilmiş olsa da Danimarka, erkek sünnetini bir insan hakkı olarak kabul etmiştir.

74 Alman öğretisindeki sünnet tartışmaları için bkz. **GÖZTEPE, Ece**, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi”, Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan, Ankara 2013, Cilt I, s. 296 vd.

75 20.12.2012 (BGBl. I P. 2749), 28.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

76 Family Division of The High Court, Wall J, 2, 3, 4 March, 6 May 1999.

77 **SCHIRATZKI, Johanna**, “Banning God's Law In the Name of the Holy Body – The Nordic Position on Ritual Male Circumcisions”, The Family in Law, [Vol. 5:35 2011], s. 37.

78 **SCHIRATZKI**, s. 37.

79 <https://www.crin.org/en/library/news-archive/denmark-plan-ban-all-circumcision>.

III. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Dini ve geleneksel sebeplere dayanarak, velayet hakkı kapsamında erkek çocukların sünnet edilmesine rıza gösterilmesi ile çocuğun kendi geleceğini belirleme hakkı, dinini seçme özgürlüğü ve tıbbi müdahaleye rıza gösterebileceği olgunlukta olması durumunda söz hakkının olup olmayacağı meseleleri iç içe geçmiştir. Belirtilen hususlar kişinin kişiye sıkı sıkıya haklarıdır ve TMK 16. madde de kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ayırt etme gücüne sahip küçük tarafından bizzat kullanılacağı düzenlemesini içermektedir. Hükmün düzenlemesi esas kabul edilmeli ve özel kanunlardaki sınırlamalar dar yorumlanmalı, her somut olayda küçüğün tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kendi kararını bizzat verip veremeyeceği dikkate alınmalıdır. Sünnet konusunda ise kesin bir sonuca varmak son derece güçtür. Çocuğun menfaati değerlendirilirken, yukarıda da belirtildiği gibi, kısa vadeli menfaati değil, ileride doğabilecek psikolojik, sosyal ve kültürel sonuçlar da dikkate alınarak belirlenmelidir. Sünnete rıza gösterme veya reddetme konusunda bir görüş çocuğun sadece vücut bütünlüğüne ilişkin bir karar olmayıp, psikolojik ve sosyal sonuçlar da doğurabilecek bir karardır.

Konu, velayet hakkının kapsamında yer alan dini eğitim verme ve yetiştirme hakkı ile kişinin bedensel bütünlüğü ve kendi geleceğini belirleme hakkının çatışması ve çocuğun menfaatinin ne olduğunun saptanmasını da ilgilendirmektedir. Hakların çatıştığı durumlarda hangi hakkın diğerine üstün tutulması gerektiğine ilişkin olarak öğretide bazı testler öngörülmüştür. Bunlar kısaca şu şekilde özetlenebilir: seçim testi, amaç testi ve çaba testi. Seçim testine göre, belirli bir amacı yerine getirmek için tek yol çatışan haklardan birinin ihlal edilmesiyse, hangi hakkın diğerine tercih edileceği seçimle belirlenir. Bu teste göre haklardan biri diğerine göre daha zayıf konumdadır. Amaç testine göre ise, çatışan haklardan daha güçlü olanın ihlal edilebilmesi daha önemli bir amaç için mümkün olmalıdır. Çaba testine göre ise, hakkın ihlal edilmesini engellemek, hakkı tanımak ve hakkın ihlali sonucu oluşan etkileri tazmin etmek için ne kadar çaba gösterilmesi gerekeceğine göre hak çatışmasında bir hakkı diğerine üstün tutmaktadır⁸⁰.

Kendi görüşünü oluşturabilecek olgunluğa ulaştığı kabul edilen ayırt etme gücüne sahip küçüğün sünnet uygulamasını açıkça reddettiği durumlarda, kişinin kişilik hakkı ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı uyarınca görüşü üstün tutulmalıdır. Henüz bu olgunluk derecesine ulaştığı kabul edilemeyen küçük bakımından ise velayet hakkı kapsamında anne ve babanın çocuğun menfaatine uygun olarak rıza gösterebileceği kabul edilmelidir. Türk hukukunda, gerek sosyal yaşamın etkisi gerekse dini inançlar sebebiyle anne ve babanın rızası ile tıbbi kurallara uygun olarak yapılan sünnet uygulamasının hukuka aykırılığına ilişkin bir sav ileri sürülemeyecektir. Ancak, çocuğun kendi menfaatlerini dikkate alabilecek, kararının sonuçlarını öngörebilecek olgunlukta olduğu her somut olayda temel haklarının ve kişilik hakkının üstün tutulması gerekecektir.

80 KAMM, F. M., Conflict of Rights Typology, Methodology, and Nonconsequentialism, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/Conflicts%20of%20Rights.pdf.

KAYNAKÇA

- ABİK, Yıldız**, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, İstanbul 2011, s. 1-73.
- ADIGÜZEL, Sibel**, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, TAAD, Yıl:5, Sayı:19 (Ekim 2014), s. 943-995.
- AFFOLTER-FRINGELI, Kurt/VOGEL, Urs**, Berner Kommentar Die elterliche Sorge / der Kindesschutz, Art. 296-317 ZGB – Das Kindesvermögen, Art. 318-327 ZGB – Minderjährige unter Vormundschaft, Art. 327a-327c ZGB Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2016.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, İkinci Cilt, İstanbul 2017.
- AKİPEK, Jale /AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri/Kişiler Hukuku (1.Cilt) (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış), Ankara 2018.
- AKKURT, Sinan Sami**, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, s.91-120.
- AKYÜZ, Emine**, Çocuk Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2012.
- ARPACI, Abdülkadir**, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul 2000.
- BAKTİR ÇETİNER, Selma**, Velayet Hukuku, Ankara 2000.
- BAYGIN, Cem**, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- BUCHER, Eugen /AEBI-MULLER, Regina E.**, Berner Kommentar Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB Rechts – und Handlungsfähigkeit, Bern 2017.
- COLEMAN, Doriane Lambelet / ROSOFF, Philip M.**, “The Legal Authority of Mature Minors to Consent to General Medical Treatment” <http://pediatrics.aappublications.org/content/131/4/786#ref-4>.
- ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt**, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul 1993.
- DEDE, Emine**, Tıp Hukukunda Çocuk Hastaların Hakları, İstanbul 2017.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2018.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin**, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar (Çocuğun Menfaati)”, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s.823-846.
- ELÇİN GRASSINGER, Gülçin**, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler (MK. md. 346, md. 347, md. 348), İstanbul 2009.
- FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi**, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- GÖZTEPE, Ece**, “Din ve Hukuk Arasındaki Çizgi”, Prof. Dr. Erdal Onar’a Armağan, Ankara 2013, Cilt I, s.283-316.
- HAKERİ, Hakan**, Tıp Hukuku, İstanbul 2018.
- HATEMİ, Hüseyin**, Kişiler Hukuku, İstanbul 2017.
- HELVACI, Serap**, Gerçek Kişiler, İstanbul 2017.
- HELVACI, Serap**, Kişilik İşlemi Hakları (Münhasıran Şahsa Bağlı Haklar), İstanbul 1993.
- HELVACI, Serap**, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumayı Davalar (MK md. 24/a fıkra I/ İMK md. 28a fıkra I), İstanbul 2001.
- HODGKIN, Rachel /NEWELL, Peter**, Çocuk Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına Dair Kılavuz (Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child), Unicef, Genişletilmiş 3. bası, 2007.

- İMAMOĞLU, S. Hülya**, “Çocuğun Kişiliğinin Ana ve Babaya Karşı Korunması”, AÜHFĐ., C. 54, S. 2, 2005, s. 183-218.
- KAHRAMAN, Zafer**, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:7 Sayı:1 Yıl 2016, s. 479-510.
- KAMM, F. M.**, Conflict of Rights Typology, Methodology, and Nonconsequentialism, file:///C:/Users/Administrator/Downloads/Conflicts%20of%20Rights.pdf.
- KARAKAŞ, Fatma Tülay**, Kişiyeye Sıkı Sıkıya Bağlı Haklar, Ankara 2015.
- KÜRŞAT, Zekeriya**, “Analysis of The Concept of “Consent” in Medical Interventions From a Contract Law Perspective”, Law & Justice Review, Year:8, Issue:14, Haziran 2017.
- MICHEL, Margot/RUTISHAUSER, Christoph**, “Referate / Kinder und Jugendliche als Patientinnen und Patienten – Ein Beitrag aus rechtlicher und medizin-ethischer Sicht”, Achte Schweizer Familienrechtstage 28./29. Januar 2016 Zürich, s. 1-31.
- NUHOĞLU, Ayşe**, “Sünnet ve Ceza Hukuku”, Prof. Dr. Nur Centefe Armağan, s. 211-219.
- OĞUZMAN, Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe**, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2018.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe**, “Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği, Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, Cilt II, s. 1315-1351.
- ÖZBİLEN, Barış**, İnsan Kökenli Biyolojik Maddelere İlişkin Hukuki İşlemler, İstanbul 2011.
- ÖZENC, Berke**, “Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşma Doğru”, İÜHFĐ C.LXIV, S. 2, 2006, s. 145-166.
- ÖZER TAŞKIN, Özden**, Velayette Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi, YL tezi, Eskişehir 2006.
- PETERS, Sabine**, Wenn Kinder anderer Meinung sind Die ethische Problematik von Kindeswohl und Kindeswille in der Kinder – und Jugendmedizin, Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades der Medizinischen Fakultät der Georg-August-Universität zu Göttingen, Göttingen 2013.
- RUHİ, Canan/ RUHİ, Ahmet Cemal**, Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle), Ankara 2017.
- SCHIRATZKI, Johanna**, “Banning God’s Law In the Name of the Holy Body – The Nordic Position on Ritual Male Circumcisions”, The Family in Law, [Vol. 5:35 2011], s. 35-53.
- SCHLAM, Lawrence/ WOOD, Joseph P.**, “Informed Consent to the Medical Treatment of Minors: Law and Practice”, 10 Health Matrix 141 (2000), s. 141-174.
- SCHNELLER, Lena/BERNARDON, Angelo**, “Freiwilligkeit in der Kinder – und Jugendpsychiatrie im Kontext von Selbstbestimmung und Fürsorge”, ZKE 2016, s. 115-139.
- SEROZAN, Rona**, Çocuk Hukuku, İstanbul 2005.
- STULTIENS, Loes/ GOFFIN, Tom / BORRY, Pascal/ DIERICKX, Kris**, “Minors and Informed Consent: A Comparative Approach”, 14 Eur. J. Health L. 21 (2007), s. 21-46.
- ŞENOCAK, Zarife**, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, AÜHFĐ, C.50, S.4, 2001, s. 65-80.
- TACİR, Hamide**, Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı, İstanbul 2011.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Aile Hukuku, İstanbul 1990.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, İstanbul 1992.
- TROST, Tanja**, “Das elterliche Erziehungsrecht und die Persönlichkeitsrechte des Kindes Eine Untersuchung am Beispiel von Cognitive Enhancement”, FamPra.ch – Schriftenreihe zum Familienrecht Band/Nr. 24, 2017, s. 38-59.

USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

YERDELEN, Erdal, “Hukuki Açıdan Sünnet (Beschneidung)”, Tıp Hukuku Dergisi, Mart 2013, s. 43-74.

YÜKSEL, Sera Reyhani, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, Beşir/GÖKYAYLA, Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ekim 2000.

Milletlerarası Hukukta Denizde Bilimsel Araştırmanın Farklı ve Çakışan Deniz Alanlarında Yönetimine Genel Bir Bakış

General Overview of the Marine Scientific Research in International Law and its Management in Different and Overlapping Maritime Zones

Ayşe Nur TÜTÜNCÜ* 

Öz

Bu makalede, 1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri* ve 1982 tarihli *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi* hükümleri çerçevesinde denizde bilimsel araştırma kavramı incelenerek farklı deniz alanlarındaki bilimsel araştırmanın yönetimi değerlendirilecektir.

Anahtar Kelimeler: Deniz hukuku, Denizde bilimsel araştırma, 1982 BMDHS, Bilimsel araştırmayı yönetme hakkı, taleplerin örtüştüğü deniz alanlarında bilimsel araştırma.

Abstract

In this article, the concept of marine scientific research (MSR) and its management in different maritime zones will be examined and evaluated under the provisions of the 1958 Geneva Conventions and the 1982 United Nations Law of the Sea Convention (UNCLOS).

Keywords: Law of the Sea, Marine Scientific Research, UNCLOS, Right to conduct MSR, MSR in overlapping zones.

I. GİRİŞ

Denizlerin iyi yönetimi, deniz çevresinin bilimsel olarak doğru anlaşılması ile mümkün olabilir. Ancak, öte yandan kıyı açığındaki deniz alanlarında bilimsel veya başka araştırma faaliyetlerinin – özellikle başka bir devletin münhasır ekonomik bölgesi (MEB)'nde askeri araştırma faaliyetleri – yapılması kıyı devletlerinin ekonomik ve güvenlik çıkarlarını etkileyebilir. Karasuları genişliğinin 12 mile çıkması ve 200 millik MEB kavramının kabul edilmesi ile birlikte, denizde bilimsel araştırma yapılacak alanlar daralmıştır. Ayrıca bilimdeki gelişmeler, enerji ihtiyacının denizlerden

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı, Beyazıt, E-Mail: tutuncu@istanbul.edu.tr, Tel:0212 440 01 39. *Bu yazı akademik hayatım süresince beni her zaman destekleyen ve değer veren çok sevgili meslektaşım Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal'ın anısına saygıyla atfolunur.*

karşılabilmesi hususunda farklı imkânların ortaya çıkması¹ ve başka nedenlerin² bu konu hakkında ayrıntılı bir düzenleme yapılması ihtiyacını doğurması, konunun 1982 tarihli *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*³ (BMDHS)'nin XIII. Bölümü'nde önceye nazaran çok daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi ile sonuçlanmıştır. MEB kavramının ortaya çıkması, kıyı ve araştırma yapan devletlerin haklarına, yükümlülüklerine ve görevlerine ilişkin yeni düzenlemelerin kabul edilmesini gerektirmiştir. Çoğu yeni bağımsızlık kazanmış ve gelişmekte olan kıyı devletleri ile çoğunlukla gelişmiş devlet olan başlıca araştırma yapan devletler arasında araştırma faaliyetine yönelik mevcut kaygıları gidermek üzere bir denge oluşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır.

Araştırma yapan devletler, kıyı devletinin bu konudaki sınırlamalarının, sadece bilimin ilerlemesini olumsuz yönde etkilemekle kalmayıp, bütün insanlığın yararlandığı deniz alanlarındaki geleneksel bilimsel araştırma özgürlüğüne müdahale anlamına geleceği, fakat aynı zamanda hava tahmini ve okyanus akıntısı ve okyanus tabanındaki doğal güçlerin etkilerinin araştırılması gibi hususlarda insanlığa sağlanacak muhtemel faydaları da engelleyeceği düşüncesini taşımıştır. Öte yandan, gelişmekte olan devletlerin birçoğu, denizde bilimsel araştırma rejimini, doğal kaynaklarını yeterli bir şekilde koruduğu ve barış ve kalkınmayı garanti ettiği için desteklemişlerdir. Bölüm XIII, kıyı devletleri ve araştırma yapan devletlerin haklarını bölge bazında faaliyet gösteren bir rejim kurarak dengelemeye çalışmıştır.⁴

Ayrıca birçok gelişmekte olan devlet de araştırma faaliyetlerinin, istihbarat toplanabileceği veya özellikle haritası çıkarılmamış alanlarda muhtemelen ekonomik önem taşıması sebebiyle ekonomik kazanç elde edilmesinin kılıfı olarak kullanılabilmesi hususunda çok ihtiyatlı davranmıştır. Gelişmekte olan devletler, kıyı devletinin kıta sahanlığında ve MEB'si içindeki bütün araştırma faaliyetlerinde önceden rızasının alınmasını istemişlerdir. Gelişmiş devletler ise, MEB ve kıta sahanlığında yürütülecek araştırma projeleri için kıyı devletine bir ön bildirim (advance notification) yapılmasını önermişlerdir.⁵

İşte bu çerçevede *Sözleşme*'nin son hali, gelişmiş devletler açısından bir taviz, gelişmekte olan devletler açısından ise diplomatik bir zafer olarak nitelendirilmektedir.⁶ Kıyı devletinin karasularındaki yetkisi, mutlak olarak kalmıştır. MEB'de ve kıta sahanlığında araştırma yapılması durumlarındaysa kıyı devletinin önceden rızasının alınması aranmaktadır.⁷ Ancak barışçıl amaçlı

1 H. Ilgaz, "Denizde Bilimsel Araştırmaların Uluslararası Hukukta Düzenlenmesi İhtiyacının Ortaya Çıkışı", *Journal of Naval Science and Engineering* 2009, Vol. 5, No.1, s.46.

2 *Ibid.*, s. 42-43.

3 1833 *United Nations Treaty Series* (UNTS) 396.

4 T. D. Partner, K. Freeman, "Marine Scientific Research under UNCLOS: a Vital Global Resource?", *International Hydrographic Review*, Vol. 7, No. 2 (New Series) August 2006, s.7.

5 L. Caflisch, J. Piccard, "The Legal Regime of Marine Scientific Research and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea", 38 *Hiedelberg Journal of International Law* 868-869 (1978).

6 J. A. Vargas, "U.S. Marine Scientific Research Activities Offshore Mexico: An Evaluation of Mexico's Recent Regulatory Legal Framework", 24 *Denver Journal of International Law and Policy* 15 (1995).

7 F. H.Th. Wegelein, *Marine Scientific Research, The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law*, Publications on Ocean Development, Martinus Nijhoff Publishers Leiden / Boston, Volume 49, 2005, s.2.

araştırmalar için bu rızanın normal durumda verilmesi, *Sözleşme*'de belirtilen belirli özel durumlar dışında makul olmayan bir şekilde geciktirilmemesi ve reddedilmemesi gerekir. Kıyı devletinin rızasının istenmesi ve istek tarihinden itibaren 6 ay içinde cevaplanmaması durumunda bu rızanın örtülü olarak verildiği farz edilir. Bu hüküm, kıyı devletinin uzun bürokratik gecikmelere sebep olan ve ağır külfet getiren düzenlemelerinden kurtulmak amacıyla kabul edilmiştir. İşte bu yazıda ana hatları belirtilen 1982 tarihli *BMDHS* hükümleri çerçevesindeki bu düzen, daha ayrıntılı olarak incelenmiş ve farklı deniz alanlarındaki hukukî statüsü tartışmalı temel noktalar ile birlikte değerlendirilmiştir. Bunlar arasında denizde bilimsel araştırmanın tanımı, denizde bilimsel araştırma serbestisi ile kıyı devletlerinin çıkarlarını korumanın uzlaştırılması, hidrografik ve askeri araştırma faaliyetlerinin başka bir devletin MEB'sinde yürütülüp yürütülemeyeceği, denizde bilimsel araştırma konusunda milletlerarası iş birliğinin nasıl sağlanacağı zikredilebilir.

II. DENİZDE BİLİMSEL ARAŞTIRMANIN TANIMI VE ÖNEMİ

Modern deniz biliminin başlangıcı olarak görülen 1870'lerdeki *Challenger*⁸ gemisinin seferinden bu yana, denizde bilimsel araştırma önemli ölçüde gelişmiştir. Olağan anlamıyla denizde bilimsel araştırma, deniz çevresiyle ilgili temel veya uygulamalı bilimsel araştırmaların herhangi bir biçimi veya deniz çevresine ve süreçlerine ait bilimsel bilgiyi geliştirmek için deniz alanında yapılan faaliyetler⁹ olarak tanımlanabilir. Bununla birlikte, 1982 tarihli *BMDHS* Bölüm XIII, 28 ayrıntılı hükümden¹⁰ oluşmasına, başlığında ve metninde “denizde bilimsel araştırma” terimi kullanılmasına rağmen, *Sözleşme*'nin kendisi bu terimin bir tanımını vermemektedir¹¹ ve araştırmaların yürütülmesine yönelik usuli bir çerçeve de çizilmemiştir.¹² *BMDHS*'nin “denizde bilimsel araştırma” kavramının soyut bir hukuki tanımını içermediğini görerek, daha somut terimler ışığında tanımlamak ve deniz biliminin hangi gerçek alanlarının *Sözleşme*'nin XIII. Bölümü tarafından ele alındığını incelemek uygun gibi görünse de, deniz biliminin ayrı ve farklı dallarının bulunduğu göz önüne alındığında, *Sözleşme*'nin hangi alanları kapsamadığını ve *BMDHS* kapsamında denizde bilimsel araştırmanın olumsuz olarak tanımlanmasının daha kolay olacağını düşünenler de vardır.¹³

8 1872-1876 yılları arasında İngiliz doğa bilimci John Murray ve İskoç doğa bilimci Charles Wyville Thompson'un liderliğindeki *Challenger* seferi, okyanus sıcaklıkları, akıntılar, deniz yaşamı ve deniz tabanının jeolojisi gibi geniş bir yelpazede okyanus özellikleri hakkında bilgi toplamak için düzenlenen ilk gerçek deniz bilimleri seferidir. E. Doussis, “*Marine Scientific Research: Taking Stock and Looking Ahead*”, G. Andreone: Editor, **The Future of the Law of the Sea Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests**, Springer Open, 2017 s.87.

9 **Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention**, General Editor G. K. Walker, Report of the International Law Association American Branch Law of the Sea Committee, Leiden – Boston 2012, s.241.

10 *BMDHS*, m. 238-265.

11 T. Treves, “*Marine Scientific Research*” in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (2nd ed.; Oxford: Oxford University Press, 2013) para 1.

12 N. Oral, “*The Need for A Regional Framework for Marine Scientific Research in the Black Sea and Mediterranean Sea*”, **Marine Genomics** (2014), s.1.

13 P. Gragl, “*Marine Scientific Research*”, **The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume I: The Law of the Sea**, Ed. By: David Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman A Martínez Gutiérrez, 2014, s.403

Bununla birlikte, özellikle Konferans sırasında tanımlama için teklifler yapılmış, ancak bu *Sözleşme*'nin nihai şekline dahil edilmemiştir. *BMDHS* müzakerelerine bakıldığında, *Sözleşme*'de bu kavrama dair bir tanım yapılmamasına neden olan çeşitli yaklaşımlar sergilendiği görülür. Örneğin Kanada, 1972'de Deniz Yatağı Komitesi'nin III. Alt Komitesi'nde şöyle bir genel tanım önermiştir: “Denizde bilimsel araştırma ister temel ister uygulamalı olsun, tüm kaynakları ve canlı organizmaları da içeren deniz çevresi hakkındaki bilgileri arttırmayı amaçlayan herhangi bir çalışmayla ilgili olup; ilgili tüm bilimsel etkinlikleri kapsamına alır.”¹⁴ Ertesi yıl dört Doğu Avrupa devleti “okyanusta bilimsel araştırma” terimini genişletilmiş şekilde açıklamıştır.¹⁵ 1974'te Trinidad Tobago bir taslak tanım önermiştir.¹⁶ Ayrıca, 1974'te, Birleşik Alternatif Metin'de denizde bilimsel araştırma “deniz çevresinde insanın bilgisini arttırma ve barışçıl amaçlarla yürütülen ancak milli yetki alanlarının dışında kalan alanlarla sınırlı olan herhangi bir araştırma ve ilgili deneysel çalışmalar” olarak tanımlanmıştır.¹⁷ Burada denizde bilimsel araştırma yapma serbestisi, kıyı devletlerinin kaynaklarından ekonomik olarak yararlandığı alanlarda yalnızca doğal kaynakların araştırılması veya kullanılmasıyla bağlantılı olmayan araştırmalar için tanınmıştır.¹⁸ Aynı yıl Mısır, farklı bir yaklaşım sergilemiş ve tanımı genişletmiştir.¹⁹ 1975'te dokuz sosyalist devlet şöyle bir öneri yapmıştır: “Denizde bilimsel araştırma”, insanların bilgisini arttırmak ve barışçıl amaçlarla gerçekleştirilmek üzere tasarlanmış deniz çevresindeki herhangi bir araştırma veya ilgili deneysel çalışma anlamına gelir.²⁰ Resmi Olmayan Müzakere Metni'nin III. Kısım 1.

14 A/AC.138/SC.III/L.18 (1972), Canada: Working Paper on Marine Scientific Research, S. Oda, **The International Law of the Ocean Development: Basic Documents**, Volume II, Sijtoff, Leiden 1975, s.416.

15 A/A.138/SC. III/L.31 (1973). Bulgaristan, Polonya, Ukrayna, SSCB, **Ibid.**, s.418. “Seyrüseferin ve denizin diğer kullanim biçimlerinin daha da geliştirilmesi ve aynı zamanda okyanus üzerindeki hava sahasının kullanılması, devletlerin barışçıl faaliyetleri için gerekli olan deniz yatağında ve onun altında, doğrudan sanai işletmeye yönelmeyen, ancak okyanus alanında meydana gelen doğal süreçlerin ve olayların tüm yönleri hakkında bilgi elde etmek için tasarlanan, devletler ile gerçek ve tüzel şahıslar ile milletlerarası teşkilâtların yürüttüğü herhangi bir temel veya uygulamalı araştırma ve ilgili deneysel çalışma”.

16 Art. 1 of Trinidad and Tobago: Draft Articles on Marine Scientific Research, Doc. A/CONF.62/C.3/L.9 (1974), **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)** First and Second Session (New York, 3–15 December 1973 and Caracas, 20 June to 29 August 1974) Volume III: Documents). “a. Denizde bilimsel araştırma, deniz çevresinde herhangi bir çalışma veya araştırma ve bunlarla ilgili deneylerdir; b. denizde bilimsel araştırma, temel bilimsel araştırmalar ile ticari işletme veya askeri kullanıma yönelik yürütülen sanai veya diğer araştırmalar arasındaki açık ya da kesin ayrımı engellemek için böyle bir niteliktedir.”

17 Doc. A/CONF.62/C.3/L.17,1974, Texts on item 13 (Marine scientific research) and item 14 (Development and transfer of technology), **Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea**, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions), s.263.

18 M.H. Nordquist et al. (Eds), **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary** (Martinus Nijhoff, 1991) vol. IV, Part XIII, Section I, para. 238.4, s. 442.

19 “Bilimsel araştırmalar, deniz kirliliği ve diğer normal olmayan durumların azaltılmasına yönelik yöntemlerin teşvik edilmesine katkıda bulunmak kadar deniz çevresinde ve üzerindeki havada doğal olaylarla ilgilenen tüm araştırmalara da katkıda bulunur. Bilimsel araştırmalar, tüm barışçıl olmayan durumlara karşıdır ve deniz kaynaklarının doğrudan istismar edilmesine yönelik faaliyetleri kapsamaz”. Egypt's informal paper, Doc. A/CONF.62/C.3/L.17, 1974, Texts on item 13 (Marine scientific research) and item 14 (Development and transfer of technology), Texts Submitted As Conference Room Papers to the Informal Meetings, **Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea**, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions) s.265.

20 Draft art. 1 of nine Socialist States, 1975, A/CONF.62/C.3/L.26, 1975. **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)**, Volume IV: Third Session (Geneva, 17 March to 9 May 1975), Bulgaria, Byelorussian Soviet Socialist Republic, Czechoslovakia, German Democratic Republic, Hungary, Mongolia, Poland, Ukrainian Soviet

maddesi kısa bir tanım yapmıştır: “Denizde bilimsel araştırma, insanın deniz çevresine ilişkin bilgilerini arttırmak için tasarlanmış herhangi bir araştırma veya ilgili deneysel çalışma” anlamına gelir.²¹ Resmi Olmayan Hukuki Uzmanlar Grubu’nun hazırladığı metnin gözden geçirilmiş 1. maddesi uyarınca ise, “bu Sözleşme için, denizde bilimsel araştırma, insanlığın deniz ortamı ile ilgili kaynakları dahil olmak üzere bilgisini arttırmak için tasarlanmış herhangi bir araştırma veya ilgili deneysel çalışma” anlamına gelir.²² 1977’deki Resmi Olmayan Birleşik Müzakere Metni’nde kavram tanımlanmamış²³, 1978’de ise tanımın yeniden metne koyulması için yeterli destek sağlanamamıştır. Sözleşme’yi yorumlayanlar, “daha sonraki tanımların... Sözleşme amaçları doğrultusunda “denizde bilimsel araştırma” teriminin kullanımına örnek oluşturması açısından yararlı olduğunu en azından, ilgili metinlerin geliştirilmesinin, BMDHS 238. maddede tanınan denizde bilimsel araştırma yapma genel hakkının, farklı denizcilik alanlarıyla ilgili olarak farklı bir içeriğe sahip olabileceğini gösterdiğini” belirtmektedir.²⁴

Başka bir tanım da ileri sürülmüştür: “Denizde bilimsel araştırma, okyanus ve kıyı sularında, barışçıl amaçlarla deniz çevresine dair bilgiyi arttırmak için yürütülen faaliyetleri kapsamaktadır ve şunları içerir: bilimsel bir amaç kadar oşinografi, deniz biyolojisi, jeolojik ve jeofizik bilimsel araştırmalar ile diğer faaliyetler”²⁵. BMDHS’nin terimi tanımlayamadığını kabul eden diğer yorumcular, denizde bilimsel araştırmanın hidrografik ölçümleri içermediğini ve Sözleşme’nin belirlediği alanlarda temel ve keşif ve kullanıma yönelik araştırmalar²⁶ arasında ayırım yaptığını söyler.²⁷ Devletler, askeri araştırmaların yasal olup olmadığı konusunda farklı görüşleri haizdir; açık denizlerin kullanımına ve denizde bilimsel araştırmanın barışçıl amaçlar için yapılmasına dair Sözleşme hükümleri göz önüne alındığında, askeri araştırmaların barışçıl amaçlara aykırı olmadığı sürece yasal olduğu kanaati vardır.²⁸

Terimlerin özensiz olarak kullanılması geçerli kurallar hakkında kafa karışıklığına yol açabileceğinden, BMHDS rejiminin denizde bilimsel araştırma ile ilgili olarak neleri kapsadığının ve ilgili kişilerin haklarının ve yükümlülüklerinin kapsamının tam olarak belirlenmesi ihtiyacı bu konuda hukuki bir çalışma yapılmasını gerektirmektedir. Yine de “denizde bilimsel araştırma”

Socialist Republic and Union of Soviet Socialist Republics: Draft Arts. on Marine Scientific Research, arts. 1 and 2, s.213.

21 Draft art. 1, *Informal Single Negotiating Text*, Part III (1975), A/CONF.62/WP.8/Part III, *Ibid.*, s.177.

22 **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)**, Volume IV, 238.7, s.447.

23 Doc. A/CONF.62/WP.10 **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)**, Volume VIII: *Informal Composite Negotiating Text*, 15 July 1977.

24 M.H. Nordquist et al. (Eds.), **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary** (Martinus Nijhoff, 1991) vol. IV, para.238.10, s.448.

25 **The Commander’s Handbook on the Law of Naval Operations**, NWP 1–14M, July 2007, 2.6.2.1, s.2-9.

26 Açıklama için bkz: *infra.*, II.

27 R. R. Churchill and A.V. Lowe, **The Law of the Sea**, Third Edition, Manchester University Press 1999, s.405.

28 *Ibid.*, s.411. A. J. Roach & R. W. Smith, **Excessive Maritime Claims**, Third Edition, Leiden-Boston 2012, para.1.2–15.1.1. Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’ye göre MEB’de denizde bilimsel araştırma yapmak için kıyı devletinin onayını almak zorunda olunmasına rağmen, kıyı devleti, karasularının ötesinde yürütülen hidrografik araştırmaları veya askeri araştırmaları düzenleyemez, ayrıca bu tür faaliyetlerin kıyı devletine bildirilmesi de gerekmez. NWP 1–14M, July 2007, 2.6.2.2, s.2-9.

teriminin yetkin bir hukuki tanımı olmadığı için doktrindeki tanımlara atıfta bulunulmaktadır. Alfred Soons, belirli ticari amaçlar için uygulanan bilimsel araştırma faaliyetlerinin denizde bilimsel araştırma olarak nitelendirilebileceği ve bu nedenle de Bölüm XIII'e tâbi olabileceği görüşünü benimser. Topsoy ise, tarihsel süreç, devletlerce yapılan güncel tanımlar ile BMDHS'nin 240 ve 246. maddelerini birlikte değerlendirerek denizde bilimsel araştırmayı, “*münhasıran barışçıl amaçlar ve bütün insanlığın faydasına yönelik olmak üzere, deniz çevresinde meydana gelen olayların niteliği, süreci ve bunlar arasındaki ilişkilerin incelenmesi, verilerin sistematik bir şekilde toplanması, yorumlanması ve bilimsel sonuçlara ulaşılması amacıyla yapılan temel ve uygulamalı araştırma ile ilgili deneysel faaliyet*” olarak tanımlamanın mümkün olduğunu belirtir.²⁹

Deniz bilimsel araştırma kavramı genellikle iki çeşit araştırmayı, temel (*pure-fundamental scientific research*) ve keşif ve kullanıma yönelik (*applied – resource-oriented research*) araştırmaları kapsamına alır.³⁰ Bu ayrım, 1958 tarihli *Kıta Sahaneliğine Dair Cenevre Sözleşmesi*'nin³¹ m.5/1'e dayanmaktadır.³²

Sözleşme'de denizde bilimsel araştırmanın tanımının bulunmamasının bir nedeni, katılımcılar arasındaki *temel ve keşif ve kullanıma yönelik* araştırmalar arasındaki ayrıma dair çelişkili durum olarak görülmüştür. Üçüncü Komite görünüşte çelişen iki algının-, *bilimsel araştırma serbestisi ve kıyı devletinin genişletilmiş yetkisi* – dengelenmesinde, birbiriyle bağlantılı bir dizi meselede çatışan durumlarla karşı karşıya kalmıştır. Bunların en önemlisi, *temel ve keşif ve kullanıma yönelik* araştırma arasındaki ayrımla ilgilidir.³³ *Birincisi* insanoğlunun deniz çevresi hakkında bilgisini arttırmayı amaçlayan bilimsel araştırmaya atıfta bulunurken, *ikincisi*, belirli uygulama amaçlarına yönelik, örneğin ticari amaçlarla yapılan araştırmalarla ilgilidir.³⁴ Denizde bilimsel araştırma, bilimsel amaçlarla veri elde etmeyi amaçlamakla birlikte, *keşif ve kullanıma yönelik* araştırma, kaynakların ortaya çıkarılmasında muhtemelen önem taşıyan doğal alanların konumlandırılması amacıyla veri toplamayı amaçlamaktadır. Aralarındaki temel fark, veri toplama faaliyetinin *amacında* yatar. Hazırlık çalışmalarına bakıldığında *temel ve keşif ve kullanıma yönelik* araştırmayı açıkça ayırt etmekte yaşanan zorluk, bu hususta en çok tartışılan konu olmuştur.³⁵ Uygulamada yaşanan zorluğun nedeni, araştırmada kullanılan tekniklerin bazen aynı olabilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu ayrımı savunanlar, tüm devletlerin MEB'de ve kıta sahanlığında bilimsel araştırma yapma hakkına sahip olmalarına rağmen, yine de ilgili kıyı devletinin önceden onayını

29 F. Topsoy, “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) Bağlamında Denize İlişkin Bilimsel Araştırma (MSR) Kavramı ve Hukuki Statüsü”, *Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 2010, 2 (1), s.94.

30 L. Caflisch, J. Piccard, *op. cit.*, 848-853, A.H.A. Soons, *Marine Scientific Research and the Law of the Sea*, The Hague, 1982, s.6-7.

31 499 UNTS 311.

32 Ayrıntı için bkz: *infra.*, III.A.1.

33 M.H. Nordquist et al. (Eds), *United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary* (Martinus Nijhoff, 1991) Vol. IV, s. 433.

34 *Ibid.*, s. 433.

35 United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, *Marine Scientific Research, A Revised Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of UNCLOS*. New York, 2010, s.3.

almakla yükümlü olduklarını savunarak yaklaşımlarını desteklemişlerdir. Özellikle gelişmekte olan devletler bu ayrımı eleştirmiş ve *denizde temel bilimsel araştırmanın* bile ticari veya askeri olarak uygulanabilecek bazı öngörülemeyen doğrudan veya dolaylı sonuçları olabileceğini iddia etmiştir.³⁶

Kıyı devletinin yetki alanının, MEB'deki doğal kaynaklarla ilgili olmayan veya bilimsel amaçla yapılmayan deniz çevresi ile ilgili verilerin hidrografik ölçümü ve toplanması gibi faaliyetlere uzanıp uzanmadığı konusunda da farklı görüşler vardır.³⁷

BMDHS, denizde bilimsel araştırma için açık bir rejim kurmuşken, hidrografik ölçüm hususunda özel bir hüküm içermez. Milletlerarası Hidrografi Sözlüğü ilgili faaliyeti şöyle tanımlar: Böyle bir ölçümün asıl amacı su kütlesi ile ilgili verilerin belirlenmesidir. Bir hidrografik ölçüm, aşağıdaki veri sınıflarının bir veya birkaçının belirlenmesinden oluşabilir: *su derinliği; deniz dibinin düzenlenmesi ve doğası, yönlendirme ve alt yapısı; akımlar ve akımların kuvveti, gelgitler ve su seviyesinin yükseklik ve zamanları; topografik özelliklerin ve araştırma ve seyir amaçlı sabit nesnelere yeri.*

Bazı kıyı devletleri, MEB'lerinde diğer devletler tarafından yürütülen hidrografik ölçümü onaya tabi kılmışken, bazıları hidrografik ölçümlerin MEB'de serbestçe yürütülebileceğini kabul eder. ABD, askeri ve hidrografik ölçümü, açık denizlerin barışçıl amaçlı kullanımı çerçevesinde bir açık deniz serbestisi olarak değerlendirmektedir.³⁸ ABD, MEB'de denizde bilimsel araştırma yapmak için kıyı devletinin rızasının alınması zorunlu iken, kıyı devletinin karasuları dışında yürütülen hidrografik ölçüm veya askeri araştırmaları düzenleyemeyeceğini ve bu tür faaliyetlerin bildirilmesinin gerekmediğini iddia etmektedir. Benzer şekilde, Birleşik Krallık, askeri veri toplanması olarak adlandırdığı faaliyeti MEB'de mevcut olan temel deniz serbestisi olarak kabul etmektedir.³⁹ Ancak Çin, Bangladeş, Malezya, Hindistan ve Pakistan da dahil olmak üzere bazı kıyı devletleri, diğer devletlerin kendilerinin rızası olmadan MEB'de askeri tatbikatlar veya manevralar gerçekleştiremeyeceğini, yine hidrografik ölçümlerin MEB'lerinde sadece onayları ile gerçekleştirilebileceğini iddia etmiştir. Bu devletlerin endişesi, kendileri tarafından davet edilmeksizin gerçekleştirilen askeri faaliyetlerin milli güvenliklerini tehdit edebileceği ya da kaynakları üzerindeki egemenliklerini zayıflatabileceğidir.⁴⁰

Denizde bilimsel araştırma yolu ile elde edilen bilgilerin, bilim ve tıbbın yanı sıra uygulamalı bilimler ve teknoloji için de etkileri vardır. Teknolojik ilerlemeler arttıkça, denizlerin tüm

36 LC Caflisch and J Piccard, *op.cit.*, s.848, 850.

37 Daha geniş tartışma için bkz: S. Bateman, "Hydrographic Surveying in the EEZ: Differences and Overlaps with Marine Scientific Research", *Marine Policy*, 29 (2005), s. 163-174.

38 Council for Security Cooperation in the Asia Pacific (CSCAP), *The Practice of the Law of the Sea in the Asia Pacific*, CSCAP Memorandum No.6, December 2002 (www.cscap.org) dn. 3, s.3.

39 Email dated 21 Nov 2003 from Mr. Chris Carleton, Head, Law of the Sea Division, United Kingdom Hydrographic Office. S. Bateman, "Prospective Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone", 144 *Maritime Studies*, 2005, s.18. The Australian Association for Maritime Affairs. <http://ro.uow.edu.au/lawpapers/247>. (31.07.2018)

40 *Ibid.*, s.19.

insanlar için korunmasına duyulan ihtiyaç da artar. Denizde bilimsel araştırmanın önemi küçümsenmemelidir. Öncelikli olarak stoklar ve madenler bu yolla keşfedilmekte ve denetim altına alınmaktadır ve böylelikle de devletlerin ekonomik kalkınması etkilenmektedir. Bu nedenle denizde bilimsel araştırma konusu önemli bir husustur. Son yıllarda deniz çevresine yönelik artan talepler, kaçınılmaz olarak deniz ve maden kaynakları üzerinde denetimsiz askeri faaliyetlerin yapılması kadar bunların kirlenmeden ve bilinçsizce tüketilmeden korunması ve varlığını sürdürmesi hususunun da dikkate alınması doğrultusunda acil bir ihtiyaç doğurmuştur. Bu nedenle denizde bilimsel araştırmanın kapsamlı olarak düzenlenmesine gerek vardır.

Denizde bilimsel araştırma kavramı, yakın geçmişte, üzerinde anlaşmaya varılan sınır ötesi kaynakların işletilmesinin devamına yönelik bir kılıf olarak kötüye kullanılmıştır. Milli ya da milletlerarası kotalarla sınırlandırılmış bazı devletler, özellikle deniz koruma alanı olarak belirlenmiş olan alanlarda, arzulanan işletme düzeyine ulaşamayabilir. Bu devletler, “*araştırma programı*” kapsamında kendi kotalarının eşiğini yükseltmeye çalışabilirler. Örneğin Japonya tarafından “*bilimsel balina avlama programı*”nda böyle bir yaklaşım izlenmiştir. Japonya'nın, güney mavi yüzgeçli orkinos kaynaklarının kota sınırlarını aşan işletme girişimleri mevcuttur.⁴¹ Benzer uygulamalar, casusluk ve istihbarat görevleriyle veya ekonomik kazançla ilgili olarak “*askeri faaliyet*” hususundaki kısıtlamaları atlatmak isteyen devletler tarafından da yapılmıştır. 1968'de Kuzey Kore'de *Pueblo* olayı⁴², 1970'lerde “*Derin Deniz Madenciligi Projesi*” kapsamında *Glomar Explorer* olayı⁴³, ABD'nin araştırma faaliyeti adı altında gizli istihbarat faaliyeti yürütmeye çalıştığını göstermiştir.

Denizde bilimsel araştırma çeşitli amaçlarla yapılabilir. Denizlerin güvenli ve ekonomik kullanımı, deniz kaynaklarının muhafazası, doğru, uygun ve yeterli bilimsel araştırmaya bağlıdır. Teknolojik gelişmeler, denizlerin bütün insanlık için korunması ihtiyacını arttırmıştır. Örneğin belirli bir balık stokunun aşırı avlanmaya neden olmayacak düzeyde yakalanması, yalnızca söz konusu stok miktarının ve yenilenmesinin düzenli olarak izlenmesi ile başarılabilir. Kıyı açığındaki petrolün işletilmesi, petrol sahasının yerinin belirlenmesi için coğrafi araştırma yapılarak sağlanabilir. Dalgalara, akıntılara, deniz yatağına ve hava durumuna ilişkin çalışmalar seyrüseferin daha güvenli yapılmasına yardımcı olur. Ayrıca, öncelikle hangi maddenin denizde veya orada yaşayan organizmalar üzerinde ne çeşit zarara yol açabileceğini meydana çıkarmak ve ikinci olarak kirlenmenin azaltılması ve ortadan kaldırılabilmesi için yollar bulmak gibi deniz çevresinin muhafazası hususu da bilimsel araştırmaya bağlıdır. Yine denizin askerî kullanımı

41 Southern Bluefin Tuna Cases, (New Zealand v. Japan), Order of 3 August 1999, **ITLOS Reports** 1999, p.262; Southern Bluefin Tuna (Australia v. Japan), Order of 3 August 1999, **ITLOS Reports** 1999, p.268; Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan), Order of 16 August 1999, **ITLOS Reports** 1999, p.274.

42 *USS Pueblo*, Amerika Birleşik Devletleri'ne ait istihbarat gemisidir. 23 Ocak 1968 günü *Pueblo Olayı* olarak da bilinen bir operasyonla Kore Demokratik Halk Cumhuriyeti deniz kuvvetleri tarafından ele geçirilmiştir. Detaylı bilgi için bkz: Stephen B. Finch Jr., “*Pueblo and Mayaguez: A Legal Analysis*”, 9 **Case Western Reserve Journal of International Law** 79 (1977).

43 Bu faaliyetin bir yönü, 1968'de deniz tabanında batan bir Sovyet nükleer denizaltısının çıkartılması için bahane olarak kullanılan manganiz nodüllerinin araştırılması olmuştur. James C. F. Wang, **Handbook on Ocean Politics & Law**, Westport, CT: Greenwood Press, 1992, s.420. W. L. Sullivan, “*The Impact of UNCLOS III On Marine Scientific Research*”, 10 **OCEANS** '78, Washington, DC, USA, s.404.

az veya çok doğrudan bilimsel araştırma ile bağlantılıdır. Meselâ denizaltıların tespit edilmesi kabiliyetini geliştirmek gibi. Son olarak bilimsel araştırma, bize yeryüzü hakkında daha fazla bilgi edinme imkânı verir. Örneğin yerküre kabuğunun birkaç büyük hareketli levhadan oluştuğu teorisi, büyük ölçüde deniz tabanı araştırmaları ile yönlendirilmiştir. Kısaca deniz bilimi, yoksulluğun ortadan kaldırılması, gıda güvenliğinin sağlanması, insan ekonomik faaliyetlerinin desteklenmesi, deniz yaşamı kaynaklarının ve çevrenin korunması ve doğal afetlerin tahmin edilmesine yardımcı olmak için önemli bir katkı sağlayabilir.

III. DENİZDE BİLİMSEL ARAŞTIRMAYI YÖNETME KOŞULLARI

20. yy'ın ortalarına kadar denizde bilimsel araştırmanın hukuken denetim altına alınmasına gerek görülmemiştir. Bu durum, genel olarak bir yandan denizde bilimsel araştırmanın kısmen hükümetlerin denetiminden bağımsız olması ve bir yandan da devletler arasında yalın ve sınırlı uygulaması hususundaki baskın olan görüşle açıklanmıştır.

II. *Dünya Savaşı*'ndan III. *Deniz Hukuku Konferansı*'nın başlamasına kadar geçen sürede yeni bağımsızlık kazanan gelişmekte olan ülkelerin sayısı kadar, kıta sahanlığının maden kaynaklarının yeni kullanım şekillerinden kaynaklanan meseleler ile kirlenme ve balıkçılığa dair hem bilimsel araştırma hem de denizlere yönelik sözleşmelerin sayısı da önemli şekilde artmıştır. Milletlerarası deniz hukuku ile ilgili bilimsel araştırma kuralları, araştırmanın yürütüldüğü deniz alanlarının hukuki durumuna göre değişmiştir ve değişecektir. Bu çerçevede de öncelikle 1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*, sonrasında ise daha geniş kapsamlı olarak 1982 tarihli *Deniz Hukuku Sözleşmesi* milletlerarası toplumun konuya dair denetim icrasının temelini oluşturmuştur.⁴⁴

A. 1958 TARİHLİ CENEVRE SÖZLEŞMELERİ'NDEKİ DÜZENLEME

I. Açık Denizler

Denizde bilimsel araştırma, 1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*'nden *Açık Denizler Sözleşmesi*'nin⁴⁵ 2. maddesinde sıralanan serbestiler arasında yer almamakla beraber, genel olarak bir açık deniz serbestisi olarak kabul edilmiştir. Bu sıralamanın tüketici olmadığı açıkça belirtilmese de söz konusu maddeye dair yorumlarında Milletlerarası Hukuk Komisyonu, maddede bahsi geçmeyen serbestilerden biri olarak denizde bilimsel araştırmayı örnek olarak göstermiştir.⁴⁶ Ayrıca geçen yüzyılda bilimsel araştırma, açık denizlerde pek çok devletin gemilerince herhangi bir itiraza maruz kalınmaksızın yürütülmüştür.

44 W.L. Chang – P. Chanho, “*Joint Marine Scientific Research in Intermediate/Provisional Zones between Korea and Japan*”, The 7th Conference of Science Council of Asia Conference Workshop D: Security of Ocean in Asia, Okinawa, Japan, June 14-16, 2007.

45 450 UNTS 82.

46 *Yearbook of the International Law Commission*, 1956, vol. II, *Articles concerning the Law of the Sea with Commentaries*, *Freedom of The High Seas*, article 27, s.278.

2. İç sular ve Karasuları

1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*'nde denizde bilimsel araştırmalara ilişkin sınırlamalar, karasularında ve kıta sahanlığında yürütülen araştırmalara ilişkindir. Karasuları, kıyı devletinin egemenlik alanındadır ve üçüncü devletlerin bu sulara kullanabileceği hak, zararsız geçiş hakkıdır. Bu itibarla karasularında bilimsel araştırma, kıyı devleti rıza gösterirse ve onun belirlediği koşullara tâbi olarak yapılabilir. Burada bir istisna, geminin karasularından geçiş esnasında “geçiş amacıyla geçmek” ile bağdaşmayacak bir şekilde araştırma faaliyeti yürütmesidir. Ancak bu konu tartışmalıdır ve tartışılan, gemiyi “geçiş” durumundan çıkaran araştırma şeklinin ne olabileceği hususundadır. Gemi zararsız geçiş sırasında araştırma yapsa bile, 1958 tarihli *Karasuları ve Bitişik Bölge Sözleşmesi*⁴⁷ m.17 uyarınca kıyı devleti bu araştırmanın koşullarını düzenleme yetkisini haiz olacaktır. *Cenevre Sözleşmeleri* iç sular hakkında bir şey söylememekle beraber, bu suların örf ve âdet hukukundaki statüsünden hareketle araştırma, ancak kıyı devletinin rızası ile yapılabilir.

3. Kıta Sahaneliği

1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*'nden biri olan *Kıta Sahaneliği Sözleşmesi* m.5 uyarınca kıyı devletinin bu alandaki doğal kaynakları araştırma ve işletme yetkisi çerçevesinde kamuya açık yayınlanma amacı ile yürütülen denizle ilgili ve diğer bilimsel deniz araştırmalarına müdahale etmemesi gerekir. Bu geniş kapsamlı ilke, m. 5/8'de titizlikle şu şekilde nitelendirilmiştir:

“Kıta sahanlığı ile ilgili ve orada yürütülen herhangi bir araştırma için kıyı devletinin rızası alınacaktır. Buna rağmen kıyı devleti kıta sahanlığının fiziki ve biyolojik özelliklerini tamamıyla bilimsel şekilde araştırma amacıyla ehliyetli bir kurumun yaptığı bir talep için normal olarak rızasını esirgemeyecektir; şu şartla ki kıyı devleti eğer isterse araştırmaya katılma veya orada temsil edilme hakkına sahip olacak ve her halükârda neticeler ilân edilecektir.”

Sonuçta, kıta sahanlığındaki hem temel hem de keşif ve kullanıma yönelik bilimsel araştırma kıyı devletinin rızasının alınmasını gerektirir. Rıza, katılım ve yayınlama gibi çeşitli koşullara riayet edilirse normal olarak verilecektir. M. 5/8'deki amaç makul şekilde açık iken, hazırlık çalışmalarındaki ayrıntılar⁴⁸ birçok zorluğa neden olmuştur. Örneğin, “kıta sahanlığı ile ilgili ve orada yürütülen araştırma” ifadesi hususunda iki çeşit yorum yapılabilir: Birincisi, rızanın, araştırma sadece kıta sahanlığına ilişkin ise ve fiziken kıta sahanlığı üzerinde yürütülüyorsa gerekli olduğu şeklindeki yorumdur. Diğerisi ise rızanın ister deniz yatağında isterse bitişik sularda yürütülsün kıta sahanlığıyla ilgili olsun olmasın deniz yatağında yürütülen araştırmalar için gerekli olduğu yönündeki yorumdur. *Sözleşme*'nin hazırlık çalışmalarına baktığımızda hangi yorumun doğru olduğu hususunda çok az yol gösterici olduğu görülür. Taraf devletlerin uygulaması kesin olmasa bile ikinci yorumu destekler gözükmektedir. Hangi yorum biçimi uygun olsa dahi, kıta sahanlığına ilişkin olmayan bitişik sulardaki araştırma için rıza gerekmeyeceği

47 516 UNTS 2205.

48 A.H.A. Soons, *op.cit.*, s.66-82.

açıktır; bu araştırma, açık deniz serbestilerine girer ve m.5/1'de belirtilen kıyı devletine yönelik *haksız bir müdahaleye yol açmama* yasağına tâbi tutulamaz.

5'inci maddenin ikinci cümlesindeki ifade de yorum açısından zorluklara yol açar. *Temel ve keşif ve kullanıma yönelik araştırma* ayırımını uygulamada yapabilmek kolay olmayabilir. Bilimsel amaçlı olarak başlayabilen ve bu maksatla yapılabilen bir araştırma, yürütülür ve sonuçları değerlendirilirken, önemli pratik anlamlara sahip olabilir. Ayrıca maddede bilimsel amaçlı araştırma için verilecek rızanın normal koşullarına dair herhangi bir yol gösterilmemiştir. Bunun yanı sıra başka sorunlar da vardır. “*Ehliyetli kurum*” nedir? Bir projenin hangi safhasında kıyı devleti katılabilir ve ayrılabilir? *Kıta Sahanlığı Sözleşmesi*'nde kıta sahanlığının dış sınırına dair tanımlamanın kesin olmaması, kıta sahanlığına dair denizde bilimsel araştırmaya dair birtakım belirsizlikleri beraberinde getirmektedir.

4. Múnhasır Balıkçılık Bölgesi

200 millik MEB'nin, bütün okyanusların %35 ile 36'sına karşılık geldiği belirtilmektedir. Günümüz milletlerarası yazılı hukukunun bir parçası olmasa da bazı devletlerin MEB yerine múnhasır bir balıkçılık bölgesi (MBB) uygulamayı tercih ettikleri görülmektedir. Bu uygulama, ilân eden kıyı devletinin anlayışına kalmakla beraber, uygulamanın sınırı, genel olarak milletlerarası hukuka tâbi olmasıdır. Bu bölgeler, devletlerin tek taraflı ilânlarıyla, iki veya çok taraflı birtakım andlaşmalar ile varlığını sürdürmektedir.⁴⁹ MEB'yi savunan yedi önde gelen devlet, ABD, Fransa, Endonezya, Yeni Zelanda, Avustralya, Rusya ve Japonya'dır. MEB'den yararlananların temel olarak gelişmiş devletler olması ilginçtir. Daha önce MBB talep etmiş olan devletlerin çoğu⁵⁰, bu bölgeyi MEB ile değiştirmiş olsa da MBB, bazı devletlerde hâlâ varlığını sürdürmektedir.⁵¹ Bir MBB talep eden tüm devletlerin, 1982 tarihli BMDHS'ne taraf olduklarını göz önüne alırsak, MEB'nin balıkçılıkla ilgili hükümlerinin MBB'ye uygulanabilir olduğu da iddia edilebilir.⁵²

MBB kavramının gelişmesinden itibaren bölgeyi ileri süren devletlerin büyük bir çoğunluğu, yapılan bilimsel araştırma bölgede balık avlanmasını da ilgilendirmekteyse, balık alanlarının araştırılmasını düzenleme yetkisine de sahip olmak istemiştir. Bu isteklerin protesto edilmemesinin, denizde bilimsel araştırmaya dair söz konusu sınırlamayı örf ve âdet kuralı haline getirdiğine işaret ettiği ileri sürülmektedir.⁵³ Doktrinde böyle bir yetkinin mümkün olup

49 A. Çamyamaç, **Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Bakımdan Elverişsiz Konumda Bulunan Devletlerin Hukukî Durumu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 400.

50 Cezayir, Belçika, Hırvatistan, Finlandiya, Gambiya, Libya, Malta, Norveç, Papua Yeni Gine, İspanya, Tunus ve Birleşik Krallık. İrlanda, 2006 yılında bir MEB ile aynı zamanda bir MBB ve bir Kirlilik Müdahale Bölgesi ilan etmiştir. Department of Foreign Affairs and Trade, Ireland, www.dfa.ie/home/index.aspx?id=365. MBB detaylı inceleme için bkz: S. Kvinikhidze, “*Contemporary Exclusive Fishery Zones or Why Some States Still Claim an EFZ*”, **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol.23, 2008, s. 271–295.

51 Bu devletler: Cezayir, Danimarka, Gambiya, Malta, Papua Yeni Gine ve İspanya.

52 Y. Tanaka, **The International Law of the Sea**, 2nd Edition, Cambridge University Press 2015, s.129.

53 R. J. Dupuy, D. Vignes, **A Handbook on the New Law of the Sea**, Vol.2, Part IV, Ch.19,1991, Martinus Nijhoff Publishers, s.1059.

olmayacağı daha önce tartışılmış olsa da *III. Deniz Hukuku Konferansı* öncesinde hiçbir devlet, MBB'deki balık alanlarına ilişkin araştırmaları düzenleme yetkisi konusunda herhangi bir talepte bulunmamıştır.⁵⁴

MBB'de araştırmaya yönelik denetimler ve *Kıta Sahaneliği Sözleşmesi* m.5/8 uyarınca istenen kıyı devletinin rızası, uygulamada denizde bilimsel araştırmaya dair kesin bir sınırlandırma teşkil eder. 1972 ve 1978 yılları arasında Amerikan gemilerince başka devletlere ait deniz alanları içinde araştırma yapma konusundaki taleplere dair bir çalışma⁵⁵, bu taleplerin %7'sinin, yaklaşık yarısı sebep gösterilmeksizin olmak üzere ilgili kıyı devletince reddedildiğini, %21'nin ise, gereğinden uzun süre geciktirilmiş olduğunu göstermiştir.

B. 1982 TARİHLİ DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ'NDEKİ DÜZENLEME

Denizde bilimsel araştırma kavramı, 1982 tarihli *BMDHS*'de en fazla yer verilen ve hakkında kapsamlı hükümler içerilen bir kavramdır. Söz konusu hükümler, *Sözleşme*'nin XIII. Bölümü'nde bulunur ve bu Bölüm, *deniz çevresinin incelenmesini ve milletlerarası iş birliğini* teşvik etmek amacıyla tüm araştırma faaliyetlerinin yürütüleceği yasal çerçeveyi ayrıntılı olarak açıklamak üzere tasarlanmıştır.⁵⁶ Mahkeme kararlarında, esas itibarıyla *BMDHS*'nin XIII. Bölümü'nde yer alan denizde bilimsel araştırmaya ilişkin hükümlerin milletlerarası örf ve âdet hukuku statüsü kazandığına dair atıfta bulunmaz.⁵⁷ ABD, *BMDHS* madde 21 (1) (g)'de yer alan karasularında bilimsel araştırmayı düzenleme hakkının milletlerarası örf ve âdet olduğu görüşünü dile getirmiştir.⁵⁸ Churchill ve Lowe'ye göre MEB ve kıta sahanlığı araştırmaları için kıyı devletinin rızası ilkesi artık milletlerarası örf ve âdet hukukunun bir parçasıdır. Bununla birlikte, devlet uygulamasının azlığı nedeniyle ve örf ve âdet hukukunun ortaya çıkması için gerekli özelliklere sahip olmaması nedeniyle *Sözleşme* rejiminin, ihbar süresi ve örtülü rıza durumu gibi pek çok ayrıntısı şu anda milletlerarası örf ve âdet hukuku haline gelememiştir ve muhtemelen de gelemeyecektir.⁵⁹

1982 *BMDHS*, bilimsel araştırmalara 28 maddeden oluşan bir bölümün tamamını ayırarak bir bakıma önceki haksızlığı telafi etmiştir. Burada genel ilkeler, milletlerarası iş birliği, karasuları, MEB ve kıta sahanlığında bilimsel araştırma faaliyetlerine ilişkin özel kurallar, bilimsel araştırma tesis ve teçhizatının hukukî statüsü, araştırmacı ve kıyı devletlerinin yükümlülük ve sorumlulukları ile çıkan uyuşmazlıkların çözümü gibi konular düzenlenmektedir. *Sözleşme* kapsamında devletler ve yetkili milletlerarası teşkilâtlar, barışçıl amaçlarla⁶⁰ milletlerarası iş birliğini desteklemek

54 R.R. Churchill and A.V. Lowe, **op. cit.**, s. 403.

55 W.S. Wooster, "Research in Troubled Waters US Research Vessel Clearance Experience, 1972-78", 9 **Ocean Development and International Law (ODIL)** 219-39(1981).

56 21 **I.L.M.** 1261(1982), Part XIII, m. 238-265.

57 J. A. Roach, "Today's Customary International Law of the Sea", 45 **ODIL** 251 (2014).

58 **Digest of U.S. Practice in International Law 1989-1990**, s. 478.

59 R.R. Churchill and A.V. Lowe, **op. cit.**, s.409.

60 1982 tarihli *BMDHS*, m.242, para.1.

ve bu projelerle ilgili tüm bilgileri bilinir ve sonuçları elde edilebilir kılmak⁶¹ şartıyla denizde bilimsel araştırma yapabilir. Denizde bilimsel araştırma ihtiyacına dair rejimi oldukça kapsamlı bir şekilde düzenleyen *Sözleşme*, mevcut hükümlerini, küresel, bölgesel ve alt bölgesel düzeydeki çeşitli sözleşmelerde bulunan hükümlerle tamamlamıştır.

1982 tarihli *BMDHS* müzakerelerine katılan devletlerin çıkarları kaçınılmaz olarak çatışmıştır. Denizde bilimsel araştırmanın kapsamı, içeriği konusunda serbestlikten yana olan devletler ile müdahaleden yana olanlar arasında bir tartışma yaşanmıştır. Kıyı devletleri ise kıta sahanlığı veya MEB içindeki haklarını korumak veya genişletmekten yana tavır sergilemişlerdir. *Sözleşme*'de yer alan denizde bilimsel araştırma düzenlemesinin ardındaki fikir, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki düşünce farkıyla daha da karmaşık hale gelmiştir. *III. Deniz Hukuku Konferansı*'nda, denizde bilimsel araştırmayı yönetmek üzere Cenevre Konferansı'nda ileri sürülen taleplerden daha güçlü taleplerle karşılaşmıştır. Bu talepler, daha çok gelişmekte olan devletlerce yapılmıştır⁶² ve iki temel etmenden kaynaklanır.

Öncelikle, bu devletler, 200 mil MEB'nin ortaya çıkmasıyla kıyılarının açığındaki doğal kaynakların işletilmesi hakkından, bu sulardaki kaynakların işletilmesine yönelik olarak yapılacak araştırmaları denetimleri altına alamadıkları sürece tam olarak yararlanamayacaklarına inanmışlardır.⁶³ Çoğu sömürge olan gelişmekte olan devletler, bağımsızlıklarını kazandıklarında daha önce açık deniz olan alanlarda denetim uygulamak ve hali hazırda yapılanlar için verilen izinleri reddetmek hakkı da dahil denizde bilimsel araştırmayı düzenlemenin yollarını aramışlardır. Bazı Lâtin Amerika devletleri, bu tür iddialarını deniz bölgelerine dair yeni iddiaların bir parçası olarak ileri sürdüler.⁶⁴ *İkinci etmen*, bazı gelişmekte olan ülkelerin, özellikle büyük askerî güçlere ait olan araştırma gemilerinin casusluk için kullanıldığına dair şüphesidir.⁶⁵ Bu şüphenin nedeni, daha önce değindiğimiz *Pueblo*'nun ve *Glomar Explorer*'in⁶⁶, karasuları içinde casusluk yapmasıdır.

Denizde bilimsel araştırma yapanlar ise, kıyı devletlerinin denizde araştırmaya daha fazla denetim yapmak istemesine karşı çıkmıştır. Mevcut denetimlerin – 1958 tarihli *Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesi ve MBB'nin gelişmesiyle* – yeteri kadar biktırıcı olduğu, daha fazla denetimin hali hazırda araştırma projelerine izin verilmesini zorlaştıracığı, istenmeyen şartlar aranmasına ve bürokratik gecikmelere yol açacağı düşünülerek endişe duyulmuştur. Denizde bilimsel araştırmanın, bütün insanlığın yararına olduğu, yapılan çalışmaların insanlarca konulan engeller ile sınırlandırılması tartışılmıştır. Bilim adamlarının taşıdığı bu endişeler, 1982 tarihli *BMDHS*'de denizde bilimsel araştırmadan baskın şekilde sorumlu olan gelişmiş devletlerce

61 1982 tarihli *BMDHS*, m.244, para.1.

62 K. Freeman, "Legal Aspects of Marine Scientific Research (MSR) and Part XIII of the UN, Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)", ABLOS Conference – Monaco – 10-12 October 2005, s.4.

63 P. Birnie, "Law of The Sea and Ocean Resources: Implications for Marine Scientific Research", 10 **The International Journal Of Marine And Coastal Law** 233-234 (1995).

64 A. L. Hollick, "The Origins of the 200 Mile Offshore Zones", American Journal of International Law (AJIL) 494-500 (1977).

65 J. C. F. Wang, **Handbook on Ocean Politics & Law**, Greenwood Publishing Group, 1992, s.420.

66 **Supra.**, dn.8.

sürdürülmüştür. Ancak, *III. Deniz Hukuku Konferansı*'nda, gelişmekte olan ülkelerin denizde bilimsel araştırma üzerinde daha fazla denetim istemeleri, *Cenevre Sözleşmeleri*'nde kabul edilen duruma göre daha dar, ama bir ölçüde daha kesin olarak büyük ölçüde karşılanmıştır. Denetime tâbi başlıca alanlar, MEB ve kıta sahanlığıdır. Fakat 1982 tarihli *BMDHS*, *Cenevre Sözleşmeleri*'nde diğer deniz alanlarında kabul edilen durumda da değişiklik yapmıştır.

Bununla birlikte, *Sözleşme*'yi müzakere eden devletler, denizde bilimsel araştırmayı düzenlemeye yönelik temel yaklaşım hakkında büyük oranda hemfikir olmuşlardır. *Sözleşme* öncesinde yapılan görüşmelerden XIII. Bölüm hükümlerinde görülen bazı önemli ilkeler ortaya çıkmıştır. Bunlar, denizlerin tüm insanlığın yararına korunması, kaynakların işletilmesinin denetimine yoğunlaşma; bütünlük kirlenme denetimi vasıtasıyla denizlerin gelecek nesiller için korunması zorunluluğu ile denizlerin doğal kaynaklarını denetim altına almak amacıyla "*ihtiyatlılık ilkesi*" gibi.

1. Açık Denizler

Denizde bilimsel araştırmadan, özellikle açık deniz serbestisi olarak bahsedilir (1982 tarihli *BMDHS*, m.87). Cenevre rejimi ile mukayese edilirse, 1982 tarihli *BMDHS*'nde kıta sahanlığının ötesindeki açık deniz alanlarının deniz yatağı ve toprak altı, artık milletlerarası deniz yatağı alanıdır. Bu alan, münhasıran barışçıl amaçlarla ve tüm insanlığın yararına yürütülmek şartıyla bütün devletlerin bilimsel araştırmalarına açıktır (1982 tarihli *BMDHS*, m.143/1). Bu maddenin 3'üncü fıkrası uyarınca ise, bilimsel araştırmanın sonuçlarını etkili bir şekilde yaymak ve Milletlerarası Deniz Yatağı Otoritesi ve uygun olduğunda diğer milletlerarası kanallar vasıtasıyla eldeki mevcutları değerlendirmek suretiyle Bölge içinde milletlerarası iş birliği geliştirilmek istenir. Araştırma, henüz arama veya keşif aşamasında ise artık sınırsız olarak yapılamaz. *Ek III* hükümlerine tâbi olacaktır. *Sözleşme*, araştırma, arama veya keşif arasındaki ayırımın nasıl yapılacağına dair kesin bir yol göstermez.

2. Karasuları

Karasularında araştırma yapmanın temel ilkesi, yalnızca kıyı devletinin rızası ile ve 1982 tarihli *BMDHS*'i onaylanırsa, burada belirtilen şartlara tâbi olarak yapılmasıdır (m.245). Özel olarak belirtilmese de takımda sularında yapılan araştırmada da aynı ilke uygulanır. Bu, ilgili suların hukukî statüsünden kaynaklanır.

1958 tarihli *Cenevre Sözleşmeleri*'nden farklı olarak 1982 tarihli *BMDHS*, araştırmanın zararsız geçiş esnasında yapılamayacağını açıkça belirtmiştir (m.19). Aynı şekilde, transit geçişe tâbi boğazlardan veya takımda sularındaki deniz yollarından geçiş esnasında boğaz veya takımda devletin ön izni olmaksızın herhangi bir araştırma veya hidrografik ölçüm (*hydrographic survey*) faaliyeti yürütülemez (m. 40, 54).

1982 tarihli *BMDHS*'nin karasularında bilimsel araştırmaya dair düzenlemesi sınırlıdır. Örneğin, karasularında bilimsel araştırmalara ilişkin yargı yetkisini içermez.⁶⁷ Aynı zamanda, deniz ortamı ile ilgili olmayan, örneğin iklim değişikliğinin deniz ortamı dışındaki yönleriyle ilgili olarak deniz yatağı veya deniz ortamı dışındaki bilimsel araştırmalar için de geçerli değildir. *Sözleşme*, araştırmalar için son yıllarda giderek daha yaygın hale gelerek kullanılan uydular tarafından gerçekleştirilen denizde bilimsel araştırmalar için de geçerli değildir.⁶⁸

3. Kıta Sahaneliği ve MEB

Sözleşme'deki denizde bilimsel araştırmanın yönetilmesi hususundaki en önemli hükümler, 246 – 55 maddelerde yer verilen MEB ve kıta sahanlığında araştırmaya ilişkin olan hükümlerdir. Tüm devletler ve yetkili milletlerarası kuruluşlar tarafından denizde bilimsel araştırmayı düzenlemek için etkili bir rejimin geliştirilmesine yönelik çabalar, denizde bilimsel araştırmayı yürütmek için sınırsız serbesti de dahil olmak üzere geleneksel açık deniz özgürlüklerinden bir miktar geri adım atmaya gerektirmiştir. Bunu telâfi etmek üzere kıyı devletlerinin denizde bilimsel araştırmayı MEB ve kıta sahanlığındaki yürütme hakları genişletilmiştir. Bu iki bölge, denizde bilimsel araştırmanın yürütüldüğü en önemli yetki alanlarıdır ve kıyı devletleri ile diğer devletler tarafından uygulanan denetim derecesi arasında bir denge kurmak, deniz araştırmalarında milletlerarası iş birliğini sürdürmek ve geliştirmek için çok önemlidir. Denizde bilimsel araştırma ile ilgili hükümler, bilginin barışçı amaçlarla toplanması ve yorumlanmasına yönelik önemli bir teşebbüs oluşturur. Bununla birlikte, bu tür amaçlara ulaşılması önündeki engeller, *Sözleşme* taslağının hazırlanması ve sonrasında yorumlanmasıyla ilgili karmaşık müzakereler sonucunda ortaya çıkmıştır. 1982 *Sözleşmesi*'nin denizde bilimsel araştırmayı düzenlemeye yönelik bazı hükümleri, önemli akademik tartışmalara neden olmuştur. Denizde bilimsel araştırma yapmak amacıyla evrensel olarak uygulanabilir bir düzenleyici sürecin varlığı, barışçıl deniz ortamının sürdürülmesi, geliştirilmesi ve korunması ile araştırmanın ilerlemesi ve sonuçlarının paylaşımında milletlerarası iş birliğinin sağlanması açısından çok önem taşır.

1982 *Sözleşmesi* hükümleri, 1958 tarihli *Kıta Sahaneliği Sözleşmesi* m.5/8'deki temel yaklaşımı benimsemiştir. Böylelikle MEB ve kıta sahanlığında yapılan bütün araştırmalar, kıyı devletinin rızasına bağlıdır (m.246/2). Yine 1982 tarihli *BMDHS* de bu kelimeleri ayrıca kullanmamakla beraber özünde *temel amaçlı* ile *keşif ve kullanım amaçlı* araştırmayı birbirinden ayırır. Ancak 1958 tarihli *Kıta Sahaneliği Sözleşmesi*'nden farklı olarak bu iki çeşit araştırmanın her birini tanımlama girişiminde bulunur.

Temel araştırma ise, münhasıran barışçı amaçlarla ve bütün insanlığın yararına deniz çevresi ile ilgili bilimsel bilgiyi arttırmak için yürütülen araştırmadır (m.246/3). *Keşif ve kullanıma yönelik*

67 1982 tarihli *BMDHS*, m.245.

68 T. D. Partner, K. Freeman, *Legal Aspects of Marine Scientific Research (MSR)*, s.1; A. H. A. Soons, **Marine Scientific Research Provisions in the Convention on the Law of the Sea: Issues of Interpretation**, in E. D. Brown and R. R. Churchill (eds.), *The UN Convention on the Law of the Sea: Impact and Implementation*, Proceedings of The Law of the Sea Institute, Nineteenth Annual Conference, Honolulu, University of Hawaii, 1987, s. 366-367.

araştırmaya uygun olarak kabul edilebilecek araştırma, canlı veya canlı olmayan doğal kaynakların keşfi ve kullanımına dair doğrudan önemi olan araştırma yapılması veya kıta sahanlığının delinmesi, deniz çevresine zararlı madde sokulması veya patlayıcı kullanılması veya suni ada, tesis veya yapıların inşa edilmesi, işletilmesi ve kullanılmasına dair yapılan araştırmalardır (m.246/5).

Temel araştırma söz konusu olduğunda, normal hal ve durumda rıza verilmelidir. Kıyı devletleri, geçmişte deniz bilim adamları tarafından karşılaşılan zorlukları dikkate alan bakış açısıyla bu rızanın, gereksiz yere geciktirilmesini veya verilmekten imtina edilmemesini sağlayacak kural ve usulleri tesis edecektir (m.246/3).

Keşif ve kullanıma yönelik araştırmada ise kıyı devleti bu rızayı verip vermeme hususunda tam bir takdir yetkisini haizdir. Yine araştırmayı yürütenin, önceki bir araştırma projesinden kıyı devletine, önemli yükümlülükleri varsa veya projenin niteliği ve amaçlarına dair hatalı bilgi vermişse, aynı takdir yetkisini haizdir (m.246/5). Kıyı devletince rızanın uygun bir şekilde verilip verilmemesinden doğan uyuşmazlıklar, *Sözleşme'nin V. Eki'*ne göre mecburi uzlaşma yolu dışında, mecburi üçüncü taraf çözüm yollarının herhangi bir şekline tâbi değildir. Ancak, kıyı devletinin keşif ve kullanıma yönelik araştırmalar için rıza vermek hususunda veya m.246/5'te yer alan listedeki diğer hal ve durumlarda takdir yetkisi olsa bile sorgulanamayacağı önemle belirtilmelidir (m.297/2). Belirli durumlarda – önerilen proje kıyı devletinin üyesi olduğu bir milletlerarası teşkilât tarafından yürütülürse veya kıyı devleti, araştırmacı devletçe yapılan projeye dair bildirimini dört ay içinde reddetmezse – rızanın örtülü olarak verildiği kabul edilir. (m.247, 252).

Yabancı bir devletin MEB'sinde veya kıta sahanlığında araştırma yapmak isteyenler, bazı yükümlülükleri haiz olur. Öncelikle önerilen proje hakkında en az altı ay önce kıyı devletine özel bilgi vermelidir (m.248). İkinci olarak kıyı devletine projede temsil edilmesine veya katılmasına izin vermelidir (m.249/1-a). Üçüncü olarak kıyı devletine, talebi üzerine, araştırmanın sonuçlarını vermeli ve araştırmanın veri ve sonuçlarının değerlendirilmesi ve yorumlanmasında, bu sonuçların kıyı devletinin talep ettiği kadarıyla milletlerarası olarak elde edilebilir olmasını sağlamalıdır (m.249/1-b/e). Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda kıyı devleti araştırmayı askıya alabilir veya bunun kesilmesini isteyebilir (m.253). Bilimsel araştırma durumunda m. 246/1 ve m. 249/2 maddelerin ifadesinden kıyı devletinin burada bahsedilenlerden başka herhangi bir koşul koyma yetkisinin olmadığı görülür. Öte yandan keşif ve kullanım amaçlı araştırma durumunda m.249/2, m.249/1'de zikredilen koşullar listesinin, kıyı devletinin MEB'de keşif ve kullanıma yönelik koyduğu kurallara hanel getirmemesi öngörülür. Son olarak hem temel hem de keşif ve kullanıma yönelik araştırma öyle yürütülmelidir ki, kıyı devletinin meşru faaliyetlerine haksız bir müdahale oluşturmamalıdır (m.246/8).

1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi ile mukayese edilince, 1982 tarihli *BMDHS*'nde temel ve keşif ve kullanıma yönelik araştırma arasında yapılan ayırım daha açıktır ve bu durum normal olarak araştırma projeleri çeşitleri hususunda verilmesi gereken rıza konusunda daha az zorluklara neden olur. Kıyı devletinin rıza vermede makul olmayan gecikmeme yükümü ve örtülü rızaya

dair hükümler, bilimsel araştırmanın tâbi olabileceği ve gerekli bildirim süresinin koşullarını belirleyen hükümler olduğu için aynı zamanda 1958 tarihli Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'nin gelişimini gösterir. Diğer yandan m. 246/4'deki ifade, kıyı devleti ile araştırma yapan devlet arasında diplomatik ilişkilerden bahsedilmemesine rağmen “normal hal ve durum”ların mevcut olabileceğini öngören Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'ndeki ifadeye nazaran biraz daha açıktır. Kıyı devleti ve araştırma yapan devlet arasında ilişkiyi gösteren, düşmanlık veya ciddi gerilim olması dışındaki durumlar, hal ve durumun normal olmasıdır.⁶⁹

Diğer bir sorun, kıta sahanlığı 200 milin ötesine uzandığında üzerindeki su sütunu üzerinde yürütülen araştırmalara ilişkindir. Kıta Sahaneliği Sözleşmesi'ndeki benzer sorunlarda da belirtildiği üzere burada kıyı devletinin rızasının gerekip gerekmediği açık değildir. M.246/2'de, kıyı devletinin rızasından, kıta sahanlığı üzerindeki (on the continental shelf) araştırma için bahsedilmesi, rızanın sadece deniz tabanında fiziki olarak yapılan araştırmalar için arandığı şeklinde ileri sürülebilir. Bu düşünce, bütün devletlerin MEB sınırları dışındaki su kolonu içinde araştırma yapma hakkını haiz olduğunu öngören m.257 tarafından da desteklenir. M.246/2'nin doğru yorumu ne şekilde olursa olsun, kıyı devletinin rızasının kıta sahanlığı üzerindeki (on the continental shelf) araştırma için veya yalnızca fizikî olarak deniz tabanında meydana gelen araştırma için gerekse de gerekse de araştırma üzerindeki muhtemel sınırlamalar m.246/6 tarafından hafifletilmiştir. Kıyı devleti, kullanımın veya ayrıntılı araştırma eylemlerinin meydana geldiği alanlar olarak gösterilen 200 milin ötesindeki alanlarda yer alan kıta sahanlığında bulunan doğal kaynakların keşif ve kullanımı için doğrudan önemi olan araştırmayı yürütmek için rızasını vermeyebilir. Bu alanlarda kıta sahanlığı “üzerinde” ifadesinin anlamına dair sorun, esaslı hale gelecektir.

Şimdiye kadar pek çok devlet, MEB ilân etmiştir. Ancak Churchill and Lowe, bu konudaki uygulamayı şöyle özetlemiştir.⁷⁰ Birkaç devlet, araştırma üzerinde yetki talep etmemiştir. ABD, bunlardan biridir ve milletlerarası hukuka uygun biçimde makul olarak uygulanan diğer devletlerin taleplerini tanıyacağını söylemiştir.⁷¹ Birçok devlet, araştırma konusunda sadece yetki veya münhasır yetki talep etmiş veya bilimsel araştırma için izin, düzenleme ve denetleme hususunda fazla ayrıntılı olmayan bir münhasır yetki talep etmiştir. Bazı devletlerin mevzuatında MEB'de kıyı devletinin araştırma için rıza vermesi aranır; ancak, ayrıntı aranmaz. Bazı devletlerin mevzuatı daha detaylıdır. Bunlar, Sözleşme rejiminin ana hatlarını yansıtır. Yaklaşık olarak bütün konularda tam detaylı mevzuatı olan devletler de vardır. İki devletin mevzuatıysa 1982 tarihli *BMDHS*'nden önemli şekilde ayrılır. Trinidad Tobago, kıta sahanlığında yapılan araştırma sonuçlarının kendi mülkiyetinde olduğunu ve açık rızasıyla yayınlanabileceğini söyler. Brezilya araştırma iznini, yapılan araştırma Brezilya'nın bilimsel ve teknolojik gelişimine katkıda bulunursa verir. İtalya, zımnî rıza ile ilgili hüküm dışında Sözleşme ile uyum içinde hükümleri haizdir.

69 Detaylı bilgi için bkz: B. H. Oxman, “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: the Eighth Session (1979)”, 74 AJIL 1 (1980), s. 26.

70 R.R. Churchill and A.V. Lowe, *op. cit.*, s. 407, 408, 409.

71 Statement by the President of the USA, 10 March 1983. 22 International Legal Materials (ILM) 464 (1983).

Bazı devletler 1982 tarihli *BMDHS*'nden ziyade 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ndeki hükümlerden esinlenerek kıta sahanlığındaki araştırma faaliyetleri için rıza arar.⁷²

1982 tarihli *BMDHS*'nin yürürlüğe girmesiyle denizde araştırmaya ilişkin neyin örf ve âdet hukukunu yansıttığının önemi azalmaktadır. Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden önceki günlerde mevcut devlet uygulaması, MEB'de ve kıta sahanlığında araştırma için kıyı devletinin rızasının aranmasının örf ve âdet hukukunun bir parçası olduğunu destekler mahiyettedir. Sözleşme rejiminin bildirim süresi veya zımnî rıza gibi birçok ayrıntısı, milletlerarası örf ve âdet hukukunu parçası olamamıştır; zira, örf ve âdetin ortaya çıkması için gerekli olan norm yaratan niteliği yoktur. Bireysel taleplerin geçerliliğinin belirlenmesinde itiraz da önemli olacaktır. MEB talepleri dışında MBB talepleri de mevcuttur.

1982 tarihli *BMDHS*'nde, araştırmanın tamamen kıyı devletinin rızasına tâbi olduğu 12 mil karasuları ve takımadada suları kavramının kabul edilmesi ve kıyı devletine MEB ve kıta sahanlığında araştırmaya dair denetim yetkisi verilmesi gözönüne alındığında 1958 tarihli Cenevre Sözleşmeleri ve önceki milletlerarası örf ve âdet hukuku ile mukayese edilince denizde bilimsel araştırmanın sınırlandırıldığı ve denetlendiği deniz alanlarının önemli bir şekilde artmış olduğu görülür. Bu alanlar, deniz araştırmacılarının çok ilgilendiği alanlardır ve sonuç olarak denizde bilimsel araştırmaların çoğunun yapıldığı alanlardır. Öte yandan, kıyı devletinin MEB ve kıta sahanlığındaki denetim yetkisi, 1958 tarihli Kıta Sahanlığı Sözleşmesi'ninkinden daha açık olarak kabul edilmemekle beraber hâlâ kıyı devletinin yabancı araştırmacıları makul olmayan bir şekilde reddetmesi veya geciktirmesine imkân tanıyan bir hareket serbestisi de bulunmaktadır. Bu denetimler, bilim adamlarının işini, bildirim usulüne uyulması, kıyı devletinin bilim adamlarının araştırmaya katılımının sağlanması ve projenin ayrıntı ve metodolojisine dair bilgi verilmesi yönünde arttırır ve denizde bilimsel araştırmanın maliyetini yükseltir. Kıyı devletince yapılan denetimler, özellikle MEB'ler arasında ve MEB ve açık deniz arasında göç eden balık stokları ve deniz çevresinin kirlenmesi konusunda deniz yönetimi için gerekli olan araştırmanın iş birliği içinde yürütülmesine engel olarak düşünülebilmektedir.

1982 tarihli *BMDHS*'nin bilimsel araştırmaya dair hükümleri kısa sürede eskimiştir. Denizde araştırmanın önemli ve giderek artan bir miktarı, uydudan uzaktan kumanda ile yürütülmektedir. Bu, Sözleşme'nin herhangi bir hükümde yer vermediği bir araştırma biçimidir. Kıyı devletinin uygulamada kendi deniz alanlarında böyle bir araştırma için rızasının hukuken mümkün veya olanaklı olup olmadığı ile gerekip gerekmediği açık değildir.

IV. DENİZDE BİLİMSEL ARAŞTIRMAYI YÖNETEN İLKELER

Denizde bilimsel araştırma – ister açık denizde, isterse bir kıyı devletinin yetki alanlarından biri içinde – nerede yapılırsa yapılsın, 1982 tarihli *BMDHS*'ndeki belirli ilkelere uygun olmalıdır. İlk olarak denizde bilimsel araştırma, m.240 uyarınca, bu Sözleşme'yle bağdaşan uygun bilimsel

72 R.R. Churchill and A.V. Lowe, *op. cit.*, s. 409.

metod ve araçlarla, denizin diğer meşrû kullanım yollarına haksız müdahale etmeyecek şekilde münhasıran barışçı amaçlar için ve bu Sözleşme'ye uygun şekilde kabul edilen bütün ilgili düzenlemelere uymak suretiyle yürütülecektir. Bu ilkenin sorun doğurması muhtemeldir. Öncelikle askeri uygulama amaçlayan araştırmanın yasak olduğu belirtilebilir. Ancak, bu maddenin Sözleşme çerçevesinde bir bütün olarak anlaşılması gerekir. Sözleşme'nin 88'inci maddesinde, açık denizlerin barışçıl amaçlara tahsis edildiği ve Sözleşme ile uygun araç ve yöntemlerle yapılması gerektiği unutulmamalıdır. Yine 88'inci maddedeki barışçıl amaçlar ile aynı mülahazada yorumlanması gerekir. Ayrıca bu hüküm, genel olarak denizlerin milletlerarası hukuku ihlâl ederek saldırgan bir tutum içinde kullanımını yasaklayan m.301'deki ifade doğrultusunda anlaşılmalıdır.

M.241'de yer alan diğer bir genel ilke, denizde bilimsel araştırma faaliyetlerinin deniz çevresinin veya kaynaklarının herhangi bir kısmına yönelik herhangi bir talepte bulunulmasına dair hukukî dayanak oluşturmamasıdır.

V. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER DENİZ HUKUKU SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA İKİ DEVLETİN DENİZ ALANLARINA DAİR TALEPLERİNİN ÇAKIŞTIĞI BÖLGELERDE DENİZDE BİLİMSEL ARAŞTIRMA

İki devletin MEB ve Kıta Sahaneliği ile ilgili taleplerinin çakıştığı ve aralarında henüz bir nihai sınırlandırma yapılmamış deniz alanlarındaki denizde bilimsel araştırma ile ilgili bazı önemli ve ilginç noktalar mevcuttur. Bu alanlarda denizde bilimsel araştırma yürütmek istenmesi durumunda araştırma izninin kimden alınacağı sorun oluşturur. Milletlerarası uygulamaya bakıldığında, tartışmalı şekilde üçüncü devletlerin, ilgili tüm devletlerden izin alması istenir. Böyle bir deniz alanında iki devlet de denizde bilimsel araştırmaya dair yetkinin kendisinde bulunduğu yönünde ısrar ettiğinde, yalnızca ilgili bir devletten izin alarak araştırma yürütülmesi diğer devletçe protesto edilmiştir. Örneğin, Birleşik Krallık Kraliyet Araştırma Gemisi olan RRS Shackleton, 1974 yılında yalnızca Türkiye tarafından verilen izinle araştırma yapmıştır. Yunan yetkilileri, Yunanistan'ın iddia ettiği altı mil karasularının bir parçası olduğu gerekçesiyle, Shackleton'un teçizatına ve belgelerine el koymuştur.⁷³ 1986 tarihli Kanada ile Fransa arasındaki St. Lawrence Körfezi içindeki filetolamaya dair uyuşmazlıkta Hakem Mahkemesi, kıyı devletinin canlı deniz kaynaklarına dair hakların kullanımında ekonomik bölge ve balıkçılık bölgesinin eşdeğer sayılacağı görüşünü taşımıştır.⁷⁴

1982 tarihli *BMDHS* m.74/3, ilgili devletlerin anlaşma akdedilinceye kadar anlayış ve iş birliği ruhu içerisinde, pratik çözüm getiren geçici düzenlemelere girişmesi ve bu geçiş süresi içerisinde nihai anlaşmanın akdini tehlikeye düşürmemek veya engellemek için ellerinden gelen gayreti göstermesi yükümünü getirmiştir. Geçici düzenlemeler, nihai sınırlandırmaya halel

73 M. G. i Ysern, *Principles of International Law of the Sea Governing Coastal State Access to Marine Scientific Research Results*, 1995, s.126-127.

74 *Case Concerning Filleting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France, Reports of International Arbitral Awards*, 17 July 1986, Volume XIX, s. 255, para 49, 2006.

getirmeyecektir. “Nihai anlaşmanın akdedilmesini tehlikeye düşürmemek ya da engellemek yükümü” anlamı açısından, örneğin ilgili devletlerden bir tarafın iş birliği teklifini veya bu amaca yönelik müzakerelerin başlamasını teklif etmesini diğer tarafın ısrarla reddetmesi, söz konusu yükümlülüğün ihlaline bir örnek teşkil edecektir. Ayrıca bu anlamın da Milletlerarası Adalet Divanı’nca 1976 tarihli *Ege Denizi Kıta Sahanlığına Dair Geçici Koruma Tedbirlerine İlişkin Karara* bakmak yol gösterici olabilir.⁷⁵ Bunun nedeni, söz konusu davanın çakışan talepler içeren deniz alanlarında denizde bilimsel araştırma yürütülmesi ile ilgili olması ve bu alanda nihai anlaşmaya varılana kadar ilgili devletlerin riayet etmesi gereken yükümlülüklerin neler olduğu hususunda önemli ipuçları vermesidir. Bu davadaki anlaşmazlık, Türkiye ile Yunanistan arasında Ege Denizi’nde tartışmalı alanda yürütülmekte olan bilimsel araştırma ile ilgilidir.⁷⁶ MAD, geçici tedbirlere hükmetmek için *telafisi mümkün olmayan hasar riski olmasını ve gelecekte esasa dair verilecek kararın beklenmesi gereğini* aramıştır.⁷⁷ İlk gereksinim fazla bir açıklama gerektirmez. İkinci gereksinim, ilgili araştırma gelecekte verilecek kararın gerçekleşmesine veya uygulanmasına zarar verme riski taşıyorsa geçici önlemlerin alınması gerektiği anlamına gelir.⁷⁸ Örneğin MEB kıyıdaşlarından birinin denizdeki canlı kaynaklar üzerinde egemenlik hakları hususunda diğer tarafa herhangi bir ön bildirimde bulunmaksızın veya onunla önceden görüşmeksizin, çakışan alanda, tek taraflı olarak deniz kaynaklarının statüsü ve durumu ile ilgili bilimsel araştırmayı yürütmesi *nihai sınırlandırma anlaşmasının gerçekleştirilmesine zarar veren* eylemler arasındadır. MEB kıyıdaşlarının denizdeki canlı kaynaklar üzerindeki egemenlik haklarını etkilemeyecek şekilde araştırma yapması durumunda bile, tek taraflı bu gibi işlemler ilgili devletler arasındaki gerilimi arttırabilir ve nihai anlaşmaya varılmasını tehlikeye sokabilir ve engelleyebilir.⁷⁹ Divan, 1976 tarihli kararında Yunanistan’ın şikâyet ettiği Türkiye tarafından yürütülen sismik araştırmanın, açık denizlerin yüzeyini kateden ve su altında aralıklarla meydana gelen küçük patlamalara sebep olan bir gemi tarafından gerçekleştirildiğini, bu patlamaların amacının, yeryüzünün altındaki jeofizik yapı hakkında bilgi elde etmek için deniz tabanına ses dalgaları göndermek olduğunu; bu sismik araştırma şeklinin, deniz yatağı ya da toprak altı ya da doğal kaynakları için fiziksel bir hasar riskine yol açtığına dair herhangi bir şikâyet yapılmadığını; devam eden sismik araştırmada Türkiye tarafından üstlenilen faaliyetlerin, geçici nitelikli olduğunu; kıta sahanlığının deniz tabanına veya üzerine herhangi bir tesis kurulumunu içermediğini ve Türkiye’nin ihtilaf konusu olan kıta sahanlığı alanlarında doğal kaynakların kullanılması ve tahsisi gibi bir işlem yapmadığını dikkate alarak, olayda, Statü’nün 41. maddesi anlamında, dava konusu olan haklara giderilmesi imkânsız bir zararın verilmesi tehlikesinin bulunmadığına karar vermiştir.⁸⁰ Kıta sahanlığı devletinin rızası olmadan doğal kaynaklarının sismik olarak araştırılması, şüphesiz diğerinin münhasır arama hakkının ihlali sorununu

75 *Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976*, p. 3.

76 *Ibid.*, s.10, para.28.

77 MAD, tek taraflı araştırma işlemlerinin tarafların haiz olmadıkları hakların doğumuna veya haiz oldukları hakların yitimine yol açmayacağını belirttikten sonra dava konusu olan haklara telafisi imkânsız bir zararın verilmesi riskinin bulunmadığına karar vermiştir. *Ibid.*, s.10, para.29.

78 *Ibid.*, s.9-10, para.27.

79 *Ibid.*, s.12, para.39.

80 *Ibid.*, s.10, para.30.

gündeme getirebilir. Ancak Divan'a göre, tartışmalı olan alanların sonradan Yunanistan'ın Kıta Sahaneliğine dahil olduğu kararlaştırılsa dahi, kıyı devletinin rızası bulunmaksızın bilimsel araştırma yapılamayacağını öngören kuralın ihlâl edilmiş olması nedeniyle doğabilecek bir hak ihlâli durumunun, uygun usullerle tamir edilmesi imkânı vardır.⁸¹

Sınırlandırmaya dair uygulamalara baktığımızda ihtilafli alanlarda nihai çözüme ulaşmanın uzun bir zaman aldığı görülür. Hele ilgili alanda adaların bulunması, meseleyi daha da zorlaştırır. Bu alanda nihai anlaşmaya varılmadan özellikle denizde bilimsel araştırmanın yürütülmesi konusunda gerekli olan bazı çözümler getirilmesine ihtiyaç vardır. Zira geçici çözüm, bazı durumlarda, onlarca yıl boyunca uygulanacağı için “geçici” olmaktan çıkabilir.

Her bir araştırma bunu gerektirmese de denizde bilimsel araştırma ile gerçekleştirilecek insanlığın ortak yararına saygıyı göstermek amacıyla izlenmesi gereken genel bir siyaset olarak, ilgili devletler arasındaki çatışmanın denizde bilimsel araştırmanın gelişmesine engel olması uygun olmaz. Bu durumda taraflar arasında iş birliği yapılması yararlı olabilir. Nitekim uygulamada sorunlu sularda denizde bilimsel araştırma yapılması için iki taraflı iş birliği örnekleri mevcuttur. Bunlardan biri Kolombiya ve Jamaika arasındaki ortak rejim alanı⁸², diğeri ise Dominik Cumhuriyeti ve Kolombiya arasındaki denizde ortak bilimsel araştırma ve balıkçılık bölgesi tesisidir.⁸³ Kolombiya ve Jamaika olayı burada kısaca bahsedilmeye değerdir. Kolombiya ve Honduras arasında ortak rejim alanı sınırları içinde bulunan iki alan üzerinde bir egemenlik anlaşmazlığı vardır. Ayrıca Jamaikalı balıkçılar da geleneksel olarak bu adacık ve koylara bitişik alanlarda avlanmaktadır. Bu alanlarda, her bir ülkenin yetki sınırlarının nihai tespitinin yapılması beklenirken, Kolombiya ve Jamaika, doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesi, denizde bilimsel araştırma yapılması gibi faaliyetlerin yürütülmesi için “*Ortak Rejim Alanı*” kurmaya karar vermiştir. Kuzeydoğu Asya'da da çakışan alanlar mevcut olup, özellikleri şöyle özetlenebilir: Öncelikle kural olarak, her çakışan alan ilgili devletlerin birlikte balıkçılık faaliyetleri yürütebileceği bir ortak balıkçılık bölgesidir. Bununla birlikte, bazı deniz alanlarında ortak balıkçılık bölgesi, mutlaka ortak yönetim veya ortak düzenlemeyi ihtiva etmez. İkincisi, yine kural olarak, gemiler ve vatandaşlar, deniz alanlarının her birinde bayrak devletinin yetkisine tabidir. Üçüncüsü, ilgili taraf devletin yargı yetkisi, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü devletlere uygulanır. Dördüncüsü, sınırlanmamış bu deniz alanları sınırlandırma tamamlanana kadar geçici olarak işletilir. Ancak, karşılıklı mutabakat olasılığı çok düşükse, bu alanlar, geçiş bölgeleri haricinde, uzun bir süre var olmaya devam edebilir. Beşincisi, ilgili devletlerin tartışmalı adalar içeren çakışan alanlar üzerinde farklı yorumlara sahip olmaları mümkündür. Bu nedenle, bu deniz alanları, ilgili devletlerin ikisinin de yorumlarını mümkün kılan çift odaklı bölgeler olarak görülebilir. İlgili deniz alanının hukuki niteliği belirsiz ise ya

81 *Ibid.*, s.11, para.33.

82 *Maritime Delimitation Treaty between Jamaica and the Republic of Colombia*, 12 Nov. 1993, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/JAM-COL1993MD.PDF> (31.07.2018)

83 *Agreement on Delimitation of Marine and Submarine Areas and Maritime Cooperation between the Republic of Colombia and the Dominican Republic* (13 January 1978). m.3. <http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/COL-DOM1978MC.PDF> (31.07.2018)

da uygulanabilir deniz alanının neresi olduğunu açıkça belirtmek zorsa, balıkçılık andlaşması hükümlerinin karmaşık yorumlarına veya çakışan bölgelerde nasıl işleyeceğine çok fazla önem vermek yerine, andlaşmanın ve milletlerarası hukuk ilkeleri ve kurallarının tarafsız bir biçimde yorumlanması daha verimli ve anlamlı bir yaklaşım olabilir. Kore, Çin ve Japonya arasındaki balıkçılık anlaşmalarında öngörülen ara ya da geçici alanlar da çakışan alanlara dair örnek uygulamalar olarak gösterilmektedir.⁸⁴ Belirttiğimiz üzere ihtilaflı alanın ortak balıkçılık bölgesi niteliği kabul edilse bile, ortak yönetimin niteliği ihtilaflı adalar üzerindeki egemenlik anlaşmazlığını doğrudan etkilemez. Bu açıkça Milletlerarası Adalet Divanı'nın 1953 tarihli *Minquiers and Ecrehos Davası*⁸⁵ hakkındaki kararında da görülür.

VI. BİLİMSEL ARAŞTIRMAYLA İLGİLİ DONANIMLARIN DÜZENLENMESİ

Denizde yürütülen araştırmaların çoğunluğu gemilerden yürütülmesine rağmen, bu araştırmalarda aynı zamanda sabit yapılar, şamandıralar ve denizde yüzen diğer nesnelere ve daha yakın zamanlarda ise insansız sualtı araçları da kullanılabilir.

Bu nesnelere hukukî statüsünün ne olacağı konusundaki çalışmalar, 1960'da IMO ile birlikte UNESCO'nun Hükümetlerarası Oşinografi Komisyonu (IOC) tarafından başlatılmıştır. Komisyonca, 1969'da "Okyanus Veri Kazanım Sistemlerine Eşlik Eden Hukukî Sorunlar" başlıklı bir rapor hazırlanmıştır.⁸⁶ Daha sonra ise, taslak bir sözleşme hazırlanmıştır.⁸⁷ Bu taslak, 1972 yılında bir diplomatik konferansta tartışılmıştır.

84 CW. Lee and C. Park, *Joint Marine Scientific Research in Intermediate/Provisional Zones between Korea and Japan*, s.5, The Seventh Conference of the Science Council of Asia (SCA) June 14 – 16, 2007. http://www.scj.go.jp/en/sca/pdf/7th_weepark.pdf (31.07.2018).

85 *The Minquiers and Ecrehos case*, Judgment of November 17th, 1953: **I.C. J. Reports 1953**, p. 47. Ayrıca bkz: Individual Opinion of Judge Basdevant, s.75. *Minquiers ve Ecrehos*, Britanya'ya ait Jersey adası ve Fransa kıyıları arasında yer alan iki adacık grubudur. Bu davada Mahkeme'den, Fransa ile İngiltere arasındaki Özel Andlaşma uyarınca bu adacık gruplarının tarafların hangisinin yetkisinde olduğuna dair daha ikna edici bir kanıt belirlemesi istenmiştir. Adalar, İngiltere'nin 1066 yılında Normandiya Dükü tarafından fethedilmesinden 1204'te Fransız Philip Augustus Normandiya'yı fethine kadar İngiltere ile Normandiya arasındaki birliğin bir parçasını oluşturmuştur. Philip Augustus adaları işgal edememiştir Birleşik Krallık, adaların daha sonra İngiltere ile birleştiğini ve bu durumun iki ülke arasındaki müteakip anlaşmalar yoluyla hukuki bir zemine oturduğunu belirtmiştir. Fransa, *Minquiers ve Ecrehos*'un 1204'ten sonra Fransa tarafından zapt edildiğini iddia etmiş ve Birleşik Krallık'ın dayandığı aynı orta çağ andlaşmalarına atıfta bulunmuştur. Mahkeme, 17 Kasım 1953 tarihli kararında, bu andlaşmalardan hiçbirinin, İngiltere Kralı veya Fransa Kralı tarafından hangi adaların zapt edildiğine değinmediğini özellikle ifade etmiştir. Üstelik Ona göre burada belirleyici öneme sahip olan şey, Orta Çağ'daki meselelere dayanan dolaylı varsayımlar değil, mülkiyet hakkının ve egemenliğin fiilen uygulanmasının doğrudan delilidir. Mahkeme bu delilleri değerlendirdikten sonra *Minquiers ve Ecrehos* üzerindeki egemenliğin Birleşik Krallık'a ait olduğu sonucuna varmıştır.

86 "Legal Problems Associated with Ocean Data Acquisition Systems (ODAS)", UNESDOC.IOC Technical Series No.5 (1969).

87 *Preliminary Draft Convention on Ocean Data Acquisition Systems (ODAS)*, UNESDOC.SC.72/CONF.85/3; SC/IOC. EG.1(IV)/12. Annex III, Paris 22 October 1971. A. Klodkin, Draft Convention on the Legal Status of Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (ODAS), Second Revision, SC 93/CONF. 209/LD 13. IOC. Assembly; 17th session, Paris; 1993. Bu taslak, 1993'den beri değiştirilmemiştir. Detay için bkz: H. N. Scheiber, J. Kraska, M. Kwon, **Science, Technology, and New Challenges to Ocean Law**, Brill Nijhoff, 2015, s.291.

Konferans'ta, Taslak Sözleşme'ye ihtiyari milli önlemler için rehber olarak Ek III'ün yayınlanması hususunda fikir birliğine varılmasına rağmen, taslağın sonuçlandırılması ve kabul edilmesi *Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nın* sonuna kadar ertelenmiştir. Taslak Sözleşme'de Okyanus Veri Toplama Sistemleri – *Ocean Data Acquisition Systems (ODAS)*'ın hukukî statüsüne ilişkin değinilen birçok meseleye, 1982 tarihli *BMDHS*'nde yer verilmektedir. Ancak bu konudaki temel hüküm 1982 tarihli *BMDHS*'nin 258'inci maddesidir:

“Herhangi bir çeşit denizde bilimsel araştırma tesis veya teçhizatının deniz çevresinin herhangi bir alanı içinde yerleştirilmesi ve kullanılması denizde bilimsel araştırmanın böyle bir alan içinde yapılmasıyla ilgili olarak bu Sözleşme'de belirtilen aynı şartlara tâbi olacaktır.”

Bu hükümün etkisi, şu şekilde görülebilir: Karasularına ve takımda sularına araştırma tesis ve teçhizatının yerleştirilmesi ve kullanılması, kıyı devletinin rızasının alınmasını gerektirir. Bu suların hukukî rejimi gereği söz konusu tesis ve teçhizat, kıyı devletinin yetkisine tâbidir.

MEB ve kıta sahanlığında bu işlemin yapılması için de yine kıyı devletinin rızasının alınması gerekir. MEB ve kıta sahanlığında keşif ve kullanıma yönelik araştırmanın tanımı, suni ada, tesis ve yapıların işletimi ve inşâsını, suni ada, tesis ve yapıların biçimindeki araştırma tesis ve teçhizatının yerleştirilmesi ve kullanılmasını içerdiği için bu gibi tesis ve teçhizattan yürütülen araştırmanın türüne bakılmaksızın keşif ve kullanıma yönelik araştırma kıyı devletinin takdir yetkisine tâbi olacaktır. M.60 ve 80 uyarınca kıyı devleti bu tesis ve teçhizat üzerinde yetkiyi haiz olacaktır. Sözleşme'de, söz konusu nesnenin tesis ve teçhizat olarak nitelendirilmesi için sahip olması gereken ebat, süreklilik ve bunun gibi özelliklere dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır.⁸⁸

Araştırma tesis ve teçhizatları, suni ada, tesis veya yapı – yüzen şamandıra ve diğer yüzen nesnelere girer – biçimini almayı, bu gibi nesnelere aranma ve işletilmesi için kullanılmışsa, kıyı devleti bunların yayılmasını reddetme konusunda takdir yetkisini haizdir. M. 249/2'ye göre *ODAS*'ın bu tiplerinin yerleştirilmesine dair koşullar koyabilir ve bu hüküm, bu gibi nesnelere üzerinde kıyı devletinin yetki kullanması açısından yeteri kadar geniştir.

Diğer yandan, bu gibi yüzen nesnelere temel araştırmada kullanılırsa kıyı devleti, normal olarak bu gibi nesnelere yerleştirilmesi ve kullanımına rızasını vermeyecektir. En azından kıyı devletini, m.253 uyarınca, araştırmayı erteleme veya durdurma haklarını kullanmak için bir şey yapılmaması koşuluyla rıza verilir verilmez kıyı devletine bu gibi nesnelere üzerinde yetki verildiğine dair herhangi bir hüküm yoktur. Ayrıca, yerleştiren devlet, bayrak devletinin gemiler üzerinde düzenleme yetkisine paralel olarak tesis ve teçhizat üzerinde düzenleme yetkisini haiz iken, kıyı devletinin 1982 tarihli *BMDHS*'de bu alanlarda yetki veren bir hüküm olmadığı için kıta sahanlığı ve MEB'de uygulama yetkisi (izinsiz müdahalede bulunan kişiye karşı önlem almak) olmayacaktır. Hiçbir devlet, nesne üzerinde uygulama yetkisini haiz olmadığı için kimin yetkiyi haiz olduğuna karar vermek üzere m.59'a (MEB'deki hak ve yetkilere dair uyuşmazlıklarda çözüm yöntemi) başvurmak gerekir.

88 Doc. SC/IOC EG-1 (IVV12), 17 Eylül 1970, Ek III.

Açık denizlerde araştırma yapan devletler, milletlerarası deniz yatağı alanı gibi deniz yatağı ve toprak altının veya su kolonunun ya da bitişik hava sahasının araştırılmasında araştırma tesis ya da teçhizatını ister kullanılsın ister kullanılsın yerleştirmekte serbesttir. Bu tesis veya teçhizat, araştıran devletin yetkisine tâbi olacaktır.

Araştırma tesis ve teçhizatının yerleştirilmesine dair diğer hükümler, m.259 – 262 arasında düzenlenmiştir. Bu nesnelere, ada statüsünde değildir ve deniz alanlarının sınırlandırılmasına etki etmez (m.259). Ancak bu nesnelere etrafında 500 metreyi aşmayan genişlikte güvenlik bölgeleri tesis etmek mümkündür ve bayrak devletleri gemilerin bunlara riayetini sağlamalıdır (m.260). Bu tesis veya teçhizatın kurulması, yerleşik milletlerarası ulaşım yolları için engel teşkil etmemelidir (m.261). Araştırma yapanlar, bu gibi nesnelere ait oldukları teşkilâtı veya tescil edildikleri devleti gösteren belirleme işaretlerini, yine hava ulaşımı güvenliği ve denizde güvenliği sağlayan milletlerarası alanda kabul edilmiş yeterli uyarı işaretlerini taşıması hususunda anlaşabilirler (m.262).

Üçüncü Deniz Hukuku Konferansı'nın sonuçlanmasını takiben, IMO ve IOC, ODAS'a dair taslak sözleşme üzerinde yeniden çalışmaya başlamıştır. ODAS'ın yerleştirilmesi ve belirli yetki meselelerini kapsayan orijinal taslak sözleşmenin bazı hükümleri, 1982 tarihli *BMDHS* hükümleri ışığında artık gereksiz olsa da taslakta 1982 tarihli *BMDHS*'nde temas edilmeyen meseleler de mevcuttur. Şöyle ki yabancı bir devletin yetkisi altındaki deniz alanlarında bulunan ODAS'ın geri alınması, ODAS'a izinsiz müdahale durumunda sorumluluk, ODAS'ın tescil edilmesi, ODAS'ı kapsayan güvenlik kurallarını içerir. Son iki konu, 1982 tarihli *BMDHS* m.262'nin gelişimi açısından yol gösterici olabilir.⁸⁹

VII. DENİZDE BİLİMSEL ARAŞTIRMADA MİLLETLERARASI İŞ BİRLİĞİ

Denizde araştırmanın büyük bir kısmı sadece millî düzeyde yürütülür; fakat, şüphesiz ki milletlerarası iş birliği yapılması da mümkündür. 1982 tarihli *BMDHS* de iş birliğini teşvik etmektedir (m.143-242). Bu tür bir iş birliği, özel olarak belirli projeler açısından gerçekleştirilebilir. Ancak milletlerarası iş birliği, milletlerarası sivil toplum kuruluşları veya hükümetlerarası milletlerarası kuruluşlar vasıtası ile kurumsallaştırılmaktadır. Bu bağlamda Milletlerarası Bilim Birliği Konseyi ve Okyanus Araştırmalarına Dair Bilim Komitesi'nden söz etmek mümkündür.

Denizde bilimsel araştırmayla ilgili faaliyet gösteren önemli sayıda hükümetlerarası kuruluş vardır. Küresel düzeyde Birleşmiş Milletler'in bazı uzman kuruluşları başı çekmektedir. Meselâ Milletlerarası Tarım Teşkilâtı'nın balık alanlarıyla ilgili önemli araştırmaları vardır. Yine Dünya Meteoroloji Teşkilâtı'nın birçok çalışması deniz hava gözlemi ile ilgilidir. UNESCO Hükümetlerarası Oşinografi Komisyonu (IOC-UNESCO) üyelerinin bilimsel araştırma ve ilgili okyanus hizmetlerini geliştirmek, okyanusların doğası ve kaynaklarını daha fazla öğrenebilmek

89 R. J. R. Rao, "The International Legal Regime of ODAS And Other Offshore Research Installations", 22 Indian Journal of International Law (IJIL) 375-95 (1982).

amacıyla 1960 yılında kurulmuştur.⁹⁰ Statüsü'nün 2. maddesi uyarınca IOC-UNESCO'nun amacı, deniz bilim ve teknolojisinin gelişmesi ve aktarımını uyumlaştırma ve ilerletme, deniz bilim ve teknolojisinde eğitim öğretim programlarını güçlendirme, deniz çevresinin gözlenmesi ve izlenmesini sağlama ve uyumlaştırma olarak belirtilmiştir. Özellikle Hint Okyanusu, Atlantik, Akdeniz ve Pasifik'te birçok araştırma düzenlemiş ve iş birliği içinde çalışmıştır. Aynı zamanda ODAS ve araştırma serbestisi ile ilgili hukukî sorunlar üzerinde çalışmış⁹¹, Milletlerarası Oşinografik Veri ve Bilgi Değişimi Programı (International Oceanographic Data and Information Exchange – IODE) gibi çeşitli hizmetler kurmuştur. Diğer teşkilâtların bilimsel çalışmalarını destekleyen Birleşmiş Milletler'in uzman kuruluşları ve Çevre Programı'ndan ayrı olarak denizde bilimsel araştırma için BM sisteminin değişik kısımlarının faaliyetlerini birleştiren başka organlar da vardır. Bunlardan ikisi, Deniz Çevresinin Korunmasının Bilimsel Veçhelerine Dair Uzmanlar Grubu (Joint Group of Experts on the Scientific Aspects of Marine Environmental Protection – GESAMP) ve Oşinografiye İlişkin Bilimsel Programlara Dair Sekreterliklerarası Komite (Inter-Secretariat Committee on Scientific Programs Relating to Oceanography – ICSPRO)'dir.

Küresel düzeyde çalışan ama BM sistemi dışındaki bir kuruluş olan Milletlerarası Hidrografi Teşkilâtı ise 1970'de kurulmuştur. İşlevleri, milli hidrografi organlarının faaliyetlerini birleştirmek, deniz harita ve belgelerindeki mümkün olabilecek en fazla birliği sağlamak, hidrografik bilim ve teknikleri geliştirmek, hidrografik incelemeleri kullanmak ve icra etmek için güvenilir ve etkili yöntemler kabul etmektir.

Araştırmaya dair iş birliği, daha çok bölgesel düzeyde gerçekleşmektedir.⁹² En eski ve en başta gelen bölgesel teşkilât, 1902'de kurulan Denizin Keşfine Dair Milletlerarası Konsey (International Council for the Exploration of the Sea – ICES)'dir. Bu teşkilât, balık alanlarına ilişkin araştırmaları geliştirir ve birleştirir. Başlangıçta denize dair araştırma konularını tartışmak için bir forum olarak oluşturulan ICES, geniş bir yelpazedeki uzmanları bir araya getirerek, denize dair bilgilerin başlıca toplayıcılarından biri haline gelmiştir. ICES, diğer bölgelerdeki bilimsel organlara bir model olarak hizmet etmiştir. Kuzey Denizi, Kuzey Atlantik ve Baltık Denizi'nde kirlenme ile ilgili araştırmalar yapar. Balık alanları ve kirlenmeyle ilgili teşkilât ve komisyonlara bilimsel tavsiyelerde bulunur. Yine 1992'de Kuzey Denizi'ndeki balık alanları ve kirlenmeye dair araştırmaları birleştiren ve geliştiren Kuzey Pasifik Deniz Bilim Teşkilâtı'nı (The North Pacific Marine Science Organization – PICES) kuran bir sözleşme imzalanmıştır. 1919'da da benzer amaçların yerine getirilmesi amacıyla Akdeniz'de Bilimsel Araştırma İçin Milletlerarası Komisyon (the International Commission for the Scientific Exploration of the Mediterranean) kurulmuştur. Ancak bu görev günümüzde Akdeniz İçin Genel Balık Alanları Komisyonu'nca (General Fisheries Commission for the Mediterranean – GFCM) üstlenilmiştir. Komisyon, Akdeniz'deki balık alanlarının akılcı olarak idaresi ile yükümlüdür.

90 Art. 1(2) of the Statutes of the IOC.

91 N. Papadakis, "Some Legal Problems Associated With the Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (ODAS)", **International Relations**, Volume: 5, Issue: 1, 1975, s. 825–83

92 A. K. Sydnes, "Regional Fishery Organisations In Developing Regions: Adapting To Changes In International Fisheries Law" 26 **Marine Policy** 373–381 (2002).

Diğer bölgesel teşkilâtlardan bazıları, hem kendi araştırmalarını yapmış, [Milletlerarası Pasifik Halibut Balığı Komisyonu-The International Pacific Halibut Commission – IPHC, Amerikalılararası Tropikal Tuna Komisyonu – Inter-American Tropical Tuna Commission – IATTC], hem de daha çok üyeleri arasında [Kuzeybatı Atlantik Balık Alanları Teşkilâtı – Northwest Atlantic Fisheries Organization-NAFO, Atlantik Tunalarının Muhafazası için Komite – The International Commission for the Conservation of Atlantic Tunas – ICCAT] araştırma konusundaki iş birliğini gerçekleştirmiştir.

Daha genel olarak 1990'da bir andlaşma ile kurulan Hint Okyanusu Deniz Olayları İş Birliği Teşkilâtı (Indian Ocean Rim Association – IORA), Hint Okyanusu'ndaki devletler arasında deniz bilimi ve teknolojisinde iş birliğini geliştirmeyi amaçlar. Yine 1990'da bir anlaşma ile kurulan Güney Pasifik Uygulamalı Yerbilimi Komisyonu (South Pacific Applied Geoscience Commission – SOPAC), kıyının ve yakınındaki deniz alanlarının fiziki çevresine dair kaynaklarının idaresinde üye devletlere yardımcı olmak üzere deniz yatağı mineralleri⁹³ ile jeolojik ve jeofizik araştırmalar için bilgi tedariki görevini haizdir.

Devletler, deniz araştırmaları için ikili düzeyde de iş birliği yapabilir. 1971 tarihli İspanya ve Portekiz arasında ilgili alanda okyanus araştırmalarında deniz kaynaklarının bir envanterini yapmak için iş birliğine dair bir anlaşma akdedilmiştir.⁹⁴ Yine Hindistan'ın, Mauritius, Rusya, Portekiz, Çin ile okyanus bilim ve teknoloji alanında ikili anlaşmaları ve ortak programları bulunmaktadır.⁹⁵ Programların yürütüldüğü bölgedeki kıyı devletleri ve gelişmekte olan ülkelerin dahil olduğu araştırma projelerinde daha fazla milletlerarası iş birliği yapılması, kıyı devletinin rızasının, daha çabuk elde edilmesini muhtemel kılabilir.

VIII. SONUÇ

Denizde bilimsel araştırma ile ilgili düzenlemelerin henüz kesin bir şekilde gerçekleştirilemediği ve bazı temel alanlarda belirsizliklerin bulunduğu açıktır. Bu, 1982 tarihli *Sözleşme*'nin hazırlık çalışmaları sırasında belirginleşen çeşitli çıkar çatışmalarının dengelenmesi çabalarının bir sonucudur. Bu tür araştırmalar devletlerin ekonomik ve güvenlik çıkarlarını aynı anda etkileyebilir. Özellikle kıyı devletlerinin ve denize kıyısı bulunmayan devletlerin görüşleri, kıyı devletlerinin hem MEB'lerinde hem de kıta sahanlıklarında bilimsel araştırmaya uygulayacağı denetim derecesine ilişkin endişe duymaları sebebiyle farklı olmuştur. Ayrıca, gelişmekte olan devletler denizde bilimsel araştırmanın sıkı bir şekilde düzenlenmesini arzu ederken, gelişmiş devletler daha serbest bir yaklaşım benimsemiştir. *BMDHS*'deki bazı temel ilkelerin geliştirilmesi sonucunda daha fazla açıklık elde edilebilecektir.

93 S. Demirsoy, "Deniz Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Madencilikle İlişkisi", 79 *Maden Tetkik ve Arama Dergisi* 75 – 99 (2015), s.77.

94 *Treaty Series / Recueil Des Traités*: 41691-41708 / II, 1276-1283, Vol.2327, No.41695, 2005, s.83.

95 K.R. Gupta, A. Gupta, *Concise Encyclopaedia of India*, Vol.3, 2006, Atlantic Publishers and Distributers, s.908-909.

Belirtildiği gibi, “denizde bilimsel araştırma” kavramının kendisi tanımsız kalmıştır. Bunun nedeni, Konferans’ta yapılan tartışmaların son derece karmaşık olması ve tatmin edici bir sonuca ulaşamamasıdır. Denizde bilimsel araştırma ve diğer araştırmalar arasındaki ayırım da belirsizliğini korumaktadır. Denizde bilimsel araştırma kavramının belirsizliği, MEB’deki araştırma faaliyetleri üzerinde kıyı devletinin yargı yetkisi bakımından bir anlaşmazlık kaynağı olabilir. Başka bir devletin MEB’sindeki hidrografik ve askeri araştırma faaliyetinin hukukiliği özellikle tartışılabilir bir konudur. Deniz kuvvetleri, üçüncü bir Devletin MEB’sindeki bu tür araştırmanın serbest olmasını savunurken, bazı kıyı devletleri bu faaliyetleri düzenleme hakkına sahip oldukları düşünceğini taşırlar. şimdiye kadar, bu soru cevapsız kalmıştır. Bir kıyı devletinin, MEB içinde yapılan denizde bilimsel araştırmanın yürütülmesini meşru gerekçelerle reddederek bu konudaki gerçek iradesini gizlememesini sağlayabilmek açısından daha fazla öngörülebilirliğe ihtiyaç vardır. Kıyı devletlerinin, deniz çevresine zarar verebileceği gerekçesiyle veya denizdeki bir bilimsel projesinin doğal kaynakların araştırılması ve işletilmesine “doğrudan doğruya önemi olduğu” gerekçesiyle bilimsel araştırmanın kendi MEB’sinde yürütülmesine hangi aşamada izin vermeyeceği belli değildir.

Rejim içerisindeki genel ölçüt ve kılavuz ilkelerin daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması, kıyı devletlerinin, rızasını vermeyebileceği dayanakları sübjektif olarak değerlendirmesini önleyecektir. Denizde bilimsel araştırma veri sonuçlarının etkin bir şekilde korunması istemi, bu hakların özel anlaşma ile düzenlenmesi yerine milletlerarası düzenleme yapılması yoluyla sağlanabilir. En gelişmiş deniz bilimi teknolojilerine sahip en güçlü ülkeler bile, denizin işleyiş yapısını tek başına açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Böylelikle bu tür araştırmaları teşvik etmek için milletlerarası iş birliği gereği ortaya çıkmaktadır. Denizde bilimsel araştırmanın, insanlığın bir bütün olarak yararına katkıda bulunabileceği düşünöldüğünde, milletlerarası bilimsel iş birliği giderek önem kazanmaktadır. Belirtildiği gibi, BMHDS denizde bilimsel araştırma alanında milletlerarası iş birliğini içeren birçok hüküm içermektedir. Bu iş birliği, UNESCO, IOC, FAO ve Otorite gibi milletlerarası kuruluşlar aracılığıyla da teşvik edilmektedir. Deniz ortamının barış içinde korunmasını sağlamak üzere denizde bilimsel araştırmaya evrensel olarak uygulanabilir bir düzenleme süreci geliştirilmeye devam edilmelidir.

KAYNAKÇA

I – KİTAP VE MAKALELER

- BATEMAN S., “Prospective Guidelines for Navigation and Overflight in the Exclusive Economic Zone”, 144 **Maritime Studies**, 2005, s.18. The Australian Association for Maritime Affairs. <http://ro.uow.edu.au/lawpapers/247>.(31.07.2018)
- BATEMAN S., “Hydrographic Surveying in the EEZ: Differences and Overlaps with Marine Scientific Research”, **Marine Policy**, 29 (2005).
- BİRNİE P., “Law of The Sea and Ocean Resources: Implications for Marine Scientific Research”, 10 **The International Journal Of Marine And Coastal Law** 233-234 (1995).
- CAFLİSCH L., PİCCARD J., “The Legal Regime of Marine Scientific Research and the Third United Nations Conference on the Law of the Sea”, 38 **Hiedelberg Journal of International Law** 868-869 (1978).

- CHANG W.L., CHANHO P., “**Joint Marine Scientific Research in Intermediate/Provisional Zones between Korea and Japan**”, The 7th Conference of Science Council of Asia Conference Workshop D: Security of Ocean in Asia, Okinawa, Japan, June 14-16, 2007.
- CHURCHİLL R. R., LOWE A.V., **The Law of the Sea**, Third Edition, Manchester University Press 1999, s.405.
- ÇAMYAMAÇ A., **Denize Kıyısı Olmayan ve Coğrafi Bakımdan Elverişsiz Konumda Bulunan Devletlerin Hukukî Durumu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- DEMİRİSOY S., “*Deniz Hukukundaki Yeni Gelişmeler ve Madencilikle İlişkisi*”, 79 **Maden Tetkik ve Arama Dergisi** 75 – 99 (2015).
- DOUSSİS E., “*Marine Scientific Research: Taking Stock and Looking Ahead*”, G. Andreone: Editor, **The Future of the Law of the Sea Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests**, Springer Open, 2017.
- DUPUY R. J., VİGNES D., **A Handbook on the New Law of the Sea**, Vol.2, Part IV, Ch.19, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.
- FİNCH S. B. Jr., “*Pueblo and Mayaguez: A Legal Analysis*”, 9 **Case Western Reserve Journal of International Law** 79 (1977).
- FREEMAN K., **Legal Aspects of Marine Scientific Research (MSR) and Part XIII of the UN, Convention on the Law of the Sea (UNCLOS)**, ABLOS Conference – Monaco – 10-12 October 2005.
- GRAGL P., “*Marine Scientific Research*”, **The IMLI Manual on International Maritime Law: Volume I: The Law of the Sea**, Ed. By: David Attard, Malgosia Fitzmaurice, Norman A Martínez Gutiérrez, 2014.
- GUPTA K.R., GUPTA A., **Concise Encyclopaedia of India**, Vol.3, Atlantic Publishers and Distributers, 2006.
- HOLLİCK A. L., “*The Origins of the 200 Mile Offshore Zones*”, **American Journal of International Law (AJIL)** 494-500 (1977).
- ILGAZ H., “*Denizde Bilimsel Araştırmaların Uluslararası Hukukta Düzenlenmesi İhtiyacının Ortaya Çıkışı*”, **Journal of Naval Science and Engineering**, Vol. 5, No.1, 2009.
- KLODKİN A., *Draft Convention on the Legal Status of Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (ODAS)*, second revision, SC 93/CONF, 209/LD 13. IOC. Assembly; 17th session, Paris; 1993.
- KVINIKHIDZE S., “*Contemporary Exclusive Fishery Zones or Why Some States Still Claim an EFZ*”, **The International Journal of Marine and Coastal Law**, Vol.23, 2008.
- LEE CW. and PARK C., *Joint Marine Scientific Research in Intermediate/Provisional Zones between Korea and Japan*, s.5, The Seventh Conference of the Science Council of Asia (SCA) June 14 – 16, 2007. http://www.scj.go.jp/en/sca/pdf/7th_weepark.pdf (31.07.2018).
- NORDQUİST M.H. et al. (Eds), **United Nations Convention on the Law of the Sea 1982: A Commentary** (Martinus Nijhoff, 1991), Vol. IV, 238.7.
- ODA S., **The International Law of the Ocean Development: Basic Documents**, Volume II, Sijtoff, Leiden 1975.
- ORAL N., “*The Need for A Regional Framework for Marine Scientific Research in the Black Sea and Mediterranean Sea*”, **Marine Genomics** (2014), s.1.
- OXMAN B. H., “The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Eighth Session (1979)”, 74 **AJIL** 1 (1980), s. 26.
- PAPADAKIS N., “*Some Legal Problems Associated With the Ocean Data Acquisition Systems, Aids and Devices (ODAS)*”, **International Relations**, Volume: 5, Issue: 1, 1975.

- PARTNER T. D., FREEMAN K., “*Marine Scientific Research under UNCLOS: a Vital Global Resource?*”, **International Hydrographic Review**, Vol. 7, No. 2 (New Series) August 2006.
- PARTNER T. D., FREEMAN K., *Legal Aspects of Marine Scientific Research (MSR)*, ABLOS Conference – Monaco – 10-12 October 2005.
- RAO R. J. R., “The International Legal Regime of ODAS And Other Offshore Research Installations”, 22 *Indian Journal of International Law (IJIL)* 375-95 (1982).
- ROACH A. J. and SMÍTH R. W., **Excessive Maritime Claims**, Third Edition, Leiden-Boston 2012, para.1.2–15.1.1.
- ROACH J. A., “*Today’s Customary International Law of the Sea*”, 45 **ODIL** 251 (2014).
- SCHEÏBER H. N., KRASKA J., KWON M., **Science, Technology, and New Challenges to Ocean Law**, Brill Nijhoff, 2015.
- SOONS A.H.A., **Marine Scientific Research and the Law of the Sea**, The Hague, 1982.
- SOONS A.H.A., **Marine Scientific Research Provisions in the Convention on the Law of the Sea: Issues of Interpretation**, in E. D. Brown and R. R. Churchill (eds.), *The UN Convention on the Law of the Sea: Impact and Implementation*, Proceedings of The Law of the Sea Institute, Nineteenth Annual Conference, Honolulu, University of Hawaii, 1987.
- SULLIVAN W. L., “*The Impact of UNCLOS III On Marine Scientific Research*”, 10 **OCEANS** ‘78, Washington, DC, USA.
- SYDNES A. K., “*Regional Fishery Organisations In Developing Regions: Adapting To Changes In International Fisheries Law*”, 26 **Marine Policy** 373–381 (2002).
- TANAKA Y., **The International Law of the Sea**, 2nd Edition, Cambridge University Press 2015.
- TOPSOY F., “1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (UNCLOS) Bağlamında Denize İlişkin Bilimsel Araştırma (MSR) Kavramı ve Hukukî Statüsü”, **Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2010, 2 (1).
- TREVES T., “*Marine Scientific Research*” in R. Wolfrum (ed.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2nd ed.; Oxford: Oxford University Press, 2013.
- VARGAS J. A., “*U.S. Marine Scientific Research Activities Offshore Mexico: An Evaluation of Mexico’s Recent Regulatory Legal Framework*”, 24 **Denver Journal of International Law and Policy** 15 (1995).
- WALKER G. K.(ed), **Definitions for the Law of the Sea: Terms Not Defined by the 1982 Convention**, Report of the International Law Association American Branch Law of the Sea Committee, Leiden – Boston 2012.
- WANG James C. F., **Handbook on Ocean Politics & Law**, Westport, CT: Greenwood Press,1992.
- WEGELEİN F. H.Th., **Marine Scientific Research, The Operation and Status of Research Vessels and Other Platforms in International Law**, Publications on Ocean Development, Martinus Nijhoff Publishers Leiden / Boston, Volume 49, 2005.
- WOOSTER W.S., “*Research in Troubled Waters US Research Vessel Clearance Experience, 1972-78*”, 9 **Ocean Development and International Law (ODIL)** 219-39(1981).
- YSERN M.G., **Principles of International Law of the Sea Governing Coastal State Access to Marine Scientific Research Results**, 1995.

II – BELGELER

“Legal Problems Associated with Ocean Data Acquisition Systems (ODAS)”, UNESDOC IOC Technical Series No.5 (1969).

1833 **United Nations Treaty Series** 396.

21 International Legal Materials 1261(1982), Part XIII, m. 238-265.

450 **United Nations Treaty Series** 82.

516 **United Nations Treaty Series** 2205.

499 **United Nations Treaty Series** 311.

Agreement on Delimitation of Marine and Submarine Areas and Maritime Cooperation between the Republic of Colombia and the Dominican Republic (13 January 1978). m.3. <http://www.un.org/depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/COL-DOM1978MC.PDF> (31.07.2018)

Council for Security Cooperation in the Asia Pacific (CSCAP), *The Practice of the Law of the Sea in the Asia Pacific*, CSCAP Memorandum No.6, December 2002 (www.cscap.org) dn. 3.

Digest of U.S. Practice in International Law 1989–1990, s. 478.

Doc. A/CONF.62/WP.8/Part III, *Informal Single Negotiating Text*, Part III (1975).

Doc. A/A.138/SC. III/L.31 (1973). Bulgaria, Poland, Ukrainian SSR and Union of Soviet Socialist Republics: Draft Article for A Convention on Scientific Research in the World Ocean.

Doc. A/AC.138/SC.III/L.18 (1972). Canada: Working Paper on Principles on Marine Scientific Research.

Doc. A/CONF.62/C.3/L.17, 1974, Texts on item 13 (Marine scientific research) and item 14 (Development and transfer of technology), Texts Submitted As Conference Room Papers to the Informal Meetings, **Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea**, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions).

Doc. A/CONF.62/C.3/L.17, 1974, Texts on item 13 (Marine scientific research) and item 14 (Development and transfer of technology), **Official Records of the Third United Nations Conference on the Law of the Sea**, Volume III (Documents of the Conference, First and Second Sessions), s.263.

Doc. A/CONF.62/C.3/L.26, 1975. Bulgaria, Byelorussian Soviet Socialist Republic, Czechoslovakia, German Democratic Republic, Hungary, Mongolia, Poland, Ukrainian Soviet Socialist Republic and Union of Soviet Socialist Republics: Draft articles on marine scientific research, **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)**, Volume IV: Third Session (*Geneva, 17 March to 9 May 1975*)

Doc. A/CONF.62/WP.10 **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)**, Volume VIII: *Informal Composite Negotiating Text*, 15 July 1977.

Doc. A/CONF.62/C.3/L.9 (1974), Draft Articles on Marine Scientific Research, **Third United Nations Conference on the Law of the Sea (1973–1982)** First and Second Session (*New York, 3–15 December 1973 and Caracas, 20 June to 29 August 1974*) Volume III: *Documents*.

Email dated 21 Nov 2003 from Mr. Chris Carleton, Head, Law of the Sea Division, United Kingdom Hydrographic Office.

Maritime Delimitation Treaty between Jamaica and the Republic of Colombia, 12 Nov. 1993, <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/TREATIES/JAMCOL1993MD.PDF> (31.07.2018).

Preliminary Draft Convention on Ocean Data Acquisition Systems (ODAS), UNESDOC.SC.72/CONF.85/3; SC/IOC.EG.1(IV)/12. Annex III, Paris 22 October 1971.

Statement by the President of the USA, 10 March 1983. 22 International Legal Materials (ILM) 464 (1983).

The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations, NWP 1-14M, July 2007, 2.6.2.1.

United Nations Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea Office of Legal Affairs, **Marine Scientific Research, A Revised Guide to the Implementation of the Relevant Provisions of UNCLOS**. New York, 2010.

United Nations, **Report of the Secretary General, Oceans and the Law of the Sea**, Addendum, A/66/70/Add.1, 11 April 2011.

United Nations Treaty Series / Recueil Des Traités: 41691-41708 / II, 1276-1283, Vol.2327, No.41695, 2005.

Yearbook of the International Law Commission, 1956, vol. II, *Articles concerning the Law of the Sea with Commentaries, Freedom of The High Seas*, article 27.

III – MAHKEME KARARLARI

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, **I.C.J. Reports** 1976, p. 3.

Case Concerning Filletting within the Gulf of St. Lawrence between Canada and France, **Reports of International Arbitral Awards**, 17 July 1986, Volume XIX, s. 255, para 49, 2006.

Southern Bluefin Tuna Cases, (New Zealand v. Japan), Order of 3 August 1999, **ITLOS Reports** 1999; *Southern Bluefin Tuna (Australia v. Japan)*, Order of 3 August 1999, **ITLOS Reports** 1999; *Southern Bluefin Tuna (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Order of 16 August 1999, **ITLOS Reports** 1999.

The Minquiers and Ecrehos case, Judgment of November 17th, 1953: **I.C. J. Reports** 1953, p. 47.

Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kurallarının Güçlendirilmesi: Beps ve Atad Projelerindeki ve Türk Mevzuatındaki Düzenlemeler

Strengthening Controlled Foreign Company Rules: Beps, Atad And Turkish Cfc Rules

İtibar AYDEMİR-USLU 

Öz

1990'ların sonlarında ortaya çıkmaya başlayan haksız vergi rekabetine yönelik çalışmalar, son yıllarda oldukça hız kazanmıştır. OECD öncülüğünde yürütülen çalışmalar neticesinde 2013 yılında başlatılan Matrah Aşındırması ve Karın Kaydırılması (Base Erosion and Profit Shifting-BEPS) projesini, bu projenin Avrupa Birliği (AB) bünyesindeki yansıması olan Vergiden Kaçınma Karşısı Direktif (Anti-Tax Avoidance Directive-ATAD) takip etmiştir. Bu projelerin temel amacı; ülkelerin yerel düzeyde uyguladıkları katı olmayan mevzuatlar yoluyla ve sağladıkları finansal teşvik ve kolaylıklarla, uluslararası düzeyde bilinçli olarak ya da olmayarak yarattıkları haksız vergi rekabetinin önüne geçmek ve karın düşük vergi uygulayan ya da hiç vergi uygulamayan ülkelere kaydırılarak matrahın aşındırılması suretiyle ülke hazinelerinin yaşadıkları kayıpları bertaraf etmektir. Bu nedenle BEPS 15 Eylem Planı oluşturularak, zararlı vergi rekabetinin engellenebilmesi için alınması gereken önlemleri tavsiye kararlar şeklinde sunmuştur. Bu eylem planlarından birisi de BEPS'te 3 Numaralı Eylem Planı olarak yer alan "Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Kurallarının Güçlendirilmesi" dir. Bu çalışmanın amacı; KEYK kurallarının güçlendirilmesi konusunda BEPS ve ATAD projelerindeki öneriler ile Türkiye'deki buna yönelik düzenlemeleri karşılaştırmalı biçimde ele almaktır. Bu çerçevede, BEPS ve ATAD kapsamında yürütülen çalışmalar sonucunda ortaya çıkan raporlarda sunulan tavsiye kararlar ile Türkiye'de 2006 yılında yürürlüğe giren 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) ile getirilen değişiklikler incelenmiş ve mevzuatımızda KEYK konusundaki düzenlemelerin vergiden kaçınmanın önlenmesi hususunda geliştirilmeye ihtiyaç duyduğu ve yeterince açık olmadığı, ayrıca OECD ve AB'nin bu konuda geliştirdiği tek tip tavsiyelerin de yeterince yol gösterici olmadığı ve ülkelerin vergileme konusundaki egemenlik haklarının kullanımı hususunda endişelere neden olduğu görülmüştür.

Anahtar Kelimeler: BEPS, ATAD, Kontrol Edilen Yabancı Kurum, 3 Numaralı Eylem Planı, Matrah Aşındırması, Karın Kaydırılması.

* Doktora Öğrencisi, Università degli Studi di Urbino Carlo Bo, Global Studies: Society, Economy and Law.
E-Mail: i.aydemiruslu@campus.uniurb.it.

Abstract

In the last few years, efforts towards harmful tax competition, which started in the late 1990s, gained momentum. As a result of the studies conducted under the leadership of the OECD, the BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) project was followed by the ATAD (Anti-Avoidance Directive) which is the reflection of this project within the European Union. The main purpose of these projects is; to eliminate the losses in state treasuries because of the harmful tax competition at the international level, which is created consciously or not by the soft law of countries at the local level and through the financial incentives and facilities they provide, and prevent base erosion and profit shifting to low or no-tax jurisdictions. In this way, the BEPS 15 Action Plan has been prepared and the measures to be taken in order to prevent harmful tax competition are presented in the form of recommendations. One of these action plans is the "Strengthening Controlled Foreign Company (CFC) Rules" which is Action 3 of BEPS. The aim of this study is; to discuss the recommendations of BEPS and ATAD projects and the regulations in Turkey related to strengthening CFC rules on a comprehensive basis. In this context, the recommendations presented in the reports as a result of the studies BEPS and ATAD projects and changes introduced by the new Corporate Tax Law (KVK), which entered into force in 2006 is examined. As a consequence, it has been seen that the regulations and recommendations about the CFC rules in Turkey need to be developed and not clear enough to prevent tax avoidance, as well as the monotype recommendations of the OECD and the EU on this issue are not sufficient guide and raise concerns about the use of sovereign rights on taxation.

Keywords: BEPS, ATAD, controlled foreign company, Action 3, base erosion, profit shifting.

Giriş

1980'lerden itibaren, sermaye hareketlerinin hız kazanması, finansal serbestleşme, teknoloji alanında ilerlemeler, elektronik ticaretin yaygınlaşması ve işlem maliyetlerini azaltan gelişmeler yaşanması ile birlikte çokuluslu şirketler dünya ticaretinin önemli bir kısmına egemen olmuşlardır. Bu durum, ülke ekonomilerinin küresel düzeyde birbirine eklenme sürecini daha da hızlandırmış ve ülke sınırlarını daha belirsiz hale getirmiştir. Sermayenin ülke ekonomileri arasında kolaylıkla hareket edebilmesi, karın vergi oranlarının daha düşük olduğu ya da hiç vergilemenin olmadığı ülkelere kaydırılması gibi sorunları beraberinde getirmiştir ve bu durum ülkelerin vergi matrahlarının aşınması ile sonuçlanmıştır. Bunun temel nedeni, ülkelerin yabancı sermayeyi kendi ülkelerine çekebilmek için girmiş oldukları zararlı vergi rekabetidir. Yaşanan bu gelişmeler, vergi ile ilgili sorunların ulusal ve uluslararası politik gündemde daha fazla yer almasını sağlamıştır.¹

Uluslararası işlemlerin artan ekonomik önemi, kurumlar vergisi sistemi üzerinde artan bir baskı oluşturmuştur. Birçok ülkede, özellikle ABD gibi yüksek gelirli ülkelerde, kurumlar vergisi hükümleri, yerel bazda tasarlanmıştır. Küresel sermaye ve mal piyasaları nedeniyle ortaya çıkan sorunları ve fırsatları ele alma amaçlı değişiklikler ise, genellikle sonradan dahil edilmiştir.²

1 Birinci Nagihan ve Eser Levent Yahya. Vergi Kayıp ve Kaçaklarıyla Mücadelede BEPS Eylem Planı ve Değerlendirilmesi. *Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Eylül 2017, Cilt: 3, Sayı: 3, s. 448.

2 Desai, Mihir A., and James R. Hines Jr. "Old rules and new realities: Corporate tax policy in a global setting." *National Tax Journal* 2004, s.937.

Uluslararası platformda bu gündemin yansımaları, Matrah Aşındırması ve Karın Kaydırılması (Base Erosion and Profit Shifting – BEPS) ve Vergiden Kaçınma Karşıtı Direktif (Anti-Tax Avoidance Directive – ATAD) projeleri olmuştur. Her ikisinde de yer alan Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) kuralları, özellikle sermayenin aşırı hareketli olması nedeniyle sahip olduğu avantajı kullanarak, ana şirketin bulunduğu yerdeki yüksek vergi oranına tabi geliri, vergilemenin düşük olduğu ya da hiç olmadığı başka ülkelere kaydırmak suretiyle yarattığı matrah aşındırmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır.

İlk olarak, G20 ülkeleri tarafından başlatılan ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) ülkelerini de başından beri sürece dahil eden BEPS gündeme gelmiştir. Şubat 2013'te BEPS Raporunun yayınlanmasının ardından, OECD ve G20 ülkeleri, Eylül 2013'te BEPS kapsamında 15 maddelik bir Eylem Planı kabul etmişlerdir. Eylem Planı çerçevesinde, üç ana başlıkta 15 eylem belirlenmiştir. Bunlar; *sınır ötesi faaliyetleri etkileyen yerel vergi kurallarında tutarlılık sağlanması, mevcut uluslararası standartlar kapsamındaki gereksinimleri daha da pekiştiren ve kesinliğin yanı sıra şeffaflığı artıran kurallar oluşturulmasıdır.*³

Avrupa Birliği bünyesinde de çoğu üye devlet, Ekim 2015'te yayınlanan ve G20 ülke liderleri tarafından Kasım 2015'te onaylanan BEPS Final Raporu'nda yer alan önlemleri uygulamaya koyma taahhüdünde bulunmuştur.⁴

Ancak BEPS'in her bir üye devlet tarafından tek taraflı kullanılması, AB'deki kurumlar açısından ulusal politika çatışmaları ve vergi engelleri yaratarak Tek Pazar'ın parçalanmasına neden olabileceği endişesi yaratmıştır. Ayrıca, bu durumun vergilendirmeyi önlemek isteyen şirketler tarafından sömürülebilecek yeni boşluklar ve uyumsuzluklar yaratabileceği düşünülmüştür. Bu nedenle, üye devletlerin, en azından OECD'nin BEPS tedbirlerini tutarlı ve koordineli bir biçimde kendi ulusal sistemlerine aktarmalarının, Tek Pazar'ın iyi işleyişi için esas olduğu belirtilmiştir.⁵

Bu bağlamda, AB üyesi ülkelerde, daha adil ve daha verimli bir vergileme sistemi oluşturmak için bütüncül bir çözüm olarak ilk kez 23 Ekim 2001'de yayınlanan Ortak Konsolide Kurumlar Vergisi Matrahı (Common Consolidated Corporate Tax Base) önerisi son yıllarda yeniden gündeme gelmiştir.⁶

Komisyon, 30 Kasım 2015 tarihinde, AB kapsamındaki üye devletlerin ve iş çevrelerinin temsilcileri ile Platform for Tax Good Governance dahilindeki STK'larla görüşerek Vergiden Kaçınma Karşıtı Paket (Anti-Tax Avoidance Package)'i sunmuş ve bu daha sonra Vergiden

3 OECD. Public Discussion Draft Beps Action 3: Strengthening CFC Rules, OECD Publishing 12 May 2015b, s.3-4. <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beeps-action-3-strengthening-cfc-rules.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2018; OECD, Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing 2013. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4202719-en> Erişim Tarihi: 11.03.2018

4 European Commission, Proposal for a Council Directive, Brussels, 28.1.2016, COM (2016) 26 final/2016/0011(CNS) 2016a, s.3.

5 European Commission, Proposal for a Council Directive 2016a, s.3-4.

6 Gedik Gülşen. Grup Şirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon, On iki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul 2019, s. 22.

Kaçınma Karşısı Direktif (Anti-Tax Avoidance Directive – ATAD) halini almıştır. Bu Direktif, BEPS’in önerilerinin AB genelinde uygulanmasında üye ülkeler arasında farklılaşan düzenlemeler bakımından bir denge sağlamayı ve genel kurallar belirlemeyi hedeflemektedir.⁷ Türkiye’de de 2006 yılında yürürlüğe giren 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK)⁸ ile çokuluslu şirketlerin vergilendirilmesinde kontrol edilen yabancı kurum müessesesi mevzuatımızda yer bulmuştur.

KEYK kuralları, gelişmiş ülkelerde ve özellikle vergi cennetlerinde ya da imtiyazlı vergi rejimi uygulayan ülkelerdeki yabancı kurumların, mükellefin ikamet ettiği ülkedeki vergiden kaçınması ya da verginin ertelenmesi amacıyla yönelik olarak kullanılmasını engellemek amacıyla haksız vergi rekabeti uygulamalarını önlemeye ve ortadan kaldırmaya çalışan bir güvenlik müessesesi olarak gündeme gelmiştir.⁹

Düşük vergi oranına sahip ülkelerde kontrol edilen iştirakleri ve bağlı ortaklıkları olan vergi mükellefleri, yüksek miktardaki karları ana şirketten bu kuruluşlara kaydırmak suretiyle daha düşük vergi ödeyebilir veya vergi istisna uygulamalarından yararlanabilirler. Karın kaydırılması ile temel amaç, şirketler grubunun vergi yükümlülüğünün azaltılmasıdır. Bağlı ortaklara genellikle hareket kabiliyeti yüksek olan pasif gelirler kaydırılmaktadır.¹⁰

KEYK kuralları, doğru tasarlandığında bu tip vergiden kaçınmaları azaltmak için önemli ve etkili bir araç iken, yanlış tasarlandığında hükümetleri, çok uluslu şirketlere uygulanacak vergi oranlarını düşürme yönünde teşvik edebilir. Bu ikinci durum devletler arasında “dibe doğru bir yarış” ile sonuçlanabilir. KEYK kurallarının ardındaki genel fikir; hükümetlerin, vergi yetkileri dışında bulunan çok uluslu şirket karlarını vergiye tabi tutabilmelerini sağlayarak, bu şirketlerin düşük vergi alanlarına kaymasını engellemektir.¹¹

KEYK kuralları çerçevesinde, KEYK’in geliri ya kurum ortaklarının elde ettiği gelir ya da bu kişilere şirket tarafından dağıtılan kar payı varsayılarak vergilendirilir. Böylece, ana şirketin, mukimi olduğu devlete atfedilen gelir üzerinden vergilendirilmesine ve yapay olarak düşük vergi oranına tabi olan bir bağlı kuruluşun gelirinin, ana şirketle yeniden ilişkilendirilmesine olanak sağlanmaktadır.¹²

Bir diğer yandan, Avrupa Komisyonu 2016 yılındaki raporunda, düşük gelirli veya düşük kar marjlı ve vergiden kaçınma riski daha az olan belirli kuruluşların bu süreçten muaf tutularak, sürece ilişkin idari yük ve uyum maliyetlerinin azaltılabileceğini öne sürmüştür. Daha yüksek

7 European Comission. Commission Staff Working Document Accompanying The Document. Brussels, 28.1.2016 SWD(2016) 6 final, 2016c s.10.

8 RG: 21.06.2006, 26205

9 Gedik Gülşen. Türk ve Amerikan Vergi Hukuklarında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları, On İki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul 2014a, s. 2-3.

10 European Commision, Proposal for a Council Directive 2016a, s.9

11 Eurodad. Briefing: An analysis of the European Commission’s Anti-Tax Avoidance Package, 2016.

12 Sağlam Meltem. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011, s. 26.

düzye bir koruma sağlamak için ise, KEYK kurallarının uygulanmaya başlandığı kontrol eşliğinin aşağı çekilebileceği veya ödenecek kurumlar vergisi ile ödenen kurumlar vergisini karşılaştırırken daha yüksek bir eşik uygulanabileceği ifade edilmiştir. Temel özgürlüklere zarar vermemek ve yeterince açık olmak adına, KEYK kapsamına alınacak gelir kategorilerinin sınırlı ve belirli olması gerektiği belirtilmiştir.¹³

Bu çalışmanın amacı, KEYK kuralları konusunda BEPS, ATAD ve Türkiye’de yapılan düzenlemeleri karşılaştırmalı biçimde ele almaktır. Makale, üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde BEPS’te yer alan KEYK düzenlemeleri ele alındıktan sonra ikinci bölümde BEPS’in Avrupa Birliği içerisinde uygulaması olan ATAD’daki KEYK kuralları incelenmiştir. Son bölümde ise Türk vergi mevzuatındaki KEYK düzenlemelerine yer verilmiş ve bunların uluslararası düzenlemeler ve özellikle BEPS ile uyumlu olup olmadığı hususu ele alınmıştır.

I. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KURALLARI KONUSUNDA BEPS’TEKİ DÜZENLEMELER

Uluslararası vergi konusu, hiçbir zaman bugün olduğu kadar siyasi gündemin bir parçası olmamıştır. Son yıllarda, ulusal ekonomilerin ve pazarların birbirine eklenmesi sürecinin önemli ölçüde hızlanması ile, uzun bir süre önce tasarlanmış olan uluslararası vergi kuralları yeterince etkin işleyemez hale gelmiştir. Vergi matrahının aşındırılması ve karın kaydırılmasına yönelik olarak uluslararası vergi hukukunda en önemli üç önlem, geçtiğimiz yıllarda birçok ülke tarafından kabul edilen transfer fiyatlandırma kuralları, örtülü sermaye kuralları ve kontrol edilen yabancı kurum kurallarıdır.¹⁴ Bu noktada bir çözüm önerisi olarak ortaya çıkan BEPS projesi kapsamında, 3 numaralı eylem planı ile kontrol edilen yabancı kurum kurallarının güçlendirilmesine ve küresel vergi matrahını korumaya yönelik yaklaşımlar geliştirmiştir.¹⁵ Bu yaklaşımların etkilerinin olumlu mu olumsuz mu olacağı konusunda literatürde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

Yaltı’ya göre¹⁶, BEPS uygulamaları yumuşak hukuk kapsamında olsa da ülkelerin bu tavsiyeleri dolaylı hukuksal etki yaratacak kurallar olarak benimsediği ve böylece çoğu ülkenin her hal ve koşulda gönüllü ya da zorunlu biçimde uyum gösterecekleri kurallar olduğu da iddia edilebilir. Bu durumda iç hukukta yapılacak değişiklikler yoluyla katı hukuka dönüştürülmesi hususundaki uyum konusunu siyasi taahhütlere uyumun ötesinde görmek de olasıdır. O halde uyulması gereken bu kararları kimin aldığı sorusu gündeme gelecektir. Bu kuralların devlet ve devlet dışı aktörlerin yoğun etkileşimi ile alındığını vurgulayan görüşler olmakla birlikte, bu kararların alınması sürecinde demokratik bir temsil boşluğu oluştuğunu iddia eden yaklaşımlar da mevcuttur.

13 European Commission. Council Directive (Eu) 2016/1164 of 12 July 2016b, s.4.

14 Egger, Peter H., and Georg Wamser. “The Impact Of Controlled Foreign Company Legislation On Real Investments Abroad. A Multi-Dimensional Regression Discontinuity Design.” *Journal of Public Economics* 129, 2015, s.77-78.

15 OECD, 2015b, s.4.

16 Yaltı, Billur. BEPS’in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi Ötesinde mi?. Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS), 175-193. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.191-192.

BEPS bağlamında alınan kararların iç hukukla uyumlu hale getirilmesi ülkelerin parlamentoları aracılığı ile yapılacak olsa da OECD bünyesinde yapılan görüşmelerin parlamento temsilcileri değil devlet temsilcileri temelinde yürütülmesi, demokratik temsil anlamında ortaya çıkan boşluğun temel nedenidir. Buna ek olarak Brauner¹⁷ KEYK kurallarını, ikametgâh ülkelerinin kendi vergi tabanlarını korumak için genellikle tek taraflı olarak kullandıkları önlemler olarak kabul etmektedir. Ona göre, BEPS kuralları aracılığıyla ikametgâh ülkelerinin her koşulda kendi vergi tabanlarını korumaları amacıyla diğer ülkelerin zararına olacak biçimde BEPS aracılığıyla KEYK kurallarının geliştirilmesi amaçlanmaktadır. OECD ve G20 ülkelerinden oluşan yapı bir “zengin ülkeler kulübü” olarak adlandırılmakta¹⁸ ve diğer ülkelerin çıkarları üye ülkelerinkiyle çatıştığında diğer ülkelerin çıkarlarının göz önünde bulundurulmadığı savunularak, BEPS gibi oluşumların da zengin ülkelerin çıkarlarını koruma amacı taşıdığı düşünülmektedir.¹⁹

Ancak bir diğer yandan, BEPS projesinin özellikle gelişmekte olan ülkeler açısından vergi hasılatının geliştirilmesi açısından fırsatlar sunduğu fikri de savunulmaktadır. Buna göre, halihazırda uygulanan kurallardaki zayıf yönlerin giderilebilmesi amacıyla ortaya çıkan BEPS projesi, karar alıcıların vergi sistemlerini güncellemesi, bu sitelere duyulan güveni yeniden sağlaması ve özellikle gelirin iktisadi faaliyetlerin gerçekleştiği ve değer yaratıldığı yerlerde vergilendirilmesi için fırsatlar sunmaktadır. Ona göre bu durum, özellikle sermaye ithal eden gelişmekte olan ülkelerin vergi tahsilatını olumlu etkileyecektir.²⁰ Ayrıca, çokuluslu şirketlerin yatırım yaparken ikametgâh ülkesi konusunda önyargıları olduğunda ve yabancı kökenli çok uluslu şirketlerin yatırımları vergi teşvikleri konusunda daha esnek cevap verdiğinde KEYK kurallarının en uygun politika olabileceği iddia edilmektedir. Bu durumda KEYK kuralları, devletlere seçici bir biçimde ve yabancı çokuluslu şirketler lehine bir vergi planlamasına olanak sağlayabilecektir.²¹

BEPS kapsamında Kontrol Edilen Yabancı Kurum konusundaki endişelerin temel kaynağı, mukim bir kuruluşun yabancı iştirakleri üzerinden gelir elde etme ve bu geliri vergi matrahından kaçırma olasılığıdır. BEPS projesinden önce de ülkeler KEYK'lerin yarattığı vergi kayıpları ile mücadele etmek amacıyla KEYK kurallarını kendi vergi düzenlemelerine dahil etmişlerdir. Ancak OECD'ye göre, bu kurallar BEPS'i çoğu zaman kapsamlı bir şekilde karşılamamakta ve hatta önemli eksiklikler ve zayıflıklar içermektedir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak oluşturulan BEPS 3 Numaralı Eylem Planı, KEYK kurallarının tasarımı ve güçlendirilmesi ile ilgili değerlendirmelerde bulunarak öneriler geliştirmeyi amaçlamaktadır.²²

17 Brauner, Yariv. Uluslararası Bakış Açısıyla BEPS: BEPS Nedir?. *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 1-37. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.12.

18 Dagan, Tsilly. “Community Obligations in International Taxation.” *Available at SSRN 2736923* 2016, s.21.

19 Brauner, Yariv. “What the BEPS.” *Florida Tax Review*, vol. 16, no. 2, 2014, s.63-64.

20 Prats Alfredo Garcia, Gelişmekte Olan Ülkelerin Bakış Açısıyla BEPS: İyi midir Kötü müdür? *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 123-135. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.126-127

21 Haufler, Andreas, Mohammed Mardan, and Dirk Schindler. “Double Tax Discrimination To Attract FDI And Fight Profit Shifting: The Role Of CFC Rules.” *Journal of International Economics* 114 (2018): 25-43, s.38.

22 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015a. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4241152-en>
Erişim Tarihi: 11.03.2018

OECD 2015 yılı Nihai Raporu'nda, KEYK kurallarının altı blok biçiminde tasarlanması gerektiği belirtilmiştir. Bunlar; (i) Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Tanımlanması, (ii) Kontrol Edilen Yabancı Kuruma İlişkin İstisna ve Eşikler, (iii) KEYK Gelirinin Tanımlanması, (iv) Gelir Hesaplamasında Kullanılan Kurallar, (v) Gelirin Hissedarlara Atfedilmesi ve (vi) Çifte Vergilendirmeyi Önleme veya Ortadan Kaldırma Kurallarıdır. KEYK kuralları ile temel olarak, vergi tabanının aşınması engellenirken, şirketler açısından da aşırı yönetim ve uyum maliyeti yaratılmadan çifte vergilendirme sorunlarından kaçınılması amaçlanmaktadır.²³

Bu bağlamda öncelikle, Kontrol Edilen Yabancı Kurum nitelemesinden ne anlaşıldığının ifade edilmesi ve bu kurumların tanımının yapılması ve yine bu kurumlar kapsamında ortaya çıkan hangi gelirlerin BEPS kapsamına alınacağıının belirlenmesi ve KEYK geliri tanımının yapılması gerekmektedir.

BEPS kapsamında bir kurumun hangi durumlarda “Kontrol Edilen Yabancı Kurum” (KEYK) olarak kabul edilebileceği ve KEYK kurallarının hangi durumlarda uygulanabileceği detaylı bir biçimde tanımlanmaktadır. İştiraklere veya bağlı ortaklara kaydırılarak gelirin yapay düşmesine neden olan tutarların vergi matrahına eklenmesi yanında, KEYK kuralları, ana kuruluşların BEPS kapsamında endişeler yaratan gelirler elde ettiği ve bu endişelerin başka bir yolla giderilemediği durumlarda, bu kuruluşlar bakımından da geçerli olabilecektir. KEYK'lerin kontrolü analiz edilirken, BEPS'in tavsiyesi, hukuki ve ekonomik kontrol açısından değerlendirme yapılmasıdır. BEPS kapsamında KEYK, *mukimlerin (kurumlar, gerçek kişiler ve diğerleri) üzerinde en az %50'den fazla kontrol sahibi olduğu yabancı kurumları* ifade etmektedir. Ancak, KEYK kurallarından kaçınmanın daha zor hale gelmesini amaçlayan devletler, bu eşiği daha aşağı çekebilecektir. Bu amaçla düzenlenen KEYK kurallarının hem doğrudan hem de dolaylı kontrolün söz konusu olduğu durumları kapsayacak biçimde uygulanması gerekmektedir.²⁴

A. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMUN TANIMLANMASI

Şirketler hukukunda, tüm tarihsel süreç boyunca şirketler *ayrı işletme doktrinine göre*, kendi hak ve yükümlülüklerine sahip olan, hissedarlarından farklı, ayrı birer yasal kişilik olarak kabul edilmişlerdir. 19. Yüzyıl sonlarında, kurumlar genel olarak ayrı mükellefler olarak değerlendirilmeye devam edilmekle birlikte, birden fazla işletmenin birbiri ile bağlantılı oldukları durumlarda vergileme kapsamında özel hükümlere tabi olması gerektiği fikri yaygınlaşmış ve bu şirketlerin tek bir şirket olarak kabul edildiği *tek işletme doktrini* daha çok kişi tarafından benimsenmiştir.²⁵

Tek işletme doktrinine göre, bir bağlı ortaklığın geliri ana şirkete devredilinceye kadar, ikamet ilkesi gereğince, gelirleri için vergi ödemek zorunda değildir. Kazanılan gelir, ikamet edilen ülkeye transfer edildiğinde, ilke olarak, kaynak ülkede hesaplanan verginin ikamet edilen ülkede

23 European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying The Document 2016c.

24 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.21.

25 Gedik, Grup Şirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon 2019, s. 1-3.

hesaplanan vergiden daha düşük olması durumunda, bu gelire ilave bir vergi uygulanır. Bu ek vergi, kaynak ülkede ödenen vergi ile ikamet edilen ülkede hesaplanan vergi arasındaki farka göre hesaplanır²⁶.

Özellikle son yıllarda, yabancı sermayeli şirketlerin kuruluşunun yaygınlaşması, holdinglerin bünyelerinde barındırdıkları şirketleri dünyanın farklı ülkelerine yayması, bazı şirketlerin yabancı ülkelerde şubeler oluşturmaları, kredi ve borç ilişkilerinin daha karmaşık bir hale gelmesi sermaye hareketliliğini beslemiş ve teknoloji de bu sürecin vazgeçilmez bileşeni olmuştur²⁷. Bu noktada mükellefin ikamet ülkesinin vergileme yetkisini korumak amacıyla ortaya çıkan KEYK müessesesi, ikamet ülkesindeki hissedarların bireysel ya da toplu biçimde önemli ölçüde nüfuzu veya kontrolü altında bulunan yabancı şirketlere uygulanacaktır²⁸. KEYK kurallarının hem ulusal hem de küresel vergi matrahını koruyarak ülkelerin vergi gelirlerinde artış sağladığı ifade edilmektedir²⁹.

Kontrol edilen yabancı kurumlar, kuruluş amacına bağlı olarak sahip oldukları unsurlar nedeniyle şirket kontrolünü elinde bulunduran ortaklara mukimi oldukları ülke vergi sistemi vasıtasıyla, bu kurumdan elde edilen gelirler üzerinden ödenmesi gereken verginin ertelenmesine ya da vergiden kaçınmaya olanak sağlayan, yabancı ülkelerde kurulu kurum veya kuruluşlardır.³⁰

KEYK rejimleri, herhangi bir ülkedeki mukim kurum ortağının elde ettiği KEYK'in dağıtılmamış karının en azından bir bölümünün vergilendirilmesine olanak sağlar. Bu noktada ortağın vergilendirilmesinde, kar sanki dağıtılmış varsayılarak (fictive dividend approach) ortakla kurum arasında bağlantı kurulmakta ve karın ekonomik olarak ortağın kullanımına girdiği kabul edilmektedir.³¹ KEYK uygulamaları genelde transfer fiyatlandırması gibi yöntemlerin, düşük vergi oranına sahip ülkelerle mücadele konusunda yetersiz kalmasından dolayı uygulama alanı bulmuştur. Her ne kadar amaçları aynı olsa da ülke uygulamaları birbirinden farklılaşmaktadır.³² Bu nedenle OECD üye ülkelere KEYK kuralları konusunda yaptığı önerilerle uygulamada mümkün olduğunca birlik sağlanmasını hedeflemektedir.³³

KEYK kurallarının uygulanabilmesi için, ana şirketin yabancı bağlı ortaklığın sermayesinin yüzde 50'sini veya daha fazlasını kontrol etmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, KEYK kuralları temel olarak iki eksenle farklılık gösterecektir. İlki, KEYK kurallarına tabi olan gelirle ilgilidir. Eğer işletme yaklaşımı benimsenmişse, kontrol edilen yabancı kurum tarafından elde edilen tüm gelir vergi matrahına dahil edilirken, işlemsel yaklaşımda KEYK kurallarının uygulanma alanı

26 Öz, N. Semih. "Controlled Foreign Company Regime In Turkey And Its Valuation." *Intertax* 40.11, 2012, s.643.

27 Soydan Yaltı, Billur. Uluslararası Vergi Anlaşmaları. Beta Yayın Dağıtım, 1. Baskı, İstanbul 1995, s.1.

28 Gedik, Türk ve Amerikan Vergi Hukuklarında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları 2014a, s.3.

29 Clifford, Sarah. "Taxing multinationals beyond borders: financial and locational responses to CFC rules." *Journal of Public Economics* 173, 2019, s.45.

30 Sağlam, 2011, s.25.

31 Öz N. Semih, Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Türkiye'de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması, TÜRMOB Yayınları-299, Ankara 2006, Sirküler Rapor Serisi, Seri No:2006 – 10, s.8

32 Öz, 2006. s.9

33 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.3

pasif sayılan belirli gelir türleriyle (telif hakkı veya faiz geliri gibi) sınırlanabilir. İkinci olarak, düşük vergili ülke tanımlaması yapılmaktadır. Bu konuda da iki yaklaşım hakimdir. Eğer eşik yaklaşımı kullanılıyorsa, ülkedeki KEYK mevzuatı ile gerekli bir asgari vergi düzeyi belirlenir. Yabancı ülkede ödenen asıl vergi yükü, yatırımın ana şirketin kendi ülkesinde gerçekleştirilmesi durumunda tahakkuk eden varsayımsal vergi yükünün önceden belirlenmiş yüzdesinin altına düşmemelidir. Ayrıca, hükümetler, KEYK kurallarının uygulandığı veya uygulanmadığı ülkeleri açıkça isimlendiren resmi siyah ya da beyaz listeleri yayımlayabilirler.³⁴

BEPS kapsamında, hangi durumlarda KEYK kurallarının uygulanacağını belirlemek için, KEYK'in tanımının doğru yapılması oldukça önemlidir. Dolayısı ile, bu süreçte kullanılacak kontrol tanımı ile iki farklı tespit yapılması gerekmektedir. Bunlar; “kontrol biçimleri”nin ve “kontrolün seviyesi”nin tespitidir³⁵. Kontrol kriteri genel olarak pay sahibinin bağlı ortaklığın finansal kararları üzerinde kontrolü elinde bulundurup bulundurmadığını ve dolayısıyla bu imtiyazını vergiden kaçınma amacıyla kullanıp kullanmadığının tespit edilmesini sağlar. Halen uygulanmakta olan çoğu KEYK rejimi, oy kullanma haklarının çoğunluğuna veya dağıtımdan kâr elde etme hakkı gibi bazı mali haklara sahip olmayı gerektirir.³⁶

Öncelikle, OECD BEPS'e ilişkin nihai raporunda *yasal kontrol*, *ekonomik kontrol*, *fili kontrol* ve *konsolidasyona dayalı kontrol* olarak dört kontrol biçiminden söz etmiştir³⁷;

(i) *Yasal kontrolde*, KEYK'de tutulan oy haklarının yüzdesini tespit etmek için mukimin bu kurumdaki sermaye oranına bakılmaktadır. Böylece, bir mukimin yabancı bir şirketi yönlendirerek, kendi istediği biçimde faaliyet göstermesini sağlayacak güce sahip olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bununla birlikte, genel olarak ülkelerde uygulanan şirketler hukuku, bir şirketin hisse yapısını tasarlamasında büyük ölçüde esneklik sağlamaktadır. Bu durum da kontrol şartını ortadan kaldırmak için yapay paylaşım şart ve yapılarının kullanılmasına imkân tanıyabilmektedir. Yasal kontrolde odağın çoğu zaman çok dar olması nedeniyle, birçok ülke yasal kontrol yerine ekonomik kontrolü kullanmaktadır.

(ii) *Ekonomik kontrolde*, bir şirketin kâr payı haklarına, fesih ve tasfiye gibi özel durumlar bağlamında sermayesine ve malvarlığına odaklanılmaktadır. Bu yaklaşıma göre mukimin, şirket hisselerinin çoğunluğunu elinde bulundurmasa bile şirketin dayanak varlıklarında (underlying value) hak sahibi olması durumunda, şirketi kontrol edebileceği kabul edilmektedir. Bu hak, tasfiye sırasında söz konusu işletmenin sermayesinin veya varlıklarının elden çıkarılması durumunda elde edilen gelirlerden kaynaklanabileceği gibi, temettüleri de içerebilmektedir. Ekonomik kontrol objektif olarak değerlendirilebilecek gerçeklere odaklanan, nispeten mekanik bir kontrol biçimidir.

34 Bräutigam, Rainer, Christoph Spengel, and Frank Streif. “Decline Of Controlled Foreign Company Rules And Rise Of Intellectual Property Boxes: How The European Court Of Justice Affects Tax Competition And Economic Distortions In Europe.” *Fiscal Studies* 38.4 (2017): 719-745, s.727.

35 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.23

36 Clifford, 2019, s.46

37 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.23-24.

(iii) *Fiili kontrolde* ise, söz konusu yabancı şirketin günlük faaliyetlerini yönetme kabiliyetine kimin ya da kimlerin sahip olduğuna veya işlerine ilişkin üst düzey nitelikteki kararları kimin ya da kimlerin aldığına bakılmaktadır. Diğer bir yöntem de mukimin, KEYK üzerinde baskın bir etki kurmasını sağlayacak herhangi bir sözleşme ilişkisi olup olmadığının tespit edilmesidir. Fiili kontrol analizi, diğer kontrol analizlerinin (ekonomik ve yasal) saf dışı bırakılmasını engelleyici bir görev de üstlenmektedir. Ancak bu analizin her duruma uygulanması, vergi mükellefleri için ek maliyetlere, karmaşıklıklara ve belirsizliklere yol açacaktır. Bu nedenle, fiili kontrol analizleri, olguların ve durumların kapsamlı bir analizi ile birlikte bazı öznel değerlendirmeler yapılmasını gerektirmektedir.

(iv) *Konsolidasyona dayalı kontrol* kapsamında, yabancı şirketin, mukim şirketin hesapları ile konsolide olup olmadığına bakılmaktadır. Bu, yukarıda bahsedilen kontrol biçimlerinden temel olarak farklıdır. Yasal ve fiili kontrolde olduğu gibi, genel muhasebe ilkelerine uyulup uyulmadığının ve oy haklarının incelenmesi ile bir mukimin yabancı kurum üzerinde baskın etkide bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gibi analizler bu kontrol biçiminde de geçerlidir. Bunları yaparken, bir işletmenin konsolide edilmesinin gerekip gerekmediğini belirlemek için uluslararası muhasebe standartları ve kriterleri kullanılmaktadır.

Bir KEYK ile ilgili gerçekte kimin kontrol sahibi olduğu belirlendikten sonraki adım, KEYK kurallarının uygulanması için gerekli kontrol seviyesinin ya da eşik değerinin ne olacağının belirlenmesidir. Amaç, kontrol eden tarafın, kârları yabancı bir şirkete kaydırma yeteneğine sahip olduğu tüm durumları yakalamak olduğundan, KEYK kurallarının minimum olarak, mukim vergi mükelleflerinin yabancı bir kurumda %50'den fazla bir yasal veya ekonomik menfaati olduğu durumları ele alması gerekmektedir. Öte yandan ana şirketin, yabancı şirkette %50 veya daha az oranda bir kontrole sahip olduğu belirli durumlarda, yabancı kurum üzerinde hala etkili olabileceğinden, vergi idareleri kontrol eşiklerini %50'nin altına indirmekte serbesttirler.³⁸

Kontrolün belirlenmesinde bir başka önemli durum, azınlık hissedarların birlikte hareket etmek suretiyle yabancı şirket üzerinde etkiye sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Azınlık hissedarlarının birlikte hareket edip etmediklerini belirlemenin ilk yolu, paydaşların yabancı kurumu etkilemek için fiilen harekete geçip geçmediklerini belirlemek amacıyla "*birlikte hareket etme (acting-in-concert)*" analizini uygulamaktır. Bu durumda, yabancı kurumun KEYK kurallarına tabi olup olmadığını belirlemek için azınlık hissedarların payları toplanmaktadır. Bu yaklaşım önemli ölçüde idari maliyet yaratması nedeniyle çok yaygın kullanılmamaktadır. Ancak en önemli avantajı, mekanik bir teste kıyasla, hissedarların birlikte hareket ettiklerini daha doğru tanımlayabilmesidir. Azınlık hissedarlarının birlikte hareket edip etmediğini belirlemenin ikinci yolu, *tarafların ilişkilerine bakmaktır*. Kurallar, %50 eşikinin karşılanıp karşılanmadığını belirlerken ilişkili tarafların çıkarlarını da kapsamakta ise, bu durum, birlikte hareket etme analizine duyulan ihtiyaç ortadan kalkacaktır. Azınlık hissedarlarının yabancı kurum üzerinde etki gösterip göstermediğini ortaya çıkarmanın üçüncü yolu, *mülkiyet ilişkilerini incelemektir*. Örneğin ABD'de, KEYK kapsamında, tüm yerleşik hissedarların her birinin haklarının %10'un

38 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.25.

üzerinde olması durumunda, kontrol seviyesi tespit edilirken bu oranlar toplanmaktadır. Ancak, bütün dikkati düşük bir eşğin üzerinde toplayan (ör. %10) veya yalnızca sahiplerin sayısına odaklanan KEYK kuralları, vergi mükelleflerinin gerçekte birlikte hareket edip etmediklerini her zaman doğru bir şekilde tespit edemeyebilir³⁹

B. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMA İLİŞKİN İSTİSNA VE EŞİKLER

BEPS kapsamında KEYK'lere ilişkin üç farklı istisna ve eşik şartı belirlenmiştir. Bunlar, i) KEYK kurallarının uygulanmayacağı bir asgari eşik, ii) Kaçınma karşıtı ya da önleyici düzenleme, iii) KEYK kurallarının yalnızca ana şirketten daha düşük vergi oranına sahip ülkelerde mukim yabancı şirketlere uygulanacağı bir vergi oranı istisnasıdır:⁴⁰

i) Asgari Eşik Düzenlemesi: Bu uygulama ile, bir yabancı kurumun KEYK kazancı kapsamına alınabilecek gelirleri bulunsa bile, daha önceden belirlenmiş bir oran ya da yüzdenin altında kalan gelirler için istisna uygulanmaktadır. Söz konusu uygulama sayesinde asgari eşik değerinin altında gelire sahip şirketler bu kuralların dışında tutularak, KEYK kurallarının uygulanması sürecinde idari maliyetlerin azaltılması ve KEYK kurallarının odağının daha net belirlenerek daha etkili hale getirilmesi amaçlanmaktadır. Bununla birlikte Birleşik Krallık gibi bazı ülkeler, manipüle riski yüksek gelirler açısından daha yüksek bir eşik uygulamaktadır.

ii) Kaçınmanın Önlenmesine Yönelik Düzenleme: Bu uygulama ile, yalnızca vergiden kaçınma sonucu yaratan işlem ve uygulamaların KEYK kuralları kapsamına alınacağı ifade edilmektedir. Ancak, önleyici tedbir niteliğine haiz bu uygulama bir ön kural olarak, yol açtığı uyum ve yönetim maliyetleri nedeniyle KEYK kurallarının etkinliğini azaltabilir. Ayrıca, KEYK kuralları kapsamında gelirin doğru bir biçimde tanımlanmasından sonra kaçınma önleyici düzenlemelere ihtiyaç duyulmamalıdır. Dolayısı ile, raporda kaçınma önleyici düzenlemeye gereksinim duyulmadığı belirtilmiştir. Ancak yine de bu yaklaşımdan, karın kaydırılması ve matrah aşındırılması ile mücadelede, kaçınma önleyici düzenlemelere hiçbir zaman başvurulmayacağına anlaşılmaması gerektiği belirtilmiştir.

iii) Vergi Oranı İstisnası Düzenlemesi: Bu uygulamada, bir ülkenin daha önceden belirlediği kurumlar vergisi oranı ile yabancı kurumun tabi olduğu kurumlar vergisi oranı kıyaslanarak, o kurumun KEYK olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğine karar verilmektedir. Buna göre, yabancı kurumun tabi olduğu kurumlar vergisi oranı ülkenin belirlediği vergi oranının altında kaldığı durumda yabancı kurum KEYK olarak değerlendirilecektir. Aksi takdirde, yabancı kurum KEYK kuralları dışında bırakılacaktır. Böyle bir uygulamanın iki nedeni vardır. Birincisi, bu yaklaşım kuralların sadece düşük vergilerden yararlanan ve dolayısıyla kar kaydırma ve matrah aşındırma riskine en çok sahip olan şirketler için geçerli olduğu anlamına gelmektedir. İkincisi, düşük vergi oranlı KEYK'lere odaklanması, vergi

39 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s. 28-30.

40 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.33-36

mükellefleri için daha fazla kesinlik sağlayabilir ve genel yönetim maliyetini azaltabilir. Bununla birlikte, bu tip bir düzenleme karın, vergi oranının daha yüksek olduğu alanlarına kaymasına izin verdiği için, matrahın aşındırılması ve karın kaydırılmasını tamamen engellemediği anlamına gelebilir. Bu nedenle, bazı ülkeler bu düzenlemeden kaçınmıştır.

Üç yaklaşımdan hangisinin kullanıldığına bakılmaksızın, kontrolün bir başka şirket aracılığıyla da söz konusu olabileceği ve dolayısıyla karın kaydırılması hususunda ortaya çıkan fırsatların hem doğrudan hem de dolaylı kontrolü içerecek şekilde tanımlanması gerekmektedir. Ayrıca, genel yönetim maliyeti seviyesini azaltmak için, KEYK ile ilgili ilke ve kurallar, matrah aşındırması ve karın kaydırılması konusunda risk taşımayan kurumlardan ziyade daha riskli kurumlara odaklanılarak işletilmelidir. Böylece, hem KEYK kurallarının hedefinin daha net ve belirli olması sağlanır hem de bazı şirketler kurallardan muaf tutularak yönetsel yük azaltılmış olur. Ancak yine de KEYK kuralları dışında kalan bu şirketlerin, belli raporlamaları yerine getirmesi istenerek, bunlar üzerinde de denetim sürdürülmüş olur.⁴¹

C. GELİRİN TANIMLANMASI

Gelirin tanımlanması konusunda üç yöntem öne sürülmüştür. Bunlar; i) Kategorik analiz, ii) Mahiyet Bazlı Analiz, iii) Aşırı Kar Analizi ve iv) İşlem ve İşletme Yaklaşımıdır. Raporla, kategorik analiz de *yasal sınıflandırma, tarafların ilişkili olma durumu ve gelirin kaynağı* olmak üzere üç başlık altında ele alınmıştır.

i) *Kategorik Analiz*: KEYK kapsamında, kurumun elde ettiği gelirin iyi biçimde tanımlanması ve kategorize edilmesi önemlidir. Bu bağlamda, gelirin yasal olarak sınıflandırılmasında; i) *temettüleri*, ii) *faiz gelirleri*, iii) *sigorta gelirleri*, iv) *telif ve fikri mülkiyet hakları* ve v) *satış ve hizmet gelirleri* olmak üzere beş kategori kullanılmaktadır. Gelirin tanımlanmasında bu kategorilerin kullanılmasının nedeni, bu gelirlerin daha hareketli olması ve böylece KEYK kuralları çerçevesindeki endişeleri doğurmasıdır. Bu tanımlama süreci aynı zamanda, bu gelir kategorilerinin KEYK kapsamında nasıl kötüye kullanılabilceğinin de ortaya konmasını gerektirmektedir.⁴²

a. Temettülerin, salt “pasif” yani herhangi bir temel faaliyetten kaynaklanmayan gelirlerin, KEYK’te kaydırılarak kullanılmasını sağlaması, *temettüler* konusundaki en temel endişeyi oluşturmaktadır. Ancak bu endişelerin söz konusu olmadığı üç durum mevcuttur. İlk olarak, kar paylarının bir iştirakin aktif gelirinden ödenmesi halinde KEYK kapsamındaki kaygılara yer olmayabilir. İkinci olarak, birçok ülke şu anda, belirli temettü gelirlerini vergilendirmeden muaf tutmaktadır. Bu durumda, eğer ana şirketin faaliyet gösterdiği ülkede, o şirket tarafından elde edilen temettüler belirli bir oranda vergiden muaf tutulacaksa yine KEYK kuralları gündeme gelmeyecebilir. Son olarak, eğer KEYK aktif olarak ticaret ile

41 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s. 32-33.

42 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.44-46.

veya menkul kıymet ticareti ile uğraşıyorsa ve bu kuruluşa yapılan temettü ödemeleri bu faaliyetlerle ilgiliyse KEYK kuralları devreye girmeyebilir.

b. Faizlerin, şirketler grubu (ana şirket ve iştirakleri, bağlı ortakları vs.) içinde kolaylıkla hareket edebilme olanağı, yapay olarak gelirin aşındırılmasına, ana şirketin kaldıraç oranının artmasına ve KEYK'in de aşırı sermayelendirilmesine yol açabilir. Faiz ve finansman gelirlerinin ilgili ve ilişkili kişilerden kazanılması, KEYK'in aşırı sermayelendirmesi, faiz gelirin katkı sağlayan faaliyetlerin KEYK'in vergilendirileceği bölgenin dışında gerçekleşmesi ya da bu gelirin aktif finansal işlemlerden kaynaklanmaması durumlarında KEYK konusundaki endişeler artabilir.

c. Sigorta gelirleri söz konusu olduğunda temel sorun, bu gelirlerin bu risklerin yer aldığı vergilendirme alanlarından uzaklaştırılarak, düşük vergi alanlarına doğru yönlendirilebilmesidir. Dolayısı ile, i) söz konusu KEYK'in benzer sigorta kuruluşlarına göre aşırı sermayelendirmeye gitmesi, ii) sigorta ettirilen risklerin, poliçe sahibinin, faaliyetin ve lehdarının başka bir vergileme alanında yer alması ve iii) sigorta gelirlerinin, ilişkili taraf ile sözleşmelerinden veya politikalarından türetilmiş olması durumları (özellikle ilgili kişi sigorta priminin ödenmesi için bir indirimden yararlandıysa) KEYK kuralları kapsamındaki şüpheleri artıracaktır. Bununla birlikte, bir şirketler grubunda finansal sektör düzenlemelerine tabi bir kuruluş (regulated entity) tarafından kazanılan gelir aynı endişeleri meydana getirmeyecektir. Çünkü düzenlemeler, riskler ve sermaye açısından kısıtlamalar getirmektedir.

d. Telif ve fikri mülkiyet hakları da yüksek oranda hareket edebilme özeliğine sahiptir. Böylece, bu gelirler, gelirin ortaya çıktığı yerden bir başka yere kolayca kaydırabilirler. Özellikle telif haklarının yönlendirilmesi oldukça kolaydır. Çünkü, bu gelir birçok farklı formda dağıtılabilir ve kullanılabilir. Bunların hepsi farklı ülkelerin KEYK kuralları uyarınca farklı biçimsel sınıflandırmalara tabi olabilir. Örneğin bu gelirler, satış gelirlerine gömülebilir. Bu nedenle, telif hakları, bazı ülkelerin KEYK kuralları uyarınca aktif satış geliri olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer sorun da bu gelirlerin değerini belirleme konusundaki zorluktur. Ayrıca, temel alınan fikri mülkiyetten doğrudan elde edilen gelirlerin, ilgili hizmetlerden veya ürünlerden elde edilen gelirden ayrılması da genellikle zordur. Tüm bu nedenlerden ötürü, KEYK kuralları kapsamında ortaya çıkan uluslararası düzenlemelerin bu gelirleri tam olarak tespit edebilecek düzenlemeler hayata geçirmesi oldukça zor görünmektedir.

e. Satış ve hizmet gelirleri kapsamında iki durumda gelirin kaydırılması konusunda endişe oluşabilecektir. Bunlar; i) Bir mal ve hizmet satışı gerçekleştiren şirketin, ilişkili kişilerden satın aldığı ve çok az değer kattığı veya hiç değer katmadığı mal ve hizmetler için satış ve hizmet gelirleri elde etmesi ve ii) Yukarıda tartışıldığı gibi, fikri mülkiyet haklarından KEYK'e kaymış olan ve KEYK'in çok az değer kattığı ya da hiçbir değer katmadığı gelirlerin de genellikle satış ve hizmet gelirleri olarak kabul edilmesidir. Bu uygulamalar sonucunda yine gelirin KEYK kuralları kapsamına dahil edilmesinden kaçınılabılır.

ii) *Mahiyet Bazlı Analiz*: Bu analiz yönteminde, KEYK'in gelir yaratma kapasitesi ve gelir yaratıcı faaliyetleri olup olmadığına bakılarak, hangi gelirlerin bu faaliyetlerden kaynaklanmadığı ve dolayısı ile KEYK kuralları kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirlenmektedir. Mahiyet analizi, kişileri, mülkleri, varlıkları ve hatta riskleri de analize dahil ederek KEYK'in gelirinin temel mahiyetten ayrılıp ayrılmadığını belirlemeyi hedeflemektedir. Bu analizde hangi araçlar kullanılırsa kullanılsın, sorulan temel soru "KEYK'in geliri kendi kendine kazanma kabiliyeti olup olmadığı"dır. Her ne kadar bu yöntem karmaşık bulunsun ve yönetsel maliyetleri artırsa da kaydırılan geliri ve karı doğru bir biçimde tespit etme konusunda etkilidir. Ortaya çıkan bu maliyetleri en aza indirebilmek için, belirli gelir kategorileri için mahiyet analizi yöntemi kullanılabilir. Böylece kategorisine bağlı olarak gelirler, otomatik olarak mahiyet analizi kapsamına dahil edilmiş veya otomatik olarak hariç tutulmuş olacaktır.⁴³

iii) *Aşırı Kar Analizi*: Bu yöntem henüz hiçbir KEYK kuralında kullanılmamaktadır. Aşırı kar, düşük oranlı vergilerin uygulandığı ülkelerde KEYK'lerin elde ettiği "normal getiri"yi aşan tutarı ifade etmektedir. Böyle bir yaklaşımla, örneğin, genel olarak vergi mükelleflerinin bir telif hakkı olmadan, basitçe alım-satım, hizmet sunma ya da üretimden normalin üzerinde bir getiri elde etmesinin beklenilmeyeceği düşünülerek, bunun telif hakkı gibi başka bir durumla ilgili olup olmadığı araştırılmaktadır. Bazı durumlarda, ilişkili taraflar arasındaki maddi olmayan duran varlıkların ve riskin aktarılması işlemleri, sistematik olarak yanlış fiyatlamaya açık olabilir ve aynı işlemler ilişkili olmayan kişilerle yapıldığında ortaya çıkmayacak, normalin üzerinde bir getiri elde edilmesine yol açabilir. Bu durumda, ortaya çıkan normalin üzerindeki getiri için aşırı kar yaklaşımı uygulanmalıdır. Aşırı kar analizinde, normal getiri hesaplanarak, KEYK tarafından elde edilen getiriden çıkarılır. Kalan tutarın tamamı aşırı kar olarak kabul edilir. Bu yaklaşımda, söz konusu getirinin KEYK geliri kabul edilebilmesi için resmi sınıflandırmalarda yer alması, kimden veya hangi faaliyetlerden elde edildiğinin tespit edilmesi ya da BEPS kapsamındaki endişeleri doğuran gelirlerin oluşmasını sağlayıp sağlamadığının bilinmesi gerekmektedir. Ancak, aşırı kar yaklaşımında normal getirinin tam ve kesin olarak tespitinde belli zorluklar bulunmaktadır. Bu zorlukları gidermek adına alternatif çözümler üretilmeye çalışıldığından, bu yöntem üzerinde bir fikir birliği yoktur.⁴⁴

iv) *İşlem ve İşletme Yaklaşımı*: KEYK gelirini tanımlamak için hangi analiz türünün kullanıldığına bakılmaksızın, bu analizin işletme bazında mı yoksa bireysel gelir akışlarını da belirten işlem bazında mı uygulanacağını belirlemesi gerekmektedir. İşletme yaklaşımı kapsamında, belirli bir tutarı veya belirli bir gelir yüzdesini elde etmeyen bir işletmenin ya da belirli faaliyetlerde bulunan bir işletmenin, gelirinin bir kısmı KEYK kazancı niteliğinde olsa bile, bu kapsamda ele alınmayacaktır. Aksine, işlem yaklaşımı altında, her bir gelir akışının karakteri, bu gelir akışının KEYK kazancı olup olmadığını belirlemek için değerlendirilmektedir. İki yaklaşım arasındaki fark, işletme yaklaşımı altında, gelirin büyük

43 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.47-49.

44 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.49-50.

kısımının KEYK kazancı tanımına girip girmediğine bağlı olarak ya gelirin tamamı KEYK kazancı sayılacak ya da bu kapsam dışında bırakılacaktır. İşlem yaklaşımı kapsamında ise, büyük kısmı KEYK kazancı tanımına girmese bile bazı gelirler bu kapsama dahil edilebilirken, büyük kısmı bu tanımlamaya dahil olsa bile bazı gelirler KEYK kazancı kapsamı dışında tutulabilmektedir.⁴⁵

D. GELİRİN HESAPLANMASI

Bir KEYK'in gelirinin hesaplanması konusunda iki soru gündeme gelmektedir: i) Hangi vergi yetki alanının kurallarının uygulanması gerektiği, ii) KEYK gelirini hesaplamak için herhangi bir özel kuralın gerekli olup olmadığıdır. Bir KEYK'in gelirini hesaplanması konusunda dört seçenek mevcuttur. Bunlar, i) KEYK gelirinin hesaplanmasında ana şirketin bulunduğu ülkenin vergi kurallarının uygulanması, ii) KEYK'in bulunduğu ülkenin vergi kurallarının uygulanması, iii) Mükelleflere hangi ülkenin kurallarının geçerli olacağı konusunda seçme hakkı verilmesi ve iv) KEYK gelirinin uluslararası finansal raporlama standartlarına göre hesaplanmasıdır. KEYK gelirinin hesaplanması konusunda BEPS'in tavsiyesi ilk yöntem yani, ana şirketin bulunduğu ülkenin vergi kurallarına göre hesaplanmasıdır. Çünkü diğerlerinin aksine bu yöntem hem BEPS'in hedefleri ile daha uyumludur hem de yönetim maliyeti diğerlerine oranla daha azdır. Ayrıca yasal olarak izin verildiği ölçüde, vergi idarelerinin KEYK zararlarının mahsuplarını sınırlayan belirli bir kurala sahip olmaları gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁶

E. GELİRİN ATFEDİLMESİ

KEYK gelirinin belirlenmesinden sonraki aşamada, bu gelirin ilgililerine paylaştırılması gerekmektedir. Gelirin atfedilmesi beş adıma ayrılabilir: i) Gelirin hangi vergi mükelleflerine atfedileceğini belirlemek, ii) Gelirin ne kadarının atfedileceğini belirlemek, iii) Gelirin mükelleflerin beyannamelerine ne zaman dahil edilmesi gerektiğini belirlemek, iv) Gelirin nasıl ele alınması gerektiğini belirlemek ve v) Gelire hangi vergi oranının uygulanacağını belirlemektir. KEYK kazancının olabildiğince doğru tespit edilebilmesi ve bunlara KEYK kurallarının uygulanabilmesi için BEPS bazı tavsiyelerde bulunmuştur. İlk olarak ülkeler, KEYK kurallarının temelinde yatan politika hususlarına bağlı olarak farklı kontrol eşikleri kullanmaya karar verebilse de mümkün olduğunda minimum eşik değerini benimsemelidir. İkinci olarak, atfedilen her bir gelir hem oransal hem de gerçek mülkiyet ya da etki süreleri dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Bir diğer tavsiye, KEYK kuralları kapsamında gelirin, ana şirketin bulunduğu ülkenin vergi kurallarına göre hesaplanmasıdır. KEYK kazancının atfedilmesi konusunda minimum kontrol eşığının (örneğin %10) benimsenmesiyle yönetim ve uyum maliyetleri de azaltılmış olacaktır. Mevcut tüm KEYK kuralları, her vergi mükellefinin gelir mülkiyeti ile orantılı biçimde gelir atfetmektedir, ancak mülkiyeti yılın yalnızca bir bölümünde devam eden vergi mükelleflerine

45 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.50-52

46 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.57-59.

nasıl işlem yapılacağı konusunda farklılıklar söz konusudur. Bazı vergi idareleri, mükellefin mali yılın son günündeki durumunu baz alarak gelirin tamamını KEYK kazancı kapsamında değerlendirmektedir. Bu her ne kadar gelirin yanlış biçimde atfedilmesine yol açabilse de vergi planlaması için fırsatlar yaratabilir.⁴⁷

F. ÇİFTE VERGİLENDİRMEİNİN ÖNLENMESİ

KEYK kuralları, bu kurallar uygulandığında çifte vergilendirmeye yol açmayacak hükümler içermelidir. Çifte vergilendirmenin ortaya çıkabileceği en az üç durum vardır: (i) *Mükelleflere atfedilen KEYK gelirin yabancı bir ülkede kurumlar vergisine tabi olduğu durumda*; (ii) *Birden fazla vergi yetki alanının KEYK kurallarının aynı KEYK gelirin uygulandığı durumda*; ve (iii) *Bir KEYK'in, mukim hissedarlarına KEYK kuralları uyarınca atfedilen geliri halihazırda kar payı olarak dağıttığı durumlarda veya mukim hissedarların KEYK'teki gelirlerini elden çıkarmaları durumunda* çifte vergilendirme söz konusu olabilir. Bununla birlikte, diğer başka durumlarda da çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkabilmektedir. Örneğin, iki vergi yetki alanı arasında transfer fiyatlandırması konusunda bir düzenleme varken KEYK kazancının üçüncü bir vergi yetki alanında ortaya çıkması durumunda yine çifte vergilendirme söz konusu olabilir. KEYK kurallarının, bu ve diğer durumların çifte vergilendirmeye yol açmasını önleyecek biçimde tasarlanması gerekmektedir.⁴⁸

İlk iki durum için BEPS kapsamında sunulan öneri, yabancı ülkede ödenen vergilerin vergileme yetkisine sahip ülkede ödenecek olan kurumlar vergisinden mahsup edilmesidir. Bu mahsup, tevkif yoluyla ödenen vergiler de dahil olmak üzere, vergi yetkisine sahip ülkedeki ödenmesi gereken vergi miktarından daha yüksek olmayan tüm vergileri kapsmalıdır. Üçüncü durumda ise, KEYK'lerin gelirin daha önceden vergilendirilmesi durumunda kar payları ve hisselerin elde çıkarılmasıyla elde edilen gelirin vergiden muaf tutulması önerilmektedir. Ancak bu konuda nasıl bir uygulamaya yapılacağı, vergi yetkisine sahip ülkeye bırakılmıştır.⁴⁹

II. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KURALLARI AÇISINDAN ATAD UYGULAMALARI

Birçok üye devlet, vergilendirme açısından tek bir platform oluşturma ve adil bir vergilendirme çerçevesine sahip olma ihtiyacını, küreselleşmiş bir dünyada dışsal boyutun önemini ve ortak bir yaklaşım benimsenmesinin gerekliliğini vurgulayan bir analiz ortaya koymuşlardır.⁵⁰ Bu kapsamda ortaya çıkan ATAD (Anti-Tax Avoidance Directive) olarak adlandırılan oluşum, aslında bir bakıma BEPS'in Avrupa Birliği içinde uygulanması öngörülen halidir. Bu anlamda BEPS'i takip eden ATAD'da da yer alan KEYK kuralları, BEPS'e oldukça benzer yaklaşımlar

47 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.61-64.

48 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.65.

49 OECD, Designing Effective Controlled Foreign Company Rules 2015a, s.65-66

50 European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying The Document 2016c, s.10.

çerçevesinde inşa edilmiştir. ATAD kapsamında, AB üye devletlerinin, Direktif ile uyumlu hale getirdikleri kurumlar vergisi mevzuatlarını 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren yürürlüğe koymaları öngörülmüştür.⁵¹

KEYK kuralları, mükelleflerin ikamet ettikleri ülkenin vergi tabanını, bir KEYK'e kaydırarak, vergi matrahını aşındırmasını önlemek için tasarlanmıştır. Bununla birlikte, mevcut KEYK kuralları, her zaman güncel ilişkilere ve yeni gerekliliklere uyarlanmadığı için, matrah aşındırması ve karın kaydırılmasını önlemede yetersiz kalabilmektedir. Mükellefler, mevcut KEYK kurallarından kaçınmayı mümkün kılan uygulamalar geliştirmişlerdir. Örneğin, mükellefler KEYK'lerin tanımını, yabancı iştirakin yasal formunun seçilmesi sürecinde kontrol seviyesinin parçalanması veya birden fazla iştirak arasında gelirin dağıtılması yoluyla manipüle edebilmektedirler.⁵²

BEPS'te olduğu gibi ATAD'da da çok uluslu şirketlerin, yüksek vergilerin uygulandığı ülkelerde bulunan ana şirketlerinden, düşük vergiler uygulanan ya da hiç vergi alınmayan ülkelerdeki kontrol edilen şirketlere, gelirin ve karın kaydırılması yoluyla vergi tabanının aşındırılması amacı taşıdığı durumlar KEYK kuralları kapsamına alınmaya çalışılmaktadır. Böylece, vergi yetkisi bulunan üye ülkenin, düşük vergi uygulanan ya da hiç vergi uygulanmayan ülkelerdeki yan kuruluşlara kaydırılan gelirleri vergilendirebilmesinin önünün açılması hedeflenmektedir. Bu bağlamda, eğer karın ya da gelirin kaydırıldığı ülkedeki efektif vergi oranı, vergi yetkisi bulunan ülkede uygulanan vergi oranının %40'ından daha az ise, KEYK kuralları devreye girecektir. Ayrıca ATAD kapsamında, şirketlere yurt dışında ödedikleri vergiler için vergi notu da verilmektedir. Kısacası hedeflenen, kârların ortaya çıktıkları üye devlette etkili bir şekilde vergilendirilmesini sağlamaktır.⁵³

A. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMUN TANIMLANMASI

ATAD'da, karı vergiye tabi olmayan ya da vergiden muaf olan bir kuruluşun, kontrol edilen yabancı bir şirket olarak sınıflandırılması için iki koşulun karşılanması gerekmektedir. Bunlar Direktif'in 7. Maddesinin birinci fıkrasında belirtilmiştir:⁵⁴

- a) İlk olarak, üye devlette yer alan bir ana şirketin, kendi başına veya ilişkili işletmelerle birlikte, doğrudan ya da dolaylı olarak i) *bir yabancı şirkette yüzde 50'den fazla oy hakkına sahip olması* veya ii) *şirketin sermayesinin 50'den fazlasına sahip olması* veya iii) *işletmenin karının yüzde 50'sinden fazlasını almaya hak kazanması* gerekmektedir.
- b) İkinci olarak, bir şirketin KEYK kuralları kapsamında vergilendirmeye tabi tutulabilmesi için, söz konusu yabancı ülkede uygulanan kurumlar vergisi oranının, üye devlette uygulanan

51 European Commission, Council Directive (Eu) 2016/1164 of 12 July 2016b: 13

52 European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying The Document 2016c, s.5-6

53 European Commission, European Commission – Fact Sheet, The Anti Tax Package – Questions and Answers, Brussels, 28 January 2016d, s.3.

54 The Council of The European Union. Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 Laying Down Rules Against Tax Avoidance Practices That Directly Affect The Functioning Of The Internal Market, s.11

kurumlar vergisi oranı ile yabancı ülkede uygulanan kurumlar vergisi oranı arasındaki farktan daha düşük olması gerekmektedir.

İkinci maddedeki koşul kapsamında örneğin, üye devlet %25'lik bir efektif vergi oranı uygularken, yabancı ülkede %10'luk efektif vergi oranı söz konusu ise, bu durumda vergi oranları arasındaki fark %15 olacak ve yabancı kurum KEYK olarak sınıflandırılacaktır. Çünkü bu fark yabancı ülkede uygulanan efektif vergi oranından daha büyüktür.⁵⁵

B. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMA İLİŞKİN İSTİSNA VE EŞİKLER İLE GELİRİN TANIMLANMASI

Yabancı bir işletme KEYK olarak sınıflandırıldıktan sonra, ATAD'ın 7. maddesi, yabancı şirketin hangi gelirlerinin ve bu gelirlerin ne kadarının üye ülkede vergilendirilebileceği konusundaki seçenekleri belirtmektedir.⁵⁶

ATAD, gelirin tanımlanması konusunda BEPS'in önerdiği gelir analizi yaklaşımlarını benimsemiş ve üç analize yer vermiştir. İlk olarak, *kategorik analiz* kapsamında, gelirler yasal kategorilerine göre ve aynı zamanda taraflar arasındaki ilişkilere bakılarak sınıflandırılabilir. Böylece elde edilen bu gelir kategorilerinden, hangilerine KEYK kuralları uygulanacağı belirlenir. İkincisi *mahiyet bazlı analizdir*. Bu analiz yoluyla, bir eşik testi ya da oransal analiz yoluyla KEYK'e kaydırılan gelirin gerçek bir faaliyete atfedilip atfedilemeyeceğine bakılabilir. Üçüncüsü, *aşırı kar analizidir*. Bu yöntemle, transfer fiyatlandırması kuralları uygulandıktan sonra dahi KEYK'de kalan olağanüstü öz sermaye getirileri (özellikle, faiz veya telif hakkı şeklinde) olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır. Devletler bu yaklaşımlardan birini seçebilir veya bunları birleştirebilir. Yine bu yaklaşımlar, işlem veya işletme bazında uygulanabilir.⁵⁷

7. maddenin, ikinci fıkrasının (a) bendinde, kategorik analiz temelinde vurgulanan gelir kategorileri yer almaktadır. Bunlar; i) faiz gelirleri, ii) telif ve fikri mülkiyet hakları, iii) temettüleri, iv) finansal kiralama gelirleri, v) sigorta ve bankacılık gelirleri ve vi) satış ve hizmet gelirleridir. Bu bağlamda, ATAD'ın BEPS'ten farklı olarak finansal kiralama gelirlerini de KEYK geliri tanımlaması kapsamına aldığı görülmektedir.⁵⁸

Yine 7. maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinde mahiyet analizi temelinde, yabancı şirket gelirlerinin “vergi avantajı elde etmek için asıl amaç ve faaliyetlerden değil, gerçek olmayan düzenlemelerden” kaynaklanması şartıyla, dağıtılmamış karların vergi yetkisine sahip üye devlet tarafından vergilendirilebileceği ifade edilmektedir.⁵⁹

55 Trusevic, Andzej. Interest Limitation and CFC rules in the Anti Tax Avoidance Directive, Master Thesis. *Tilburg University, Tilburg School of Law*, 2017, s.33.

56 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s.11-12.

57 European Commission, Commission Staff Working Document Accompanying The Document 2016c, s.15-16.

58 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s.11.

59 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 12.

BEPS'te olduğu gibi ATAD kapsamında da belli istisnalar ve eşik değerler öngörülmüştür. İlk olarak, 7. maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği şekliyle, “yabancı şirkete atfedilen gelirlerin üçte birinin ya da daha azının ikinci fıkranın (a) bendinde belirtilen gelir kategorilerine girmesi durumunda” 7. maddenin birinci fıkrada belirtilen koşullar gerçekleşse dahi⁶⁰, yabancı şirket üye devlet tarafından KEYK kapsamına alınmayabilecektir.⁶¹

Ayrıca, 7. maddenin dördüncü fıkrası gereğince⁶²;

- i) 750.000 Euro'dan daha fazla olmayan muhasebe karına ve 75.000 Euro'dan daha fazla olmayan ticari kazançta sahip olunması ve,
- ii) Bir vergi dönemi içinde muhasebe karının işletme maliyetlerinin %10'undan fazla olmaması durumunda,

Üye Devletler, bu şartları taşıyan yabancı kurumları ikinci fıkranın (b) bendi kapsamı dışında bırakabilecektir.

C. GELİRİN HESAPLANMASI, ATFEDİLMESİ VE ÇİFTE VERGİLENDİRMEİN ÖNLENMESİ

Direktif'in 8. Maddesinin birinci fıkrasında, “7. maddenin ikinci fıkrasının (a) bendindeki gelir tanımının geçerli olduğu durumlarda, yabancı kurum zararlarının hesaplamaya dahil edilemeyeceği ancak ulusal yasalara göre sonraki dönemlere aktarılacağı” hüküm altına alınmıştır.⁶³

Yine 8. maddenin ikinci fıkrasında, “7 maddenin ikinci fıkrasının (b) bendinin geçerli olduğu durumlarda, vergi mükellefinin vergi matrahına dahil edilecek gelir, kontrol eden şirket tarafından yürütülen önemli insan işlevleriyle bağlantılı varlıklar ve risklerden kaynaklanan miktarlarla sınırlı olacaktır. KEYK gelirinin hesaplanmasında ise, emsallere uygunluk (arm's length) prensibi uygulanacaktır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında, vergi matrahına dahil edilecek gelirin, 7. Maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde tanımlandığı gibi, vergi mükellefinin işletmeye katılımı ile orantılı olması gerektiği belirtilmektedir. 8. maddenin dördüncü fıkrası, gelirin, işletmenin vergi yılının sona erdiği vergi dönemine dahil edileceğini ifade etmektedir.⁶⁴

Direktif, çifte vergilendirmeyi önlemek amacıyla belli hususları hüküm altına almıştır. İlk olarak 8. maddenin beşinci fıkrasında, “işletmenin vergi mükellefine kar dağıtması ve dağıtılan kârın vergi mükellefinin vergilendirilebilir gelirinə dahil edilmesi durumunda, 7. maddeye göre daha önce vergi matrahına dahil edilen gelir tutarı, dağıtılan karlar nedeniyle vergi tutarı hesaplanırken çifte vergilendirme yapılmasını önlemek amacıyla vergi matrahından düşüleceği” belirtilmiştir.

60 Bkz. Bölüm II, Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Tanımlanması.

61 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 12.

62 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 12.

63 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 12.

64 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 12.

Altıncı fıkrada ise, “tam mükellef şirketin yurtdışı iştirak hisselerini elden çıkarmasından elde edilen gelirin herhangi bir kısmının daha önceden 7. maddeye göre vergi matrahına dahil edilmiş olması durumunda, bu kazançlar nedeniyle ödenecek vergi tutarı hesaplanırken çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla matrahtan mahsup edileceği” ifade edilmiştir.⁶⁵

Ayrıca, 8. maddenin yedinci ve son fıkrası, “üye devletin, mükellefin ikametgahı ya da bulunduğu yerdeki vergi yükümlülüğünden, başka yerde ödediği vergileri mahsup etmesi ve bu tutarın ulusal yasalara göre belirlenmesi gerektiğini” hüküm altına almıştır.⁶⁶

Kısacası, Direktif’in 8. maddesinin beşinci ve altıncı fıkraları, üye devletlerin bir çifte vergilendirme uygulamasının önüne geçmeye çalışmaktadır. Bunun için geliştirilen öneri, KEYK geliri üzerinden daha önceden ödenen verginin, hesaplanacak vergi matrahından mahsup edilmesidir.

Ülkeler, kendi içlerinde hem avantaj hem de dezavantajları olan işlemsel yaklaşım (mahiyet analizi) ve varlık temelli yaklaşım (kategorik analiz) arasında seçim yapabilirler. Varlık temelli yaklaşım, idari açıdan daha az külfetlidir. Çünkü bir kez vergi idaresi, gelir kategorilerini belirlediğinde, KEYK gelirleri otomatik olarak sınıflandırılacaktır. Vergi idaresi tarafından daha fazla analiz yapılmasına gerek yoktur. Ayrıca, vergi mükellefi, gelirin hangi vergilere tabi olacağını önceden bildiği için yasal bir kesinlik de sağlanmış olacaktır. Varlık temelli yaklaşımın dezavantajı, KEYK kapsamında vergiye tabi olması gereken bir gelirin söz konusu listeye eklenmeyerek vergilemenin dışında tutulmasının mümkün olmasıdır. Yine de Avrupa Birliği, bu yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. Diğer taraftan, işlemsel yaklaşım ise, vergi idaresinin her gelir akışını kontrol etmesini gerektirdiği için idari açıdan daha külfetlidir. Ancak, işlemsel yaklaşım, her bir gelir kaynağını analize dahil ettiğinden, vergi dışı bırakılmaya çalışılan gelirleri tespit etme konusunda daha yetkindir. Bu nedenle, BEPS endişelerini gündeme getiren gelirler, yalnızca pasif değil, aktif gelirleri de içerebileceğinden, işlemsel yaklaşımın daha etkin çalışacağı ifade edilebilir.⁶⁷

Tüm bunların yanında, ATAD kapsamında önerilen kurallar, AB Üye Devletleri arasında bile hala uygulanabilir değildir ve bu da ATAD’ın etkilerini büyük ölçüde sınırlamaktadır. Buna ek olarak, KEYK kurallarının devreye girmesinin öngörüldüğü %40’lık eşik vergi oranı, %75’lik bir önceki OECD tavsiyesine⁶⁸ göre önemli ölçüde düşüktür. Bu da KEYK’lerin, İrlanda veya Bulgaristan gibi tek haneli düşük vergi oranları uygulayan ülkelerde bu kuraldan etkilenmeyeceği anlamına gelmektedir.⁶⁹

65 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 13.

66 The Council of The European Union, Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016, s. 13.

67 Trusevic, A., 2017, s.34-35.

68 OECD, Public Discussion Draft Beps Action 3, 2015b, s.22

69 De Masi, Fabio. Anti-BEPS Directive / Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD), 2016, s.4-5

III. KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KURALLARI AÇISINDAN TÜRKİYE'DEKİ DÜZENLEMELER

Türkiye'de 5520 Sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) ile kurumların kazançlarının tam olarak vergilendirilebilmesini sağlamak ve vergi matrahının aşındırılmasını önlemek amacıyla, Kontrol Edilen Yabancı Kurum müessesesi gündeme gelmiştir. Bu kanunda tanımlanan KEYK müessesesi kapsamında, Türkiye'de vergi mükellefi olup yurt dışı iştiraklerde belli oranda hissesi bulunan kişilerin bu iştiraklerden elde ettiği kazançların vergilendirilmesi ve böylece matrah aşındırmasının önüne geçilmesi hedeflenmektedir.⁷⁰

Türk vergi mevzuatında, yabancı iştiraklerden sağlanan karların vergilemeye tabi tutulabilmesi, bu karların dağıtımına bağlanmıştır. Böylece, kurum kar dağıtmadığı sürece iştirak eden kurum bir gelir elde etmediğinden vergilendirme de söz konusu olmayacaktır. İştirakin bulunduğu ülkede kurumlar vergisinin düşük olmasının üzerine bir de kurum karlarını dağıtmayarak iştirak eden kurum bakımından vergi ertelemesine imkân vermektedir.⁷¹ Ayrıca kurumlar tarafından yurt dışı iştiraklerden elde edilen kazançlar, belli koşulların varlığı halinde vergiden istisna tutulmaktadır. Kar dağıtımına bağlanan bu vergileme yöntemi, vergiden kaçınma, vergi planlaması ve ertelenmesi için elverişli bir ortam yaratarak vergi matrahının aşınmasına yol açacaktır.⁷² Bu durum, devletin iştirak kazançlarına farklı bir bakış açısıyla yaklaşmasını zorunlu kılmış ve yeni KVK'da bir vergi güvenlik müessesesi olarak 7. maddede düzenlenen KEYK kuralları getirilmiştir.^{73, 74}

70 Öz, 2006, s.5

71 Gedik, Türk ve Amerikan Vergi Hukuklarında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları 2014a, s.290.

72 Sağlam, 2011, s. 58.

73 KVK'nın 7. maddesi, KEYK kazancını düzenlemektedir. Buna göre; "(1) Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmaması aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir: a) İştirakin toplam gayrisafi hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması. b) Yurt dışındaki iştirakin ticarî bilanço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması. c) Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL karşılığı yabancı parayı geçmesi. (2) Birinci fıkrada yer alan toplam vergi yükü, Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir. (3) Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır. (4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir. (5) Bu maddeye göre Türkiye'de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur."

74 Maliye Bakanlığı, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1), s.71-72: Örnek olarak, Türkiye'de tam mükellef olan (A) Kurumu, (S) ülkesinde kurulu (B) Kurumunun sermayesine %100 oranında iştirak etmektedir. (T) ülkesinde kurulu (C) Kurumunun ise %50 hissesi (B) Kurumuna aittir. Bu durumda, (A) Kurumu, (C) Kurumuna dolaylı olarak (%100 x %50=) %50 oranında iştirak ettiğinden (C) Kurumu, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilecektir. Yine bir başka örnek kapsamında; Türkiye'de tam mükellef olan (A) Kurumu, (S) ülkesinde kurulu (B) Kurumunun sermayesine %60 oranında iştirak etmektedir. (T) ülkesinde kurulu (C) Kurumunun ise %50 hissesi (B) Kurumuna aittir. (C) Kurumunun %20 hissesi ise yine Türkiye'de tam mükellef olan gerçek kişi (D)'ye aittir. Bu durumda, (A) Kurumu, (C) Kurumuna dolaylı olarak (%60 x %50) %30 oranında iştirak etmektedir. Diğer taraftan, gerçek kişi (D)'nin de (C) Kurumuna doğrudan %20 oranında iştirak ettiği dikkate alındığında, (A) Kurumu ve gerçek kişi (D)'nin, (C) Kurumuna toplam iştirak oranı %50 olduğundan (C) Kurumu, diğer şartların da

Yeni gelen bu düzenlemeyle birlikte, Türk vergi mevzuatına göre tam mükellefiyete tabi kurumların kontrolünde bulunan yabancı kurum kazançlarının dağıtılın ya da dağıtılmasın, Türkiye’de kurumlar vergisine tabi tutulacağı hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin amacı, tam mükellefiyete tabi kurumların aslında Türkiye’de değerlendirmeleri gereken kaynakların ticari, sınai ve mesleki mahiyette olmayan yatırımlar aracılığıyla, oluşan vergi avantajını kullanarak vergi cenneti olarak adlandırılan ülkelere kaydırılmasının önüne geçmektir.⁷⁵

Dolayısı ile KVK’nun 7 (1) maddesine göre, bir iştirakin yurt dışında elde ettiği geliri Türkiye’de vergilendirebilmek için tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan ya da dolaylı olarak, ayrı ayrı ya da birlikte (i) *sermayesinin*, (ii) *kâr payının* veya (iii) *oy kullanma hakkının* en az %50’sine sahip olması gerekmektedir. Bu ifadeden, bu koşullardan yalnızca birinin gerçekleşmesiyle, iştirakin KEYK rejimi içine alınabileceği sonucuna varılabilir. Bahsi geçen kurumların kazançlarının dağıtılıp dağıtılmadığı dikkate alınmaksızın, diğer koşulların gerçekleşmesi halinde Türkiye’de kurumlar vergisine tabi olacaktır.⁷⁶

Buna ek olarak, Maliye Bakanlığı’nca yayınlanan 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği⁷⁷ de KEYK kavramına ilişkin açıklamalara yer vermiştir. Tebliğ’in 7. maddesi; “*KVK’nın 7’inci maddesiyle belli şartlar altında yurt dışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflere bu iştiraklerinden fiilen kâr payı dağıtılmasa bile vergi uygulamaları açısından kâr payı dağıtılmış olduğu kabul edilmekte ve bu suretle bu iştiraklerin kazançlarının Türkiye’de kurumlar vergisine tabi tutulması sağlanmaktadır. Kontrol edilen yabancı kurum kavramı; tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştirakleri ifade etmektedir. Maddede sözü edilen “doğrudan veya dolaylı” ve “ayrı ayrı ya da birlikte” ifadeleri ile yurt dışındaki iştirakin ortaklık paylarının grup şirketleri veya gerçek kişiler arasında paylaşılıp, maddede belirtilen kontrol oranının altında kalınarak kapsam dışına çıkılması engellenmektedir.*” şeklinde, KEYK kavramını açıklamıştır.

Ancak yukarıda bahsedilen %50 oranının anılan üç kriterden (sermaye, kar payı ve oy hakkı) birinde sağlanmamış olmasıyla birlikte, bunların birden fazlasının toplamında %50 oranının aşılması durumunda, söz konusu yabancı kurumun KEYK olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu önem arz etmektedir. Bu bağlamda, her bir kriterde %50’lik oranın sağlanmayıp, sermaye, kâr payı ve oy hakkı kriterlerinin toplamında %50’lik eşiğin tutturulması, bahsi geçen yabancı kurumun KEYK olarak değerlendirilmesi için yeterli olmayacağı öne sürülebilir.⁷⁸

Kontrol edilen yabancı kurum terimi içindeki “kontrol” sözcüğü, müessesenin unsurları arasında özel bir öneme sahip olan iştirak ilişkisine gönderme yapmaktadır. Kontrol, bu ilişkiyi oluşturan

gerçekleşmesi halinde kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendiril[mesi]” vermiştir.

75 Gedik, Grup Şirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon 2019, s. 35.

76 Öz, 2006, s. 37

77 RG: 03.04.2007, 26482.

78 Tekin, Cem, and Emre Kartaloğlu. *Kurumlar Vergisi Kanunu: Yorum ve Açıklamaları*. Maliye ve Hukuk Yayınları, İstanbul 2007, s. 238-239.

tarafklar arasında doğrudan ya da dolaylı bir hakimiyet ilişkisi yaratarak ana ortağın başka bir ortağa ya da ortaklıklara bu ilişki içerisinde iradesini kabul ettirdiğini ifade etmektedir. KEYK konusundaki düzenlemeler sadece tam mükellef ortakların “önemli bir etkiye” sahip oldukları yabancı kurumlara uygulanacaktır.⁷⁹ Bu durumda KVK’ndaki KEYK ile ilgili düzenlemelerden sermaye, kar payı ya da oy hakkı bakımından ancak %50’lik eşiğın geçilmesiyle önemli etkiye sahip olunacağı düşünöldüğü anlaşılabilir.

Buna ek olarak, ölkemizdeki KEYK düzenlemesi kontrol yöntemi bakımından toplu kontrol yönteminin ağır bastığı ancak bireysel kontrolü de belli bir oranın üzerinde yeterli sayan karma bir yöntem izlemiştir. KVK’nun 7. maddesi “ **Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye’de kurumlar vergisine tâbidir [...]**” ifadesinden göröldüğü üzere, tek bir mukimin yabancı kurum üzerinde %50 kontrol eşiğini geçmesiyle yabancı kurumun kontrol edilen kurum statüsünü kazanacaktır. Ancak maddede yer alan “birlikte” ifadesi ile asıl olarak karma kontrol yönteminin benimsendiği anlaşılmaktadır.⁸⁰

Bir başka dikkat çeken husus, “kontrol edilen yabancı kurum” tanımına ilişkindir. Hem KVK’da hem de Tebliğ’de “kontrol edilen yabancı kurum” kavramı kullanılmasına rağmen, maddelerin içeriğine bakıldığında anlatılmak istenenin “kontrol edilen yurtdışı iştiraki” olduğu anlaşılmaktadır. Aslına bakılırsa bu iki kavram aynı değildir. KVK 7. maddesinde, “iştirak” ifadesine yer verildiği görölmektedir. İştirak, katılma ya da ortak olma anlamı taşımaktadır. Bununla birlikte, genel olarak ulusal düzenlemelere, uluslararası kurumların düzenlemelerine ve öğretiyeye bakıldığında, bir işletmenin %10’una kadar pay sahibi olunması durumunda “portföy yatırımı”, %10-50 arasında pay sahipliği durumunda “iştirak” ve %50’den fazla pay sahibi olunması durumunda “bağlı işletme” tanımlarının kullanıldığı görölmektedir. Bu durumda yasada KEYK rejimi ile ilgili düzenlemede iştirak yerine bağli işletme ifadesinin kullanılması daha doğru olacaktır.⁸¹

Ayrıca KEYK gelirinin tanımı konusunda da yasada netlik sağlanamamıştır. KVK’nın 7. maddesinde yabancı bir kurumun KEYK kategorisine alınabilmesi için bu kurumun “[...] toplam gayrisafı hasılatının %25 veya daha fazlasının ... pasif nitelikli gelirlerden oluşması [...]” gerektiği hükme bağlanmakla birlikte, ilgili yasa maddesinde pasif gelir tanımı yapılmadığı gibi, vergi mevzuatında da pasif gelir tanımı yer almadığı olduğu görölmektedir. Bu nedenle, yasa koyucunun vergi hukukuna ilişkin “gelir türleri” kategorilerinden yola çıkarak bir düzenleme yapması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.⁸²

79 Sağlam, 2011, s.179-180.

80 Sağlam, 2011, s.207

81 Öz, 2006, s. 37

82 Gedik, Gülşen. “Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi.” *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 17.3-4: 85-112, 2014b, s. 98-99.

Mevzuatımızda yer alan KEYK kuralları, etkili KEYK kurallarının tasarlanması için bloklar halinde tavsiyelerde bulunan BEPS'in 2015 yılında yayınlanan 3 Numaralı Eylem Planı'nın nihai raporuna tam olarak uymamaktadır. Türkiye'deki KEYK kuralları, kurumların geniş tanımını gerektiren ilk bloktaki KEYK tanımı konusundaki tavsiyeler ile kısmen uyumludur. İkinci blok olan KEYK'e ilişkin istisna ve eşikler bakımından, BEPS raporuna uyumlu olduğu söylenebilir. Türkiye, %20 kurumlar vergisi oranı uygulamaktadır. Ve Türkiye'nin KEYK kuralları sadece %10 veya daha düşük vergi oranı uygulayan ülkede yerleşik KEYK'e uygulanacaktır. Türkiye'nin, üçüncü bloktaki tavsiyelerle uyumlu olması için, KEYK gelir tanımını detaylandırması gerekmektedir. Dördüncü bloktaki gelirin hesaplanmasına ilişkin tavsiyeler bakımından da tam bir uyum sağlanmamıştır. Türkiye'deki KEYK kuralları, KEYK'in zararlarının karlardan mahsup edilmesine ve sonraki beş yıl içinde ortaya çıkan karlara karşı kullanılmak üzere o dönemlere aktarılmasına izin vermektedir. Beşinci blok, gelirin atfedilmesiyle ilgili beş öneri getirmektedir. Türkiye'deki KEYK kuralları beşinci bloğun bazı önerilerine uymakla birlikte, hepsini karşılamamaktadır. Türkiye'deki KEYK kuralları kapsamında, mükelleflere gelirin atfedilmesi hususunda asgari bir kontrol ya da sahiplik eşiği belirlenmemiştir. Bu bağlamda, ilgili hesap dönemi bazında gelirin elde tutulmasına ve kontrolüne odaklanılarak, gerçek anlamda sahiplik ya da nüfuz etme gücü dikkate alınmamaktadır. Son bloktaki tavsiyeler, bu kuralların uygulanmasının çifte vergilendirmeye yol açmadığından emin olmak için hükümler getirmiştir. Bunu sağlamak için Türkiye'deki KEYK kuralları, KVK'nın 7. Maddesinin uygulandığı durumlarda, yurt dışındaki iştirakin ödemiş olduğu vergilerin, KEYK'in Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesine ve mukim hissedarlara dağıtılan ve onlara atfedilmiş olan temettülerin vergiden istisna edilmesine imkân tanımaktadır. Ancak, KEYK'in hisselerinin elden çıkarılması durumunda elde edilen gelir vergilendirilirken, KEYK gelirinin daha önce vergilendirmeye tabi olmuş olması durumunda çifte vergilemeyi önleyecek bir kural bulunmamaktadır. Böyle bir durumda, Türk KEYK kuralları çifte vergilendirmeye yol açabilir.⁸³

Önemli bir bölümü Türkiye'nin 2015 yılı G20 dönem başkanlığı sürecine denk gelen BEPS çalışmaları konusunda Türkiye oldukça destek sağlamıştır. BEPS Eylem Planı çıktılarının vergi sistemimize dahil edilmesine yönelik çalışmalar devam etmektedir.⁸⁴ Bu süreçte, uygulamada ve mevzuattaki karışıklıkların giderilmesi amacıyla yapılacak değişiklikler, KEYK kurallarının daha etkili olmasına ve amacına ulaşmasına katkı sağlayacaktır.

Sonuç ve Değerlendirme

Günümüzde kurumlar vergisi kapsamında en güncel tartışma konularından birisi, önce BEPS ardından ATAD kapsamında ortaya çıkan kontrol edilen yabancı kurum kurallarının güçlendirilmesi olmuştur. Bu projelerin her ikisi de çokuluslu şirketlerin gelirlerini düşük vergi

83 Ates, Leyla. Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses–Turkish Report for the 2017 Annual IFA Congress, Rio De Janeiro, Brazil. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 102A (2017), s.780-781.

84 Erdem, Tahir. Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye'nin Geldiği Yer Nedir?. *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 71-97. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul 2018, s.95

uygulayan ya da hiç vergi uygulamayan ülkelere kaydırmak suretiyle vergi matrahlarını yapay olarak aşındırmalarını ve bu sayede vergiden kaçınmalarını önlemeyi amaçlamaktadır. Diğer bir amaç da haksız vergi rekabetini azaltmaktır.

Türkiye’de de 2006 yılında yürürlüğe giren yeni KVK kapsamında “kontrol edilen yabancı kurum” müessesesi gündeme gelmiştir. Ülkemizdeki mevzuatın, BEPS ile tam olarak uyumlu olmasa da kısmen uyumlu olduğu ifade edilebilir. Mevzuatın BEPS ile uyumlaştırma çalışmaları ülkemizde hala devam etmektedir.

BEPS’in önerilerini AB içinde bir düzen ve uyumluluk içinde uygulamayı hedefleyen ATAD kapsamında ise, üye ülkelerin 1 Ocak 2019 tarihinden itibaren Direktifle uyumlu hale getirdikleri mevzuatları yürürlüğe koyması gerektiği belirtilmiş ve bu kapsamda ülkeler çalışmalara başlamıştır.

Yukarıda bahsedilenler ışığında BEPS’in tavsiye kararlarının KEYK’ler konusundaki mevcut sorunları çözmek için yeterince etkili olmadığı ve geliştirilmesi gerektiği söylenebilir. Üstelik bu kurallar, ülkelerin vergilendirme yetkilerinin ihlali konusunda ortaya çıkan endişeler, bu kuralların AB içinde uygulanmasında bile tam bir birlik sağlanamamasının sürece duyulan güveni azaltması ve çokuluslu şirketleri vergilendirme konusunda her ülkenin aynı ölçüde istekli olmaması gibi daha başka sorun alanları da gündeme getirmektedir.

Tarihsel olarak da vergilendirme konusunda oldukça avantajlı bir yapıda olan kurum kazançlarının, daha adil bir biçimde vergilendirilebilmesi için özellikle emek geliri aleyhine süregelen adaletsiz vergileme biçiminin değiştirilmesi gerekmektedir. Ülkelerin sermaye çekmek için kurumlar vergisi oranlarında giriştikleri dibe doğru yarış emek gelirlerinin her anlamda baskılanması ve sermaye gelirlerinin zaten yeterince adil vergilendirilemediği gibi, bir de vergi matrahlarının aşındırılmasına ve vergiden kaçınmasına yol açmaktadır.

Sonuç olarak, zararlı vergi rekabetini ve matrah aşındırmasını önleyerek, devlet hazinelerinin yaşadığı kaybı bertaraf edebilmek için; daha etkin, daha katılımcı ve demokratik, iş birliğine daha çok dayalı ve ülkelerin birbirinden farklı kültürlere ve özelliklere sahip olduğunu dikkate alan vergi sistemleri ve kuralları geliştirilmelidir. Bu uygulamaların en başında, vergileme konusunda şeffaflığı artırmak üzere ülkelerin karşılıklı olarak bilgi paylaşması gelmelidir.

KAYNAKÇA

- Ates, Leyla. (2016). Assessing BEPS: Origins, Standards, and Responses–Turkish Report for the 2017 Annual IFA Congress, Rio De Janeiro, Brazil. *IFA Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 102A (2017)*
- Birinci Nagihan ve Eser Levent Yahya. (2017). Vergi Kayıp ve Kaçaklarıyla Mücadelede BEPS Eylem Planı ve Değerlendirilmesi. *Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, Eylül 2017, Cilt: 3, Sayı: 3, ss. 447-459.
- Brauner, Yariv. (2014). What the Beps. *Florida Tax Review*, 16(2), 55-116.
- Brauner, Yariv. (2018). Uluslararası Bakış Açısıyla BEPS: BEPS Nedir?. *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 1-37. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul.

- Bräutigam Rainer, Christoph Spengel & Frank Streif (2017). Decline of Controlled Foreign Company Rules and Rise of Intellectual Property Boxes: How The European Court Of Justice Affects Tax Competition And Economic Distortions In Europe. *Fiscal Studies*, 38(4), 719-745.
- Clifford, Sarah. (2019). Taxing multinationals beyond borders: financial and locational responses to CFC rules. *Journal of Public Economics*, 173, 44-71.
- Dagan, Tsilly. (2016). Community Obligations in International Taxation. Global Trust Working Paper 01/2016 Available at SSRN 2736923.
- De Masi, Fabio. (2016). Anti-BEPS Directive / Anti-Tax Avoidance Directive (ATAD) <https://www.fabio-demasi.de/kontext/controllers/document.php/187.b/7/a0b82b.pdf> Erişim Tarihi: 02.05.2018.
- Desai, Mihir A. & James R. Hines (2004). Old rules and new realities: Corporate tax policy in a global setting. *National Tax Journal*, 937-960.
- Egger, Peter H. & Georg Wamser (2015). The impact of controlled foreign company legislation on real investments abroad. A multi-dimensional regression discontinuity design. *Journal of Public Economics*, 129, 77-91.
- Erdem, Tahir. (2018). Türk Bakış Açısıyla BEPS: Türkiye'nin Geldiği Yer Nedir?. *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 71-97. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul.
- Eurodad, (2016). Briefing: An analysis of the European Commission's Anti-Tax Avoidance Package. <<http://www.eurodad.org/ECTaxpackage>> Erişim Tarihi: 25.04.2018
- European Comission (2016a), Proposal for a Council Directive, Brussels, 28.1.2016, COM (2016) 26 final2016/0011(CNS) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0026&from=EN> Erişim Tarihi: 27.04.2018
- European Comission (2016b), Council Directive (Eu) 2016/1164 of 12 July 2016 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=GA> Erişim Tarihi:03.05.2019
- European Comission, (2016c). Commission Staff Working Document Accompanying The Document. Brussels, 28.1.2016 SWD(2016) 6 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=145.405.7105010&uri=SWD%3A2016%3A6%3AFIN> Erişim Tarihi: 29.04.2018
- European Comission, (2016d). European Commission – Fact Sheet, The Anti Tax Package – Questions and Answers, Brussels, 28 January 2016. http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-160_en.htm Erişim Tarihi: 01.05.2018
- Gedik, Gülşen. (2014a). Türk ve Amerikan Vergi Hukuklarında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları, On İki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul.
- Gedik, Gülşen. (2014b). Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 17(3-4), 85-112.
- Gedik, Gülşen. (2019). Grup Şirketlerinin Vergilendirilmesi Sistemleri ve Konsolidasyon. On iki Levha Yayıncılık, Birinci Baskı, İstanbul.
- Haufler, Andreas, Mohammed Mardan & Dirk Schindler., Mardan (2018). Double Tax Discrimination to Attract FDI And Fight Profit Shifting: The Role of CFC Rules. *Journal of International Economics*, 114, 25-43.
- Kurumlar Vergisi Kanunu, (2006). <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5520.pdf>
- Maliye Bakanlığı, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No: 1). <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2007/04/20070403-15.doc>
- OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4202719-en> Erişim Tarihi: 11.03.2018

- OECD (2015a), Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/978.926.4241152-en> Erişim Tarihi: 11.03.2018
- OECD, (2015b). Public Discussion Draft Beps Action 3: Strengthening CFC Rules 12 May 2015, ss.22. <https://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-beeps-action-3-strengthening-cfc-rules.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2018
- Öz N. Semih (2006). Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Türkiye'de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması. TÜRMOB Yayınları-299, Ankara, Sirküler Rapor Serisi, Seri No:2006 – 10.
- Öz, N. Semih. (2012). Controlled Foreign Company Regime in Turkey And Its Valuation. *Intertax*, 40(11), 643-647.
- Prats, Alfredo Garcia. (2018), Gelişmekte Olan Ülkelerin Bakış Açısıyla BEPS: İyi midir Kötü müdür? *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 123-135. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul.
- Sağlam, Meltem. (2011). Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara.
- Tekin Cem, Emre Kartaloğlu (2007). Kurumlar Vergisi Kanunu (Yorum ve Açıklamaları). 03.04.2007 İstanbul. <http://www.emrekartaloglu.com/Kitaplar/2-%20KVK%20Yorum%20Kitabi-Tamami-1.%20BASKi.pdf> Erişim Tarihi: 20.04.2018
- The Council of The European Union, (2016). Council Directive (EU) 2016/1164 of 12 July 2016 Laying Down Rules Against Tax Avoidance Practices That Directly Affect The Functioning Of The Internal Market. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L1164&from=EN> Erişim Tarihi: 20.04.2018
- Trusevic Andzej. (2017). Interest Limitation and CFC rules in the Anti Tax Avoidance Directive, Master Thesis. *Tilburg University, Tilburg School of Law*.
- Yaltı Soydan, Billur (1995). Uluslararası Vergi Anlaşmaları. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ, İstanbul.
- Yaltı, Billur (2018). BEPS'in Hukuki Araçları: Yumuşak Hukukun İçinde mi Ötesinde mi?. *Vergilendirmede Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırma (BEPS)*, 175-193. Ed. Billur Yaltı. Beta Yayınları, İstanbul.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Düşünceler

Considerations of Chattel Mortgage in Commercial Transactions Code

Alper UYUMAZ* 
Mehmet Cemil TÜRK** 

Öz

Ülkemizde finansmana erişimin kolaylaştırılması amacıyla kabul edilen 20.10.2016 tarih ve 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunda yeni bir teslimsiz ve sicilli taşınır rehin türü düzenlenmiştir. Kanun, yakından incelendiğinde, rehinin kuruluşu, hükümleri ve sonuçları bakımından farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Yine, borçlunun temerrüdü durumunda genel hükümler çerçevesinde takip yapmak dışında, alacaklıya tanınan seçimlik haklar dikkat çekicidir. Bu hakların en başında, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme hakkı gelmektedir. Kanun, kullanılan dil açısından da mevcut düzenlemelerden farklılıklar içermektedir. Bu Kanunda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu gibi temel kanunlarda bilinçli bir şekilde yer verilmeyen bazı kavramlar kullanılmıştır. Bütün bunlarla birlikte, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, yürürlüğe girmesinin üstünden iki buçuk yıl geçmesine rağmen hâlâ tartışılmaktadır. Tartışmalı konuların en başında, Kanunun isminde de yer alan “*ticari işlem*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve bunun Kanunun uygulama alanının tespitinde bir ölçüt olup olmadığı hususu gelmektedir. Rehin hukukunda kabul edilen temel ilkelerden uzaklaşılması da diğer bir önemli tartışma konusudur. Yapılan tartışmaların bazılarında ise, Kanun ile ilgili yapılan ikincil mevzuat düzenlemeleri yol açmaktadır. Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılan ikincil mevzuatta yer alan bazı düzenlemeler Kanuna açıkça aykırıdır. Bu çalışmada, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile ilgili mevzuat hükümleri Medeni Hukuk ve Ticaret Hukuku bakımından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: *Teslimsiz Taşınır Rehni, Sicilli Taşınır Rehni, Ticari İşlemlerde Rehin, Taşınır Varlıkların Rehni, Ticari İşletme Rehni.*

Abstract

Chattel Mortgage in Commercial Transactions Code No. 6750 dated 20.10.2016, was adopted in order to facilitate access to finance, entered into force on 01.01.2017 in our country. A new type of non-delivery and registered pledge of movables has been issued in the Code. Upon close examination of the Code, it is observed that there are remarkable regulations regarding the establishment, provisions and results of the pledge. Again, apart from pursuing under general provisions on the debtor's default,

* Doç. Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: alperuyumaz@selcuk.edu.tr.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: mcmilturk@selcuk.edu.tr.

the elective rights afforded to the creditor are noteworthy. At the beginning of these rights is the right to demand the transfer of ownership of the pledged movable. The Code is also notable in terms of the language used. In this Code, some concepts which are not consciously included in the basic codes such as Turkish Civil Code No. 4721 and Turkish Commercial Code No. 6102 are used. In addition, The Code on the Pledge of Movables in Commercial Transactions is still controversial, even though it is two and a half years since it came into force. At the top of the controversial issues is the question of what should be understood from the phrase “*commercial transaction*”, which is also mentioned in the name of the Code, and whether there is a criterion in determining the application area of the Code. Discrimination from the fundamental principles adopted in pledge law is another important topic of discussion. Some of the discussions are caused by secondary legislation arrangements made in relation to the Code. Some of the regulations contained in the secondary legislation enacted to ensure the implementation of the code are clearly contrary to the Code. In this study, the provisions of The Code on the Pledge of Movables in Commercial Transactions and the related secondary legislation are examined in terms of Civil Law and Commercial Law.

Keywords: *Movable Pledge without Delivery, Registered Movable Pledge, Pledge in Commercial Transactions, Pledge of Movable Assets, Pledge of Commercial Enterprises.*

GİRİŞ

Kişilerin, finansmana erişimde karşılaştığı zorlukların başında teminat konusu gelmektedir. Alacaklıların, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde teminat sözleşmelerine dayanarak alacaklarına kavuşmaları kolaylaşmaktadır. Bu teminatlar, içerikleri bakımından kişisel ve aynı olmak üzere kefalet ve rehin şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kefalet, tipik bir kişisel teminat türüdür. Kefalette, kefil, borçlunun borcundan kişisel olarak sorumlu olacağını alacaklıya karşı yüklenmektedir. Aynı teminatta ise, borcu yüklenen kişinin yerini aynı bir güvence almaktadır. Aynı güvence kural olarak bir eşya üzerinde kurulur. Rehin, tipik bir aynı teminat türü olup, günümüzde kişisel teminatlara nazaran daha çok kullanılmaktadır.

Türk Medeni Kanununda rehin, esas itibarıyla taşınır eşya-taşınmaz eşya ayrımından hareketle düzenlenmiştir. Ancak kanunkoyucu, haklar gibi eşya niteliği taşımayan birtakım değerler üzerinde de rehin kurulmasına izin vermiştir. Taşınır rehnine ilişkin hükümler, hatta taşınmaz rehnine ilişkin bazı hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde haklar üzerinde kurulan rehin için de uygulanabilir¹.

1 **Zobl**, Dieter, Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887, ZGB, Bern 1982, Systematischer Teil, N. 334; **Haffter**, Max, Das Fahrnispfandrecht und Andere Sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1928, s. 15; **Oftinger**, Karl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band. Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 2. Auflage, Zürich 1952, N. 27-30; **Gürsoy**, Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984, s. 1092; **Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2018, s. 1013; **Köprülü**, Bülent / **Kaneti**, Selim, Sınırlı Aynı Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982-1983, s. 453-454; **Cansel**, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şartlı Menkul Rehni, C. I, Ankara 1967, s. 18; **Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 3; **Ergüne**, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002, s. 14. **Baumann** ise, eşya hukukuna hâkim olduğu kabul edilen genel eşya hukuku ilkelerinin mahiyetine uygun düştüğü ölçüde taşınır rehni alanında da uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Bkz., **Baumann**, Max, Sachenrecht, Zürich 2008, s. 87.

Türk Medeni Kanunu dışında çeşitli kanunlarda da taşınır rehnine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu belirtilmelidir. Bu kanunların başında, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) gelmektedir. 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe giren bu Kanun², Türk Medeni Kanununda taşınır rehni için öngörülen sistemden birçok yönden ayrılmaktadır. Ayrıca, bu Kanunun uygulanmasını sağlamak üzere ikincil (tamamlayıcı) mevzuat da yürürlüktedir. Çalışmanın konusunu, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ve bu ikincil mevzuat düzenlemeleri oluşturmaktadır.

Kanunun yürürlüğe girmesinin üzerinden, iki buçuk yılı aşkın bir süre geçmesine rağmen, müessese hakkında ciddi tereddütler bulunmaktadır. Bu tereddütlerin bir kısmı, ikincil mevzuatta yer alan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa aykırı düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Bu çalışmada, sistematik açıdan Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu esas alınmış ve bu kanunun hükümleri incelenmiştir. Yeri geldikçe konuyla ilgili ikincil mevzuat düzenlemelerine de yer verilmiştir.

I. AMAÇ VE KAPSAM

A. AMAÇ

TİTRK.m.1/1'de, Kanunun amacı düzenlenmektedir. Hükme göre, *“Bu Kanunun amacı; teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması, bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi, taşınır rehninde aleniyetin sağlanması ile rehniin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmaktır”*.

Hükümde sözü edilen amaçları değerlendirmeye geçmeden önce, ticaret hayatında teslimsiz taşınır rehni ihtiyacına değinilmesi gerekmektedir. Taşınır rehni, Türk Hukukunda genel bir düzenleme ile TMK.m.939 vd. hükümleriyle düzenlenmiştir. Söz konusu hükümler incelendiğinde, *“Taşınır Rehni”* başlığı altında, klasik anlamda taşınır rehni türleri ile taşınmaz rehni dışında taşınır rehni olduğu tartışmalı olan çeşitli rehin tiplerinin bir araya toplandığı görülmektedir. Bunlar, *“Teslime Bağlı Rehni ve Hapis Hakkı”* (TMK.m.939-953), *“Alacaklar ve Diğer Haklar Üzerinde Rehni”* (TMK.m.954-961), *“Rehni Karşılığında Ödünç Verme İşlemleri ile Uğraşanlar”* (TMK.m.962-969) ve *“Rehni Tahvil”* (TMK.m.970-972)'dir.

Türk Medeni Kanununa göre taşınır rehni, kural olarak, teslime bağlı olarak kurulmalıdır (TMK.m.939/1). Ancak bu kural, ticari hayatın gereksinimlerine uygun düşmemektedir. Örneğin, bu kurala göre ticari işletmesindeki makineleri bankadan alacağı kredi ile yenilemek isteyen bir tacirin, alacağı güvence teşkil etmesi için elindeki bazı taşınırın zilyetliğini bankaya devretmesi gerekir. Bu halde ise, tacirin zilyetliğini bankaya devrettiği makineler olmadan gelir sağlama hedefini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği, dolayısıyla aldığı krediyi ödeyip ödeyemeyeceği büyük bir belirsizlik içermektedir. Bu nedenle, teslimsiz taşınır rehni özellikle ticaret hayatında önemli bir ihtiyaç, hatta bir zorunluluk haline gelmiştir. TİTRK.m.1/1'de sözü

2 RG., 26.10.2016, S. 29871.

edilen amaçlar bir kenara bırakılırsa, bu Kanunun öncelikle bu ihtiyaca cevap verdiğini belirtmek gerekir³. Ayrıca, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunundaki bu imkân sadece tacirlere değil, isabetli olarak esnaf, çiftçi gibi tacir dışındaki kredi ihtiyacı olabilecek bazı kişilere de tanınmıştır.

TİTRK.m.1/1'de, öncelikle teslimsiz taşınır rehni kurumunun güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılmasından söz edilmektedir. Kanunun birçok hükmünde bu amaç göze çarpmaktadır. Özellikle, rehne taraf olabilecek kişilere ilişkin TİTRK.m.3 ile üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıklara ilişkin TİTRK.m.5'te yer alan kapsamlı düzenlemeler bu amacın somut yansımalarıdır. TİTRK.m.3'te rehne taraf olabilecek kişiler düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, sadece tacirler değil esnaflar, çiftçiler, üretici örgütleri, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler de bu rehin sözleşmesine taraf olabilecektir. TİTRK.m.5'te, üzerinde rehin hakkı kurulabilecek varlıklar oldukça geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Aynı şekilde, rehin hakkının kurulmasında gerek sözleşmenin hazırlanması gerek imza aşamasında taraflara tanınan seçimlik yetkiler (TİTRK.m.4) birinci maddede belirtilen amaca hizmet etmektedir. Rehinde öncelik hakkının belirlenmesinde derece sisteminin tercih edilebilmesi (TİTRK.m.10), bu rehin türünün yaygınlaşmasına katkı sağlayacaktır⁴. Ayrıca, alacaklının borçlunun temerrüde düşmesi sonucu sahip olduğu haklarına ilişkin TİTRK.m.14'ün de kredi verenleri, bu tür sözleşmelerde rehinli alacaklı olmaya teşvik ettiği söylenebilir.

TİTRK.m.1/1'de ikinci olarak, *“bu rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi”* amacından söz edilmiştir. Rehne konu taşınır, TİTRK.m.5'te oldukça geniş ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Zaten bu düzenlemelerden, rehne konu taşınırın kapsamının oldukça geniş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ifade, bu yönüyle malumun ilâmı niteliğindedir. Kaldı ki *“amaç”*, kelime anlamı itibarıyla, *“ulaşmak istenilen sonucu”* ifade etmektedir⁵. Söz konusu ifade ise, ulaşılmak istenen bir sonucu değil, sonuca ulaşmak için tercih edilen yöntemi ifade etmektedir. Bu nedenle, söz konusu ifadeye amaç olarak yer verilmesi isabetli olmamıştır. Bu ifadeye ayrı bir amaç olarak yer vermek yerine, hiç yer verilmemesi ya da yer verilecekse de teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması amacına hizmet eden yöntem ya da usul olarak yer verilmesi daha isabetli olabilirdi. Örneğin hükümde, *“rehne konu taşınırın kapsamının genişletilmesi suretiyle teslimsiz rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması”* gibi bir ifade kullanılabilirdi.

TİTRK.m.1/1'de üçüncü olarak, *“taşınır rehlinde aleniyetin sağlanması”* amacından söz edilmiştir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi için *“Rehinli Taşınır Sicili”* kurulmuştur⁶. Hükümde *“açıklık”* yerine, *“aleniyet”* ifadesi kullanılmıştır. 2001 tarihinde kabul edilen Türk Medeni Kanununda⁷ ve 2011

3 Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile özel bir tür teslimsiz taşınır rehni getirilmesinden ziyade, Türk Medeni Kanunundaki taşınır rehni hükümlerine paralel bir diğer taşınır rehni yaratıldığı yönünde bkz., Öz, Turgut, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s. 152-153.

4 Antalya, Gökhan / Acar, Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler), İstanbul 2017, s. 3.

5 Bkz., Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, E.T. 24.03.2019.

6 Genel Gereğe ve TİTRK.m.8'in Gereğesi.

7 Bkz., TMK.m.1020'nin kenar başlığı.

tarhinde kabul edilen Türk Ticaret Kanununda⁸ “*aleniyet*” ifadesi terkedilip, “*açıklık*” ifadesine yer verilirken; daha yeni tarihli bu Kanunda neden ısrarla bu terimin tercih edildiği anlaşılamamaktadır⁹.

TİTRK.m.1/1’de son olarak, “*rehnin paraya çevrilmesinde alternatif yolların sunulması suretiyle finansmana erişimi kolaylaştırmak*” amacından söz edilmiştir¹⁰. Özellikle rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişilere ilişkin TİTRK.m.3 ile üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıklara ilişkin TİTRK.m.5’te yer alan kapsamlı düzenlemeler ve alacaklının temerrüt sonrası haklarına ilişkin TİTRK.m.14 nazara alındığında, bu amacın diğer amaçların da önüne geçtiği belirtilebilir. Kanunun Genel Gereğesinde de KOBİ’lerin¹¹ ticari faaliyetleri için gerekli finansman kaynaklarını, bankalar aracılığıyla temin edilen kredilerden sağladığı; özellikle kredi karşılığı talep edilen teminatların, KOBİ’lerin finansmana erişiminde önemli zorluklar oluşturduğu; bu durumun KOBİ’ler için büyük işletmeler karşısında rekabet dezavantajına neden olduğu; bu itibarla, KOBİ’lerin finansmana erişiminin kolaylaştırılması, rekabet güçlerinin arttırılması ve dolayısıyla ülkemiz ekonomisinin dengeli ve istikrarlı büyümesine katkı sağlanması amacıyla¹² bu Kanunun hazırlandığı ifade edilmiştir¹³.

B. KAPSAM

Kapsam, “*bir şeyin sınırları içine başka konuları veya anlamları alma durumu*” olarak tanımlanmaktadır¹⁴. Kanunun kapsamı, yani sınırlarının içerisinde hangi konuların yer aldığı

8 Bkz., TTK.m.35’in kenar başlığı.

9 TBMM’de yapılan görüşmeler sırasında, “*aleniyet*” ifadesinin “*açıklık*” şeklinde değiştirilmesi için önerge verilmiş; ancak, bu önerge kabul edilmemiştir. Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 26, C. 24, Yasama Yılı 2, 9’uncu Birleşim (19 Ekim 2016), s. 1119-1120.

10 TBMM’de yapılan görüşmeler sırasında, “*sunulması*” ifadesinin “*belirlenmesi*” şeklinde değiştirilmesi için önerge verilmiş; ancak, bu önerge kabul edilmemiştir. Bkz., Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, Dönem 26, C. 24, Yasama Yılı 2, 9’uncu Birleşim (19 Ekim 2016), s. 1120-1122.

11 KOBİ’ler, TTK.m.1522 ve 1523 çerçevesinde “*Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik*” (RG., 18.11.2005, S. 25997) hükümlerine göre belirlenmektedir. Bu Yönetmelikte, “*Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” (RG., 04.11.2012, S. 28457) ve “*Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik*” (RG., 24.06.2018, S. 30458) ile değişiklikler yapılmıştır. Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmelerin Tanımı, Nitelikleri ve Sınıflandırılması Hakkında Yönetmelik m.4/1-b’ye göre; “*Küçük ve orta büyüklükte işletme (KOBİ): İkiyüzelli kişiden az yıllık çalışan istihdam eden ve yıllık net satış hasılatı veya mali bilançosundan herhangi biri yüzymibes milyon Türk Lirasını aşmayan ve bu Yönetmelikte mikro işletme, küçük işletme ve orta büyüklükteki işletme olarak sınıflandırılan ekonomik birimleri veya girişimleri*” ifade eder.

12 Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun umulan bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olmadığı yönünde bkz., **Şit İmamoğlu**, Başak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017, s. 3.

13 Kanunun gerekçesinde göze çarpan KOBİ vurgusu sebebiyle, bu Kanunun sadece KOBİ’lere yönelik olduğu sonucunun çıkarılmaması gerektiği; herhalde, kanunkoyucunun, kredi ihtiyacı giderilirken ortaya çıkan teminat gösterme sorununun KOBİ için büyük ölçekli şirketlere göre daha büyük bir sorun teşkil etmesi nedeniyle Kanunun gerekçesinde KOBİ’leri ön plana çıkartmayı tercih ettiği yönünde bkz., **Göle**, Celal / **Aydoğan**, Gökhan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, 2017, s. 11.

14 Bkz., Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, E.T. 05.06.2019.

TİTRK.m.1/2'de düzenlenmiştir. Hükümde, adeta düzenlenen konuların fihristi verilmiştir¹⁵. Söz konusu hükme göre; *“Bu Kanun; taşınır varlıkları konu edinen işlemlerde rehin hakkının tesisine, rehin hakkının üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesine, Rehinli Taşınır Siciline, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesine, tarafların ve üçüncü kişilerin hak ve yükümlülüklerine, rehin hakkının kullanımı ile rehinli işlemlere ilişkin diğer usul ve esasları kapsar”*.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun hangi konulara uygulanacağı, başka bir deyişle Kanunun uygulama alanı ise, TİTRK.m.1/3, 4 ve 5'te düzenlenmiştir. TİTRK.m.1/3'e göre; *“Bu Kanun, bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulan ve konusu bu Kanunda sayılan taşınır varlıklar olan rehinli işlemlere uygulanır”*¹⁶. Hükümde, ticari işlemlerde taşınır rehininin konusunun *“taşınır varlıklar”* olduğu vurgulanmıştır. Başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere Türk Hukukunda aynı hakkın konusunu belirlemek bakımından, taşınır eşya-taşınmaz eşya ayırımından hareket edildiği söylenebilir. Kanunda geçen *“taşınır varlık”* kavramı ise, Türk Hukuku bakımından yeni bir kavramdır. TİTRK.m.2/1-h'de, *“taşınır varlık”* ile TİTRK.m.5/1'de¹⁷ belirtilen varlıkların kastedildiği ifade edilmiştir. Aynı ifadeye, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelikte de¹⁸ yer verilmiştir (KuruluşYön.m.4/1-p). TİTRK.m.5/1 incelendiğinde alacaklar, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar, her türlü kazanç ve iratlar gibi değerlerin taşınır varlıklar arasında sayıldığı görülmektedir. Bu değerler, hukuki nitelikleri itibarıyla taşınır eşya olmak bir yana eşya bile sayılmazlar¹⁹. Öğretide, alacak ve haklar üzerindeki rehin teknik anlamıyla bir aynı hak olarak kabul edilmemektedir²⁰. Ancak buna rağmen, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda taşınır varlık olarak sayılan değerler üzerinde kurulan hakkın sınırlı aynı hak olarak kabul edildiği ifade edilmelidir²¹. Zira, TİTRK.m.2/1'in (1) bendinde rehin hakkı, *“taşınır varlığın türünden, rehin*

15 Antalya / Acar, s. 6.

16 Hükümde yer alan *“bir borca güvence teşkil etmek üzere kurulan ... rehin...”* ifadesinin yersiz olduğu, zaten başka maksatla rehin tesisinin söz konusu olamayacağı yönünde bkz., Öz, s. 153. Bu eleştiriyi, ilgili kanun özelinde yerinde bulmakla birlikte, teminat amacı dışında muvazaalı olarak rehin verilebileceği gibi ipotekli borç senedi ve irat senedinde olduğu gibi eşyanın değerini tedavül için rehin verilebileceği de hatırlatılmalıdır.

17 TİTRK.m.5/1, *“Rehin hakkı aşağıda belirtilen taşınır varlıklar üzerinde kurulabilir: a) Alacaklar b) Çok yıllık ürün veren ağaçlar c) Fikri ve sınai mülkiyete konu haklar ç) Hammadde d) Hayvan e) Her türlü kazanç ve iratlar f) Başka bir sicile kaydı öngörülmeden ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar g) Kira gelirleri ğ) Kiracılık hakkı h) Makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul işletme tesisatı ı) Sarf malzemesi i) Stoklar j) Tarımsal ürün k) Ticaret unvanı ve/veya işletme adı l) Ticari işletme veya esnaf işletmesi m) Ticari plaka ve ticari hat n) Ticari proje o) Vagon ö) Bu fıkrafta sayılanlardan üçüncü kişiler zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları p) Benzeri her türlü taşınır varlık ve hak”*.

18 RG., 31.12.2016, S. 29935, 3. Mükerrer.

19 Aksoy Dursun, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012, s. 24, 97; Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, III, Sınırlı Aynı Haklar, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2017, s. 295; Uyumaz, Alper, Medeni Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2017, s. 55.

20 Oftinger, Karl / Bär, Rolf, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 3. Auflage, Zürich 1981, N. 22; Oftinger, N. 22, Tekinay, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynı Haklar, İstanbul 1994, s.146; Akipek, Jale / Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018, s. 867; Köprülü / Kaneti, s. 441; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 771, 1007, 1053; Serozan, s. 33; Aksoy Dursun, s. 111; Ayan, s. 319; Uyumaz, Taşınır, s. 50-51. Bu hususta tartışmalar ve ayrıntılı bilgi için bkz., Aksoy Dursun, s. 105 vd.

21 Ayan, s. 297; Uyumaz, Taşınır, s. 56.

verenin veya rehinli alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla alacağın devrinde devralanın alacak hakkı da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın tesis edilen sınırlı aynı hak... olarak tanımlanmıştır²².

Yürürlükten kaldırılan Ticari İşletme Rehni Kanununda, rehin hakkına konu varlıkların, ticari işletme ve esnaf işletmesiyle bağı açıkça ortaya konulmuştu. Rehne konu varlıklar, bu işletmelerin unsuru niteliğindedi²³. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda ise ticari işletme ve esnaf işletmesi, rehne konu taşınır varlık kalemlerinden sadece birini oluşturmaktadır (TİTRK.m.5/1-1). Bu nedenle, artık Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda düzenlenen rehin incelenirken, bu rehlin karakterini ve adını tespit bakımından ticari işletme veya esnaf işletmesinin esas alınması doğru olmayacaktır²⁴.

Bu noktada, “*ticari işlem*” terimine de değinilmesi gerekir. Zira, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun uygulama alanının tespitinde önem arz eden diğer bir terim de “*ticari işlem*”dir²⁵. Ancak, “*ticari işlem*” terimine, başta Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu olmak üzere herhangi bir mevzuatta yer verilmiş değildir. Dolayısıyla, bu düzenleme ile Türk hukuk öğretisine yabancı yeni bir terim kazandırılmıştır.

Ticari işlem kavramındaki “*işlem*” kelimesi, “*hukuki işlem*” kavramını çağrıştırmaktadır. Ancak “*işlem*” ile kastedilenin “*hukuki işlem*” olduğu kabul edilirse, hukuka aykırı fiillerden doğan borcun bu rehin türü ile teminat altına alınamayacağı gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu da rehin hukukuna hâkim ilkeler ile bağdaşmaz²⁶. Zira, rehinle teminat altına alınan alacak, hukuki işlemden doğabileceği gibi, borca aykırılık veya haksız fiil gibi hukuka aykırı fiillerden de doğmuş olabilir²⁷. Bu nedenle “*işlem*” ile “*hukuki işlem*” kavramları, kapsam itibarıyla birbirleriyle örtüşmemektedir²⁸.

Ticari işlem kavramındaki “*ticari*” kelimesi, “*ticari iş*” kavramını çağrıştırmaktadır. Ancak, rehlin taraflarına ilişkin TİTRK.m.3 incelendiğinde, kanunkoyucunun “*ticari iş*” kavramından hareket etmediği görülmektedir. Zira, Kanuna göre iki esnaf arasında bu şekilde rehin tesis edilebilmektedir ve bu işlemin “*ticari iş*” niteliğinde sayılması mümkün değildir. Bu nedenlerle,

22 KuruluşYön.m.4/1-k'ya göre; “*Rehin hakkı: Taşınır varlığın türünden, rehin verenin veya rehin alacaklının durumundan, rehinle güvence altına alınan borcun niteliğinden veya tarafların onu rehin hakkı olarak adlandırmasından bağımsız olarak bir borcun ödenmesini veya ifa edilmesini güvence altına almak amacıyla rehinli alacağın devrinde devredenin 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 189 uncu maddesinde belirtilen hakları da dâhil olmak üzere, taşınır varlık üzerinde zilyetliğin devrine gerek olmaksızın Sicile tescil ile tesis edilen sınırlı aynı hakkı...*” ifade eder.

23 Antalya / Acar, s. 7.

24 Antalya / Acar, s. 7.

25 Antalya / Acar, s. 7.

26 Antalya / Acar, s. 8.

27 Antalya / Acar, s. 8-9.

28 Antalya / Acar, s. 8.

“*ticari işlem*” ile kast edilenin, işletme ve mesleki faaliyet kapsamında ya da ilgili olarak kazanç elde etmek üzere girilen her türlü iş (işlem ve fiil) olduğu kabul edilmelidir²⁹. Her ne kadar Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun, amaç ve kapsamının düzenlendiği birinci maddesinde, “*ticari işlem*” ifadesine yer verilmemiş ve Kanunda bu ifade tanımlanmamış olsa da Kanunun adı “*Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu*” olduğundan, rehlin sadece ticari işlemlerden doğan borçlar için kurulabileceği kabul edilmelidir³⁰. “*Tüketici işlemi*” niteliğindeki borçlar ile “*adi borçlar*” için bu şekilde rehin tesis edilemeyecektir³¹. Ancak, Kanuna adını veren “*ticari işlem*” terimine Kanunda hiç yer verilmemesi ve bu terimin tanımlanmaması da büyük bir eksiklik³².

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda, bu Kanunun uygulama alanı dışında kalan konular da belirtilmiştir. Öncelikle, sermaye piyasası araçları ile türev araçlara ilişkin finansal sözleşmeleri konu edinen rehin sözleşmelerine ve mevduat rehnine, bu Kanun uygulanmaz (TİTRK.m.1/4). “*Finansal sözleşme*” terimi ile, “*faiz oranı, emtia, döviz, hisse senedi, tahvil, endeks veya benzeri finansal araçların dayanak varlık olarak kullanıldığı spot, future, forward, opsiyon veya swap işlemiyle, repo, ters repo işlemi ve bu işlemlere benzer nitelikte olan ve finansal piyasalarda kullanılan diğer işlemlerle ve bu işlemlerin herhangi bir kombinasyonunu içeren sözleşmeler*” ifade edilmektedir (TİTRK.m.2/1-ç). Türk Ticaret Kanununda “*hisse senedi*” terimi yerine “*pay senedi*” terimi tercih edilirken³³, bu hükümde neden hisse senedi teriminin tercih edildiği ve bu tercihin bilinçli olup olmadığı anlaşılacaktır.

TİTRK.m.1/5'e göre; “*Tapu kütüğüne herhangi bir nedenle tescil edilen taşınırlar bu Kanun kapsamında değildir*”. Hükümde, taşınırların tapu kütüğüne tescilinden söz edilmiştir. Halbuki, taşınır veya taşınmaz eşyalar değil, aynı haklar tapu kütüğüne tescil edilir. Kanunda sayılan belirli unsurlar (TMK.m.704; 998), ancak tapu kütüğüne kaydedilebilir ve bu kayıt işlemi, bir diğer ifade ile her taşınmaza bir tapu kütüğü sayfasının özgülenmesi ile hukuken taşınmaz sıfatını kazanırlar. Bu yönüyle, hükümde yer alan düzenleme isabetli değildir³⁴. Zira, taşınırlar hiçbir şekilde tapu

29 Antalya / Acar, s. 10.

30 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1008, dn. 11.

31 Antalya / Acar, s. 10. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun bütün hükümleri incelendiğinde, kanunkoyucunun, esasen işlemin adı iş ya da ticari iş niteliğinde olduğunu değil, sadece taşınır rehninin ve ilgili sözleşmenin tarafları ile kapsamını dikkate aldığı; “*ticari işlem*” kavramının hangi gerekçeyle ve hangi amaç için Kanunun adında yer aldığına anlaşılmadığı yönünde bkz., Göle / Aydoğan, s. 11-12. Aynı yönde bkz., Bozer, Ali / Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017, s. 31. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda ticari işlem ifadesinin kullanılması ve rehin sözleşmesinin içeriği ve şeklinin belirlenmesi nedeniyle, ancak kredi alınması ya da karz niteliği taşıyan bir borcun söz konusu olması hâlinde Kanunun uygulanabileceği; haksız fiilden oluşan bir borç için bu Kanun uyarınca rehin kurulamayacağı yönünde bkz., Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul 2017, s. 49-50.

32 Aynı yönde bkz., Göle / Aydoğan, s. 12.

33 Örneğin, TTK.m.484 ilâ 501'in yer aldığı Yedinci Bölüm, Birinci Ayırım'ın başlığı “*Pay Senetleri*”dir. TTK.m. 484'ün Madde Gerekçesinde de şu ifadeler yer verilmiştir: “... hüküm, birinci alt kısmın başlığında olduğu gibi “*hisse senetleri*” yerine “*pay senetleri*” terimini kanuni terim olarak kabul edip kullanmıştır. ... çelişkiyi ortadan kaldırmak amacıyla senedin kanunî adının “*pay senedi*” olması uygun görülmüştür”. Bu hususta ayrıca bkz., Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu-Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016, s. 392.

34 Öz, s. 154.

kütüğüne tescil edilmezler. Ayrıca, burada yer alan “*tescil edilen taşınır*lar” ifadesinden taşınır lar üzerindeki rehin hakları da anlaşılabilir. Zira hukukumuzda tapuya tescil edilen taşınır rehni türü bulunmamaktadır³⁵.

Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilemez (TİTRK.m.8/3).

II. REHİN SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Ticari işlemlerde taşınır rehinine taraf olabilecek kişiler, TİTRK.m.3’te düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre; “*Rehin sözleşmesi*;

a) *Kredi kuruluşları ile tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler arasında,*

b) *Tacir ve/veya esnaflar arasında yapılır”.*

Hükmün (b) bendinde, rehin alacaklısına veya rehin verebilecekler e ilişkin herhangi bir tereddüt yoktur. Hükümden, rehin sözleşmesinin; tacirlerin kendi aralarında, esnafların kendi aralarında ya da tacirler ile esnaflar arasında yapılabileceği anlaşılmaktadır³⁶.

Hükmün (a) bendinde ise, rehin alacaklısına veya rehin verebilecekler e ilişkin açık bir belirleme yapılmamıştır. Ancak, burada kredi sözleşmesinden doğan bir alacağın teminat altına alınması söz konusu olduğundan, ilişkinin doğası gereği kredi kuruluşu sadece rehin alacaklısı olabilecektir³⁷. Dolayısıyla, tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler ise bu ilişkide rehin veren konumunda yer alabilecektir³⁸. Bu hususu, KuruluşYön.m.10/1 de teyit etmektedir. KuruluşYön.m.10/1’e göre; rehin alacaklısı ancak kredi kuruluşları, tacir ve esnaf olabilir. Bunların dışındakiler, rehin alacaklısı olamazlar. KuruluşYön.m.10/2’ye göre ise; rehin veren kişiler ancak tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ve serbest meslek erbabı olabilir. Her ne kadar Kanunda yer alan hükümden, kredi kuruluşlarının rehin alacaklısı olduğu sonucuna varılabilir de bu hususun Yönetmelik yerine Kanunda açıkça düzenlenmesi daha isabetli olurdu³⁹.

35 **Öz**, s. 154; **Ayan**, s. 295, dn. 193; **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 22, dn. 6; **Tavukçuoğlu**, Eda Nur, 6750 Sayılı Kanun Uyarınca Ticari İşlemlerde Taşınır Rehline Konu Olabilecek Varlıklar, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 3, 2018, s. 114.

36 Hükümün (b) bendinin, kanun yapma tekniğine uygun görülemeyecek bir Türkçe ile kaleme alındığı ve anlam karışması yarattığı yönünde bkz., **Göle / Aydoğan**, s. 14.

37 **Antalya / Acar**, s. 17; **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 106-107; **Poroy / Yasaman**, s. 50.

38 Rehin sözleşmesinde hangi tarafın alacaklı, hangi tarafın borçlu olabileceği yönünde ayrı ayrı sınıflandırılma yapılmadığından, teorik anlamda kredi kuruluşlarının da tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü, serbest meslek erbabı gerçek ve tüzel kişiler lehine TİTRK kapsamında taşınır larını rehinletmesinin mümkün olduğu yönünde bkz., **Göle / Aydoğan**, s. 13. Daima kredi kuruluşunun rehin alacağı söylenebilir de, madde ifadesinde tersinin de mümkün olmasına engel görünmediği yönünde bkz., **Öz**, s. 162.

39 Zira, eğer Yönetmelikte bu husus açıklanmamış olsaydı, Kanun hükmüne göre Yönetmelikteki düzenlemenin tersi de mümkün olabilirdi. Yani, salt Kanun hükmüne göre, rehin verenin kredi kuruluşu olmasına ve rehinli alacaklının da tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ve serbest meslek erbabı olmasına engel yoktur. Kanunkoyucunun amacının

Yönetmelikte, sadece rehin alacaklısına ve rehin verebileceklerle ilişkin bu düzenlemelerle yetinilmemiş; ayrıca, rehin hakkının kimler arasında geçerli olarak kurulabileceği de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. KuruluşYön.m.10/3'e göre; "Rehin hakkı ancak şu kişiler arasında kurulabilir:

- a) *Rehin alacaklısı bir kredi kuruluşu ile rehin veren tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü veya serbest meslek erbabından herhangi biri,*
- b) *Rehin alacaklısı tacir ile rehin veren tacir,*
- c) *Rehin alacaklısı tacir ile rehin veren esnaf,*
- ç) *Rehin alacaklısı esnaf ile rehin veren tacir,*
- d) *Rehin alacaklısı esnaf ile rehin veren esnaf".*

A. KREDİ KURULUŞU

Kredi kuruluşu, "19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren bankalar ve finansal kuruluşlar, 21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca faaliyet gösteren finansal kuruluşlar ile kredi ve kefalet sağlayan kamu veya özel kurum ve kuruluşları" ifade eder (TİTRK.m.2/1-e). Aynı tanım, KuruluşYön.m.4/1-ğ'de de yer almaktadır.

Öncelikle belirtmelidir ki, BankK.m.3'te de kredi kuruluşuna ilişkin bir tanım bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre, kredi kuruluşu, sadece "mevduat bankalarını ve katılım bankalarını" ifade eder. Bu ifade, TİTRK.m.2/1-e'de yer alan tanıma göre çok daha dar kapsamlıdır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda böylesine geniş kapsamlı bir tanıma yer verilmesinin sebebi, kanunkoyucunun ticari işlemlerde taşınır rehninin uygulama alanını kişi yönünden genişletme arzusu olarak ifade edilebilir.

Banka ve finansal kuruluşlar, BankK.m.3'te tanımlanmıştır. Söz konusu hükme göre, "Banka: Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını,"; "Finansal kuruluş: Kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini" ifade eder.

B. TACİR

Tacir, "13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa göre tacir kabul edilen kişiyi" ifade eder (TİTRK.m.2/1-ğ; KuruluşYön.m.4/1-ö). Türk Ticaret Kanununda tacir sıfatı, gerçek ve tüzel kişiler bakımından ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Kanun metnine daha doğru yansıtılabilmesi için, (a) bendinde yer alan hükmün, rehin sözleşmesinin taraflarını alacaklı ve borçlu şeklinde ikiye ayırarak kaleme alınmasının daha isabetli bir tercih olduğu yönünde bkz., Göle / Aydoğan, s. 13.

Gerçek kişilerin tacir sıfatı, genel olarak TTK.m.12'de düzenlenmiştir. Hükme göre; “*Bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir*”. TTK.m.12'de ayrıca “*tacir sayılanlar*” ile “*tacir gibi sorumlu olanlar*” hakkında düzenlemeler de mevcuttur. TTK.m.12/2'ye göre; “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır*”. Tacir sayılanlar, adından da anlaşılacağı üzere doğrudan tacir sayılmaktadır ve bu nedenle, tacir olmanın hem külfetlerine katlanırlar hem de nimetlerinden yararlanırlar. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulan bir rehin sözleşmesine taraf olabilmek, tacir için getirilmiş bir hak (nimet) olduğundan, tacir sayılanlar da böyle bir sözleşmeye taraf olabilirler⁴⁰. TTK.m.12/3'te ise, “*tacir gibi sorumlu olanlar*” düzenlenmiştir. TTK.m.12/3'e göre; “*Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur*”. Tacir gibi sorumlu olanlar, tacirlere tanınan haklardan yararlanamazlar, sadece iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olurlar. Bu nedenle, bu kişiler, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulacak bir rehin sözleşmesinde taraf olamazlar⁴¹.

Tüzel kişilerin tacir sıfatı ise, TTK.m.16'da düzenlenmiştir. TTK.m.16/1'e göre; “*Ticaret şirketleriyle, amacına varmak için ticari bir işletme işleten vakıflar, dernekler ve kendi kuruluş kanunları gereğince özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri tarafından kurulan kurum ve kuruluşlar da tacir sayılırlar*”. Bu kişilerin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulacak bir rehin sözleşmesine taraf olmalarına herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ancak, TTK.m.16/2'ye göre; “*Devlet, il özel idaresi, belediye ve köy ile diğer kamu tüzel kişileri ile kamu yararına çalışan dernekler ve gelirinin yarısından fazlasını kamu görevi niteliğindeki işlere harcayan vakıflar, bir ticari işletmeyi, ister doğrudan doğruya ister kamu hukuku hükümlerine göre yönetilen ve işletilen bir tüzel kişi eliyle işletsinler, kendileri tacir sayılmazlar*”. Bu nedenle, bu kişiler, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca kurulacak bir rehin sözleşmesinde taraf olamazlar.

C. ESNAF

Esnaf, “7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı *Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarı*” ifade eder (TİTRK.m.2/1-c, KuruluşYön.m.4/1-ç). Hükümde “*sanatkâr*” kelimesinin, “*sanatkar*” şeklinde yanlış yazıldığı belirtilmelidir. Zira, hükümde atf yapılan Kanunun adında ve ilgili maddelerinde “*sanatkar*” değil, “*sanatkâr*” ifadesi yer almaktadır.

40 Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Baskı, Ankara 2018, s. 52; Bozkurt, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 92; Köroğlu Ölmez, Belin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 266; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 111.

41 Arkan, s. 52; Bozer / Göle, s. 35; Köroğlu Ölmez, s. 266; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 112.

Esnaflık.m. 3/a'ya göre; “*Esnaflık ve sanatkâr: İster gezici ister sabit bir mekânda bulunsun, Esnaflık ve Sanatkâr ile Tacir ve Sanayiciyi Belirleme Koordinasyon Kurulunca belirlenen esnaflık ve sanatkâr meslek kollarına dahil olup, ekonomik faaliyetini sermayesi ile birlikte bedenî çalışmasına dayandıran ve kazancı tacir veya sanayici niteliğini kazandırmayacak miktarda olan, basit usulde vergilendirilenler ve işletme hesabı esasına göre deftere tabi olanlar ile vergiden muaf bulunan meslek ve sanat sahibi kimseleri*” ifade eder.

Ç. ÇİFTÇİ

Çiftçi, “18/4/2006 tarihli ve 5488 sayılı Tarım Kanununa göre faaliyet gösteren çiftçiyi” ifade eder (TİTRK.m.2/1-b, KuruluşYön.m.4/1-b). TarımK.m.3/ç'ye göre; “Çiftçi: *Mal sahibi, kiracı, yarıcı veya ortakçı olarak devamlı veya en az bir üretim dönemi veya yetiştirme devresi tarımsal üretim yapan gerçek ve tüzel kişiler*”dir. Hükümde, “*tarımsal işletme*” işletiyor olmak gibi herhangi bir şart aranmamıştır⁴². Burada önemli olan, kişinin tarımsal üretim yapıyor olmasıdır. Tarımsal üretimden “*toprak, su ve biyolojik kaynaklar ile birlikte tarımsal girdiler kullanılarak yapılan bitkisel, hayvansal, su ürünleri, mikroorganizma ve enerji üretimi*” anlaşılmalıdır (TarımK.m.3/j).

D. ÜRETİCİ ÖRGÜTÜ

Üretici örgütü, “*üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri*” ifade eder (TİTRK.m.2/1-1). KuruluşYön.m.4/1-r'de ise hükmün kapsamı sınırlandırılmıştır. Söz konusu hükme göre; “*üretici örgütü, 4/8/2012 tarihli ve 28374 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sebze ve Meyve Üretici Örgütleri Hakkında Yönetmelik kapsamında yer alan üretici örgütü belgesine sahip kooperatifler ve tarımsal üretici birlikleri ile üretici ve yetiştiricilerin ilgili kanunlara dayanarak kurdukları tarımsal amaçlı kooperatif ve birlikleri*” ifade eder.

Öte yandan, kooperatifler ticaret şirkettir (TTK.m.124/1) ve ticaret şirketleri TTK.m.16/1 uyarınca tacir sayılırlar. TİTRK.m.3'te açıkça tacirlerin ticari işlemlerde taşınır rehnine taraf olabileceği belirtilmişken, “*üretici örgütü*” adı altında tekrar kooperatiflerin zikredilmesi (TİTRK.m.2/1-1) gereksiz tekrar olmuştur. Ayrıca, yönetmelikler kanunların uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla çıkarılabilirler (Anayasa m.124/1). Kanun ile kişilere tanınmış olan rehin sözleşmesine taraf olabilme yetkisinin Yönetmelik ile sınırlandırılması, temel hak ve hürriyetlerin kanunla sınırlandırabileceğini belirten başta Anayasa m.13 olmak üzere hukuka açıkça aykırıdır. Rehin sözleşmesinin taraflarını kısıtlayan bir düzenleme yapılmak isteniyorsa, bunun yönetmelikle değil doğrudan kanunla yapılması daha isabetli olurdu.

42 Antalya / Acar, s. 20; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 114.

E. SERBEST MESLEK ERBABI

Serbest meslek erbabı, “31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanununa göre tanımlanan serbest meslek erbabını” ifade eder (TİTRK.m.2/1-j, KuruluşYön.m.4/1-n). GVK.m.66’ya göre; “Serbest meslek faaliyetini mütat meslek halinde ifa edenler, serbest meslek erbabıdır. Serbest meslek faaliyetinin yanında meslekten başka bir iş veya görev ile devamlı olarak uğraşılması bu vasfı değiştirmez.

Bu maddenin uygulanmasında:

1. Gümrük Komisyoncuları, bilümm borsa ajan ve acentaları, noterler, noterlik görevini ifa ile mükellef olanlar;
2. Bizzat serbest, meslek erbabı tarifine girmemekle beraber serbest meslek erbabını bir araya getirerek teşkilat kurmak veya bunlara sermaye temin etmek suretiyle veya sair suretlerle serbest meslek kazancından hisse alanlar.
3. Serbest meslek faaliyetinde bulunan kollektif ve adi şirketlerde ortaklar, adi komandit şirketlerde komanditeler;
4. Dava vekilleri, müşavirler, kurumlar ve tüccarlarla serbest meslek erbabının ticarî ve meslekî işlerini takip edenler ve konser veren müzik sanatçıları;
5. Vergi Usul Kanununun 155 inci maddesinde belirtilen şartlardan en az ikisini taşıyan ebe, sünnetçi, sağlık memuru, arzuhalci, rehber gibi mesleki faaliyette bulunanlar (Şartlardan en az ikisini taşımayanlar ile köylerde veya son nüfus sayımına göre belediye içi nüfusu 5.000’i aşmayan yerlerde faaliyette bulunanların bu faaliyetlerine ilişkin kazançları gelir vergisinden muaftır);

Bu işleri dolayısıyla serbest meslek erbabı sayılırlar”.

F. ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN BORÇLU LEHİNE REHİN VERMESİ

TİTRK.m.5/9’a göre; “Üçüncü kişiler, bu Kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilir⁴³”. Bu durumda, üçüncü kişinin veya borçlunun, TİTRK.m.3’te sayılan kişilerden olmasının gerekip gerekmediği hem Kanunda hem de Yönetmelikte yer alan düzenlemelere göre ayrı ayrı incelenmelidir.

Kanunda konuya ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmasa da rehinde taraflara ilişkin TİTRK.m.3’ten hareketle bir sonuca ulaşılabilmektedir. Üçüncü kişinin borçlu lehine rehni vermesi halinde, rehni sözleşmesi üçüncü kişi ile alacaklı arasında yapılmış olur. Bu sebeple, üçüncü kişinin, bu sözleşmeye taraf olabilmesi için TİTRK.m.3’te sayılan kişilerden biri olması

43 Hükümün, aslında borçludan başkasının da alacak için rehni verebildiği Türk Medeni Kanunu sisteminin gereksiz bir tekrarıdır ibaret olduğu yönünde bkz., **Öz**, s. 159.

şarttır⁴⁴. Zira TİTRK.m.3'te, rehin sözleşmesine taraf olabilecek kişiler emredici bir şekilde düzenlenmiştir.

Borçlu bakımından ise, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda herhangi bir şart aranmamıştır. Bu nedenle, öğretilde, lehine rehin verilen borçlunun TİTRK.m.3'te sayılan kişilerden olmasının şart olmadığı ifade edilmektedir⁴⁵. Ancak, bu durumda, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun tüketiciler gibi TİTRK.m.3'te sayılmayan kişiler için de finansmana erişimi kolaylaştırması gündeme gelebilecektir. Şöyle ki, arkadaşı tacir olan bir tüketici, arkadaşından kendisinin kullanacağı kredi için Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca teminat vermesini isteyebilecektir. Bu halde, ticari işlemlerde finansmana erişimi kolaylaştırmayı amaçlayan kanunun, amacı hilafına, ticari işlemler dışında da finansmana erişimi kolaylaştırması söz konusu olacaktır. Oysa, kanundaki açıklıktan doğan bu imkân kanunun aslı amacı ile uyumlu değildir.

Yönetmelikte ise Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun aksine bir düzenleme bulunmaktadır. KuruluşYön.m.10/5'e göre; *“Herhangi bir kimse, ikinci fıkrada sayılan kişiler lehine 11 inci maddede sayılan taşınırlarından birini veya birkaçını rehin olarak gösterebilir”*. Söz konusu ikinci fıkrada tacir, esnaf, çiftçi, üretici örgütü ve serbest meslek erbabı yer almaktadır. Kanunda, lehine rehin verilecek borçluya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmazken, Yönetmelik ile bu kimsenin TİTRK.m.3'te sayılan kişilerden biri olmasının şart koşulması hukuka aykırıdır⁴⁶.

Bu konudaki sorunu gidermek amacıyla TİTRK.m.5/9'un yürürlükten kaldırılması düşünülebilirse de lehine rehin verilecek borçlunun TİTRK.m.3'te sayılan kişilerden olmasının aranması daha isabetli bir öneri olacaktır. Ancak, böyle bir düzenlemenin Kanunla yapılması gerekir. TİTRK.m.5/9 hükmünün, *“Borçlu ve üçüncü kişi, üçüncü maddedeki kişilerden olmak kaydıyla, üçüncü kişiler, bu Kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilir.”* şeklinde değiştirilmesi, bu hususta doğacak tereddütlerin önüne geçecektir.

III. REHİN HAKKININ KURULMASI

Ticari işlemlerde taşınır rehininin kuruluşu iki aşamadan oluşmaktadır. Birinci aşamada, bir rehin sözleşmesinin hazırlanarak imzalanması gerekir (KuruluşYön.m.5/1). İkinci aşamada ise, rehin sicile tescili edilmelidir (TİTRK.m.4/1). Türk Medeni Kanununda taşınırların rehnedilmesinde rehin sözleşmesine ilişkin bir şekil şartı öngörülmediği halde, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda rehin sözleşmesinin şekli ve içermesi gereken zorunlu kayıtlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

44 Duran, Arif, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 107; Şit İmamoğlu, s. 19; Antalya / Acar, s. 29; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 116-117; Arkan, s. 53; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1009; Uyumaz, Taşınır, s. 58.

45 Antalya / Acar, s. 27 vd; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 117.

46 Aynı yönde bkz., Arkan, s. 53.

Rehin sözleşmesinin şekli, TİTRK.m.4'te düzenlenmiştir. Hükümde, sözleşmenin şekli konusunda iki seçimliktir imkân getirilmiştir⁴⁷. TİTRK.m.4/2'ye göre; “*Rehin sözleşmesi elektronik ortamda ya da yazılı olarak düzenlenir*”. Aynı hüküm, KuruluşYön.m.8/1'de de yer almaktadır. Hükümde geçen “*yazılı olarak*” ifadesi bu haliyle eksiktir. Zira, elektronik ortamda düzenlenen bir sözleşme de yazılılık şartını sağlamaktadır. Aslında, “*yazılı olarak*” ifadesi ile bu sözleşmenin fiziksel ortamda düzenlenmesi kastedilmek istenmiştir. Öyleyse, hükme göre rehin sözleşmesi elektronik ortamda veya fiziksel ortamda yazılı olarak düzenlenebilir⁴⁸. Söz konusu hükmün, “*Rehin sözleşmesi elektronik ya da fiziksel ortamda düzenlenir. Fiziksel ortamda düzenlenen sözleşme yazılı şekilde yapılır.*” şeklinde değiştirilmesi isabetli olarak önerilebilir.

Rehin sözleşmesi elektronik ortamda düzenlendiyse, sözleşmenin güvenli elektronik imza ile onaylanması şarttır (TİTRK.m.4/3, KuruluşYön.m.8/2). EİK.m.5/2'ye göre; “*Kanunların resmî şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez*”. Rehin, aynı bir teminat türü olmasına ve söz konusu hükümde banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceğine ilişkin bir yasak bulunmasına rağmen, TİTRK.m.4/3 ile bu yasağa bir istisna getirilmiştir⁴⁹.

Rehin sözleşmesi fiziki ortamda düzenlendiyse, sözleşmenin taraflarca imzalanıp bu imzaların noterce onaylanması veya sözleşmenin Rehinli Taşınır Sicili yetkilisi huzurunda imzalanması gerekir (TİTRK.m.4/4, KuruluşYön.m.8/3)⁵⁰. İmzaya ilişkin şartlar, sözleşmeyi adi yazılı şekle tâbi olmaktan çıkarır⁵¹. Bu nedenle, sözleşmenin nitelikli yazılı şekle tâbi olduğu söylenebilir.

Rehinli Taşınır Sicilini kurma ya da kurdurma yetkisi Ticaret Bakanlığına verilmiştir (TİTRK.m.2/1-k). Bakanlık da bu yetkiye dayanarak, söz konusu sicilin kurulması ve ticari işlemlerde taşınır rehniyle ilgili işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için Türkiye Noterler Birliği ile 23.12.2016 tarihinde bir protokol düzenlemiştir⁵². Bu protokol uyarınca, sicil merkezi görevi Türkiye Noterler Birliği tarafından, rehne ilişkin işlemler ise noterlikler tarafından yerine

47 Öz, s. 163.

48 Sözleşme için vasiyetname veya kefalet senedi gibi özellikli ve nitelikli bir yazılı şeklin aranmadığı yönünde bkz., Antalya / Acar, s. 41.

49 Antalya / Acar, s. 42; Köroğlu Ölmez, s. 268; Akipek Öcal, Şebnem, Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2017, s. 90; Güleş, Bedia / Doğu, Hakkı Mert, 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Taşınır Rehni Sözleşmesinin Şekli, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 147-148, 2016, s. 66; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 120.

50 Rehin sözleşmesinde sadece rehin veren taraf borç altına girdiğinden, TBK.m.14/1 gereğince yalnızca onun metni imzalamasının yeterli olduğu yönünde bkz., Güleş / Doğu, s. 63.

51 İmzaların noterce onaylanmasının veya sicil yetkilisinin önünde atılmasının, resmi şekil anlamına gelmediği; bu nedenle, Kanun kapsamında düzenlenecek rehin sözleşmesinin adi yazılı şekle tâbi olduğu yönünde bkz., Köroğlu Ölmez, s. 268; Güleş / Doğu, s. 61, 63-64. Karş., Akipek Öcal, 89-90.

52 Türkiye Noterler Birliği Başkanlığının 28.12.2016 tarih ve 22964 sayılı yazısı, <http://cdn01.tnb.org.tr/uygulama/tares/genelyazi195.pdf>, E. T. 07.07.2019.

getirilmektedir. Bu nedenle, TİTRK.m.4/4 ve KuruluşYön.m.8/3'te yer alan hükmün pratik bir önemi kalmamıştır.

Rehin sözleşmesinde hangi hususların yer alması gerektiği, TİTRK.m.4/6'da ve KuruluşYön.m.9'da ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. TİTRK.m.4/6'da yer alan "*Rehin sözleşmesinde aşağıdaki hususların yer alması zorunludur*" ifadesinden, söz konusu hükümdeki kayıtların mevcudiyetinin sözleşme için bir geçerlilik şartı olduğu anlaşılmaktadır⁵³. Bu nedenle, burada sayılan hususlardan herhangi birinin yokluğu halinde kurulan rehin sözleşmesi geçersizdir⁵⁴. Geçersizliğin türü ise emredici hükme aykırılık sebebi ile kesin hükümsüzlüktür.

Rehin hakkı, rehin sözleşmesinin Rehinli Taşınır Siciline tescil edilmesiyle kurulur (TİTRK.m.4/1). Kurucu nitelik taşıyan bu tescil⁵⁵, taşınır rehninde öngörölmüş olan rehin konusu taşınırın zilyetliğinin devri kuralını karşılar⁵⁶. Böylece, taşınır rehninde zilyetliğin devri ile gerçekleştirilen açıklık ilkesi, bu rehin türünde taşınır rehni siciline yapılacak tescil ile sağlanmış olur⁵⁷. Hükümde, "*rehin sözleşmesinin*" tescil edilmesinden söz edilmiştir. Sicile tescil edilen taşınır varlık ya da sözleşme değil, taşınır varlık üzerindeki aynı haktır. Bu nedenle, hükümde sözleşmenin tescilinden söz edilmesi isabetli olmamıştır.

Rehin hakkının tescili konusunda, taşınmaz rehninde olduğu gibi talebe bağlı tescil sistemi kabul edilmiştir⁵⁸. Zira, SicilYön.m.21/3'e göre; "*Tescil işlemi, kural olarak tarafların talebi üzerine yapılır*". Ayrıca, SicilYön.m.22/1'de birlikte başvuru zorunluluğu getirilmiştir⁵⁹. SicilYön.m.22/1'e göre; "*Kanuna göre rehin alacaklısı ve rehin veren sıfatına sahip kişiler veya bunların temsil ve ilzama yetkili temsilcileri rehin sözleşmesinin tescil ve değişiklik talebinde birlikte bulunur*". Taraflardan birinin başvurudan kaçınması halinde, rehin alanın tescili sağlaması ancak mahkemeden bu yönde karar almasına bađlıdır⁶⁰. Alınan bu kararın kesinleşmesi ile rehin hakkı kurulmuş olacaktır. Dolayısıyla, mahkeme kararına istinaden sicile yapılan tescil açıklayıcı niteliktedir.

Kanunkoyucu, rehin kurulmasına ilişkin olarak yapılacak masrafların kime ait olacağı konusunda bir düzenlemeye de yer vermemiştir. TİTRK.m.4/8'e göre; "*Rehin hakkının Sicile tescilinden doğan masrafların kime ait olacağı rehin sözleşmesinde belirtilir*". Aynı hüküm, KuruluşYön.m.9/1-ide de yer almaktadır. Böylelikle taraflar, sözleşme serbestisi çerçevesinde bu masraflara kimin katlanacağını özgürce belirleyebileceklerdir. Ancak, sözleşmede böyle bir hükme yer verilmemesi halinde, masrafların kime ait olacağı hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Sözleşmede

53 Öz, s. 164; Ayan, s. 301.

54 Arkan, s. 54; Öz, s. 165; Ayan, s. 301; Bozer / Göle, s. 37; Güleş / Doğu, s. 69.

55 Şit İmamoğlu, s. 23; Antalya / Acar, s. 61; Bozer / Göle, s. 36; Köroğlu Ölmez, s. 269; Bozkurt, s. 99; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1010; Öz, s. 165; Poroy / Yasaman, s. 59; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 134; Ayan, s. 301; Uyumaz, Taşınır, s. 61.

56 Güleş / Doğu, s. 64; Öz, s. 163; Uyumaz, Taşınır, s. 61.

57 Tavukçuoğlu, s. 112; Uyumaz, Taşınır, s. 61.

58 Antalya / Acar, s. 59.

59 Antalya / Acar, s. 60.

60 Öz, s. 166; Ayan, s. 301-302.

hüküm bulunmaması halinde, Kanuna, tamamlayıcı bir hüküm olarak masrafların taraflarca eşit paylaşılacağına ilişkin bir hüküm konulması isabetli olacaktır.

IV. REHNİN KONUSU

A. ÜZERİNDE REHİN HAKKI KURULABİLECEK TAŞINIR VARLIKLAR

Ticari işlemlerde taşınır rehninin, Kanunda sayılan taşınır varlıklar üzerinde kurulabileceği TİTRK.m.1/3'te belirtilmiştir. Bu varlıkların ne olduğu ise, TİTRK.m.5'te düzenlenmiştir. Bu varlıkları incelemeye geçmeden önce, söz konusu sayımın sınırlı (tahdidi) olup olmadığı tespit edilmesi gerekir. TİTRK.m.5'in Gereğesinde, üzerinde rehin hakkı tesis edilebilecek taşınır varlıkların kanunda sınırlı olarak sayıldığı belirtilmiştir. Ancak söz konusu hükme, 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m. 28 ile p bendi eklenmiştir. Eklenen bu bende göre, *“benzeri her türlü taşınır varlık ve hak”* üzerinde de bu rehin hakkı tesis edilebilir. Bu nedenle, artık TİTRK.m.5'te yapılan sayımın sınırlı sayıda olmayıp, örnek kabilinden olduğu ifade edilmelidir⁶¹.

TİTRK.m.5/1-a'da, alacaklar üzerinde rehin hakkı kurulabileceği belirtilmiştir. TİTRK.m.5/5'te ise, *“Her tür sözleşmeden doğan mevcut veya müstakbel alacaklar rehne konu edilebilir.”* hükmü yer almaktadır. İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, beşinci fıkranın ilk fıkrada yer alan *“alacaklar”* ifadesini açıklayıcı nitelikte olduğu; sadece *“her tür sözleşmeden”* doğan alacakların rehne konu olabileceği ve haksız fiiller ile sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakların rehne konu olamayacağı gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır⁶². Bu düzenlemeler, *“benzeri her türlü taşınır varlık ve hak”* üzerinde de rehin hakkı kurulabileceğini belirten TİTRK.m.5/1-p ile birlikte değerlendirildiğinde ise, sadece sözleşmeden doğan alacakların değil kaynağı ne olursa olsun bütün alacakların üzerinde rehin hakkı tesis edilebileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak, burada, devri mümkün olmayan alacaklar üzerinde rehin kurulması mümkün olmadığından, bu alacaklar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununu uyarınca da rehin kurulamayacağı ifade edilmelidir⁶³.

TİTRK.m.5/1-b'ye göre, çok yıllık ürün veren ağaçlar üzerinde rehin hakkı kurulabilir (TİTRK.m.5/1-b). Oysa, tüm dikili bitkiler gibi ağaçlar da köklendikleri taşınmazın bütünleyici parçası olduklarından, dikili ağaçların Türk Medeni Kanunu uyarınca taşınmazdan ayrı olarak rehin hakkına konu olmaları mümkün değildir⁶⁴. TİTRK.m.5/1-b ile çok yıllık ürün veren ağaçların, münferiden rehne konu olabilmelerine izin verilmiştir. Burada rehne konu olabilecek

61 Aynı yönde bkz., Arkan, s. 58; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 65. 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki dönemde, Kanunun bütününe yansımış olan esneklik anlayışı da göz önünde bulundurulduğunda üzerinde rehin hakkı kurulabilecek taşınır varlıkların hangi gerekçe ile sınırlı sayı ilkesine göre belirlendiğinin anlaşılmadığı yönünde bkz., Göle / Aydoğan, s. 26.

62 Antalya / Acar, s. 72.

63 Öz, s. 155.

64 Davran, Bülent, Rehni Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 12-13; Öz, s. 155; Poroy / Yasaman, s. 54; Tavukçuoğlu, s. 117.

ağaçların çok yıllık ve ürün veren olması gerektiğine dikkat edilmelidir. Bu kapsama öncelikle meyve veren ağaçlar girer. Meyve vermeyen ağaçlar ise, kural olarak bu şekilde rehne konu olamaz⁶⁵. Ancak budama yoluyla odun teminine hizmet eden ağaçların ürün verdiği kabul edilebileceğinden, bunların üzerinde ticari işlemlerde taşınır rehni tesis edilebilir⁶⁶. Öte yandan, bu rehlin paraya çevrilmesi ve özellikle TİTRK.m.14/1-a uyarınca mülkiyetinin alacaklıya devrinin nasıl yapılacağı belirsizdir⁶⁷.

TİTRK.m.5/1-c'ye göre, fikri ve sınai mülkiyete konu haklar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Fikri mülkiyete konu haklar, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda belirtilen haklardır⁶⁸. Sınai mülkiyete konu haklar ise, “*markayı, coğrafi işareti, tasarımı, patent ve faydalı modeli*” ifade eder (SMK.m.2/1-1). Aynı şekilde, know-how ve alan adları da bu kategoride yer alır ve üzerlerinde rehin hakkı kurulabilir⁶⁹.

TİTRK.m.5/1-ç'ye göre, hammadde üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Hammadde, kelime anlamı olarak, “*bir ürün elde edilmesinde kullanılan temel bileşenlerin, işlenip elde edilmesinden önceki durumu*”dur⁷⁰. Bu bileşenler, işlendikten sonra başka bir ürüne dönüşmektedir. Bu durum ise rehin verenin rehinli taşınırın değerini koruma yükümlülüğünü (TİTRK.m.12/2) ihlal edip etmediği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu durumda, TİTRK.m.7 uygulama alanı bulacaktır. TİTRK.m.7/2'ye göre; “*Bir üretim sürecinin, kullanıldığı taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesi halinde rehin, üretim sürecinde ve sonucunda gerçekleşecek olan alacak üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayılır. Buna ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir*”. Bu hüküm sebebiyle, hammaddenin ürüne dönüşmesi, rehin verenin yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez⁷¹.

TİTRK.m.5/1-d'ye göre, hayvanlar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Öte yandan, Türk Medeni Kanununda da hayvan rehnine ilişkin bir düzenleme bulunmaktadır. TMK.m.940/1'e göre; “*Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir. Bu amaçla tutulacak sicil Cumhurbaşkanınca çıkarılan yönetmelikle belirlenir*”. Öncelikle, Türk Medeni Kanununda yer alan bu düzenleme ile Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda yer alan düzenleme arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekir. TİTRK.m.8/3'te yer alan “*Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır. Bu taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun kapsamında Sicile tescil edilmek suretiyle rehin tesis edilmez*.” hükmü göz önüne alındığında, konunun önemi daha da anlaşılmaktadır.

65 Antalya / Acar, s. 67.

66 Antalya / Acar, s. 67-68.

67 Öz, s. 155; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 73-75; Tavukçuoğlu, s. 117.

68 Arkan, s. 63; Poroy / Yasaman, s. 53.

69 Göle / Aydoğan, s. 25-26.

70 Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, E. T. 23.06.2019.

71 Antalya / Acar, s. 68.

Türk Medeni Kanununda yer alan düzenleme incelendiğinde, herhangi bir alacak için hayvan rehni kurulamayacağı görülmektedir. Zira, TMK.m.940/1'e göre, ancak yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için hayvan rehni kurulabilir⁷². Belirtmek gerekir ki, söz konusu kişilerin hayvan rehni bakımından bu rehin türünü seçmeleri bir zorunluluk değildir⁷³. Bu kişilerin, hayvanlar üzerinde TMK.m.939 uyarınca teslimine bağlı taşınır rehni kurmalarına bir engel bulunmamaktadır⁷⁴. Başka bir deyişle, TMK.m.940/1'de yer alan düzenleme rehin kurma hususunda alternatif bir imkân vermektedir.

Konunun TİTRK.m.8/3 ile olan ilişkisinin de incelenmesi gerekir. Söz konusu hükümde yer alan “diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır” ifadesi, TMK.m.940/1'de yer alan “Yetkili makamlar tarafından izin verilen kuruluşlar ile kooperatiflerin alacaklarının güvence altına alınması için, zilyetlik devredilmeden de, icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde rehin kurulabilir...” şeklindeki ifade ile uyumlu olup, bu durum söz konusu ifadenin kanunkoyucu tarafından bilinçli olarak tercih edildiğini göstermektedir⁷⁵.

Öğretide, “kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır” kavramından asıl anlaşılması gerekenin motorlu taşıtlar olduğu yönünde görüş birliği bulunmaktadır⁷⁶. Her ne kadar bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır arasında gemiler (TTK.m.957) ve sivil hava araçları (TSHK.m.49-50) yer alsın da bunlar hakkında ilgili kanunlardaki özel düzenlemeler uygulanır⁷⁷. Hayvanların ise kanun gereğince bir sicile tescilli zorunlu olmayıp, sadece TMK.940/1 ile hükümde sayılan kişilere hayvanlar üzerinde teslimsiz ve özel bir sicile yazmak suretiyle rehin kurma imkânı getirilmiştir. Bu nedenlerle, TMK.940/1'in kapsamında yer alsın veya almasın, hayvanlar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca hem münferit bir varlık olarak hem de bir işletme kapsamında ticari işlemlerde taşınır rehni kurulabilecektir⁷⁸.

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda, hayvanlar bakımından herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Ancak, üzerinde rehin hakkı kurulabilecek hayvanların tespitinde Hayvanları Koruma Kanunu dikkate alınmalıdır⁷⁹. HKK.m.14/1-f'ye göre “Pitbull Terrier, Japanese Tosa gibi

72 Hayvan rehninde rehin alacaklısı olabilecek kişiler için bkz., Hayvan Rehni Tüzüğü m. 2.

73 Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 31.

74 Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 31.

75 Aslında, TİTRK.m.8/3 hükmündeki “Diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescilli zorunlu olan taşınır rehinlerine ilişkin hükümler saklıdır” şeklindeki ifade, “bir sicile tescilli zorunlu taşınır” olarak değil de “bir sicile tescilli zorunlu taşınır rehinleri” olarak algılanırsa, ilgili hükmün Türk Medeni Kanunu ile uyumlu olduğu değil, tam tersine Türk Medeni Kanunuyla çeliştiği düşünülebilir. Ancak, TMK.m.940/1 hükmü alternatif bir teslimsiz ve sicilli rehin imkânı sunduğu için TİTRK.8/3'te aranan zorunluluğu sağlamadığından esasında burada bir çelişki olmadığı ve Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa göre rehin kurulmasının mümkün olduğu ifade edilmelidir.

76 Bkz., Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 856; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1041.

77 Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1041.

78 Aynı yönde bkz., Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 31.

Sadece TMK.m.940'in kapsamına girmeyen hayvanlar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin kurulabileceği yönünde bkz., Antalya / Acar, s. 69-70.

79 Her ne kadar öğretide, TİTRK.m.5/1-d hükmünde özel düzenleme olmadığı için tüm hayvanlar üzerinde teslimsiz ve sicilli rehin kurulabileceği ifade edilmişse de aynı kabul TMK.m.940/1 hükmü için geçerli değildir. Zira, öğretideki

tehlike arz eden hayvanları üretmek; sahiplendirilmesini, ülkemize girişini, satışını ve reklamını yapmak; takas etmek, sergilemek ve hediye etmek” yasaktır. Dolayısıyla, anılan hayvanlar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında rehin hakkı kurulamaz⁸⁰.

TİTRK.m.5/1-e'ye göre, her türlü kazanç ve irat üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Bunlar, alacak üzerinde rehinin bir diğer görünüm şeklidir⁸¹. Örneğin, ortaklık payına isabet eden kâr payı, faiz, tahvil faizi, mevduat faizleri, özel finans kurumları nezdinde kâr payı, repo gelirleri üzerinde rehin hakkı kurulabilir⁸².

TİTRK.m.5/1-f'ye göre, başka bir sicile kaydı öngörülmeven ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsat üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Bu lisans ve ruhsatlar, daha ziyade fikri haklarla ilgilidir⁸³. TİTRK.m.5/1-c'de açıkça fikri ve sınai mülkiyete konu haklar üzerinde rehin hakkı tesis edilebileceği belirtilmişken, bu hususun tekrar ayrı bir bentte düzenlenmesi isabetli olmamıştır⁸⁴.

TİTRK.m.5/1-g'de, açıkça kira gelirleri üzerinde rehin kurulabileceği belirtilmiştir. Kanunda kira gelirlerine ilişkin bir belirleme bulunmadığından, taşınır ve taşınmaz eşyanın sağladığı kira gelirleri rehne konu olabilecektir⁸⁵. Ancak belirtilmelidir ki, Kanunda böyle bir belirleme bulunmasaydı dahi kira gelirleri her türlü kazanç ve irat (TİTRK.m.5/1-e) kapsamında değerlendirilerek rehne konu olabilirdi⁸⁶. Öte yandan, kira gelirlerinin kapsamını kira alacağı teşkil ettiğinden, kira gelirleri alacak kapsamında değerlendirilerek de rehne konu edilebilirdi⁸⁷.

TİTRK.m.5/1-g'ye göre, kiracılık hakkı üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Kiracılık hakkının rehni, kira sözleşmesi uyarınca kiralananan yararlanma hakkının rehnidir⁸⁸. Bu düzenleme,

bu husus tartışmalıdır. Bazı yazarlar hükmün, mehz kanundaki karşılığından hareketle sadece çiftlik hayvanlarını kapsadığı savunmaktadır. Bkz., **Gürsoy / Eren / Cansel**, s. 1113; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 851-852; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 1036; **Ergüne**, s. 15; **Serozan**, s. 340; **Antalya / Acar**, s. 69. Bazı yazarlar ise hükmün kapsamına, her türlü hayvanı aldığı ileri sürmektedirler. Bkz., **Köprülü / Kaneti**, s. 502-503; **Ayan**, s. 290. Ayrıca, TMK.m.940'ın Gereğesinde bu hususta şu ifadeler yer verilmiştir: “... Maddeyle teslim koşuluna bağlı olmaksızın icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar üzerinde taşınır rehni kurulması öngörülmüştür. Maliklerinin, rehnedilen hayvandan yararlanmasına olanak sağlanması ve ayrıca hayvanların alacaklı için yaratacağı bakım külfeti dikkate alınarak bu istisnai taşınır rehne olanak yaratılmıştır. Kaynak Kanundaki gibi rehlin konusu olabilecek hayvanların ‘çiftlik hayvanı’ olması unsuruna madde metninde yer verilmemiş ise de, maddeyle sadece belirli kurumlar lehine bu yolla rehin kurulmasına izin verilerek, ‘hayvancılık’ yapan çiftçilere teslim koşulsuz rehin ile kredi temini amaçlandığından, bu madde hükmünün uygulanması İsviçredekinden farklılık göstermeyecektir...”.

80 **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 81.

81 **Öz**, s. 156.

82 **Antalya / Acar**, s. 75; **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 81; **Tavukçuoğlu**, s. 123.

83 **Öz**, s. 156.

84 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu anlamında ruhsat veya 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu anlamında lisans dışında Türk Hukuk Mevzuatı açısından hâlihazırda başka bir sicile kaydı öngörülmeven ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan bir lisans veya ruhsatın bulunmadığı yönünde bkz., **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 83.

85 **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 83.

86 **Antalya / Acar**, s. 75; **Tavukçuoğlu**, s. 123.

87 **Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın**, s. 83.

88 **Öz**, s. 156; **Tavukçuoğlu**, s. 123.

kiracılık hakkının ticari işletmenin devri kapsamında yer aldığını belirten TTK.m.11/3 ile de uyumludur⁸⁹.

TİTRK.m.5/1-h'de makine ve teçhizat, araç, ekipman, alet, iş makinaları, elektronik haberleşme cihazları dâhil her türlü elektronik cihaz gibi menkul⁹⁰ işletme tesisatı üzerinde rehin hakkı kurulabileceği belirtilmiştir. Hükümde yer alan “gibi” ifadesinden, söz konusu sayımın sınırlı sayıda olmadığı belirtilmelidir⁹¹. Verilenler örnek kabilinden olup, bunların dışında kalan ve menkul işletme tesisatı kapsamında değerlendirilebilecek taşınır varlıklar üzerinde de rehin tesis edilebilecektir. Burada da, diğer kanunlar uyarınca bir sicile tescili zorunlu olan taşınır varlıklar üzerinde bu Kanun uyarınca rehin kurulamayacağını belirten TİTRK.m.8/3 hükmü gözden kaçırılmamalıdır. Hayvan rehninde olduğu gibi, Karayolları Trafik Kanunu uyarınca trafik siciline kaydedilen motorlu taşıtlar üzerinde de Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu gereğince rehin kurulabilecektir⁹². Zira, TMK.m.940/1 hükmü gibi TMK.m.940/2 hükmü de TİTRK.m.8/3'te aranan zorunluluk şartını sağlamamaktadır. Ancak, sicile kayıtlı olan gemiler ile sivil hava araçlarının rehnine ilişkin Türk Ticaret Kanununda ve Türk Sivil Havacılık Kanununda özel düzenlemeler bulunduğundan, bu araçlar üzerinde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu uyarınca rehin kurulamayacaktır.

TİTRK.m.5/1-i'ya göre, sarf malzemesi üzerinde rehin hakkı kurulabilir. “Sarf malzemesi” ile yararlanılması tüketime tâbi ürünler kastedilmiştir⁹³. Örneğin, temizlik malzemeleri, yakıt, kâğıt, mürekkep gibi şeyler bu grupta yer almakta olup, teminata yeter değerde olmak kaydıyla üzerlerinde rehin hakkı kurulabilir⁹⁴.

TİTRK.m.5/1-i'ye göre, stoklar üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Stok, “*rehin verenin satmak, kullanmak veya kiralamak amaçlarıyla mülkiyetinde bulunan hammadde, yarı mamul veya mamul varlıkları*” ifade eder (TİTRK.m.2/1-g).

TİTRK.m.5/1-j'ye göre, tarımsal ürün üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Burada, üretilmiş ve toplanmış ürünlerin yanında, henüz üretilmemiş veya toplanmamış ürünler de kastedilmektedir⁹⁵. Başka bir deyişle, tarımsal ürünler müstakbel taşınır varlıklar olarak da rehnedilebilir. Ancak rehlin paraya çevrilmesi esnasında, TİTRK.m.5/3 uyarınca tarımsal ürünün mevcut ve rehin verenin mülkiyetinde olması gerekir⁹⁶.

89 Antalya / Acar, s. 76; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 84.

90 Kanunun adında “taşınır” kavramının kullanılmasına rağmen bu madde metninde “menkul” kavramının kullanılması, Kanunun bütününde kavram yeknesaklığının sağlanmadığını da düşündürmektedir. Belirtmek gerekir ki, Türk Medeni Kanunu, Türk Ticaret Kanunu gibi temel kanunlarda yeknesak bir biçimde benimsenmiş olan “taşınır” kavramının, bu Kanunda da benimsenmesi isabetli olacaktır.

91 Antalya / Acar, s. 70.

92 Aynı yönde bkz., Tavukçuoğlu, s. 125. Aksi yönde bkz., Arkan, s. 60; Bozer / Göle, s. 33; Öz, s. 157. Motorlu taşıt rehni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Uyumaz, Alper, Motorlu Taşıtlar Rehni, İstanbul 2012.

93 Öz, s. 157.

94 Öz, s. 157.

95 Antalya / Acar, s. 71; Öz, s. 157; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 91; Tavukçuoğlu, s. 118.

96 Antalya / Acar, s. 71.

TİTRK.m.5/1-k'ya göre ticaret unvanı ve/veya işletme adı üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Rehin hukukunda, bir değer münferiden rehin verilebilmesi için bağımsız olarak devrinin mümkün olması ve bu yolla paraya çevrilebilen bir malvarlığı değeri olması gerekir⁹⁷. Ticaret unvanının, ticari işletmeden bağımsız olarak devri ise TTK.m.49/1 ile yasaklanmıştır. Zira, TTK.m.49/1'e göre; *"Ticaret unvanı işletmeden ayrı olarak başkasına devredilemez"*. Bu nedenle, ticaret unvanının ticari işletmeden bağımsız olarak tek başına rehneldilmesi mümkün değildir⁹⁸.

İşletme adının ise, işletmeden ayrı olarak devri mümkündür. Zira, işletme adına ilişkin TTK.m.53'te, ticaret unvanının işletmeden ayrı olarak devredilemeyeceğine ilişkin TTK.m.49'a atıf yapılmamıştır. Bu nedenle, işletme adının, ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olmasına herhangi bir engel bulunmamaktadır⁹⁹.

TİTRK.m.5/1-l'ye göre hem ticari işletmenin hem de esnaf işletmesinin üzerinde rehin hakkının kurulması mümkündür. Ancak, bunlar üzerinde rehin hakkının kurulabilmesi için, diğer taşınır varlıkların borcu karşılamaması gerekir. Eğer diğer taşınır varlıklar borcu karşılıyorsa, işletmenin üzerinde rehin kurulamaz (TİTRK.m.5/2). KuruluşYön.m.17/3'e göre; *"Borç miktarının belirli olması halinde ... diğer taşınır varlıklardan biri veya birden fazlasının borç miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılaması hâlinde işletmelerin tümü üzerinde rehin kurulamaz"*. İşletme üzerinde rehin kurulabilmesi için Kanun ile diğer taşınır varlıkların borcu karşılamaması ölçütü getirilirken; Yönetmelik ile diğer taşınır varlıkların borç miktarının tamamına ek olarak beşte birinden fazlasını karşılaması ölçütünün getirilmesi açık bir çelişkidir. Yönetmelik ile kanunkoyucunun öngörmediği bir ölçütün getirilmesi tartışmasız hukuka aykırıdır¹⁰⁰.

İşletmenin bir bütün halinde rehne konu olması halinde, rehne dahil olan unsurlar hakkında da Kanun ve Yönetmelik arasında çelişki bulunmaktadır. TİTRK.m.5/2'ye göre; *"Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlık rehneldilmiş sayılır"*. İşletme faaliyetine tahsis edilmiş olan her türlü varlıktan anlaşılması gereken, geleneksel anlamda, işletmenin faaliyetlerinin yürütülmesi sürecine özgü varlıklardır¹⁰¹. KuruluşYön.m.17/1'e göre ise, *"Ticari işletme ve esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması hâlinde, rehnin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan taşınır varlıklar rehneldilmiş sayılır"*. Yönetmelikte, rehne dahil olan unsurların, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan *"taşınır varlıklar"* ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Yönetmelik ile kanunkoyucunun öngörmediği bir sınırlamanın yapılması yine hukuka aykırıdır¹⁰².

97 Antalya / Acar, s. 77.

98 Antalya / Acar, s. 77; Arkan, s. 64; Tavukçuoğlu, s. 125. Aksi yönde bkz., Şit İmamoglu, s. 28; Bozkurt, s. 96; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 92.

99 Antalya / Acar, s. 77; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 92-93; Tavukçuoğlu, s. 126.

100 Aynı yönde bkz., Arkan, s. 51; Bozer / Göle, s. 41; Göle / Aydoğan, s. 29; Öz, s. 158; Poroy / Yasaman, s. 56; Şit İmamoglu, s. 32-33; Tavukçuoğlu, s. 128.

101 Göle / Aydoğan, s. 30.

102 Karş., Göle / Aydoğan, s. 31.

Bu varlıkların rehni diğer kanunlarca bir sicile tescilini gerektiriyorsa bu rehin ilgili sicillere bildirilir. Bu varlıklar üzerinde diğer kanunlar uyarınca önceden bir rehin hakkı tesis edilmiş olması halinde bu Kanun çerçevesinde tesis edilerek bildirilen rehin sonraki sırada yer alır (TİTRK.m.5/2). Örneğin, TMK.m.940/1 uyarınca bir çiftçi, hayvanı üzerinde usulüne uygun bir hayvan rehni kurmuşsa, bu rehin hakkı, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu kapsamında kurulan rehin hakkından önce gelecektir¹⁰³. Bu hüküm, taşınır rehinleri arasındaki sıra ilişkisini düzenleyen “*kıdeme itibar ilkesi*” ile de uyumludur¹⁰⁴. Ticari işletme ve esnaf işletmesi rehinleri ticaret veya esnaf siciline bildirilir (TİTRK.m.5/2). Ayrıca, işletmelerin “*müstakbel taşınır varlıkları*” üzerinde rehin hakkı kurulmasına da izin verildiği hatırlatılmalıdır (TİTRK.m.5/3). Rehinli müstakbel taşınır varlık üzerindeki tasarruf yetkisi, bu varlıkların mülkiyete konu edilmesini müteakip kullanılabilir (TİTRK.m.5/3).

TİTRK.m.5/1-m’ye göre; ticari plaka ve ticari hat üzerinde rehin hakkının kurulması mümkündür. Ticari hattan anlaşılması gereken, bir ulaşım aracının çalışma iznine sahip olduğu hattır¹⁰⁵.

TİTRK.m.5/1-n’ye göre, ticari proje üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Ticari proje, işletmenin üretim, dağıtım gibi faaliyetlerini etkin biçimde yürütebilmesi için kendi bilgi ve deneyimine dayanarak oluşturduğu sistematik bilgi derlemesini ifade eder¹⁰⁶. Bunlar, fikri bir ürün olduğundan, bunların ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilecekleri kabul edilmiştir¹⁰⁷.

TİTRK.m.5/1-o’ya göre, vagon üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Vagonlar, kendi hareket yeteneğine sahip olmayan ve hareket ettirici araca bağlanıp çıkarılması mümkün olan, ulaşım ve yük taşımada kullanılan demiryolu araçlarıdır¹⁰⁸. Vagonlar arasında herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Bu nedenle, yolcu vagonu, yük vagonu gibi herhangi bir ayırım yapılmadan, bütün vagonlar ticari işlemlerde taşınır rehnine konu olabilecektir¹⁰⁹.

TİTRK.m.5/1-ö’ye göre, beşinci maddenin birinci fıkrada sayılan taşınır varlıklardan üçüncü kişilerin zilyetliğindeki taşınır varlık, hak ve paylı mülkiyet hakları üzerinde rehin hakkı kurulabilir. Burada, taşınır eşya niteliğinde olmayan alacak ve hakların zilyetliğinden söz edilmesi isabetli olmamıştır¹¹⁰.

B. BÜTÜNLEYİCİ PARÇA VE EKLENTİLER

Yerel âdetlere göre asıl şeyin temel unsuru olan ve o şey yok edilmedikçe, zarara uğratılmadıkça veya yapısı değiştirilmedikçe ondan ayrılmasına olanak bulunmayan parçaya, bütünleyici

103 Uyumaz, Taşınır, s. 57.

104 Uyumaz, Taşınır, s. 57.

105 Öz, s. 159; Tavukçuoğlu, s. 126.

106 Arkan, s. 65.

107 Antalya / Acar, s. 79.

108 Öz, s. 159; Tavukçuoğlu, s. 127; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 92.

109 Antalya / Acar, s. 71.

110 Öz, s. 159.

parça denir (TMK.m.684/2). Asıl şey malikinin anlaşılabilen arzusuna veya yerel âdetlere göre, işletilmesi, korunması veya yarar sağlaması için asıl şeye sürekli olarak özgülünen ve kullanılmasında birleştirme, takma veya başka bir biçimde asıl şeye bağlı kılınan taşınır mala ise eklenti denir (TMK.m.686/2). Rehin hukukunda kural, rehin hakkının, rehin konusu şeyin bütünleyici parçasını ve aksi kararlaştırılmadıkça eklentilerini de kapsamasıdır (TMK.m.686, 862, 947)¹¹¹.

TİTRK.m.6'da bütünleyici parça ve eklentilerin durumu düzenlenmiştir. TİTRK.m.6/1'e göre; *"Taşınır varlık üzerindeki rehin hakkı, o varlığın bütünleyici parçasını da kapsar"*¹¹². Ancak, bütünleyici parçanın ayırt edici özelliklerinin bulunması halinde bunlar ayrıca rehin sözleşmesinde belirtilmelidir (KuruşYön.m.14/1). Bu tercih, rehin hukukunda bütünleyici parçaya ilişkin genel kural ile uyumludur.

Rehne konu taşınırın eklentisinin rehin hakkının kapsamına dâhil edilip edilmeyeceği ise tarafların iradesine bırakılmıştır¹¹³. TİTRK.m.6/2'ye göre; *"Taraflar, taşınır varlığın mevcut veya sonradan ilave edilen eklentilerinin rehin kapsamına alınmasını ayrıca kararlaştırabilir"*. Böyle bir kararlaştırma yoksa, eklentiler rehin kapsamında değildirler (KuruşYön.m.14/2). Bu tercih, rehin hukukunda eklentilere ilişkin genel kural ile uyumlu olmayıp, Türk Medeni Kanununun genel sistematığına aykırıdır¹¹⁴. Bu düzenlemeler ile nedendir bilinmez TMK.m.686/1 ve 947/1'de yer alan karinenin tersine çevrildiği söylenebilir¹¹⁵.

C. REHNİN KAPSAMI

"Rehin kapsamı" başlıklı TİTRK.m.7/1'e göre; *"Taşınır varlığın gelecekteki her türlü faiz, sigorta gibi hukuki getirileri ile doğal ürün ve ikamesi mallar, taşınır varlık ile birlikte doğrudan rehin kapsamına girer"*¹¹⁶.

TİTRK.m.7/2'de, *"Bir üretim sürecinin, kullanıldığı taşınır varlıklarla birlikte rehnedilmesi halinde rehin, üretim sürecinde ve sonucunda gerçekleşecek olan alacak üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayılır. Buna ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir"* hükmü yer almaktadır. KuruşYön.m.15/3'e göre ise; *"Bir üretim sürecinde kullanılan taşınırın rehnedilmesi halinde rehin, üretimin her aşamasında veya üretimin sonunda rehinli taşınırın yerini alan alacak üzerinde aynı oranda ve sırada kendiliğinden tesis edilmiş sayılır"*.

111 Dural, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 62, 64, 139, 152; Davran, s. 13, 91; Akipek / Akıntürk / Ateş, s. 739-740, 742, 840; Oğuzman / Selici / Oktay-Özdemir, s. 938-939, 1021; Ayan, s. 298, dn. 195; Şit İmamoğlu, s. 32; Uyumaz, Taşınır, s. 58.

112 Zaten bu, ana kural olduğu için hükmün gerekli olmadığı yönünde bkz., Antalya / Acar, s. 93.

113 TİTRK.m.6'nın Gerekçesi.

114 Ayan, s. 298 ve dn. 195; Uyumaz, Taşınır, s. 58.

115 Öz, s. 171; Şit İmamoğlu, s. 32.

116 Genel olarak teslimine bağlı rehinde, özel olarak ise teslimsiz ve sicilli taşınır rehinde, hukuki ürünlerin rehin kapsamına girdiğine ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak, öğretilerde hukuki ürünlerin, rehin kapsamında olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz., Uyumaz, Taşit, s. 205.

V. REHİNLİ TAŞINIR SİCİLİ

A. GENEL OLARAK

TİTRK.m.8'de, rehin hakkının tesisi ve üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi, rehinli alacaklılar arasında öncelik hakkının belirlenmesi, rehinli taşınır varlık ile alacağın devrinin tescili amacıyla Rehinli Taşınır Sicilinin kurulması öngörülmüştür. Böylece, rehinli taşınırlara ilişkin açıklık da sağlanacaktır¹¹⁷.

Rehinli Taşınır Sicilini kurma veya kurdurma yetkisi Ticaret Bakanlığına verilmiştir (TİTRK.m.2/1-k). Bakanlık da bu yetkiye dayanarak, söz konusu sicil kurulması ve ticari işlemlerde taşınır rehniyle ilgili işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için Türkiye Noterler Birliği ile 23.12.2016 tarihinde bir protokol düzenlemiştir¹¹⁸. Bu protokol uyarınca, sicil merkezi görevi Türkiye Noterler Birliği tarafından, rehne ilişkin işlemler ise noterlikler tarafından yerine getirilmektedir. Ayrıca, Türkiye Noterler Birliği tarafından Rehinli Taşınır Sicili kurulmuştur. Ticaret Bakanlığı, Sicilin faaliyetlerini her zaman denetlemeye ve gerekli önlemleri almaya yetkilidir. Sicil, Bakanlıkça alınan önlemlere ve verilen talimatlara da uymakla yükümlüdür (TİTRK.m.8/2, SicilYön.m.11). Rehinli Taşınır Sicili, TMK.m.7 anlamında resmi bir sicil olup, belgelediği olguların doğruluğuna aksi ispat edilebilen bir kanıt oluşturur¹¹⁹. Ayrıca, sicil, sicile tescil yoluyla kurulan taşınır rehni türleri için de genel sicil niteliğindedir¹²⁰.

TİTRK.m.8/4'te "*Sicilin kuruluş ve işleyişi ile bu Sicille diğer kanunlar uyarınca tutulan taşınır sicillerinin verilerinin paylaşımına yönelik usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılan yönetmelik ile belirlenir*" hükmü yer almaktadır. Bu yönetmelik, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkarılmış ve 01.01.2017 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹²¹.

TİTRK.m.8/2'de Rehinli Taşınır Sicilinin, SicilYön.m.17/2'de ise sicile tescil edilen hususların aleni olduğu belirtilmiştir. Daha önce de belirtildiği üzere, 2001 tarihinde kabul edilen Türk Medeni Kanununda¹²² ve 2011 tarihinde kabul edilen Türk Ticaret Kanununda¹²³ "*aleniyet*" ifadesi terkedilerek "*açıklık*" ifadesine yer verilirken; bu Kanunda neden böyle bir terim tercihi yapıldığı anlaşılamamaktadır.

SicilYön.m.26/1'de, "*İlgisini ispat eden herkes, rehin verenin rehinli işlemleri ile Kanun uyarınca rehne konu edilebilecek taşınır varlıklar üzerindeki rehin hakları ve bu rehinlere ilişkin diğer hususları görmek amacıyla Sicilden onaylı belge talebinde bulunabilir. Bu halde, onaylı belge yalnızca talep konusu için düzenlenir*" hükmü yer almaktadır. Kanunda aleniyet ilkesi düzenlenirken herhangi

117 Bkz., TİTRK.m.8'in Gerekçesi.

118 Türkiye Noterler Birliği Başkanlığının 28.12.2016 tarih ve 22964 sayılı yazısı, <http://cdn01.tnb.org.tr/uygulama/tares/genelyazi195.pdf>, E. T. 07.07.2019.

119 Antalya / Acar, s. 50; Şenocak / Kahraman / Tuncer Kazancı / Öcal Apaydın, s. 135.

120 Antalya / Acar, s. 50.

121 Bkz., "Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği", RG., 31.12.2016, S. 29935 3. Mükerrer.

122 Bkz., TMK.m.1020'nin kenar başlığı.

123 Bkz., TTK.m.35'in kenar başlığı.

bir sınırlama getirilmeyip, Yönetmelik ile belge ve örnek talep edebilmek için “*ilgisini ispat*” etme şartının getirilmesi hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Eğer böyle bir şart getirilmek isteniyorsa, TMK.m.1020/2’de olduğu gibi bu şartın kanunda öngörülmesi isabetli olurdu.

B. REHNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE KARŞI HÜKÜM İFADE ETMESİ

TİTRK.m.9’da rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ne zaman hüküm ifade edeceği düzenlenmektedir. Buna göre, rehin hakkı, rehin sözleşmesinin sicile tescil edilmesiyle üçüncü kişilere karşı hüküm ifade eder. Sicile tescil, rehin hakkının kurulmasının esaslı şartı olduğuna göre, bu hükmün pratik anlamının ne olduğu sorgulanabilir. Zira, tescil edilmediği sürece rehin hakkı doğmuş olmaz. Henüz doğmamış bir rehin hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi ise düşünülemez¹²⁴.

Ayrıca, TİTRK.m.7/3’te iyiniyetli üçüncü kişilerin durumu düzenlenmiştir. Hükme göre; “*Bir taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişinin iyiniyeti korunur*”. Başka bir deyişle, kamuya açık olan bu sicile tescil edilmiş rehin hakkını bilmeyen bir kişinin iyiniyeti korunacaktır. TMK.m.3/1’e göre, “*Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*”. Bu hükme göre de aleni olan sicildeki rehin hakkını bilmediğini iddia eden kişi, bu karine gereğince iyiniyetli sayılacak ve onun sicildeki kaydı bildiğini iddia eden karşı taraf iddiasını ispatlayamazsa, bu kişi korunacaktır.

Öncelikle, aleni bir sicil sistemi ihdas edilirken, hakkın aleniyetinin de sağlanması için sicilin olumlu fonksiyonuna ilişkin bir düzenleme yapılması gerekirdi. Başka bir deyişle, üçüncü kişilerin, kendilerine karşı sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarını bilmediklerine ilişkin iddialarının dinlenmeyeceği kesin bir karine olarak düzenlenmeliydi. Böylece, hak kayıplarının da önüne geçilmiş olurdu. Örneğin B, bir taşınır varlığı üzerinde, aleni olan sicile tescil ettirmek suretiyle A1 lehine ticari işlemlerde taşınır rehni kurmuştur. B, bununla birlikte, aynı varlıklar üzerinde teslimine bağlı rehin yoluyla önceki rehni ve sicildeki kaydı bilmeyen A2 adına yeni bir rehin kurarak rehin konusu şeyleri A2’ye devretmiştir. Daha sonra B, aynı varlıklar üzerinde TMK.m.941’e göre bildirimde bulunarak A3 lehine art rehin kurmuştur. Bu durumda, kıdeme itibar ilkesi gereğince hakta önce gelmesi gereken ilk rehin hakkı sahibi A1, TİTRK.m.7/3’e göre, aleni sicil sistemine rağmen iyiniyetli kişiler korunacağından hem A2’den hem de A3’ten sonra hak sahibi olacaktır. Sicilin aleni olmasına rağmen sicildeki kaydı bilmemek mazeret sayıldığı sürece, bu türden hak kayıpları her zaman söz konusu olacaktır. Bu nedenle, TİTRK.m.7/3’ün yürürlükte kaldırılması ve sicilin açıklığının TMK.m.1020/3 gibi bir hüküm getirilerek düzenlenmesi gerekmektedir.

TİTRK.m.7/3 hükmünün, tapu siciline güven ilkesini düzenleyen TMK.m.1023 hükmü ile de karşılaştırılması gerekir. TMK.m.1023 hükmüne göre, “*Tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynî hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımı korunur*”. Her

124 Ayan, s. 301, dn. 200.

iki hüküm de iyiniyetli üçüncü kişilerin korunmasından bahsetmektedir. Ancak, iki hüküm birbirinden tamamen farklıdır. Zira, TMK.m.1023'te tapu siciline güvenen kişilerin iyiniyetinin korunmasından bahsedilirken, TİTRK.m.7/3'te, sicile güvenenlerin korunmasından değil, sicildeki kayda rağmen sicildeki kaydı bilmeyenlerin korunmasından bahsedilmektedir. Başka bir deyişle, TMK.m.1023'te tapu sicilinin açıklığı ve sicildeki kaydı herkesin bildiğinin kabul edildiği yönündeki kesin karinenin sonucu olarak tapu siciline güven ilkesi düzenlenmişken; TİTRK.m.7/3'te tapu sicili sisteminde olduğu gibi açıklık ilkesini desteklemek ve onun üzerine güven ilkesini inşa etmek yerine, açıklık ilkesine rağmen aleni bir sicilde kayıtlı rehin hakkını bilmeyenler korunmuştur. Öyleyse, tapu sicilinin aksine, Rehinli Taşınır Sicili açısından güven ilkesi söz konusu değildir. Yani, sicile yolsuz tescil edilmiş bir rehin hakkına güvenerek rehin hakkı kazanılamaz. Örneğin, tapu siciline kayıtlı bir taşınmaz üzerinde geçerli bir alacağı temin etmek için kurulan rehin hakkı varken, alacağı devralan iyiniyetli üçüncü kişiler, bu alacağı temin için kurulmuş olan rehin hakkını yolsuz tescil edilmiş olsa da güven ilkesi çerçevesinde kazanacaktır. Oysa yine geçerli bir alacağı temin için Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa göre kurulan rehin hakkı söz konusu iken; bu alacağı devralan iyiniyetli üçüncü kişiler, bu alacağı temin için Rehinli Taşınır Siciline yolsuz olarak tescil edilmiş rehin hakkını kazanamayacaktır. Zira, tapu sicilinin aksine rehinli taşınır sicilinin güven fonksiyonu yoktur.

VI. REHİNDE SIRA

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa göre, taşınır varlıklar üzerinde birden fazla rehin hakkının kurulması mümkündür. Bu durumda, alacaklıların öncelik hakkının nasıl belirleneceği, başka bir deyişle rehinde sıra ilişkisinin nasıl olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. TİTRK.m.11/1'e göre; *"Aynı taşınır varlık üzerinde derece sırası belirtilmeksizin birden fazla rehin hakkı tesis edilmesi hâlinde alacaklıların öncelik hakkı, rehinin kurulma anına göre belirlenir..."*. Söz konusu hükümden, kural olarak ilerleme sisteminin kabul edildiği anlaşılmaktadır¹²⁵.

Öte yandan, ticari işlemlerde taşınır rehinde, taşınmaz rehinde uygulanan derece sisteminin uygulanması da mümkündür. Ancak, bu sistemin uygulanabilmesi için, rehin sözleşmesinde rehinin derece sırasının belirtilmesi gerekir (TİTRK.m.11/1). Bu sistemin uygulanması halinde, TİTRK.m.10/1'e göre; *"Rehinin sağladığı güvence, tescilde belirtilen rehin tutarı ve derecesi ile sınırlıdır. Rehin, sırada kendisinden önce gelecek olanın miktarının tescilde belirtilmesi kaydıyla ikinci veya daha sonraki derecede de kurulabilir. Bu halde 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 871 ila 876 ncı maddelerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri kıyasen uygulanır"*.

Taşınmaz rehinde geçerli olan derece sisteminde, aynı taşınır varlık üzerinde farklı sıralarda kurulmuş bulunan rehin haklarından birinin terkin edilmiş olması, sonraki sırada yer alan rehinli alacaklıya boşalan dereceye geçme hakkı vermez (TMK.m.871/1; KuruluşYön.m.26/4). Bu nedenle, terkin edilen rehin hakkı yerine yeni bir rehin hakkı kurulması mümkündür

125 Karş., Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 1010; Öz, s. 168.

(TMK.m.871/2; KuruluşYön.m.26/5). Böylece, teminat konusu yeniden rehin verilerek aynı teminat konusunun aynı derecesi kullanılabilir ve kolaylıkla finansmana erişilebilir.

Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilebilir¹²⁶. Bu hakkın geçerli olarak verilebilmesi için, rehin sözleşmesinde düzenlenmiş olması yeterlidir. Ancak rehin sözleşmesi dışında bir sözleşme ile bu hakkın tanınması hâlinde söz konusu sözleşmenin geçerliliği, Rehlinli Taşınır Siciline tescil¹²⁷ edilmesine bağlıdır (TİTRK.m.10/2). Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı verilmesi hâlinde ilk sırada yer alan rehin alacaklısı alacağını tamamen almadan bir sonraki rehin alacaklısına ödeme yapılmaz (TİTRK.m.11/2).

VII. REHİN SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Teslimsiz ve sicilli taşınır rehninde, rehin hakkının tescilinden sonra rehin veren, işletmesinin olağan faaliyetlerini sürdürmek veya rehin konusu taşınır varlığı kullanmak suretiyle gelir getirici her türlü etkinliği gerçekleştirebilecektir. Rehin sözleşmesinde tarafların hak ve yükümlülüklerinin ne olacağı, kural olarak, sözleşme serbestisi çerçevesinde tarafların iradesine bırakılmıştır. TİTRK.m.12/1'e göre; "*Tarafların hak ve yükümlülükleri bu Kanuna aykırı olmamak şartıyla sözleşmede belirlenir*". Ancak kanunkoyucu, tarafların bazı hak ve yükümlülüklerini açıkça düzenlemiştir.

Rehin alacaklısına, rehin veren ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde bulunan rehne konu taşınır varlığı denetleme hakkı tanınmıştır (TİTRK.m.12/4). Rehin konusu taşınır varlığın zilyedi de rehinli taşınırın değerini koruyacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Zilyet¹²⁸, rehinli taşınırın değerini düşüren davranışlarda bulunursa; alacaklı, hâkimden bu gibi davranışları yasaklamasını isteyebilir. Hâkim, alacaklıya gerekli önlemleri almak üzere yetki verebileceği gibi; gecikmesinde tehlike bulunan hallerde, alacaklı, böyle bir yetki verilmeden de gerekli önlemleri alabilir (TİTRK.m.12/2; KuruluşYön.m.27/1)¹²⁹. Hakları zarar görenler önlem için yapmış olduğu

126 Buna, "*boş dereceye ilerleme sözleşmesi-kaydı*" denir. Bkz., **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 775; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 931; **Antalya / Acar**, s. 113; **Ayan**, s. 178-179; **Uyumaz**, Taşınır, s. 62, dn. 39.

127 Burada, söz konusu hakkın sicile yazılması için "*tescil*" teriminin kullanılması da isabetli değildir. Zira, aynı haklar tescil, alacak hakları şerh edilir. Bu tespiti doğrular şekilde, boş dereceye ilerleme hakkını düzenleyen Türk Medeni Kanunu hükmü, "*şerh*" terimini kullanmaktadır. Gerçekten, TMK.m.871/3 hükmü, "*Sonraki sırada yer alan rehinli alacaklılara boşalan dereceye geçme hakkı veren sözleşmelerin geçerliliği, resmî şekilde yapılmalarına; aynı etki sağlamaları, tapu kütüğüne şerh verilmelerine bağlıdır*" şeklindedir.

128 TİTRK.m.12'de, "*zilyet*" kavramı "*zilyed*" olarak yazılmıştır. Zilyetliğe ilişkin temel düzenlemelerin yer aldığı Türk Medeni Kanununda, "*zilyet*" kavramı kullanılırken (Bkz., TMK.m.973 vd.), TİTRK.m.12'de neden "*zilyed*" kavramının tercih edildiği anlaşılamamıştır.

129 Bu hüküm, TMK.m.865 vd'de yer alan "*Önem Alma Yetkisi*" başlıklı rehin konusu taşınmazın değerinin düşmesine karşı alınabilecek önlemlerin benzeridir. Ancak, Türk Medeni Kanununda yer alan bazı yetkiler ve haklar ticari işlemlerde taşınır rehni açısından rehinli alacaklıya tanındığı halde bazıları tanınmamıştır. Örneğin, TMK.m.865/3'ün, "*Alacaklı, önlem için yapmış olduğu giderleri malikten isteyebilir ve bu alacakları için taşınmaz üzerinde, tescile gerek olmaksızın ve tescil edilmiş olan diğer yüklerden önce gelen bir rehin hakkına sahip olur*" hükmü de kıyasen uygulanabilirdi. Bu bakımdan, TMK.m.865-866; 867 ve 876'nın bünyesine uygun düştüğü ölçüde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni için de uygulanması mümkündür. Bu durum karşısında, TİTRK.m.12 çerçevesinde

giderlerin tazminini zarara sebep olanlardan isteyebilir (TİTRK.m.12/3). Rehin veren, rehin konusu taşınır varlıkların değerini rehin alacaklısı aleyhine azaltan tasarruflardan doğan zararları tazmin etmekle yükümlüdür (TİTRK.m.12/5)¹³⁰.

Ayrıca, rehin veren, rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Rehinli Taşınır Siciline tescil ettirmekle de yükümlüdür (TİTRK.m.12/6).

VIII. DEĞER TESPİTİ

TİTRK.m.13'te "*Değer Tespiti*" düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün 3 ve 4. fıkralarında, değer tespitine ilişkin Bakanlıkça bir de Yönetmelik çıkarılacağı öngörülmüş ve bu yönetmelik 31.12.2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır¹³¹.

Belirtmek gerekir ki, rehin hakkının tesisi için değer tespiti yaptırmak zorunlu değildir. Bu husus, TİTRK.m.13/1'de yer alan "*Taraflar, rehin hakkının kurulması öncesinde rehne konu taşınırın değerinin tespiti amacıyla ikinci fıkroda belirtilen usulle değer tespiti yaptırabilir*" şeklindeki hükümden de anlaşılmaktadır. Bu husus, DeğerYön.m.9'da da açıkça belirtilmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasına göre; "*Rehin sözleşmesinin tarafları, rehin hakkının kurulması öncesinde rehne konu taşınırın değerini herhangi bir değerlendirme hizmeti almaksızın serbestçe kararlaştırabilir*".

Değer tespiti, rehin hakkının kurulmasından önce yaptırılabilmesi gibi borçlunun temerrüdünden sonra da yaptırılabilir. Rehin hakkının kurulması öncesinde, değer tespiti yaptırmaya rehin tarafları yetkilidir (TİTRK.m.13/1; DeğerYön.m.5/1). Rehinli taşınır varlığın birleşmesi veya karışması durumunda¹³² ya da temerrüt sonrası hakların kullanımında ise, değer tespiti yaptırmaya yalnızca rehinli alacaklı yetkilidir (TİTRK.m.13/2; DeğerYön.m.5/2).

Değer tespiti, rehin verenin yerleşim yerindeki sulh hukuk mahkemesinden talep edilir (TİTRK.m.13/2, DeğerYön.m.6). Mahkemece, taşınırın değeri ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişilere üç gün içinde tespit ettirilir (TİTRK.m.13/2). DeğerYön.m.8/1'de "*Değerleme hizmeti verecek eksper, üç gün içinde yetkili mahkeme tarafından Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik uyarınca yetkilendirilen kişi veya kuruluşlar arasından görevlendirilir*" hükmü yer almaktadır. Ancak,

taşınmaz rehinindeki bazı hakları, alacaklıya, madde metnine almak suretiyle tek tek tanımak yerine Türk Medeni Kanunun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin bir atfa yer vermek daha isabetli olabilirdi.

130 Önceki dipnotta yer verildiği gibi bu hüküm de TMK.m.866/1 hükmünün benzeridir. Gerçekten, TMK.m.865/1 hükmüne göre, "*Rehinli taşınmazın değerinde düşme meydana gelmişse alacaklı, alacağı için başka güvence göstermesini veya rehinli taşınmazın eski hâle getirilmesini borçludan isteyebilir*".

131 "*Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik*", RG., 31.12.2016, S. 29935 3. Mükerrer.

132 Değişikliğe uğramadan önce, "*Birleşme ve Karışma*" başlığı altında TİTRK.m.7'de birleşme ve karışmaya ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Ancak bu madde, başlığı ile birlikte 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile değiştirilmiştir. Değişikliğin ardından, Kanunda sadece burada "*birleşme ve karışma*" durumuna değinilmiştir. Bunun unutulma sonucu olabileceği yönünde bkz., **Bozkurt**, s. 103, dn. 148.

hüküm, TİTRK.m.13/2 ile uyumlu değildir. Zira, TİTRK.m.13/2'ye göre üç gün içinde yapılması gereken eksperin görevlendirilmesi değil, değer tespittir.

Eksper tarafından yapılan değer tespitine itiraz edilebilir. TİTRK.m.13/2'de itiraz için bir süre öngörülmemiştir. Ancak, DeğerYön.m.10/1'de "*Yetkili mahkeme tarafından görevlendirilen eksperlerce yapılan değer tespitine bu tespit in tebliğinden itibaren üç iş günü içerisinde itiraz edilebilir*" hükmü yer almaktadır. Fakat, kişinin, Anayasa m. 36'da düzenlenen hak arama hürriyetinin bir Yönetmelik hükmü ile düzenleme yapılarak sınırlandırılması hukuka uygun değildir. Bu kapsamda, itiraz süresine, TİTRK.m.13'te yer verilerek bir düzenleme yapılması ve sürenin de en az yedi gün olması önerilebilir.

İtiraz üzerine, mahkemece yeni bir değer tespiti yaptırılır. Ancak, bu noktada, TİTRK.m.13/2'de bir karmaşa bulunmaktadır. Hükmün ikinci cümlesinde, "*Bu değer tespitine itiraz edilmesi hâlinde, mahkemece üç gün içerisinde yeni bir değer tespiti yaptırılır*" denilmiş; ardından üçüncü cümlede "*İtiraz üzerine ekspertiz hizmeti sunan gerçek veya tüzel kişiler üç gün içerisinde değer tespiti yapar*" ifadesine yer verilmiştir. Görüldüğü gibi, süreler birbiriyle uyumsuzdur. Bir de DeğerYön.m.10/2'de, mahkemenin üç gün içinde başka bir eksper görevlendireceği belirtilmiştir. İtiraz üzerine hangi işlemin hangi sürede yapılacağı konusunda bir açıklık yoktur. Bu sebeple, konunun ilgili kanun hükmünde değişiklik yapılarak ve Yönetmelik hükmü ilga edilerek açıklığa kavuşturulması gerekir.

İtiraz üzerine yapılan değer tespiti kesindir. Bu tespit in yapıldığı tarihten itibaren iki yıl geçmedikçe yeniden değer tespiti istenemez (TİTRK.m.13/2, DeğerYön.m.10/3).

IX. TEMERRÜT SONRASI HAKLAR

TİTRK.m.14'te, borçlunun temerrüdü üzerine alacaklıya genel hükümler çerçevesinde takip yapmak dışında, bazı seçimlik haklar da tanınmıştır. Seçimlik haklar, alacaklının genel hükümler çerçevesinde takip yapmasına engel değildir (KuruluşYön.m.41/3). Alacaklı aşağıda açıklanacak seçimlik haklardan birini kullanabileceği gibi, isterse genel hükümler çerçevesinde takip de yapabilir¹³³.

A. MÜLKİYETİN DEVRİNİ TALEP ETME HAKKI

Temerrüt sonrasında alacaklıya tanınan haklardan ilki, rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme hakkıdır. TİTRK.m.14/1-a'ya göre; "*(Alacaklı) Birinci derece alacaklı ise icra dairesinden 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca rehinli taşınırın*

133 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ilga edilmeden önce, TİTRK.m.14/2'de "*Alacağın yukarıda belirtilen yollarla tahsil edilememesi hâlinde takip, genel hükümler çerçevesinde yapılır*" hükmü yer almaktaydı. Bu nedenle, söz konusu hüküm ilga edilmeden önce genel hükümlere göre takip yapılabilmesi için öncelikle TİTRK.m.14/1'de yer alan seçimlik hakların tüketilmesi gerekliydi.

mülkiyetinin devrini talep edebilir. Bu halde icra dairesi, bu devri Sicile bildirir. Rehinli taşınırın, Kanununun 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca belirlenen değerinin, birinci derece alacaklının toplam alacağından fazla olması durumunda, aradaki fark miktarından, diğer derecelerdeki alacaklılara karşı, birinci derece alacaklı ile rehin veren müteselsilen sorumludur”.

Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli eşyanın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin, alacağın muaccel olmasından önce yapılan sözleşmeler geçersizdir (TMK.m.873/2, m.949). Buna “*lex commissoria (rehin konusu şeyi temellük) yasağı*” denir¹³⁴. Öğretide, söz konusu düzenlemenin bu yasağa aykırı olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, söz konusu düzenleme “*lex commissoria yasağı*”na aykırı bir düzenleme olarak görünmekle beraber, Kanun, bunu, kabul ettiğinden genel yasağa bir istisna getirilmiştir¹³⁵. Alacaklı, bu hakkı temerrüt sonrası kullanabilecek, alacağından fazlasını teşkil eden taşınır değerini de vermek zorunda kalacaktır. Bu nedenle, gerçekte “*lex commissoria yasağı*”na aykırı bir durum söz konusu değildir¹³⁶. Başka bir görüşe göre ise, söz konusu düzenleme “*lex commissoria yasağı*” ile korunmak istenen menfaatleri ihlal edici niteliktedir¹³⁷.

“*Lex commissoria yasağı*”ndan söz edebilmek için, alacağın muaccel olmasından önce, borcun ifa edilmemesi hâlinde rehinli eşyanın alacaklıya geçeceğine ilişkin bir sözleşmenin bulunması gerekir. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda ise rehinli taşınırın mülkiyetinin devrini talep etme hakkı, alacaklıya temerrüt sonrası yani muacceliyet sonrası bir hak olarak tanınmıştır. Bu nedenle, Türk Hukuku bakımından söz konusu düzenleme, “*lex commissoria yasağı*”na aykırı değildir.

KuruluşYön.m.30’a göre; rehinli taşınır varlığın mülkiyetinin devri, temerrüdün gerçekleşmesini müteakip yedi gün içinde bir takip talebi ile istenir. Bu Yönetmelikte, takip talebi üzerine icra dairesi tarafından yapılacak işlemler, itiraz ve şikâyete ilişkin hususlar da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

B. ALACAĞI VARLIK YÖNETİM ŞİRKETİNE DEVRETME HAKKI

TİTRK.m.14/1-b’ye göre; “(Alacaklı) *Alacağına, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredebilir. Bu halde, varlık yönetim şirketleri, alacaklının rehin sırasına sahip olur. Öncelik hakkı bu Kanununun 11 inci maddesine göre belirlenir”.*

134 **Haffter**, s. 85; **Oftinger / Bär**, Art. 894, N. 10; **Zobl**, Dieter, Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband, Art. 888-906, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand 907-915, ZGB, Bern 1996, Art. 894, N. 17; **Helvacı**, İlhan, Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997, s. 100-101; **Kuntalp**, Erden, Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları, Uygulama Alanı, İnan Kıraç’a Armağan, Ankara 1994, s. 155; **Akipek / Akıntürk / Ateş**, s. 753, 847; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 954, 1031.

135 Bu yönde bkz., **Antalya / Acar**, s. 144.

136 **Antalya / Acar**, s. 144.

137 Bu yönde bkz., **Göle / Aydoğan**, s. 45-46. Karş., **Şit İmamoğlu**, s. 39-41.

Bankalar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu dâhil diğer malî kurumların alacakları ile diğer varlıklarının satın alınması, tahsili, yeniden yapılandırılması ve satılması amacıyla yönelik olarak faaliyet göstermek üzere kurulan, kuruluş ve faaliyet esasları Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından belirlenen şirketlere varlık yönetim şirketi denir (BankK.m.143/1, Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik m.3/1-g). Borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklı alacağını bu şirketlere devredebilir.

Belirtilmelidir ki, alacağın varlık yönetim şirketine devri, alacağın tahsili için rehne başvurma yolu olmayıp, alacağın devri (TBK.m.183 vd.) niteliğindedir¹³⁸. Bu halde, varlık yönetim şirketi alacaklının halefi olur ve alacaklıya tanınan tüm yetkilere sahiptir (KuruluşYön.m.41/1).

C. KİRALAMA VE LİSANS HAKKINI KULLANMA HAKKI

TİTRK.m.14/1-c'ye göre; “(Alacaklı) *Zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkını kullanabilir*”. Dikkat edilmelidir ki, bu hakkın kullanılabilmesi için rehne konu taşınır varlığın zilyetliğinin devrinin mümkün olmaması gerekir. Bu taşınır varlıkların başında, fikri ve sınai haklar gelmektedir¹³⁹.

Aynı şekilde, başka bir sicile kaydı öngörülmeven ve idari izin belgesi niteliğinde olmayan her türlü lisans ve ruhsatlar, ticari plaka ve ticari hatlar ile ticari projeler de bu grupta yer almaktadır¹⁴⁰. Lisanslama ve kiralama geliri borca yetecek düzeye ulaşıktan sonra kiralama ve lisanslama hakkı sona erer (KuruluşYön.m.41/2).

X. ALACAĞIN SON BULMASI

TİTRK.m.15'te, alacağın son bulması hâlinde rehniin sicilden terkinine ilişkin bazı düzenlemelere yer verilmiştir. TİTRK.m.15/1'e göre; “*Rehin alacaklısı, alacağın son bulunduğu tarihten itibaren yabancı hukuka tabi rehin alacaklısı tarafından otuz, Türk hukukuna tabi rehin alacaklısı tarafından on beş işgünü içinde, rehin kaydının Sicilden terkinini için başvuruda bulunur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen rehin alacaklısı hakkında rehin veren veya borçlunun şikâyeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının onda biri oranında idari para cezası Bakanlıkça uygulanır*”. Hükümde, terkinin istenmesi gereken süre, rehin alacaklısının tabi olduğu hukuka göre belirlenmiştir. Ayrıca, söz konusu süreler içinde terkin için başvuruda bulunulmaması hâlinde, rehin veren veya borçlunun şikâyeti üzerine rehin alacaklısına uygulanacak idari para cezası da belirlenmiştir.

Alacağın son bulması hâlinde, rehin hakkı rehin alacaklısının talebi üzerine sicilden terkin edilir (TİTRK.m.15/2). Ancak, rehin alacaklısının, rehniin terkinini için TİTRK.m.15/1'de öngörülen süreler içinde sicile başvurmaması hâlinde, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçlu da rehniin

138 Öz, s. 182.

139 Duran, s. 115; Öz, s. 182.

140 Öz, s. 182.

terkinini istemeye yetkilidir (TİTRK.m.15/3). SicilYön.m.29/4'te ise, “*Rehin alacaklısı tarafından rehin sözleşmesinin terkin için süresinde talepte bulunulmaması halinde, rehin veren bu durumu borcunun son bulduğunu tevsik eden mahkeme kararıyla birlikte Sicile bildirir. Sicil, rehin verenin terkin talebinin ulaşmasını müteakip rehin sözleşmesini sicilden terkin eder ve bu durumu alacaklıya bildirir.*” hükmü yer almaktadır.

Böyle bir hüküm bulunmasa dahi sicilli rehin haklarında, fer'ilik ilkesinin bir yansıması olarak alacağın sona ermesi üzerine borçlu malik, alacaklıdan rehin hakkının ilgili sicilinden terkin ettirmesini isteyebilir (TMK.m.883'e kıyasen). Bu talebi olumlu cevaplandıran rehin alacaklısının, lehine tescil edilmiş olan rehin hakkının sicilden terkin edilmesine rıza göstermesi ile şekli olarak var olan rehin hakkı tamamen ortadan kalkmış olacaktır. Rehin alacaklısı, malikin terkin yönündeki talebine olumlu cevap vermezse, malik, dava yoluyla sicilin düzeltilmesini sağlayabilir (TMK.m.1025/1'e kıyasen). Yukarıda bahsi geçen hükümler, bu durumun açıkça düzenlenmesi niteliğindedir. Ancak, burada, borcun sona erdiğinin belgelenmesi için mahkeme kararının sunulması şartının, Kanun ile değil de Yönetmelik ile getirilmesi isabetli değildir¹⁴¹. Olması gereken hukuk açısından, alacağın tamamen sona erdiğini ispatlayan malike de mahkeme kararı aranmaksızın, şekli anlam taşıyan rehin hakkının terkinini talep edebilme hakkını tanımak yerinde olur.

XI. DİĞER HÜKÜMLER

A. MÜEYYİDELER

TİTRK.m.16'da rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralan kişiye hangi hallerde yaptırım uygulanabileceği düzenlenmiştir¹⁴². Rehin veren ile rehinli alacaklı arasındaki sözleşmesel nitelikteki yükümlülüklerin ihlâlüne cezai müeyyideler getirilmesi, ticari işlemlerde taşınır rehininin sıradışı bir özelliğidir¹⁴³.

TİTRK.m.16'ya göre; “*Rehin veren veya taşınırı rehin yüklü olarak devralan;*

- a) *Rehinli varlığı bu Kanunun hilafına kullanması,*
- b) *Borcu ödememesi hâlinde rehinli varlığın mülkiyetini devretmemesi,*
- c) *Rehinli varlığı alacaklıya zarar vermek kastıyla tahrip veya imha etmesi,*
- ç) *Rehinli taşınır varlığın devri ile alacağın devrini Sicile tescil ettirmemesi,*
- d) *Sicili yanıltmaya yönelik fiillerde bulunması,*

hâllerinde alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyen rehin alacaklılarının şikayeti üzerine güvence altına alınan borç tutarının yarısını geçmemek üzere adli para cezası uygulanır.

141 **Göle / Aydoğan**, s. 48. TİTRK.m.15/3'te yer alan “*belgelemek*” ifadesinin, kesinleşmiş bir mahkeme kararına dayanmak şeklinde anlaşılması gerektiği yönünde bkz., **Şit İmamoğlu**, s. 45.

142 TİTRK.m.16'nın Gereği.

143 **Öz**, s. 185.

İlgili kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir taşınır rehin almak suretiyle ödünç para verme işini devamlı yapan kişi, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 241 inci maddesine göre¹⁴⁴ cezalandırılır”.

B. HÜKÜM BULUNMAYAN HÂLLER

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun 18. maddesinin ilk hâlinde, “*Bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, 4721 sayılı Kanununun taşınır rehnine ilişkin hükümleri uygulanır*” hükmü yer almaktaydı. 7099 sayılı Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile hükümde yer alan “*4721 sayılı Kanununun taşınır*” ibaresi “*4721 sayılı Kanunun taşınmaz*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu nedenle, Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde, Türk Medeni Kanununun taşınmaz rehnine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Şüphesiz, sistematik olarak, teslimsiz ve sicilli rehin türü olarak düzenlenen ve neredeyse taşınır rehninin hiçbir karakteristik özelliğini taşımayan bu rehin türü için böyle bir düzenleme yapılması daha isabetli olmuştur¹⁴⁵.

C. MUAFİYETLER

TİTRK.m.19 ile, rehin sözleşmelerinin düzenlenmesi ve tescil işlemleri mali yükümlülüklerden muaf tutulmuştur¹⁴⁶. Hükme göre; “*Rehin sözleşmesinin düzenlenmesi ile Sicilde tesis edilen işlemler vergi, resim, harç ve değerli kağıt bedelinden muaftır*”.

Ç. YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILAN MEVZUAT VE GEÇİŞ HÜKÜMLERİ

TİTRK.m.17 ile, 21.07.1971 tarihli ve 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Her ne kadar Ticari İşletme Rehni Kanunu yürürlükten kaldırılmış olsa da iki kanun arasında zaman bakımından bazı çatışmalar söz konusu olmaktadır. Bu sebeple, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda, bu çatışmalara ilişkin bazı geçiş hükümleri sevk edilmiştir. Bu bağlamda, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununun yürürlüğe girdiği 01.01.2017 tarihinden önce, ticari işletme veya esnaf işletmeleri üzerinde tesis edilen rehin haklarına Ticari İşletme Rehni Kanunu uygulanmaya devam edecektir (TİTRK. Geçici Madde 1/2). Ayrıca, TİTRK. Geçici Madde 1/1'e göre, “*Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan takiplere uygulanmaz*”. Hükümün ilk hâlinde “*dava ve takiplere*” ifadesi yer almaktaydı. Ancak, “*dava ve*” ifadesi 11.04.2019 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir¹⁴⁷.

144 “Tefecilik” başlıklı TCK.m.241'e göre, “*Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır*”.

145 **Şit İmamoğlu**, s. 45; **Uyumaz**, Taşınır, s. 65, dn. 46.

146 TİTRK.m.19'un Gereği.

147 AYM., 11.04.2019, E. 2019/9, K. 2019/27, “*... Kural, hukuk ve ceza normu ayrımı yapmaksızın Kanun'un yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla görülmekte olan davalara Kanun hükümlerinin uygulanmamasını öngörmektedir. Bu durum ceza hükümlerinin uygulanması bakımından farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu çerçevede kural 6750 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden önce işlenen ve ceza davası açılmış bir suç yönünden bu Kanun'un ceza*

SONUÇ

Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu ile *Ticari İşletme Rehni Kanunu* ilga edilmiş ve yerine, başta KOBİ'ler olmak üzere kişilerin finansmana erişimini kolaylaştırmak amacıyla yeni bir teslimsiz ve sicilli rehin türü ihdas edilmiştir. Kanun incelendiğinde, bu amaca dönük birçok düzenlemenin bulunduğu görülmektedir. Özellikle taraflara (TİTRK.m.3) ve rehne konu olabilecek varlıklara (TİTRK.m.5) ilişkin düzenlemelerde bu amaç yoğun bir şekilde hissedilmektedir. Ancak, bu amaca ulaşılacak istenirken, başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere rehin hukukunda uzun yıllardır kabul görmüş temel ilkelerden uzaklaşmıştır. Özellikle, eklentiye ilişkin düzenleme, rehin hukukunda hâkim olan temel ilkeler ile örtüşmemektedir.

Öte yandan, mevcut düzenleme çerçevesinde Kanunun kapsamının tespiti oldukça güçtür. “*Ticari işlem*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususu bir yana, ticari işlemin Kanunun uygulama alanının tespitinde bir ölçüt olup olmadığı hususu dahi öğretide tartışmalıdır. Ayrıca, hukuk sistemimizde, aynı haklara ilişkin düzenlemelerde, her ne kadar eski değerini yitiriyor olsa da, taşınır eşya-taşınmaz eşya ayırımı esas alınmaktadır. Bu ayırımın yanında, “*taşınır varlık*” adı altında hukuk sistemimize yabancı yeni bir kategorinin yaratılması isabetli görünmemektedir.

Kanun, kullanılan dil açısından da alışılmış kanun yapma tekniğinden ayrılmaktadır. Kanunda, 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu ve 2011 tarihli Türk Ticaret Kanununda bilinçli bir şekilde yer verilmeyen “*menkul*”, “*aleniyet*” ve “*hisse senedi*” gibi kavramlara yer verilmiştir. Bu kavramlara, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu gibi temel kanunlarda yer verilmezken, bu Kanunda neden yer verildiği anlaşılamamaktadır.

Son olarak, yönetmelikler Anayasa m.124 uyarınca kanunların uygulanmasını sağlamak üzere çıkarılır. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa ilişkin çıkarılan yönetmeliklerde ise, Kanunda bulunmayan bazı düzenlemelere yer verilmiştir. Hatta, bu düzenlemelerin bazıları açıkça Kanuna aykırıdır. Böyle durumda, 1996 tarihli içtihadı birleştirme kararı uyarınca normlar hiyerarşisi ilkesinin bir yansıması olan “*kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözümlenmesi ilkesi*”ne göre hareket edilmeli ve uyumsuzluklar kanuna göre çözümlenmelidir. İdarenin düzenleyici işlemlerinin kanuna bağımlı olması ilkesi de bu yorum ve uygulamanın yapılmasını gerekli kılar¹⁴⁸.

hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmaktadır. Diğer bir ifadeyle kural, mülga Kanun döneminde işlenmiş ve anılan Kanun yürürlükte iken ceza davası açılmış suçlar hakkında önceki ve sonraki kanun hükümlerinden lehe olanın tespitine ve sonraki Kanun hükümlerinin lehe olması durumunda bunların uygulanmasına imkân vermemektedir. Bu durum suçta ve cezada kanunilik ilkesi kapsamında olan lehe kanunun uygulanması ilkesine aykırılık oluşturmaktadır..” (RG., 17.05.2019, S. 30777). Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararı isabetli olmuştur. Ancak hükmün iptal kararından önceki hâlinde var olan anlatım bozukluğu daha da belirgin bir hâle gelmiştir. Zira, iptalle birlikte hüküm “*Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte görülmekte olan takiplere uygulanmaz*” şeklini almıştır. Her ne kadar hükmün ilk hâlinde yer alan “*davanın görülmesi*” şeklindeki ifade Türkçe'nin dil yapısına uygun bir ifade ise de “*takibin görülmesi*” şeklindeki ifade Türkçe'nin dil yapısına uygun bir ifade değildir. Hükümde değişiklik yapılarak, “*Bu Kanun, yürürlüğe girdiği tarihte devam eden takiplere uygulanmaz*” şeklinde bir ifadeye yer verilmesi daha isabetli olacaktır.

148 İBBGK., 22.03.1996, E. 1993/5, K. 1996/1, “*Anayasa'da kanun çıkarma yetkisi yaşama organına verilmiştir. Yasama organı Anayasa çerçevesinde konu ile sınırlı olmaksızın kanun çıkarabilir. Bir başka deyimle kanun, Yasama organı tarafından yapılan bağımsız bir hukuksal düzenlemedir. Buna karşılık yönetmelik, kanunu açıklayan, kanunun*

Çalışmada, yeri geldikçe belirtildiği üzere, sorunların giderilebilmesi için Kanunda bazı değişikliklerin yapılması gerekmektedir. Yapılması gereken değişikliklere ilişkin olarak şunlar önerilebilir:

1. Kanunun amacının düzenlendiği TİTRK.m.1/1'de, *“bu rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi”* şeklinde bir ifadeye yer verilmiştir. Zaten, Kanundaki diğer düzenlemelerden, rehne konu taşınırların kapsamının oldukça geniş olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu ifade, bu yönüyle bir amacı yansıtmayıp malumun ilâmı niteliğindedir. Bu ifadeye ayrı bir amaç olarak yer vermek yerine, hiç yer verilmemesi ya da yer verilecekse de teslimsiz taşınır rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması amacına hizmet eden yöntem ya da usul olarak yer verilmesi daha isabetli olacaktır. Örneğin, hükümde, *“rehne konu taşınırların kapsamının genişletilmesi suretiyle teslimsiz rehin hakkının güvence olarak kullanımının yaygınlaştırılması”* şeklinde bir ifadeye yer verilmesi önerilebilir.
2. Rehinde taraflara ilişkin 3. maddenin a bendinde, rehin alacaklısına veya rehin verebileceklerle ilişkin açık bir belirleme yapılmamıştır. Her ne kadar, Kanunda yer alan hükümden, kredi kuruluşlarının rehin alacaklısı olduğu sonucuna varılabilse de bu hususun Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik yerine Kanunda açıkça düzenlenmesi daha isabetli olacaktır.
3. Kanunda, üçüncü kişilerin borçlu lehine rehin vermesine ilişkin olarak borçlu bakımından herhangi bir şart aranmamıştır. Bu durum, Kanunun tüketiciler gibi TİTRK.m.3'te sayılmayan kişiler için de finansmana erişimi kolaylaştırmasına yol açmaktadır. Oysa, Kanunun amacı, sadece ticari işlemlerde finansmana erişimi kolaylaştırmaktır. Kanundaki açıklıktan doğan bu imkân, kanunun asli amacı ile uyumlu değildir. Bu nedenle, TİTRK.m.5/9 hükmünün, *“Borçlu ve üçüncü kişi, üçüncü maddedeki kişilerden olmak kaydıyla, üçüncü kişiler, bu Kanun kapsamında borçlu lehine teslimsiz taşınır rehni kurabilir.”* şeklinde değiştirilmesi önerilebilir.
4. Rehin sözleşmesinin şekline ilişkin TİTRK.m.4'te, rehin sözleşmesinin elektronik ya da yazılı olarak düzenlenebileceği belirtilmiştir. Burada yer alan *“yazılı olarak”* ifadesi, bu haliyle eksiktir. Hükümün, *“Rehin sözleşmesi elektronik ya da fiziksel ortamda düzenlenir. Fiziksel ortamda düzenlenen sözleşme yazılı şekilde yapılır.”* şeklinde değiştirilmesi isabetli olarak önerilebilir.

uygulanmasını sağlayan ve kanunu tamamlayan bir idari tasarruftur. Yönetmelikle kanun arasında organik bağ mevcut olup, yönetmelik kanuna bağımlıdır. Bu sebeple öncelikle üstün norm olan kanunun, kanuna aykırı olmayan hallerde ise yönetmelik hükümlerinin uygulanması gerekir. Bir başka anlatımla: kanunla yönetmeliğin çatışması halinde üstün norm durumunda bulunan kanuna değer verilerek uyumsuzluğun çözülmesi zorunludur. Öğretide bazı hukukçular yönetmeliklerin kanuna aykırı olmasının adli yargıda incelenemeyeceği, bu gibi hallerde ilgili tarafa idari yargıya başvurarak yönetmeliğin iptalini sağlamak üzere önel verilmesi ve bunun bekletici sorun yapılması gerektiği konusunda görüş bildirmektedirler. Gerek Anayasada ve gerekse kanunlarımızda yönetmelikle kanunun çatışması halinde bunun bekletici sorun sayılması gerektiği hususunda bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, adli yargı içinde ceza ve hukuk ayrımı yapılarak sonuca varılması da isabetli değildir. Yorum yaparken yargı yolunu bir bütün olarak kabul zorunludur. Yargıtay'ın süregelen uygulamalarında ayırım yapılmaksızın yönetmeliğin kanuna aykırı olması halinde kanuna değer verilerek uyumsuzlukların çözülmesi ilkesi benimsenmiştir. Yönetmeliğin kanuna bağımlı olması açıklanan şekilde yorum ve uygulama yapılmasının gerektirmektedir...” (HukukTürk, E.T. 07.08.2018).

5. Rehin sözleşmesinde, rehin masraflarının kime ait olacağına ilişkin bir hükme yer verilmemesi hâlinde, masrafların kime ait olacağı hususunda bir belirsizlik bulunmaktadır. Sözleşmede hüküm bulunmaması hâlinde, Kanuna, tamamlayıcı bir hüküm olarak masrafların taraflarca eşit paylaşılacağına ilişkin bir hüküm konulması isabetli olacaktır.
6. İşletmenin bir bütün olarak rehne konu olması hâlinde, rehne dahil olan unsurlar hakkında Kanun ve Yönetmelik arasında çelişki bulunmaktadır. TİTRK.m.5/2 uyarınca, ticari işletme veya esnaf işletmesinin tamamı üzerinde rehin kurulması durumunda, rehlin kuruluşu anında işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan “*her türlü varlık*” rehnedilmiş sayılır. KuruluşYön.m.17/1’e göre ise, bu durumda işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan “*taşınır varlıklar*” rehnedilmiş sayılır. Yönetmelikte, rehne dahil olan unsurların, işletmenin faaliyetine tahsis edilmiş olan “*taşınır varlıklar*” ile sınırlandırıldığı görülmektedir. Yönetmelik ile kanunkoyucunun öngörmediği böyle bir sınırlamanın yapılması hukuka aykırı olduğundan ilgili yönetmelik hükmünün kaldırılması gereklidir.
7. Taşınır rehni sicili aleni olmasına rağmen (TİTRK.m.8/2), bir taşınırın rehinli olduğunu bilmeyen veya bilmesi gerekmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmuştur (TİTRK.m.8/2). Bu nedenle, yaşanacak hak kayıplarının önüne geçilebilmesi amacıyla, TİTRK.m.7/3’ün yürürlükte kaldırılması ve sicilin açıklığının TMK.m.1020/3 gibi bir hüküm getirilerek düzenlenmesi gerekmektedir. Belki, sicile güvenin korunacağı yönünde bir hüküm getirilerek sicilin açıklık fonksiyonu da güçlendirilebilir.
8. Boş dereceye ilerleme hakkına ilişkin olarak yapılan sözleşmenin geçerliliği, Sicile tescil edilmesine bağlanmıştır (TİTRK.10/2). Burada, söz konusu hakkın sicile yazılması için “*tescil*” teriminin kullanılması isabetli değildir. Zira, aynı haklar tescil, alacak hakları ise şerh edilir. Bu nedenle söz konusu hükümdeki “*tescil*” ifadesinin “*şerh*” olarak değiştirilmesi isabetli olacaktır.
9. TİTRK.m.18 gereğince, TMK.m.865-866; 867 ve 876’nın bünyesine uygun düştüğü ölçüde Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni için de uygulanması mümkündür. Bu durum karşısında, TİTRK.m.12 çerçevesinde taşınmaz rehinindeki bazı hakları, alacaklıya, madde metnine almak suretiyle tek tek tanımak yerine Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanacağına ilişkin bir atfa yer verilmesi gerektiği ifade edilmelidir.
10. TİTRK.m.15 hükmünden, borcunu ödeyen ve bunu belgeleyen borçluya, mahkeme kararı aranmaksızın, şekli anlam taşıyan rehin hakkının terkinini talep edebilme hakkının tanındığı anlaşılmaktadır. Ancak, bu hükme, borcun son bulduğunun mahkeme kararı ile ispatlanması şartını getiren Yönetmelik hükmü bulunmaktadır (SicilYön.m.29/4). Kanunda aranmayan böyle bir şartı getiren yönetmelik hükmünün kaldırılması gerekmektedir.
11. Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununda, kullanılan dil açısından yeknesaklığın sağlanması amacıyla değişiklikler yapılmalıdır. 2001 tarihli Türk Medeni Kanunu ve 2011 tarihli Türk Ticaret Kanununda bilinçli bir şekilde yer verilmeyen “*menkul*”, “*aleniyet*” ve “*hisse senedi*” gibi kavramlar, bu Kanundan çıkarılmalı ve yerlerine “*taşınır*”, “*açıklık*” ve “*pay senedi*”

kavramları kullanılmalıdır. Özellikle Kanunun isminde “*taşınır*” ifadesine yer verilirken, Kanun metninde “*menkul*” kavramının kullanılması (TİTRK.m.5/1-h) isabetli olmamıştır.

Ayrıca bazı ifadelerin yazımında, dil bilgisi kurallarına dikkat edilmelidir. Örneğin esnaf, “7/6/2005 tarihli ve 5362 sayılı *Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanununa göre faaliyet gösteren esnaf ve sanatkarı*” ifade eder şeklinde tanımlanmıştır (TİTRK.m.2/1-c). Ancak hükümde yer alan “*sanatkar*” kelimesi dil bilgisi açısından yanlış olduğu gibi, hükümde atıf yapılan Kanunun adında ve ilgili maddelerinde de bu halde yer almamakta, “*sanatkâr*” şeklinde yazılmaktadır. Aynı husus, TİTRK.m.12/2’de yer alan “*zilyed*” kelimesi için de geçerlidir.

Nihayet, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanununa ilişkin olarak çıkarılan ikincil mevzuat düzenlemeleri, yukarıda yeri geldikçe açıklanmaya çalışıldığı üzere Kanuna açıkça aykırı hükümler içermektedir. Bu hükümlerin, kaldırılması yaşanan bazı tartışmaları da ortadan kaldıracaktır. Öncelikle, Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelikte çok fazla Kanuna aykırı hükümler bulunduğundan bu Yönetmeliğin yürürlükten kaldırılması, hatta mümkünse tüm ikincil mevzuatın mevcut kanunla birlikte yürürlükten kaldırılarak yerine yeni, birbiri ile uyumlu kanun ve yönetmelik çıkarılması önerilmelidir.

KISALTMALAR

Anayasa	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
Art.	: Artikel
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
BankK	: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
DeğerYön. dn.	: Ticari İşlemlerde Taşınır Varlıkların Değer Tespiti Hakkında Yönetmelik : dipnot
E.T.	: Erişim Tarihi
E.	: Esas
EİK.	: 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu
EsnafK.	: 5362 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Meslek Kuruluşları Kanunu
FSEK.	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GVK.	: 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu
HKK.	: 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu
İBBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız

KOBİ	: Küçük ve Orta Büyüklükteki İşletmeler
KTK.	: 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
KuruluşYön.	: Ticari İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik
m.	: madde
N.	: Paragraf Numarası
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SicilYön.	: Rehinli Taşınır Sicili Yönetmeliği
SMK.	: 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu
TarımK.	: 5488 sayılı Tarım Kanunu
TBK.	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM.	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK.	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TİRK.	: 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Kanunu
TİTRK.	: 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu
TMK.	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TSHK.	: 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK.	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı

KAYNAKLAR**

Akipek Öcal, Şebnem, Taşınır Rehni Sözleşmeleri ve Sözleşmelerde Şekil, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2017, s. 81-92.

Akipek, Jale / **Akıntürk**, Turgut / **Ateş**, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2018.

Aksoy Dursun, Sanem, Eşya Kavramı, İstanbul 2012.

Antalya, Gökhan / **Acar**, Faruk, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni (6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Çerçevesinde İlk Tespitler), İstanbul 2017.

Arkan, Sabih, Ticarî İşletme Hukuku, Son Değişikliklere Göre Hazırlanmış ve Genişletilmiş 24. Bası, Ankara 2018.

Ayan, Mehmet, Eşya Hukuku, III, Sınırlı Aynî Haklar, Gözden Geçirilmiş 8. Baskı, Ankara 2017.

Baumann, Max, Sachenrecht, Zürich 2008.

Bozer, Ali / **Göle**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2017.

Bozkurt, Tamer, Ticarî İşletme Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2018.

** Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

- Cansel**, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Teslim Şarhı Menkul Rehni, C. I, Ankara 1967.
- Davran**, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- Dural**, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.
- Duran**, Arif, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Sözleşmesi Taraflarının Hak ve Yükümlülükleri, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, 2016, s. 103-118.
- Ergüne**, Mehmet Serkan, Hukukumuzda Taşınır Rehninin, Özellikle Teslime Bağlı Taşınır Rehninin Kuruluşu, İstanbul 2002.
- Göle**, Celal / **Aydoğan**, Gökhan, “Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu”nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33, S. 1, 2017, s. 5-51.
- Güleş**, Bedia / **Doğu**, Hakkı Mert, 6750 Sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Taşınır Rehni Sözleşmesinin Şekli, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, S. 147-148, 2016, s. 53-73.
- Gürsoy**, Kemal T. / **Eren**, Fikret / **Cansel**, Erol, Türk Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1984.
- Haffter**, Max, Das Fahrnispfandrecht und Andere Sachenrechtliche Sicherungsgeschäfte nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bern 1928.
- Helvacı**, İlhan, Türk Medenî Kanununa Göre Lex Commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasası, İstanbul 1997.
- HukukTürk Hukuk Veri Tabanı**, www.hukukturk.com (HukukTürk).
- Kendigelen**, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu – Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, Güncellenmiş 2. Basıdan 3. (Tıpkı) Bası, İstanbul 2016.
- Köprülü**, Bülent / **Kaneti**, Selim, Sınırlı Aynî Haklar, 2. Bası, İstanbul 1982–1983.
- Koroğlu Ölmez**, Belin, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Ticari İşletme Rehni, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 129, 2017, s. 261-286.
- Kuntalp**, Erden, Lex Commissoria Yasası Kavramı, Koşulları, Uygulama Alanı, İnan Kırça’ya Armağan, Ankara 1994, s. 151-163.
- Oftinger**, Karl / **Bär**, Rolf, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 3. Auflage, Zürich 1981.
- Oftinger**, Karl, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV. Band. Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Art. 884-918, 2. Auflage, Zürich 1952.
- Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, Gözden Geçirilmiş 21. Bası, İstanbul 2018.
- Öz**, Turgut, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 2, 2017, s. 151-186.
- Poroy**, Reha / **Yasaman**, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 16. Bası, İstanbul 2017.
- Serozan**, Rona, Taşınır Eşya Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2007.
- Şenocak**, Kemal / **Kahraman**, Zafer / **Tuncer Kazancı**, İdil / **Öcal Apaydın**, Bahar, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni, Ankara 2019.
- Şit İmamoğlu**, Başak, Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Ankara 2017.
- Tavukçuoğlu**, Eda Nur, 6750 Sayılı Kanun Uyarınca Ticari İşlemlerde Taşınır Rehnine Konu Olabilecek Varlıklar, İstanbul Barosu Dergisi, C. 92, S. 3, 2018, s. 111-130.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi, Menkul Mülkiyeti ve Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1994.
- Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük**, <http://sozluk.gov.tr/>.

Uyumaz, Alper, Medenî Kanun Dışındaki Kanunlarda Düzenlenmiş Taşınır Rehni Çeşitleri, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 4, 2017, s. 49-90 (Taşınır Rehni).

Uyumaz, Alper, Motorlu Taşıtlar Rehni, İstanbul 2012 (Taşıtlar).

Zobl, Dieter, Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, Systematischer Teil und Art. 884-887, ZGB, Bern 1982.

Zobl, Dieter, Berner Kommentar IV, Das Sachenrecht, Das Fahrnispfand, 2. Unterteilband, Art. 888-906, mit kurzem Überblick über das Versatzpfand 907-915, ZGB, Bern 1996.

Milletlerarası Hukukta Deniz Sınırlarının Yargı Kararıyla Belirlenmesi ve Üçüncü Devletlerin Durumu

The Judicial Settlement of Maritime Boundary Disputes in International Law and Third States

Rauf VERSAN* 

Öz

Denizlerin farklı hukuki statüye sahip alanlarında devletlerin rakip hak ve iddialar ileri sürmeleri, bu uyumsuzlukların milletlerarası mahkemeler önünde hani esaslara göre çözümlenebileceği sorunu önemle ortaya çıkarmıştır. Aşağıdaki makalede bu sorun milletlerarası mahkemelerdeki davalarda üçüncü devletlerin konumu bakımından ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Denizlerde yetki alanları, sınır uyumsuzlukları, üçüncü devletler.

Abstract

The diversity of maritime zones, each having its own régime under international law, has given rise to a situation where competing claims to jurisdiction have resulted in disputes between states. This article examines the judicial settlement of international boundary disputes with special emphasis on the legal position of third states.

Keywords: Maritime boundary delimitation, judicial settlement of disputes, third state interests.

Bu yazıyı kendimden daha genç bir meslektaş ve arkadaşımın anısı için kaleme almış olmak bana hüüzün veriyor.

Hakan Baykal ile 1980li yılların sonunda tanışmıştım. O yıllarda sınıf arkadaşım ve meslektaşım Doç. Dr. Aslan Gündüz'ün izinli olarak yurtdışına gidecek olması sebebiyle Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Devletler Hukuku derslerini vermek üzere davet almıştım. Bir yıl süre ile bu görevi memnuniyetle yerine getirdim ve bu zaman içerisinde Hakan ile – kendisi o sıralarda asistandı – beraber çalıştık.

Hem o süre içindeki beraberliğimizde hem de sonraki mesleki ve arkadaşlık ilişkilerimizde kendisinin Fakülte'deki meslektaşları ve öğrencileri tarafından ne kadar sevildiğine şahit oldum. Özellikle

* Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Devletler Hukuku Bölümü,
E-Mail: versanr@istanbul.edu.tr

öğrenciler nazarında en popüler Fakülte mensuplarından biri idi ve bu özelliğini de sonuna kadar devam ettirdi.

Son zamanlarında Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bir üniversitede çalışıyordu. Oradan benimle temas kuruyor, benim de orya zaman zaman gelmem için fırsat yaratmaya gayret ediyordu. Maalesef kendisiyle orada görüşebilmem mümkün olmadı.

Hakan, deniz hukukuna yakın bir ilgi duyuyor ve çalışmalarımı daha çok bu alana yoğunlaştırıyordu. "Deniz Hukuku Çalışmaları" başlıklı kitabı bunun bir sonucudur.

Ben de arkadaşımın anısı için benden istenilen yazının konusunu deniz hukuku ile ilgili olarak seçtim. Anısına tazimle takdim ediyorum.

1. Denizlerin hukukî rejimi en başından beri milletlerarası hukukun büyük önem atfettiği konulardan biri olmuştur. Bugün bu konunun öneminin daha da artmış olduğu rahatlıkla söylenebilir. Zira günümüzde her devlet için hayatî sayılabilecek birçok faaliyet, balıkçılık, enerji üretimi, tele-komünikasyon, savunma, muhaceret, çevre koruması gibi, denizlerde veya denizlerle ilintili olarak yapılmaktadır. Milletlerarası deniz hukukunun bu gelişmelere uzak kalmış olmasını söylemek mümkün değildir. Bir asırdan daha az bir zaman öncesine kadar deniz hukukunun kuralları-hiç olmazsa barış zamanında-ihtiyacı karşılayabiliyorlardı: açık ve kapalı denizler arasındaki geleneksel farklar ve rakip iddialar bir ölçüde giderilmiş, kıyı devletlerinin belirli bir mesafeye kadar denizde egemenliğe sahip oldukları, zararsız geçiş hakkı istisnasıyla, genel kabul görmüştü. Bu mesafenin dışı ise bir devletin egemenliğinde olmayıp bütün devletlerin kullanımına açık, milletlerarası rejime tâbi bir alan sayılıyordu.

Bu düalist sistem ve uygulama, devletlerin, zaman içerisinde ve teknolojinin de gelişimiyle, denizlerin potansiyelinin daha da çok farkına varmaları ve bu potansiyelden daha çok istifade etmek arzusuna kapılmaları sonucunda ihtiyaca cevap vermekte yetersiz kalmıştır. Zira uygulamada yeni deniz alanları oluşmuş ve devletler bu alanlarda yeni birtakım faaliyetlere girişebilme hususunda kendilerini yetkili görmüşlerdi. Bu durum devletler arasında hem yetki uyumsuzluklarının hem de buna bağlı olarak sınır uyumsuzluklarının ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Günümüzde deniz alanlarında yetki ve sınır uyumsuzluklarıyla ilgili olarak milletlerarası hukukun çoğunlukla andlaşmalardan kaynaklanan ve zengin içtihadla takviye edilen ayrıntılı hüküm ve düzenlemeleri mevcuttur.

2. Milletlerarası mahkemeler önünde devletlerin karşılıklı olarak egemenliğe veya egemenlik haklarına sahip bulduklarını iddia ettikleri deniz alanlarında sınırların belirlenmesi için açılan davalarda üçüncü devletlerin söz konusu alanlarla ilgili olarak hak ve taleplerini etkileyebilecek hususların ortaya çıkması mümkündür. Zira yargı (veya tahkim) süreci esas itibarıyla taraflar arasında başlayan ve biten bir ilişki silsilesi olmakla beraber bu süreç kendi içine kapalı, tecrit edilmiş bir biçimde işlemez; süreç, münazaalı deniz alanlarına mücavir bölgelerle ve bu

bölgelerdeki kıyıdaş diğer devletlerle ilgili, eğer varsa, mevcut düzenlemeleri ve buralarda ileride yapılması muhtemel düzenlemeleri de dikkate alır.¹

Devletler arasında deniz alanlarının tespitine ilişkin bir davada üçüncü bir devleti etkileyebilecek hususların ortaya çıkabilmesi çeşitli vesilelerle gerçekleşebilir. Bunlardan biri, davanın tarafı olan devletler arasında söz konusu üçüncü devlete hak bahşeden bir anlaşmanın yapılmış olmasıdır. Üçüncü devletin bu anlaşmanın kendisine tanıdığı haktan yararlanmayı kabul etmesi durumunda, bu durum, dava esnasında mahkeme tarafından dikkate alınıp değerlendirildiğinde, üçüncü devleti etkileyecek bir nitelik taşımış olur.

Bir diğer ihtimâl, taraflar arasındaki sınır uyuşmazlığının konusunu oluşturan deniz alanları üzerinde üçüncü bir devletin de hak iddiasında bulunuyor olmasıdır. Başka bir ihtimâl ise, üçüncü devletin bölgedeki mevcudiyetinin taraflar arasındaki davada, mahkemece, sınırlandırmaya coğrafi bakımdan etki yapabilecek bir durum olarak değerlendirilmesidir.

Yukarıdaki ihtimâllerden de anlaşılacağı üzere, deniz sınırlarının belirlenmesinde üçüncü devletlerin durumunun incelenmesi, öncelikle, bu devletlerin taraf olmadıkları davalarda ilgili mahkemelerin kararlarıyla nasıl etkilendikleri hususunun ele alınmasını, diğer yandan da, üçüncü devletlerin mevcudiyet ve menfaatlerinin uyuşmazlığın tarafı olan devletler arasındaki sınır tespitini hangi bakımlardan etkileyebildikleri hususunun incelenmesini gerekli kılmaktadır.

3. Deniz alanlarının sınırlandırılması uyuşmazlıklarının milletlerarası mahkemelere veya kurumsal veya geçici nitelikteki hakemlik mekanizmalarına çözüm amacıyla havale edilebilmesi mümkündür. Bunun gerçekleşmesi uyuşmazlığın tarafı olan devletlerin ilgili mahkemenin yetkisini o uyuşmazlık bakımından kabul etmiş olmaları şartına bağlıdır.² Bu, milletlerarası mahkemelerin çekişmeli yargıdaki yetkilerinin kaynağının bu yargıdan istifade etmek isteyen devletlerin ortak rızası olduğunu hükme bağlayan milletlerarası hukuk kurallarının bir ifadesidir. Bu kurallar, milletlerarası mahkeme kararlarının sadece somut uyuşmazlıkta ve bu uyuşmazlığa taraf olmuş olan devletler bakımından bağlayıcı olduğu ilkesinde de ifade bulur.³

Bu ilkenin milletlerarası mahkemeler önündeki deniz alanları sınır uyuşmazlıklarında uygulanmasının, mahkeme kararıyla tespit edilecek veya edilmiş olan sınırlar sebebiyle hak ve menfaatlerinin zarar gördüğünü veya görebileceğini iddia edebilecek üçüncü devletler bakımından bir güvence oluşturduğu ileri sürülebilir. İngiltere-Fransa Kıta Sahaneliği Sınırlandırılması Davasında Hakem Mahkemesi'nin belirttiği üzere:

1 cf. North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany v. Denmark and Federal Republic of Germany v. The Netherlands), ICJ Rep.1969, 4, parag.101 D3.

2 bkz. C.Tomuschat, International Courts and Tribunals, in Bernhardt (ed.), Encyclopedia of Public International Law [Instalment 1 (1981) p.92].

3 Milletlerarası Adalet Divanı Statüsü md.59; Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi Statüsü md.33; bkz. Case Concerning the Delimitation of the Continental Shelf (UK /France), United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol.18 (1977), 3,28.

“Bölgede iki ayrı kıta sahanlığı sınır tespitinin yapılması imkânı dikkate alındığında, her üç devletin de (İrlanda dahil) aynı kıta sahanlığına sınırdış olmaları durumunda kıta sahanlıklarının örtüşmesi ihtimâl dahilindedir. Böyle bir durumda ise nasıl bir karar verileceğini öngörmek Mahkeme’nin yetkisi dışındadır. Bu mesele, normal olarak ilgili Devletler arasında doğrudan müzakere ile çözüm yoluna sevk edilebilir.”⁴

Benzer yaklaşım Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi’nin Bangladeş ile Myanmar arasındaki deniz sınırını tespit davasında verdiği kararda da görülür⁵. Mahkeme bu kararında 200 milin ötesindeki deniz sınırını tespit etmeye yetkisinin bulunmadığını beyan etmiş, zira “bunu yaparsa üçüncü devletlerin hakları ile milletlerarası deniz yatağı bölgesine ilişkin hakları zarara uğratabileceğini” ifade ederek⁶ Statüsü uyarınca vereceği kararın sadece davanın tarafı devletleri bağlayacağını, kıta sahanlığı sınır tespit kararının üçüncü devletlerin haklarını etkileyemeyeceğini belirtmiştir.⁷

Deniz sınırlarının tespiti uyuşmazlıklarında üçüncü devletlerin hak ve menfaatlerinin korunmasında milletlerarası mahkeme kararlarının izafi, yani sadece davaya taraf devletler bakımından bağlayıcı özelliğe sahip bulunmaları üçüncü devletler için etkili bir hukukî güvence olarak değerlendirilebilir. Milletlerarası mahkemeler, önlerine gelen davalarda, üçüncü devletlerin durumlarına ilişkin konulara girmeme hususunda kendilerini serbest, hattâ yükümlülük altında görmeyi genellikle tercih etmişlerdir.

Milletlerarası mahkemelerin, kendilerine havale edilmiş bulunan deniz sınır uyuşmazlıklarında tarafların mahkemeye karşılıklı sundukları lâyihalarda belirttikleri talep ve vakıaları, özellikle coğrafi verileri daha geniş bir kapsamda ele alarak ve bu kapsamı üçüncü devletlerin de coğrafi durum ve sınır meselelerini içerecek şekilde değerlendirmeye başlamaları ile uygulamada yeni bir eğilimin doğmuş olduğundan söz edilebilir.

Bu eğilimin ilk örneklerinden birini Tunus-Libya Kıta Sahanlığı Davası oluşturur.⁸ Bu davada Milletlerarası Adalet Divanı, Birleşik Krallık-Fransa Kıta Sahanlığı Tahkiminde Mahkemenin tutumundan farklı olarak, değerlendirilmesi gereken ‘özel durumlar’ kapsamında bölgedeki diğer devletlerin mevcudiyet ve menfaatlerini ve bu devletler arasında yapılmış veya yapılması muhtemel sınır anlaşmalarını da dikkate almıştır.⁹ Divan bu tutumuna uygun olarak uyuşmazlık bölgesindeki sınırı tespit ederken sınır çizgisini kuzey – doğu hattında çizmiş, fakat bu hattın nihai noktasını bölgedeki diğer kıyıdaş devletlerin mevcut veya ilerideki haklarını etkilememek için kesinleştirmekten kaçınmıştır.¹⁰ Benzer durum daha bariz bir biçimde Libya-Malta

4 İbid. Parag.28.

5 Delimitation of the Maritime Boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), ITLOS Rep.2012, 4.

6 ibid. Myanmar’ın karşı lâyihası, 1.16.

7 ibid. S.367.

8 ICJ Rep.1982, 3.

9 ibid. parag.81.

10 ibid. parag. 130, 133; F.A. Ahnish, The International Law of Maritime Boundaries and the Practice of States in the Mediterranean Sea, 1993, s.322-324.

davasında da ortaya çıkmış, bu iki devletin üzerinde hak iddia ettikleri deniz alanları ile ilgili olarak İtalya davaya müdahale girişiminde bulununca Milletlerarası Adalet Divanı bu girişime ilişkin verdiği kararında¹¹ İtalya'nın davaya müdahale talebi olmasaydı dahi Divan'ın İtalya'nın ve Akdeniz'de kıyıdaş diğer devletlerin hukukî menfaatlerini dikkate alacağını ifade etmişti.¹² Divan daha da ileriye giderek, Libya-Malta davasında esasa ilişkin kararında "kararın coğrafi bakımdan İtalya'nın iddialarına hanel getirmeyecek bir kapsamda verilmesi gerektiğini" hükme bağlamıştır¹³. Divan bu kararıyla üçüncü devletlerin hukukî menfaatlerini dikkate almış olmakla kalmamış, fakat üçüncü bir devletin, yani İtalya'nın iddiaları karşısında kendi yargı yetkisini de görev ve yer itibarıyla sınırlamıştır.

4. Yukarıda değinilmiş olan mahkeme kararlarından da anlaşılacağı üzere, deniz sınırlarının yargı kararıyla belirlenmesinde üçüncü devletlerin durumu birbirinden ayrı, fakat bağımsız olmayan iki yaklaşıma göre incelenebilir.

Birincisinde, davanın görüldüğü mahkeme karar verme yetkisini üçüncü devletlerin diğer anlaşma veya mahkeme kararlarıyla kabul ettikleri, veya ileride edebilecekleri sınır tespitlerini etkilemeyecek bir kapsamda kullanmayı uygun görmüş veya tercih etmiştir. Bu, mahkemenin kendisine tanınmış olan görev itibarıyla yargı yetkisini nasıl kullanmak istediğini ilgilendiren bir meseledir ve takdiri mahkemeye aittir.

İkincisinde, davanın görüldüğü mahkeme uyuşmazlık konusunun maddî unsurunu oluşturan coğrafi verileri incelerken inceleme alanını genişletmiştir ve uyuşmazlık alanı dışındaki, fakat mücavir coğrafyadaki verileri de dikkate almıştır¹⁴. Bu, mahkemenin kendisine tanınmış olan yer itibarıyla yargı yetkisini hangi kapsamda kullanmak istediğini ilgilendiren bir meseledir ve takdiri yine mahkemeye aittir. Guinea-Guinea Bissau Tahkiminde Hakem Mahkemesinin tutumu bu yönde olmuştur. Mahkemeye göre:

"Her iki Guinea arasındaki sınırlandırmanın Batı Afrika Bölgesinde yapılmış olan veya gelecekte yapılması mantıken mümkün görünen sınırlandırmalarla hakkaniyete uygun bir biçimde bütünlük arz edebilmesi için...bu sınırlandırmaların Batı Afrika'nın kıyı hattı ile ne dereceye kadar uyumlu olduğunu ve bunlardan mevcut somut sınırlandırılmaya ilişkin ne gibi çıkarsamaların yapılabileceğini dikkate almak gerekir."¹⁵

Yargı kararı ile münazaalı deniz alanlarında sınırların tespiti, davanın tarafı devletler bakımından bu sınırların kesinlik kazanmış olması demektir. Tarafların aynı deniz alanları ile ilgili olarak birbirlerine karşı evvelce ileri sürmüş oldukları iddialar nihai yargı kararı ile hukuken sonuca ulaşmış ve devletlerin her birinin bu karara istinaden sınırın kendi tarafına isabet eden kısmında

11 21.3.1984 tarihli karar, ICJ Rep.1984, 3.

12 ibid. s.25-27, parag.41-43.

13 ICJ Rep.1985, parag.21.

14 bkz. 14.2.1985 tarihli karar, International Legal Materials Vol.25 (1986), 291, parag.93.

15 ibid. s.297, parag.109.

ne dereceye kadar egemenliğe veya egemenlik haklarına sahip olduğu mahkeme kararı ile teyid edilmiş olur.¹⁶

Ancak böyle bir kararın üçüncü devletler bakımından (*erga omnes*) tanınmasına yol açacak özelliğe sahip olabilmesi, üçüncü devletlerin söz konusu deniz alanı üzerinde hak iddiasında bulunmamış olmalarına bağlıdır. Aksi hâlde sınır tespit eden yargı kararı, söz konusu alanda hak iddiasında bulunan üçüncü devletler bakımından kesin hüküm (*res judicata*) özelliğini kaybeder. Zira, sonraki bir aşamada başka bir yargı kararıyla taraf devletlerden hiçbirinin söz konusu alanda hakka sahip olmadığı, veya sınırlı bir hakka sahip olduğunun hükme bağlanması mümkündür. Bu durum ise önceki mahkeme kararının hukukî etkisinin ortadan kalkmasına yol açar¹⁷.

Sınır uyuşmazlığını yargı kararıyla sona erdirip sınırı bu şekilde aralarında tespit etmiş olan devletlerin sınırın kendilerine isabet eden tarafında hak ve yetkilerini kullanmaya başlamaları, bu bölgelerde üçüncü devletlerin de hak iddia etmeleriyle sorunlu bir duruma yol açabilir. Böyle bir durumda üçüncü devletlerin haklarına sahip çıkabilmek için fiilî girişimlerde bulunmaları mümkündür. Böyle bir girişim üçüncü devletlerin sadece kendi haklarına sahip çıkabilmek amacıyla değil, fakat yargı kararıyla sınırlarını tespit ettirmiş olan devletlerin bu sınırlar içindeki deniz alanlarında bir hakka sahip olmadıklarını, veya daha sınırlı bir hakka sahip bulduklarını ispat amacıyla da yapılmış olabilir.

Münazaalı bir deniz alanında anlaşma veya yargı kararıyla sınırlar tespit edilmişse bu tespit birçok durumda bu bölgedeki müteakip başka tespit girişimlerini de etkileyecektir. Taraf devletler tespit aşamasında üçüncü devletlerin hak ve menfaatlerini ne kadar dikkate almış olurlarsa olsunlar, taraf devletler arasında yapılmış olan tespit, üçüncü devletlerin bu konuda sonraki muhtemel girişimleri ve hukukî yaklaşımları üzerinde bir etki yaratacaktır. Bunun örneklerini Milletlerarası Adalet Divanı ve Milletlerarası Deniz Hukuku Mahkemesi gibi kurumsal nitelikteki yargı organları önündeki davalarda verilmiş kararlar uyarınca yapılmış olan sınır tespitlerinde özellikle görebiliriz. Zira bu organlar önündeki davalarda verilen kararlar birçok durumda örnek kararlar olarak benzer diğer uyuşmazlıklarda da dikkate alınabilecek ve bu hususta içtihadın oluşmasına yol açabileceklerdir. Milletlerarası hukukun deniz alanlarının sınırlandırılmasıyla ilgili kurallarının milletlerarası mahkeme içtihatlarıyla ne kadar büyük ölçüde beslendiği dikkate alındığında, böyle bir içtihadın gelişmiş ve ortaya çıkmış olmasının önemi göz ardı edilemez.

16 bkz. In the Matter of Arbitration between Guyana and Suriname, United Nations Reports of International Arbitral Awards, Vol.30 (2007), 1, 451.

17 Sınır tespit eden mahkeme kararlarının 'karine' teşkil edebileceklerine dair, bkz. Territorial and Maritime Dispute between Nicaragua and Honduras in the Caribbean Sea (Nicaragua v.Honduras), ICJ Rep.2007, 659; Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (Cameroon v. Nigeria; Equatorial Guinea intervening), ICJ Rep.2002, 18.

Bazı Atipik Çalışma Modelleri Bakımından Kadınların Sosyal Güvenliği

Social Security of Women in Terms of Some Atypical Employment Models

Efe YAMAKOĞLU* 

Eda KARAÇÖP** 

Öz

Atipik çalışma, genel olarak düzensiz ve güvencesiz çalışma modellerini ifade etmektedir. Kadınların istihdama katılımının düşük olduğu istatistiksel verilerle de teyit edilen ülkemizde atipik çalışma modelleriyle iş görmelerine sıklıkla rastlanmaktadır. Kısmi süreli çalışma, ev hizmetlerinde çalışma, ücretsiz ev çalışmanı olarak kadın çalışanlar ile mevsimlik tarım işlerinde süreksiz çalışan kadınların sosyal sigortalılık haklarının belirlenmesi büyük önem arz etmektedir. Mevzuatta bu konuda farklı düzenlemelerin yer aldığı görülmekle beraber, kadınların söz konusu atipik çalışma modellerinde sosyal güvenlik haklarında eksiklik ve aksaklıkların olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda temel amacı kişilerin birtakım risklere karşı korunması olan Sosyal Güvenlik mevzuatının kadınların atipik çalışma modellerindeki çalışma ilişkisinde amacı sağlamakta yetersiz kaldığı belirlenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Atipik çalışma, Süreksiz çalışma, Ev hizmetleri, Ücretsiz aile çalışmanı, Kısmi süreli çalışma

Abstract

Atypical employment refers, in the general sense, to all irregular and unsecured employment models. In our country where participation of women in employment is poor as also confirmed by statistical data, employment of women through atypical employment models is very common. It is of great importance to determine the social security rights of women who work part-time, who provide housework services, who temporarily work in seasonal agricultural works, and who do unpaid family work. Even though our legislation stipulates different regulations in this respect, it may also be suggested that there are certain omissions and setbacks. In this context, our study analyses the scope of social security rights of women who do atypical works, and the problems in practice.

Keywords: Atypical employment, Transitory work, Housework services, Unpaid family worker, Part-time employment

* Dr.Öğr.Üyesi, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: efe.yamakoglu@yeniuyuzil.edu.tr.

** Araş.Gör.Dr., T.C. Dokuz Eylül Üniversitesi, İ.İ.B.F., Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı., E-Mail: eda.karacop@deu.edu.tr.

GİRİŞ

Atipik çalışma; düzenli, güvenceli, sürekli istihdamın dışında kalan tüm çalışma biçimlerini ifade etmektedir. Atipik çalışmalar işin yapıldığı yer, haftalık çalışma süresi, sözleşmenin süresi gibi hususlarda tipik çalışmadan ayrılmaktadır. Tam süreli çalışma yerine kısmi süreli çalışma, ücretli çalışma yerine ücretsiz çalışma, belirsiz süreli iş sözleşmesi yerine süreksiz işlerde yahut belirli süreli olarak çalışmak, bir ofiste yahut fabrikada çalışmak yerine işçinin kendi evinden çalışması, atipik çalışma modellerine örnek gösterilebilir³.

Ülkemizde toplumsal cinsiyetçi iş bölümünün bir sonucu olarak ailevi yüklerin birçoğunu üzerine alan kadınların istihdama katılımı da düşük kalmaktadır⁴. Ataeril toplumlarda kadınların emeklerini ev içinde ve dışında nasıl harcayacakları büyük ölçüde erkeklerin kararına bağlı kaldığı için kadınların çalışma yaşamında kalabilmesi de esas olarak ev ve bakım işlerini başka bir kadına devretmesine bağlı olmuştur⁵.

Kadınların istihdama katılımının sınırlı kalması yanında istihdama katılan ve özellikle eğitim düzeyi düşük kadınların daha çok düzensiz ve korumasız işlerde çalıştıkları belirtilmelidir. Kadınlar, tarımda sıklıkla yevmiyeli ya da ücretsiz aile çalışanı olurken sanayi ve hizmet sektöründe eve iş verme sistemi içinde çalışmaktadırlar. Bunun gibi, ev hizmetlerinde çalışanların da çok büyük çoğunluğu kadınlardan oluşmaktadır. Sosyal güvenlik sisteminde çoğunlukla sadece belirli bir prim ödeme gün sayısını dolduran sigortalılar yapılan yardımlardan yararlanabilmekte olup atipik çalışanlar düşük prim ödeme gün sayıları nedeniyle bu hususta dezavantajlı bir konumda bulunmaktadırlar. Ayrıca vasıfsız işlerde çalışmaya talip olan kadınların kayıt dışı olarak çalışmaya razı olmalarının, sosyal güvencesizliği de beraberinde getirdiği belirtilmelidir⁶. Bunun yanında ev ve iş hayatını dengelemek isteyen kadınların daha çok kısmi süreli çalışmaya yöneldikleri bilinmektedir⁷.

Çalışmamızda Türkiye’de istihdama katılabilen kadınların çoğunlukla yöneldikleri (yöneltildikleri) meslekler ve çalışma modelleri dikkate alınarak yapılan sistematik çerçevesinde sosyal güvenlik alanındaki hukuki düzenlemeler incelenmiştir.

I. MEVSİMLİK TARIM İŞLERİNDE SÜREKSİZ OLARAK ÇALIŞAN KADINLAR

A. Tarım İşleri, Tarım Sektörünün Özellikleri ve Süreksiz İş Kavramı

Tarımda çalışan işçilerin önemli bir kısmını kadınlar oluşturmaktadır. TÜİK verilerine göre tarım sektöründe toplam istihdam oranı %19,5, erkek istihdam oranı %15,5, kadın istihdam

3 Oğuz Karadeniz: “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2011/2, 84, s. 90.

4 <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=30707>, 08.08.2019.

5 Seyhan Erdoğan / Gülay Toksöz: “Kadınların Görünmeyen Emeğinin Yüzü: Türkiye’de Ev İşçileri”, *ILO, Çalışma Koşulları ve İstihdam Serisi*, No: 42, Ankara, 2013, s. 7.

6 Müjdat Şakar: “Kadının Sosyal Güvenliği Yok!”, *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, S: 27, 2012, s. 180.

7 Karadeniz, s. 84.

oranı ise %28,7'dir⁸. Tarım sektöründe çalışan kadınların büyük bir kısmı ücretsiz aile çalışanı olmaları ya da gelir azlığı nedenleriyle sosyal güvenlik kapsamı dışında kalmaktadırlar⁹. Tarımın genel istihdam içindeki payının giderek düşmesiyle birlikte kadın işsizliği de buna paralel artış göstermiştir. Kentlerde iş bulabilen kadınların da daha çok hizmetler sektöründe çalıştığı gözlemlenmektedir¹⁰.

Tarım işlerinin ne olduğu 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹¹ ("**İş Kanunu**") 111. maddesinde belirtilmektedir. Buna göre;

"tarım ve orman işlerinden sayılacak işlerin esasları şunlardır:

a) Her çeşit meyveli ve meyvesiz bitkiler; çay, pamuk, tütün, elyaflı bitkiler; turuncgiller; pirinç, baklagiller; ağaç, ağaççık, omca, tohum, fide, fidan; sebze ve tarla ürünleri; yem ve süt bitkilerinin yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı, araştırılması, bunlarla ilgili her türlü toprak işleri, ekim, dikim, aşı, budama, sulama, gübreleme, hasat, harman, devşirme, temizleme, hazırlama ve ayırma işleri, hastalık ve zararlılarla mücadele, toprak ıslahı, çayır, mera, toprak ve su korunması.

b) Ormanların korunması, planlanması (amenajman), yetiştirilmesi, işletilmesi, sınırlandırılması çalışmaları, bunlara ait alt yapı çalışmaları ile tohum toplama, fidanlık, ağaçlandırma, erozyon kontrolü, etüt proje ve rehabilitasyonu, ormancılık araştırma ile milli park, orman içi dinlenme yerleri ve kent ormanlarının kurulması, bakım ve geliştirilmesi.

c) Her türlü iş ve gelir hayvanlarının (arı, ipek böceği ve benzerleri dahil) yetiştirilmesi, üretimi, ıslahı ve bunlarla ilgili bakım, güdüm, terbiye, kırkım, sağım ve ürünlerinin elde edilmesi, toplanması, saklanması ile bu hayvanların hastalık ve asalaklarıyla mücadele.

d) 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kara ve su avcılığı ve üreticiliği ile bu yoldan elde edilen ürünlerin saklanması ve taşınması"¹².

İş Kanunu'nun uygulanması bakımından hangi işlerin sanayi, ticaret, tarım ve orman işlerinden sayılacağına ilişkin "*Sanayi, Ticaret, Tarım ve Orman İşlerinden Sayılan İşlere İlişkin Yönetmeliği*" de yayımlanmıştır¹³.

Yılın belirli zamanlarında yapılan kısa süreli tarımsal işlere mevsimlik tarım işi denilmektedir¹⁴. Mevsimlik tarım işlerinde işçiler, çoğu zaman araçlar vasıtasıyla iş bulabilmektedirler. Gelir

8 TÜİK Haber Bülteni. İstatistiklerle Kadın, 2017. S: 27594, 6.03.2018, <http://www.tuik.gov.tr/PreHaberBultenleri.do?id=27594>, 22.03.2019.

9 Şakar, Kadının Sosyal Güvenliği Yok!, ss. 180-181.

10 Bkz. TÜİK Haber Bülteni (2017).

11 RG., 10.06.2003, 25134.

12 T.C. Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının 506 sayılı Kanun dönemine ilişkin 1977 sayılı Genelgesi dikkate alındığında tarım işinin başlıca özelliklerinin ekim, dikim, yetiştirme, üretme ve bakım olduğunu söylemek mümkündür. A. Can Tuncay/ Ömer Ekmekçi: **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 345.

13 RG., 03.09.2008, 26986.

14 Bektaş Kar: "Mevsimlik İş", **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S:4, Aralık, 2006, ss. 69-86; https://www.mess.org.tr/media/files/6344_BGR1E5TGyw4.pdf, 09.08.2019.

ve eğitim seviyesi düşük olan tarımda süreksiz çalışan kadınların birçoğu sosyal güvenceden yoksun kayıt dışı çalışmaktadır. Keza 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda¹⁵ da kamu idarelerinde çalışanlar hariç olmak üzere¹⁶ tarımda süreksiz çalışanlar sigortalı sayılmamıştır (m. 6/f.1,1). Mevsimlik işlerdeki süreksiz iş kavramının İş Kanunu'nun 10. maddesinde tanımlandığı üzere nitelikleri bakımından en çok otuz işgünü süren işler olarak anlaşılması gerekir¹⁷. Öte yandan sosyal güvenlik mevzuatımızda tarımda süreksiz çalışan işçilerin istekleri halinde kendi primlerini ödemek suretiyle sigortalı sayılacağı öngörülmüştür. Aşağıda konuya ilişkin yasal esaslar incelenecektir.

B. Tarımda Süreksiz Çalışanların Talepte Bulunmaları Halinde Sigortalı Olabilmesi İmkani

Geçmişte tarım sektöründe çalışanların sosyal güvenliğini sağlamak amacıyla 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu¹⁸ yürürlükteydi. Söz konusu Kanunun (mülga) 2. maddesinde “süreksiz olarak tarım işlerinde hizmet akdiyle çalışanların istekte bulunmaları kaydıyla sigortalı sayılacağı” hükme bağlanmıştı. Öte yandan 5510 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği ilk halinde, tarımda süreksiz çalışanlara sigortalı olabileme olanağının tanındığı ayrık bir düzenleme Kanunda yer almamaktaydı. Böylece 2925 sayılı Kanun'un 2. maddesinin de mülga olmasıyla birlikte tarımda süreksiz çalışanlar tamamen sosyal sigorta sistemi dışına itilmişti (m. 6/f.1,1). Buna karşın 5510 sayılı Kanun, 2925 sayılı Tarım İşçileri Sosyal Sigortalar Kanunu'nun tüm maddelerini yürürlükten kaldırmamıştır. 5510 sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde 2925 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olanların bu kanun kapsamında sigortalılıkları devam etmekte olup Kanunun yürürlükteki maddeleri bu kişilere uygulanmaya devam olunmaktadır¹⁹. 2925 sayılı Kanun'a tabi işçilerin prim ödemeye esas gün sayıları Kanunun 32. maddesi uyarınca, her ay için 15, bir tam yıl için ise 180 gün olarak belirlenmiştir. Ayın geri kalan 15 günü için bu kişilerin isteğe bağlı sigortalı olabilecekleri belirtilmelidir²⁰.

5510 sayılı Kanunun yürürlüğünden önce 2925 sayılı Kanununun 2. maddesi kapsamında sigortalı olanlar ile 5510 sayılı Kanun döneminde ilk defa tarımda süreksiz çalışanlar arasında oluşan eşitsizlik 6111 sayılı Kanunla²¹ 5510 sayılı Kanun'a eklenen Ek 5. madde ile bir nebze

15 RG., 16.06.2006, 26200.

16 Kamu idarelerinin ne olduğu 5510 sayılı Kanun m.3'te belirtilmiştir. Buna göre kamu idareleri: “10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde belirtilen kamu idareleri ve kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı idare, ortaklık, müessese ve işletmeleri ve yukarıda belirtilenlerin ödenmiş sermayesinin % 50'sinden fazlasına sahip oldukları ortaklık ve işletmelerden Türk Ticaret Kanununa tabi olmayanlarla özel kanunlarına göre personel çalıştıran diğer kamu kurumlarını” ifade eder.

17 Müjdat Şakar: *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 97; Ali Güzel/ Ali Rıza Okur/Nurşen Çanıklıoğlu: *Sosyal Güvenlik Hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 115; Ali Nazım Sözer: *Türk Sosyal Sigortalar Hukuku*, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019, s. 116.

18 RG., 20.10.1983, 18197.

19 Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, ss. 97-98.

20 Bunun aksinin düşünülmesinin isteğe bağlı sigortalılığın var olma sebebine aykırı olacağı yönünde görüş için bkz. Sözer, s. 21; Şakar, *Sosyal Sigortalar Uygulaması*, s. 98.

21 RG. 25.02.2011, 27857.

giderilmiştir. Buna göre, Kanunun 4'üncü maddesi ile isteğe bağlı sigortalılık hükümleri ve 506 sayılı Kanunun geçici 20'nci maddesi kapsamında sigortalı olmayan, kendi sigortalılıklarından dolayı bu kanunlara göre gelir veya aylık almayan ve 18 yaşını doldurmuş olanlardan; tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, örneği Kurumca hazırlanan ve Kurumca belirlenen ilgili muhtarlık, birlik, kuruluş, il veya ilçe tarım müdürlükleri tarafından usulüne uygun olarak düzenlenip onaylanmış belgeleri ile talepte buldukları tarihten itibaren sigortalı sayılacaklardır (Ek 5. madde/f.1).

Tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. Bu kişiler hakkında kısa vadeli sigorta kolları bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli sigorta kolları yönünden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır (Ek 5. madde/f.4). Görüldüğü gibi, tarımda süreksiz olarak çalışanlar hastalık ve analık sigortası hükümleri kapsamı dışında bırakılmıştır. Bunun gibi, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan yararlanabilmeleri de genel kuraldan ayırık birtakım şartlara bağlanmıştır. Maddeye göre sigortalının iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması ve sigortalılığının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır (Ek 5. madde/f.5).

Prim oranları ise sigortalının kendisinin belirleyeceği günlük kazancının otuz katının %34,5'udur. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, % 12,5'i genel sağlık sigortası, % 2'si iş kazası ve meslek hastalıkları sigortası primidir (Ek 5. madde/f.6). 5510 sayılı Kanun'un geçici 29. maddesinde tarımda süreksiz çalışanların daha az prim ödeyeceği de öngörülmüştür. Ancak alınacak prim oranları Ek 5. maddenin yürürlüğe girdiği 2011 yılını takip eden her yıl bir puan artmaktadır. Buna göre 2011 yılı için 18 gün üzerinden prim ödenmekteyken 2019 yılı için her ay 26 gün üzerinden prim ödenmekte olup bu ödemeler ilgili ay için 30 gün prim ödenmiş gibi değerlendirilmektedir. Dolayısıyla Ek 5. maddeye tabi tarımda süreksiz çalışanlar 2023 yılına kadar diğer sigortalılardan daha düşük prim ödeyecektir. Prim ödeme miktarı 2023 yılında 30 günde sabitlenecektir.

II. EV HİZMETLERİNDE ÇALIŞAN KADINLAR

A. Temel Kavramlar ve İlgili Mevzuat

Türkiye'de çoğunlukla kadınların çalıştığı, vasıfsız niteliği ağır basan ev hizmetleri için mesleki sağlık ve güvenlik ile sosyal güvenlik konuları çözüme kavuşturulması gereken başlıklar olarak karşımıza çıkmaktadır²². Özellikle kente göçün yoğunlaştığı yerlerde birçok kadının gündelikçi

22 Fatma Fidan/ M. Çağlar Özdemir: "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C:2, S:1, 2011, s. 87; *Erdoğan/Toksöz*, s. 9; Seda Topgül: "Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınların Sosyal Güvenliği", *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, C: 21, S:1, 2016, s. 340.

yahut çocuk, yaşlı veya hasta bakıcısı olarak çalıştığı görülmektedir. Ayrıca bu işlerde kaçak bir şekilde yabancı uyruklu kadınların da çalıştığı bilinmektedir²³. Söz konusu nedenlerle kayıt dışı çalışmayı engellemek ve bu kişileri belirli risklere karşı korumak için yasal düzenlemelerin gözden geçirilmesi zarureti ortaya çıkmıştır²⁴.

Ev hizmetleri, evin gündelik işlerinin aile fertleri dışında kalan kişiler tarafından sağlanmasıdır. Bu kapsamda aile ferdini aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar olarak anlamak gerekir. Diğer bir ifadeyle üçüncü dereceye kadar olan (üçüncü derece dahil) akrabalar dışında kalan ve ev hizmetlerini görmek üzere çalıştırılanlar aynı evde yaşasın yahut yaşamasın ev hizmetlerinde çalışanlar olarak kabul edilerek sigortalı sayılacaktır²⁵.

“Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanun’un Ek 9’uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ”²⁶e (“**Tebliğ**”) göre, temizlik, çamaşır, ütü, alışveriş, yemek vb. gündelik işler ile çocuk, yaşlı ve özel bakıma ihtiyacı olanların bakımı²⁷ gibi işler ev hizmetleri olarak kabul edilmektedir (Tebliğ, 1.3). SGK uygulamasına göre çocuk, yaşlı veya özel bakım işinin ev hizmetinde çalışanın evinde ya da hastane, bakımevi gibi yerlerde yapılması da ev hizmeti sayılacaktır²⁸. Saydığımız bu işlerde ülkemizde geleneksel toplumsal cinsiyetçi iş bölümünün bir sonucu olarak çoğunlukla kadınların istihdam edildiği görülmektedir²⁹. Öte yandan yine ev hizmetlerinden sayılan bahçivanlık veya şoförlük gibi işlerde erkeklerin de sıklıkla çalıştığı belirtilmelidir³⁰.

23 *Erdoğan/Toksöz*, s. 11.

24 Kadir Arıcı: **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015, s. 227.

25 Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından Resmi Gazetede yayımlanan (RG., 01.04.2015, 29313), Ev Hizmetlerinde 5510 Sayılı Kanunun Ek 9 Uncu Maddesi Kapsamında Sigortalı Çalıştırılması Hakkında Tebliğ 2/2.

26 RG. 01.04.2015, 29313.

27 İş Kanununun 4. maddesinde Kanunun uygulanmayacağı işler ve iş ilişkilerine ilişkin olarak istisna düzenlemesine yer verilmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, “Aşağıda belirtilen işlerde ve iş ilişkilerinde bu Kanun hükümleri uygulanmaz; a) Deniz ve hava taşıma işlerinde, b) 50’den az işçi çalıştırılan (50 dahil) tarım ve orman işlerinin yapıldığı işyerlerinde veya işletmelerinde, c) Aile ekonomisi sınırları içinde kalan tarımla ilgili her çeşit yapı işleri, d) Bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde, e) **Ev hizmetlerinde**, f) (...) (1) çıraklar hakkında, (1) g) Sporcular hakkında, h) Rehabilite edilenler hakkında, ı) 507 sayılı Esnaf ve Sanatkarlar Kanununun 2 nci maddesinin tarifine uygun üç kişinin çalıştığı işyerlerinde.” Görüldüğü gibi, ilgili maddede ev hizmetlerinde çalışanlar İş Kanunu kapsamı dışında bırakılmıştır. Belirtilmelidir ki, iş hukuku alanında verilen bazı Yargıtay kararlarına bakıldığında bakım işleri ev hizmeti olarak nitelendirilmemekte ve bu işlerde çalışanlar İş Kanunu kapsamında işçi olarak değerlendirilmektedir. Yarg. 22. HD. 09.03.2015, E. 2013/35095, K. 2015/9308, www.legalbank.net, 09.08.2019; “...Buna karşın evde hastaya bakan hemşire ve çocuk eğitici İş Kanunu kapsamında değerlendirilmelidir”, Yarg. 9. HD. 13.06.2012, E. 2012/18405, K. 2012/22828, www.kazanci.com, 09.08.2019; Yarg. 9 HD., 11.02.2014, E.2013/16982, K.2014/3992, www.legalbank.net, 09.08.2019; Evde bakım işini görenlerin iş ilişkilerine hangi kanunun uygulama alanı bulacağı (İş Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu) sorunu bir yana sosyal sigortalar uygulamasında evde bakım hizmetini görenler Ek 9. madde kapsamında değerlendirilecektir. Sosyal güvenlik hukukuna ilişkin bir uyumsuzlukta bakım işinin ev hizmeti sayılacağı yönünde bkz. Yarg. HGK, 05.02.2014, E. 2013/10-228, K. 2014/65, www.kazanci.com, 09.08.2019.

28 Konuyla ilgili bkz. <http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/ana-sayfa/footerlink/sss-ev-hizmetlerinde-calisanlar>, 13.03.2019.

29 *Erdoğan/Toksöz*, s. 14; *Fidan/Özdemir*, ss. 81, 85; *Özgür Hakan Çavuş*: “Sosyal Koruma Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanlar”, **Legal İHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan**, Özel Sayı, 2016, s. 547.

30 Ev hizmetlerinin neler olduğu konusunda ayrıntılı değerlendirme için bkz. Ali Rıza Okur: “Ev Hizmetlerinde

Ülkemizde ev hizmetlerinde çalışanlar 4857 sayılı İş Kanunu ile 6331 sayılı İş sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun³¹ kapsamı dışında bırakılmıştır (İş K. m. 4/f.1,e ve İSGK m. 2/f.2,c). Belirtmek gerekir ki, söz konusu kanunların kapsamı dışında bırakılmaları bu kişilerin tamamen korunmasız olduğu anlamını taşımamaktadır. Bu kişiler hakkında Türk Borçlar Kanunu³² hükümleri uygulama alanı bulacaktır³³. Ev hizmetlerinde çalışanların sosyal güvenliği konusunda ise 5510 sayılı Kanunun ilgili hükümleri incelenmelidir.

B. Ev Hizmetlerinde Tam Sigortalı ve Kısmen Sigortalı Ayrımı

I. Genel Olarak

5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının c bendi kapsamında ev hizmetlerinde çalışanlar (Kanunun ek 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası kapsamında sigortalı olanlar ile ücretle aynı kişi yanında ay içinde 10 gün ve daha fazla süreyle çalışanlar hariç) sigortalı sayılmamaktadırlar. 5510 sayılı Kanunda 10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı Kanunla³⁴ yapılan değişiklik öncesinde ev hizmetlerinde sürekli-süreksiz çalışan ayrımı yapılması ve ay içinde kaç gün çalışanın tam sigortalı sayılacağı hususunun net olmaması kafa karışıklığına neden olmaktaydı³⁵. Yapılan değişikliklerle sürekli-süreksiz çalışan ayrımı ortadan kaldırılmış ve ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığı bakımından tam veya kısmi sigortalılık ölçütleri belirlenmiştir. Bu bağlamda ev hizmetlerinde çalışanların sigortalılığını tam sigortalı ve kısmen sigortalı olarak ikiye ayırmak gerekir. Aşağıda 5510 sayılı Kanun'un getirdiği ölçüt çerçevesinde açıklamalarda bulunulacaktır.

(İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, **Kamu-İş Dergisi**, C:7, S:3, 2004, ss. 9-11; Nurşen *Caniklioğlu/* Ercüment *Özkaraca*: “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Özel Sayı, Fevzi Şahlanan'a Armağan**, C: 74, 2016, ss. 1131-1136.

31 RG. 30.06.2012, 28339.

32 RG. 04.02.2011, 27836.

33 Nurşen *Caniklioğlu*: “6331 Sayılı Kanunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, **Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye, Toprak, Çimento ve Seramik İşverenleri Sendikası**, Antalya, 26-30 Eylül 2012, S. 34; Hamdi *Mollamahmutoglu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal*: **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası Turhan Kitapevi, Ankara, 2014, s. 1358; Gaye *Baycık*: “Çalışanların İş sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/3, s. 110; Erdem *Özdemir*: **İş sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 114.

34 RG., 11.09.2014,29116 (Mükerrer).

35 5510 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler öncesi ücretli ve sürekli çalışanlar tam sigortalı sayılmakta, süreksiz çalışanlar ise sigortalı sayılmamaktaydı. Yargıtay 10. HD. Bir kararında haftada iki gün çalışmış olan kişinin sürekli çalışmış olma şartını gerçekleştirmediği gerekçesiyle sosyal sigorta kapsamı dışında kaldığını belirtmesine karşın (Yarg. 10. HD. 27.10.2000, E. 6089, K. 6479, *Tuncay/Ekmekçi*, s. 297, dn. 41) Daha sonra verdiği başka bir kararında ise sürekli çalışma kavramı yönünden uygulamada, haftanın çoğu ev işlerinde geçirilmiş ve çalışma (örneğin haftanın 2-3 günü gibi) bir süre devam etmişse, bu çalışmanın sigortalı çalışma olarak değerlendirileceği ve süreklilik için çalışmanın belli bir yoğunluğa ulaşmasının gerekmediğine hükmetmiştir (Yarg. 10. HD. 05.11.2015, E. 2015/15879, K. 18735, *Caniklioğlu/Özkaraca*, s. 1131, dn. 10). Yarg. 21. HD ise süreklilik olgusunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için haftanın hiç olmazsa yarısından fazlasının düzenli olarak aynı işveren yanında geçmiş olması gerektiği belirtilmiştir. Yarg. 21. HD. 01.10.2013, E. 2012/10829, K. 2013/17754, *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, s. 109, dn. 141.; Aynı yönde bkz. Yarg. 21. HD. 22.04.2014, E. 2013/7776, K. 2014/8613, www.legalbank.net, 13.08.2019.

2. Ev Hizmetlerinde Ayda 10 Gün ve Daha Fazla Çalışanlar

6552 sayılı değişiklikle ev hizmetlerinde çalışan birinin hangi ölçüte göre tam sigortalı veya kısmen sigortalı sayılacağı hususu netleştirilmiştir³⁶. Buna göre, aynı kişi yanında ay içinde çalışma saati süresine göre hesaplanan çalışma gün sayısı 10 gün ve daha fazla olan kişiler³⁷ tam sigortalı olarak değerlendirilecektir (SSGSSK Ek 9. madde/f.1). Daha açık bir ifadeyle, ev hizmetlerinde ayda 10 gün ve daha fazla çalışanlar, 5510 sayılı Kanun kapsamında 4/I, a'lı, diğer bir ifadeyle tüm sigorta kolları bakımından sigortalı sayılmaktadır. Ayrıca, 4447 sayılı Kanun'a³⁸ göre bir hizmet akdine dayalı olarak çalışıldığı için işsizlik sigortası hükümleri de bu kişilere uygulanacaktır (m. 46/f.2).

10 günlük çalışma süresinin belirlenmesinde, günlük çalışma süresi 7,5 saat olarak hesap edilerek ay içinde çalışılan saatler toplanarak bunların gün karşılığı bulunacaktır. Bu şekilde yapılan hesap sonunda 7,5 saatten aşağı kalan ek bir süre çıkarsa bunlar da 1 gün olarak kabul edilecektir. Şüphesiz çalışılan süreler birbirini takip eden günler olabileceği gibi ayın farklı günleri de olabilir.

Ev hizmetlerinde ay içinde 10 gün ve daha fazla çalışanlar hakkında 5510 sayılı Kanun m. 4/I, a hükümleri uygulanmasına karşın, Ek 9. madde ile getirilen düzenlemeden işveren işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim ve hizmet belgesi, işten ayrılış bildirgesi düzenlenmesi gibi klasik usule göre bildirimlerin istenmediği anlaşılmaktadır³⁹. Öte yandan ev işçisi istihdam eden gerçek kişi işverenler çalıştırdıkları kişiyi en geç çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar ikamet ettikleri yere en yakın Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri ile Sosyal Güvenlik Merkezlerine⁴⁰ bildirirler (SSGSSK Ek 9. madde/f.1; Tebliğ m. 3.2)⁴¹. Ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile çalışanların bildirimini “*Ev Hizmetlerinde 10 Gün ve Daha Fazla Çalıştırılacaklara İlişkin Bildirge*” ile yapılır⁴². Bildirgedeki işe giriş tarihi sigortalılık başlangıç tarihi olarak kabul edilir (Tebliğ, 3.2). Bu kişiler için birden fazla kişi Kuruma bildirimde bulunduğu halde sigortalılığın başlangıcı bu belgeler üzerinde belirtilen en eski tarih esas alınarak belirlenecektir⁴³. Çalışma gün sayısı ayda 10 günden fazla ancak 30 günden az olan sigortalının geri kalan süre için

36 6552 sayılı Kanununun 58. maddesi ile 5510 sayılı Kanuna ilave edilen “Ek Madde 9”ün yürürlük tarihi 6552 sayılı Kanununun 145. maddesi uyarınca, 01.04.2015 olarak belirlenmiştir.

37 Bizim de katıldığımız üzere, Ek 9. maddede açıkça belirtilmemiş olsa da ayda on gün ve daha fazla çalışmanın aynı işveren yanında geçirilmesi gerektiği yönünde isabetli değerlendirme için bkz. *Caniklioğlu/Özkaraca*, s. 1137.

38 RG., 08.09.1999, 23810.

39 *Şakar*, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 106; Eda *Manav*: “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, *TBB Dergisi*, S:120, 2015, s. 524.

40 Yasada ünite olarak ifade edilen ile kast edilenin Tebliğ 1.3'te Sosyal Güvenlik İl Müdürlükleri ile Sosyal Güvenlik Merkezleri olduğu ifade edilmektedir.

41 Süresinde yapılmayan bildirim için 1 aylık asgari ücret tutarında idari para cezası uygulanacaktır (5510 sayılı Kanun m. 102/1-a).

42 Bildirgenin yasal sürede verilip verilmediği, adi posta, kargo veya Kuruma doğrudan verilmesi halinde Kurumun gelen evrak kayıtlarına intikal tarihi; taahhütlü, iadeli taahhütlü, acele posta servisi, PTT Kargo, PTT Alo Post ile verilmesi halinde postaya veya kargoya verildiği tarih Kuruma intikal tarihi olarak kabul edilir. Bkz. <http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/ana-sayfa/footerlink/ev-hizmetlerinde-calisanlar-sigorta>, 13.03.2019; Bu yönde tek bir bildirgenin düzenlenmesinin isabetli olduğu ve işlem kolaylığı sağladığı yönündeki görüş için bkz. *Çavuş*, s. 562.

43 *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, s. 135; *Arıcı*, s. 228.

isteğe bağlı sigortalı olması halinde, primi ödenen süreler zorunlu sigortalılığa ilişkin prim ödeme gün sayısına otuz günü geçmemek üzere eklenir ve eklenen bu süreler, 4'üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık süresi olarak kabul edilir (SSGSSK m. 51/f.3)⁴⁴. Ayrıca bir veya birden fazla kişi yanında ayda 10 günden fazla çalışanlar ayın geri kalan günlerinde başka kişi veya kişiler yanında ayda 10 günden az çalışıyor da olabilir. Bu gibi durumlarda ayda 10 günden fazla çalıştığı (işveren veya işverenler) yanındaki çalışmalar bakımından 4/I, a'lı sayılacak olan kişi diğer çalışmalarını için aşağıda inceleneceği üzere Ek 9. maddenin 2. fıkrası kapsamında sigortalı olabilecektir (Tebliğ, 3.4.1 ve 5.1).

Nihayet şunu da ifade edelim ki, ev hizmetinde birini istihdam etmek yerine bu hizmetin özel istihdam bürosundan da temin edilmesi mümkündür. Zira 6715 sayılı Kanun⁴⁵ ile İş Kanunu'nda yapılan değişiklikle ev hizmetinde çalıştırılacak işçinin mesleki geçici iş ilişkisi kapsamında özel istihdam bürolarından süre sınırı olmaksızın temin edilebilmesi mümkün hale gelmiştir (İş K. m. 7/f. 2, c). Böyle bir durumda ev hizmetlerinde çalışan kişinin işvereni artık özel istihdam bürosu olup geçici iş ilişkisi kurulan işveren, bu Kanunda belirtilen yükümlülüklerinden dolayı işveren ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu olacaktır (SSGSSK m. 12/f.2). Burada dikkat edilmesi gereken husus özel istihdam bürosu aracılığıyla kurulan geçici iş ilişkisinin ancak özel istihdam bürosu ile bir "işveren" arasında kurulabilecek olmasıdır.

3. Ev Hizmetlerinde Ayda 10 Günden Az Çalışanlar

Ev hizmetlerinde süreksiz olarak çalışanlar geçmişte zorunlu sigorta kapsamında bırakılmıştı⁴⁶. Bunun nedeni de çalışılan yerin ev olması ve bu kişileri çalıştıran kişilerin klasik anlamda bir işveren olmayıp aile bireylerinin birtakım formalitelerle uğraşmak zorunda bırakılmaması düşüncesidir⁴⁷. 6552 sayılı Kanun'un 55. maddesi ile yapılan değişiklikten sonra ev hizmetlerinde ayda 10 günden az süreyle çalışanların kısmen sigortalı sayılacağı açıklığa kavuşturulmuş olup bu kişilerin yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında zorunlu olarak sigortalı sayılacağı hükme bağlanmıştır. Bu kişilerin iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamına alınması son derece isabetlidir. Zira ev hizmetlerinde iş kazasına uğranılması ihtimali oldukça yüksektir. Bilindiği üzere güvenlik kültürü zayıf olan ülkemizde yüksek katlı binalarda sarkarak camları temizleyen yahut plastik bir sandalyenin üzerinde dolap üstlerinin tozunu almaya çalışan kadınlar oldukça tanıdık manzaralardır. Bu kişiler için gerekli önlemler alınmazsa yüksekte düşme, elektrik çarpması gibi kazalar meydana gelebilmektedir. Bunun gibi, ev hizmetlerinde

44 Çalışmaları on günden fazla olanlar, kısmi sigortalı grubunda değerlendirilip, ay içindeki 30 günden eksik günleri için %32,5 oranında prim ödeyerek kalan süreleri de sigortalılık süresinden saydırabileceklerdir, Yusuf Alper: **Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ağustos, 2015, s. 106.

45 RG., 20.05.2016, 29717.

46 506 sayılı Kanun m. 3/I-D; 5510 sayılı Kanun m. 6/I-c.

47 Okur, s. 2; Tuncay/Ekmekçi, s. 316; Arzu Arslan Ertürk: "5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9uncu Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı", **LEGAL İHSGHD**, C:12, S:46, 2015, s. 90.

çalışanlar, yaptıkları iş nedeniyle bel ve sırt ağrısı, eklem ağrıları, cilt ve deri sorunlarına kadar farklı nitelikte sağlık sorunları da yaşamaktadırlar⁴⁸.

Ek 9. maddenin 3. fıkrasında ve ilgili hükmün uygulama esaslarını gösteren Tebliğde ev hizmetinde ayda 10 günden az süreyle birini çalıştıranlar işveren sayılmayıp “çalıştıran” olarak nitelendirilmiştir (Tebliğ 1.3). Bu kişiler işveren sayılmadığı için iş kazası ve meslek hastalığına ilişkin bir olayda işveren ve üçüncü kişilerin rücu sorumluluğunun düzenlendiği 5510 sayılı Kanunu m. 21/f.1 hükmü de bu kişilere uygulanmayacaktır⁴⁹. Sigortalının iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan yararlanabilmesi için iş kazasının olduğu tarihten en az on gün önce tescil edilmiş olması⁵⁰ ve sigortalılığının sona ermemiş olması, bu Kanuna göre iş kazası veya meslek hastalığından dolayı geçici iş göremezlik ödeneği ödenmesi veya sürekli iş göremezlik geliri ya da malullük, yaşlılık ve ölüm sigortalarından aylık bağlanabilmesi için prim ve prime ilişkin her türlü borçlarının ödenmiş olması şarttır (SSGSSK Ek 9. madde/f.3). Bu durumda ev hizmetlerinde ayda 10 günden az çalışan kişi, 10 gün öncesinde tescil yapılırsa bile prim borcunun bulunması durumunda iş kazasına uğrarsa iş kazası sonucu sağlanan yardımlardan yararlanamaz. Düzenlemenin ayda 10 günden daha az çalışanlar bakımından dezavantajlı olduğu, fiili olarak ayda 10 günden fazla çalışanların da çalışma sürelerinin işverenleri tarafından 10 günden az çalışılıyormuş gibi bildirilmeleri ve kayıt dışına itilmeleri gibi muvazaalı bazı işlemlerin ortaya çıkmasına neden olabileceği doktrinde ileri sürülmüştür⁵¹. Kanımızca da ev hizmetlerinde ayda 10 günden az süreyle çalışan kişilerin iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanan yardımlardan yararlanması konusunda birtakım koşulların yerine getirilmesini aramak yerine genel kuralın uygulanması daha doğru olurdu.

Çalıştıranlardan işyeri bildirgesi, sigortalı işe giriş bildirgesi, aylık prim ve hizmet belgesi, işten ayrılış bildirgesi düzenlenmesi de istenmemektedir⁵². Ancak bu kişiler “Ev Hizmetlerinde 10 Günden Az Çalıştırılacaklara İlişkin Form” ile çalışmanın geçtiği ayın sonuna kadar ilgili Sosyal Güvenlik İl Müdürlüğü veya Sosyal Güvenlik Merkezine bildirilmelidir. Söz konusu bildirim internet üzerinden yapılması da mümkündür (Tebliğ, 4.2.1)⁵³. Ayda 10 günden az çalıştırmanın takip eden aylarda da devam etmesi ve bu durumun formda belirtilmesi halinde her ay için ayrıca bildirim yapılması istenmeyecektir. Önemle belirtelim ki, ev hizmetlerinde ayda 10 günden az süre ile yabancı uyruklu sigortalı çalıştırılmayacaktır. Bu şekilde çalıştırıldığı tespit edilen yabancı uyruklular hakkında ev hizmetlerinde 10 gün ve daha fazla süre ile sigortalı çalıştıran işverenlere ilişkin hükümler uygulanacak ve ay içinde çalışma gün sayısı 30 gün olarak alınacaktır⁵⁴ (Tebliğ 5.2).

48 Fidan/Özdemir, s. 87; Topgül, ss. 340-341.

49 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 136; Şakar, Sosyal Sigortalar Uygulaması, s. 107; Arıcı, s. 229; Caniklioğlu/Özkaraca, s. 1152; Çavuş, s. 567.

50 Bu durumda örnek olarak sigortası bulunmayan çalışanın iş kazasına uğraması durumunda on gün içinde işe girmiş gibi işlem yapılmasının kaçınılmaz olacağı hakkında görüş için bkz. Çavuş, s. 568.

51 Manav, ss. 532-533; Çavuş, s. 568.

52 Tuncay/Ekmekçi, s. 342.

53 Bkz. <https://www.turkiye.gov.tr/sosyal-guvenlik-ve-sigorta-hizmetleri>, 12.03.2019.

54 Yabancı uyruklu kişilerin kısmi süreli olarak çalıştırılmasının Tebliğ ile yasaklanmasının isabetsiz olduğu yönünde

Çalıştıranlar, ev hizmetlerinde çalıştırdıkları süreyle orantılı olarak prime esas günlük kazanç alt sınırının %2'si oranında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası primi öderler. Bu bakımdan bu kişilere ne kadar ücret ödendiğinin ya da prime esas kazançlarının bir önemi bulunmamaktadır⁵⁵. Örneğin 2019 Mayıs ayı için ayda 4 gün çalışan kişinin prim hesabı şu şekilde olacaktır: Çalışma gün sayısı (4 gün) x ilgili dönem için prime esas kazanç alt sınır (85,28 TL) x Prim oranı (%2) = 6,82 TL prim ödenecektir.

Ev hizmetinde ayda 10 günden az çalışanlar isteğe bağlı olarak uzun vadeli sigorta kolları (MYÖ) ve genel sağlık sigortası (GSS) kapsamına da girebilirler. Bunun için adlarına ödenen primin ait olduğu ayı takip eden ayın sonuna kadar aynı kazancın otuz katının %32,5 oranında prim öderler. Bunun %20'si malullük, yaşlılık ve ölüm sigortaları, %12,5'i genel sağlık sigortası primidir⁵⁶. Ödenen bu primler de 4/I, a bendi kapsamında sigortalılık sayılacaktır. İlgili dönem için ödenmeyen primin ödenme hakkı düşmektedir (SSGSSK Ek 9. madde/f.2). Görüldüğü gibi, ev hizmetlerinde ayda 10 günden az çalışanlar, kısa vadeli sigorta kollarından analık ve hastalık sigortası hükümleri kapsamı dışında kalmaktadır.

Belirtelim ki, Türk Borçlar Kanunu'nda işçinin işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşaması halinde ve sosyal sigortalar yardımlarından yararlanmaması durumunda işverenin işçiye karşı hastalık ve analık halinde bazı yükümlülükleri olduğu hükme bağlanmıştır. Türk Borçlar Kanunu'nun 418. maddesine göre işçi, işverenle birlikte ev düzeni içinde yaşıyorsa işveren, yeterli gıda ve uygun bir barınak sağlamakla yükümlüdür. İşçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörmeye edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere ikişer gün artırılır. İşveren, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlüdür.

Ev düzeni ile kast edilenin ne olduğu mevzuatta tanımlanmamakla beraber düzenleme, ev düzeni içerisinde yaşamayı kast ettiğinden bir gece bile olsa evde yatılı kalan veyahut ev sahası içerisinde yer alan müstemilatta kalan çalışanların kapsam içerisinde değerlendirilmesi gerektiği evin işyeri olarak kabulü neticesinde kanaatimizce uygun olacaktır. Yine ilgili düzenlemenin on günden az çalışan ve ev düzeni içerisinde yaşayanların iş kazası niteliği dışında kalan kaza, hastalık veya doğum hallerinin birinin varlığında uygulama alanı bulacağı belirtilmelidir. Buna karşın gündelikçi olarak çeşitli evlerde işgörenler bakımından ilgili düzenleme uygulama alanı

bkz. Arslan Ertürk, s. 119; Çavuş, s. 577; Burcu Savaş Kutsal: "Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C:1, Özel Sayı, 2016, s. 662; Tebliğ hükmünün uygulama ve Kanunun Bakanlığa verdiği takdir hakkı ile uyumlu olduğu yönünde bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 136, dn. 233.

55 Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 135.

56 Doktrinde bir görüşe göre, düzenlemede yer alan %32,5 oranı yerine isteğe bağlı sigortalılıkta olduğu gibi %32 oranının esas alınması gerekir. Zira bu şekilde hem %0,5 daha fazla prim alınmakta hem prime esas kazanç miktarına sınırlama getirilmekte ve ayrıca süresinde ödenmeyen primin ödenme hakkı düşmektedir. Tüm bu düzenlemeler sigortalı aleyhinedir, Güzel/Okur/Caniklioğlu, s. 135.

bulamayacaktır. Bu kişilere kendi talepleri ile MYÖ ve GSS hükümleri kapsamına girme imkanı tanınmışken analık ve hastalık riskine karşı korunmasız bırakılmaları isabetsizdir⁵⁷.

Sonuç olarak, 6552 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra ev hizmetlerinde çalışanlardan tamamen sigortalılık kapsamı dışında bırakılan kimse kalmamıştır⁵⁸. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun m. 6/f.1, c'de yani – sigortalı sayılmayanlar – kenar başlığında hala ev hizmetlerinde çalışanlardan bahsedilmesi kafa karışıklığı yaratmaktadır. Ev hizmetlerinde ayda 10 günden az çalışan kişilerin – bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar – (SSGSSK m. 5) başlığı altında belirtilmesi sistematik olarak doğru olacaktır.

III. ÜCRETSİZ AİLE ÇALIŞANI KADINLAR

A. Ücretsiz Aile Çalışanı Kavramı

Atipik çalışma modellerinden bir diğeri de ücretsiz aile çalışmasıdır. Ücret, her ne kadar İş Kanunu'nun 8. maddesinde iş sözleşmesi tanımında iş sözleşmesinin esaslı unsuru olarak yer almakta ise de, Yargıtay kararlarında, hizmete dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceği ifade edilmektedir⁵⁹. İstihdam şekli bakımından atipik bir çalışma modeli olan ücretsiz aile çalışması Kanunda tanımlanmamakla beraber, ILO'nun raporlarında ücretsiz aile çalışanın “*aileye ait işletme/işyerinde herhangi bir ücret almaksızın çalışan aile üyesi*” ni ifade ettiği⁶⁰ ve bu kişilerin eş, anne, baba ve çocuk gibi akrabalar olabileceği belirtilmektedir⁶¹. Ücretsiz aile çalışanı olan kadınların özellikle tarım sektöründe çalıştıkları TÜİK verileriyle ortaya konmaktadır⁶². Tarım sektörü dışında kadınların ücretsiz aile çalışanı olarak çalışmaları ücretsiz yapılan ev işlerinde ve çocuk bakımında ortaya çıkabilir. Ücretsiz aile çalışanı olarak çalışan kadınlar, fiziksel ve psikolojik riskler yanında iş kazası ve meslek hastalığı riskleri ile de karşı karşıya kalmaktadırlar.

57 Arslan Ertürk, s. 101.

58 Sözer, s. 108; Caniklioğlu/Özkaraca, s. 1136.

59 Yarg. 9. HD., 15.05.2019, 2018/5134 E., 2019/4306 K., “..Gerek (mülga) 506 Sayılı Kanun'un 78/2. maddesinde, gerek ise 5510 Sayılı Kanununun 82/2. maddesinde günlük kazanç sınırları düzenlenirken ‘ücretsiz çalışan sigortalıların günlük kazançları alt sınır üzerinden hesaplanır’ hükmüne yer verilmiştir. Bu düzenlemenin gerekçesinde, maddenin, ücretsiz çalışanların prim kesintilerinin belirlenmesi amacıyla kaleme alınmış olduğu belirtilmektedir. 506 Sayılı Kanunda ve 5510 Sayılı Kanunda hizmet akdine dayalı çalışmanın ücretsiz de olabileceğinden söz edilmesinin nedenine gelince, 506 Sayılı Kanun'un ve 5510 Sayılı Kanun'un sistematığı dikkate alındığında, yasa koyucunun, Sosyal Sigortalar Kanunu bakımından ücreti hizmet akdinin zorunlu bir unsuru olarak öngörmediği, bu anlamda, 506 Sayılı Kanunda ve 5510 Sayılı Kanunda anılan hizmet akdinin, Borçlar Kanununda tanımlanan şekliyle hizmet akdine göre özellikler gösteren bir (hizmet) sözleşme biçiminde olduğu söylenebilir. Konu doktrinde de ele alınmış ve ücret almadan yapılan çalışmaların da sigorta kapsamına alınması gerektiği genel olarak kabul görmüştür...” www.kazanci.com, 23.09.2019.

60 https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/%40ed_emp/%40emp_elm/%40trends/documents/publication/wcms_123835.pdf, 22.09.2019.

61 TÜİK ücretsiz aile çalışanı ile kastedilenin “aynı hanehalkı içinde yaşayan bir akraba tarafından işletilen piyasa odaklı işyerinde kendi hesabına çalışılan işi yapan çalışanlar” olduğunu ifade etmektedir, <https://biruni.tuik.gov.tr/DIESS/SiniflamaSurumDetayAction.do?surumId=178&turId=6&turAdi=11.%20D1%C4%9Fer%20S%C4%B1nC4%B1flamalar,23.09.2019>.

62 <https://www.dogrulukpayi.com/bulten/2018-de-kadin-istatistikleri>, 23.09.2019.

B. Ücretsiz Aile Çalışanı Kadınların Sosyal Sigortalılığı

5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinin a bendinde işverenin ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı düzenlenmektedir. Bu bakımdan ücretsiz aile çalışanı olarak eşinin yanında iş gören kadının⁶³ iş görmesinden kaynaklı mevcut risklerin varlığına rağmen ücret almaması gerekçesiyle ifa yardımcısı gibi algılanarak sigorta kapsamı dışında bırakıldığını söylemek mümkündür. İlgili hükmün gerekçesini Türk Medeni Kanunu'nun⁶⁴ 185. maddesinin oluşturduğu doktrinde ifade edilmektedir⁶⁵. Zira ilgili maddenin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, "Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar." Ücretsiz aile çalışanı kadının sigorta kapsamı dışında bırakılması, işveren olan eşinin yanında çalışması durumunda söz konusu olmaktadır.

Burada dikkat edilmesi gereken husus aile çalışanı olarak işverenin işyerinde çalışan eşinin usulüne uygun tutulmuş kayıt ve belgeler çerçevesinde gerçek anlamda ücret aldığı tespit halinde eşin sigortalı sayılacağıdır. Diğer taraftan Kurum denetim elemanları tarafından yapılan incelemeler sonucunda sahte sigortalılık ilişkisinin tespit edilmesi durumunda her ne kadar eş ücret alıyor olsa da sigortalılığının iptal edilmesi gündeme gelebilecektir⁶⁶.

Bir başka sigortalılık istinasını bakıma muhtaç engelliye bakan aile ferdi oluşturmaktadır. Zira 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu'nun⁶⁷ Ek 7. maddesi uyarınca Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından başlatılan uygulama ile ilgili hüküm kapsamında evde bakım işlerini üstlenen kadının destek alması söz konusu olmaktadır. Düzenleme ile her ne ad altında olursa olsun her türlü gelirler toplamı esas alınmak suretiyle, hane içinde kişi başına düşen ortalama aylık gelir tutarı, asgarî ücretin aylık net tutarının 2/3'ünden daha az olan bakıma ihtiyacı olan engellilere, resmî veya özel bakım merkezlerinde bakım hizmeti ya da sosyal yardım yapılmak suretiyle evde bakımına destek verilmesi sağlanmaktadır. Bu yönüyle evde bakıma muhtaç engelliye bakan kadın, belirli bir oranda yardım almaktayken⁶⁸ 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olamamaktadır. Yine bakıma muhtaç engelliye bakım Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu tarafından sağlınırsa, bu durumda bakım için yapılan anlaşma karşılığı çalışan kişi sigortalı sayılacaktır⁶⁹.

63 Hükmün uygulanabilmesi için kadın ile işveren olan kişinin Medeni Kanun çerçevesinde resmi evlilik bağı kurmuş olmaları gerekmektedir, *Tuncay/Ekmekçi*, s. 347; *Alper*, s. 117; *Sözer* ise ücretsiz çalışan eş tabirinden Medeni Kanun kapsamında Aile Hukukunda öngörülen eşler arasındaki yardım yükümlülüğü çerçevesinde eşine yardım eden kadının kastedilmekte olduğunu belirtmektedir. Aksi halde, nikahlı eş ile nikahsız eş arasında sigortalı olma bakımından bir çelişkinin doğacağını ifade etmektedir, A.g.e, s. 104.

64 RG., 08.12.2001, 24607.

65 *Tuncay/Ekmekçi*, s. 347; *Alper*, s. 117.

66 *Karadeniz*, s. 104.

67 RG., 27.05.1983, 18059.

68 2019 Temmuz ayı itibarıyla 1383 TL'dir.

<https://ailevecalisma.gov.tr/eyhgm/mevzuat/ulusal-mevzuat/yonetmelikler/engelli-bireylere-yonelik-ozel-bakim-merkezleri-yonetmeligi/>

69 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. *Karadeniz*, ss. 112-113.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki evde hısımlar arasında yapılan çalışma da sigortalılık dışında bırakılmıştır. Zira 5510 sayılı Kanununun 6/1-b hükmüne göre, “*aynı konutta birlikte yaşayan ve üçüncü derece dahil bu dereceye kadar hısımlar arasında ve aralarına dışardan başka kimse katılmaksızın, yaşadıkları konut içinde yapılan işlerde çalışanlar*” Kanun kapsamında sigortalı sayılmamaktadırlar⁷⁰. Bu durumda eş dışarıda değil de yaşanan mesken içerisinde yürütülmekte olan bir işte çalışıyorsa 5510 sayılı Kanun’un 6/1-a hükmü değil bu hükmün uygulanması söz konusu olacaktır. Kadının bu kapsamda ücretli çalışması söz konusu olsa bile ilgili hüküm çerçevesinde sigortalı olması mümkün olamayacaktır. Buna göre iş gören kadın diğer çalışanlarla aynı konutta birlikte yaşıyorsa, diğer çalışanlarla arasında üçüncü dereceye⁷¹ kadar bir hısımlık ilişkisi mevcutsa, dışarıdan bir başkasının bu çalışmaya dahil olmaması ve işin yaşanan konutta yapılması şartları da varsa ücret olsa bile sigortalılık kapsamı dışında kalacaktır. Bu noktada 4857 sayılı Kanun’un 4. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde belirtilen düzenlemeye de değinmekte yarar vardır. Zira ilgili düzenleme uyarınca, bir ailenin üyeleri ve 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dahil) hısımları arasında dışardan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarının yapıldığı işlerde söz konusu olan iş ilişkilerine İş Kanunu hükümleri uygulanmayacaktır. 5510 sayılı Kanun’daki düzenleme ise aynı konutta birlikte yaşayanlar bakımından yaşanan konut içerisinde yapılan işlerde çalışanları kapsam dışında bırakmaktadır. O halde 5510 sayılı Kanun’un uygulaması dikkate alındığında aynı konutta yaşayan 3. dereceye kadar (3. derece dahil) hısımlığı bulunanlar arasında yaşanan konutta yapılan her türlü işte çalışanlar kapsam dışı bırakılmıştır⁷².

IV. KISMİ SÜRELİ ÇALIŞAN KADINLAR

A. Kısmi Süreli Çalışma ve Mevzuat

4857 sayılı İş Kanunu’nun 63. maddesinde genel bakımından çalışma süresinin haftada en çok 45 saat olacağı belirtilmektedir. Yine Kanununun 13. maddesinde esnek çalışma modellerinden olan kısmi süreli çalışmaya ilişkin düzenlemeye yer verilmekte ve haftalık çalışma süresinin tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşmenin kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabul edileceği ifade edilmektedir. “*Önemli ölçüde daha az belirlenme*” olarak ifade edilenin ne olduğu ise İş Kanunu’na İlişkin Çalışma Süreleri

70 Hükmün düzenlenme gerekçesinin aile içinde aile bireyleri arasında işçi-işveren ilişkisinin sosyolojik olarak kabul görmemesi olduğu doktrinde belirtilmektedir. *Sözer*, s. 104.

71 Medeni Kanun’da hısımlık ilişkisi kan hısımlığı ile evlilik ile doğan kayın hısımlığını ifade etmektedir. Üçüncü derece hısımlık kapsamına ise Medeni Kanun uyarınca, kişinin çocukları, kardeşleri, ana-babası torunları, büyük ana-büyük babası yeğenleri, torun çocukları, amca, hala, dayı ve teyzeleri girer (m. 17-18).

72 *Alper*, s. 118; *Güzel/Okur/Caniklioğlu*, s. 140; *Aricı*, s. 252. Bir başka görüş ise ilgili düzenlemenin İş Kanunu’nun 4. maddesinin 1-b bendi ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini ve bu çerçevede aynı konutta yaşayan 3. dereceye kadar hısımlar arasındaki yaşanan konutta sadece el sanatlarının yapıldığı işlerde çalışanların 5510 sayılı Kanun’un 6/1-b bendi kapsamında sigortalı sayılmamaları gerektiğini savunmaktadır. Kenan *Tunçomağ*: **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, 5. Bası, İstanbul, 1990, s. 130. Okur’a göre ise “*yapılan iş eğer, konut kavramı ile bağdaşıyorsa, evde yapılması olağan işlerdense istisna kapsamına girecek, iş konut kavramıyla bağdaşmıyorsa, eve işyeri niteliği kazandıracak yoğunluğa ulaşıyorsa, makine veya alet el ve beyin gücüne baskın ise, artık bu tür işleri kapsam içi saymak ve bu işlerde çalışanları (hısımlık ve birlikte yaşam koşulları taşısalar da) sigortalı saymak gerekecektir.*”, *Okur*, s. 354.

Yönetmeliği'nin⁷³ 6. maddesinde açıklanmakta, kısmi süreli çalışma ile tam süreli çalışmanın 3'te 2'si oranına kadar yapılan çalışmanın kast edildiği belirtilmektedir. O halde haftalık 45 saat çalışılan bir işyerinde haftalık 30 saate kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma olacaktır⁷⁴.

Kısmi süreli çalışma haftanın belirli günlerinde tam gün, haftanın her günü belirli süre, haftada bir veya birkaç gün belirli süre olarak kararlaştırılabilir. İşçinin farklı işyerlerinde/işverenlerle kısmi süreli çalışması da mümkündür. Ancak farklı işyerleri/işverenler yanındaki çalışmada işçinin çalışma sürelerinin toplamının haftada 45 saati aşmayacak şekilde düzenlenmesi zorunludur⁷⁵.

İş Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmesinin (çağrı üzerine çalışma hariç) yapılması bakımından bir şekil şartı öngörülmemiştir⁷⁶. Ancak bu durum, sosyal güvenlik mevzuatı ile bir uyumsuzluğa neden olmaktadır. Zira 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi ve İşveren Uygulama Tebliği'nin ilgili hükmü⁷⁷ uyarınca kısmi süreli iş sözleşmelerinin yazılı yapılması, eksik prim bildirimiminin söz konusu olmaması için bir zorunluluktur.

I. Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş

İş Kanunu'nun kısmi süreli çalışmaya yer veren 13. maddesine 2016 tarihli 6663 sayılı Kanun ile 5. fıkra eklenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, *"Kanununun 74. maddesinde öngörülen izinlerin bitiminden sonra mecburi ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden ay başına kadar bu maddeye göre ebeveynlerden biri kısmi süreli çalışma talebinde bulunabilir. Bu talep işveren tarafından karşılanır ve geçerli fesih nedeni sayılmaz. Bu fıkra kapsamında kısmi süreli çalışmaya başlayan işçi, aynı çocuk için bir daha bu haktan faydalanmamak üzere tam zamanlı çalışmaya dönebilir. Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu haktan faydalanmak veya tam zamanlı çalışmaya geri dönmek isteyen işçi işverene bunu en az bir ay önce yazılı olarak bildirir. Ebeveynlerden birinin çalışmaması hâlinde, çalışan eş kısmi süreli çalışma talebinde bulunamaz. Üç yaşını doldurmamış bir çocuğu eşiyile birlikte veya münferiden evlat edinenler de çocuğun fiilen teslim edildiği tarihten itibaren bu haktan faydalanır."*

73 RG. 06.04.2004, 25425.

74 Öner Eyrenci, **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul, 1989, s. 23.

75 Kısmi süreli çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nuri Çelik / Nurşen Caniklioğlu / Talat Canbolat: **İş Hukuku Dersleri**. 31. Bası, İstanbul, 2018, s. 190 vd.; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 443 vd.; Ercan Güven/Ufuk Aydın: **Bireysel İş Hukuku**. 5. Baskı, Eskişehir, 2017, 66-68; Öner Eyrenci / Savaş Taşkent / Devrim Ulucan: **Bireysel İş Hukuku**. 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 83 vd.; Ercan Akyiğit: **İş Hukuku**. 12 Basım, Ankara, 2018, s. 155 vd.

76 Fransız İş Kanununda kısmi süreli iş sözleşmesinin yazılı yapılma zorunluluğunun bulunduğu düzenlenmektedir. Bu bakımından yazılılık koşulu geçerlilik koşulu olarak Kanunda öngörülmüştür. (C. trav. art. L. 3123-6).

77 RG., 01.09.2012, 28398, 2.1.2.6-a/7 uyarınca "...İşyerlerinde kısmi zamanlı (part-time) olarak çalışan sigortalılar için düzenlenmiş olan yazılı sözleşmenin noterden tasdikli olması zorunlu değildir. Kısmi süreli çalışmalara ait iş sözleşmesi noterden onaysız ve yasal süresi dışında verilmiş ise, verildiği ay ve sonrası için hüküm ifade edecektir. Kısmi iş sözleşmesinin, Yönetmeliğin 10 numaralı ekinde yayınlanan 'Eksik Gün Bildirim Formu' ekinde ve aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi gereken yasal süre içinde Kuruma verilmiş olması kaydıyla, söz konusu form ve sözleşme işverenlerden, sözleşme süresi boyunca, her ay tekrar istenilmeyecektir...".

4857 sayılı Kanun'un 74. maddesine dayanan kısmi süreli çalışmanın Kanunda ebeveynlerin her ikisi için de öngörülmüş olduğu ilgili hükümde ifade edilmektedir. Ancak ataerkil toplum yapısına sahip ülkemiz gerçekleri dikkate alındığında çocuk bakımının çoğunlukla kadınlar tarafından yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkının da yine çoğunlukla kadınlar tarafından kullanılacağını söylemek bu sosyolojik gerçek karşısında yanlış olmaz. Kanun, bu kapsamda kadın işçinin analık izninin bitiminden itibaren kısmi süreli çalışma talebinde bulunabileceğini ve bu talebin işveren tarafından kabul edilmesinin zorunlu olacağını düzenlemektedir. Analık izinlerini üç başlıkta toplamak mümkündür. Bunlardan ilki doğumdan önce sekiz ve doğum sonrasında 8 hafta olmak üzere 4857 sayılı Kanunun 74. maddesinde öngörülen 16 haftalık izindir. Çoğul gebelik halinde, bu süreye iki hafta daha eklenecektir. Doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde ise, doğum sonrası kullanılmayan söz konusu süreler baba tarafından kullanılabilir. Yine evlat edinme söz konusu ise, çocuğun tesliminden itibaren sekiz haftalık analık izni Kanunda yer almaktadır. Bu izin de üç yaşını doldurmamış çocuğun evlat edinilmesinde söz konusu olup, evlat edinen eşlerden birine veyahut evlat edinene tanınmış bir analık iznidir. İkincisi 16 haftalık analık izninin bitiminden itibaren kadın işçiye verilecek ya da 3 yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen kadın ya da erkek işçiye istemesi koşuluyla verilecek olan birinci doğum için 60, ikinci doğum için 120 ya da üçüncü doğum için 180 gün süreli haftalık çalışma süresinin yarısı kadar olan ücretsiz izinlerdir. Son olarak, kadın işçiye analık izninin bitiminden itibaren talep etmesi durumunda işverenin vermek zorunda olduğu altı aya kadar ki ücretsiz izin söz konusudur. Kadın işçi düzenleme ile belirtilen izinlerinin bitiminden itibaren çocuğun ilköğretim çağının başladığı tarihi takip eden aybaşına kadar kısmi süreli çalışma yapma talebinde bulunabilecektir⁷⁸. Kadın işçi söz konusu hakkını kullanıp kullanmamakta serbest olup kullanmak istediği takdirde işverenin bunu reddetmesi mümkün değildir⁷⁹.

2. Yarım Çalışma Hakkı

Kanun doğum yapan kadın işçi bakımından 6663 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki değişikliklere paralel olarak 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda da değişiklik yapılmış ve Ek 5. madde Kanuna eklenmiştir. İlgili düzenleme uyarınca, *"işçiye, 4857 sayılı Kanunun 74 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca haftalık çalışma süresinin yarısı kadar verilen ücretsiz izin süresince doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneği ödenir. Ödenek süresi, 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadardır. Yarım çalışma ödeneği, çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay*

78 Bu konuda yapılacak talebe ilişkin ayrıntı için bkz. "Analık İzni veya Ücretsiz İzin Sonrası Yapılacak Kısmi Süreli Çalışmalar Hakkında Yönetmelik" m. 8. RG. 08.11.2016, 29882.

79 İşverenin 4857 sayılı Kanun'un 13. maddesi 5. fıkrası kapsamında söz konusu olan kısmi süreli çalışmayı kabul zorunluluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yasemin Taşdemir: **Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği**. On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2019, 189 vd.; Senem Değer Ermumcu.: "Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma Ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2008; Yasemin Taşdemir: "Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bakış", **Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C. 5, S. 11, 2018, s. 209.

içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır. Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir.”

Söz konusu yarım çalışma kısmi süreli çalışmanın bir türü olmayıp ondan tamamen farklıdır⁸⁰. Zira kısmi çalışma, tanımı İş Kanunu’nda yapılmış olan, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumundaki çalışmayı ifade etmektedir. Oysa yarım çalışma, bir ücretsiz izin türü olup doğum akabinde analık izninin bitmesiyle birlikte çocuk hayattaysa veya 3 yaşını doldurmamış bir çocuk evlat edinilmişse söz konusu olan ve 60, 120 ve 180 gün olmak üzere doğum sayısına göre belirlenmiş işçinin talebiyle haftalık çalışma süresinin yarısı kadar⁸¹ verilen ücretsiz izni ifade etmektedir. Çalışmanın yarım çalışma niteliğinde olması iş sözleşmesi bakımından da bir değişikliğe neden olmamaktadır⁸².

Doğum sonrasında yarım çalışma hakkına sahip olan ve bu haktan yararlanmak üzere talepte bulunan işçiler 4447 sayılı Kanun’un Ek 5/1 uyarınca şartları taşımak koşuluyla⁸³ yarım çalışma ödeneğinden yararlanabilirler. Yarım çalışma ödeneği “*çalışılan aya ait aylık prim ve hizmet belgesinin ilişkin olduğu aydan sonraki ikinci ay içinde Fondan aylık olarak ödenir. Doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma ödeneğinin günlük miktarı, günlük asgari ücretin brüt tutarı kadardır*”. Yine ilgili hükmün devamında yangın, sel, deprem gibi mücbir sebepler dışında başvuruda gecikmesi halinde gecikilen sürenin, yarım çalışma ödeneği almaya hak kazanılan toplam süreden düşüleceği ve ödemenin buna göre yapılacağı ifade edilmektedir. Yarım çalışma ödeneğinin ödenmesine işçinin yarım çalışma yapabileceği süresinin dolması ya da çocuğun ölmesi gibi sebeplerle iznin kendiliğinden sona ermesi hallerinde son verilebilecektir⁸⁴.

80 Yarım çalışma izninin benzer kurumlara ilişkisi için bkz. Barış Duman: “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum Ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, Ocak 2019, ss. 196 – 199; Taşdemir, Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği, s. 251 vd.

81 Doktrinde haftalık çalışma süresi ile kast edilenin Kanundaki haftalık çalışma süresi olmayıp, işyerindeki haftalık çalışma süresi olduğu belirtilmektedir. Münir *Ekonomi*: “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, *Legal İHSGHD.*, C. 14, S. 53, 2017, s. 34.

82 Ermumcu, s. 2013; Aslı *Çalışkan: İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018 s. 67; Saim Ocak: “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle İşçilerin Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, *İş ve Hayat Dergisi*, Y. 3, S. 5, Haziran 2017 s.93.

83 4447 Ek Madde 5/I uyarınca, “*Bu madde hükümlerinden yararlanılabilmesi için işçinin adına doğum veya evlat edinme tarihinden önceki son üç yılda en az 600 gün işsizlik sigortası primi bildirilmiş olması, 4857 sayılı Kanununun 63 üncü maddesinde belirtilen haftalık çalışma süresinin yarısı kadar fiilen çalışılması ve doğum ve evlat edinme sonrası analık hâli izninin bittiği tarihten itibaren 30 gün içinde Kuruma doğum ve evlat edinme sonrası yarım çalışma belgesi ile başvuruda bulunulması gerekir.*”

84 Talat *Canbolat /Sema Deniz Özkan*: “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, *İş ve Hayat Dergisi*, C. 3, S. 6, 2017, s. 124.

B. Kısmi Süreli Çalışan Kadınların Sigortalılığı

Kısmi süreli iş sözleşmesine dayalı çalışan kadın veya yarım çalışmadan yararlanan kadın çalışan 5510 sayılı Kanun kapsamında sigortalı olmaktadır. Ancak kısmi süreli çalışanlar için 5510 sayılı Kanunda özel bir düzenleme yer almaktadır. Kısmi süreli çalışanın prim ödeme gün sayısı Kanun'un 80. maddesinin 1. fıkrasının (h) ve (ı) bentleri uyarınca hesaplanacaktır. Buna göre kısmi süreli çalışanın ay içindeki prim ödeme gün sayısı, ay içindeki toplam çalışma saati süresinin 4857 sayılı İş Kanununa göre belirlenen haftalık çalışma süresine göre hesaplanan günlük çalışma saatine bölünmesi suretiyle bulunur⁸⁵. Bu şekildeki hesaplamada gün kesirleri bir gün kabul edilir. İşveren ve sigortalı arasında çağrı üzerine çalışmaya dayalı yazılı iş sözleşmesinde taraflar arasında çalışma süresi gün, hafta ve ay olarak belirlenmemiş ise, sigortalının ay içindeki prim ödeme gün sayısı haftalık çalışma süresi en az yirmi saat karşılaştırılmış sayılarak hesaplanır.

O halde prim ödemesine esas gün sayısı bulunurken önce bir ay içinde çalışılan saatler toplanacak ve toplam haftalık çalışma süresi kapsamında günlük çalışma süresi olarak belirlenen 7,5'e bölünecektir. Matrah ise bir ayda elde edilen kazancın hesaplanan gün sayısına bölünmesiyle bulunacaktır.

5510 sayılı Kanun, İş Kanunu kapsamında kısmi süreli çalışan ve çağrı üzerine çalışanlar için genel sağlık sigortası bakımından aylık yirmi gün ve daha az çalışanlar için sadece genel sağlık sigortası primlerinin otuz güne tamamlanması zorunluluğunu öngörmekteydi⁸⁶. Zira 5510 sayılı Kanun'un Geçici 12'nci maddesinde 01.01.2012 tarihinden itibaren bu zorunluluğunun söz konusu olduğu belirtilmekteydi. Bu husus 5510 sayılı Kanun'un 88. maddesinin 4. fıkrasında, "4857 sayılı Kanununun 13 üncü ve 14 üncü maddelerine göre kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışanlar⁸⁷, ay içerisinde günün bazı saatlerinde çalışıp, çalıştığı saat karşılığında ücret alanlar ile bu Kanununun ek 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına tabi olanlardan ay içerisinde yirmi gün ve daha az çalışanlar için eksik günlerine ait genel sağlık sigortası primlerinin otuz güne tamamlanması zorunludur. Bu durumda olan sigortalıların eksik günlerine ilişkin genel sağlık sigortası primleri, 60 ıncı maddenin birinci fıkrasının (c) bendinin (1) numaralı alt bendi veya (g) bendi kapsamında ödenir." şeklinde ifade edilmekteydi⁸⁸. Ancak daha sonra 6745 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun'un hem 3. maddesinin 5. fıkrasında hem de 88. maddenin 4. fıkrasında değişiklik yapılmıştır. Değişiklikle birlikte değişikliğin yürürlüğe girdiği 01.10.2016 tarihinden itibaren,

85 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Şakar, s. 129.

86 İlgili düzenleme ile amaçlanın sağlık bakımından ortaya çıkan açığın giderilmesi olduğu doktrinde ifade edilmiştir. Ali Nazım Sözer: "Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları", **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku, Komisyonu Bülteni**, 4/2000, ss.69-90.

87 Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamında kısmi süreli veyahut çağrı üzerine çalışanlar genel sağlık sigortası bakımından primlerini 30 güne tamamlama zorunluluğuna tabi değildirler. Ali Nazım Sözer: "Düşük Gelirle Çalışanların Sigortalılığı: Almanya ve Türkiye Örneğinde Bir Değerlendirme", **LEGAL İHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan**, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 529.

88 İlgili düzenleme tam süreli çalışanlar ile kısmi süreli çalışanlar arasında farklı bir uygulamayı doğurması nedeniyle doktrinde eleştirilmekteydi. Zira 5510 sayılı Kanun'un 67. maddesinin 1-a bendi uyarınca, tam süreli çalışanların sağlık hizmetlerinden ve diğer haklardan yararlanabilmeleri için sağlık hizmeti sunucusuna başvurduğu tarihten önceki son bir yıl içinde toplam 30 gün genel sağlık sigortası prim ödeme gün sayısının olması şarttı bulunmaktadı. Sözer, agm., s. 526.

kısmi süreli çalışan ve çalışması 30 günden az süren işçilerin sigortalının bakmakla yükümlü olduğu kişi sayılması dolayısıyla eksik günleri için genel sağlık sigortası prim borcu ödemek zorunlulukları bulunmamaktadır. Zira bu kişiler bağımlı oldukları kişinin sağlık yardımlarından yararlanacaklardır. Böylelikle 01.01.2012 ile 01.09.2016 arasında çalışan kısmi süreli çalışanlar ile 01.10.2016 tarihinden itibaren kısmi süreli çalışanlar bakımından genel sağlık sigortasından yararlanma koşulu farklılık göstermektedir. Kanunda ayrıca kısmi süreli olarak 30 günden az çalışan işçiye çalışılmayan ve primi eksik kalan günler için prim ödeme olanağı ile isteğe bağlı sigortalılık kapsamına dahil olma imkan da tanınmıştır⁸⁹.

C. Analık, Yarım Çalışma ve Kısmi Süreli Çalışmaya Geçişte Hizmet Borçlanması

Çeşitli nedenlerle sigortalılık ilişkisi sona eren, kesilen yahut askıda olan sigortalıların veya hak sahiplerinin kesilen sürelerin primlerini sonradan ödemek suretiyle sigortalılık süresinden saydırmaları hizmet borçlanması olarak adlandırılmaktadır⁹⁰. Bir hizmet borçlandırması olan doğum borçlanmasına ilk kez 5510 sayılı Kanunda yer verilmiştir. Kanun'un 6552 sayılı Kanun'un 43. maddesi ile değiştirilen 41. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca, Kanuna göre sigortalı sayılanların Kanunları gereği verilen ücretsiz doğum ya da analık izni süreleri ile 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamındaki sigortalı kadının, üç defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonra iki yıllık süreyi geçmemek kaydıyla borçlanılacak sürelerde uzun vadeli sigorta kolları açısından sigortalı sayılmaması ve çocuğunun yaşaması şartlarıyla talepte bulunulan süreleri, kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları ve talep tarihinde 82 nci maddeye göre belirlenen prime esas günlük kazanç alt ve üst sınırları arasında olmak üzere, kendilerince belirlenecek günlük kazancın % 32'si üzerinden hesaplanacak primlerini borcun tebliği tarihinden itibaren bir ay içinde ödemeleri şartı ile borçlandırılarak, borçlandırılan süreleri sigortalılıklarına sayılır.

4857 sayılı Kanun'un 74. maddesinde düzenlenen analık izni süresi için 5510 sayılı Kanunda doğum borçlanması yapılabilmesi imkanı sadece kadın işçiye tanınmıştır. 74. maddede doğumda veya doğum sonrasında annenin ölümü hâlinde, doğum sonrası kullanılmayan sürelerin babaya kullanılabileceği belirtilmekle beraber babanın doğum borçlanması hakkı bulunmamaktadır⁹¹. 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinde ücretsiz doğum izni sürelerinin de kadın işçi tarafından borçlanılabileceği düzenlenmektedir. 4857 sayılı Kanun'un 74. maddesinin 6. fıkrasında isteği halinde kadın işçiye on altı haftalık veya çoğul gebelik halinde on sekiz haftalık analık izni sürenin tamamlanmasından sonra altı aya kadar ücretsiz izin verileceği ve yine üç yaşını doldurmamış çocuğu evlat edinen eşlerden birine veya münferiden evlat edinene de isteği halinde ücretsiz izin verileceği öngörülmüştür. Kadın işçinin analık izninin bitimi ile başlayan ve talep etmesi koşuluyla kullanılabileceği işveren tarafından verilmesi zorunlu altı aya kadar olan ücretsiz izin

89 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özkan Bilgili: "Eksik Günler Otuz Güne Nasıl ve Kimler Tarafından Tamamlanabilir?", *Mali Çözüm Dergisi*, Eylül-Ekim 2012, s. 238.

90 Alper, s. 309.

91 Düzenlemenin eleştirisi için bkz. Canbolat/Özkan, s.11-112.

süresini borçlanması mümkündür. 5510 sayılı Kanun ayrıca çocuğun sağ doğması koşuluyla, Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının a, b ve c bendi kapsamındaki tüm sigortalı kadınların en fazla 3 defaya mahsus olmak üzere doğum tarihinden sonraki 2 yıllık süre için borçlanabileceklerini de düzenlemektedir⁹². Bu durumda kadın sigortalı ücretsiz doğum ve analık izni süreleri dahil doğum sonrasında iki yıllık süre için doğum borçlanması yapabilecektir. Doktrinde iki yıllık süre içerisinde doğum öncesinde söz konusu olan sekiz haftalık (çoğul gebelik halinde on haftalık) analık izninin bu 2 yıllık süre içerisinde değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalıdır. Bir görüş, doğum öncesi 8 haftalık (çoğul gebelikteki on haftalık) sürenin de iki yıllık sürenin içinde kabul edilmesi gerektiği savunurken⁹³, katıldığımız görüşe göre Kanununda 'doğum tarihinden sonraki 2 yıl' ifadesine yer verildiğinden doğum öncesi sekiz haftalık (çoğul gebelikteki on haftalık) süre, iki yıllık süre içinde düşünülemez⁹⁴.

Yarım çalışma ödeneğine hak kazanılan durumlarda ise borçlanma söz konusu olamayacaktır. Zira 4447 sayılı Kanun'un ek 5. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yarım çalışma ödeneği almaya hak kazananların bu süre zarfında kural olarak ayda otuz gün üzerinden ödenmekte olan sigorta primlerinin on beş günlük kısmını işveren ve kalan on beş günlük kısmını İŞKUR ödeyecek ve genel olarak uzun vadeli sigorta kollarına ve genel sağlık sigortasına ilişkin primlerinin tamamı ödenecektir⁹⁵. Bu nedenle de yarım çalışma ödeneğine hak kazanan kadın işçinin doğum borçlanması yapma ihtiyacından da bahsedilemeyecektir.

Nihayet kısmi süreli çalışmaya geçiş hakkını kullanan sigortalının ay içerisinde 30 günden eksik olan günlerini tamamlayabilme imkanı da bulunmaktadır. 6111 sayılı Kanun ile 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinin (i) bendine eklenen hükme göre, düzenlemenin yürürlüğe girdiği 25.02.2011 tarihinden sonraki sürelerle ilişkin olmak üzere, 4857 sayılı Kanuna göre kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan sigortalıların, kısmi süreli çalıştıkları aylara ait eksik süreleri borçlanmaları mümkündür⁹⁶.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Kadınların çalıştığı atipik çalışma modellerinin başında mevsimlik işçi olarak tarım işlerinde çalışma gelmektedir. Tarımda çalışan kadınlar bakımından kayıt dışı çalışma oldukça fazla olup ve bu kadınlar dolayısıyla sosyal güvenceden mahrum kalan büyük bir kesimi oluşturmaktadır.

92 5510 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 1.fıkrasının a bendinin değişikliklerden önceki ilk halinde düzenlenen doğum borçlanmasına ilişkin düzenlemelerin değerlendirilmesi için bkz. Dilek, *Eser: Sosyal Sigortalar Hukukunda Kadın: 506 ve 5510 Sayılı Kanunlar Bakımından Değerlendirme*, **Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İzmir, 2009, ss. 226-227.

93 Hatice Duygu Özer: "Doğum Borçlanması", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, C. II, İstanbul 2010, s. 1145.

94 Ercüment Özkaraca: "Doğum Borçlanması Karar İncelemesi", **Legal İHSGHD.**, C. 7, S. 26, İstanbul 2010, s. 508; *Cambolat/Özkan*, s. 117.

95 Ödemenin İşsizlik Sigortası Fonundan değil, fonun mali dengesinin korunması adına kamu kaynaklarından, yani Devlet tarafından ödenmesi gerektiği yönünde eleştiri için bkz. *Taşdemir*, *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği*, s. 305.

96 Ayrıntılı bilgi için bkz. *Taşdemir*, *Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği*, s. 241 vd.

5510 sayılı Kanun ile tarımda süresiz çalışanlara talepleri halinde sigortalı olabilmeleri imkanının tanınması hem bilgisizlik hem de prim oranlarının yüksekliği karşısında beklenen etkiyi göstermekten uzak kalabilmektedir. Ayrıca Ek 5. madde kapsamındaki sigortalılardan alınan primler, gün bazında her yıl 1 puan artmakta olup zaten düşük gelir seviyesine sahip tarım işçilerini her yıl daha da zorlamaktadır⁹⁷. Bunun yerine primlerin işverenlerce ödeneceği yeni yasal düzenleme yapılarak bu sektöre özgü teşvik politikaları oluşturulmalıdır⁹⁸.

Bir başka atipik çalışma modeli olan ev hizmetlerinde çalışmada ise sosyal sigorta primlerinin yüksekliği, sosyal sigortalardan yapılan yardımlardan yararlanmanın zorluğu, aylık veya gelir bağlama oranlarının düşüklüğü ile sosyal sigorta işlemlerindeki bir takım bürokratik işlemlerin yerine getirilmek istenmemesi nedenleriyle çoğu ev hizmetleri çalışanı kadın kayıt dışında kalmaktadır⁹⁹. Ev hizmetleri, aile bireylerinin özel yaşamlarını geçirdikleri, bu nedenle dışarı kapalı ve anayasal konut dokunulmazlığından yararlanan bir ortamda yerine getirildiği için¹⁰⁰ söz konusu alanların denetlenmesi de mümkün olamamaktadır. Sayılan nedenlerle ev hizmetlerinde çalışanların kayıt altına alınabilmesini teşvik edici bazı düzenlemeler yanında bürokratik işlemlerin olabildiğince kolaylaştırılması ve sadeleştirilmesi gerekmektedir. Ek 9. maddeye dayanılarak çıkarılan tebliğde bir form doldurulması suretiyle internet kanalıyla da bu kişilerin bildirilebilmesi kolaylığının sağlanması bu yönüyle isabetli bir uygulama olmuştur. Benzer şekilde ev hizmetlerinde sigortalı işe giriş bildirgesi ile aylık prim ve hizmet bildirgesinin birleştirilerek tek belgeye dönüştürülmesi, bu belgeyi de her ay kuruma vermenin gerekmemesi yine formalitelerin azaltılması adına önemli adımlardır.

Kadınların çalışma hayatında ücretsiz aile çalışanı olarak da yer aldığı görülmektedir. 5510 sayılı Kanun'un 6. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde işverenin ücretsiz çalışan eşinin sigortalı sayılmayacağı düzenlenmektedir. Kadın işçinin, işveren olan eşi yanındaki çalışmasından ücret aldığı durumlarda somut olay kendi içinde değerlendirilerek ücretin ödendiği durumların sigorta sahtekarlığı oluşturup oluşturulmadığına göre sigortalılık kapsamına dahil olup olunmadığı belirlenmelidir. Yine Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu'nun bakıma muhtaç engelli için öngördüğü bakım hizmetinin aile ferdi kadın tarafından yerine getirilmesi ile Kurumun bu hizmeti yerine getirmesi kapsamında çalışan kadın arasında sigortalılık bakımından farklılık ortaya çıkmaktadır.

Kadın çalışanlar atipik çalışma modelinin bir türü olan kısmi süreli çalışma ile de sıklıkla çalışmaktadır. 6333 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun ve 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununda yapılan değişikliklerle kadın çalışanlara analık izni sonrasında kısmi süreli çalışma hakkı yanında yarım çalışma hakkı ve ödeneği de düzenlenmiştir. Kısmi süreli çalışan kadın, 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendi uyarınca sigorta kapsamındadır. Ancak Kanunda yapılan değişikliklerle, 01.10.2016 öncesi ve sonrasında 30 günden az çalışan kısmi süreli çalışanların genel sağlık sigortasından yararlanmaları bakımından farklılık ortaya çıkmaktadır.

97 Karadeniz, s. 102.

98 Demir, s. 192.

99 Manav, s. 510

100 Caniklioğlu/Özkaraca, s. 1129; Karadeniz, ss. 109-110.

Sonuç olarak atipik çalışma modellerinde çalışmakta olan kadınların sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında güvencelerinin tam olarak sağlandığını söylemek çocuğu büyütmesi için ebeveynlere verilen kısmi süreli çalışma hakkı dışındaki durumlarda bugün için mümkün gözükmemektedir. Kadınların atipik çalışma modellerinde daha çok yer aldığı dikkate alındığında sosyal güvenlik hakları bakımından güvencenin sağlanması ortaya çıkabilecek risklerin önlenmesi yanında kadınların çalışma hayatından uzak kalmaması ve çalışma hayatında daha çok yer almalarına da imkan vermesi bakımından oldukça önemlidir.

KAYNAKÇA

- AKYİĞİT, Ercan: **İş Hukuku**. 12 Basım, Ankara, 2018.
- ALPER, Yusuf. **Türk Sosyal Güvenlik Sistemi, Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 7. Baskı, Ağustos, 2015.
- ARICI, Kadir. **Türk Sosyal Güvenlik Hukuku**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2015.
- BAYCIK, Gaye. “Çalışanların İş sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2013/3, ss. 103-170.
- BİLGİLİ, Özkan. “Eksik Günler Otuz Güne Nasıl ve Kimler Tarafından Tamamlanabilir?”, **Mali Çözüm Dergisi**, Eylül-Ekim 2012, ss. 235-242.
- CANBOLAT, Talat/ ÖZKAN, Sema Deniz: “Doğum Borçlanması Yapılabilecek Süreler”, **İş ve Hayat Dergisi**, C. 3, S. 6, 2017, ss. 105-136.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen / ÖZKARACA, Ercüment. “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası. Özel Sayı, Fevzi Şahlanan’a Armağan**, C. 74, 2016, ss. 1133-1163.
- CANIKLIOĞLU, Nurşen. “6331 Sayılı Kanunda Öngörülen İşveren Yükümlülükleri”, **Çalışma Mevzuatı Seminer Notları, Türkiye, Toprak, Çimento ve Seramik İşverenleri Sendikası**, Antalya, 26-30 Eylül 2012, S. 34, ss. 27-85.
- ÇALIŞKAN, Aşlı. **İş Hukukunda Analık ve Ebeveyn İzinleri**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- ÇAVUŞ, Özgür Hakan. “Sosyal Koruma Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanlar”, **Legal İHSGHD., Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan**, Özel Sayı, 2016, ss. 543-583.
- ÇELİK, Nuri/CANIKLIOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat. **İş Hukuku Dersleri**. 31. Bası, İstanbul, 2018.
- DUMAN, Barış. “4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Doğum Ve Evlat Edinmeye Bağlı Yarım Çalışma İzni”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 1, Ocak 2019, ss. 187-201.
- EKONOMİ, Münir. “Doğum veya Evlat Edinme Sonrası Çocuğun Bakımı ve Yetiştirilmesi Amacıyla Ücretsiz İzin ve Kısmi Süreli Çalışma Hakları”, **Legal İHSGHD.**, C. 14, S. 53, 2017, ss. 21-58.
- ERDOĞDU Seyhan / TOKSÖZ Gülay. “Kadınların Görünmeyen Emeğinin Yüzü: Türkiye’de Ev İşçileri”, **ILO, Çalışma Koşulları ve İstihdam Serisi**, No: 42, Ankara, 2013, ss. 1-56.
- ERMUMCU, Senem Değer. “Doğum ve Evlat Edinme Sonrası Kısmi Çalışma Ve Yarım Çalışma Hakkı-Ödeneği”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı-2017, ss. 1997-2027.
- ERTÜRK, Arslan Arzu. “5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Ek 9uncu Maddesi Kapsamında Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, **LEGAL İHSGHD.**, C. 12, S. 46, 2015, ss. 89-127.

- ESER, Dilek. Sosyal Sigortalar Hukukunda Kadın: 506 ve 5510 Sayılı Kanunlar Bakımından Değerlendirme, **Dokuz Eylül Üniversitesi SBE Yayınlanmamış Doktora Tezi**, İzmir, 2009.
- EYRENCİ, Öner. **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul, 1989.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim. **Bireysel İş Hukuku**. 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- FİDAN, Fatma / ÖZDEMİR, M. Çağlar. “Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınlar ya da Evlerin Kadınları”, **Çalışma İlişkileri Dergisi**, C. 2, S. 1, 2011, ss. 79-89.
- GÜVEN, Ercan/AYDIN, Ufuk. **Bireysel İş Hukuku**. 5. Baskı, Eskişehir, 2017.
- GÜZEL, Ali / OKUR, Ali Rıza / CANIKLIOĞLU, Nurşen. **Sosyal Güvenlik Hukuku**, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.
- KAR Bektaş. “Mevsimlik İş”, **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S:4, Aralık, 2006, ss. 69-86; https://www.mess.org.tr/media/files/6344_BGR1E5TGYW4.pdf, 09.08.2019.
- KARADENİZ, Oğuz. “Türkiye’de Atipik Çalışan Kadınlar ve Yaygın Sosyal Güvencesizlik”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/2, ss. 83-127.
- MANAV, Eda. “Ev Hizmetlerinde Çalışanların Sigortalılığı”, **TBB Dergisi**, S. 120, 2015, s. 509-538.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi / ASTARLI, Muhittin / BAYSAL, Ulaş. **İş Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası Turhan Kitapevi, Ankara, 2014
- OCAK, Saim. “Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle İşçilerin Ücretsiz İzin ve Yarım Çalışma Ödeneği Uygulaması”, **İş ve Hayat Dergisi**, Y. 3, S. 5, Haziran 2017, ss. 174-227.
- OKUR, Ali Rıza. “Ev Hizmetlerinde (İşlerinde) Çalışanların Sigortalılığı”, **Kamu-İş Dergisi**, C. 7, S. 3, 2004, ss. 347-368.
- ÖZDEMİR, Erdem. **İş sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.
- ÖZER, Hatice Duygu. “Doğum Borçlanması”, **Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan**, C. II, İstanbul 2010, ss. 1137-1159.
- ÖZKARACA, Ercüment. “Doğum Borçlanması Karar İncelemesi”, **Legal İHSGHD.**, C. 7, S. 26, İstanbul 2010, ss. 501-524.
- SÖZER, Ali Nazım. “Kısmi Süreli Çalışan İşçilerin Sosyal Sigorta Hakları”, **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku, Komisyonu Bülteni**, 4/2000, ss. 69-90.
- SÖZER, Ali Nazım. “Düşük Gelirle Çalışanların Sigortalılığı: Almanya ve Türkiye Örneğinde Bir Değerlendirme”, **LEGAL İHSGHD, Prof. Dr. Fevzi Demir’e Armağan**, Özel Sayı, İstanbul 2016, ss. 511-543.
- SÖZER, Ali Nazım. **Türk Sosyal Sigortalar Hukuku**, Güncellenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- ŞAKAR, Müjdat. “Kadının Sosyal Güvenliği Yok!”, **SİCİL İş Hukuku Dergisi**, S. 27, 2012, ss. 179-188.
- ŞAKAR, Müjdat. **Sosyal Sigortalar Uygulaması**, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.
- TAŞDEMİR, Yasemin. “Kısmi Süreli Çalışmaya Geçiş Hakkına Genel Bakış”, **Avrasya Sosyal ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi**, C. 5, S. 11, 2018, ss. 204-211.
- TAŞDEMİR, Yasemin. **Ebeveyn İzni ve Yarım Çalışma Ödeneği**, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- TOPGÜL, Seda. “Ev Hizmetlerinde Çalışan Kadınların Sosyal Güvenliği”, **Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi**, C. 21, S. 1, 2016, ss. 173-192.
- TUNCAY, Can / EKMEKÇİ, Ömer. **Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- TUNÇOMAĞ, Kenan. **Sosyal Güvenlik Kavramı ve Sosyal Sigortalar**, 5. Bası, İstanbul, 1990.

Tutuklu ve Hükümlülerin Takası ve İadesi

The Exchange and Extradition of Detainees and Convicts

Yusuf YAŞAR* 

Zafer İÇER** 

Öz

Tutuklu ve hükümlülerin takası ve iadesi, genel anlamda suçluların iadesi (geri verme) prosedüründen farklı özellikleri olan ve idari – hukuki işlem niteliğini taşıyan özel nitelikte karma bir müessesedir. Uluslararası ilişkiler ve devletin dış politikasını ilgilendiren ve bu yönüyle devletin egemenlik hakkıyla yakın bir ilişki içinde olan bu müessese, mevzuatımızda ilk defa 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26 ncı maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca, Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir. Ayrıca, 6706 sayılı Kanun kapsamında, soruşturma, kovuşturma, infazın devri ile hükümlülerin nakli de belirli şartlar altında kabul edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Tutuklu, Hükümlü, Takas, Suçluların İadesi, Sınır Dışı Etme, İnfazın Devri, Hükümlünün Nakli.

Abstract

The exchange and extradition of detainees and convicts is a mixed institution with different characteristics than the extradition procedure and which is the administrative-legal process. This institution, which concerns the international relations and the foreign policy of the state and therefore has a close relationship with the sovereignty of the state, has been regulated for the first time in our legislation under article 26 of the National Secret Information Organization Act No. 2937. Pursuant to this article, detainees or convicts, excluding Turkish nationals; the proposal of the Minister of Justice upon the request of the Minister of Foreign Affairs and the approval of the President of the Republic, if the national security or country interests are required, provided that there are assurances that the race, ethnic origin, religion, citizenship shall not be punished, denied punishment or treatment or subjected to torture and ill-treatment. it may be returned to a country or exchanged for those in custody or

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: yyasar@yahoo.com

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı,
E-Mail: zafericer@marmara.edu.tr

convicted in another country. In addition, under the Law No. 6706, investigation, prosecution, transfer of convicts and transfer of convicts have been accepted under certain conditions.

Keywords: detaine, convict, exchange, extradition, deportation, executions, the transfer of the convict.

I. GİRİŞ

Tarihin en eski dönemlerinden bugüne, klanlar, aileler, kabileler ve buna benzer gruplar ile modern topluluklar olarak devletler arasında hep çatışma ve savaşlar yaşanmıştır. Topluluklar ve devletler arasında yaşanan bu savaşlar, sonrasında belirli anlaşma ya da uzlaşmaları beraberinde getirirse de, her barış, yeni savaşların da zeminini oluşturmuş ve bu bir doğal döngü halini almıştır. Savaşların devletler bakımından en önemli simgesi, devlet için savaşan askerlerdir. Geçmişten günümüze, askerlere hemen hemen bütün toplumlarda dini ve manevi bir değer atfedilmiş, kendi ülkesi için savaşan kimselerin, sadece kendilerini değil, aynı zamanda devletin saygınlığını, itibarını temsil ettikleri ve savaşan devletin onurunun bir parçası oldukları kabul edilegelmiştir. Bu sebeple, savaşlarda diğer tarafın eline geçen askerler ya da o ülkeye mensup kimselerin geri iade edilmesi ya da diğer ülkedeki esirlerle takas edilmesi meselesi, savaş sonrası anlaşmaların her zaman önemli müzakere konularından biri olmuştur¹.

Arapça esr (isare) kökünden türeyen “esir” kelimesi, sözlük anlamı itibariyle “*savaştta düşman eline geçen kimse, kul, köle, cariye, birinin veya bir durumun hükmü ve buyruğu altına girmiş kimse*” anlamına gelmekte olup, tarihin her döneminde, kanlı savaşlarda hayatını kaybedenlerin yanı sıra pek çoğunda da hasım gruba tutsak düşen askerler hep var olmuştur². Devletler ya da savaşan gruplar arasında bulunan husumet ve savaşın acımasız tarafı, geriye kalan esirlerin her

- 1 **Özdemir, Ahmet**, “Hukuk Dilinde Harp Esirleri”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt 2, Sayı 07, Yıl 1991, s.573 vd.; **Kaşıyugun, Ali**, “I. Dünya Savaşı’nda Esirler Meselesi Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Journal of History and Future, April 2018, Volume 4, Issue 1, s.75 vd.; **Turhan, Fatma Sel**, “1788-1791 Osmanlı-Avusturya Savaşı Sırasında Alınan Savaş Esirleri Meselesi”, Studies of the Ottoman Domain, Cilt/Volume: 8 Sayı/Issue: 14 Şubat/February 2018, s.13 vd.; **Keser, Ulvi**, Arşiv Belgeleri Işığında İkinci Dünya Savaşı Sürecinde Türkiye’de Mülteciler ve Esirler Sorunu”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt 8, Sayı 18, Yıl 2009, s.188 vd.; **Demir, Yaşar**, “Birinci Dünya Savaşı’nın Müslüman Esirleri: Alman Kamplarında Tutulan Müslüman Esirler ve Osmanlı Devleti’nin Tutumu”, Bilig / Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 76, Yıl 2016, s.140 vd.; **Akkor, Mahmut**, “I. Dünya Savaşı Döneminde Kafkasya’da Bulunan Türk Esirleri”, Vakanüvis – Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 2, Yıl 2017, s.44 vd.; **Ural, Selçuk**, “Mütareke Döneminde İngilizlerin Elindeki Türk Esirlerinin İadesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt 10, Sayı 37, Yıl 2006, s.188 vd.
- 2 Esir takası, çatışan iki taraf arasında yaşanan olağan bir anlaşma olup, eski dönemlerden gelen bu uygulama günümüzde de halen devam etmektedir. 2018 yılında Suriye’de Beşar Esad rejimi ve askeri muhalifler, Astana anlaşmaları çerçevesinde alıkoydukları onar kişiyi karşılıklı serbest bırakmıştır. Bkz. <https://www.haberturk.com/suriye-de-rejim-ve-muhalifler-esir-takasi-yapti-2233987> . Aynı yıl Yemende Birleşmiş Milletler (BM) tarafından desteklenen esir takası anlaşması, Husilerin ardından Suudi Arabistan öncülüğündeki koalisyon güçleri ile Yemen hükümeti tarafından da imzalanmıştır. Bkz. <https://tr.sputniknews.com/ortadoğu/2018.12.041036452553-yemen-bm-esir-takasi-anlasmasi/> . 2014 yılında Amerika Birleşik Devletleri ile Afganistan arasında da esir takası yapılmıştır. Bkz. https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/06/140601_taliban ; İsrail ve Hamas arasında ise 2011 yılında yapılan esir takası anlaşması kapsamında, kaçırıldıktan sonra beş yıl boyunca rehin tutulan İsraili asker Gilad Şalit serbest bırakılarak ülkesine dönmüş, 1027 Filistinli tutuklu ve hükümlüden ise 477’si tahliye edilmiştir. Bkz. <http://www.aljazeera.com.tr/haber/israille-hamas-arasinda-tarihi-takas> .

zaman kötü bir muameleye, işkenceye maruz kalması ya da öldürülmesi sonucunu beraberinde getirmiştir.

Savaşların çapı, büyüklüğü ve şiddeti arttıkça, savaşların da bir kuralının ve hukukunun olması gerekliliği düşüncesi yaygınlaşmış ve bu kapsamda esirlerin korunması, savaş hukukunun en önemli kurallardan biri olarak görülmüştür. 18. Yüzyıldan sonra savaş, kuvvetler arasındaki değil devletler arasındaki bir ilişki olarak kabul edilmeye başlanmış ve bu sebeple, esir düşen kimselerin geçici düşman olarak görülmesi anlayışı yerleşmiştir. Bunun bir sonucu olarak da, silahsız ve zararsız hale getirilen bir askerin, artık düşman olarak görülmemesi ve yaşamak hakkının korunması fikri hakim olmaya başlamıştır. Aynı zamanda, savaşta esir düşenlerin, zalimane muamelelere tabi tutulması, öldürülmesi, köle gibi kullanılması, devletlerin saygınlığına ve itibarına gölge düşürdüğünden, zaman içerisinde, insanlık dışı bu muamelelerin sonlandırılması anlayışı, hem kazanan hem de kaybeden devletler bakımından ortak bir biçimde benimsenmeye başlamış ve savaş hukukunun da gelişimiyle birlikte, savaşta esir düşen kimselerin millet ayrımı gözetilmeksizin tedavi edilmeleri, kötü muameleden korunmaları gibi yükümlülükler, birtakım uluslararası sözleşmelerle (örneğin 1906 tarihli Cenevre Sözleşmesi ve 1907 tarihli Lahey Sözleşmesi) hukuki görünüme kavuşmuştur³.

Savaş hukuku ile birlikte devletler hukukunun gelişimi, esir düşen askerlerin ve ayrıca bir ülke içerisinde suç işleyen yabancı devletten bir kimsenin, bulunduğu ülkede yargılanıp yargılanamayacağı ve tabi olduğu ülkeye iade edilip edilemeyeceği sorununa ilişkin bazı müesseselerin ortaya çıkmasına da vesile olmuştur. Esir kavramı gibi, esirlerin iade ve takası da, bu sorunların çözümüne yönelik ortaya çıkan kavramlardandır.

İade; kelime anlamı itibarıyla; “*alınmış bir şeyi geri verme, karşılıklı olarak yapma, mukabele etme*” anlamına gelmekte olup, “*takas*” sözcüğü sözlükte; “*değişim, ödeşim, ödeşme, iki ülke arasında yapılan alışverişin karşılıklı olarak malla ödenmesi*” şeklinde tarif edilmiştir⁴.

İade ve takasın, devletler hukukundaki görünümü ve konusunu, belirli bir ülkeye vatandaşlık bağı ile bağlı olan kimseler oluşturmaktadır. Esirlerden farklı olarak, savaş hali dışında, bir ülkenin egemenlik sahasında bulunan yabancı bir suçlunun (tutuklu veya hükümlünün), tabi olduğu ülkeye iade edilip edilemeyeceği ya da o ülkede bulunan başka bir kimseyle takas edilip edilemeyeceği, savaş hukuku ile değil, devletlerarası hukuk kurallarına göre çözüme kavuşturulmuş ve “suçluların iadesi” müessesesini ortaya çıkarmıştır. Elbette, suçluların iadesi, aynı zamanda, devletin ceza verme ve yargılama yetkisi ile alakalı olup, bu yönüyle iade ve takasın, her iki hukuk alanına özgü karma nitelik taşıyan kavramlar olduğu ifade edilmelidir.

II. ÜLKEMİZDE SUÇLULARIN İADESİ VE TAKASININ HUKUKİ GÖRÜNÜMÜ

Devletlerin yabancı bir kimseyi cezalandırma yetkisi konusundaki temel argüman, siyasi sınırları belirlenmiş bir coğrafyanın hakimi olan ve bir askeri gücü bulunan devletin, bu hakimiyetten

3 Özdemir, 573-575; Kaşığıuşun, s.75.

4 Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

kaynaklanan bazı haklarının olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Ülke sınırları içerisinde bütün toprak parçası, iç sular, kıta sahanlığı, münhasır ekonomik bölgelerde devletin yetki sahibi olduğu ve aynı zamanda buralarda işlenen suçlar bakımından yargılama yetkisinin bulunduğu fikri benimsenmiş ve yargılama yetkisinin, devletin en önemli egemenlik alametlerinden biri olduğu kabul edilmiştir. Gerçekten de, devletin tekel bir yetkiye sahip olduğu alanlardan biri olan ceza yargılaması, devletin egemenliğinin⁵ en önemli göstergelerinden biri olup, hiç şüphesiz ülkede işlenen suçlar hakkında, fail ya da mağdurun kimliğine, suçun tür ve ağırlığına bakılmaksızın, ülkenin kendisine ait ceza kanununun uygulanması ve yine bu yargılamaların aynı ülke kanunlarına göre gerçekleştirilmesi, yer yönünden yargılama kurallarının temelini oluşturmuştur. Ceza hukuku kurallarının yer bakımından uygulama alanına ilişkin bu prensip, “mülkilik (ülkesellik) prensibi” olarak adlandırılmıştır⁶.

Her ülke, kendisine ait egemenlik hak ve yetkisini kullandığı alanlarda kendi ceza yargılaması kurallarını işletmek ister. Zira, bu yetkinin kullanımı, aynı zamanda devlet bakımından bir kuvvet ve egemenlik göstergesidir. Bununla birlikte, bazı hallerde, mülkilik prensibini aşan bir yetkinin devlet tarafından kullanılması da söz konusu olabilir. Bu kapsamda, devletin ceza yasasının suç nerede işlenirse işlensin o devletin vatandaşı hakkında uygulanmasının kabul ettiği durumlarda “faile göre şahsılık sistemi”, devletin kendisine ve vatandaşlarına karşı işlenen fiilleri suç nerede işlenirse işlensin kendi yargılama yetkisini kabul ettiği hallerde “koruma sistemi”, suç kime karşı işlenirse işlensin ve fail hangi devlet vatandaşı olursa olsun suçluyu elinde bulunduran devletin ceza kanununun uygulanmasının kabul edildiği hallerde “evrensellik prensibi”nden söz edilmektedir⁷. Bu sistemlerden hiçbiri tek başına uygulama alanına sahip olmayıp, her biri “mülkilik prensibini” tamamlayıcı ve bu anlamda tali bir nitelik arz etmektedir.

Her devletin egemenliği ve bu egemenlikten kaynaklanan hakları, kendi egemenlik sınırları içinde kalan bölge ile sınırlı olduğundan, Türk kolluk güçleri, bir başka ülkeye giderek oradaki suçluları yakalama yetkisine sahip değildir. Aynı şekilde bir başka ülkenin kolluk gücü de, Türk Devleti’nin egemenlik sahasına girerek, kolluk faaliyeti icra edemez. Devletlerin ceza yargılaması konusundaki egemenlik yetkilerini sınırlandıran bu durum, kendi aralarında karşılıklı yardımlaşma esasına dayanan “suçluların iadesi” müessesesi ile çözüme kavuşturulmuştur. “Geri verme” olarak da adlandırılan bu müessese, hangi ülkede işlenirse işlensin hiçbir suçun ve suçlunun cezasız kalmayacağı ve aynı zamanda hiçbir ülkenin hiçbir suçluya sığınak oluşturmayacağı konusundaki fikri mutabakatın temelini oluşturmakta, aynı zamanda hukukun üstünlüğüne, insan haklarına, adalete olan güven ve inancın da uluslararası alanda tesisine hizmet etmiş olmaktadır.

5 Bkz. Özman, M. Aydoğan, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 1964, s.53 vd.

6 Mülkilik prensibi için bkz. Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Baskı, İstanbul 2014, s.152 vd.; Özgenc, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2018, s.949; Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2018, s.74; Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s.133 vd.; Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018, s.759; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s.s.148 vd.

7 Öztürk-Erdem, s.92-100; Koca-Üzülmez, s.772-782.

Suçluların iadesi, diğer bir ifadeyle geri verme, bir ülkede suç işlendikten sonra diğer bir ülkeye kaçan sanık ya da mahkûmun, suçun işlendiği devletin talebi yahut kişinin bulunduğu ülkenin başvurusu üzerine ceza kovuşturmasının icra edilebilmesi ya da bir mahkûmiyet kararının infaz edilebilmesi amacıyla, bir başka devlete teslim edilmesine olanak tanıyan bir ceza hukuku müessesesidir⁸. Suçluların iadesi, ülkelerin karşılıklı menfaatlerini korumakla kalmamakta, aynı zamanda uluslararası işbirliği ve dayanışmaya da katkı sağlamaktadır. Suçluların iadesi, bu anlamda hem ceza hem de milletlerarası hukuk boyutu olan karma nitelikte bir müessese mahiyetini taşımaktadır.

Suçluların iadesi, milletlerarası kuralların esas alındığı bir kurum olduğundan, bu konu devletler arasında ikili ya da çoklu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Nitekim, Türk Devleti'nin birçok devletle arasında suçluların iadesine ilişkin anlaşma bulunmakta ayrıca genel bir anlaşma niteliği taşıyan 13 Aralık 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne⁹ de taraf bulunmaktadır¹⁰.

Bu anlaşmalar, hangi ülkeler arasında hangi kriterlere göre suçluların iadesinin yapılabileceğini belirlemekle birlikte, her ülkenin iç mevzuatlarında da, ülke içerisinde bulunan suçluların bir diğer ülkeye iadesi prosedüre ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Hukukumuzda, suçluların iadesi prosedürü, 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun 10 ila 22 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

6706 sayılı Kanun'da, talep eden ve talep edilen devlet arasında bir anlaşma bulunması, her iki ülke kanununa göre de suç teşkil eden bir fiilin varlığı ve bu fiilin geri vermeye konu oluşturması, bu hususta bir talebin bulunması¹¹, orantı bulunması, iadesi istenen şahsın Türk vatandaşı

8 Bkz. **İçel, Kayıhan**, "Suçluların Geri Verilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, Sayı 3-4, Yıl 1964, s.693; **Donay, Süheyl**, "Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4, Yıl 1984, s.239; **Ulutaş, Ahmet**, "Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, Yıl 2011, s.182; **Duman, Berat**, "Türk Hukukunda Geri Verme Kurumu ve Usulü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 24, Ocak 2016, s.663 vd.; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.173; **Özgenç**, s.990; **Öztürk-Erdem**, s.112; **Koca-Üzülmez**, s.802; **Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe**, Genel, s.156, 157.

9 Bkz. **Güngör, Gülin**, "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (Sidas)", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, Sayı 1-2, Yıl 1999, s.359 vd.

10 Bu sözleşme, 26.11.1959 tarihli resmi gazetede yayımlanan 18.11.1959 tarih ve 7376 Sayılı Kanun ile kabul edilerek onaylanmıştır.

11 **6706 sayılı Kanun'un Türkiye'den yabancı devlete iadeye ilişkin prosedürün düzenlendiği 10 uncu maddesi:**
 (1) Yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle hakkında adli merciler tarafından ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilen bir yabancı, talep üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden devlete iade edilebilir.
 (2) Talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebilir. Kesinleşmiş mahkûmiyet kararları bakımından iade talebinin kabul edilebilmesi için hükmolunan cezanın en az dört ay hürriyeti bağlayıcı ceza olması gerekir. İadesi istenen kişinin birden fazla suçu bulunması hâlinde, bunlardan bazılarının cezası belirtilen sürelerin altında olsa dahi birlikte iadeye konu edilebilir.
 (3) Aynı kişi hakkında birden fazla devlet tarafından iade talebinde bulunulması hâlinde, suçların ağırlığı ve işlendiği yer, taleplerin geliş sırası, kişinin vatandaşlığı ve yeniden iade edilme ihtimali gibi şartlar dikkate alınarak, iade taleplerinden hangisinin öncelikli olarak işleme alınacağı Merkezî Makam tarafından belirlenir.

olmaması, suçun siyasi, düşünce, askeri suç olmaması koşullarının bir arada bulunması halinde, Türkiye’de bulunan bir kimse yabancı ülkeye iade edilebilecektir¹².

6706 sayılı Kanun’daki prosedür, ülkemizde bulunan şüpheli, sanık ya da hükümlünün bir başka ülkeye iadesine ilişkindir. Suçluların iadesi denildiğinde, uluslararası anlaşmalar ve ülkelerin iç hukukundaki normatif düzenlemeler kapsamında, ülke içerisindeki suçluların talep üzerine bir başka ülkeye iade edilmesi anlaşılır. Bu çerçevede, tutuklu şüpheli, sanık ya da hükümlülerin bir başka ülkedeki şüpheli, sanık ya da hükümlüyle takas edilmesi, suçluların iadesi müessesine yabancıdır.

Tutuklu ve hükümlülerin takası ilk defa, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 26 ncı maddesine son fıkra olarak, 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun’un 6 ncı maddesiyle eklenen fıkra ile mevzuatımıza dahil olmuş, Anayasa Mahkemesi’nin 30.12.2015 tarih ve 2014/122 E, 2015/123 K. sayılı kararı ile bu düzenleme iptal edilmiş ve bunun üzerine önce 15.08.2017 tarih ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’nin 74 üncü maddesiyle ve daha sonra 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun’un 70 inci maddesiyle yeniden düzenlenmiştir.

2937 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesinin son fıkrasına, 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun’un 70 inci maddesiyle eklenen fıkraya göre; *“Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir”*.

(4) İade hâlinde, kişi ancak iade kararına dayanak teşkil eden suçlardan dolayı yargılanabilir veya kişinin mahkûm olduğu ceza infaz edilebilir.

- 12 **6706 sayılı Kanun’un iadenin kabul edilemeyeceği hâllere ilişkin 11 inci maddesi:** “(1) Aşağıda sayılan hâllerde iade talebi kabul edilmez: a) Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması. b) İadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayaya maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması. c) İade talebine esas teşkil eden fiilin; 1) Düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç niteliğinde olması, 2) Sırf askeri suç niteliğinde olması, 3) Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmesi, 4) Türkiye’nin yargılama yetkisine giren bir suç olması, 5) Zamaşımı veya affa uğramış olması. ç) İadesi talep edilen kişi hakkında, talebe konu fiil nedeniyle daha önce Türkiye’de beraat veya mahkûmiyet kararı verilmiş olması. d) İade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması. (2) Birinci fıkranın (c) bendinin (1) numaralı alt bendi kapsamındaki iade talebinin dayanağını teşkil eden fiilin bütün unsurları, özellikle işleniş şekli, suçun işlenişinde kullanılan araçların veya ortaya çıkan sonuçların ağırlığı dikkate alınarak fiil siyasi suç olarak kabul edilmeyebilir. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar, siyasi suç olarak kabul edilmez. (3) Birinci fıkranın (d) bendinde, cezanın niteliğine ilişkin bir ret sebebinin varlığı hâlinde, talep eden devlet tarafından, öngörülen cezanın infaz edilmeyeceğine dair yeterli teminat verilmesi hâlinde, iade talebi kabul edilebilir. (4) İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir.”

Bu düzenlemeyle birlikte, hukukumuzda tutuklu ve hükümlülerin takası ile özel koşullarda iade usulü benimsenerek, bir yabancının yurt dışında suç işlemesi gerekmeksizin, yurt içinde suç işlemiş olsa bile iade edilmesine imkân tanınmış ve kişinin sadece yargılanması veya cezasının infaz edilmesi amaçlarıyla iadesi şartı aranmayıp, kişinin yargılanma veya cezasının infazı dışındaki amaçlarla da iadesine olanak tanınmıştır. Tutuklu ve hükümlülerin takası ve iadesi için, kişinin Türk vatandaşı olmaması ve Türkiye’de tutuklu veya hükümlü olması, millî güvenlik veya ülke menfaatleri yönünden gereklilik bulunması şartları birlikte aranmış ve bu usulde suçluların iadesinden farklı olarak takasa kişinin bulunduğu yer Ağır Ceza Mahkemesi tarafından değil Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile karar verilmesi kabul edilmiştir.

III. ANAYASA MAHKEMESİ’NİN TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN TAKASI VE İADESİNE İLİŞKİN İLK DÜZENLEME HAKKINDA VERDİĞİ İPTAL KARARI VE GEREKÇELERİ

A. İPTAL TALEBİ VE GEREKÇELERİ

Tutuklu ve hükümlülerin takası ilk defa, 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu’nun 26 ncı maddesine son fıkra olarak, 15.08.2017 tarih ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 74 üncü maddesiyle eklenen fıkra ile mevzuatımıza girmiştir. Bu fıkrada; “*Türk vatandaşları hariç olmak üzere, tutuklu veya hükümlü bulunanlar, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilir*” denilmiştir. Bu düzenleme, Anayasa’ya aykırılık iddiası ve iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşınmıştır.

İptal talebinin gerekçesinde, söz konusu düzenleme ile Türkiye’de tutuklu veya hükümlü bulunan yabancıların, millî güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hâllerde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun (TCK) 18. maddesinde (6706 sK.m.10 vd.) belirtilen kurallara ve usule aykırı olarak Dışişleri Bakanının talebi üzerine, Adalet Bakanının teklifi ve Başbakanın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilmesine veya başka bir ülkede tutuklu ve hükümlü bulunanlar ile takas edilebilmesine imkân tanındığı, bu durumun anılan maddedeki güvenceleri etkisiz hâle getirerek kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin zedelenmesine yol açtığı, bu yönüyle kuralın hukuk devleti ilkesini ihlal ettiği, iade işleminin kuralda yer alan millî güvenlik veya ülke menfaatleri gibi muğlâk ifadelerle bağlanmasının belirsizliğe neden olduğu, ayrıca kuralın anılan güvencelere aykırı olarak yabancıların iadesine imkân tanıyarak suç işleyen yabancılara cezadan kurtulma veya daha az ceza alma olanağı sağladığı, bu durumun da mağdurların haklarının korunmasını önleyerek cezaların şahsiliği ilkesini zedelediği belirtilerek dava konusu kuralın, Anayasa’nın 2 nci ve 38 inci maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

B. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN DEĞERLENDİRMESİ

1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, iptal talebini, talep gerekçesinde olduğu gibi Anayasa'nın 2 ve 38 inci maddesi açısından ve ayrıca re'sen Anayasa'nın 36 ncı maddesi açısından değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, suçluların iadesi usulü ve koşullarının TCK'nın 18 inci maddesinde (hali hazırda 6706 sayılı Kanun'un 10 vd. maddelerinde) düzenlendiğini ve kural olarak yabancı bir ülkede işlenen veya işlendiği iddia edilen bir suç nedeniyle hakkında ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan veya mahkûmiyet kararı verilmiş olan yabancının anılan usul ve koşullara uyulmaksızın talep eden ülkeye iade edilmesi mümkün olmadığını ifade etmiş, dava konusu kuralla 18 inci maddede düzenlenen suçluların iadesi usulünden, ilkeleri itibariyle oldukça ayrılan farklı bir usule yer verildiğine dikkat çekmiştir.

Mahkeme, bu değerlendirmeyi yaparken, iç hukukumuzda ve uluslararası hukukta kabul edilen suçluların iadesinde, kural olarak suçun yurt dışında işlenen bir suç olması, suçun işlendiği yer devletin bunu kovuşturmak veya hüküm vermişse cezayı infaz etmek üzere faili istemesi gerektiğini belirtmiş, ayrıca iadesi talep edilen failin, Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olmasına gerek bulunmadığına işaret etmiştir.

2. İnsanlık Dışı Muameleyle Tabi Tutulması Açısından Güvence Bulunmaması

Anayasa Mahkemesi'ne göre, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasına, 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle eklenen fıkradaki düzenleme, hem teknik anlamda iadeye, yani yurt dışında suç işleyen yabancıların yargılanması veya cezalarının infaz edilebilmesi için iadeye, hem de işlediği suç nedeniyle yargılanması ve cezasının infaz edilmesi amacı olmaksızın iadeye imkân tanımaktadır.

Mahkeme bu kuralda, talep eden devlete geri verilmesi hâlinde işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleyle tabi tutulacağı veya ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi fikirleri dolayısıyla hayatının veya hürriyetinin tehdit altında bulunacağına dair kuvvetli şüphe sebepleri bulunan kişilerin iade edilemeyeceği yönünde güvenceye yer verilmediğini, bu durumun kişilerin Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceğini ve ayrıca aynı hak ihlallerinin takas yoluyla yapılacak iadelerde de gerçekleşmesinin mümkün olabileceğini belirtmiştir.

3. Etkili Yargı Yolu Öngörülmemiş Olması

Anayasa Mahkemesi, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasına, 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle eklenen fıkradaki düzenleme çerçevesinde yapılan işleme karşı (Anayasa'nın 125 inci maddesi uyarınca bu kararlara ilişkin idari işlemin de diğer tüm idari

işlemler gibi yargı denetimine tabi olduğundan) idari yargı yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu, ancak kuralla öngörülen, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ve takası (yurt dışına teslimi) olduğundan bu konuda sadece yargı yollarının öngörülmüş olmasının yeterli kabul edilemeyeceğini, ayrıca ilgili kişilerin bu yolu etkili bir şekilde kullanabilmelerini sağlayacak güvencelerin de sağlanmış olması gerektiğini belirtmiş, aksi takdirde söz konusu kişilerin sınır dışı edilmesinden sonra yargı denetimi yapılmasının hiçbir anlamının olmayacağını altını çizmiştir.

Bu kararına dayanak olmak üzere Mahkeme, sınır dışı ve suçluların iadesi işlemlerine ilişkin yapılan tedbir talepli bireysel başvurularda, anılan etkili yargısal güvenceyi sağlamak amacıyla söz konusu işlemlerin yürürlüğünü derhâl durdurduğunu ifade etmiştir (*Akhmad Khalimov* [TAK], B. No: 2016/1129, 20.1.2016). Aynı şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de sınır dışı işlemlerinde bu prensibi uyguladığını ve anılan işleme karşı yapılan başvuru sonuçlanmadan kişinin sınır dışı edilmesi hâlinde etkili bir başvuru yolunun öngörülmemesi nedeniyle ihlal kararları verebildiğine dikkat çekmiştir (*A.D ve diğerleri/Türkiye*, B. No: 22681/09, 22.7.2014, §§ 95-104; *Gebremedhin/Fransa*, B. No: 25389/05, 26.4.2007, § 66).

Mevzuatımızda 04.04.2013 tarihli ve 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 52 nci maddesinde; "*yabancıların, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebileceği*" düzenlemesine yer verilmiş ve 53 üncü maddede sınır dışı etme kararına yer verilmiştir. Anayasa Mahkemesi, 6458 sayılı Kanunu'nun 53 üncü maddesindeki¹³ düzenlemeyi, sınır dışı etme yönünden etkili bir başvuru yolu olarak değerlendirmiş ve buna göre, sınır dışı etme kararının gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilmesi, hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisine, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirme yapılması ve yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmemesi gerektiğine işaret etmiştir.

Mahkeme, 2937 sayılı Kanun'da, tutuklu ve hükümlülerin iade ve takas işlemlerine karşı yargı yollarını kullanabilme yönünden etkili bir başvuru yolu oluşturulmaksızın dava konusu kuralla söz konusu istisnai usulün benimsendiğini belirterek dava konusu kuralla anılan nitelikte güvenceler ve konuya ilişkin benzeri teminatlar öngörülmeden koşulları ve sınırları belirsiz bir

13 **6458 sayılı Kanun madde 53:** "(1) Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır.

(2) Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

(3) Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancıнын rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındaki hariç, yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez.

yetkinin düzenlenmesinin, kişilerin hukuki güvenliklerini ve hak arama hürriyetlerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmış ve dava konusu kuralı, Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2 nci ve hak arama hürriyetinin düzenlendiği 36 ncı maddelerine aykırı bularak iptaline hükmetmiştir.

IV. TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN TAKASINA İLİŞKİN KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel nitelikteki suçluların iadesi prosedüründe, “*idari sistem*”, “*adli sistem*” ve “*karma sistem*” olmak üzere üç sistem bulunmaktadır¹⁴.

İdari sistemde, talepten kabulü veya reddi konusunda karar verme yetkisi yürütme organına bırakılmıştır. İdari sistemi kabul eden ülkelerde, talepname ve dosya önce savcılığa yollanır, onun görüşü alındıktan sonra yürütme organınca bir karara varılır. Bu sistemde savcının görüşü, istişari bir nitelik taşıyıp yargısal bir karar mahiyetinde değildir.

Adli sistemde, yabancı devletin iade talebi, yalnızca yargısal bir incelemeden geçmektedir. Bu sistemde, iadenin mümkün olup olmayacağı konusundaki nihai karar mahkeme tarafından verilir. Tam bir serbesti ve bağımsızlık içinde iade talebini değerlendiren mahkeme, iade talebinin reddine ya da kabulüne karar verebilir. Bu sistemde, mahkeme kararına karşı başvuru yolları açık tutulur.

Karma sistemde ise, iade konusundaki karar mekanizması kısmen idari kısmen de yargısal bir süreçten geçmektedir. Talepname iki aşamada incelenir ve iade talepten önce iki dosya önce dışişleri sonra adalet bakanlığına teslim edilir. Sonrasında talep, Adalet Bakanlığınca Mahkemeye gönderilir. Mahkeme, ilgili yasal prosedür açısından talebi değerlendirir ve talebin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir. Mahkeme iade talebini reddederse, iade gerçekleşmemiş olur. İadenin kabul edilebilir olduğuna karar verilirse, ikinci aşamada yürütme organı tarafından iadesi istenen şahsın iadesinin yapılıp yapılmayacağı kararlaştırılır. İkinci aşamadaki bu karar tamamen idari bir nitelik taşımakta olup, idare, serbest bir şekilde bu konuda takdir yetkisine sahiptir.

Hukukumuzda, genel anlamda suçluların iadesine ilişkin olarak “*karma sistem*” kabul edilmiştir. 6706 sayılı Kanun'a göre, iade talebi hakkında karar vermeye, kişinin bulunduğu yer ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Kişinin bulunduğu yer belli değilse, Ankara ağır ceza mahkemesi yetkilidir. Cumhuriyet başsavcılığı, iade talebine ilişkin karar vermek üzere ağır ceza mahkemesinden talepte bulunacaktır (m.15).

Kişinin rızaya dayalı iade usulünü¹⁵ kabul etmemesi hâlinde mahkeme, iade şartlarını bu Kanun ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerine göre inceleyerek iade talebinin

14 Centel-Zafer-Çakmut, s.190; Duman, 684, 685; Özgenç, s.1046.

15 6706 sayılı Kanun'un 17 nci maddesinde rızaya dayalı iade usulü şu şekilde düzenlenmiştir: “(1) Kişi, iadeye rıza göstermesi hâlinde normal iade usulü uygulanmadan talep eden devlete iade edilebilir.

(2) Ağır ceza mahkemesince kişiye, Ceza Muhakemesi Kanununda belirtilen haklarıyla birlikte rızaya dayalı iadenin mahiyeti ve hukuki sonuçları anlatılır. Kişiye rızaya dayalı iade usulünü kabul edip etmediği sorulur.

kabul edilebilir olup olmadığına karar verecektir. Talep eden devlet tarafından gönderilen belgelerin yeterli görülmemesi hâlinde mahkeme, uygun bir süre içinde ek bilgi ve belgelerin gönderilmesini isteyebilir. İade yargılamasında katılma talebinde bulunulamaz. Mahkemenin kararına karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay bu başvuruları üç ay içinde sonuçlandırır. Kararın kesinleşmesi hâlinde iade evrakı karar ile birlikte Merkezî Makama gönderilir (6706 sk.m.18).

Ağır ceza mahkemesince iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, bu kararın yerine getirilmesi, Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayına bağlıdır. Merkezî Makam iade talebinin kabul veya ret edildiğini, talep eden devlete ve iadesi talep edilen kişiye bildirir (6706 sk.m.19).

Görüldüğü gibi, suçların iadesi ile ilgili genel prosedüre ilişkin olarak, 6706 sayılı Kanun karma sistemi kabul etmiştir. Bu yönüyle, suçluların iadesine ilişkin verilen kararların “karma” nitelikte bir işlem olduğu ifade edilmelidir¹⁶.

2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26 ncı maddesinin son fıkrasındaki, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ve takasına ilişkin özel düzenlemeye göre, Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilir veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilecektir.

2937 sayılı Kanun'daki bu düzenlemede, tutuklu ve hükümlülerin iadesi ya da takası ile ilgili olarak yargısal bir karar mekanizması öngörülmemiş, tamamen idari bir mekanizma benimsenmiştir. Maddede aranan koşulların varlığı ve yürütmenin bu konudaki kararı ile tutuklu ve hükümlülerin yabancı bir ülkeye iadesi ya da bir başka tutuklu veya hükümlüyle takası söz konusu olabilecektir.

Sonuç olarak, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasındaki düzenlemenin, idari bir kararla¹⁷ gerçekleştirilebilen ve istisnai koşullara bağlanan özel nitelikte bir iade ve takas usulünü düzenlediği söylenebilir.

(3) Mahkeme, kişinin rızaya dayalı iade usulünü kabul etmesi üzerine bu Kanun ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerine göre iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verir. Bu karara karşı itiraz yoluna başvurulabilir. Kararın kesinleşmesi hâlinde iade evrakı Merkezî Makama gönderilir.

(4) Rızaya dayalı iade usulü uygulanarak verilen iade kararının yerine getirilmesi, Merkezî Makamın onayına bağlıdır.

16 Özgenç, s.1049.

17 Özgenç, s.998.

V. TUTUKLU VE HÜKÜMLÜLERİN İADE VEYA TAKAS EDİLEBİLMESİNİN KOŞULLARI

A. BİR SUÇTAN TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜ BİR KİMSE BULUNMALIDIR

Tutuklama, ceza muhakemesinde, kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında verilen özgürlüğü kısıtlayıcı bir tedbirdir¹⁸. Hukuki niteliği itibarıyla koruma tedbiri olan tutuklama, temel hak ve hürriyetlere en ağır müdahale oluşturan koruma tedbirlerinden olup, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 100 vd. maddelerinde düzenlenmiştir¹⁹.

Buna göre, bir suç işlediği iddiasıyla hakkındaki soruşturma ya da kovuşturma devam etmekle birlikte, CMK'nın 100 üncü maddesindeki koşulların varlığı dolayısıyla yetkili hakim tarafından, kaçacağı veya delilleri karartacağı hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı gibi nedenlerle hakkında tutuklama kararı verilmesi sonucunda tutukevine konularak hürriyeti kısıtlanan kimseye "tutuklu" denilir.

- 18 Tutuklama tedbiri hakkında bkz. **Şahin, Cumhuriyet**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. Bası, Ankara 2018, s.297 vd.; **Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018, s.271 vd.; **Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018, s.345 vd.; **Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Gezer, Özge Sırma-Saygılar Kırıt, Yasemin F-Akcan, Esra Alan-Özaydın, Özdem-Tütüncü, Efser Erden-Villemin Derya Altunok-Tok, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018, s.458 vd.
- 19 **CMK.m.100:** (1) Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilebilir. İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez.
- (2) Aşağıdaki hallerde bir tutuklama nedeni var sayılabilir: a) Şüpheli veya sanığın kaçması, saklanması veya kaçacağı şüphesini uyandıran somut olgular varsa. b) Şüpheli veya sanığın davranışları; 1. Delilleri yok etme, gizleme veya değiştirme, 2. Tanık, mağdur veya başkaları üzerinde baskı yapılması girişiminde bulunma, Hususlarında kuvvetli şüphe oluşturuyor.
- (3) Aşağıdaki suçların işlendiği hususunda kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı halinde, tutuklama nedeni var sayılabilir: a) 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda yer alan; 1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78), 2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83), 3. Silahla işlenmiş kasten yaralama (madde 86, fıkra 3, bent e) ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama (madde 87), 4. İşkence (madde 94, 95) 5. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102), 6. Çocukların cinsel istismarı (madde 103), 7. Hırsızlık (madde 141, 142) ve yağma (madde 148, 149), 8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188), 9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (iki, yedi ve sekizinci fıkralar hariç, madde 220), 10. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 307, 308), 11. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315), b) 10.7.1953 tarihli ve 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanunda tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları. c) 18.6.1999 tarihli ve 4389 sayılı Bankalar Kanununun 22 nci maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu. d) 10.7.2003 tarihli ve 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanununda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.
- e) 21.7.1983 tarihli ve 2863 sayılı Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 68 ve 74 üncü maddelerinde tanımlanan suçlar. f) 31.8.1956 tarihli ve 6831 sayılı Orman Kanununun 110 uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında tanımlanan kasten orman yakma suçları. g) 6/10/1983 tarihli ve 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanununun 33 üncü maddesinde sayılan suçlar. h) 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen suçlar.
- (4) Sadece adli para cezasını gerektiren suçlarda veya vücut dokunulmazlığına karşı kasten işlenenler hariç olmak üzere hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda tutuklama kararı verilemez.

Bir suç işlediği iddiasıyla yapılan yargılama sonucunda hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen kişiye ise “*hükümlü*” denir.

Görüldüğü gibi, tutuklu kimse hakkında henüz kesinleşmiş bir yargı kararı bulunmazken; hükümlü, hakkında verilen mahkûmiyet kararı kesinleşen kimselere denilmektedir.

Kanuni düzenlemelerde yer almamakla birlikte, uygulamada “*hükümözlü tutuklu*” kavramı da kullanılmaktadır. Buna göre, mahkemece yapılan yargılama sonucunda hakkında verilen mahkûmiyet hükmü henüz kesinleşmemiş olan kişiler hükümözlü tutuklu olarak isimlendirilmektedir.

Hükümözlü deyimini, kanunlarda yer alan bir deyim değildir. Uygulamada cezaevlerinde mahkûmları sınıflandırmak üzere bakanlık ve cezaevi idareleri tarafından kullanılan bir terimdir. Mevzuata 22.01.2007 tarihli 45/1 nolu “Ceza İnfaz Kurumlarının Tahsisi, Nakil İşlemleri ve Diğer Hükümler” konulu genelge ile ilk derece mahkemelerince mahkûmiyet kararı verilen fakat cezaları henüz kesinleşmeyen sanıklarla ilgili dolaylı bir şekilde “hükümözlü” sıfatının kullanılmasıyla girmiştir. Yerel Mahkemece hakkında mahkûmiyet kararı verilmiş ancak dosyası istinaf ya da temyiz incelemesi için denetim mahkemesinde bulunan kişiler uygulamada hükümözlü tutuklu olarak kabul edilmektedir. Ancak, Yargıtay kararlarında da sıklıkla hakkında mahkûmiyet kararı kesinleşmeyen tutuklular için “hükmen tutuklu” deyiminin kullanıldığı görülmektedir²⁰.

B. TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜ TÜRKİYE'DE BULUNMALIDIR

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinde yer alan tutuklu veya hükümlülerin iadesi ya da takasına ilişkin prosedürün yürütülebilmesi için gereken bir diğer koşul, kişinin Türkiye'de tutuklu veya hükümlü olmasıdır. Yabancı bir ülkede bulunan kişiler ile yine bu ülkelerde bulunan tutuklu ya da hükümlülerin takas ya da iadeye konu edilmesi söz konusu olamayacaktır.

C. TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜ KİŞİ TÜRK VATANDAŞI OLMAMALIDIR

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında tutuklu veya hükümlülerin iadesi ya da takasının mümkün olabilmesi için gereken bir diğer koşul, tutuklu veya hükümlünün Türk vatandaşı olmaması gerekliliğidir. “*Vatandaşın iade edilmezliği*” olarak atlandırılan bu kural, günümüzde hemen hemen her ülke tarafından kabul edilmiş bir kuraldır²¹.

20 “Sanığın ve müdafinin hükmü süresinde 19/07/2016 tarihinde temyiz etmesinden sonra, hükmen tutuklu sanığın 11/12/2017 tarihinde, tercüman aracılığı ile alınan “temyiz hakkımdan vazgeçiyorum,” şeklindeki beyanının, temyizden vazgeçme niteliğinde olması nedeniyle, hapis cezasının süresine göre hükmün resen yapılan incelenmesinde (...)” **Yarg. 20. CD., 20.12.2015, 2017/6773, 2017/7148**; “Somut olayda İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesi tarafından 18.07.2017 tarihinde verilen kararın sanık müdafisine 21.07.2017, tarihinde tebliğ edildiği, sanık müdafininin 08.09.2017, sanığın 07.09.2017 tarihli temyiz dilekçeleri ile kararı temyiz ettikleri ve sanığın hükmen tutuklu olduğu anlaşılınca, CMK'nın 331/2. maddesi uyarınca tutuklu dava ve işlerle ilgili süreler adli tatil içinde de işleyeceğinden, adli tatilde tebliğ edilen kararı bir haftalık temyiz süresinden sonra temyiz eden sanık ve müdafininin, temyiz istemlerinin 5271 sayılı CMK'nın 298/1. maddesi uyarınca REDDİNE” **Yarg. 2. CD., 19.12.2017, 2017/5165, 2017/13859**.

21 **Ulutaş**, s.183, 186; **Turhan, Faruk**, “Alman Suçluların İadesi Hukukununun Esasları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk

Vatandaşın iadeye veya takası konu olmaması prensibinin temelinde şu gerekçeler bulunmaktadır²²:

i) Her vatandaşın kendi ülkesinde onurlu bir şekilde yaşama ve ölme hakkı vardır. Bu kapsamda her vatandaş, kendi devletin gözetimi ve korumasından yararlanma hakkına da sahiptir.

ii) Bir kimsenin, kendi ülkesi dışında bir başka ülkede yargılandığı durumlarda, o ülke mahkemesinin yabancı bir kimse hakkında önyargılı davranması ihtimal dahilindedir. Yargıçlar böyle hallerde, duygu ve önyargılarının etkisi altında kalabilir.

iii) Bir suçluyu en iyi yargılayabilecek devlet, suçluyu en iyi bilen, tanıyan, vatandaşı olduğu devlettir.

iv) Kişi, yabancı bir mahkeme önünde kendi derdini iyi ve etkili bir şekilde anlatamaz. Bu durum, adil yargılama ilkesi açısından sakıncalar doğurur.

v) Kişi, yabancı ülkede yargılandığında, o ülkenin hukukunu ve muhakeme kurallarını bilmediğinden, savunma ve adil yargılama hakkını etkili bir şekilde kullanamaz.

Vatandaşın iadeye konu olabileceğini ileri süren görüşlerin dayanakları şu şekilde özetlenebilir:

i) Devletin vatandaşı koruma ve gözetme yükümlülüğü, suç işlemeyen, kurallara uygun hareket eden, kendi yükümlülüklerini yerine getiren, dürüst vatandaşlar bakımındandır. Bu yükümlülük, suç işleyen vatandaşlar bakımından geçerli olmamalıdır.

ii) Vatandaşın iade edilmemesi kuralı, ülkeler arasında mevcut olan, işbirliği, dayanışma, güven duygusunu zedelemekte ve suçla ortak mücadele fikrini sekteye uğratmaktadır. Bu kural, ülkeler arasında güvensizlik meydana getirir.

iii) Kişi, suçu işlediği yerde değil de, bu kural sebebiyle kendi vatandaşı olduğu ülkede yargılanmak zorunda kaldığında, o ülkenin sağlıklı bir ceza muhakemesi yürütebilmesi mümkün olmayacaktır. Zira, deliller, suçun işlendiği yerde olacağından, delillerin doğrudan doğrualığı prensibi açısından mahsurlar ortaya çıkacak ve ceza muhakemesi olması gerektiği şekilde gerçekleştirilememiş olacaktır.

iv) Kişinin, yabancı bir ülkede yargılanması, mahkemelerin önyargılı değil tarafsız bir tutum sergilemesini sağlayacaktır. Çünkü bu gibi durumlarda, yabancı bir kimsenin o ülkede yargılanması, toplumun ve basın ilgisini çekecek, bu da mahkemeleri, objektif tarafsızlık konusunda daha titiz davranmaya sevk edecektir.

Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4 (cumhuriyetimize 80. Yıl armağanı), Yıl 2003, s.87, 88; Centel-Zafer-Çakmut, s.175; Öztürk-Erdem, s.127; Koca-Üzülmez, s.814, 815; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel, s.166.

22 Ulutaş, s.187-190; Öztürk-Erdem, s.127.

v) Bir kimsenin yabancı bir ülkede yargılanması halinde, dil problemi yaşaması söz konusu olamaz. Çünkü, her ülke yargılamasında bu gibi hallerde kişilerin tercümanın yardımıyla yararlanma hakkı vardır.

vi) Bir kişi kendi hukukunu da bir hukukçu kadar bilemez. Bu sebeple yabancı ülkede yargılandığında, o ülkenin hukukunu bilmemesi, normalden daha fazla bir sakınca meydana getirmez.

Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde; *“Her âkid taraf tebaasını iade etmemek hakkına haiz olacaktır”* denilmek suretiyle, vatandaşın iadesi konusu, tarafların kendi aralarında yapacakları ikili sözleşmelere ve iç hukuk düzenlemelerine bırakılmıştır.

Sözleşme; vatandaşın geri verilmemesinden doğabilecek sakıncaları önlemek için de, geri verme talebinde bulunulan tarafa, talep edenin isteği üzerine *“mahal varsa adli takibat yapabilmek üzere meseleyi alakalı makamlara intikal”* ettirmek mükellefiyetini yüklemiştir (m.6/2). Kovuşturmanın doğru bir neticeye ulaşabilmesi için suçla ilgili dosya, malumat ve eşya da, sanığın vatandaşı olduğu devlete yollanmalıdır. Talepte bulunan devlet, yapılan muamelelerden haberdar edilecektir (m.6/2).

Vatandaşlığın belirleneceği an üzerinde de durmak gerekir. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi, vatandaşlığı saptama zamanı olarak karar anını esas almaktadır. Sözleşme'nin 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendinin 1 inci cümlesinde *“şahsın milliyeti iadeye dair karar esnasında tespit edilecektir”* ifadesi yer almaktadır. Ayrıca anlaşmaya göre, iadesi istenen şahsın kendisinden iade talep edilen tarafın vatandaşı olarak, karar anı ile teslim için kararlaştırılan tarih arasında tanınsa dahi, devlet yine iade etmemek hakkına sahip olacaktır (m.6, f. 1, bent c, cümle 2). TCK'nın 6 ncı maddesine göre ise, *“vatandaş deyiminden; fiili işlediği sırada Türk vatandaşı olan kişi anlaşılır”*. Böylelikle TCK, vatandaşlığın tespiti bakımından fiilin işlendiği anı esas almıştır.

Çifte vatandaşlık durumunun söz konusu hallerde de bu kural geçerliliğini korur ve kişi vatandaşı olduğu ülke tarafından iade ya da takasa konu edilemez. Hiçbir devletin vatandaşı olmayan vatansızların, iade ya da takasa konu olabilmesinin önünde –bu koşul açısından– bir engel yoktur.

6706 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (a) bendinde; *“Uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere, iadesi talep edilen kişinin Türk vatandaşı olması”*, iade talebinin kabul edilemeyeceği haller arasında sayılmıştır. 1982 Anayasası'nın 38 inci maddesinde de; *“uluslararası Ceza Divanına taraf olmanın gerektirdiği yükümlülükler hariç olmak üzere vatandaş, suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilemez”* denilmek suretiyle, vatandaşın iade edilmezliği prensibine yer verilmiştir.

Bu düzenlemeler kapsamında, Türk vatandaşı yabancı bir ülkeye iade edilemeyecek ya da takasa konu oluşturamayacaktır. Ancak vatandaşın yabancı ülkede işlediği suçlarla ilgili olarak Türk Devleti'nin TCK'nın 10 ila 13 üncü maddeleri kapsamında yargılama yetkisini haiz olduğunu ifade etmek gerekir. Bunun anlamı, vatandaşlığın iade edilmezliği kuralının, suç işlemiş olan Türk vatandaşının Türkiye'de yargılanabilirliğini ortadan kaldırmamasıdır.

D. İADE VEYA TAKAS, MİLLİ GÜVENLİK VEYA ÜLKE MENFAATLERİ BAKIMINDAN GEREKLİ OLMALIDIR

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında tutuklu veya hükümlülerin iadesi ya da takasının mümkün olabilmesi için gereken bir diğer koşul, iade yahut takasın, milli güvenlik ya da ülke menfaatleri bakımından gerekli olmasıdır. Bu koşulun takdir ve değerlendirmesi tümüyle idari bir nitelik arz etmekte olup, yürütme organına aittir. Bu hususta, somut bir kriter getirilmemiştir. Devletin milli güvenliği ile ilgisi yoksa ülke menfaatleri bakımından da gerekli değilse, kişinin yabancı ülkeye iadesi ya da takası söz konusu olamayacaktır.

“*Milli güvenlik*” çeşitli şekillerde tanımlanabilir²³. 2945 sayılı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu'nun 2 nci maddesinde milli güvenlik; “*Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dahil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması*” şeklinde tanımlanmış, yine aynı maddede; Devletin Milli Güvenlik Siyaseti; “*milli güvenliğin sağlanması ve milli hedeflere ulaşılması amacı ile Milli Güvenlik Kurulunun belirlediği görüşler dahilinde, Bakanlar Kurulu tarafından tespit edilen iç, dış ve savunma hareket tarzlarına ait esasları kapsayan siyaseti*” şeklinde tarif edilmiştir.

“*Ülke menfaati*” ise, bir hususun, olgunun ülkenin çıkarı açısından bir fayda, avantaj ya da iyi bir sonuç sağlaması şeklinde tanımlanabilir.

Tutuklu veya hükümlünün iade ya da takasının söz konusu olabilmesi için, iade ya da takasın ya milli güvenlik açısından ya da ülke menfaati açısından gerekli olması gerekir. Milli güvenlik açısından gerekli olmayıp da, tutuklu veya hükümlünün iadesi ya da takasının ülke menfaati açısından olumlu olacağına ya da tersinin değerlendirildiği durumlarda da iade ya da takas mümkün olabilir.

E. DIŞIŞLERİ BAKANI'NIN TALEBİ BULUNMALIDIR

2937 sayılı Kanun'unun 26 ncı maddesinde yer alan tutuklu veya hükümlülerin iadesi ya da takasına ilişkin prosedürün yürütülebilmesi bu hususta Dışişleri Bakanı'nın talebinin bulunmasına bağlıdır. Dışişleri Bakanı'nın talebi olmaksızın, Türk vatandaşı olmayan tutuklu

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aybay, Rona**, “Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 33, Sayı 1, 1978, s.59 vd.; **Gürpınar, Bulut**, “1982 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Aralık 2012, s.124 vd.

ya da hükümlünün, yabancı ülkeye iadesi ya da takası konusunda 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesindeki prosedürün başlatılabilmesi mümkün değildir.

F. TUTUKLU VEYA HÜKÜMLÜNÜN, AYRIMCILIK YAPILMAK SURETİYLE CEZALANDIRILMAYACAĞI, ONUR KIRICI CEZA VEYA KÖTÜ MUAMELEYE MARUZ KALMAYACAĞINA İLİŞKİN GÜVENCELER BULUNMALIDIR

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasındaki düzenleme kapsamında, tutuklu veya hükümlünün iadesi ya da takasının mümkün olabilmesi için, tutuklu veya hükümlünün, ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvencelerin bulunması gerekir.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasına, 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle ilk olarak eklenen fıkradaki düzenlemede, bu koşula yer verilmemişti. Anayasa Mahkemesi, düzenlemede bu koşula yer verilmemesinin Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı başta olmak üzere düşünce, kanaat ve din özgürlüğü ile ayrımcılık, kötü muamele ve işkence yasağı haklarını ihlal edebileceğini ve ayrıca aynı hak ihlallerinin takas yoluyla yapılacak iadelerde de gerçekleşmesinin mümkün olabileceğini belirterek, söz konusu koşulun eksikliğini Anayasa'ya aykırı bulmuştur.

Nitekim, iptal kararı üzerine getirilen yeni düzenlemede, bu husus göz önünde bulundurulmuş ve iade ve takas usulü açısından, tutuklu veya hükümlünün, ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvencelerin bulunması, yeni bir koşul olarak aranmıştır.

Gerçekten de, Türkiye'de bulunan bir tutuklu ya da hükümlünün, yabancı devlete iadesi ya da takası gündeme geldiğinde, yabancı devlete iade edilecek kişinin sırf belirli bir dünya görüşüne sahip olması yahut dini, dili, ırkı, cinsiyeti, milliyeti nedeniyle, kısacası insanlar arasındaki belirli farklılıklar gözetilerek ayrımcılık yapılmak suretiyle bir yaptırıma tabi tutulması ihtimal dahilinde görülebilir. Keza, ayrımcılığa tabi tutularak yaptırım uygulanma riskinin yanında tutuklu veya hükümlünün iade edileceği ülkede onur kırıcı bir muameleye tabi tutulabileceği, işkence, eziyet veya kötü muameleye maruz kalabileceği konusunda endişeler ortaya çıkabilir. İşte bu gibi durumlar, insan hakları açısından söz konusu işlemleri mahsurlu hale getirebilir ve Türkiye'nin uluslararası alanda insan haklarına ilişkin üstlenmiş olduğu yükümlülükler açısından problemler ortaya çıkarabilir. Aynı zamanda, insan haklarına dayanan bir hukuk devleti olmanın getirmiş olduğu uluslararası düzeydeki saygınlığa da gölge düşebilecek olması sebebiyle, yasa koyucunun böyle bir koşula yer verdiğini ifade etmek gerekir.

Esasen, söz konusu koşul, iade müessesine ilişkin genel bir prensip niteliğini taşımakta olup, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3 üncü maddesinin 2 nci fıkrasında bu husus

düzenlenmiş ve burada; *“kendisinden iade talep edilen taraf, adi bir suç için vaki iade talebinin bir şahsı ırk, din, milliyet veya siyasi kanaat cihetinden takip veya cezalandırmak gayesiyle yapıldığına veya bu şahsın vaziyetinin bu sebeplerden biri dolayısıyla ağırlaşabileceğine dair ciddi sebepler mevcut olduğuna kanaat hâsıl ettiği takdirde de aynı kaide tatbik edilecektir”* denilmek suretiyle, samimi olmayan taleplerin geri çevrileceği hükme bağlanmıştır.

Bu koşul, suçluların iadesine ilişkin genel düzenlemelerin yer aldığı 6706 sayılı Kanun’un 11 inci maddesinde de yer almakta olup, *“iadesi talep edilen kişinin ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı, belli bir sosyal gruba mensubiyeti veya siyasi görüşleri nedeniyle bir soruşturma veya kovuşturmayla maruz bırakılacağına veya cezalandırılacağına ya da işkence veya kötü muameleye maruz kalacağına dair kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması”*, iadenin kabul edilemeyeceği haller arasında sayılmıştır.

G. İADE VEYA TAKAS, TÜRKİYE İLE YABANCI BİR ÜLKE ARASINDA SÖZ KONUSU OLMALIDIR

Tutuklu veya hükümlünün takası ya da iadesi ancak Türkiye ile ülke statüsüne haiz yabancı bir devlet arasında söz konusu olabilir. Ülke, sözlükte, *“bir devletin egemenliği altında bulunan bağımsız, uluslararası antlaşmalara dayalı sınırlarla çevrili, üzerinde dil, kültür ve ülkü bakımından birlik oluşturan bir ulusun yaşadığı toprakların tümü”*²⁴ olarak tarif edilmiş olup, bu niteliği haiz olmayan bir grup, topluluk, siyasi, dini yapı ya da oluşumların veya suç örgütleri ile terör örgütlerinin, takas ya da iadede muhatap alınabilmesi mümkün değildir.

VI. İADE VE TAKASIN, SUÇLULARIN İADESİNE İLİŞKİN GENEL PROSEDÜRLE KARŞILAŞTIRILMASI

A. İKİ ÜLKE ARASINDA ANLAŞMANIN BULUNMASININ ŞART OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN

6706 sayılı Kanun kapsamında suçluların iade edilebilmesi, talep eden ve edilen devletler arasında bir anlaşmanın bulunmasına bağlıdır. Anlaşma bulunmayan hallerde, genel iade prosedürü kapsamında, talep edilen devletin kişiyi iade etme zorunluluğu ya da böyle bir yükümlüğü bulunmamaktadır. Ancak ikili iyi ilişkiler gözetilerek, böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen, talep edilen devlet kişiyi talep eden devlete iade edebilir. Bu gibi hallerde, talep edilen devlet iade edip etmeme konusunda serbesttir.

2937 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesindeki özel iade ve takas prosedürünün uygulanabilmesi için, iki ülke arasında bir anlaşma bulunması koşul olarak aranmamıştır. Türkiye’nin, suçluların iadesine dair bir anlaşmaya varmadığı ülkelerle de tutuklu veya hükümlü takası yapabilmesi ya da bu çerçevede kişiyi iade edebilmesi mümkündür. Önemli olan, muhatabın ülke statüsüne sahip

²⁴ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlüğü.

olmasıdır. Böylelikle, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesindeki düzenlemenin, belirli koşullar altında devlete, bir tutuklu ya da hükümlünün yabancı bir ülkeye iadesi ya da takası konusunda "idari nitelikte" özel bir yetki tanıdığını ifade etmek gerekir.

B. İADE VEYA TAKASA KONU SUÇUN HER İKİ ÜLKE KANUNUNDA DA SUÇ OLMASININ GEREKİP GEREKMEDİĞİ YÖNÜNDEN

Suçluların iadesine ilişkin genel prosedürün uygulanabilmesi için, iadeye konu fiilin her iki ülke (talep eden ve talepte bulunulan ülke) kanunlarına göre suç teşkil etmesi gerekir. Bu prensibe "çifte suçluluk prensibi" denilmektedir²⁵. Ayrıca, kişinin iade edilebilmesi için, iadeye konu fiilin her iki ülke kanununda suç olarak düzenlenmiş olmasının yanı sıra, her ülke yasasına göre de kovuşturulabilir olması gerekir²⁶. Ayrıca, eylem zamaşımı veya affa uğramış ise, iade talebi kabul edilemeyecektir (6706 sk.m.11/1-c-5). Nitekim bu kural aynı zamanda, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 10 uncu maddesinde "dava veya cezanın, kendisinden iade talep edilen taraf veya iade talebinde bulunan taraf mevzuatına göre müruuruzamana uğramış olması halinde iadeye cevaz yoktur" denilmek suretiyle düzenlenmiştir²⁷.

6706 sayılı Kanun'un 10 uncu maddesinde, yabancı ülkede işlenen bir suç nedeniyle hakkında adli merciler tarafından ceza soruşturması veya kovuşturması başlatılan ya da mahkûmiyet kararı verilen bir yabancının, talep üzerine, soruşturma veya kovuşturmanın sonuçlandırılabilmesi ya da hükmedilen cezanın infazı amacıyla talep eden devlete iade edilebileceği belirtilmiş, ayrıca talep eden devlet hukuku ile Türk hukukuna göre, soruşturma veya kovuşturma aşamasında üst sınırı bir yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren suçlardan dolayı iade talebi kabul edilebileceği hükme bağlanmıştır. Buna göre, iade talebinin kabul edilebilmesi, iadeye konu fiilin her iki ülke kanununda da suç olarak düzenlenmiş olmasına bağlıdır.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesindeki özel iade ve takas prosedürünün uygulanabilmesi açısından, iade veyahut takasa konu fiilin, Türk kanunlarına göre suç teşkil etmesi yeterli olup, yabancı ülke kanununda fiilin suç olarak düzenlenmiş olması şart koşulmamıştır. Buna göre, Türkiye'de bir suçtan dolayı tutuklu ya da hükümlü bulunan bir kimse, 26 ncı maddenin son fıkrasındaki diğer koşulların da bulunması kaydıyla, yabancı bir ülkeye iade edilebilir ya da bir başka kimseyle takas edilebilir.

C. İADE VEYA TAKASA KONU OLUŞTURABİLECEK SUÇLAR BAKIMINDAN BİR SINIRLAMA OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN

Suçluların iadesine ilişkin genel prosedür kapsamında iade, belli suçlar bakımından mümkün olabilir. Bu hususta, Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nde asgari ceza

25 Turhan, Alman Suçluların İadesi, s.80; Özgenç, s.1017; Öztürk-Erdem, s.116; Koca-Üzülmez, s.812.

26 Koca-Üzülmez, s.815, 816; Özgenç, s.1020.

27 Koca-Üzülmez, s.815, 816; Özgenç, s.1020.

müddeti sistemi benimsenmiştir. Sözleşmede, talep edilen şahsın, şüpheli, sanık veya mahkûm olmasına göre farklı ceza müddetleri öngörülmüştür²⁸. Avrupa Sözleşmesinin 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasında, şüpheli veya sanığın iade edilebilmesi için işlemekle itham bulunduğu fiilin her iki devlet kanununa göre “... en aşağı bir sene müddetle hürriyeti selb edici mahiyette olan bir cezayı veya emniyet tedbirini veya daha ağır bir cezayı mucip ...” olması aranmıştır. İşlenen suçtan dolayı hürriyeti bağlayıcı bir ceza ya da güvenlik tedbirine (detention order) hükmedilmiş olması durumunda ise, Sözleşmenin 2 nci maddesinin 1 inci fıkrasının son cümlesi uyarınca, iadeyi isteyen tarafın ülkesinde verilmiş olan cezanın en aşağı 4 ay olması gerekmektedir.

Ölüm cezası gerektiren suçlar bakımından²⁹ nasıl hareket edileceği konusunda hem Sözleşme’de hem de 6706 sayılı Kanun’da düzenlemeler bulunmaktadır. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi’nin 11 inci maddesinde; “*talep eden tarafın kanununda iade talebine sebep olan fiilin ölüm cezasını müstelzim olmasına mukabil, kendisinden iade talep edilen tarafın mevzuatında ölüm cezasının bulunmaması veya bu memlekette ölüm cezasının umumiyetle tatbik edilmemesi halinde ancak talep eden taraf ölüm cezasının infaz edilmeyeceğine dair talep edilen tarafa kafi teminat verdiği takdirde*” geri vermenin mümkün olduğunu belirtilerek, talep eden devletin kanununda talebe konu fiilin ölüm cezasını gerektirmesi durumunda, talep edilen tarafa bu ölüm cezasının infaz edilmeyeceği konusunda güvence verilmesi halinde, talebin kabul edilebileceği ifade edilmiştir³⁰.

6706 sayılı Kanun’un 11 inci maddesinde ise, iadenin kabul edilmeyeceği haller arasında; “*iade talebinin, ölüm cezası veya insan onuru ile bağdaşmayan bir ceza gerektiren suçlara ilişkin olması*” (m.11/1-d) sayılmıştır. Buna göre, iade talebine konu eylem ölüm cezası gerektiren bir suçla ilişkin ise, geri verme talebi kabul edilmeyecektir³¹.

2937 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesi kapsamında iade veya takasın söz konusu olabilmesi bakımından, suç sınırlaması öngörülmemiştir. Bu sebeple, bu düzenleme kapsamındaki özel takas ve iade usulünün herhangi bir suç bakımından uygulanabileceğini ifade etmek gerekir.

Öte yandan, 2937 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesinde, fiilin ölüm cezasını gerektirmesine ilişkin bir düzenlemeye açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte, bu maddede yazılı iade veya takas usulünün uygulanabilmesi için, iade ya da takas edilecek kişinin onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması şartı aranmıştır. Ölüm cezası, onur kırıcı bir ceza ve muamele teşkil etmesi sebebiyle, kişinin Türkiye’de tutuklu ya da hükümlü olduğu suçun, iadesi ya da takası söz

28 Centel-Zafer-Çakmut, s.174; Özgenç, s.1017; Öztürk-Erdem, s.117, 118; Koca-Üzülmez, s.813; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel, s.158, 159.

29 Bkz. Tezcan, Durmuş, “Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 38, Sayı 1, Yıl 1983, s.159 vd.; Turhan, Faruk, “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 4, Yıl 1999, s.239 vd.

30 Turhan, Alman Suçluların İadesi, s.92; Özgenç, s.1022.

31 Koca-Üzülmez, s.816.

konusu olan yabancı ülkede ölüm cezasını gerektirmesi halinde, bu cezanın uygulanmayacağına ilişkin güvencelerin bulunması kaydıyla, iade ya da takasın mümkün olabileceğini ifade etmek gerekir.

D. İADE VEYA TAKAS YASAĞI KAPSAMINDA SUÇ BULUNUP BULUNMADIĞI YÖNÜNDEN

6706 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinde, iade talebine esas teşkil eden fiilin, düşünce suçu, siyasi suç veya siyasi suçla bağlantılı bir suç, sırf askerî suç niteliğinde olması, iade engeli oluşturan hallerden biri olarak kabul edilmiştir³².

Ayrıca, yine 6706 sayılı Kanun'un 11 inci maddesine göre, iade talebine esas teşkil eden fiil, Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenmiş bir fiil ise ya da iade talebine konu olan suç, Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suç ise, bu hallerde de iade talebi kabul edilemeyecektir³³.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinde yer alan iade ya da takas usulü açısından ise böyle bir sınırlama öngörülmemiştir. Şu halde, düşünce suçu, siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı bir suç veyahut askeri bir suçtan dolayı tutuklu ya da hükümlü bulunan bir kimsenin, 26 ncı maddenin son fıkrasındaki koşulların bulunması halinde iadesi veya takası mümkündür.

Tutuklu ve hükümlülerin takası ve iadesine ilişkin 2937 sayılı Kanun, suçun mağduru açısından bir belirleme yapmamış, Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenen suçlar bakımından da iade ve takasın yapılabilmesine zımnen imkân tanımıştır.

Öte yandan, 2937 sayılı Kanun kapsamında, Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlünün işlediği suçun, Türkiye'nin yargılama yetkisine girmeyen bir suç olması gerekmektedir. Bu durum, Türk Devleti'nin milli güvenlik ve ülke menfaatlerinin gerektirdiği durumlarda bir suçun yargılama yetkisini ikinci plana atarak bundan feragat edebilmesine olanak tanımaktadır.

E. TALEBİN VARLIĞININ ŞART OLUP OLMADIĞI YÖNÜNDEN

Suçluların iadesine ilişkin genel prosedürün işletilebilmesi, her şeyden önce yabancı devlet tarafından bu hususta bir talepte bulunulmuş olmasına bağlıdır. Talep olmadan, Türkiye'de bulunan bir kişinin iade edilebilmesi mümkün değildir.

32 Bkz. Centel-Zafer-Çakmut, s.176-188; Öztürk-Erdem, s.118-120; Koca-Üzülmez, s.818, 824; Özgenç, s.1024-1036; Demirbaş, s.187-191; Özbek-Doğan-Bacaksız-Tepe, Genel, s.162-166.

33 Özgenç, s.1039,1040; Koca-Üzülmez, s.816, 817.

2937 sayılı Kanun'da yer alan özel iade ve takas usulünün uygulanabilmesi için ise, yabancı bir devletin talepte bulunmuş olmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bu usul açısından da talep koşulu mevcut olup, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde, bu özel iade ve takas usulünün uygulanabilmesi, Dışişleri Bakanının talebi koşuluna bağlanmıştır.

F. ORANTILILIK KOŞULU YÖNÜNDEN

6706 sayılı Kanun'un 11 inci maddesinin 4 üncü fıkrasında; *“İadesi talep edilen kişinin, talep tarihinde on sekiz yaşını doldurmamış olması, uzun zamandan beri Türkiye’de bulunuyor olması veya evli bulunması gibi kişisel hâlleri nedeniyle, iadenin kişinin kendisini veya ailesini, fiilin ağırlığı ile orantısız şekilde mağdur edecek olması durumunda iade talebi kabul edilmeyebilir”* denilmek suretiyle orantılılık koşuluna yer verilmiştir. Bu hallerden birinin varlığı durumunda, Türk Devleti tarafından iade talebi kabul edilmeyebilecektir³⁴.

2937 sayılı Kanun'da ise orantılılık koşuluna yer verilmemiş olup, maddede yazılı diğer koşulların bulunması kaydıyla, Türkiye’de bulunan tutuklu ya da hükümlünün yabancı bir ülkeye iadesi ya da takası mümkün olabilecektir.

G. KARAR MERCİ YÖNÜNDEN

Hukukumuzda suçluların iadesine ilişkin genel prosedür kapsamında, karma sistem benimsenmiştir. 6706 sayılı Kanun'un 19 uncu maddesine göre, ağır ceza mahkemesince iade talebinin kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi hâlinde, bu kararın yerine getirilmesi, Dışişleri ve İçişleri bakanlıklarının görüşü alınarak Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayına bağlıdır.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasında ise, tutuklu ya da hükümlünün yabancı bir ülkeye iade ya da takasına karar verilebilmesi, öncelikle Dışişleri Bakanının talebine bağlı olup, bu talep üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanı'nın onayı ile tutuklu veya hükümlünün başka bir ülkeye iade edilebileceği veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebileceği belirtilmiştir.

H. KARARLARA KARŞI KANUN YOLUNUN BULUNUP BULUNMADIĞI YÖNÜNDEN

6706 sayılı Kanun'a göre, kişinin rızaya dayalı iade usulünü kabul etmemesi hâlinde, Ağır Ceza Mahkemesi, kanundaki iade şartlarını ve Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası anlaşma hükümlerine göz önünde bulundurarak iade talebinin kabul edilebilir olup olmadığına karar verecektir. Ağır ceza mahkemesinin bu kararlarına karşı temyiz yolu açıktır (m.18/4).

34 Öztürk-Erdem, s.130.

2937 sayılı Kanun kapsamında tutuklu veya hükümlülerin takası ya da iadesine, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile karar verilebilecektir.

Cumhurbaşkanının onay kararına karşı 2937 sayılı Kanun'da açık bir başvuru yolu öngörülmemiştir. Anayasa'nın 125 inci maddesinin 1 inci fıkrasında; *"idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır"* denilmekte olup, bu kapsamda, Cumhurbaşkanının onay işleminin hukuki niteliğinin idari işlem olduğu kabul edilirse, idari yargı yolunun da açık olacağı söylenebilir. Bunun aksine, bu işlemin üstün siyasi saikle yapılan bir yürütme (hükümet) tasarrufu niteliğini taşıdığı kabul edildiği takdirde, bu onay işlemine karşı idari yargı yolu kapalı olacaktır.

Kanımızca, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesindeki koşulların mahiyeti, düzenlemenin tarzı ile suçluların iadesine ilişkin genel prosedürden ayrı bir takas ve iade usulünün özel koşullar altında benimsenmiş olması, bu prosedürün, idari işlemin üzerinde bir yürütme tasarrufu olarak düzenlenmiş olduğunu ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, Türkiye'de bulunan yabancıların, iade ya da takas teklifinin Cumhurbaşkanınca onaylanması durumunda sınırdışı edilmesi gerekeceğinden, sınırdışı etme kararına karşı 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki genel başvuru yoluna müracaat edilebilmesinin önünde bir engel bulunmadığını belirtmek gerekir. Kanun'un 53 üncü maddesine göre, sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır. Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir. Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir.

VII. SINIR DIŞI ETME

A. SINIR DIŞI ETME KARARI

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 52 ila 60 ıncı maddelerinde yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre, tutuklu ya da hükümlünün iade ya da takasına ilişkin karar alınması neticesinde, tutuklu veya hükümlünün 6458 sayılı Kanun hükümleri kapsamında sınır dışı edilmesi gerekecektir.

Yabancılar, sınır dışı etme kararıyla, menşe ülkesine veya transit gideceği ülkeye ya da üçüncü bir ülkeye sınır dışı edilebilir (m.52). Sınır dışı etme kararı, Genel Müdürlüğün talimatı üzerine veya resen valiliklerce alınır. Karar, gerekçeleriyle birlikte hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıya veya yasal temsilcisine ya da avukatına tebliğ edilir. Hakkında sınır dışı etme kararı

alınan yabancı, bir avukat tarafından temsil edilmiyorsa kendisi veya yasal temsilcisi, kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilir.

1. Sınır Dışı Etme Kararı Alınabilecekler

Hakkında sınır dışı etme kararı alınacaklar 6458 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, a) 5237 sayılı Kanununun 59 uncu maddesi kapsamında sınır dışı edilmesi gerektiği değerlendirilenler b) Terör örgütü yöneticisi, üyesi, destekleyicisi veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar c) Türkiye'ye giriş, vize ve ikamet izinleri için yapılan işlemlerde gerçek dışı bilgi ve sahte belge kullananlar ç) Türkiye'de bulunduğu süre zarfında geçimini meşru olmayan yollardan sağlayanlar d) Kamu düzeni veya kamu güvenliği ya da kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar e) Vize veya vize muafiyeti süresini on günden fazla aşanlar veya vizesi iptal edilenler f) İkamet izinleri iptal edilenler g) İkamet izni bulunup da süresinin sona ermesinden itibaren kabul edilebilir gerekçesi olmadan ikamet izni süresini on günden fazla ihlal edenler ğ) Çalışma izni olmadan çalıştığı tespit edilenler h) Türkiye'ye yasal giriş veya Türkiye'den yasal çıkış hükümlerini ihlal edenler ı) Hakkında Türkiye'ye giriş yasağı bulunmasına rağmen Türkiye'ye geldiği tespit edilenler i) Uluslararası koruma başvurusu reddedilen, uluslararası korumadan hariçte tutulan, başvurusu kabul edilemez olarak değerlendirilen, başvurusunu geri çeken, başvurusu geri çekilmiş sayılan, uluslararası koruma statüleri sona eren veya iptal edilenlerden haklarında verilen son karardan sonra bu Kanunun diğer hükümlerine göre Türkiye'de kalma hakkı bulunmayanlar j) İkamet izni uzatma başvuruları reddedilenlerden, on gün içinde Türkiye'den çıkış yapmayanlar k) Uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler (f.1). Burada yer alan ve (b), (d) ve (k) bentleri kapsamında oldukları değerlendirilen uluslararası koruma başvuru sahibi veya uluslararası koruma statüsü sahibi kişiler hakkında uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilir (f.2)

2. Sınır Dışı Etme Kararı Alınmayacaklar

6458 sayılı Kanun'un 54 üncü maddesi kapsamında olsalar dahi, şu yabancılar hakkında sınır dışı etme kararı alınmaz: a) Sınır dışı edileceği ülkede ölüm cezasına, işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye maruz kalacağı konusunda ciddi emare bulunanlar, b) Ciddi sağlık sorunları, yaş ve hamilelik durumu nedeniyle seyahat etmesi riskli görülenler, c) Hayati tehlike arz eden hastalıkları için tedavisi devam etmekte iken sınır dışı edileceği ülkede tedavi imkânı bulunmayanlar, ç) Mağdur destek sürecinden yararlanmakta olan insan ticareti mağdurları, d) Tedavileri tamamlanıncaya kadar, psikolojik, fiziksel veya cinsel şiddet mağdurları (f.1). Bu değerlendirmeler, herkes için ayrı yapılır. Bu kişilerden, belli bir adreste ikamet etmeleri, istenilen şekil ve sürelerde bildirimde bulunmaları istenebilir (f.2).

3. Sınır Dışı Etme Kararlarına Karşı Başvuru Yolu

Yabancı veya yasal temsilcisi ya da avukatı, sınır dışı etme kararına karşı, kararın tebliğinden itibaren on beş gün içinde idare mahkemesine başvurabilir. Mahkemeye başvuran kişi, sınır dışı etme kararını veren makama da başvurusunu bildirir. Mahkemeye yapılan başvurular on beş gün içinde sonuçlandırılır. Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu karar kesindir. Yabancı rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde 54 üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç, yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmez (m.53/3).

VIII. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMALARIN DEVRİ

A. GENEL OLARAK

2937 sayılı Kanun'da öngörülen takas ve iade usulünün yanı sıra, Türkiye'de devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturmanın yabancı bir ülkeye, yabancı bir ülkede devam etmekte olan soruşturma ve kovuşturmanın da Türkiye'ye devredilmesi belirli şartlar altında mümkündür.

Soruşturmanın veya kovuşturmanın devri, 6706 sayılı Kanun'un 23 üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, 6706 sayılı Kanun ve taraf olunan milletlerarası andlaşmalar çerçevesinde, işlenen suçlarla ilgili Türkiye'de yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar yabancı devletlere devredilebilir; yabancı devletlerde işlenen suçlarla ilgili yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilir (f.1). Milletlerarası andlaşma bulunmaması hâlinde, müttekabiliyet ilkesi esas alınarak 6706 sayılı Kanun çerçevesinde soruşturma veya kovuşturmalar devredilebilir veya devralınabilir (f.2).

B. SORUŞTURMANIN VEYA KOVUŞTURMANIN YABANCI DEVLETE DEVREDİLMESİ

Üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar; a) Şüpheli veya sanığın yabancı devletin vatandaşı olması nedeniyle Türkiye'de hazır bulundurulamaması veya adli yardımlaşma yoluyla savunmasının alınamaması, b) Türk vatandaşı olan şüpheli veya sanığın yabancı devlette mutad olarak bulunması veya delillerin bu devlette olması nedeniyle devrin, gerçeğin ortaya çıkarılmasına imkân vermesi, hâllerinde devredilebilir (m.24/1).

Soruşturma veya kovuşturmanın devri adli merciler tarafından talep edilir. Adalet Bakanlığı'nın olumlu görüşü üzerine talep, ilgili devlete gönderilir. Bu işlem, soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesine engel değildir. Devir talebine, soruşturma veya kovuşturma dosyasının bir sureti ve gerekli olduğunda tercümesi eklenir. Devir talebinin kabul edilmesi ve istem üzerine delil niteliğindeki eşyalar da gönderilir (f.2).

Soruşturmanın devri talebinin kabul edilmesi üzerine, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171 inci maddesinde düzenlenen koşullara ve sonuçlarına bakılmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilir. Şüpheli hakkında yabancı adli merci tarafından dava açılması durumunda kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir. Dava açılmaması hâlinde, buna ilişkin kararın gerekçesi değerlendirilmek suretiyle soruşturmaya devam edilebilir (f.3).

Kovuşturmanın devri talebinin kabul edilmesi üzerine durma kararı verilir. Sanık hakkında yabancı adli merci tarafından mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda düşme kararı verilir. Mahkûmiyet kararı dışında bir karar verilmesi durumunda, buna ilişkin kararın gerekçesi değerlendirilmek suretiyle kovuşturmaya devam edilebilir (f.4).

Yabancı devletin soruşturma veya kovuşturmanın devrinin kabulüne ilişkin karardan vazgeçtiğini bildirmesi veya devredilen soruşturma veya kovuşturmanın sağlıklı bir şekilde yürütülmediğinin Merkezî Makamca adli mercie bildirilmesi hâlinde soruşturma veya kovuşturmanın yürütülmesine karar verilir (f.5).

Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde soruşturma veya kovuşturmanın devri talebiyle birlikte veya öncesinde, talep edilen devlet makamlarından elkoyma ve tutuklama dâhil bütün geçici tedbirlerin alınması istenebilir (f.6)

C. SORUŞTURMA VEYA KOVUŞTURMANIN DEVRALINMASI

Yabancı bir ülkede devam etmekte olan soruşturma veya kovuşturmanın devralınması da mümkün olup, 6706 sayılı Kanun'un 25 inci maddesinde bunun koşulları düzenlenmiştir. Buna göre, yurt dışında işlenen ve Türk hukukuna göre zamanaşımına veya affa uğramamış, üst sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç nedeniyle yabancı bir devlette yürütülen soruşturma veya kovuşturmalar devralınabilir. Ancak; a) Kişi, Türkiye'de mutad olarak bulunmuyorsa, b) Kişi, Türk vatandaşı değilse, c) Suç, talep eden devletin sınırları dışında işlenmişse, ç) Devir talebine konu fiil nedeniyle kişi daha önce Türkiye'de yargılanmışsa, devir talebi kabul edilmez (f.1).

Adalet Bakanlığının uygun görmesi üzerine soruşturmanın veya kovuşturmanın devrine ilişkin talep, yetkili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Cumhuriyet başsavcılığı soruşturma veya kovuşturmanın devrine konu olan suça ilişkin soruşturma başlatır ve sonucuna göre işlem yapar (f.2). Talepte bulunan yabancı devlet mevzuatına göre yapılmış soruşturma veya kovuşturma işlemleri ve elde edilen deliller Türk hukuku bakımından geçerli sayılır (f.3).

IX. İNFAZIN DEVRİ

A. İNFAZIN DEVRALINMASI

Yabancı bir ülkede bir kimse hakkında verilen mahkûmiyet kararlarının infazının, Türkiye tarafından devralınması ve infazın Türkiye’de yapılabilmesi, 6706 sayılı Kanun’un 26 ncı maddesi çerçevesinde belirli koşullar altında kabul edilmiştir.

Buna göre, yabancı devlet mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararları şu koşulların birlikte bulunması hâlinde Türkiye’de infaz edilebilir: a) Hükümlünün Türkiye’de bulunması. b) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. c) Mahkûmiyet kararına konu fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi ve zamanaşımına uğramamış olması. ç) Hürriyeti bağlayıcı cezalar için, merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hürriyeti bağlayıcı cezasının bulunması. d) Aynı suçtan dolayı Türkiye’de soruşturma veya kovuşturma yapılmamış olması (f.1).

İnfazın devri talebinde bulunulması hâlinde, yabancı devlet makamlarından; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) İnfazı gereken bakiye cezayı gösteren belge, ç) Talebin değerlendirilmesi için gerekli görülebilecek diğer bilgi ve belgeler, d) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkrada belirtilen belgelerin tercümeleri, talep edilir (f.2).

Devir koşullarının bulunmadığının tespit edilmesi veya devrin Türkiye’nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, devir talebi Adalet Bakanlığı tarafından reddedilir (f.3).

İnfazın devrine ilişkin talep alınmadan önce mahkûmiyete konu suç, ceza miktarı ve şahsın kaçma şüphesi dikkate alınarak, yabancı devletin istemi ve Adalet Bakanlığı’nın olumlu görüşü üzerine 14 üncü madde uyarınca koruma tedbirlerine karar verilebilir (f.4).

İnfazın devrine ilişkin talep, Türk hukukuna göre uyarlama kararı verilmesi için Ankara ağır ceza mahkemesine gönderilir. Mahkemece on beş gün içinde, yabancı devlette verilen mahkûmiyet kararında sübutu kabul edilen fiile, Türk kanunlarına göre verilmesi gereken ceza tayin olunur. Bu suretle belirlenen ceza, yabancı mahkeme kararında tayin edilmiş ceza süresini geçemez. Uyarlama kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilir. Ağır ceza mahkemesi koruma tedbirleri hakkında da karar vermeye yetkilidir (f.5).

Uyarlama kararı, talep eden devlet makamlarına bildirilmek üzere Adalet Bakanlığı’na gönderilir (f.6).

Yabancı devletin infazı devretmesi üzerine durum, uyarlama kararını veren mahkemeye bildirilir. Mahkeme infaza başlanılması için kararı Cumhuriyet başsavcılığına gönderir. Mahkeme ayrıca kararı Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bildirir. Ağır ceza mahkemesince verilen mahkûmiyet kararı Türk kanunlarına göre infaz edilir (m.27).

B. İNFAZIN DEVREDİLMESİ

Türkiye'de verilen bir mahkûmiyet kararının infazının, yabancı ülkeye devredilmesi de belirli şartlar altında mümkündür. Bu konu, 6706 sayılı Kanun'un 28 inci maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, Cumhuriyet başsavcılığınca, Türk mahkemeleri tarafından verilen mahkûmiyet kararlarının yabancı devlette infaz edilmesi, şu koşulların bulunması halinde talep edilebilir:

a) İnfazın devredileceği devlette bulunan hükümlünün, bu devletin vatandaşı olması veya bu devlet ile güçlü sosyal bağlarının bulunması. b) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. c) Mahkûmiyet kararına konu fiilin yabancı devlet hukukuna göre suç teşkil etmesi. ç) Hapis cezaları için, merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hapis cezasının bulunması. d) Merkezî Makamın olumlu görüşünün bulunması (f.1).

Cezaları denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak infaz edilen hükümlülerin cezaları devredilebilir (f.2). İnfazın devri talebinde bulunulması infaz işlemlerinin yürütülmesine engel değildir (f.3).

Devrin, ceza adaletinin amaçlarına hizmet etmeyeceğinin veya Türkiye'nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, devir talebi Merkezî Makam tarafından reddedilir (f.4).

Yabancı devlet makamlarına; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) İnfazı gereken bakiye cezaı gösteren belge, ç) Talebin değerlendirilmesi için gerekli görülebilecek diğer bilgi ve belgeler, d) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkrada belirtilen belgelerin tercümeleri, gönderilir (f.5).

İnfazın devredilebilmesi için devrin yapılacağı devletten infazın nasıl yapılacağını bildirilmesi istenir. Gelen bilgilere göre devir talebi, Adalet Bakanlığı'nın uygun görüşüyle Cumhuriyet başsavcılığınca geri alınabilir (f.6).

Adalet Bakanlığı, yabancı devletten infaz sırasında ortaya çıkacak özel durumlar ile infazın tamamlanması veya hükümlünün firarı gibi önemli bilgileri bildirmesini ister. Adalet Bakanlığı'na ulaşan bilgiler, Cumhuriyet başsavcılığına bildirilir. Kararın tamamen infaz edilmesi veya infaz kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmesi, Türk hukuku bakımından da aynı sonuçları doğurur. Yabancı devletin kararı infaz etmemesi veya edememesi hâlinde infaz işlemlerine Türkiye'de devam edilir (m.29).

X. HÜKÜMLÜ NAKLI

A. TÜRKİYE'YE HÜKÜMLÜ NAKLI

Yabancı devlet mahkemeleri tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün, cezanın infazı amacıyla Türkiye'ye nakledilmesi mümkün olup, bunun koşulları 6706 sayılı Kanun'un 30 uncu maddesinde düzenlenmiştir.

Buna göre, su koşulların bulunması hâlinde cezanın infazı amacıyla Türkiye'ye nakledilebilir: a) Hükümlünün Türk vatandaşı olması veya Türkiye ile güçlü sosyal bağlarının bulunması. b) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin rıza göstermesi. c) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. ç) Mahkûmiyet kararına konu fiilin Türk hukukuna göre suç teşkil etmesi. d) Merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça, talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz kurumunda infazı gereken en az altı ay hapis cezasının bulunması (f.1).

Hükümlü, kanunî temsilcisi veya yakını tarafından Türkiye'ye nakil talebinde bulunulması hâlinde, yabancı devlet makamlarından; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin nakle rıza gösterdiğine dair belge, ç) İnfazı gereken cezayı gösteren belge, d) Gerekli görüldüğü takdirde, hükümlünün sağlık durumunu gösteren tıbbî raporlar ile hastalığı varsa tedavisine ilişkin tavsiyeleri içeren belgeler, e) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkrada belirtilen belgelerin tercümelemleri, talep edilir (f.).

Nakil koşullarının bulunmadığının, naklin, hükümlünün sosyal rehabilitasyonuna katkı sağlamayacağını, ceza adaletinin amaçlarına hizmet etmeyeceğinin veya Türkiye'nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, nakil talebi Merkezî Makam tarafından reddedilebilir (f.3). Hükümlülerin nakline Adalet Bakanı karar verir (f.4).

Hükümlünün nakline karar verilmesi üzerine, ceza infaz kurumlarında kalacağı süre hükümlüye ve yabancı makamlara bildirilir. Yabancı devlet ile hükümlünün, nakli kabul etmesi üzerine, hükümlü Türkiye'ye getirilir. Hükümlü, nakil dosyası ile birlikte Cumhuriyet başsavcılığına teslim edilir. Cumhuriyet başsavcılığı, infazına başlanan karara ilişkin bilgileri Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne bildirir. Hükümlü hakkında verilen mahkûmiyet kararı Türk kanunlarına göre infaz edilir. Mahkûmiyetin esasına taallük eden talepler, hükmün esas hakkında karar veren devlet mahkemelerine yapılabilir; verilen kararlar yine Türk kanunlarına göre infaz edilir. İnfaz sırasında, hükmün verildiği devlette veya Türkiye'de genel veya özel af kabul edilmesi ya da suç veya cezayı ortadan kaldıran veya hafifleten bir sebebin ortaya çıkması hâlinde hükümlünün hukukî durumu hakkında bulunduğu yer ağır ceza mahkemesince karar verilir (m.31).

B. TÜRKİYE'DEN HÜKÜMLÜ NAKLİ

Türk mahkemeleri tarafından hakkında mahkûmiyet kararı verilen ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlünün, 6706 sayılı Kanun'un 32 nci maddesinde yazılı şu koşulların birlikte bulunması hâlinde cezanın infazı amacıyla yabancı devlete nakledilebilir: a) Hükümlünün nakledileceği devletin vatandaşı olması veya bu devlet ile güçlü sosyal bağlarının bulunması. b) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin rıza göstermesi. c) Mahkûmiyet kararının kesinleşmiş olması. ç) Mahkûmiyet kararına konu fiilin nakli istenen devlet hukukuna göre suç teşkil etmesi. d) Merkezî makamlarca aksi kararlaştırılmadıkça, talep tarihinde, hükümlünün ceza infaz

kurumunda infazı gereken en az altı ay hapis cezasının bulunması. e) Hükümlü hakkında başka bir suçtan dolayı, Türkiye'de bir soruşturma veya kovuşturma bulunmaması (f.1).

Hükümlü, kanunî temsilcisi veya yakını tarafından Türkiye'den başka bir devlete nakil talebinde bulunulması hâlinde, bu devlet makamlarına; a) Mahkûmiyet kararının onaylı sureti, b) Hükme esas alınan kanun maddelerinin metni, c) Hükümlünün veya kanunî temsilcisinin nakle rıza gösterdiğine dair belge, ç) İnfazı gereken bakiye cezaı gösteren belge, d) Gerekli görüldüğü takdirde, hükümlünün sağlık durumunu gösteren tıbbî raporlar ile hastalığı varsa tedavisine ilişkin tavsiyeleri içeren belgeler, e) Gerekli görüldüğü takdirde bu fıkrada belirtilen belgelerin tercümeleeri, gönderilir (f.2).

Nakil koşullarının bulunmadığının, naklin, hükümlünün sosyal rehabilitasyonuna katkı sağlamayacağıının, ceza adaletinin amaçlarına hizmet etmeyeceğinin veya Türkiye'nin millî güvenliği ile temel çıkarlarına uygun düşmeyeceğinin anlaşılması hâlinde, nakil talebi Merkezi Makam tarafından reddedilebilir (f.3).

Hükümlünün hapis cezası ile birlikte adli para cezasının bulunması hâlinde, nakle karar verilebilmesi için adli para cezasının ödenmesi gerekir. Adli para cezasının ödenmemesi hâlinde, ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarı hapis cezasına çevrilir. Hükümlünün Türkiye'de infaz edilen cezası, öncelikle adli para cezasından çevrilen hapis cezasına mahsup edilir. Hükümlünün ceza infaz kurumunda kaldığı süre adli para cezasından çevrilen hapis cezasını karşılamadığı takdirde infazı gereken bakiye, hapis cezasına eklenir. Bulunan ceza miktarı yabancı devlete bildirilir ve kabul edilmesi hâlinde nakle karar verilebilir (f.4).

Nakil talebinin kabul edilebilmesi için yargılama giderlerinin ödenmiş olması gerekir. Ancak, hükümlünün yargılama giderlerini ödeyebilecek durumda olmadığıının anlaşılması hâlinde, yargılama giderleri ödenmeden de nakle karar verilebilir (f.5).

Hükümlünün nakline karar verilebilmesi için naklin yapılacağı devletten hükümlünün ceza infaz kurumunda kalacağı süre ve infazın nasıl yapılacağıının bildirilmesi istenir. Bu bilgi hükümlüye tebliğ edilir (f.6). Yabancı devletin muvafakat vermesi üzerine hükümlünün nakline Adalet Bakanı karar verir (f.7).

Adalet Bakanlığı, yabancı devletten infaz sırasında ortaya çıkacak özel durumlar ile infazın tamamlanması ve hükümlünün firarına ilişkin bilgileri bildirmesini ister. Adalet Bakanlığı'na ulaşan bilgiler, kararı veren mahkemeye bildirilir. Kararın yabancı devlet tarafından tamamen infaz edilmesi veya infaz kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmesi, Türk hukuku bakımından da aynı sonuçları doğurur. Yabancı devletin kararı infaz edememesi hâlinde infaz işlemlerine Türkiye'de devam edilir (m.33).

XI. SONUÇ

Suçluların iadesi, milletlerarası kuralların esas alındığı bir kurum olduğundan, bu konu devletler arasında ikili ya da çoklu uluslararası anlaşmalar çerçevesinde çözüme kavuşturulmaktadır. Türk Devleti'nin birçok devletle arasında suçluların iadesine ilişkin anlaşma bulunmakta olup ayrıca genel bir anlaşma niteliği taşıyan 13 Aralık 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne de taraf konumundadır. Ayrıca hukukumuzda, suçluların iadesi prosedürü, 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İşbirliği Kanunu'nun 10 ila 22 nci maddelerinde düzenlenmiştir.

6706 sayılı Kanun kapsamında, suçluların yabancı bir ülkeye iade edilebilmesi için, talep eden ve talep edilen devlet arasında bir anlaşma bulunması, her iki ülke kanununa göre de suç teşkil eden bir fiilin varlığı ve bu fiilin geri vermeye konu oluşturması, bu hususta bir talebin bulunması, orantı bulunması, iadesi istenen şahsın Türk vatandaşı olmaması, suçun siyasi, düşünce, askeri suç olmaması koşullarının bir arada bulunması halinde, Türkiye'de bulunan bir kimse yabancı ülkeye iade edilebilecektir.

Tutuklu ve hükümlülerin takası ve iadesi, genel anlamda suçluların iadesi (geri verme) prosedüründen farklı özellikleri olan ve idari – hukuki işlem niteliğini taşıyan özel nitelikte karma bir müessesedir. Uluslararası ilişkiler ve devletin dış politikasını ilgilendiren ve bu yönüyle devletin egemenlik hakkıyla yakın bir ilişki içinde olan bu müessese, mevzuatımızda ilk defa 2937 sayılı Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26 ncı maddesinde düzenlenmiştir.

Tutuklu ve hükümlülerin takası ilk defa, 2937 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu'nun 26 ncı maddesine son fıkra olarak, 17.04.2014 tarih ve 6532 sayılı Kanun'un 6 ncı maddesiyle eklenen fıkra ile mevzuatımıza dahil olmuş, Anayasa Mahkemesi'nin 30.12.2015 tarih ve 2014/122 E, 2015/123 K. sayılı kararı ile bu düzenleme iptal edilmiş ve bunun üzerine önce 15.08.2017 tarih ve 694 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 74 üncü maddesiyle ve daha sonra 01.02.2018 tarih ve 7078 sayılı Kanun'un 70 nci maddesiyle yeniden düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi, düzenlemenin ilk şeklini, insanlık dışı muameleye tabi tutulması açısından güvence bulunmaması ve etkili bir başvuru yolu öngörülmemiş olması sebebiyle Anayasa'nın 2 ve 36 ncı maddesine aykırı bularak iptal etmiştir.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrası kapsamında, Türk vatandaşları hariç olmak üzere tutuklu veya hükümlü bulunanlar; ırkı, etnik kökeni, dini, vatandaşlığı nedeniyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulmayacağı ya da işkence ve kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvenceler bulunması kaydıyla, milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde Dışişleri Bakanının talebi üzerine Adalet Bakanının teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile başka bir ülkeye iade edilebilecek veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilecektir.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinin son fıkrasındaki düzenleme uyarınca, tutuklu veya hükümlünün yabancı bir ülkeye iade ya da takas edilebilmesi için, i) bir suçtan tutuklu veya

hükümlü bir kimse bulunması, *ii*) tutuklu veya hükümlünün Türkiye'de bulunması, *iii*) tutuklu veya hükümlünün Türk vatandaşı olmaması, *iv*) iade veya takasın, milli güvenlik veya ülke menfaatleri bakımından gerekli olması, *v*) Dışişleri Bakanı'nın talepte bulunması, *vi*) tutuklu veya hükümlünün, ayrımcılık yapılmak suretiyle cezalandırılmayacağı, onur kırıcı ceza veya kötü muameleye maruz kalmayacağına ilişkin güvencelerin bulunması, *vii*) iade veya takasın, Türkiye ile yabancı bir ülke arasında olması, koşullarının bir arada varlığı aranacaktır.

Suçluların iadesine ilişkin genel prosedürden farklı olarak, 2937 sayılı Kanun'da öngörülen özel iade ve takas usulünde, iki ülke arasında bir anlaşma bulunması koşul olarak aranmamıştır.

Ayrıca, iade veyahut takasa konu fiilin, Türk kanunlarına göre suç teşkil etmesi yeterli olup, 2937 sayılı Kanun'da yabancı ülke kanununda fiilin suç olarak düzenlenmiş olması şart koşulmamıştır.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesi kapsamında iade veya takasın söz konusu olabilmesi bakımından, suç sınırlaması öngörülmemiş olup, bu sebeple, bu düzenleme kapsamındaki özel takas ve iade usulünün herhangi bir suç bakımından uygulanabileceği ifade edilmelidir.

Ölüm cezası, onur kırıcı bir ceza ve muamele teşkil etmesi sebebiyle, kişinin Türkiye'de tutuklu ya da hükümlü olduğu suçun, iadesi ya da takası söz konusu olan yabancı ülkede ölüm cezasını gerektirmesi halinde, bu cezanın uygulanmayacağına ilişkin güvencelerin bulunması kaydıyla, iade ya da takasın mümkün olabileceğini belirtmek gerekir.

2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesinde yer alan iade ya da takas usulü açısından, iade ve takasa konu suçun düşünce suçu, siyasi suç ya da siyasi suçla bağlantılı bir suç veyahut askeri bir suç olmaması aranmadığından, bu suçlardan tutuklu veya hükümlü bulunanların da iade ya da takası mümkün olabilecektir.

Yine, suçun mağduru açısından bir belirleme yapılmadığından, Türkiye Devletinin güvenliğine karşı, Türkiye Devletinin veya bir Türk vatandaşının ya da Türk kanunlarına göre kurulmuş bir tüzel kişinin zararına işlenen suçlar bakımından da iade ve takas mümkün olabilecektir.

Türkiye'de bulunan tutuklu veya hükümlünün işlediği suçun, Türkiye'nin yargılama yetkisine girmeyen bir suç olması da şart olmayıp, Türkiye'nin yargılama yetkisine giren bir suçu işleyen yabancı iade ya da takas edildiği takdirde, milli güvenlik ve ülke menfaatleri, suçu yargılama yetkisinden üstün tutulmuş olacaktır.

2937 sayılı Kanun'da yer alan özel iade ve takas usulünün uygulanabilmesi için, yabancı bir devletin talepte bulunmuş olmasına gerek bulunmamaktadır. Milli güvenliğin veya ülke menfaatlerinin gerektirdiği hallerde, bu özel iade ve takas usulünün uygulanabilmesi, yalnızca Dışişleri Bakanının talebi koşuluna bağlanmıştır.

2937 sayılı Kanun'a göre, tutuklu ya da hükümlünün yabancı bir ülkeye iade ya da takasına karar verilebilmesi, öncelikle Dışişleri Bakanının talebine bağlı olup, bu talep üzerine Adalet Bakanının

teklifi ve Cumhurbaşkanının onayı ile tutuklu veya hükümlü başka bir ülkeye iade edilebilecek veya başka bir ülkede tutuklu ya da hükümlü bulunanlar ile takas edilebilecektir.

2937 sayılı Kanun'da, iade veya takas kararlarına karşı açık bir başvuru yolu öngörülmemiş olmakla birlikte, Cumhurbaşkanının onayının idari bir işlem mi yoksa bir yürütme tasarrufu mu olduğunun değerlendirilmesi gerekmekte olup, buna göre yargı yolunun açık olup olmadığına ilişkin bir sonuca ulaşılması mümkün olabilecektir. Kanımızca, 2937 sayılı Kanun'un 26 ncı maddesindeki koşulların mahiyeti, düzenlemenin tarzı ile suçluların iadesine ilişkin genel prosedürden ayrı bir takas ve iade usulünün özel koşullar altında benimsenmiş olması, bu prosedürün, idari işlemin üzerinde bir yürütme tasarrufu mahiyetinde düzenlenmiş olduğunu göstermektedir.

6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 52 ila 60 ıncı maddelerinde yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Türkiye'de bulunan yabancıların, iade ya da takas teklifinin Cumhurbaşkanınca onaylanması durumunda sınırdışı edilmesi gerekeceğinden, sınırdışı etme kararına karşı 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'ndaki genel başvuru yoluna (m.53) müracaat edilebilmesinin önünde bir engel bulunmadığı ifade edilmelidir.

Son olarak, Türkiye'de devam etmekte olan soruşturma, kovuşturmaların ve Türkiye'de verilen mahkumiyet kararlarının infazı yabancı bir ülkeye devredilebileceği gibi, tersi de mümkündür. Bunun koşulları, 6706 sayılı Kanun'un 23 ila 29 uncu maddelerinde düzenlenmiştir.

Ayrıca, 6706 sayılı Kanun'un 30 ila 33 üncü maddelerindeki koşullar çerçevesinde, cezasının infazı devam etmekte olan hükümlülerin Türkiye'den yabancı ülkeye ya da yabancı ülkeden Türkiye'ye nakli de mümkündür.

KAYNAKÇA

- Akkor, Mahmut**, "I. Dünya Savaşı Döneminde Kafkasya'da Bulunan Türk Esirleri", Vakanüvis – Uluslararası Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt 2, Yıl 2017.
- Aybay, Rona**, "Milli Güvenlik Kavramı ve Milli Güvenlik Kurulu", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 33, Sayı 1, 1978.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 8. Bası, İstanbul 2014.
- Demir, Yaşar**, "Birinci Dünya Savaşı'nın Müslüman Esirleri: Alman Kamplarında Tutulan Müslüman Esirler ve Osmanlı Devleti'nin Tutumu", Bilig / Türk Dünyası Sosyal Bilimler Dergisi, Sayı 76, Yıl 2016.
- Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Donay, Süheyl**, "Suçluların İadesinde Yeni Gelişmeler", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 50, Sayı 1-4, Yıl 1984.
- Duman, Berat**, "Türk Hukukunda Geri Verme Kurumu ve Usulü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 7, Sayı 24, Ocak 2016.
- Güngör, Gülin**, "Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi (Sidas)", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 19, Sayı 1-2, Yıl 1999.

- Gürpınar, Bulut**, “1982 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, Aralık 2012.
- İçel, Kayıhan**, “Suçluların Geri Verilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 30, Sayı 3-4, Yıl 1964.
- Kaşıyugun, Ali**, “I. Dünya Savaşı’nda Esirler Meselesi Üzerine Bazı Değerlendirmeler”, Journal of History and Future, April 2018, Volume 4, Issue 1.
- Keser, Ulvi**, Arşiv Belgeleri Işığında İkinci Dünya Savaşı Sürecinde Türkiye’de Mülteciler ve Esirler Sorunu”, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, Cilt 8, Sayı 18, Yıl 2009.
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2018.
- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018.
- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar-Tepe, İlker**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Özdemir, Ahmet**, “Hukuk Dilinde Harp Esirleri”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt 2, Sayı 07, Yıl 1991.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018.
- Özman, M. Aydoğan**, “Devletlerin Egemenliği ve Milletlerarası Teşekküller”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 21 Sayı: 1, 1964.
- Öztürk, Bahri-Erdem, Mustafa Ruhan**, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2018.
- Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Gezer, Özge Sırma-Saygılar Kırıt, Yasemin F.-Akcan, Esra Alan-Özaydın, Özdem-Tütüncü, Efser Erden-Villemin Derya Altınok-Tok, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2018.
- Şahin, Cumhur**, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 9. Bası, Ankara 2018.
- Tezcan, Durmuş**, “Ölüm Cezasını Gerektiren Suçlarda Suçluların Geri Verilmesi Sorunu”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt 38, Sayı 1, Yıl 1983.
- Turhan, Faruk**, “Alman Suçluların İadesi Hukukunun Esasları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4 (cumhuriyetimize 80. Yıl armağanı), Yıl 2003.
- Turhan, Faruk**, “Ölüm Cezasının Kaldırılmasına İlişkin Gelişmeler ve Suçluların İadesi Hukukuna Etkisi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 4, Yıl 1999.
- Turhan, Fatma Sel**, “1788-1791 Osmanlı-Avusturya Savaşı Sırasında Alınan Savaş Esirleri Meselesi”, Studies of the Ottoman Domain, Cilt/ Volume: 8 Sayı/Issue: 14 Şubat/February 2018.
- Ulutaş, Ahmet**, “Suçluların Geri Verilmesinde Vatandaşlığın Rolü ve Türk Vatandaşlığı Kanununun 28 inci Maddesinin Geri Verme Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 4, Yıl 2011.
- Ural, Selçuk**, “Mütareke Döneminde İngilizlerin Elindeki Türk Esirlerinin İadesi ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Ankara Üniversitesi Türk İnkılap Tarihi Enstitüsü Atatürk Yolu Dergisi, Cilt 10, Sayı 37, Yıl 2006.
- Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2018.

İnternet Kaynakları

- <https://www.haberturk.com/suriye-de-rejim-ve-muhalifler-esir-takasi-yapti-2233987>
- <https://tr.sputniknews.com/ortadogu/201.812.041036452553-yemen-bm-esir-takasi-anlasmasi/>
- https://www.bbc.com/turkce/haberler/2014/06/140601_taliban
- <http://www.aljazeera.com.tr/haber/israille-hamas-arasinda-tarihi-takas>

Danıştay Kararlarında Mücbir Sebep Kavramı

The Concept of Force Majeure in the Decisions of Turkish Council of State

Turan YILDIRIM* 

Öz

Mücbir sebep kavramı, İdare Hukukunda iki boyutuyla incelenmesi gereken bir kavramdır. İlki idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan haller; ikincisi ise kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmesini önleyen durumlar.

Danıştay Kararlarına bakıldığında idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebep hallerinin daralmaya başladığını görmekteyiz. Çünkü idare bazı olayları öngöremese de olumsuz sonuçlarını önceden alınacak tedbirlerle önleme kudret ve yetkisine sahiptir.

Kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmelerini önleyen mücbir sebepler hakkında bazı kanun ve yönetmelik hükümleri mevcuttur. Bu kurallar incelendiğinde, idareye takdir yetkisi bırakılan durumlarda, bir hadisenin mücbir sebep sayılması için; idareye karşı bir taahhüdün veya yükümlülüğün yerine getirilmesini engellemesi, idarenin muhatabı kişilerin kusurundan kaynaklanmaması ve kişilerin ortadan kaldırmaya gücünün yetememesi gerekmektedir. Bu bağlamda idare teşkilatına dahil birim, makam ve görevlilerin işlem ve eylemleri de kişiler bakımından mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki kişilerin idareyle ilişkilerinde bazı yükümlülüklerini yerine getirememeleri veya haklarını kullanamamaları hallerini düzenleyen açık mevzuat kuralı olmasa dahi, hakkaniyet gereğince mücbir sebeplerin varlığı dikkate alınmalıdır. Uygulamada bu yönde idari yargı kararları da mevcuttur.

Anahtar Kelimeler: Mücbir Sebep, İdarenin Sorumluluğu, Kişilerin Yükümlülükleri.

Abstract

The concept of force majeure must be examined in two dimensions in Administrative Law. The first one is situation that removes or decreases the responsibility of the administration; the latter is the situations that prevent people from fulfilling their obligations to the administration.

When we look at the decisions of the Council of State, we see that the force majeure conditions are beginning to shrink. Because, although the administration can not foresee some events, It has the power and authority to prevent the negative consequences by the help of measures to be taken in advance.

On the other hand there are some laws and regulations about force majeure which prevent people from fulfilling their obligations to the administration. When these rules are examined, in cases where discretion is not authorized to the administration some certain conditions should be provided. Pre-emptively

* Prof.Dr.,Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail:turanyildirim@marmara.edu.tr

there must be an incident is considered a force majeure, thereafter this incident must prevent the fulfillment of a commitment or obligation to the administration. And finally the incident should not be caused by the fault of the people and people should not be able to eliminate this incident. In this context, the operations and actions of the units, authorities and officials involved in the administrative organization should be considered as force majeure.

It should also be noted that the existence of force majeure must be taken into account, even if there is no explicit regulation rule governing the failure of individuals to fulfill certain obligations in their relations with the administration by means of the justice and equity.

Keywords: Force Majeure, Responsibility of the Administration, Obligations of People

I.GİRİŞ

İdare Hukukunda mücbir sebep kavramı denildiğinde ilk akla gelen, idarenin sorumluluğunu kaldıran haller konusudur. Bilindiği üzere mücbir sebep, idarenin sorumluluğunu kaldıran hallerdendir. Ancak bazı Danıştay kararlarında bakıldığında mücbir sebep kavramının, kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirememeleri halinde de kullanıldığını görmekteyiz. Hemen belirtmek gerekir ki kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini önleyen mücbir sebepler, sadece Danıştay kararlarıyla belirlenmemektedir. Bir çok yasal düzenlemede, kişiler bakımından mücbir sebep sayılan haller düzenlenmiştir. Ancak, Danıştay kararlarında (yasal düzenleme olmadığı halde), kişilerin mücbir sebepler yüzünden kamusal yükümlülüklerini yerine getirememeleri durumunda sorumlu tutulamayacaklarının belirtilmesi, önemlidir.

Mücbir sebebin sadece idarenin sorumluluğu bahsiyle sınırlı olmaması; kişilerin idareyle ilişkilerinde çok daha geniş yer tutması nedeniyle, bu çalışmada, Danıştay kararlarında mücbir sebep kavramı ele alınmıştır.

II.İDARENİN SORUMLULUĞUNU KALDIRAN MÜCBİR SEBEPLER

A.KAVRAM

Türk Dil Kurumu Sözlüğüne göre mücbir sebep, herhangi bir kimse tarafından alınacak önlemlere karşı, önüne geçilmesi olanaksız, borcun yerine getirilmesine engel, borçlunun iradesi dışında beklenmedik olaydır. Nitekim özel hukukta mücbir sebep kavramı, borcun ifasını imkansız kılan ve borçludan kaynaklanmayan halleri ifade etmektedir. İdare kişi ilişkilerinde kişilerin görevlerini, taahhütlerini veya borçlarını yerine getirmesini önleyen bazı durumlar mücbir sebep olarak adlandırılmaktadır.

Özel hukukta mücbir sebep, bir borcun veya genel bir davranış yükümlülüğünün yerine getirilmesini engelleyen, borçlunun işletme faaliyetiyle ilgisi olmayan, öngörülemez ve kaçınılmaz bir olay olarak tanımlanmaktadır. Bir olayın mücbir sebep sayılması için gereken unsurlar; haricilik, kaçınılmazlık ve öngörülemezliktir.

Borçlar Hukukunda mücbir sebep, beklenmeyen hal veya fevkalade hal olarak adlandırılan durumlar, kişilerin sorumluluğunu kaldıran hallerdendir. Doktrine göre;“ Beklenmeyen hal, sözleşme kurulduktan sonra, borçlunun veya alacaklının ya da onların fiilinden sorumlu oldukları yardımcı kişilerin fiillerinden kaynaklanmayan, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesine, onu imkansız kılmasına kaçınılmaz şekilde engel olan olaydır. Yargıtay da mücbir sebebi, önceden öngörülmeyen, sorumlu kişinin işletmesi veya faaliyeti dışında kalan ve karşı konulamayacak bir şiddette kendisini gösteren olağanüstü olay olarak tanımlamıştır... Beklenmeyen hal kavramı hem mücbir sebebi hem de dar anlamda beklenmedik hali kapsar. Mücbir sebep aslında nitelikli bir beklenmeyen haldir”¹

Bilindiği üzere, İdare Hukukunda mücbir sebepler, idarenin sorumluluğunu kaldıran haller arasında sayılır. İdare Hukuku doktrinindeki ortak tanımıyla mücbir sebep, idarenin faaliyetinin dışında gelişen öngörülemeyen ve önlenemeyen hadiselerdir. “Zarara yol açan bazı olaylar da vardır ki, bunlar hem öngörülemeyen, hem de önlenemez niteliktedirler. Olay idarenin faaliyeti dışındadır: Nehrin taşmasına neden olan olağanüstü yağmurlar, kasırga, deprem, o yıl çok esen ve bitkilerin kurumasına neden olan “sam yeli” gibi.”²Bu hadiselerde idarenin eylemi-işlemi ile zarar arasında illiyet bağı kurulamayacağı için idarenin sorumlu olmayacağı kabul edilir.

“Zorlayıcı nedenler(mücbir sebep), İdarenin iradesi dışında oluşan, öngörülmesi ve en büyük bir dikkat ve özenle dahi önlenmesi mümkün olmayan ve de bir kamu hizmetinin yürütülmesini imkansızlaştıran olaylardır. Yer sarsıntısı, sel, aşırı yağış ya da yıldırım düşmesi, toprak kayması gibi. Zorlayıcı nedenlerin bulunması halinde, idari bir davranış ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamayacağından, İdarenin ne kusurlu ve ne de kusursuz sorumluluğu cihetine gidilebilir.”³

1 Antalya,G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler cilt III, İstanbul, 2017.s.437.; Örnek iki başka tanım ise şöyledir:“Doktrin ve uygulamayı göz önünde tutarak mücbir sebebi şu şekilde tarif etmek mümkündür: Sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun ya da borcun ihlaline, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olaydır. Mücbir sebep ile umulmayan hal (beklenmedik hal) arasındaki ilk fark, nitelik yönünden değil, sadece nicelik yönündendir.Gerçekten mücbir sebep ve beklenmedik hal, geniş anlamda tesadüfi olayların iki ayrı türünden ibarettir. Ancak,mücbir sebep, umulmayan hale oranla daha büyük şiddet (yoğunluk) ve mutlak bir kaçınılmazlık arzeder. Mücbir sebeple beklenmedik hal arasındaki diğer bir fark da mücbir sebep, sorumlu kişinin işletme ve faaliyetinin dışında gerçekleşen bir olay iken, beklenmedik hal, işletme veya faaliyet içi bir olay da olabilir” EREN F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.Baskı, Ankara, 2017,s.582.;

“Fevkalade hal ve mücbir sebep farklı kavramlar olmakla beraber, kusursuzluğun ispatı bakımından farkın önemi yoktur. Ancak tarafların anlaşması veya kanun icabı borçlunun fevkalade halden de sorumlu olduğu ve borcun ifa edilmemesinin mücbir sebepten ileri geldiğini ispatla sorumluluktan kurtulabildiği hallerde, fevkalade hal ve mücbir sebep ayırımı önem taşır. Fevkalade hal borçlunun kaçınmayacağı şekilde borcu ihlal etmesine sebep olan bir olaydır.Buna karşılık mücbir sebep ise borçlunun borcu ihlal etmesine mutlak olarak kaçınılmaz şekilde sebep olan dışsal(harici) bir olaydır” OĞUZMAN M.K.-ÖZ M.T.,Borçlar Hukuku Cilt I, 13.Bası,İstanbul 2015, s.405.

2 YAYLA,Y., “İdare Hukuku”, 2. Bası, İstanbul, 2010, s. 370

Bu çalışmada doktrinindeki tanımlar ayrıntılı aktarılmamıştır. Sadece bizlere ışık tutan hocalarımızdan bazılarının tanımlarına yer verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için şu eserlere bakılabilir:YAYLA,A, “İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, İstanbul, 2015, s.162.; ATAY,E. – Odabaşı, H., “Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları”, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 208.; ÇAĞLAYAN,R., “Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Ankara , 2007, s.179-192; YAYLA,Y., “İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep”, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler Sempozyumu III, Ankara, 12-13 Mayıs 1979 .

3 GÜNDAY,M., “İdare Hukuku”, 10. Bası, Ankara, 2015, İmaj Yayıncılık, s.384.

Bir başka tanıma göre;“Zorlayıcı nedenler, özel hukukta olduğu gibi, idare hukukunda da zarar ile neden arasında bağlantıyı ortadan kaldırır. Bilindiği gibi bunlar, yer sarsıntısı, sel, devrim gibi önceden kestirilemeyen önlenme olanağı bulunmayan, kişilerin iradesi dışında oluşan olaylardır. Bunlara mücbir sebep ya da önlenemeyen haller denir.”⁴

Ancak hemen belirtmek gerekir ki idarenin sorumluluğunu kaldıran mücbir sebepler, idarenin gücünün artması ve teknolojik gelişmelerle, giderek sınırlandırılmaktadır. Depremde meydana gelen zararlar sebebiyle verilen kararlarda bu gelişmeyi görmekteyiz.

B.İDARE BAKIMINDAN MÜCBİR SEBEBİ SINIRLAYAN DANIŞTAY KARARLARI

Tipik mücbir sebep hali olan deprem, Danıştay tarafından mücbir sebep olarak nitelenmektedir. Fakat, sadece mücbir sebebin varlığının tespitiyle yetinilmemekte; meydana gelen zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kesilip kesilmediği ayrıca incelenmektedir. İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun aşağıya alınan kararlarına bakıldığında, depremin başlı başına mücbir sebep olarak kabul edilmediği görülmektedir.

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun bir Kararında, depremin mücbir sebep sayılacak bir doğa olayı olduğu; ama idarenin sorumluluğunun kalkması için zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının olmaması gerektiği kabul edilmiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir:

“...Danıştay Onuncu Dairesi; Sivas İdare Mahkemesinin 14.12.1993 günlü, 1993/1081 sayılı kararını, idari hizmetlerin yürütülmesi sırasında bireylerin uğradıkları özel nitelikteki zararların, idari faaliyet ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması koşuluyla idarelerce tazmininin hukukun genel kurallarından olduğu, ancak ortada tazmini gereken zararın bulunmaması, zararın zarar gören kişinin kendisinin veya üçüncü kişinin eyleminden doğması, zararın mücbir sebeplerden ileri gelmesi, zararlar idari faaliyet arasında nedensellik bağının olmaması, idare hukukuna özgü tazmin nedenlerinin bulunmaması halinde idarenin tazmin sorumluluğunun ortadan kalkacağı; olayda, davacı tarafın 13.3.1992 tarihinde ...da meydana gelen deprem sonucu kalmakta olduğu lojmanın yıkılması nedeniyle zarara uğradığım belirterek, zararın gerekli teknik yeterliğe sahip olmayan lojmanı almakla hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği öne sürülmekte ise de, zararın mücbir sebep sayılması gerektiği açık olan deprem sonucu meydana geldiği, kusurdan uzak, önceden bilinmeyen, karşı konulamayan, idarenin faaliyetleri dışında meydana gelen gerçek bir olay olan mücbir sebebin, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkararak, zararlar idari faaliyet arasındaki nedensellik bağını ortadan kaldıran etkenlerin başında geldiği, bu duruma göre de olayın gelişimi ve zararın belirtilen niteliği karşısında idarenin tazmin sorumluluğundan söz etmeye olanak bulunmadığı, öte yandan, gerek mahkeme kararında hükme esas alınan teknik rapor, gerekse temyiz dosyasına davacı tarafından ibraz edilen raporlar, olayda idarenin mücbir sebep dışında tazmin sorumluluğunu gerektirecek nitelikte bir kusurunun varlığını somut ve kesin verilerle ortaya koymadığı, davacının uğradığı zararın mücbir

4 GÖZÜBÜYÜK,Ş – TAN,T, “İdare Hukuku”, C. I, 11. Bası, Ankara, 2016, Turhan Kitabevi s.784

sebepten ileri gelmiş bulunması karşısında; mahkeme kararında olayın umulmayan hal olarak nitelendirilerek, bu gibi hallerde zararın hasar kuramına göre idarece tazmininin kural olduğu, kaldı ki idarenin hizmet kusurunun da bulunduğu yolundaki irdelemede de hukuki isabet görülmediği, zira umulmayan halin idarenin faaliyetleri içinde doğan sebeplerden kaynaklandığı, bu özelliğiyle de idarenin faaliyetleri dışında doğan mücbir sebepten ayrıldığı, bu ayırım nedeniyle depremin umulmayan hal olarak nitelendirilmesine olanak olmadığı gibi umulmayan hallerde nedensellik bağı kurulması koşuluyla idarenin kusursuz sorumluluğundan söz edilebilirken nedensellik bağı bütünüyle ortadan kalkan mücbir sebep hallerinde idarenin tazmin sorumluluğuna gidilemediği gerekçeyle bozmuştur...

Temyiz edilen kararlar ilgili dosyanın incelenmesinden, ... Devlet Güvenlik Mahkemesi üyesi olarak görev yapan davacının 13.3.1992 günü ... İlinde meydana gelen deprem nedeni ile oturmakta olduğu Devlet Güvenlik Mahkemesi lojman binasının tamamen yıkıldığı, tüm ev eşyalarının ve özel arabasının enkaz altında kaldığı gerekçeyle maddi ve manevi tazminat istemi ile bu davayı açtığı; idare mahkemesince, hasar gören binaların durumunu incelemek üzere Yapı İşleri Genel Müdürlüğünün 16.3.1992 günlü 1975 sayılı yazıları ile kurulan bilirkişi kurulunca mahallinde yapılan inceleme sonucu düzenlenen teknik raporda, binanın tamamen yıkılarak boş olan ve garaj olarak kullanılan zemin kata yığıldığı, bina kalıntılarında yapılan incelemede 1.derecede deprem bölgesi için gerek kolon kesiklerinin gerekse donatıların beton kalitesi ile birlikte yetersiz olduğu sonucuna ulaşıldığı, idare tarafından gönderilen işlem dosyasında ise lojmanın 14.6.1984 tarihinden özel bir şahıstan hiç bir teknik inceleme yapılmadan satın alındığının anlaşılması karşısında, birinci derecede deprem bölgesi olan ... İlinde gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan söz konusu binanın satın alınmasında davalı idarenin hizmet kusurunun bulunduğu anlaşılması nedeniyle davacıya 217.000.000. – lira maddi ve 5.000.000.-lira manevi tazminat ödenmesine karar verildiği, mahkemenin, maddi ve manevi tazminat isteminin kısmen kabulü ve kısmen reddine ilişkin temyize konu kararının usul ve hukuka uygun olduğu anlaşılmaktadır...”⁵

Yukarıdaki karar incelendiğinde Danıştay 10.Dairesinin de aynı görüşte olduğu anlaşılmaktadır. 10.Daire kararındaki altı çizilen ifadelerle göre; somut olayda zararlar illiyet bağı kurulabilecek bir idari eylem veya işlem olmadığı gerekçesine dayanılmıştır.

Depremin mücbir sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğine ilişkin bir başka İdari Dava Daireleri Kurulu kararında ise şöyle denilmektedir:

“...Zorlayıcı sebep (mücbir sebep), kökeni, doğal, sosyal ve hukuki olması itibarıyla failin dışında kalan, fail tarafından önlenme olanağı bulunmayan, önceden takdir ve tahmin edilemeyen olaylar olarak tanımlanmaktadır.

Gerek yargısal kararlar, gerekse öğretide kabul edilen bu tanımlamaya göre zorlayıcı sebep kavramını oluşturan temel unsur, “dışsallığın” yanı sıra “önlenemez” ve “öngörülemez” olmasıdır.

5 K.1997/57, T. 17.1.1997

Deprem, “önlenemez” ve “öngörülemez” olması nedeniyle zorlayıcı sebebin tipik bir örneğini oluşturduğu kuşkusuzdur. Zarar, münhasıran depremden kaynaklanmışsa idarenin sorumluluğundan söz etmeye hukuken olanak bulunmamakta ise de zararın zorlayıcı sebep dışında idare tarafından ağırlaştırıldığı yargı yerince saptanması durumunda zararın ağırlaşan, artan kısmı bakımından kusuru gözönünde tutularak idarenin tazminle sorumlu tutulması gerekmektedir. Örneğin, deprem bölgesi olarak saptanan bir alanda deprem mevzuatına uygun yapılaşma koşullarına aykırı olarak inşaat ruhsatı verilmesi, fay hattının yapılaşmaya açılması gibi durumlarda ilgili idarelerin deprem sonucu bir bölgedeki doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulacağı tabiidir. Ancak, deprem sonucu bir bölgedeki binalarda oluşan tüm zararların idarenin tazmin sorumluluğu altında bulunduğu söz edilemeyeceği de kuşkusuzdur.

Somut olayın irdelenmesine geçmeden önce, zarar görenin eyleminin zararın doğmasında başlıca etken olduğu hallerde idarenin sorumluluktan kurtulacağı da belirtilmesi zorunlu görülmüştür... Dosyanın incelenmesinden; Mudanya İlçesi, Ömerbey Mahallesi, Kümbet Mevkii, ... pafta, ... ada, ... parsel sayılı taşınmaz üzerinde yer alan ... ve ... Bloklarından oluşan yol seviyesi altında 1, yol seviyesi üstünde 5 kat olmak üzere toplam 6 kat, 14,50 metre yüksekliğinde yapı yapılmak üzere 14.10.1994 günlü, 6/197 sayılı yapı ruhsatı düzenlenmesine karşın ruhsata aykırı olarak bodrum katın zemin kat olarak inşa edildiği ve inşaatın B+2+4 kat olması gerekirken 2+5 kat olarak bitirildiği, yapı ruhsatına uymamanın blokların zarar görmesinde başlıca etken olduğu, ...inşaatın daha sonra ruhsatına aykırı olarak tamamlandığı, henüz iskan edilmeden deprem sonucunda zarar oluştuğu anlaşılmaktadır. Olayda, davalı idarenin zararı ağırlaştırıcı bir işlem ve eyleminin bulunmadığı, inşaat sahiplerinin eyleminin sonucunda zararda artış meydana geldiği, bu durumda idarece tazmini gereken maddi ve manevi bir zararın bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

Öte yandan, deprem sonucunda oluşan bireysel zararlardan dolayı davalı idareleri kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazminle sorumlu tutmaya da hukuken olanak bulunmamaktadır. Zira, bireysel olmayan o bölgede yaşayan için genel nitelikte olan deprem gibi doğal afetlerden doğan zararlar ilgili mevzuatı çerçevesinde devletçe ödenmektedir...”⁶

Görüldüğü üzere, zarara yol açan mücbir sebeplerin varlığı halinde idari yargı, zararın ağırlaşan, artan kısmında idarenin kusurunun varlığını araştırmaktadır. İdarenin kusurunun tespiti halinde, mücbir sebep, idarenin sorumluluğunu kaldıran hal olarak nitelenmemektedir. Mevzuata aykırı ruhsat verme, denetim eksikliği, fay hattında yapılaşmaya izin verme gibi durumlarda artık zararın mücbir sebep sayılan olaydan değil, idarenin tutumundan kaynaklandığı kabul edilmektedir. Yukarıda yer verilen iki karar dışında 1999 yılındaki büyük deprem sonrasında verilen Danıştay kararlarında da benzer görüşe rastlamaktayız. Bu sebeple yukarıda aktarılan kararlardaki görüşün yerleşik içtihat olduğu kolaylıkla söylenebilir.⁷

6 K. 2009/3108 T. 17.12.2009

7 Örneğin 10.Dairenin 28.5.2007 tarihli, 2007/3069K. sayılı Kararında şöyle denilmektedir: “Bilindiği gibi, ülkemiz, jeolojik ve topoğrafik yapısı nedeniyle büyük can ve mal kayıplarına yol açan deprem felaketleriyle sık sık karşılaşan ülkelerin başında gelmektedir. Afetlerin önlenmesi ve zararların azaltılması amacıyla alınması gereken tedbirleri araştırmak, bu konudaki temel hedef ve politikaları belirlemek, ülke içindeki bilimsel, teknik ve idari çalışmaları

Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek bir başka tabiat olayı olan mevsim normallerinin üzerinde aşırı yağış nedeniyle karşılaşılan zararın tazmini talebinde de aynı düşünüşle karar verilmiştir. İdare Mahkemesi, mevsim normallerinin üzerinde aşırı yağışın mücbir sebep olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiş; 10.Daire, şu gerekçeyle kararı bozmuştur:

“...Uyuşmazlıkta davacının iddiası, davalı idarenin D 130 Karayolunun yapımı sırasında yağmur sebebiyle oluşacak suların tahliyesini sağlayacak, su baskınını önleyecek gerekli alt yapının (menfez ve su tahliye kanalı gibi) davalı idarece tekniğine uygun ve ihtiyacı karşılayacak nitelikte yapılmadığı yönündedir.

İdare Mahkemesince, meydana gelen yağışların “doğal afet” niteliğinde olduğu, mücbir sebep hali sebebiyle olayda idarenin sorumluluğu bulunmadığı yönünde hüküm kurulmuş ise de; sözü edilen tarihlerde meydana gelen yağışların doğal afet niteliğinde bulunup bulunmadığı teknik bir konu olduğundan, öncelik bu hususun, bilirkişi olarak tayin edilecek bir meteorolog tarafından düzenlenecek rapor dikkate alınarak belirlenmesi gerekmektedir.

Dava dosyasında yer alan ve adli yargıda açılan tespit davasında tayin edilen bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, davacının zararının, karayolunun kenarında yağış sularını boşaltabilecek yeterli açık kanal hendek veya menfezlerin bulunmaması sebebiyle oluştuğu ifade edildiğinden, bilirkişi incelemesi sonucunda anılan yağışların doğal afet niteliğinde bulunmaması veya doğal afet niteliğinde bulunmakla birlikte tahliye kanallarının açık ve yeterli olması halinde, oluştuğu ileri sürülen zararın meydana gelip gelmeyeceği hususunun da, aralarında inşaat mühendisinin de yer aldığı bir bilirkişi heyetince irdelenmesi gerekmektedir.

Bu durumda, mahkemece eksik inceleme sonucunda davalı idarenin hizmet kusuru bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır.

Öte yandan, aynı olay sebebiyle uğranılan zararın ödenmesine karar verilmesi istemiyle açılan başka bir dava sonucunda aynı gerekçeyle davanın reddi yolundaki Kocaeli 2. İdare Mahkemesi kararının Dairemizin 28.5.2012 tarihli ve E:2012/820, K:2012/2581 Sayılı Kararı ile bozulduğu, bozma kararına uyularak verilen 16.10.2014 tarihli ve E:2012/1149, K:2014/981 Sayılı Kararla; yaptırılan keşif ve bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen rapora göre; karayolunun tüm alt ve üst yapısı ile çevresel faktörlerle uyumlu olarak imali ve koordinasyonu yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle nün % 60 oranında; İSU Genel Müdürlüğünün ise, suların

koordine etmek, ortak sonuçları tüzük, yönetmelik, talimat ve eğitim yoluyla uygulamaya aktarmak ve denetlemek, afet zararlarının azaltılması amacıyla ulusal ve uluslararası işbirliği, proje ve programları oluşturmak, elde edilen sonuçları uygulamaya aktarmak, afete uğramış ve uğrayabilecek bölgeler ile yapı veya ikamet için yasaklanmış afet bölgelerini tespit ve ilan etmek, afet bölgelerinde yapılacak yapılarla ilgili kuralları, yapı tekniklerini ve projelendirme esaslarını tespit etmek, depremleri ve etkilerini incelemek, elde edilen sonuçlara göre deprem katalogları ve ülkenin deprem haritalarını hazırlamak ve geliştirmek ve depremlerden dolayı hasar görmüş yapıların takviye ve onarım yöntemleriyle ilgili çalışmalar yapmak Devletin görev, yetki ve sorumlulukları arasında bulunmaktadır. Deprem olgusunun, doğal bir olay olarak ortaya çıkmasının yanında, idarece gerçekleştirilecek uygulamalarla doğabilecek zararların önlenmesi, hatta ortadan kaldırılması mümkündür. Başka bir anlatımla, depremin nerede, ne zaman ve hangi büyüklükte olacağı öngörülemezle birlikte, depremin yaratacağı olumsuz sonuçların öngörülebilir olduğu ve oluşacak zararların en aza indirilmesi için önceden önlem alınabileceği açıktır...”

menfeze ulaşmasını sağlayan giderlerin gelişigüzel bırakılması, alt yapı sisteminin revizyonunu sağlamada atalet gösterdiğinden bahisle, % 40 oranında kusurlu bulunduğu gerekçesiyle tazminat isteminin kabulüne karar verildiği, bu Kararın da Dairemizin 28.4.2015 tarihli ve E:2014/6138, K:2015/2074 Sayılı Kararı ile onandığı anlaşılmakta olup, İdare Mahkemesince yeniden yapılacak yargılama sırasında bu durumun da değerlendirileceği tabiidir...”⁸

III.KİŞİLERİN İDAREYE KARŞI YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ KALDIRAN MÜCBİR SEBEPLER

Yukarıda mücbir sebep kavramının idarenin sorumluluğunu kaldıran veya azaltan boyutu gözden geçirilmiştir. Aslında kavramın, İdare Hukukunda daha önem taşıyan yönü, kişilerin idareye karşı yükümlülüklerinde karşımıza çıkmaktadır. Çünkü, bireyler, statüleri ve faaliyetleri gereği, idareye karşı bazı yükümlülükler üstlenirler. Örneğin; belli bir günde kayıt yaptırmak, vergi ödemek, yatırıma belli bir sürede başlamak veya tamamlamak...

Kişilerin bu tür yükümlülükleri yerinde getirmelerini engelleyen bazı durumlar mevzuatta düzenlenmektedir. Mücbir sebep veya beklenmeyen hal olarak düzenlenen bu sebeplerin varlığı halinde, kişi ya yükümlülükten ya da zamanında yerine getirmemenin sonuçlarından kurtulmaktadır. Ayrıca uygulamada, mevzuatta düzenlenmeyen hallerde dahi idari yargı kararlarında, mücbir sebep gerekçesinin kullanıldığı görülmektedir. Aşağıda önce mevzuat düzenlemesi , sonra mevzuatta yer verilmediği halde Danıştay kararlarında kabul edilen mücbir sebepler ele alınacaktır.

A.MÜCBİR SEBEPLERİ DÜZENLEYEN BAZI MEVZUAT HÜKÜMLERİ

İdare ile özel hukuk kişilerinin ilişkilerinde mücbir sebep sayılan haller ya sayılmamış ya da bazı mücbir sebepler sayılarak ayrıca idareye takdir yetkisi tanınmıştır.

Örneğin Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 10.maddesinde mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller şöyle düzenlenmiştir: a) Doğal afetler. b) Kanuni grev. c) Genel salgın hastalık. d) Kısmi veya genel seferberlik ilanı. e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller.

10.madde, idarenin yukarıda sayılan halleri mücbir sebep olarak kabul etmesi için ayrıca şu şartları da aramaktadır: a) Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, b) Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, c) Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması.

Kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyi önleyen mücbir sebeplerle ilgili bir başka yasal düzenleme ise Vergi Usul Kanunudur. Kanununun 13.maddesine göre mücbir sebepler: 1. Vergi ödevlerinden her hangi birinin yerine getirilmesine engel olacak derecede ağır kaza,

ağır hastalık ve tutukluluk; 2. Vergi ödevlerinin yerine getirilmesine engel olacak yangın, yer sarsıntısı ve su basması gibi afetler; 3. Kişinin iradesi dışında vukua gelen mecburi gaybubetler; 4. Sahibinin iradesi dışındaki sebepler dolayısıyla defter ve vesikalarının elinden çıkmış bulunması gibi hallerdir.

Görüldüğü üzere Vergi Usul Kanunu da kişilerin gücünün sınırlı olduğunu dikkate alarak “gibi haller” ifadesiyle mücbir sebeplerin belirlenmesini idarenin takdirine bırakmıştır. Bu sebeple, mükellefin iradesi dışında meydana gelen, önlenmesi mümkün olmayan ve vergi ödevlerinin yerine getirilmesini engelleyen olaylar, vergi hukukunda da mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Dikkat edilirse Vergi usul Kanunu ile Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununda mücbir sebeplerin unsurları aynıdır.

6326 sayılı Petrol Kanununun 122.maddesinde tabii afetler, harb, isyan ve diğer mücbir sebeplerle petrol hakkı sahibinin yükümlülüklerinin ertelenmesi halinden söz edilmektedir.

Mücbir sebep kavramının kullanıldığı bir başka düzenleme olan 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun 5. maddesinin (7). fıkrasında, mücbir sebep tanımı verilmeksizin veya örnekleri sayılmaksızın sadece kavrama yer verilmiştir. Maddeye göre; “Mücbir sebep hâlleri ile lisans sahibinden kaynaklanmayan haklı sebepler dışında üretim tesisinin lisansında belirlenen inşaat süresi içerisinde kurulmaması veya kalan süre içerisinde kurulamayacağını tespit edilmesi hâllerinde lisans iptal edilir ve teminat mektubu irat kaydedilir.”

3213 Sayılı Maden Kanununda mücbir sebep kavramının yanı sıra beklenmeyen hal kavramına da yer verilmiştir. Kanunun 3. maddesine göre mücbir Sebep: Sel, yangın, deprem, grizu patlaması, çökme, heyelan ve benzeri halleri; beklenmeyen haller ise tenör, jeoloji, pazarlama, ulaştırma ve alt yapı şartlarındaki beklenmeyen değişiklikler ile ilgili mevzuat gereğince diğer kurumlardan alınması gereken izinlerin alınamaması durumlarını ifade etmektedir.

Hemen belirtmek gerekir ki Maden Kanunu, mücbir sebep ve beklenmeyen hallere aynı sonucu bağlamaktadır. 37. maddeye göre; “Mücbir sebep veya beklenmeyen haller dolayısıyla işletme izni alınmış işletme ruhsat sahalarında faaliyetin geçici olarak tatiline ruhsat sahibinin müracaatı üzerine Genel Müdürlükçe karar verilebilir.”

Maden Kanunundaki düzenlemenin önemli yönü, diğer kurumlardan alınması gereken izinlerin alınamamasını, ruhsat sahibinin yükümlülüğünü yerine getirememesinin haklı sebebi olarak kabul edilmesidir. Bu hüküm şöyle de okunabilir: Kişilerin yükümlülüğünü yerine getirmesini, başka idari birimlerin işlem ve eylemleri engellemişse, bu durum kişiler bakımından mücbir sebep veya beklenmeyen hal olarak kabul edilmelidir.

İdareye karşı yükümlülüklerine yerine getirilmesini engelleyen mücbir sebeplerle ilgili yönetmelik düzenlemeleri de mevcuttur. Örneğin Çevresel Etki Değerlendirme Yönetmeliğinin 14.maddesinin (4). fıkrasına göre; ““ÇED Olumlu” kararı verilen proje için yedi (7) yıl içinde

mücbir sebep bulunmaksızın yatırıma başlanmaması durumunda “ÇED Olumlu” kararı geçersiz sayılır.

Doğal Gaz Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 46.maddesinde, bir olayın mücbir sebep hali sayılabilmesi için; olaydan etkilenen tarafın gerekli özen ve dikkati göstermiş ve önlemleri almış olmasına karşın önlenemeyecek, kaçınılamayacak veya giderilemeyecek olması ve bu durumun etkilenen tarafın ilgili mevzuat kapsamındaki yükümlülüklerini yerine getirmesini engellemesi gerektiği belirtilmektedir.⁹

Yukarıda yer verilen Kanun ve Yönetmelik kuralları, doktrinde ve yargı kararlarında tanımlanan mücbir sebep kavramının pozitif temele oturtulması bakımından önemlidir. Bu düzenlemeler doğrultusunda tekrar tanımlamak gerekirse mücbir sebep; idareye karşı bir taahhüdün veya yükümlülüğün yerine getirilmesini engelleyen, idarenin muhatabı kişilerin kusurundan kaynaklanmayan ve kişilerin ortadan kaldırmaya gücünün yetemeyeceği olaylardır. Bu olaylar maddi olabileceği gibi hukuki de olabilir. Daha da önemlisi, kişiler idareyi işlem yapmaya veya eylemde bulunmaya zorlayamayacakları için idarenin engelleyici tutumu da kişiler bakımından mücbir sebep sayılmalıdır.

B.UYGULAMADA MÜCBİR SEBEP ÖRNEKLERİ

Yukarıda değinildiği gibi bazı yasa, yönetmelik hükümlerinde mücbir sebep kavramına yer verilmiş; mücbir sebep olarak kabul edilecek haller ya idarenin takdirine bırakılmış ya da mücbir sebepler sayılmıştır. Aşağıda idare ve yargı tarafından mücbir sebep sayılan(veya sayılmayan) bazı örnek olaylara yer verilecektir.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu uygulamasında, Kamu İhale Kurulu tarafından şu haller, mücbir sebep olarak kabul edilmiştir: “Bir yapım işinin, mevsim normallerinin öngörülemez derecede üzerinde miktarda meydana gelen yağmur ve kar yağışını nedeniyle tamamlanamaması; Mal (kırsal motorin) teminine ilişkin sözleşmenin kurulmasından sonra yürürlüğe giren hukukî düzenlemeler nedeniyle teknik şartnamede belirtilen nitelikte mal temininin imkânsız hale gelmesi; Hizmet alımı sözleşmesine konu ambulans helikopterin düşmesi; Yüklenicinin yurt dışındaki tedarikçisinin, ülkesindeki mevzuat gereği öncelikle o ülke hükümetinin taleplerini karşılamakla yükümlü olması ve ihale sözleşmesinin imzalanmasından sonra ilgili hükümetten böyle bir talep gelmiş olması nedeniyle sözleşme konusu malın zamanında teslim edilememesi.”¹⁰

Kamu İhale Kurulunun sözleşmeye ayrılığın mücbir sebepten kaynaklanmadığına karar verdiği durumlar ise şunlardır: “Sözleşme konusu malların tesliminin ekonomik buhran ve global ekonomik kriz nedeniyle gecikmesi; İdarenin meydana gelen yangın nedeniyle sözleşme konusu

9 Elektrik Piyasası Lisans Yönetmeliğinin 35.maddesinde de aynı düzenleme mevcuttur.

10 ÖZÇELİK, B., Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununa Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016.123.1563 ET.6.3.2019>.

şeye kararlaştırıldandan daha az ihtiyaç duyması; Küresel ekonomik kriz nedeniyle üreticinin hammadde tedarikinde ve üretimde gecikmesi ile kurum ödemelerinde meydana gelen aşırı gecikmeden doğan nakit sıkışıklığı nedeniyle malzemelerin gümrükten çekilmesinin gecikmesi; Sözleşme kapsamında idareye teslimi gereken etleri taşıyan aracın kaza yapması; Sözleşme gereği teslim edilmesi gereken araçların Bakanlar Kurulu'nun vergi indirimi öngören kararından sonra oluşan yoğun talep nedeniyle zamanında teslim edilememesi; Sınırlı sayıdaki üreticilerden birinin fabrikasında patlama meydana gelmesi üzerine, yüklenicinin tedarik anlaşması yaptığı üretici firmaların malı başlangıçtaki şartlarla yükleniciye ulaştırılmaması nedeniyle sözleşme konusu malın tesliminin gecikmesi";¹¹ İthalat rejiminde yürürlüğe konulan değişikliğin önceden belirlenmiş ve kamuoyuna duyurulmuş olması; Fabrikaya ait kanalizasyonun, kontrollü boşaltım ve temizliğinin fabrika sahibi firmaca (yüklenici) mutad sürelerle yaptırılmaması; İhale süreci tamamlanıp sözleşme imzalandıktan sonra yüklenici tarafından söz konusu malların tedarik edilemeyeceğinin anlaşılması; Kırıkkale ve Batman Rafinelerinden asfalt bitüm nakliyesinin gerçekleştirilmesi ihalesinde, TÜPRAŞ'ın Kırıkkale Rafinerisinde 15 Eylül-18 Ekim tarihleri arasında planlı bakım yapılması sebebiyle asfalt ihtiyacının anılan rafineriden karşılanamaması; Doğal hava koşulları nedeniyle çalışılmayacak olan sürenin ihale dokümanında belirtilmesi gerektiğinden, idari şartname ve sözleşmede de bu dönemdeki hava koşulları çalışılmayacak dönem olarak düzenlenmediği hallerde doğal hava koşulları; İşin yapılacağı yerdeki hava koşulları nedeniyle çalışılmayacak olan sürenin ihale dokümanında belirtilmesi ve bu çerçevede işin süresinin belirlenmesi gerektiğinden, mevsim itibarıyla işin yapılacağı yerde rutin olarak rastlanan doğal hava koşulları.¹²

Vergi Usul Kanunu uygulamasında, bir uyuşmazlıkta, yükümlünün belge ve kayıtlarının yanması (itfaiye raporu ve mahkeme kararıyla tespit edilmiş) mücbir sebep olarak kabul edilirken;¹³ Vergi Dava Daireleri Kurulunun bir kararında elektrik tesisatında oluşan kısa devre sonucu çıkan yangında ticari defterlerin zayi olmasında mücbir sebep iddiası kabul edilmemiştir. Kararın ilgili kısmı şöyledir: "...kişi bütün iradesini, yetisini ve gücünü kullansaydı da bu yıkımı engelleyebilecek durumda olmasaydı, bu durumda mücbir sebeplerden yararlanım hakkı vardır. Afet kavramına nelerin girdiği tartışmalıdır. "Afet" in Türkçe karşılığı yıkımdır. İnsan etkisiyle (yangın, su basması vb) veya doğadan kaynaklanan nedenlerle (deprem, su basması, sel baskını, çığ, don, haşerat saldırısı, salgın hastalık vb) yaşanan yıkımlar, eğer insanın kendi iradesi ve gücüyle engelleyemeyeceği boyutlarda ise VUK'un 13'üncü maddesinde hükmünü bulan mücbir sebepler kapsamına girer..." Danıştay, şirket müdürünün tutuklu olmasının asıl vergi borçlusu olan şirket için mücbir sebep sayılmayacağına hükmetmiştir¹⁴

11 ÖZÇELİK.

12 EFTEKİN, ö.ö., Kamu İhale Mevzuatında Mücbir Sebep Halleri, https://www.malihakem.com/analizler/kamu-ihale-mevzuatinda-mucbir-sebep-halleri_an647.html E.T. 6.3.2019

13 AYKIN, H., Mücbir Sebep Nedir? Vergi Hukukunda Mücbir Sebep Halleri ve Hukuki Sonuçları, <https://vergidosyasi.com/2017/04/19/mucbir-sebep-nedir-vergi-hukukunda-mucbir-sebep-halleri-ve-hukuki-sonuclari-ceza-uygulamasi-yargi-kararlari/> ET.6.3.2019

14 EROL, A., Mükellef Hakkı Olarak Mücbir Sebepler ve Sonuçları, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013.103.1232> ET.6.3.2019

Rahatsızlık sebebiyle dava açılmaması, vekil aracılığıyla dava açılabileceği için, mücbir sebep sayılmamıştır.¹⁵

Temizlik ihalesinde ihaleyi alan şirketin, işçi ücretlerinde %10 artış beklenirken %69 oranında artış gerçekleşmesi sebebiyle sözleşme imzalamaktan kaçınması, mücbir sebep olarak kabul edilmemiştir.¹⁶

İki çocuğun babalarının öldüğü tarihte çok küçük olmaları, annelerinin evlenmesi ve sahipsiz kalmaları mücbir sebep sayılarak, yetim aylığının geçmişe yönelik ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁷

Cezaevinde tutuklu olmak mücbir sebep olarak kabul edilmiştir.¹⁸

Olumsuz hava koşulları, depo bulunamaması ve Rusya Devletinin sebep olduğu olayların incelendiği kararda şu gerekçeyle mücbir sebep olmadığı kararı verilmiştir: "...Ürünlerin Rusya'nın çeşitli limanlarından Mersin ve Bandırma Limanlarına sevk edilecek şekilde yükleme işlemleri yapılırken bazı nedenlerden dolayı gemilerin yükleme limanından geç hareket etmek zorunda kaldığı, Rusya'nın 2007, 2008, 2010 ve 2011 yıllarında ihracata tarife dışı engeller getirdiği, petrol fiyatlarında yaşanan düşüşü müteakip Rus rublesinin aşırı değer kaybetmesi ve enflasyon endişeleri sebebiyle ... tarihinden itibaren Rusya'nın devam eden ürün ihracatına tarife dışı engeller koymaya başladığı, Rusya demiryollarının da ihracata yönelik tüm hububat sevkiyatını tüm alıcılar için durdurduğu, uygulamanın ...-...tarihleri arasındaki yeni yıl dönemine denk gelmesinden dolayı limanlardaki işi gücünü artırdığı ve aşırı yoğunluğa sebebiyet verdiği, ayrıca Rusya'da yaşanan olumsuz hava koşullarının gemilere yükleme ve gemilerin limandan ayrılma tarihlerinde gecikmelere sebebiyet verdiği, bu sebeple çalışılmayan günlerin olduğu,... limanlarına ulaştığı tarihlerde de ülkemizde olumsuz hava koşullarının yaşandığı, gümrük mevzuatındaki düzenlemeler kapsamında tarım ürünlerini taşıyan gemilerin öncelikle Türk limanları açığında beklemeye alındığı, bu kapsamda resmi mercilerin gemideki üründen numune almak suretiyle gerekli analizleri yaptığı ve analizin olumlu çıkması neticesinde uygunluk belgesinin tanzim edildiği, yaşanan olumsuz hava koşulları sebebiyle görevlilerin gemilere ulaşamaması sebebiyle işlemlerin tamamlanamadığı, Mersin'deki teslim edilecek ürünlerin depolanması bakımından yüklenici tarafından ... tarihinde kira sözleşmesi imzalandığı, sözleşmeye konu ürünlerin depolanacağı antrepora yüklenici tarafından yapılan incelemelerde başka şirketlere ait Genetiği Değiştirilmiş Organizma (GDO) içeren ürünlerin depolanmaya başladığı ve çeltiğe bulaşma riski bulunması sebebiyle kira sözleşmesinin ... tarihinde feshedildiği, akabinde yüklenici tarafından alternatif antrepo arayışına girildiği, ürünlerin yüklenicinin bağlı olduğu grup şirketlerden ...A.Ş.'ye ait antrepoya nakledildiği, Bandırma Limanı'na sevk edilecek ürünler için de Rusya limanlarındaki olumsuz hava şartları, limanlardaki ani iş

15 AYKIN.

16 10.D.,K. 1991/871

17 11.D., K.2009/8555

18 10.D., K.1987/2181

yoğunluğu ve ülkemizdeki hava şartlarının olumsuz olduğu, yükleme ve tahliye limanlarına ait olaylar çizelgesinin yazı ekinde sunulduğu, tahliye ile ilgili durumla birlikte Bandırma'daki antrepoların tamamının dolu olması sebebiyle başka bir antrepo kiralanamadığı, 22.01.2015 tarihinde kiralanacak antrepo bulunmadığına dair antrepo şirketlerinden alınan yazıların yine yazı ekinde yer aldığı, ayrıca Bandırma Limanı'na ...-... tarihleri arasında GDO bulaşığı taşıma riski çok yüksek olan ürün getiren gemilerin geldiği ve taşıdıkları ürünleri tahliye ettiklerinin tespit edildiği ve çeltik ürünlerinin, limandaki diğer gemilerdeki GDO bulaşığı taşıma riski bulunan ürünler ile birlikte tahliye edilemeyeceğinin kendilerine bildirildiği, bu açıklama ve ibraz edilen belgeler uyarınca mücbir sebepler sebebiyle 30 günlük ek süre verilmesinin talep edildiğinin belirtildiği, sözleşmenin 25. maddesi uyarınca bu durumun mücbir sebep sayılarak yükleniciye süre uzatımı verilir verilmeyeceği hakkında görüş talep edildiği, Kurum tarafından konunun 4735 Sayılı Kanun'un 10. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi çerçevesinde mücbir sebep kapsamında değerlendirilmesinin koşullarının oluşmadığına karar verilmesi üzerine bu kararın iptali istemiyle bakılan davanın açıldığı, ürünün yükleneceği limanda yaşanan olumsuz hava koşullarının teslimatta gecikmeye sebep olmasının, ürünün menşei ülkenin ihracata tarife dışı engeller koymasının, ülkemizdeki olumsuz hava koşulları sebebiyle gümrük mevzuatı kapsamında yapılan analizlerin tamamlanamamasının ve ürünün teslim edileceği antrepo ile ilgili sorunlara dair başvurunun 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanun'un 10. maddesinin 1.fıkrasının (e) bendi kapsamında mücbir sebep olarak değerlendirilemeyeceği, öngörülemezlik ve önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi koşulunun oluşmadığı görüldüğünden davaya konu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, bu karar davacı tarafından temyiz edilmiştir... anılan Mahkeme kararının ONANMASINA...¹⁹

Bu son kararda altı çizilen ifadelere bakıldığında, öngörülemezlik ve önlenemezlik koşullarının bir arada gerçekleşmediği gerekçesiyle karar verildiği görülmektedir. Halbuki 4735 sayılı Kanununun 10.maddesi, bir hadisenin mücbir sebep olarak kabul etmesi için şu şartları aramaktadır: a) Yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, b)Taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, c)Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması.

Bir başka ülke makamlarının işlemleri, olumsuz hava şartları ve ürün analizlerinin gümrük makamları tarafından tamamlanmaması gibi haller, elbette öngörülebilir. Hatta doğal afetler de öngörülebilir. Nitekim Marmara Bölgesinde kuvvetli bir deprem olacağı öngörülmektedir; ama bu depremi önlemek mümkün değildir. Yukarıdaki karar doğrultusunda düşünüldüğünde deprem de mücbir sebep sayılmayacaktır. Bu sebeple yargı mercileri, kişilerin öngörebilecekleri hadiseleri değil, bu hadisenin kişiler tarafından önlenip önlenemeyeceğini dikkate almalıdırlar. 4735 sayılı Kanun düzenlemesi bu yöndedir.

Bu iki şartı birlikte aramak, idarenin sorumluluğu bakımından isabetlidir. Zaten yukarıda bu konuda örneklere yer verilmişti. Öngörülebilirlik şartı aramak, kişilerin idarenin eylem ve işlemleri

19 13. D.,K.2017/874; 13.D.,K.2017/875

sebebiyle yükümlülüklerini yerine getirememeleri halinde, daha da önem kazanmaktadır.²⁰ Bu sebeple bu konu aşağıda ayrı bir başlıkta incelenecektir.

C.MEVZUATTA DÜZENLENMEDİĞİ HALDE MÜCBİR SEBEBİ DİKKATE ALAN DANIŞTAY KARARLARI

Yukarıda kısaca açıklandığı üzere çeşitli hukuk metinlerinde ve idareyle yapılan sözleşmelerde kişilerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini önleyen mücbir sebeplere ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ancak Danıştay, mevzuatta düzenlenmeyen hallerde de mücbir sebeplerden dolayı kişilerin yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğine ve bundan dolayı sorumlu tutulamayacaklarına karar vermektedir.

Bu konuda değinilecek olan ilk karar, Danıştay 1.Dairesi'nin 4.12.1944 tarihli mütalaasıdır. Bu kararda aksine açık bir kanun hükmü olmadıkça, mücbir sebeplerin kabulü gerektiği belirtilmektedir. Karar şöyledir: "Kanunlarda aksine sarahat olmadıkça hukuki münasebetlerde mücbir sebeplerin kabulü hukukun esas kaidelerinden olmak itibarile 1055 sayılı Kanununun 33. maddesinin "24.madde mucibince ruhsatname tarihinden itibaren üç sene zarfında müessesenin tesisi ve imalata başlanması mecburiyeti ifa olunmazsa muafiyet ruhsatnamesinin iptal olunacağı" yolundaki hükmünde mücbir sebeplerden bahsedilmemesi bu sebeplerin kabul edilmiyeceği manasını tazammun etmiyeceği ve bilhassa, idari hukuk daha ziya de hukuken umumi prensiplerden mülhem olacağına göre kaza ve esbabı mücbire gibi kaideler bu sahada evleviyetle tabii bulunduğu cihetle İktisat Vekaletince Kars Hususi Muhasebe Müdürlüğü tarafından Sarıkamış ve Iğdır'da tesisine teşebbüs edilen elektrik fabrikalarının muayyen müddet zarfında ikmal edilerek faaliyete geçirilememesi sebebiyle muafiyet ruhsatnameleri hakkında tatbik olunan iptal muamelesinin, fabrikaların tesis edilememesinin ahvali haziranın tevlit ettiği imkansızlıktan ileri geldiği sonradan anlaşıl原因 olarak, kaldırılmış olmasında kanuna mugayeret görülmediği mütalaa olunmuştur."

Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, trafik kazası sebebiyle seviye belirleme sınavına giremeyen bir öğrencinin açtığı davada, mücbir sebeplere ilişkin düzenleme olmamasına rağmen, öğrencinin durumunun dikkate alınması gerektiğine karar vermiştir.²² Karar şöyledir: "Dosyanın incelenmesinden; davacının kızının 26.04.2009 günü geçirdiği trafik kazası sonrası iç kanama ve beyin travması teşhisi ile operasyon geçirdiği, uzun süre beyin cerrahisi yoğun bakımda tedavi gördüğü, sonrasında Dışkapı Yıldırım Beyazıt ve Eğitim Araştırma Hastanesi FTR servisinde 1 ay yatarak tedavi gördüğü, devamında ise tedavisine GATA TSK Rehabilitasyon ve

20 "...değişen yatırım parametreleri sebebiyle davacı şirketin neredeyse yatırım süresi kadar süre kaybettiği, temelinde başka idarelerin işlemlerinin de etkisi olan bu uzama nedenlerinin mücbir sebepler kapsamında olduğu anlaşıldığından, tesis tamamlama süresinin uzatılması veya süre sonunun belirlenmesi hususlarında davalı idareye takdir yetkisi tanınmışsa da belirtilen nedenler karşısında tesis tamamlama süresini uzatmak durumunda olan davalı idarece, davacı şirketin 5.3.2008 tarihli mücbir sebep başvurusu kabul edilmeyerek üretim lisansının iptaline dair Kurul kararında hukuki isabet görülmemiştir..."13.D.,K. 2011/1039

21 K.1944/26

22 K. 2015/4110,T. 12.11.2015

Bakım Merkezinde devam edildiği, davacının kızının sağlık durumu nedeniyle 06.06.2009 günü yapılan 8. Sınıf Seviye Belirleme Sınavına girememesi üzerine kızının öğrenim görmüş olduğu okuldan okul birincisi olarak mezun olduğu, okul başarısına ve emsaline uygun bir Anadolu lisesine kayıt hakkı verilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde eşdeğer bir sınav hakkı tanınması istemiyle yapılan başvurunun, dava konusu yönerge ve kılavuzda yer alan “Herhangi bir sebeple seviye belirleme sınavına katılmayan öğrencinin seviye belirleme sınavı puanı, o yıla ait en düşük seviye belirleme sınavı puanıdır.” kuralı uyarınca her ne sebeple olursa olsun, sınava girmeyen öğrenciler için yapılacak herhangi bir işlem bulunmadığından bahisle reddi üzerine bakılmakta olan davanın açıldığı anlaşılmıştır.

Her ne kadar Danıştay Sekizinci Dairesince dava konusu Kılavuzun “Süreğen Hastalık Olan Öğrenciler” başlığını taşıyan 9.6 maddesinde yatağa bağımlılığı olan ya da sağlık kurumunu terk etmeleri sakıncalı olan öğrencilerin durumunu sağlık kurulu raporu ile belgelendirdikleri takdirde tedavi gördükleri sağlık merkezinde sınava katılabilmelerinin mümkün kılındığı ve bunun kamuoyunun bilgisine sunulduğu, alınan önlemlere karşın, seviye belirleme sınavına katılmayan öğrencinin seviye belirleme sınavı puanının, o yıla ait en düşük seviye belirleme sınavı puanı olacağı yönündeki düzenlemede ve ortaöğretime yerleştirme puanının hesaplanmasında hukuka ve ölçme değerlendirme ilkelerine aykırılık bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, davacının kızının durumunun süreğen hastalığı olan öğrenci kapsamında değerlendirilemeyeceği, süreğen hastalığı olan öğrencilerin tedavi görmüş oldukları sağlık merkezinde sınava katılmalarının mümkün olduğu, davacının kızının ise bu hallerden tamamen ayrı olarak geçirmiş olduğu trafik kazası nedeniyle tedavi gördüğü sağlık merkezlerinde de sınava alınmasının mümkün olmadığı, dava konusu yönerge ve kılavuz maddelerinde ise, davacının kızının durumu ve benzeri mücbir sebepler yüzünden sınava girmesi hiç bir şekilde mümkün olmayanların durumu gözetilmeksizin, genel bir şekilde herhangi bir sebeple seviye belirleme sınavına katılmayan öğrencinin seviye belirleme sınavı puanının, o yıla ait en düşük seviye belirleme sınavı puanı olduğu yönünde düzenleme yapıldığı, bu düzenlemenin ise hakkaniyete uygun olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

Bu durumda, mücbir sebepler nedeniyle hiç bir şekilde sınava katılamayacak olanların durumu gözetilmeksizin genel olarak sınava katılmayan tüm öğrenciler için uygulanan Ortaöğretim Kurumlarına Geçiş Yönergesinin 11. maddesi ve 2009 Seviye Belirleme Sınavı e-Başvuru Kılavuzunda yer alan “Herhangi bir sebeple seviye belirleme sınavına katılmayan öğrencinin seviye belirleme sınavı puanı, o yıla ait en düşük seviye belirleme sınavı puanıdır.” şeklindeki düzenlemede ve bu düzenleyici işlemlere dayak olarak tesis edilen bireysel işlemde hukuka uyarlık bulunmamıştır.”²³

23 Benzer bir uyuşmazlıkta 8.Daire zorlayıcı sebep bulunduğu halde üniversiteye kayıt yapılmamasını hukuka aykırı bulmuştur. “...Uyuşmazlık, ... Üniversitesi, Ticaret ve Turizm Eğitim Fakültesi, Turizm Öğretmenliği bölümüne kayıt yaptırmaya hakkı kazanan davacının kaydının yapılmamasına ilişkin işlemin iptali isteminden doğmuştur. ... Üniversitesi, Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin, üniversiteye Giriş ve Kayıt Şartları başlıklı 9. maddesinin son bendinde, Üniversiteye kayıt hakkı kazanan Türk ve yabancı uyruklu adayların kayıt için bizzat başvurmaları gerekeceği, ancak kesin kayıt için gerekli belgeler tamam olduğu takdirde, kesin kayıt işleminin adayın bir yakını tarafından yürütülebileceği hükme bağlanmıştır.

Danıştay 10.Dairesi, iç taşıma yardımından mahrum bırakılma işleminde, ihracatın grev nedeniyle gecikmesinin dikkate alınmamasını, hakkaniyetle bağdaşmaz olarak nitelerek dava konusu işlemin hukuka aykırılığını tespit etmiştir.²⁴

Yasada düzenlenmediği halde kişilerin haklarını kullanmaya veya yükümlülüklerini yerine getirmeye engel bazı hallerin olabileceğinin kabulüne, dava süreleri hakkındaki kararlarda da rastlanmaktadır. Uygulamada, askeri müdahale nedeniyle sürenin son gününde dava açılmaması; işleme karşı dava açmayı engelleyen yasa hükmünün Anayasa Mahkemesince iptali üzerine dava açılmak istenmesi; bayram önceleri ve sonraları memurlara topluca izin verilmesi nedeniyle süre hesabında yanılma gibi örneklerde dava süresi geçtiği halde açılan davalar incelenmiştir. Örneğin Danıştay 4. Dairesine göre; "...Danıştay kararlarında, kanunlarda belirtilmediği halde, hukuki ve fiili engellerin dava süresini uzatan veya işlemlerini durduran sebepler olarak kabul edilmesiyle, mücbir sebeplerin dava açma süresini etkileyeceği görüşü kuvvet kazanmaktadır. Özellikle doğal afet gibi, kişilerin iradeleriyle değiştiremeyecekleri veya önleyemeyecekleri durumlarda mücbir sebep halinin nazara alınmayarak dava açma süresinin işlediğini kabul etmenin haklı bir nedeni olamaz..."²⁵

D.İDARENİN İŞLEMLERİNİN MÜCBİR SEBEP SAYILMASI

Kişilerin idareye karşı yükümlülüklerini yerine getirmeyi önleyen durumlar arasında idarenin işlemlerine, daha doğru ifadeyle, tutumuna da rastlanmaktadır. Örneğin maden, turizm ve enerji

Dosyanın incelenmesinden, davacının kayıt hakkı kazandığı ... Üniversitesi, ... Eğitim Fakültesi, ... bölümü için kayıt günlerinin 14-15 Eylül 1994, mazeret kayıt gününün ise 16 Eylül 1994 günü olarak ilan edildiği, davacının 14.9.1994 günü sabahı trafik kazası geçirdiği, önce ... Devlet Hastanesine yatırıldığı, oradan ... Hastanesine nakledildiği, burada yapılan tedaviyle sol ayağının alçıya alındığı, takibi yapılmak üzere 3 hafta istirahat verilerek 15.9.1994 gününde taburcu edildiği anlaşılmaktadır.

Olayda, davacının trafik kazası geçirdiği gözönüne alındığında, kayıt süresinin çok kısa olması ve içinde bulunulan durumun özelliği de düşünülerek, davacının ya da bir yakınının kayıt yaptırmak üzere ...'ya gelmesine olanak bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacının içinde bulunduğu zorlayıcı sebep dolayısıyla kayıt isteminin kabul edilmesi hakkaniyete uygun olacağından, aksi yönde idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır." K. 1997/3537,T.21.11.1997.

Danıştay 10.Dairesi, mevzuatta hüküm olmamasına rağmen, misafir takımın uçağının arızalanarak dönmesini mücbir sebep sayan ilk derece mahkemesini onamıştır.(K.1986/1320, T.28.5.1986).

24 "...Bu duruma göre ihracatın uygulanan grev nedeniyle geciktiğinin idarece de kabul edilmesi, hatta bu konuda uygulamanın altı ay daha uzatılmasına ilişkin çalışmaların da yapılıp, salt fona ek yük getireceği sebebiyle vazgeçilmesi, diğer yandan da davacının tüm dış bağlantılarını ve ocaktan yüklemelerini de 31.12.1995 tarihine kadar tamamlaması ve akabinde grevin yarattığı sıkıntıların giderilmesiyle birlikte 1996 yılının ilk aylarında taahhüt ettiği ihracatını gerçekleştirme karşısında, grev olmasaydı ihracatını belirlenen sürede gerçekleştirerek iç taşıma yardımından yararlanacak olan ve olayda hiçbir kusuru bulunmayan davacının, teşvik sistemiyle öngörülen amacın gerçekleştiği de dikkate alınmaksızın iç taşıma yardımından mahrum bırakılması, teşvik sistemiyle öngörülen amaca aykırı olduğu gibi hakkaniyetle de bağdaşmadığından dava konusu işlemde hukuka uyarlık görülmemektedir..." K.1999/691. İhracat teşvik belgesinin süresinin uzatılmaması işleminde, ihracat taahhüdünün yerine getirilememesinde, İran Irak savaşı mücbir sebep olarak nitelenmiştir. 10.D.,K.1985/241

25 4. Daire kararı deprem nedeniyle "can derdine düşen" insanların süresinde dava açamayacaklarına işaret etmesi bakımından önemlidir. Bkz. Aslan,Z.-Berk,K.,İdare Hukuku ve İdari Yargıya İlişkin Temel Kanunlar, İstanbul, 2005,s.188.

yatırımlarında, yatırıma başlayabilmek için yerel yönetimlerin, Maliye Bakanlığının, Orman Genel Müdürlüğünün, Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğünün, Turizm ve Kültür Bakanlığının, Çevre ve Şehircilik Bakanlığının izinlerine, işlemlerin gerek duyulmaktadır. Bu süreçte, idari birimlerin işlem yapmaması, geç işlem yapması gibi sebeplerle yatırıma başlanılamamakta ve yaptırımlarla karşılaşmaktadır. 3213 Sayılı Maden Kanununda beklenmeyen hal olarak tanımlanan, ilgili mevzuat gereğince diğer kurumlardan alınması gereken izinlerin alınamaması durumu, Kanun gereği dikkate alınacaktır; ancak başka faaliyet alanlarında buna benzer bir hüküm olmadığında sorun çıkmaktadır.

İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, başka idarelerin işlemlerinin etkisini mücbir sebep olarak kabul ederek, kişiler için önemli bir koruma sağlamıştır.

İdari Dava Daireleri Kurulunun 30.5.2013 tarihli, 2013/2192 K. Sayılı Kararında şöyle denilmektedir: “..Bu bağlamda, rüzgâr santrali tesisinin süresinde tamamlanmamasının nedeninin davacıdan kaynaklanmayan, başka idarelerin işlemlerinin de etkisiyle meydana gelen “mücbir sebep” hallerinden olduğu sonucuna varıldığından, davacı şirketin üretim lisansının iptaline dair Kurul kararında 4628 Sayılı Kanun’a, ilgili Yönetmelik kuralına ve kamu yararına uygunluk bulunmadığı gerekçesiyle, davaya konu işlemin iptaline karar verilmiştir... dosyanın incelenmesinden; Danıştay Onüçüncü Dairesince verilen kararın usul ve hukuka uygun bulunduğu, dilekçede ileri sürülen temyiz nedenlerinin kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte olmadığı anlaşıldığından, davalı idarenin temyiz isteminin reddine...”²⁶

Bir yatırıma başlanılamamasının mücbir sebepten kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılırken şu noktayı dikkate almak zorunludur: Mücbir sebep kavramı, gerek bazı kanun hükümleriyle, yargı kararlarıyla, idarenin uygulamasıyla ve tüm bunları inceleyen doktrinin görüşleriyle belirginleşmiş, somutlaşmıştır. İdare, bu somutlaşmış kavramı, takdir yetkisini gerekçe göstererek serbestçe uygulayamaz. Yukarıda da değinildiği üzere bir hadisenin mücbir sebep olarak nitelenebilmesi için öncelikle yükümlülük sahibi kişinin kendi eyleminden kusurundan kaynaklanmaması gerekir. İkinci unsur ise bu olayın önlenemez karşı koyulamaz olmasıdır. Üçüncüsü ise bu hadisenin kişinin yükümlülüğünü yerine getirmesini engellemesidir.

Özel hukuk kişilerinin, imar planı yapma yetkisinin bulunmadığı açıktır. Ayrıca özel hukuk kişileri, idarenin işleyişini hızlandırabilecek hukuki araçlara da sahip değildir. Aynı şekilde kamuya ait bir taşınmaz üzerinde irtifak hakkı tesisi süreci tamamen idarenin yetkisi ve yönlendirmesiyle mümkün olabilmektedir. Özel mülkiyette olan taşınmazların kamulaştırılması da proje sahibinin yetkisi dahilinde değildir. Kamulaştırma işlemleri ilgili idare tarafından yapılmakta, proje sahibi sadece ödeme yapmaktadır. Bu durumda idarenin tutumunun mücbir sebep olarak nitelenmesini gerektirecek ilk şart gerçekleşmiştir. Bu hadiseler kişilerden kaynaklanmamaktadır. Kişilerin yetkisi ve iradesi dışında gelişen olaylardır.

26 Başka idarelerin işlemlerinin mücbir sebep sayılması gerektiği yönünde 19.3.2014 tarihli, 2014/899 K. sayılı bir başka İdari Dava Daireleri Genel Kurulu kararı daha mevcuttur.

Mücbir sebebin önlenemezlik unsuru da bu olaylarda kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Çünkü kişiler, kamu kudreti olarak adlandırılan egemenlik yetkisini kullanan idare karşısında, ancak işlem tesisi veya eylem gerçekleştirilmesi halinde yargısal korunmaya sahiptirler. İdareyi işlem yapmaya zorlayacak şekilde yargı kararı verilememektedir. Aynı şekilde idarenin hareketsizliği halinde yargısal emir yoluyla idareyi zorlamak da mümkün değildir. Bu sebeple kişiler idarenin işlem ve eylemlerini önlemek, karşı koymak imkanından yoksundur.

Bir hadisenin mücbir sebep olarak kabulünü gerektiren son şart ise taahhüdün yerine getirilememesinin bu olaylar sebebiyle mümkün olamamasıdır. Örneğin bir şirketin imar planı olmadan yapı ruhsatı alması; ruhsat olsa dahi Hazine ve özel kişilerin mülkiyetindeki taşınmazlar üzerinde tesis kurması hukuken mümkün değildir. Şirket ancak irtifak hakkı tesisi ve kamulaştırma sonrasında tesis için inşai faaliyete başlayabilir. Yatırıma başlanılmasını bu hadiseler önlemişse idarenin işlem ve eylemlerinden kaynaklanan durumların mücbir sebep sayılması gerekmektedir. Yukarıda yer verilen kararlar bu bakımdan önemlidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki idarenin işlem veya eylemleri bir yargı kararına uyma zorunluluğundan da kaynaklanabilir. Ancak bu zorunluluk, kişiler bakımından mücbir sebep halini ortadan kaldırmamalıdır.²⁷

Bu konuda son olarak şu hususu tekrarlamakta yarar vardır: Kişilerin muhatabı olduğu idari birimlerin, yapmaları gereken işlemleri yapmaması, geç yapması, mevzuata aykırı güçlük çıkarması öngörülebilir hadiselerdir. Ne yazık ki Türkiye’de hukuk devletinin temel esaslarından olan belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri cari değildir. Yurttaşlar, idarenin tek taraflı tasarrufuyla, faaliyetlerinin engellenebileceğini; idarenin tutumunun, yargı kararlarına da yansıdığı haliyle, keyfilik arz edebileceğini öngörebilirler.

Örneğin belirli bir sürede yapılması gereken bir imar planı değişikliğinin senelerce hukuki sebep olmaksızın yapılmaması veya bir başka idari birimin bu değişikliği engellemesi öngörülebilir bir durumdur. Ancak, kişiler bakımından bu öngörülebilir durumun önlenmesi mümkün değildir. Dolayısıyla, kişilere böyle bir ihtimali dikkate almak yükümlülüğü getirilemez. Kişilerin önleyemeyeceği, etkileyemeyeceği idari işlem ve eylemlerin olumsuz sonuçlarını kişilere yüklemek, insan haklarına saygılı, adalet anlayışı içinde çalışması gereken Devletten beklenmez. Anayasanın 2. maddesindeki bu esaslar, sadece idareye değil, diğer Devlet organı olan yargıya da adalet anlayışı içinde karar vermek görevini vermektedir. Bu sebeple adil olmayan bir sonuca, mahkemelerin izin vermesi de hukuk devleti ilkesiyle bağdaşmaz.

27 “...Bu itibarla, davaya konu Kurul kararının dayanağı olan yönetmelik maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendinin yürütmesinin durdurulduğu ve davacının üretim lisansı başvurusu hakkında, 6446 Sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.03.2013 tarihe kadar da Kurulca olumlu veya olumsuz bir şekilde karar verilmediği görüldüğünden,... başvuru yükümlülüklerini doksan günlük süre içinde yerine getirmediğinden bahisle üretim lisansı başvurusunun iptal edilerek, teminatının irat kaydedilmesine dair davaya konu işlemde hukuka uygunluk,... görülmemiştir...”13. D.,K. 2017/252

IV. SONUÇ

İdarenin sorumluluğunun kaldıran mücbir sebeplerin belirlenmesinde, idarenin gücünün ve yetkilerinin dikkate alınması; hadisenin olumsuz sonuçlarının önceden alınacak tedbirlerle önlenmesinin mümkün olup olmadığının incelenmesi isabetli bir uygulamadır.

İdare-kişi ilişkisinde; kişilerin haklarını kullanmalarını veya yükümlülüklerini yerine getirmelerini önleyen mücbir sebepler konusunda bazı kararların eleştiriye açık olduğu görülmektedir. Örneğin, başka ülke makamlarının tutumlarını önlemek mümkün değildir. Aynı şekilde, Türkiye'deki idari birimleri işlem tesis etmeye zorlamak, işlemlerini etkilemek veya değiştirmek, kişiler bakımından imkansızdır. Bu sebeple idari birimlerin iş ve işleyişindeki aksaklıklar da kişiler bakımından mücbir sebep olarak kabul edilmelidir. İdarenin bu tutumunun öngörülebilir olması, mücbir sebep olduğu gerçeğini değiştirmez. Aksi takdirde hiçbir yatırıma kalkışmamak, idareden hiçbir faaliyet için izin almamak, taahhütte bulunmamak gerekir. Çünkü idarenin bazen açıkça hukuka aykırı şekilde yetkilerini kullanmadıkları bilinir. Her zaman ihtimal dahilindedir.

Ayrıca idarenin tutumu, idarenin iradesi dışında, örneğin yargı kararı sebebiyle olsa dahi, bu durum kişi bakımından mücbir sebeptir. Çünkü, hadiseler kişilerin kusurundan kaynaklanmamakta ve kişilerin ortadan kaldırmaya güçleri yetememektedir. Mevzuatta düzenlenen halleri bu bakışla yorumlamak gerekir.

Şu hususu da belirtmek gerekir ki, mevzuatta düzenlenmemiş olsa dahi, kişilerin haklarını kullanmalarını veya yükümlülüklerini yerine getirmelerini engelleyen mücbir sebeplerin İdari yargı kararlarında dikkate alınması, isabetli bir tercihtir.

Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı

The Right of Third Persons to Request Establishment of Personal Relationship with the Child

Sera Reyhani YÜKSEL* 

Öz

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması velayet hakkına sahip olmayan ya da çocuğun kendilerinden alındığı anne ve baba açısından TMK m. 323-324 hükümlerinde; üçüncü kişiler açısından ise TMK m. 325 hükmünde düzenlenmiştir. Çocuğun anne ve babasının mesela boşanmaları ya da ayrılmaları ihtimalinde ya da zaten hiç evlenmemiş olmaları nedeniyle velayetin kendisine bırakılmayan tarafın çocukla ilişkisini nasıl sürdüreceği ya da çocuğun büyük yakınlık duyduğu üçüncü kişilerle ilişki kurup kuramayacağı ve bu kişilerle ilişki kurmanın çocuk için yararlı olup olmadığı psikoloji bilimini ilgilendirdiği kadar hukuku da ilgilendirmektedir. Özellikle 3. kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmalarının şartları ve sınırlarının neler olduğu önemlidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk, çocuğun menfaati, çocukla kişisel ilişki kurulması

Abstract

Establishing a personal relationship with the child in the provisions of 323-324 of TCC (Turkish Civil Code) in respect of the mother and father who do not have the right of custody or from whom the child is taken; in respect of the third persons it has been issued in the provision 325 of TCC. For example due to the divorce of the mother and father of the child or within the probability of separation or that they have not got married, as the how the party to whom the custody was not given will continue their relation with the child or whether the child will establish relation with the third persons that the child feels closeness greatly and whether establishing relation with these person will be useful or not for the child is a matter of law as far as the psychology science. In particular, the conditions and limits of the personal relationship of 3rd persons with the child are important.

Keywords: Child, child's interest, establishing a personal relationship with the child

* Dr. Öğretim Üyesi, Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-Mail: ryuksel@dogus.edu.tr

GİRİŞ

İnsan doğası nedeniyle toplumsal bir varlık olup ilişkiler ağı içinde doğar, yaşamını devam ettirir ve ölür. İnsanın sahip olduğu bu ilişkiler anne-baba-çocuk, arkadaş, komşu, iş arkadaşı gibi farklılık gösterebilir ve birçok açıdan birbirinden farklı olabilir¹. Ancak şüphesiz bu ilişkiler ağı içinde en önemlisi çocuğun anne ve babasıyla sonrasında duygusal bağlılık geliştirdiği kişilerle kurduğu ilişkilerdir. Yaşamın ilk yıllarında anne ve babasına yönelik beklentileri daha ziyade fiziksel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olan çocuk, ilerleyen yıllarda fiziksel olarak ihtiyaçlarını kendisi karşılayabilecek duruma geldiğinde anne ve babasına duyduğu ihtiyaç duygusal ihtiyaç halini almaktadır. Bu sebeple yaşamın her alanında, ilişkinin içeriği ve gereksinimin niteliği değişmekle birlikte anne ve babaya duyulan ihtiyacın hiç bitmeyeceğini söylemek mümkündür. Bununla birlikte bir kimsenin duygusal yakınlık geliştirdiği kimselerin anne ve babayla sınırlı olmadığı, büyük anne ve büyük baba, kardeş, amca, dayı, hala, teyze gibi yakın bir hısım veya küçüklüğünde bakıp büyütülmesine katkı sağlayan dadı olabileceği, hatta bu kişilerin çerçevesinin daha da genişletilebileceği ifade edilmelidir. Çocuğun anne ve babasının mesela boşanmaları ihtimalinde velayetin kendisine bırakılmayan tarafın çocukla ilişkisini nasıl sürdüreceği ya da çocuğun büyük yakınlık duyduğu üçüncü kişilerle ilişki kurup kuramayacağı ve bu kişilerle ilişki kurmanın çocuk için yararlı olup olmadığı psikoloji bilimini ilgilendirdiği kadar hukuku da ilgilendirmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 323 vd. maddelerinde velayet hakkına sahip olmayan ya da çocuğun kendisinden alındığı anne ve/veya babaya ve hatta bunların yanında belirli şartlarla üçüncü kişilere çocukla kişisel ilişki kurma imkânı tanımış ve bu konuda ayrıntılı hükümler sevk etmiştir. Bu çalışmada kişisel ilişkinin tanımı, kişisel ilişki kurmanın hukuki niteliği, çocukla kişisel ilişki kurma hakkına kimlerin sahip olduğu hususları üzerinde durulmasından başka özellikle üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasının şartları ve bu ilişkinin sınırları irdelenmeye çalışılacaktır.

I. ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ TANIMI

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, anne ve babasından ya da bunlardan birinden ayrı yaşayan çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça anne veya babasıyla kurallara uygun şekilde kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir^{2,3}. Kişisel ilişki kurma hakkına Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda da (m. 24/f. 3)⁴ yer verilmiştir. Anne ve baba açısından

1 HORTAÇSU, Nuran, Çocuklukta İlişkiler Ana Baba, Kardeş ve Arkadaşlar, Ankara 2003, s. 25.

2 AKYÜZ, Emine, Çocuk Hukuku, Ankara 2016, s. 203.

3 BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/f. 3: “*Taraf Devletler, ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler*”.

4 Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 24/f. 3: “*Her çocuk, kendi menfaatine aykırı olmadığı sürece, ebeveyniyle düzenli olarak kişisel ve doğrudan ilişki kurma hakkına sahiptir*”.

bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8'inci maddesinin 1'inci fıkrası⁵ ile güvence altına alınmıştır⁶. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde de bu hakkın uygulamaya geçirilmesi ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir⁷.

Anayasa m. 41/f. 3 uyarınca, “Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.” Bu anlamda çocuğun anne ve babasıyla kişisel ilişki kurması anayasal bir hak olarak varlığını göstermektedir.

Çocuk ile kişisel ilişki kurulması, velayet hakkına sahip olmayan ya da çocuğun kendilerinden alındığı anne ve/veya baba bakımından TMK m. 323-324 hükümlerinde; üçüncü kişiler açısından ise TMK m. 325 hükmünde düzenlenmiştir. Bu anlamda sadece üçüncü kişilerin değil, anne ve babanın da çocuk ile kişisel ilişki kurmaları ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebilir. Nitekim mahkeme kararıyla çocukla kişisel ilişki kurmaya yönelik düzenleme yapıncaya kadar, velayet hakkına sahip anne ya da babanın veya çocuk kendisine bırakılmış kişinin rızası dışında çocukla kişisel ilişki kurulması mümkün değildir⁸.

Kişisel ilişki kurma hakkı, anne/baba veya belirli şartlarla üçüncü kişiler ile çocuğa belirli gün veya saatlerde birbirleriyle görüşme, birbirlerinden haberdar olma, birbirlerinin yaşamında olma yetkisi veren bir haktır⁹. Doktrinde yapılan başka bir tanımlama uyarınca, velayet hakkına sahip olmayan veya çocuk kendisine bırakılmayan anne, baba ve üçüncü kişiler ile çocuk arasında çocuğun yüksek yararına uygun şekilde kurulan, belirli zamanları birlikte geçirme, birbirlerini görme, birbirlerinin duygu ve düşüncelerini paylaşma, aralarında sevgi bağı kurma ve bu sevgi bağını devam ettirmeyi kapsayan ilişkidir¹⁰. Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nde kişisel ilişki, çocuğun mutlak olarak birlikte yaşamadığı, anne ve babasının veya anne ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar yanında sınırlı bir süre için birlikte kalması veya görüşmesini; çocukla söz konusu kişi arasındaki her türlü iletişim şeklini; söz konusu kişiye çocuk hakkında, ya da çocuğa bu kişi hakkında bilgi aktarımını ifade edecek şekilde kullanılmış ve tanımlanmıştır. Anne ve baba, küçük çocuğun velayeti ellerinde olmasa da, onunla makul ölçüler içerisinde kalarak kişisel ilişki kurabilirler; onunla buluşup görüşebilirler, yazışabilirler, telefonlaşabilirler. Kişisel ilişki kurma hakkının kapsamına ziyaret, yazışma, görüşme ve bilgi edinme hakları girmektedir¹¹. Kavram, uygulamada kısaca “ziyaret hakkı” olarak da kısaltılmakta ve kullanılmaktadır¹²

5 AİHS m. 8/f. 1: “Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir”.

6 ERLÜLE, Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 217.

7 USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016, s. 219.

8 DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018, s. 343.

9 SERDAR, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Özel Sayı, Cilt 9, s. 740.

10 RUHİ, Canan/RUHİ, Ahmet Cemal, Velayet Hukuku, Ankara 2017, s. 95.

11 SEROZAN, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017, s. 241.

12 YILMAZ, Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MHB 2015, Yıl 35, Sayı 1, s. 105.

II. ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Kişisel ilişki kurma hakkı sadece anne-baba ve çocuk arasındaki soybağına değil, daha ziyade psikolojik anne ve baba olgusuna dayanmaktadır. Psikolojik annenin ve babanın, çocuğa şefkat ve sevgi göstermeyi, ona saygı duymayı, onunla arkadaşlık etmekten zevk almayı bilen, çocuğun davranışlarını hoşgörüyü karşılayabilen, ona yol gösterebilen ve destek olabilen kişiler olmasından hareketle sadece bir çocukla arasında soybağının var olmasının psikolojik anne ve baba olmak için yeterli olmadığı söylenmelidir. Psikolojik anne ve baba tutumunu ve davranışlarını hiç üstlenmemiş kişilerin kişisel ilişkide bulunma hakkının var olduğu ileri sürülemeyecektir¹³. Nitekim çocukla kişisel ilişki kurulmasının amacı, anne ve baba ile çocuk arasındaki ruhsal ve manevi bağın devamının sağlanmasıdır. Böylelikle çocuktan ayrı kalan anne veya babanın çocukla arasındaki ailevi ilişkiyi sürdürebilmesi, çocuğun sorunlarıyla ilgilenebilmesi, gelişimi hakkında bilgi sahibi olması ve tarafların karşılıklı sevgi gereksinimlerinin karşılanması söz konusu olabilmektedir¹⁴.

Doktrinde, genellikle annenin ve babanın çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının tarafların kişilik hakkına dahil değerlerden olduğu kabul edildiği için bu haktan feragat edilmesi geçerli olmadığı gibi bu hakkın devredilmesi de mümkün değildir¹⁵. Ancak doktrinde kişisel ilişki kurma hakkının kaynağının ne olduğu konusunda farklı görüşler vardır. Bu hakkın psikolojik anne ve baba olgusuna dayandığı görüşü dışında¹⁶ soybağına dayandığını kabul edenler de bulunmaktadır¹⁷.

Çocukla kişisel ilişki kurulması hakkı, velayet hakkının bir uzantısı olarak nitelendirilemez. Yargıtay kararlarında da kişisel ilişki kurma hakkının velayet hakkıyla ilgili olmadığı hususuna vurgu yapılmıştır¹⁸. Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı da tıpkı velayet hakkı gibi bir yüküm hak olarak nitelendirilmektedir ve bu şekilde nitelendirilmesinin gerekçelerinden birini TMK m. 322'deki anne, baba ve çocuğun birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlü kılan düzenlemesinin oluşturduğu ifade edilmektedir¹⁹.

13 AKYÜZ, s. 203-204.

14 BAYGIN, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010, s. 105.

15 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 343-344; AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2017, s. 396; ÖZTAN, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 1025; CEYLAN, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006, s. 165; BAYGIN, s. 105; KARACA, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015, s. 97; FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul 1986, s. 385; ÇELİKEL, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012, s. 116; ERLÜLE, s. 219; YILMAZ, s. 107.

16 Bkz. yukarıda dpn. 13 ve orada atıf yapılan yazar.

17 ÇELİKEL, s. 116; CEYLAN, s. 166; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2017, s. 483.

18 REYHANİ YÜKSEL, Sera, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016, s. 60; "Şahsi ilişki velayet hakkının sonucu bir hak değildir. Aksi halde velayetin nez'i (alınması), boşanma, tabii babalık gibi hallerde şahsi ilişkinin söz konusu olmaması gerekirdi. Oysa bu hak, irs ve nesep ilişkisinden doğmaktadır. Nitekim 18.11.1959 tarihli 12/29 sayılı İçtihatı Birleştirme Kararı, büyük baba ve büyük anaların torunları ile şahsi ilişkide bulunmalarını mümkün kılmıştır. Öyle ise, evlatlık ile kendi ana ve babası arasında şahsi ilişkinin düzenlenmesi zorunlu olup istek doğrultusunda karar verilmesi gerekir". Yarg. 2. HD., 1.11.1983 T., 7785/8111 Karar için bkz. REYHANİ YÜKSEL, s. 60 ve dpn. 261.

19 ERLÜLE, s. 219; Aynı şekilde ebeveynin çocuk ile kişisel ilişki kurmasının kendisi için hem bir hak hem de bir yükümlülük yani yüküm hak olduğu konusunda bkz. YILMAZ, s. 106.

III. KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINI İSTEME HAKKINA SAHİP OLANLAR

A. ANNE ve BABA

Türk Medeni Kanunu m. 323 hükmü uyarınca anne ve babadan her biri, velayeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahiptir. Önceki Medeni Kanun evlilik içi çocuklara ilişkin olarak evliliğin boşanma ile sona ermesi halinde velayet kendisine verilmeyen anne veya babaya çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanımıştı (eMK m. 148/f. 3). Butlanın çocuklarla ilgili hükümlerini düzenleyen eMK m. 125/f. 2 hükmü, çocuklar ile anne ve baba arasındaki haklar ve borçlar, boşanma hükümlerine tabidir, şeklinde düzenleme içerdiği için anne veya babanın butlan kararı verilen bir evlilikten doğan ve velayeti kendisine verilmeyen çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkı vardı²⁰. Yine önceki Medeni Kanun zamanında doktrinde, evlilik dışı çocuklarda, “*çocuk babanın velayeti altında ise ana, çocukla icabı hale göre şahsi münasebetleri idame hakkını haizdir*” diyen eMK m. 313/c. 1 hükmünün yetersiz olduğu, bu hükümde çocuğun sadece babanın velayeti altına verilmesi halinde anneye böyle bir talep hakkın tanınmasının ve babaya böyle bir hakkın verilmemesinin isabetli olmadığı ifade edilmekteydi. Aynı hüküm uyarınca, çocuğun vesayet altına konulması halinde hem annenin hem babanın kişisel ilişkiyi talep hakkı bulunmadığı, halbuki velayetin anneye verilmesi halinde babanın; çocuğun vesayet altına konulması halinde hem anne hem de babanın çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde zorunluluk olduğu belirtilmekteydi²¹.

Çocuğun velayet hakkının anne ve babaya birlikte ait olmaması nedeniyle, anne veya babadan birinin TMK m. 323 uyarınca çocuk ile kişisel ilişki kurması anne ve babanın hiç evlenmemiş olmalarından kaynaklanabileceği gibi, anne ve babanın boşanması ya da ayrılığın karar verilmesi veya anne ve babadan birinin velayet hakkının kaldırılması hallerinde söz konusu olabilir²². Aynı şekilde çocuk koruyucu aile ya da kurumda kaldığı sürece, annenin ve babanın koruma tedbirinin amacına ulaşmasına engel olmadığı sürece, çocuk ile hem yüz yüze hem mektup, telefon ve diğer iletişim araçlarıyla görüşebilme yani kişisel ilişki kurma imkânı olacaktır²³. Ayrıca eşlerden biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği ya da ailenin huzuru ciddi şekilde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir (TMK m. 197/f. 1). Birlikte yaşamaya ara verilmesi eşlerin ortak çocukları üzerindeki velayet hakkını ortadan kaldırmaz. Bu halde hâkimin, eşlerden birinin talebi üzerine ortak çocukların kimin yanında kalacağını ve diğer eşle nasıl kişisel ilişki kuracaklarını tedbiren düzenlemesi gerekir (TMK m 197/f. 4). Boşanma ya da ayrılık davası açılınca eşlerin yargılama boyunca ayrı yaşama hakkı vardır ve bu halde de çocuğun anne veya babadan hangisinin yanında kalacağına hâkim re’sen karar verecek; çocuk kendisine bırakılmamış tarafın çocukla kişisel ilişkisini sürdürmesi şeklini tayin edecektir²⁴.

20 BAYGIN, s. 106.

21 OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 2001, s. 370.

22 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 343.

23 GRASSINGER, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009, s. 155.

24 BAYGIN, s. 108.

Doktrinde bir görüşe göre, çocuğun evlatlık verilmesi durumunda annenin ve babanın velayet hakları olmamakla birlikte soybağı ilişkisi devam ettiği için çocukla kişisel ilişki kurma hakları bulunmaktadır²⁵. Doktrindeki diğer bir görüş uyarınca, çocukla anne ve babası arasındaki ilişki çocuğun evlatlık verilmesiyle sona ermişse çok istisnai haller dışında kişisel ilişkinin kurulması istenememelidir²⁶. Kanaatimizce de çocukla anne ve babası arasındaki ruhsal ve manevi bağın devamında çocuk için yarar varsa evlatlık verilen çocuk bakımından kişisel ilişki kurulması söz konusu olabilir.

B. ÜÇÜNCÜ KİŞİLER

Türk Medeni Kanunu'nun ilgili 325'inci maddesi uyarınca, olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir²⁷.

C. ÇOCUK

Türk Medeni Kanunu'nun 323'üncü maddesinde yer alan düzenlemede anne ve babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkından bahsedilmişse de kişisel ilişki kurma hakkı salt anne ve babanın veya başka yakınların hakkı olmayıp aynı zamanda çocuğun da hakkıdır. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/f. 3 düzenlemesi bu gerçeği açıkça dile getirir²⁸. Yani kişisel ilişki kurma hakkı üstelik sadece evlilik içi çocuklar açısından değil, evlilik dışı ve evlat

25 **SERDAR**, *Kişisel İlişki*, s. 753; Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur: “Davacı, davahlar tarafından birlikte evlat edinilen küçüğün öz annesidir. Evlat edinme; evlatlıkla evlat edinenler arasında soybağı ilişkisi kurar (TMK. m. 282/3) ise de, evlatlığın kendi ailesiyle arasındaki soybağı ilişkisi evlat edinme ile ortadan kalkmaz (TMK. m. 314/5). Ana ve babasından veya bunlardan birinden ayrılmaya karar verilmiş olan çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana-babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve bunu sürdürmesi, çocuk için bir hak (Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 9/3) olduğu kadar, çocuklarıyla düzenli şekilde kişisel ilişki elde etmek ve bu ilişkiyi sürdürmek ana ve baba için de bir haktır. Bu tür kişisel ilişki, çocuğun sadece yüksek yararı gerektirdiği takdirde kısıtlanabilir veya engellenebilir. (Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/1-2) Küçüğün bir başka aile tarafından evlat edinilmiş olması, gerçek ana ve babanın çocuklarıyla kişisel ilişkisini keser ise de gerçek ailesi ile aralarındaki soybağının bir gereği olarak bu hakkı ilanihaye ortadan kaldırmaz. Koşullarının varlığı halinde ve küçüğün menfaatine uygun düştüğü ölçüde hakim kararıyla bu ilişki yeniden tesis edilebilir. Türk Medeni Kanununun 325. maddesinde yer alan düzenleme buna imkan vermektedir. Bu hüküm, olağanüstü hallerin varlığı halinde çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere; özellikle çocuğun hısımlarına da tannabileceğini öngörmektedir. Davacı, davalılarca birlikte evlat edinilen 21.12.2002 doğumlu küçük ...’in öz annesidir. Aralarında birinci derecede “kan hısımlığı” (TMK. m. 17/2) ilişkisi vardır. Mahkemenin talebiyle uzmanlarca düzenlenen sosyal inceleme raporunda; çocuğun gerçek annesini bildiği, annesiyle ilişkisinin koparılmasının küçük üzerinde olumsuz etki doğuracağı, kişisel ilişki kurulmasının gelişimine katkı sağlayacağı bildirilmiştir. Dosyada, küçüğün öz annesiyle kişisel ilişkisinin, onun yüksek yararına aykırı düşeceğine ilişkin ciddi sebep ve olgu bulunmamaktadır. Davacı, çocuğunun davalılarca evlat edinildiğini, küçük de annesini bildiğine göre, davacı bakımından artık evlatlıkla ilgili kayıtların gizliliğinden de söz edilemez. O halde, isteğin kabulü ile davacı ile davalıların evlatlığı küçük arasında uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken; davanın reddi doğru bulunmamıştır....” Yarg. HGK., 16.03.2016 T., E. 2014/533, K., 2016/331 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

26 **ÖZTAN**, s. 1025.

27 Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme için bkz. IV. Başlık ve devamı.

28 **SEROZAN**, s. 242; **ERLÜLE**, s. 221-222; **SERDAR**, *Kişisel İlişki*, s. 756-757; **ÖZTAN**, s. 1031.

edinilen çocukların tümü açısından geçerli “karşılıklı bir hak” olarak düzenlenmiştir; çünkü, kural olarak çocuğun ana ve babasının her ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurması ve doğrudan görüşmesi onun sağlıklı bir birey olarak özellikle duygusal ve psikolojik gelişimi açısından zorunludur²⁹.

Kişisel ilişki kurma hakkı, esas olarak çocuğun yararı gözetilerek bir hak olarak kabul edilmiştir; dolayısıyla, bu hakkın kurulmasında ve kullanılmasında çocuğun yararı esas alınacaktır³⁰.

Çocuk, kişisel ilişki kurma talebinde bulunabileceği gibi aynı zamanda kurulmuş olan kişisel ilişkinin değiştirilmesi talebinde de bulunabilecektir³¹.

Kişisel ilişkinin tarafların serbest iradelerine dayanması önemlidir. Kişisel ilişki kurulmasına karşı çıkan çocuğa maddi ve manevi baskı uygulanması çocuğun kişiliğinin korunması nedeniyle mümkün değildir³².

IV. ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN ÇOCUK İLE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMALARI

A. GENEL OLARAK

Önceki Medeni Kanunun 148’inci maddesi sadece boşanmanın gerçekleşmesi halinde çocukla anne ve babası arasındaki kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemiştir. Ancak boşanma durumunda çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkının sadece anne ve babaya tanınması eleştirilmiş ve Türk toplumunda anne-baba dışında en az onlar kadar çocukla yakın kan bağı ve aile ilişkisi içinde bulunan büyük anne ve büyükbabalara da, Türk toplumunun sağlam ve sıkı aile bağlarını göz önünde tutarak, torunla kişisel ilişki kurma hakkının tanınması gerektiği Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı ile kabul edilmiştir³³.

Türk hukuk uygulamasının bir İçtihadı Birleştirme kararıyla kabul ettiği bu çözüm tarzı, İsviçre kanun koyucusu tarafından 1976 yılında Medeni Kanun’da yapılan bir değişiklikte etkili olmuş ve İçtihadı Birleştirme Kararıyla kabul ettiğimizden daha geniş bir çözüm tarzı getiren ve sadece çocukla büyük anne ile büyük baba arasında kişisel ilişki kurulması şeklinde sınırlı kalmayarak diğer kişilere, özellikle hısımlara çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan İsviçre Medeni Kanunu’na 274/a maddesi³⁴ eklenmiştir. Mevcut Medeni Kanunumuz da İsviçre’deki bu çözümü aynen kabul ederek 274/a maddesini 325’inci maddeye olduğu gibi almıştır³⁵.

29 YILMAZ, s. 105.

30 USTA, s. 224.

31 SERDAR, Kişisel İlişki, s. 757.

32 ÖZTAN, s. 1031-1032.

33 Yarg. İkt. Bir. Kar. 18.11.1959 T., E. 1959/12, K. 1959/29 Karar için bkz. KILIÇOĞLU, Aile, s. 487.

34 ZGB Art. 274a: “Liegen ausserordentliche Umstände vor, so kann der Anspruch auf persönlichen Verkehr auch andern Personen, insbesondere Verwandten, eingeräumt werden, sofern dies dem Wohle des Kindes dient.

Die für die Eltern aufgestellten Schranken des Besuchsrechtes gelten sinngemäss”.

35 KILIÇOĞLU, Ahmet M., Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014, s. 156-157.

Çocuğun kişisel ilişki kurabileceği kişiler büyük anne ve baba, koruyucu anne ve baba ya da çocuğun eğitim ve yetişmesiyle ilgilenmiş olmaları dolayısıyla çocukla aralarında duygusal bağ kurulmuş hısımlar olabilir³⁶. Çocuğun ayrı yaşadığı kardeşlerinin, amca, hala³⁷, dayı, teyze gibi çocukla yakın ilişkisi bulunan diğer hısımların da, şüphesiz Kanunun aradığı diğer şartların da mevcut olması koşuluyla, çocukla kişisel ilişki kurmaları mümkün olacaktır³⁸. Hısımlarla kastedilen eşlerin kan hısımları ya da kayın hısımlarıdır³⁹. Ancak kanun koyucu çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını hısımlarla sınırlamış değildir. Hal ve şartlar gerektirdiği takdirde, hâkimin hısımların olmayan bir kişiye de çocukla kişisel ilişki kurma imkanını tanımasına herhangi bir engel yoktur. Mesela çocuğa doğduğu günden itibaren bakmakta olan ve hatta bir süre süt anneliği de yapmış olan kadın, çocuğun anne veya babasından birinin ölmüş olması ya da ikisinin de ölümü üzerine çocuğun bir vasinin gözetimine verilmiş olması halinde çocukla kişisel ilişki kurmayı arzu etmiş olabilir. Böyle bir ilişki kurulması çocuğun menfaatine ise hâkim, süt anne ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasına karar verebilir⁴⁰. Bunun dışında çocukla ölüncüye kadar bakma sözleşmesi yapan, ona mallarının tamamını veya bir kısmını bırakan ve onunla yıllarca beraber yaşayan kişiyle çocuğun arasında bir hısımlık olmamasına rağmen gerekli koşullar varsa kişisel ilişki kurulabilir⁴¹. Tüm bunlara rağmen, burada kanun koyucunun çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını “özellikle” diyerek çocuğun hısımlarına tanıdığı da bir gerçektir⁴².

Çocuğun tedavisi için yıllarını vermiş olan doktorunun, tedavi süresi dışındaki zamanlarda da çocukla görüşmesinin çocuğun hastalığının sonlandırılmasında yararlı olacağı tıbben belgelendirilmişse hâkim, çocukla kişisel ilişki isteyen doktoru arasında uygun süre ile kişisel ilişki kurulmasını kararlaştırabilir⁴³.

B. ŞARTLARI

1. Olağanüstü Hallerin Mevcut Olması

a. Genel Olarak

Kanun koyucu üçüncü kişilerle çocuk arasındaki ilişkinin anne-baba ve çocuk arasındaki ilişkiden farklı olduğunu göz önüne alarak her durumda böyle bir ilişkinin kurulmasını önlemek

36 AKYÜZ, s. 221.

37 “...Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tanınabilir. Aile mahkemesi uzmanları tarafından düzenlenen rapor ile çocukların davacı halaları ile kişisel ilişki kurulması gerektiği bildirilmiştir. Toplanan delillere ve aile mahkemesi uzmanlarının raporu kapsamına göre mahkemece çocuklar ile davacılar arasında uygun bir süre ile kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi gerekir...” Yarg. HGK., 11.03.2009 T., E. 2009/2-71, K. 2009/115 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

38 ERLÜLE, s. 242.

39 ÇELİKEL, s. 128.

40 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 398.

41 KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 157.

42 CEYLAN, s. 167.

43 GENÇCAN, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara 2015, s. 295.

istemmiştir ve üçüncü kişilere bu haktan olağanüstü haller mevcutsa⁴⁴ yararlanabilmeleri imkanını tanımıştır⁴⁵.

Üçüncü kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulması için bir talebin olması gerekir⁴⁶. İstem olmadan hâkimin kendiliğinden bu kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki düzenleme yoluna gitmesi söz konusu değildir; nitekim madde metninde de çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkından bahsedilmektedir⁴⁷. Hangi durumların olağanüstü haller kapsamına gireceği somut olayın özelliklerini dikkate alarak değerlendirmede bulunacak hâkim tarafından takdir edilmelidir⁴⁸. Doktrinde, bu hakkın üçüncü kişiler için ancak çocukla kişisel ilişki kurarak onu görüp sevmeye ve özlem giderme imkanının hiç kalmaması halinde söz konusu olabileceği; çünkü böyle bir durumda gerçekten olağanüstü bir halin mevcut olduğu⁴⁹ ifade edilmektedir.

b. Olağanüstü Hal Olarak Nitelendirilebilecek Durumlar

Çocuk anne ve babası dışındaki diğer kişilerle ve özellikle de hısımlarıyla ilişkilerini devam ettirmeye ihtiyaç duyuyorsa, bu kişilerin yeri onun için ayrıysa ve bu kişiler hayatında olmadığı takdirde yalnızlık ve duygusal bir boşluk hissediyorsa ve en önemlisi onlarla kişisel bir ilişki kurulmadığı zaman çocuğun manevi ve ahlaki gelişimi tehlikeye giriyor ise bu kişiler ile çocuk arasında kişisel ilişki kurulması için olağanüstü hallerin mevcut olduğu düşünülmelidir⁵⁰.

Olağanüstü halin çocukla kişisel ilişki kurulmasını gerektirmesine örnek olarak, birbirinden ayrı yaşayan kardeşler arasında; çocuğun uzun süre yanlarında yetiştiği bakıcı aile ile arasında; anne ve/veya babası ölen çocuğun⁵¹ büyük anne veya büyük babası ile arasında; öz anne veya babasıyla

44 “Olağanüstü haller mevcutsa çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabilir (TMK m. 325/f. 1). Küçük Büşra'nın velayeti boşanma kararıyla anneye verilmiş, baba ile çocuk arasında boşanma kararında gösterilen şekilde kişisel ilişki kurulmuştur. Davacılar, çocuğun babaannesi ve büyük babasıdır. Mahkemece davacılar delillerini bildirmesi için usulüne uygun şekilde süre verilmiş ise de davacılar olağanüstü halin gerçekleştiğine ilişkin bir delil bildirmemişlerdir. Açıklanan nedenlerle, davacılar ile küçük arasında kişisel ilişki kurulmasını gerektirecek olağanüstü halin varlığı kanıtlanmadığına göre, talebin reddi yerine davacı büyükbaba ve büyükanne ile küçük çocuk arasında kişisel ilişki kurulması usul ve yasaya aykırıdır.” Yarg. 2. HD., 18.11.2013, E. 2013/7703, K. 2013/26701 Karar için bkz. GENÇCAN, s. 286.

45 KILIÇOĞLU, Aile, s. 488; CEYLAN, s. 167.

46 SERDAR, Kişisel İlişki, s. 755.

47 ÇELİKEL, s. 129.

48 ERLÜLE, s. 243.

49 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 398.

50 KARAHAN, Semanur, Üçüncü Kişiler İle Çocuk Arasındaki Kişisel İlişki, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 57.

51 “...Temyiz eden davacı A., kişisel ilişki kurulması istenilen 01.06.2003 doğumlu A. ve 23.07.2010 doğumlu B. S'nin dedesidir. Davacı A.'in kızı ve çocukların annesi N. 06.03.2011 tarihinde vefat etmiştir. Olağanüstü hallerin varlığı halinde, üçüncü kişi sıfatıyla çocuğun dedesinin de çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı mevcuttur (TMK.md.325). Davacı A.'in kızı ve kişisel ilişki kurulması istenen çocukların da annesi olan N. öldüğüne göre, olağanüstü halin mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekir. Mahkemece, çocukların babası ile davacılardan A. K. arasında bulunduğu belirtilen husumet, dedenin torunlarıyla kişisel ilişki kurmasına engel olacak derecede olmadığı gibi, kurulacak kişisel ilişkinin çocukların gelişimini olumsuz etkileyeceği ve onların zararına olacağı yönünde başkaca bir kanıt da bulunmamaktadır. O halde mahkemece, çocukların yaşları da gözetilerek, bedeni ve fikri gelişimini

boşandıktan sonra çocuğun üvey babası, üvey annesi ile arasında ilişki kurulması hallerini göstermek mümkündür⁵². Mesela kocasını trafik kazasında kaybeden bir kadının çocuğunu hiçbir haklı neden olmaksızın kayınvalidesi ile görüştürmemesi durumunda büyükanne mahkemeye başvurarak çocukla aralarında kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir karar verilmesini talep edebilir⁵³. Doktrinde, çocukla kişisel ilişki kurulmasına engel oldukları kanıtlanmadıkça sadece anne ve babanın boşanmış olmasının üçüncü kişiler için olağanüstü koşulların gerçekleştiği anlamına gelmediği ifade edilmiştir⁵⁴.

Doktrinde ileri sürülen bir görüş uyarınca eğer anne-baba sağ ise ve içlerinden biri çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkını kullanmışsa ayrıca üçüncü bir kişinin de bu haktan yararlanması mümkün değildir⁵⁵. Halbuki Türk Medeni Kanunu'nun 325'inci maddesi ve bu hükmün getiriliş amacı, 326'ncı maddesinin gerekçesi dikkate alındığında üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmaları, anne-babanın sağ olup olmamasına ya da anne ve/veya babanın kişisel ilişki kurma hakkını kullanmış olup olmasına bağlı değildir⁵⁶.

Yargıtay kararlarında da ifade edildiği üzere çocukla üçüncü kişi arasında kişisel ilişki kurulmasını gerektiren şartlar mevcutsa uygun bir kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi gerekir⁵⁷.

olumsuz etkilemeyecek ve davalı babanın velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engel olmayacak şekilde davacı A. K. ve çocuklar arasında uygun süreli kişisel ilişki düzenlemesi yapılması gerekirken; yetersiz gerekçeyle isteğin reddi doğru görülmemiştir..." Yarg. 2. HD., 01.12.2014 T. E. 2014/16903, K. 2014/24334 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

52 ÖZTAN, s. 1032; benzer örnekler için YILMAZ, s. 134.

53 BAYGIN, s. 109.

54 RUHİ/RUHİ, s. 105; "...Başka bir ifadeyle davacı, babaya tanınan kişisel ilişki süresi içinde torununu görme ve aile bağlarını koruma ve geliştirme imkanına sahiptir. Ortada davacıya kişisel ilişki hakkı tanınmasını gerekli ve haklı kılan olağanüstü bir durum bulunmamaktadır. O halde davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır..." Yarg. 2. HD., 17.09.2015 T. E. 2015/14276, K. 2015/16234 Karar için bkz. RUHİ/RUHİ, s. 105, dpn. 184.

55 AKINTÜRK/ATEŞ, s. 398.

56 SERDAR, Kişisel İlişki, s. 756.

57 "ÖZETİ: Büyükbaba ile çocuklar arasında kişisel ilişkinin kurulmasını gerektiren şartların gerçekleşmesi halinde uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekirken istemin reddi kanuna aykırıdır.

Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemeye verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm kişisel ilişki yönünden temyiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü.

Medeni Kanun'un 325. maddesi; olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkının diğer kişilere, özellikle hısımlarına da tanınabileceğini hükme bağlamıştır. Davacı velayetin kendisine verilmesine yönelik davasını ıslah ederek (HUMK.md.83-90) velayetin anneden nez'ine (kaldırılmasına) (MK.m.348) ve torunları ile arasında kişisel ilişki kurulmasına dönüştürmüştür. Büyükbaba ile çocuklar arasında kişisel ilişkinin kurulmasını gerektiren şartlar gerçekleşmiştir.

Bu durum karşısında davacı ile torunları arasında uygun bir kişisel ilişki kurulması gerekirken yazılı şekilde ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır..." Yarg. 2. HD., 09.12.2003 E. 2003/15413, K. 2003/16490 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

2. Çocuğun Menfaatinin Olması

a. Çocuğun Menfaati Kavramı

Çocuk hukukunun her alanına hâkim genel bir ilke olarak çocuğun yararı veya çocuğun menfaati kavramı, özellikle çocuğun anne ve baba tarafından hak süjesi olarak idrak edilmesini, kişiliğine saygı gösterilmesini ve kişiliğinin çok yönlü olarak geliştirilmesini gerektirmektedir. Çerçevesi esnek olan ve somut olayın özelliklerine göre belirginleştirilmesi gereken bir kavram olarak ortaya çıkan çocuğun yararı kavramının bu anlamda kesin şekilde tanımlanabilmesi imkânı yoktur⁵⁸. Çocuğun menfaati kavramının uygulama alanının genişliği, çocuğa yönelik tehlikelerin ve bu tehlikenin yarattığı sonuçların farklı olması, aile yapılarının ve çocuğun yaşadığı çevre koşullarının değişkenlik göstermesi gibi sebepler çocuğun sağlıklı gelişimini tehlikeye sokan hallerin bütününe kapsayacak genel bir tanımlama yapılmasını imkânsız kılmaktadır⁵⁹. Dolayısıyla çocuğun menfaati; çocuğun yaşına, yaşadığı çevreye ve hatta bulunduğu sosyal şartlara göre de değişebilen göreceli ve varsayıma dayalı bir kavramdır⁶⁰. Çocuk eğer yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebilecektiye, çocuk için karar verme konumunda bulunan kişinin o yönde karar verebilmesi şeklinde de tanımlanabilecektir⁶¹. Çocuğun yararı kavramının yasal tanımı olmamakla birlikte kavramın üç boyutu olduğu belirtilmektedir. İlki çocuğun korunması ve bakımı olup içeriğine eğitim ve sağlık da dahildir; ikincisi, çocuğun kendi menfaatleridir ve üçüncüsü çocuğun haklarıdır⁶².

Üçüncü kişilerin ve özellikle hısımların çocukla kişisel ilişki kurmayı istemeleri, olağanüstü hallerden herhangi birinin varlığı üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulmasına tek başına imkân vermez⁶³. Bu şekilde bir kişisel ilişkinin kurulması, çocuk hukukunun temel ilkesini oluşturan çocuğun menfaatine de uygun olmasını gerektirir⁶⁴. Kanun, çocukla kişisel ilişki kurulmasında sadece kişisel ilişkiyi talep edenin özlemini giderme, çocuğa akrabalık bağı hissettirme gibi normal unsurları değil, bu ilişkinin kurulmasında çocuğun menfaatini ön plana almıştır⁶⁵. Burada çocuğun menfaatini çok geniş şekilde anlayarak çocuğun yaşının, fiziksel ve

58 SERDAR, İlknur, "Birlikte Velayet", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, Cilt 10, Sayı 1, s. 163.

59 ELÇİN, E. Gülçin, "Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Çocuk Hakları Çalışmaları-I (Editörler: Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir), İstanbul 2017, s. 3.

60 GRASSINGER, s. 58.

61 GRASSINGER, s. 59.

62 KÖKSAL, Mehmet, "Çocuğun Menfaati Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler", Medeni Kanunun ve Borçlar Kanunu'nun 90'ıncı Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Ankara 2017, s. 357-358.

63 ÇELİKEL, s. 129; ERLÜLE, s. 244; KARACA, s. 108.

64 "...Olağanüstü haller mevcutsa, çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde çocuk ile kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı diğer kişilere özellikle hısımlarına da tannabilir. (TMK. md.325/1) Davacılar, ölen kardeşlerinin çocukları ile uygun süre kişisel ilişki kurulmasını istemiştir. Aile mahkemesi uzmanları tarafından düzenlenen 6.3.2007 günlü rapor ile çocukların davacı halaları ile kişisel ilişki kurulması gerektiği bildirilmiştir. Toplanan delillere ve aile mahkemesi uzmanlarının raporu kapsamına göre mahkemece yapılacak iş çocuklar ile davacılar arasında uygun bir süre ile kişisel ilişki kurmaktan ibarettir..." Yarg. 2. HD., 27.02.2008 T., E. 2007/17948, K. 2008/2389 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

65 KILIÇOĞLU, Yenilikler, s. 158; KILIÇOĞLU, Aile, s. 488; "...Anneanne ile küçük arasında kişisel ilişki tesisinin çocuğun yararına olup olmadığı gerekirse uzman görüşüyle belirlenerek ve bu konuda deliller toplanarak sonucuna

ruhsal özelliklerinin, aynı anda çocuğun kişisel ilişkiye gireceği kişi ile geçmişteki ilişkisinden kaynaklanan duygularının da dikkate alınması gerekmektedir⁶⁶.

Çocuğun büyük anne ya da büyük babası ile kişisel ilişki kurmasında veya çocuğun diğer kişilerle mevcut olan ilişkisinin sürdürülmesine ilişkin isteğini açıkça ortaya koyduğu hallerde kişisel ilişkinin çocuğun yararına olduğundan söz edilebilir⁶⁷. Bu şekilde bir kişisel ilişki tesisi gereksiz ise kişisel ilişki kurulmasına karar verilmesi çocuğun menfaatine uygun olmayacaktır. Şöyle ki, mesela çocuğun velayeti anneye verilmiş olmakla birlikte babaya çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanınmışsa; ancak baba zaten çocuğun amcası veya halası ile birlikte yaşıyorsa, ayrıca onu çok seven, onunla ilişki kurmak isteyen amca ya da hala ile kişisel ilişki kurmasına karar vermek, çocuğun gereksiz yere annesi ile yaşadığı ortamdan uzun süre ayrılmasına ve psikolojik olarak iki farklı ortam ve terbiye arasında kalmasına neden olabilir⁶⁸.

Hâkimin, kişisel ilişkinin çocuğun yararına olup olmadığını değerlendirirken özellikle dikkate alması gereken hususlar vardır. Bu bağlamda, kişisel ilişkinin kurulması halinde çocuğun içinde bulunacağı yeni koşulları, özellikle kişisel ilişkinin çocuğun temel ihtiyaçlarını giderip gidermediğini, üçüncü kişilerin kuracakları kişisel ilişkinin çocuğun halihazırdaki ilişkileri üzerindeki etkisini ve bu ilişkileri zedeleyip zedelediğini veya engelleyip engellemediğini değerlendirmelidir⁶⁹.

b. Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınması

Çocuğun kendisini ilgilendiren konularda görüşünün alınmasının çocuğa bir hak olarak tanınması, dünyada son yıllarda yaşanan ve çocukların da bir birey olarak kabul edilerek, onlara çocuk olma durumlarına özgü uygulama yapmak bilincinin yerleşmiş olmasının bir sonucudur⁷⁰. Çocuğun menfaatinin belirlenmesinde ve değerlendirilmesinde dikkate alınacak hususlardan biri de çocuğun görüşünün alınmasıdır⁷¹. Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşmenin 12'nci maddesinde de açıkça düzenlenen ve uygulamada katılım hakkı olarak da anılan çocuğun görüşünün alınması ilkesi uyarınca çocukların kendilerini ilgilendiren önemli konularda, ulaştıkları olgunluk aşamasına göre görüş bildirme, hatta işleme olur verme hakları vardır⁷². Çocuğun sağlıklı bir görüş oluşturabilmesi için doğru şekilde bilgilendirilmesi gerekmektedir⁷³.

göre karar verilmesi gerekir..." Yarg. 2. HD., 02.10.2007 T., E. 6959, K. 13091 Karar için bkz. ÖZÜĞÜR, Ali İhsan, Açıklamalı-İçtihatlı Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Ankara 2016, s. 749-750.

66 GRASSINGER, s. 194.

67 ERLÜLE, s. 244-245.

68 KILIÇOĞLU, Aile, 488-489.

69 ERLÜLE, s. 245.

70 ÖZDEMİR, Saibe Oktay, "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Cilt II, İstanbul 2009, s. 1219.

71 GÜVEN, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016, s. 32.

72 SEROZAN, s. 163; KOÇOĞLU, Safa, Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul 2018, s. 19.

73 KOÇOĞLU, s. 19.

Mahkeme de çocuğun yaşı ve olgunluğu düzeyinde çocuğu dinlemek ve görüşlerini dikkate almak zorunda olup bir çocuğun yaşının küçük olması ya da engelli olması, bir azınlık grubuna dahil olması yahut göçmen olması gibi özel bir durumun varlığı onu görüşlerini açıklama hakkından yoksun bırakmaz; mahkemenin de bu özelliklere sahip bir çocuğun görüşlerini hiç ya da daha az dikkate alma hakkı yoktur⁷⁴.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin TMK hükümlerinde çocuğun dinlenmesine ve görüşünün alınmasına dair açık düzenleme olmasa da Anayasanın 90. maddesine göre iç hukukumuz bakımından doğrudan doğruya uygulanabilecek Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi uyarınca çocuğun kendisini ilgilendiren kişisel ilişki konusunda dinlenmesi gerekmektedir⁷⁵. Mahkemeler çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda çocuğun istek ve eğilimlerini araştırarak, çocuğun başkasının etkisi altında kaldığı için gerçekte istemediği hususlarda dışarıdan yönlendirmelerle gerçek arzusunun aykırı şekilde görüş açıklaması mümkün olduğu için, çocuğun açıklamış olduğunun gerçek iradesi olup olmadığını da dikkate almalı ve bunun sağlıklı bir şekilde tespiti için çocuğun dinlenilmesi sırasında uzman psikolog ve pedagoğlardan yardım almalıdır⁷⁶.

V. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ KAPSAMI VE SINIRLARI

Kişisel ilişki düzenlenirken ve kullanılırken anne ve baba için getirilen sınırlamalar, TMK m. 325/f. 2 uyarınca üçüncü kişiler hakkında da kıyas yoluyla uygulanır. Dolayısıyla anne ve baba dışındaki kişiler de çocukla kişisel ilişki kurma hakkını kullanırken diğer hakkı olanların çocukla kişisel ilişkisini zedelemekten, çocuğun eğitimini ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınmak zorundadırlar. Bu yükümlülüğün ihlali, çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi veya diğer önemli sebeplerin varlığı halinde kişisel ilişki kurma talebi reddedilebileceği gibi var olan bu hak kendilerinden alınabilir. Doktrinde anne ve baba dışında kalan üçüncü kişilerin çocuk ile kişisel ilişki kurabilmesinin velayet görevinin yerine getirilmesine engel olmayacaksa mümkün olduğu ifade edilmektedir⁷⁷. Yargıtay'ın da çeşitli kararlarında üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurulmasında sınırlamalar kabul ettiği ve anne ve babaya tanınan genişlikte bir kişisel ilişki kurulmasına gerek olmadığı yönünde kararlar verdiği görülmektedir.

Yargıtay bir kararında, "*Mahkemece kurulan ve kararın kesinleşmesini takip eden ilk üç aylık sürede ayda bir Cumartesi saat 13.00'den saat 18.00'e kadar şeklinde belirlenen kişisel ilişki; ayın belirli bir haftasını göstermediği için infazda tereddüt yaratacağı gibi; ilk üç aydan sonra her hafta Cuma günü saat 18.00'den Pazar günü 18.00'e kadar kişisel ilişki düzenlemesi de, annenin velayet hakkını gereği gibi kullanmasını engellemesi yanında, çocuğun ruhsal gelişimini de olumsuz etkileyecek niteliktedir. Babanın yerine dedenin ikame edilerek, babaya uygun olabilecek genişlikte kişisel*

74 MARDİN, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Ankara 2019, s. 33.

75 GÜVEN, s. 35-36.

76 GÜVEN, s. 37.

77 GENÇCAN, s. 289.

*ilişki düzenlenmesi doğru değildir. Ayrıca; sömestr (yarıyıl) tatilinde ve Temmuz ayında kurulan kişisel ilişki de; amaca uygun olmayacak şekilde uzun sürelidir. Çocuğun yaşı, alınan uzman raporları dikkate alınarak, davacı dedeyle torunu arasında daha uygun süreli ve infazda tereddüt yaratmayacak şekilde kişisel ilişki kurma kararı verilmek üzere hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir*⁷⁸, ifadelerine yer vererek her hafta uzun süre dede ile kişisel ilişki kurulmasını çocuğun ruhsal gelişimini olumsuz etkileyecek bir husus kabul etmiştir.

Yargıtay benzer nitelikteki başka bir kararında da⁷⁹, üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma talebinin içeriğini anne ve babanın kişisel ilişki kurma talebinden farklı yorumladığını ortaya koymuştur. Bu kararlar uyarınca büyük anneler ve büyük babalar torunları ile makul süreli kişisel ilişki kurabilirler⁸⁰.

VI. KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Çocuğun velayetini ellerinde bulundurmayan ya da çocuk kendilerine bırakılmamış olan anne-babanın ve çocukla kişisel ilişki kurmak isteyen üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmaları ancak mahkeme kararıyla mümkün olabilecektir. Eğer çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir mahkeme kararı henüz alınmamışsa, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik düzenleme yapıncaya kadar, çocukla kişisel ilişki ancak velayet hakkına sahip anne veya babanın ya da çocuk kendisine bırakılmış olan kişinin rızasıyla mümkündür (TMK m. 326/f. 3)⁸¹.

Anne-babanın ve üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmalarına ilişkin kararlar bakımından TMK m. 326/f. 2 hükmü, boşanmaya ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin yetki kurallarını saklı tutmaktadır. Bu nedenle, boşanma ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar konusunda yetkili olan mahkemeler çocukla kişisel ilişki kurulması hususunda da yetkili olacaklardır. Diğer taraftan, aynı hükmün ilk fıkrası, çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik tüm düzenlemelerde çocuğun oturduğu yer mahkemesinin de yetkili olduğunu belirtmektedir⁸². Dolayısıyla sadece kişisel ilişki kurulması değil, sonradan bunun değiştirilmesinde de aynı yetki kuralları uygulanacaktır⁸³.

78 Yarg. 2. HD., 13.07.2011 T., E. 2010/22307, K. 2011/12084 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

79 “Üçüncü kişilerin, koşulları gerçekleştiği takdirde çocukla kişisel ilişki kurma hakkı mevcut ise de; kişisel ilişki süresinin ana ve babaya tanınan genişlikte olması beklenemez. Ancak; babaanne ile torun arasındaki kişisel ilişki, “aile bağlarını” güçlendirmek ve geliştirmek, torun sevgilerini tatmaya elverişli olacak yeterlilikte olmalıdır. Davacı babaanne ile küçük arasında, her dini bayramda kişisel ilişki kurulması amaca uygun olmayacak şekilde uzun sürelidir. Daha uygun sürelerle kişisel ilişki tesisi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz olup; bozmayı gerektirmiştir”. Yarg. 2. HD., 25.03.2015 T., E. 2014/22093, K. 2015/5516 Karar için bkz. <https://legalbank.net>.

80 “...Kişisel ilişki, çocuğun fikri ve bedeni gelişimi üzerinde olumsuz etki yaratmaması yanında onun yetiştirilmesini engellemeyecek şekilde çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde düzenlenmelidir. Bu sebeplerle davacı büyükanne ile daha kısa süreli kişisel ilişki düzenlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru bulunmamıştır...” Yarg. 2. HD., 20.12.2006 T., 9388-18010 Karar için bkz. GENÇCAN, s. 291 ve dpn. 179.

81 ERLÜLE, s. 245.

82 DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 347

83 KILIÇOĞLU, Aile, s. 490.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasında görevli mahkeme ise Aile Mahkemesidir.

VII. ÇOCUKLA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA İLİŞKİN İLAMLARIN İCRASI VE UYGULAMADA YAŞANAN SORUNLAR

Velayet hakkı kendisinde olan taraf, ilamda hüküm altına alınan şekilde, lehine çocukla kişisel ilişki kurulmasına karar verilen kişi veya kişilerin çocukla kişisel ilişki kurulmasına engel olursa, İcra ve İflas Kanunu m. 25/ a uyarınca kişisel ilişki kurma hakkına sahip olan bu kimse ya da kimseler ilamlı icra takibinde bulunabilir ve icra müdürlüğüne borçluya icra emri gönderilir⁸⁴. İlamlı icra takibi yapılabilmesi için kural olarak mahkeme kararının kesinleşmesi zorunlu değilse de aile hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmeden icra edilemediğinden çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların kesinleşmeden icraya konulması mümkün değildir⁸⁵. İİK m. 25/a çocukla kişisel ilişki düzenlemesine yönelik ilamların icrasını düzenlemektedir. Buna göre, çocuğu teslim etmekle borçlu olan borçluya İİK m. 24'te yazılı şekilde bir icra emri tebliğ edilerek kişisel ilişkiye engel olunmaması gerektiği; aksi durumda ilam hükmünün zorla yerine getirileceği bildirilir. Bu emirde ilam hükmüne aykırı hareketin 341'inci maddedeki yaptırımla karşılaşacağı da yazılır. Borçlu bu emri tutmazsa ilam hükmü zorla yerine getirilir ve borçlu alacaklının şikâyeti üzerine ayrıca 341'inci maddeye göre cezalandırılır. İİK m. 341 uyarınca çocuk teslimi hakkındaki ilâmın veya ara kararının gereğini yerine getirmeyen veya yerine getirilmesini engelleyen kişinin, lehine hüküm verilmiş kimsenin şikâyeti üzerine, altı aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikine başlandıktan sonra ilâmın veya ara kararının gereği yerine getirilirse, kişi tahliye edilir. Çocuğun tesliminin cebri icrayla sağlanmasının rahatsız edici tarafının bertaraf edilmesi için İİK m. 25/b hükmüyle çocuk teslimine dair ilamlarda bir uzmanın bulunması zorunlu hale getirilmiştir⁸⁶.

Çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin emre aykırı hareket edilmesi şikâyete bağlı bir suçtur ve bu sebeple söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi için mutlaka lehine mahkeme kararı verilmiş olan kişinin icra mahkemesine şikâyette bulunması gerekmektedir⁸⁷.

İcra ve İflas Kanunu'nun düzenlemeleri çerçevesinde çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında çeşitli sorunların varlığı göz ardı edilemez. Özellikle kişisel ilişkinin düzenlenmesine ilişkin kararın icrasında zor kullanılacak, teslim edilecek olan cansız bir eşya olmayıp korunmaya muhtaç olan bir çocuk olduğundan konuya hassasiyetle yaklaşılması gerekmektedir. Halbuki bu ilâm icra edilirken, çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olarak uğrayabileceği korku, dehşet ve endişe dikkate alınmamaktadır⁸⁸.

84 YILMAZ, s. 134.

85 GÜVEN, s. 113; MARDİN, s. 115 vd.

86 MARDİN, s. 142.

87 GÜVEN, s. 189.

88 SERDAR, Kişisel İlişki, s. 769-770.

İİK m. 25/b hükmünde çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası sırasında bir uzmanın hazır bulunması zorunluluğu öngörülmüş olsa da uzmanın icra sırasındaki görevlerini belirleyen sistematik bir düzenlemeye yer verilmiş değildir. Bu nedenle uzmanların görevlerinin ne olduğunun tam olarak anlaşılabilmesi ve icra müdürü, taraflar ve hatta bizzat uzmanın kendisi tarafından oradaki varlığının bir çeşit formalite olarak algılanması sonucunda çocuğun yaşayacağı, özellikle psikolojik, zararın en aza indirgenmesi amacına ulaşılacaktır⁸⁹.

Aynı şekilde kanunda kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında icra müdürü ile birlikte bir uzman bulundurulması gerektiği düzenlenmiş olsa da, çocuğun kişisel ilişki kurmayı reddetmesi halinde, icra memurunun uzmanın görüşüne uymak zorunda olup olmadığı hususu da açık şekilde düzenlenmemiştir⁹⁰. Halbuki çocuğun yararı bakımından uzman görüşünün dikkate alınması gerektiğine kuşku yoktur. Dolayısıyla mevcut uygulama yani çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrası şekli ve çocuğun yararı birbiriyle bağdaşmamaktadır. Çocukla kişisel ilişki kurulması sürecinin icra dairesi dışında yerine getirilmesi ve belki de bunun için özel birimler oluşturulması gerekmektedir⁹¹.

SONUÇ

Çocukla kişisel ilişki kurma hakkı psikolojik anne ve babalık olgusuna dayandığı için çocuğun menfaatlerine uygun düştüğü ölçüde üçüncü kişilere de tanınabilmektedir. Özellikle çocuğun kişisel ilişkiler kurabileceği kişiler büyük anne ve büyük baba, koruyucu anne-baba ya da çocuğun eğitimi ve yetişmesi ile ilgilenmiş ve çocukla arasında duygusal bağ kurulmuş hısımlar ve diğer üçüncü kişiler olabilecektir⁹².

Çocukla üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulabilmesi için hem olağanüstü hallerin mevcut olması hem de böyle bir ilişkinin çocuğun menfaatine uygun olması aranacaktır. Üstelik çocuğun yararına öncelik verilmesi sadece kişisel ilişkinin kurulması aşamasında değil, kurulan bu ilişkinin kullanılmasında ve devamında da dikkate alınacaktır. Nitekim hâkimin kişisel ilişki sebebiyle çocuğun huzurunun tehlikeye girmesi sebebiyle veya başka önemli sebeplerin mevcudiyeti halinde henüz başta kişisel ilişki kurma hakkını reddedebileceği veya ilişkinin devamı sırasında buna son verebileceği Kanun'da açıklıkla ifade edilmiştir.

Kişisel ilişkinin tarafların serbest iradelerine dayanmasının ve bu konuda çocuğun görüşünün önemli olduğunun altı çizilmesi gerekir. Bu bağlamda, çocuğun, kişisel ilişki kurulmasına karşı çıkması halinde çocuğa, maddi ve manevi baskı uygulanması çocuğun kişiliğinin korunması nedeniyle mümkün olmadığı gibi böyle bir davranış tarzı çocuğun yararına da değildir.

89 MARDİN, s. 202.

90 SERDAR, Kişisel İlişki, s. 771.

91 Bu konu hakkında ileri sürülen görüşler için bkz. MARDİN, s. 204.

92 AKYÜZ, s. 221.

KAYNAKLAR

- AKINTÜRK**, Turgut/**ATEŞ**, Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, İstanbul 2017.
- AKYÜZ**, Emine, Çocuk Hukuku, Ankara 2016.
- BAYGIN**, Cem, Soybağı Hukuku, İstanbul 2010.
- CEYLAN**, Ebru, Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- ÇELİKEL**, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Hukuki Sonuçları, Ankara 2012.
- DURAL**, Mustafa/**ÖĞÜZ**, Tufan/**GÜMÜŞ**, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul 2018.
- ELÇİN**, E. Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Çocuk Hakları Çalışmaları-I (Editörler: Evgen Gülçin Elçin-Arzu Genç Arıdemir), İstanbul 2017, s. 1-25.
- ERLÜLE**, Fulya, “Çocuk İle Kişisel İlişki Kurulması”, MÜHF-HAD 2010, Cilt 16, Sayı 3-4, s. 217-248.
- FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku, İstanbul 1986.
- GENÇCAN**, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, Ankara 2015.
- GRASSINGER**, Gülçin Elçin, Türk Medeni Kanununda Yer Alan Velayet Hükümleri Kapsamında Küçüğün Kişi Varlığının Korunması İçin Alınacak Tedbirler, İstanbul 2009.
- GÜVEN**, Aydın, Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Ankara 2016.
- HORTAÇSU**, Nuran, Çocuklukta İlişkiler Ana Baba, Kardeş ve Arkadaşlar, Ankara 2003.
- KARACA**, Hilal, Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Ankara 2015.
- KARAHAN**, Semanur, Üçüncü Kişiler İle Çocuk Arasındaki Kişisel İlişki, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2017.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2014.
- KOÇOĞLU**, Safa, Boşanmanın Çocuk Açısından Sonuçları, İstanbul 2018.
- KÖKSAL**, Mehmet, “Çocuğun Menfaati Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanununun ve Borçlar Kanunu’nun 90’ıncı Yılı Uluslararası Sempozyumu 1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku, Ankara 2017, s. 355-367.
- MARDİN**, Çağrı, Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası, Ankara 2019.
- OĞUZMAN**, Kemal/**DURAL**, Mustafa, Aile Hukuku, İstanbul 2001.
- ÖZDEMİR**, Saibe Oktay, “Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı”, Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Cilt II, İstanbul 2009, s. 1219-1242.
- ÖZTAN**, Bilge, Aile Hukuku, Ankara 2015.
- ÖZUĞUR**, Ali İhsan, Açıklamalı-İçtihatlı Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, Ankara 2016.
- REYHANİ YÜKSEL**, Sera, Velayet Hakkının Anayasal Sınırları, İstanbul 2016.
- RUHİ**, Canan/**RUHİ**, Ahmet Cemal, Velayet Hukuku, Ankara 2017.
- SERDAR**, İlknur, “Birlikte Velayet”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008, Cilt 10, Sayı 1, s. 155-197.
- SERDAR**, İlknur, “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2007, Özel Sayı, Cilt 9, s. 739-781.
- SEROZAN**, Rona, Çocuk Hukuku, İstanbul 2017.

USTA, Sevgi, Velayet Hukuku, İstanbul 2016.

YILMAZ, Canan, “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, MHB 2015, Yıl 35, Sayı 1, s. 103-141.

Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)

Misuse of Public Duty(TCC art. 257)

Hamide ZAFER* 

Öz

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" arasında 257. maddede düzenlenmiştir. Bu suç ile, "görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle" (TCK m. 257/1) ve "görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek" (TCK m. 257/2) kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi cezalandırılmaktadır. Görevi kötüye kullanma suçu, kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında uygulama alanı bulduğundan bu suçun düzenlendiği hüküm tali norm özelliği göstermektedir. Çalışmada, suç, Yargıtay kararları ışığında suç genel teorisine uygun olarak incelenmiş olup, kamu görevlisi kavramı ve bu bağlamda avukatların statüsü, suç tanımında geçen "kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir menfaat sağlama" koşulunun netice mi, yoksa objektif cezalandırılabilme koşulu mu, olduğu yani koşulun hukuki niteliği ön plana çıkmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Kamu görevlisi, kamu görevlisi olarak avukat, icrai hareketle görevi kötüye kullanma, ihmalle görevi kötüye kullanma, kamu görevinin gerekleri, görevin gereğine aykırı davranma, görevin gereğini yapmaktan ihmal veya gecikme gösterme, objektif cezalandırılabilme şartı

Abstract

The offence of misconduct in public office is regulated by article 257 of Turkish Penal Code (Nr.5237) among "the Offences against Public Office's Reliability and Operation". This offence penalizes the public officer who causes any individual loss or public damage, or provides an unjust benefit to third parties by "acting contrary to the requirements of his duties" (TPC art.257/1) and "neglecting or delaying his duties" (TPC art. 257/2). This offence is a secondary norm as it is applied only when the penalized act does not fall within the scope of any other provision. The study examines the offence in the light of Court of Cassation's decisions and in accordance with the general theory of crime. Especially the notion of public officer and in this respect the status of advocates, and the legal nature of "causing any individual loss or public damage, or providing an unjust benefit to third parties" requirement of the offence, whether it is the result of the offence or the objective condition of penalization, are handled in detail.

* Prof. Dr., Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: hzafer@dogus.edu.tr

Keywords: Public officer, advocate as public officer, misconduct in public office committed by act, misconduct in public office committed by omission, the requirements of duties in public office, breach of duties of public office, neglecting or delaying the duties, objective condition of penalization

I. GENEL OLARAK

Görevi kötüye kullanma suçu, 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın "Özel Hükümler" kitabında, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümde 257. maddede düzenlenmiştir.

Türk Ceza Yasası'nın görevi kötüye kullanma başlıklı 257. maddesine göre, "(1) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. / (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır"¹.

Türk Ceza Yasası m.257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma hükmü, torba bir hüküm niteliğindedir. Yasada ayrıca ve açıkça suç olarak tanımlanmamış olan tüm görevi kötüye kullanma fiilleri diğer koşulları da gerçekleşmiş ise TCK m.257'de tanımlanan suç oluşturur. Madde gerekçesinde, görevi kötüye kullanma suçunun genel, tali ve tamamlayıcı bir suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir².

Türk Ceza Yasası m.257'nin uygulanabilirliği, kanunda ayrıca ve açıkça tanımlanan görevi kötüye kullanma suçlarına ilişkin normların bulunmamasına bağlıdır. Kanun koyucu görevi kötüye kullanma suçunda olduğu gibi suç tanımını içeren normda normun tamamlayıcı özelliğini açıkça göstermemektedir. Kanun koyucu suç tanımında hükmün tamamlayıcı tali bir norm olduğunu açıkça göstermemiş olsa da mantık kuralları gereğince suç tanımlayan normlar arasında, asli norm-tali (yardımcı) norm ilişkisi kurulabilir. Örneğin, gerçek ihmalî suçlar ile gerçek olmayan ihmalî suçlar, tehlike suçları ile zarar suçları arasında açık bir şekilde bu ilişki kurulmamış olmasına rağmen zimni olarak bu ilişkinin kurulduğu öğretilerde ileri sürülmektedir³.

1 TCK m.257/3'te, "İrtikap suçunu oluşturmadığı takdirde, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına çıkar sağlayan kamu görevlisi, birinci fıkra hükmüne göre cezalandırılır" hükmü yer almaktaydı. Uygulamada bu hüküm, görevinin gereklerine uygun davranmak için yani yapması gerekeni yapmak için vatandaşın menfaat sağlayan kamu görevlilerinin bu fiillerinin icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturmasına rağmen görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilmesine neden olmuştur. Bu nedenle 6352 sayılı Kanun'un 105/5-b maddesi ile bu fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Bkz. H.Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yargıtay Kararları – AİHM Kararları, Ankara 2018, 411, dn.40.

2 CK m.257-Gerekeçe.

3 Tehlike suçları ile örneğin genel güvenliği kasten tehlikeye sokma suçu ile zarar suçlarının örneğin kasten yaralama suçunun bir fiille meydana geldiği hallerde bu suçları tanımlayan normlar arasında zimni bir şekilde asli-tali norm ilişkisinin bulunduğu ve YCGK'nın bu hususu fikri içtima ile açıklayan 6.7.2010-8-51/162 sayılı kararının eleştirisi için bkz. M. Demirel, "Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İçtima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi", İstanbul ÜHFİM, LXXI 1(2013), Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 2. Cilt, 1484-1488.

Belirtelim ki, görünüşte normlar çatışmasını açıklayan asli norm-tali (yardımcı) norm ilişkisi, özel-genel norm ilişkisinden şu noktada ayrılır: Aralarında özel-genel norm ilişkisi bulunan normlarda düzenlenen suçların unsurları üst üste çakışır. Unsuruları çakışan normlardan birisi, diğer normun unsurlarını kapsar; ancak tek bir unsurla diğer normdan farklılaşır. Asli norm-tali (yardımcı) norm ilişkisi içinde olan suçların unsurları çakışmaz; sadece farklı suçları düzenleyen normlar uygulama bakımından birbirleriyle yarışır. Asli normun kapsamına girmeyen fiiller, tali (yardımcı) normun kapsamında değerlendirilerek cezalandırılabilir.

Türk Ceza Yasası m.257/1-2’de “*Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, ...kamu görevlisi ...cezalandırılır*” denilmiş olup ayrıca suç olarak tanımlanan suçu düzenleyen norma ilişkin bir sınırlama öngörülmemiştir. Diğer bir ifadeyle, kamu görevlisinin görevini belirli bir şekilde kötüye kullanmasını cezalandıran asli normun görevi kötüye kullanma suçu gibi sadece kamu görevlileri tarafından işlenebilen bir özgü suç olması zorunlu değildir. Ayrıca belirtelim ki, bu suçun genel kanun olan Türk Ceza Yasası’nda düzenlenmiş olması da gerekli değildir. Kamu görevini kötüye kullanan failin fiilinin, özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren kanunlarda suç olarak tanımlanmış olması halinde de bu normlarla TCK m.257 arasında asli-norm tali norm ilişkisinden söz edilir⁴. Aynı şekilde kasten işlenebilen görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen normla – örneğin taksirle öldürme ve taksirle yaralama gibi taksirli suçları düzenleyen normlar arasında da bu ilişki kurulabilir.

Türk Ceza Yasası m.257’nin cezalandırma alanına giren fiiller, kanunda ayrıca suç olarak tanımlananlar dışında kalan fiillerdir. Eğer belirli bir görevi kötüye kullanma fiilini cezalandıran bir norm varsa hüküm öncelikle o normun uygulanmasını emretmiş ve o norma asıl norm vasfı vermiştir. Örneğin zimmet ve rüşvet eylemleri, özel olarak cezalandırılması öngörülmüş olan görevi kötüye kullanma halleridir. Görevini kötüye kullanmak suretiyle zimmetine para geçiren kamu görevlisi TCK m.247’den cezalandırılacak ayrıca faile TCK m.257’den dolayı ceza verilmeyecektir⁵.

Görevi kötüye kullanma kavramının belirsizliğinden dolayı söz konusu düzenleme, Anayasa’ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nde iptal davasına konu olmuştur⁶.

Bir eylemin görevi kötüye kullanma teşkil etmesi, fail hakkında ayrıca disiplin hukukunun yaptırımlarının uygulanmasını engellemez. Bir başka anlatımla, bu durum “*ne bis in idem ilkesine*” aykırılık teşkil etmez.

4 Kamu görevlisi olan sanıkların, avukatların verdiği dilekçe ve eklerini kabul edip kayda almaması kamu görevini kötüye kullanma değil TCK m.121/1’de “kişinin belli bir hakkı kullanmak için etkili kamu makamlarına verdiği dilekçenin hukuki bir neden olmaksızın kabul edilmemesi” şeklinde tanımlanmış olan dilekçe hakkının kullanılmasını engelleme suçunu oluşturur. Y5CD, 26.5.2015-7283/11885, www.kazanci.com

5 Aynı şekilde örneğin görevi kötüye kullanmak suretiyle bir tutukluya işken eden kolluk görevlisi sadece işkenceden (TCK m.94’den); denetim görevinde titiz davranmayarak dairesinde zimmet suçunun işlenmesine neden olan amir, denetim görevini ihmalden (TCK m.251/2’den) sorumlu olacaktır.

6 AyMK, 12.10.1965-27/55.

II. ESKİ VE YENİ YASA'NIN KARŞILAŞTIRILMASI

765 Sayılı Türk Ceza Yasası döneminde görevi ihmal (765 sayılı TCK m.230), görevi kötüye kullanma (765 sayılı TCK m.240) ve keyfi muamele (765 sayılı TCK m.228.) suçları “görevi kötüye kullanma” başlığı altında m.257’de tek bir maddede toplanmıştır⁷. 5237 Sayılı TCK m.257’de görevi kötüye kullanmanın icrai ve ihmali şekli birlikte düzenlenmiş olmakla beraber maddenin başlığı, ihmali kapsamamaktadır. Maddenin başlığı suçun sadece icrai olarak gerçekleştirileceği izlenimini yarattığı için kanımızca eleştiriye açıktır.

765 Sayılı Türk Ceza Yasası döneminde kamu görevlisinin yapması gereken bir işi yapmak için menfaat sağlaması basit rüşvet olarak tanımlanmıştı. 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası m.257/3’de basit rüşvet suçuna görevi kötüye kullanmanın bir şekli olarak yer verilmişti. Ancak 2.7.2012 tarih ve 6352 sayılı Yasa’nın 105. maddesi ile ilgili hüküm yürürlükten kaldırılarak yeniden görevinin gereklerini yerine getirmek için menfaat sağlayan kamu görevlisinin eylemi rüşvet suçunun kapsamına alınmıştır.

Görevi kötüye kullanma suçu, 765 sayılı Türk Ceza Yasası döneminde suç sırf hareket suçu olarak düzenlenmişti. Suç görevin suiistimal edilmesi veya görevde ihmal gösterilmesi ile tamamlanmakta, görevin icrai veya ihmali olarak kötüye kullanmasının cezalandırılması bazı yazarlara göre kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması şeklinde bir neticeye; bazı yazarlara göre ise böyle bir cezalandırılabilme koşuluna bağlanmamıştı. 5237 Sayılı Türk Ceza Yasası ile kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiilin değil, sadece kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlanması ile sonuçlanan kötüye kullanmaların cezalandırılması öngörülmüştür.

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Görevi kötüye kullanma suçunun gerekçesinde, “toplumda, kamu faaliyetlerinin gerek eşitlik gerek liyakatlilik açısından adalet ilkelerine uygun yürütüldüğü hususunda hâkim olan güvenin, inancın sarsılmaması gerekir”⁸ demek suretiyle bu suçla kamu idaresinin işleyişine duyulan güvenin korunmaya çalışıldığı ifade edilmiştir. Bu suçla kamu hizmetinin verilmesinde disiplin sağlanmakta, idarenin düzenli, etkin, dürüst ve tarafsız bir şekilde işleyişi güvence altına alınmaktadır.

Öğretide, suçun amaçlarından birinin, kamu görevlisinin görevini yaparken görevin muhatabı olan kişilere zarar vermesinin veya onlara haksız kazanç sağlanmasının önlenmesi olduğu ve suçla görevin kötüye kullanılmasından zarar görecekt bireysel değerlerin de korunduğu ifade edilmektedir⁹. Ayrıca görevi *kötüye kullanma fillerinin cezalandırılabilirliğinin*, bu fillerle

7 Bu düzenlemeyle, 765 sayılı Türk Ceza Yasası’nda yer verilen keyfi muamele, görevi kötüye kullanma ve görevi ihmal suçları ayırımından vazgeçilmiştir. Bkz. TCK m.257-Gerekçe.

8 Bkz. TCK m.257-Gerekçe.

9 Bkz. D.Tezcan/M.R.Erdem/M.Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2017, 1041.

kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olunması şartına bağlandığından suçla kişilerin ve ayrıca bu fiiller neticesinde idarenin zarar görmesi mümkün olduğundan kamu idaresinin ekonomik varlığının korunduğu da söylenebilir.

IV. SUÇUN FAİLİ

Görevi kötüye kullanma suçu sadece kamu görevlisi sıfatına sahip kişilerce işlenebilir. Bu nedenle suç özgü suçlar grubuna dahildir.

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nın "Tanımlar" başlığını taşıyan 6/1-c maddesinde kamu görevlisi tarif edilmiştir. Bu tarife göre, "kamu görevlisi deyiminden, kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak *katılan kişi*" anlaşılır¹⁰.

Türk Ceza Yasası m.6/1-c'nin gerekçesinde, "... kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegâne ölçütün, gördüğü işin bir kamusal faaliyeti olması" gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçede "Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesi" halinde kamusal faaliyet olacağı ifade edilmiştir^{11 12}. Türk Ceza Yasası'nın kamu görevlisi tanımında kişinin çalıştığı yer ve çalışma statüsü değil yaptığı iş esas alınmıştır¹³. Bir kimsenin kamu görevlisi sayılabilmesi için kişiyle devlet arasında bir istihdam ilişkisinin kurulmuş olması zorunlu değildir.

10 "... köyü tarımsal kalkınma kooperatifi denetim kurulu üyesi olan sanığın, kooperatifin her üç ayda bir yapılması gereken denetim ve kontrollerini süresinde ve mevzuata uygun yapmayarak yönetim kurulu üyeleri tarafından kasada mevcut paranın şahsi ihtiyaçlarında kullanılmasına ve kooperatifin zararına sebebiyet vermek suretiyle icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyetine karar verilmiş ise de; 1163 sayılı Kanunun 62. maddesinde kamu görevlisi gibi sorumlu olan kişilerin yönetim kurulu üyeleri ile kooperatif memurları olarak sınırlandırılması, bir başka anlatımla denetim kurulu üyelerinin bu madde kapsamında sorumluluklarının bulunmaması nedeniyle *kooperatif denetçisi* sanığın eyleminin aynı Kanunun 66/1 ve 67/1. maddeleri atfıyla Ek-2/3. maddesi kapsamında kalacağı gözetilmeden TCK'nın 257/1. maddesiyle hüküm kurulması, ...", Y5CD, 7.3.2016-833/2415, www.lexpera.com.tr

11 "...kamuya ait yetki ve gücü kullanacak organların, bu kamusal faaliyetlerine "genel idare esaslarına" göre katılan ve yardım edenlerin de "kamu görevi" yaptıklarının kabulünde zorunluluk vardır. 5237 sayılı Türk Ceza Yasası'nın 6/1-c maddesindeki, "kamu görevlisi" tanımında yer alan "katılan kişi" ibaresi ile madde gerekçesinde yer alan "kamusal faaliyet" açılımından hareketle, bir kimsenin Ceza Kanunu uygulamasında "kamu görevlisi", yapılan faaliyetin de "kamusal faaliyet" sayılabilmesi için, kamu adına yürütülen bir hizmetin bulunması, bunun da Anayasa ve yasalarda belirlenmiş usullere göre verilmiş bir siyasal karara dayalı olması ve ayrıca faaliyetin kamuya ait güç ve yetkilerin kullanılması suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.", YCGK, 12.4.2011-9-258/46, www.kazanci.com

12 "Ceza hukuku bakımından kamu görevlisinin tanımının nasıl kabul edileceğinin önemi, özellikle suçun kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesinin nitelikli hal olarak kabul edilmesinden gelmektedir. Suçun kamu görevlisi tarafından gerçekleştirilmesi halinde daha fazla cezaya sebebiyet veren nitelikli hal olarak kabul edilmesinin sebebi, kamu görevlilerinin devleti temsil etmesi ve dolayısıyla devletin itibarının, saygınlığının ve toplumun devlete olan güveninin zedelenmesidir. Hal böyle olunca, kamu görevlisi kavramı, kamusal faaliyeti yürüten kişilerin –eczacı, taksici, otobüs şoförü, devlet hastaneleri dışındaki doktorlar vs. gibi –tümünü kapsayacak biçimde geniş kabul edilmelidir". A.B.Baytaz, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul 2018, 272-273; B.D.Dönmez, Türk Ceza Kanunu'nda "Kamu Görevlisi" Kavramı", TBB Dergisi, 94(2011), 119.

13 Örneğin, 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanununun 3. maddesinde kamu görevlisi, "Bu Kanun kapsamında yer alan kurum ve kuruluşların kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan kamu görevlilerini" ifade eder demek suretiyle kişinin çalıştığı yer ve statüsü kamu görevlisini belirleyen kriter olarak belirlenmiştir.

Türk Ceza Yasası uygulamasında bir kişinin kamu görevlisi sayılabilmesi için iki unsur birlikte gerçekleşmiş olmalıdır. Birinci unsur, *bir kamusal faaliyetin yürütülüyor olması*; ikinci unsur ise kişinin bu *kamusal faaliyete katılmış* olmasıdır.

Birinci unsur: Kamusal faaliyetin yürütülüyor olması: Hükmün gerekçesinde, *kamusal faaliyet, “Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir siyasal kararla, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir”* şeklinde tarif edilmiştir. Bu açıklamaya göre bir faaliyetin kamusal faaliyet sayılabilmesi için *kamu adına yürütülen bir faaliyet* olması ve bu faaliyetin Anayasa ve kanunlarla belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir *siyasal karara yani siyasi iradeye dayanması* gerekir.

Kamusal faaliyeti (kamu hizmeti) ile kamu adına yürütülen hizmet kast edilmektedir. Toplumsal bir yaşamın gereği olarak örgütlenerek yerine getirilen hizmetler kamu adına yürütülen hizmetlerdir. Bu hizmetlerin yerine getirilmesinde kamunun menfaati vardır.

Kamusal faaliyetin yerine getirilmesi, siyasi iradeye; yani siyasi bir karara dayanmış olmalıdır. Siyasi karar da Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş bir karar olmalıdır. Siyasi karar; kanun, yönetmelik, genelge biçiminde ortaya çıkabilir. Belirtelim ki idarenin kanuniliği ilkesi gereğince tüm idari düzenleyici işlemlerin kanuna dayanması gerekir. Zira Anayasa m.129'a göre, “memurlar ve diğer kamu görevlileri Anayasa ve kanunlara sadık kalarak faaliyette bulunmakla yükümlüdürler”.

İkinci unsur: Kişinin kamusal faaliyete katılmış olması: Hükmün gerekçesine göre, kamusal faaliyetin “yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidir. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren subay veya erleri de kamu görevlisidir. Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin görevlisi sayılmayacağı açıktır”.

Özel yasalarda, belirli görevleri yapan kişilerin “kamu görevlisi sayılacağı” veya “buldukları kurumun mal varlıklarına veya defterlerine karşı işlenen suçlarda kamu görevlisi gibi” cezalandırılacakları belirtilmiştir. Özel bir yasa ile kamu görevlisi sayılacağı belirtilen kişilerin kamu görevlilerince işlenebilen tüm özgü suçların faili olabilecekleri ortadadır^{14 15}. Bu halde özel

14 Örneğin 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m.9/son hükmüne göre, “Kurumlarda görev yapan yönetici, öğretmen, uzman öğretici ve usta öğreticiler, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun uygulanması ve ceza kovuşturması bakımından kamu görevlisi sayılır”. “Sanıkların kurstaki görev ve unvanları belirlenerek 5580 sayılı Yasa kapsamında olup olmadıklarının saptanmasından arından, adı geçen öğrenciler hakkında eğitim almadıkları halde eğitim verilmiş gibi ders çizelgeleri hazırlanıp, aylık bireyselleştirilmiş çalışma planları ve faturalar düzenlenmesinden ibaret eylemlerin “Kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği” suçunu oluşturacağı cihetle, ...”, Y21CD, 12.12.2016-7961/7529, www.kazanci.com

15 1512 Sayılı Noterler Kanunu'nun 151. maddesine göre noterler, geçici yetkili noter yardımcıları, noter vekilleri ile noter kâtipleri ve kâtip adayları noterlikteki görevleri, Türkiye Noterler Birliği organlarında görev alan noterler ise

yasanın TCK m.6/1-c hükmüne açıklık getirir nitelikte olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak kamu görevlisi gibi cezalandırılır hükmünün anlamı, bu kişiler kamu görevlisidir anlamına gelmemektedir. Bu kişiler kamu görevlisi olmayıp cezalandırma yönünden kamu görevlisine benzetilmektedir^{16 17}.

Avukatlar da kamu görevlisi olup bu suçun faili olabilirler. 1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 1. maddesine göre, "Avukatlık, kamu hizmeti ve serbest bir meslektir. /Avukat, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eder". 1136 Sayılı Avukatlık Yasası'nın 2. maddesine göre, "Avukatlığın amacı; hukuki münasabetlerin düzenlenmesini, her türlü hukuki

ayrıca bu görevleri ile bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından, 5706 sayılı İstanbul 2010 Kültür Başkenti Hakkında Kanun'un 17. maddesine göre ajans personeli bu Kanun kapsamında yaptıkları işlemlerde Türk Ceza Kanununun uygulanması bakımından, 5368 sayılı Lisanslı Harita Mühendisleri Büroları Hakkında Kanunun 5. maddesine göre lisanslı harita kadastro mühendislik bürolarında, bu Kanun kapsamında belirtilen hizmetleri yapmakla yetkilendirilenler Türk Ceza Kanununun uygulanmasında, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 60. maddesine göre görevleri ile ilgili olarak suç işleyen Kurul başkan ve üyeleri ile personeli ceza sorumluluğu bakımından, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 25. mad - desine göre Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun uygulanmasında, 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu'nun 28. maddesine göre Yönetim Kurulu üyeleri ile Kurum personeli, 4634 sayılı Şeker Kanununun 9. maddesine göre Kurulun başkan ve üyeleri ile diğer personeli görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlar ile bunlara karşı işlenen suçlardan dolayı sorumluluk bağlamında Türk Ceza Kanununun uygulanmasında, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun 52. maddesine göre, bu Kanunun tatbikinde vazifeli bulunan memur ve hizmetliler ile mahalle, köy muhtar ve ihtiyar heyeti ve meclisi azaları işledikleri suçlar ile kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı, 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi ve Grev ve Lokavt Kanununun 69. maddesine göre resmi arabulucu olarak görevlendirilenler görevlerinin ifası sırasında veya ifasından dolayı işledikleri veya kendilerine karşı işlenen suçlar bakımından, görevleri sırasında suç işlemeleri veya görevleri nedeniyle kendilerine karşı işlenen suçlardan dolayı kamu görevlisi sayılırlar. Ancak belirtelim ki, Türk Ceza Kanunu m.5 hükmü gereğince kural olarak TCK m.6 hükmündeki kamu görevlisi tanımı ceza hukuku uygulaması bakımında bu özel yasalardaki kamu görevlisi niteliklerini gereksiz kalmaktadır. Bu yasalar için bkz. H.Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", Ankara BD, Yıl:68, Sayı: 2010/1,123-126.

- 16 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu m.62/3'e göre, "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden fiil ve hareketlerinden ve özellikle kooperatifin para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı kamu görevlisi gibi cezalandırılır".
- 17 3082 Sayılı Kamu Yararının Zorunlu Kıldığı Hallerde, Kamu Hizmeti Niteliği Taşıyan Özel Teşebbüslerin Devletleştirilmesi Usul ve Esasları Hakkında Kanun'un 12. maddesine göre, "Bu Kanuna göre görevlendirilenlerden suç işleyenler", 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 62. maddesine göre, "Yönetim Kurulu üyeleri ve kooperatif memurları, kendi kusurlarından ileri gelen zararlardan sorumludurlar. Bunların suç teşkil eden il ve hareketlerinden ve özellikle kooperati n para ve malları bilanço, tutanak, rapor ve başka evrak, defter ve belgeleri üzerinde işledikleri suçlardan dolayı", 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 23. maddesine göre, özel güvenlik görevlileri, görevleriyle bağlantılı olarak işledikleri suçlardan dolayı, 5174 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu'nun 76. maddesine göre, Odalar, Borsalar ve Birliğin organ üyeleri ile personeli, görevlerini yerine getirirken görevleriyle ilgili suç teşkil eden il ve hareketlerinden, bu kuruluşların paralarıyla para hükmündeki evrak, senet ve sair varlıkları ile muhasebe ve muamelata ilişkin her çeşit defter ve evrak ile ilgili olarak işledikleri suçlardan dolayı, kamu görevlisi gibi cezalandırılırlar. Bu guruba giren personel kamu görevlisi sayılmamaktadır. 5237 sayılı TCK'nın 6. maddesindeki kamu görevlisi tanımının kapsamına da girmemektedirler. Yasa koyucu, ceza siyaseti açısından bu kişilerin kamu görevlisi gibi cezalandırılmasını öngörmüştür. Dolayısıyla bu başlık altındaki düzenlemelerin, Yasa koyucunun amacı dikkate alındığında gerekli olduğunu söylemek mümkündür. Özel yasalardaki hüküm uyarınca kamu görevlisi gibi cezalandırılanlar kural olarak aleyhlerine işlenen suçlarda kamu görevlisi sayılmayacaklardır. Ancak 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'un 23. maddesindeki açık hüküm gereği, özel güvenlik görevlilerine karşı görevleri dolayısıyla suç işleyenler kamu görevlisine karşı suç işlemiş gibi cezalandırılır. Bu yasalar için bkz. Aydın, "Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı", 123-126.

mesele ve anlaşmazlıkların adalet ve hakkaniyete uygun olarak çözümlenmesini ve hukuk kurallarının tam olarak uygulanmasını her derecede yargı organları, hakemler, resmi ve özel kişi, kurul ve kurumlar nezdinde sağlamaktır. Avukat bu amaçla hukuki bilgi ve tecrübelerini adalet hizmetine ve kişilerin yararlanmasına tahsis eder”. 1136 Sayılı Avukatlık Yasası’nın 76/1. maddesinde, Baroların; avukatlık mesleğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlâkını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmaları yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren *kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu ifade edilmiştir*. Yine, 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 109/1-2. maddelerinde, Baroların üst kuruluşu olan Türkiye Barolar Birliği’nin, bütün baroların katılmasıyla oluşan bir kuruluş olduğu ve Birliğin tüzel kişiliğe sahip *kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olduğu ifade edilmiştir*. 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın 35/1. maddesinde, kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalaa verme, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etme ve savunma, adli işlemleri takip etme, bu işlere ait bütün evrakı düzenleme işinin yalnız baroda yazılı avukatlara ait işler olduğu belirtilmiştir. Avukatlara resmi dairelerdeki bütün işleri takip etme yetkisi de verilmiştir. 1136 Sayılı Avukatlık Yasası m.35/A hükmüne göre, avukatlar, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet etme yetkisine sahiptir ve Avukatın taraflarla birlikte düzenleyeceği uzlaşma tutanakları 9.6.1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Yasası’nın 38 inci maddesi anlamında ilâm niteliğindedir. Görüldüğü üzere Avukatlık Yasası hükümlerine göre, avukatlar kamusal bir hizmet olduğunda kuşku olmayan adli faaliyete ya katılmakta ya da bizzat bu faaliyeti Avukatlık Yasası’nın verdiği yetkiye dayanarak yerine getirmektedir. Sonuç olarak, 1136 sayılı Avukatlık Yasası’nın yukarıda anılan hükümleri ve Türk Ceza Yasası’nın 6/1-c hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; avukatların, avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler ile uzlaştırma işlemi ve barolar ile Türkiye Barolar Birliğinin organlarında ifa ettikleri görevleri yönünden kamu görevlisi olduklarında kuşku bulunmamaktadır¹⁸.

1136 Sayılı Avukatlık Yasası’nın “*Bu Kanun ve diğer kanunlar gereğince avukat sıfatı ile veya Türkiye Barolar Birliğinin yahut baroların organlarında görevli olarak kendisine verilmiş bulunan görev ve yetkiyi kötüye kullanan avukat Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesi hükümlerine göre cezalandırılır*” şeklindeki 62. madde hükmü, aslında kamu görevlisi olan ve kamu görevlileri tarafından işlenebilen Türk Ceza Yasası’ndaki tüm özgü suçlara işleyebilen Avukatların sorumluluğunu sınırlamaktaydı. Bu hükümler nedeniyle 1.1.2009 tarihine kadar yani Türk Ceza Yasası’nın 5. maddesi yürürlüğe girinceye kadar örneğin avukatın zimmet suçunu işlemesi mümkün olmayıp vatandaşlar tarafından işlenebilen güveni kötüye kullanma suçunun faili olacağı kabul edilmekteydi.

Türk Ceza Yasası’nın 5. maddesinin 1.1.2009 tarihinde yürürlüğe girmesi ile Türk Ceza Yasası’nın genel hükümleri, Avukatlık Yasası bakımından da geçerli hale gelmiş ve kamu görevlisi tanımı

18 Y5CD, 24.12.2015-15290/17789, www.lexpera.com.tr

avukatları da kapsadığından avukatların Türk Ceza Yasası'nda ve özel kanunlarda tanımlanan ve avukatlık görevi ile ilgili olarak işledikleri suçların kamu görevlisi tarafından işlenen suç sayılmasının yolu açılmıştır. Kamu görevlileri tarafından işlenen ve faili bakımından özgü suç niteliğindeki tüm suçların faili avukatlar da olabilecektir. Örneğin 1.1.2009 tarihinden sonra avukatların tahsil ettikleri parayı müvekkillerine teslim etmemeleri; güveni kötüye kullanma suçunu değil zimmet suçunu oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle güveni kötüye kullanma suçu avukatlar yönünden zimmet olarak kabul edilmekte ve dosyalar Yargıtay 5. Ceza Dairesine gönderilmektedir^{19 20 21}.

V. SUÇUN MAĞDURU

Görevi kötüye kullanma suçu “Millete ve Devlete Karşı Suçlar” kısmında düzenlenmiştir. Suçun doğrudan mağduru devlet/kamu idaresidir²². Ancak görevi kötüye kullanmadan bireylerin zararı doğmuş ise bu kişiler de dolaylı mağdur sayılabilirler. Mağduru belli olmayan suçlara ilişkin zincirleme suç kuralları, bu suç yönünden uygulanacaktır (TCK m.43/1-son cüm.)²³.

19 Bilgi için bkz. M.H.Mısıır, Avukatın Görev Suçları, Türkiye Barolar Birliği, Nisan 2018, 101.

20 Yargıtay 5. CD, 24.12.2015 tarih ve 15290/17789 sayılı kararında bu hususu açıkça ortaya koymaktadır. Ceza Dairesine göre, “...TCK'nın 5. maddesinin 01/01/2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olması nedeniyle anılan Kanunun genel hükümlerine aykırı olan sınırlayıcı nitelikteki Avukatlık Yasasının 62. maddesinin de özel nitelikteki görevi kötüye kullanma suçları açısından zimnen ilga edilmiş sayılmasının gerektiği ve TCK'nın 247. maddesine göre zimmete geçirilen malın devlete veya özel kişilere ait olmasının suçun oluşması bakımından öneminin bulunmadığı anlaşılmalı, İstanbul Barosuna bağlı olarak avukatlık yapan sanığın müşteki K1'in vekilliğini üstlenerek K2'dan olan alacağını tahsil amacıyla Kadıköy 8. İcra Müdürlüğü'nün 2010/9894 sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlattığı, takip devam ederken katılan adına borçludan toplam 165.000 lirayı muhtelif tarihlerde haricen tahsil ettiği halde, durumu müştekiye bildirmedeği ve parayı katılana ödemeyerek mal edindiğinin dosya içerisinde bulunan F1bank havale belgeleri, katılan ve tanık beyanları ile sabit olması ve fiilin ancak beyanlar ve belgelerle ortaya çıkartılması karşısında, sanığın oluşa uygun olarak sübutu kabul edilen eyleminin nitelikli zimmet suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç vasfında hataya düşülerek dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yanlış hukuki değerlendirmeler ile yazılı şekilde hüküm kurulması, ...Kanuna aykırı, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321 ve 326/son maddeleri uyarınca Bozulmasına, 24/12/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi”, Y5CD, 24.12.2015-15290/17789, bkz. www.lexpera.com.tr

21 Aynı yönde bkz. Y5CD, 11.4.2016-1090/3718, www.kazanci.com

22 Kamu idaresinin suçtan zarar gören olduğu hakkında bkz. M.Koca/İ.Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, 569; Belirtelim ki bu yaklaşım tüzel kişilerin mağdur olamayacağı görüşüne dayanmaktadır. Kanımızca tüzel kişilerin de kendine özgü korunan menfaatleri vardır. Nitekim suçlar kişilerin, toplumun ve devlet idaresinin fonksiyonlarını koruyan suçlar olarak sınıflandırılmışlardır. Bu nedenle suçun mağduru kanımızca devlet idaresidir ve dorudan mağduru belli olmayan suçlar söz konusudur.

23 “Sanıkların sübut bulan eylemlerinin icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 257/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 257/2. maddesi uyarınca ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan hükümler kurulması ve eylemini, bir suç işleme kararının icrası kapsamında, farklı tarihlerde birden fazla gerçekleştiren sanık hakkında TCK'nın 43/1. maddesi uygulanması gerekirken iki kez görevi kötüye kullanma suçundan mahkumiyet kararı verilerek fazla ceza tayini, bozmayı gerektirmiştir.” Y5CD, 20.3.2018-12304/2031, www.kazanci.com

VI. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

Türk Ceza Yasası m.257'de “görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevi kötüye kullanma” ve “görevin gereklerini yapmada ihmali veya gecikme göstermek suretiyle” görevi kötüye kullanma olmak üzere iki ayrı suç tipi düzenlenmiştir. Bu suçları icrai surette görevi kötüye kullanma ve ihmali suretiyle görevi kötüye kullanma suçları şeklinde adlandırmak da mümkündür.

Görevi kötüye kullanma suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesi sadece ceza miktarı üzerinde etki doğurmaktadır.

Her iki görevi kötüye kullanma şeklinde de “görevin gereklerine uymama” söz konusudur. Bu suçlarla görevin gereklerine aykırı hareket etmek veya görevin gerekleri yerine getirilmeyerek, gerçekleştirilen göreve uymayan davranış ve tutumlar ceza yaptırımına bağlanmıştır. Diğer bir söyleyişle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için öncelikle kamu görevlisinin görev alanına giren bir husus söz konusu olmalıdır²⁴. Kamu görevlisinin görev alanına girmeyen bir tasarrufta bulunması bu suçu oluşturmaz. Duruma göre kamu görevlisinin böyle bir tasarrufta bulunması örneğin kamu görevinin usulsüz üstlenilmesi (TCK m.262)²⁵ suçunu veya bu suçla birlikte veya sadece bir disiplin suçunu oluşturabilir.

Kamu görevlisinin görevine girmeyen bir işi kamu görevlisi sıfatının doğurduğu etkiden (nüfuzdan) yararlanarak yapması halinde de kamu görevini kötüye kullanma suçu oluşmaz.

Suçun maddi unsurunun ortaya konulabilmesi için öncelikle kamu görevlisinin görevinin gereklerinin nasıl belirleneceği üzerinde durmak gerekir.

1. Görevin Gereklere

Görevi kötüye kullanma/ve ihmali suçları bakımından en önemli husus görevin gereğinin belirlenmesidir. Bir kamu görevlisinin hizmeti veriş şekli, zamanı ve kapsamı kısacası görevin gereğinin ne olduğu, idare hukukunun ilkelerine, kanun, yönetmelik hükümlerine ve yapılan göreve ilişkin örfi kurallara göre belirlenir²⁶. Görevin gerekleri, bir emirden doğabileceği gibi bir düzenleyici bir işlemde de doğmuş olabilir. Görev emirden doğmuş ise emrin yetkili kişi tarafından ve usulünü uygun olarak verilmiş olması gerekir.

24 “Bir suçun oluşması için gerekli olan ilk şart, kamu görevlisi olan failin yaptığı işle ilgili olarak kanun veya diğer idari düzenlemelerden doğan bir görevin olması ve bu görevi dolayısıyla yetkili bulunmasıdır. Bir kimse kamu görevlisi olmasına karşın o işle ilgili görevi ve yetkisi yok ise, ... görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmayacaktır. Çünkü sahip olunmayan bir yetkinin kötüye kullanılmasından da söz edilemez”. YCGK, 26.2.2013-4-25/67, www.kazani.com

25 *Kamu görevinin usulsüz olarak üstlenilmesi başlığını taşıyan TCK m.262 – (1)* Bir kamu görevini, kanun ve nizamlara aykırı olarak yerine getirmeye teşebbüs eden veya terk emri kendisine bildirilmiş olduğu halde görevi sürdüren kimseye üç aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

26 Kaylan, 19'dan aktaran Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (2017), 1043.

Yapılan işlemlerin gereği gibi yapılmadığı veya görevin gereğinin hiç yapılmadığı ya da geç yapıldığına ilişkin değerlendirme, ancak hizmetin kapsamını ve usulünü ortaya koyan mevzuatın ve örfi kuralların idare hukuku esaslarına göre, objektif ve soyut olarak ortaya koyulmasıyla mümkün olabilir²⁷.

Kamu görevlisi; yaptığı şeyi yapmakla görevli kılınmamışsa, hizmet mevzuata uygun yapılmış olsa dahi suç oluşur. Ancak bu halde görevi kötüye kullanma suçu değil, unsurları oluşursa örneğin kamu görevlisinin yetkili olmadığı bir iş için yarar sağlaması suçu (TCK m.255) veya disiplin suçu söz konusu olabilir. Bu hallerde kamu görevlisinin görevini değil, sıfatını kötüye kullanması söz konusudur.

Anayasa Mahkemesi de “Devlet hayatında, çeşitli kamu hizmetleri vardır ve bu hizmetlerin yürütülmesini sağlayan mevzuatla, her memurun görevinin niteliği, gerekleri, nasıl ve ne suretle yerine getirileceği belli edilmiş ve sınırları çizilmiştir. Hâkim, önüne getirilen davada, bu esasları daima göz önünde tutarak olayda memurun görevini kötüye kullanıp kullanmadığını kolayca belirleyecek durumda bulunduğuna göre, bu konuda suç unsuru belli demektir. Ortada kanunsuz ve keyfi takdirlere yol açacak bir hal mevcut değildir” demek suretiyle görevin belirli olduğunu ve kanunilik ilkesini ihlal etmediğine karar vermiştir²⁸.

2. Görevin gereklerine Aykırı Hareket Etmek

İcrai hareketle görevin kötüye kullanılması suçunun *fil unsuru*, kamu görevlisinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesidir. İcrai hareketle görevi kötüye kullanmada *fail*, aktif ve etkindir.

Görevin gereklerine aykırı hareketten maksat, kamu görevlisinin görevini yani yapması gerekenleri, kanun, yönetmelik, genelge, emir ya da talimatlarla (idari düzenlemelerle) belirlenmiş olan *usul ve yöntemlere* uymadan; yani *mevzuata aykırı usul ve yöntemlerle yerine* getirmesidir. *Bu halde görev yerine getirilir, ancak gereği gibi yerine getirilmez.* Bu nedenle görevi kötüye kullanma suçlarında sıfat değil, görev kötüye kullanılır. Mevzuattaki hangi yöntem ve usule uyulmadığı her göreve göre değişebilir. Bu nedenle suç, serbest hareketli bir suç özelliği gösterir.

27 “Mağdurun gerek alındığı gerekse atandığı görevler, 2451 sayılı Bakanlıklar ve Bağlı Kuruluşlarda Atama Usulüne İlişkin Yasanın 2. maddesi uyarınca müşterek kararname ile atanmayı gerektiren görevlerdendir. Üçlü imzayı gerektiren müşterek kararnamelerin, ilgili Bakan, Başbakan ve Cumhurbaşkanı tarafından önce incelenerek ve yapılan denetim sonucu hukuka uygunluğu saptanarak imzalandığı ve ardından Resmi Gazetede yayımlanması ile yürürlüğe girdiği nazara alındığında, sanık müsteşarın bu kararnamenin hazırlık hareketi icrai bir görevi bulunmamaktadır. /Yargılamaya konu atama işleminde, icrai hareketlerin, imza yetkisi bulunanlarca yapılabileceği açıktır. Kararname taslağında sanığın imzası bulunmamakla birlikte, sanığın müsteşarı bulunduğu Milli Eğitim Bakanlığında hazırlanması suç teorisi yönünden icrai hareket niteliğinde değil, hazırlık hareketi mahiyetinde bir eylemdir. Zira işleme hayatiyet kazandıracak olan üçlü imza gerçekleşmedikçe önceki hazırlığın ihlal ettiği bir hukuki yarardan söz edilemeyecek, hazırlık hareketi mahiyeti arz eden bu davranış görevde yetkiyi kötüye kullanma yönünden bir yaptırımı gerektirmeyecektir. Bu nedenle, Özel Dairece sanığın görevi kötüye kullanma suçundan beraatına karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır. /Nitekim Ceza Genel Kurulunun 11.3.2008 gün ve 197-46; 12.12.2006 gün ve 203-301 sayılı kararları da aynı doğrultudadır”. YCGK, 26.6.2012-4-265/246, www.legalbank.com

28 AyMK, 12.10.1965-27/55.

Mevzuata aykırı usul ve yöntemlerle görevi yapma dışında, görevini kötüye kullanan fail, ya kendisine tanınmış olan yetkileri amacı dışında kullanmakta yani takdir hakkını kötüye kullanmakta veya kendi yetkilerinin sınırını aşmakta ya da kendisinden beklenen davranış kurallarına aykırı etmektedir²⁹. Uyulması gereken prosedür yerine başka bir prosedürün uygulanarak görevin yerine getirilmesi, icrai görevi kötüye kullanma teşkil eder³⁰.

İcrai hareketle görevi kötüye kullanmada (TCK m.257/1) failin aktif ve etkin bir davranışı söz konusudur. Uygulamada şu hallerde görevi kötüye kullanma suçunun maddi unsurunun gerçekleştiği kabul edilmektedir: Kamu görevlisine görevini getirirken tanınmış olan takdir yetkisinin açıkça kamu görevlisi tarafından amacına aykırı, keyfi, hiçbir objektif kritere göre haklılığı savunulamayacak şekilde kullanılması, mevzuatta öngörülen şekil ve esasa ilişkin koşulları gerçekleşmeden işlemin yapılmış olması, görevi nedeniyle elde bulundurulmuş eşyayı mal edinmeden amacına aykırı olarak kullanması görevi kötüye kullanma teşkil eder. Yine örneğin belediyeye araç alımında gerekli usule uymadan araç alınması, suçu işlediği sabit olan kişiler hakkında beraat kararı verilmesi yönünde oy kullanılması, ilgili Cumhuriyet savcısına bilgi verilmeksizin şüphelinin serbest bırakılması, doktorun hastayı görmeden sağlık karnelerine ilaç yazması, Tapu Sicil Müdürü'nün sahte nüfus cüzdanı kullanılarak katılana ait taşınmazları resmi satış senedi ile satış işlemlerini yapması icrai hareketle görevi kötüye kullanma teşkil etmektedir³¹.

İhmal ve icranın birlikte bulunduğu hallerde suçun icrai görevi kötüye kullanma mı, yoksa ihmali görevi kötüye kullanma mı oluşturduğunu tespit etmek zorlaşmaktadır³². Örneğin görevinin

29 “Görevi kötüye kullanma suçunda, kötüye kullanılan bizzat görev değil kamu görevlisinin sahip olduğu yetkidir. Kamu görevlisinin kendi görev alanına giren yetkilerini kötüye kullanmak suretiyle mevzuat ve etik kuralların öngördüğü usul ve esaslardan farklı bir biçimde yapması görevde yetkinin kötüye kullanılmasıdır.” YCGK, 22.1.2008-101/3, www.lexpera.com.tr

30 “Sanığın müştekiyi oyalamak amacıyla maaş kesintisi yapılmış gibi kısmi ödeme makbuzları düzenlemesi...”, Y5CD, 26.10.2017-9762/4568, www.lexpera.com.tr; “Olay tarihinde Belediye Başkanı olan sanığın, çalışan personel arasında ayırım yaparak maaş ödemesi...”, Y5CD, 3.4.2014-13567/3741, www.lexpera.com.tr

31 Bu fiillerin icrai görevi kötüye kullanma teşkil ettiğine ilişkin kararlar için bkz. Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 419-420.

32 “Suç tarihinde Ödemiş Mal Müdürlüğü’nde M. Emlak Şefi olarak görev yapan sanığın, 2004-2007 yılları arasında Ödemiş İlçesi’nin bazı köylerinde ikamet eden şahıslara tahakkuk etmiş ve kesinleşmiş toplam 131.693 TL tutarındaki tahsil edilemeyen ecrimisil ücretlerini takibe alınmak üzere Ö. M.’ne bildirmemesi ve 09/01/2008 tarihinde bildirilmiş gibi MEOP sistemine işlemesi şeklinde sübut bulan eylemlerinin TCK’nın 257/1, 43. maddelerinde tanımlanan zincirleme biçimde icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlış değerlendirme sonucu aynı Kanunun 257/2. maddesine göre hüküm kurulması suretiyle eksik ceza tayini, davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlış değerlendirme sonucu aynı Kanunun 257/2. maddesine göre hüküm kurulması ...”, Y5CD, 14.10.2014-3370/9739, www.lexpera.com.tr; “Olay tarihinde Ç. B. İmar Müdürü olan sanık A. E. ve harita teknisyeni olarak görev yapan sanık B. Ç.’in, katılanın başvurusu üzerine D. mah... ada, nolu parselde ilgili olarak hazırlayıp onayladıkları 05/10/2005 gün 2005/194 sayılı imar durum belgesinde 01/04/2005 tarih 479 sayılı kurul kararı ile onaylanmış koruma amaçlı imar planına aykırı olarak parselin kuzey kısmında imar yoluna terk edilecek kısmını göstermeyerek söz konusu parselin taks ve kaks miktarlarında oluşacak azalmayı önlemek suretiyle yapı sahibinin haksız kazanımına yol açmaları şeklinde sübut bulan eylemlerinin TCK’nın 257/1. maddesinde tanımlanan icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlış değerlendirme sonucu aynı Yasanın 257/2. maddesine göre hükümler kurulması, ...”, Y5CD, 5.11.2014-3609/10554, www.lexpera.com.tr; “Sanığın kadaströ çalışmaları sırasında görevini yerine getirirken gerekli araştırmayı yapmaksızın mahalli bilirkişi sıfatıyla kadaströ tespit tutanağı düzenlemek şeklinde oluşu kabul edilen eyleminin icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden

gereklerini süresi geçtikten sonra usulüne aykırı olarak yapma halinde icrai hareketle görevi kötüye kullanma teşkil edecektir

3. Görevin Gereklarını Yapmakta İhmal veya Gecikme Göstermek

İhmalle görevi kötüye kullanma suçunun fiil unsuru, görevin gereği olan “işlemi yapmakta ihmal göstermek” veya “gecikme göstermek” suretiyle işlenir. Suç tanımında ihmaller “veya” bağlayıcı ile bağlanarak seçimlik olarak gösterilmiştir. Birinci halde görev hiç yerine getirilmez; ikinci halde ise, görev usulüne uygun ve yetki aşımı olmadan, ancak geç yerine getirilir.

Suçun fiil unsuru, belirli bir kamu hizmeti görmekte veya yürütmekte olan kamu görevlisinin, emir ve talimat olmaksızın hukuken belirlenmiş olan görevinin gereğini yapmaması, hareketsiz kalması veya belirli bir süre içinde yerine getirmesi gerekeni, o süre içinde yerine getirmemesi yani savsamasıdır. Yasada işlem için bir süre belirtilmişse, o sürenin görev yerine getirilmeden geçirilmesi ile suç oluşur³³. Eğer işlem için bir süre belirtilmemişse o işlemin yapılması için gerekli olan “makul sürenin” gerçekleşmesiyle suç oluşur³⁴. Görevin niteliği ve somut olayın özelliklerine

TCK'nın 257/1. maddesi yerine 257/2. maddesi ile uygulama yapılması, ...”, Y5CD, 24.12.2015-15189/17777, www.lexpera.com.tr; “Suç tarihinde Tapu Müdürlüğünde görevli sanığın görevinin gereklerine aykırı olarak tapuda satış işleminin yapılması için taraflarca Maliyeye yatırılması gereken döner sermaye harcı yatırımdan ve buna dair dekontu görmeden devir işlemini gerçekleştirmesi ..”, Y5CD, 16.3.2015-7240/8282, www.lexpera.com.tr; “Suç tarihinde Adıyaman 1. Noterliğinde imzaya yetkili başkatiip olarak görev yapan sanığın mevzuata aykırı biçimde 87 yaşında ve demans hastası olup fiil ehliyetine sahip olmayan A.. Ö.c'i'nin, aşırı yaşlılığı, hastalığı ve dış görüntüsü itibarıyla hukuki işlemleri yapmaya ehil olmadığı konusunda açık kuşku bulunmasına rağmen, temyiz kudretine ve fiil ehliyetine sahip olup olmadığı hususunda doktor raporu almadan vekaletname işlemini gerçekleştirmesi şeklinde sübut bulan eyleminin TCK'nın 257/1. maddesinde tanımlanan icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturaacağı halde, yanlışlı değerlendirme sonucu aynı Kanunun 257/2. maddesi uyarınca yazılı şekilde hüküm kurulması,...”, Y5CD, 11.6.2015-5936/12394, www.lexpera.com.tr; “Aksaray Lisesinde müdür ve müdür yardımcısı olarak görev yapan sanıkların 23/09/2008 tarihli tasdiknameyi öğrenci Melike'nin velisine vermeleri gerekirken kimlik kontrolü yapmadan bir başkasına teslim etmeleri şeklinde gerçekleşen eylemlerinin icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve TCK'nın 257/1. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden aynı Kanunun 257/2. maddesi uyarınca ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçundan yazılı şekilde hükümler kurulması ...”, Y5CD, 18.11.2015-13688/16402, www.lexpera.com.tr

33 “Örneğin, idare mahkemelerinin esasa ve yürütmenin durdurulmasına ilişkin kararlarının icaplarına göre idare tarafından, gecikmeksizin işlem tesis etmeye veya eylemde bulunmaya mecbur olduğu, bu sürenin hiçbir şekilde kararın idareye tebliğinden başlayarak otuz günü geçemeyeceği İdari Yargılama Usulü Kanunu m.28/1'de hüküm altına alınmış olup, idare mahkemesi kararını yerine getirmekle görevli kamu görevlisinin 30 günlük süreyi aşması halende, suçun diğer unsurları da oluştuysa, kamu görevlisinin sorumluluğu TCK m.257/2'den olacaktır. Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2018), 423.

34 “Sanık söz konusu gecikmelerin iş yoğunluğundan kaynaklandığını savunmuş ise de, bu konuda yetkililere herhangi bir müracaatta bulunmadığı, elindeki soruşturma dosyalarının yaklaşık yarısının, dört yıl gibi uzunca bir süre işlemsiz kalması nedeniyle suç tarihinden önce Cumhuriyet Başsavcivekili tarafından özellikle tutuklu dosyalara özen göstermesi konusunda uyarıldığı hususları nazara alındığında, iş yoğunluğu mazeretine dayalı savunmasının, makul, hayatın olağan akışına ve görev anlayışına uygun bulunmadığı kabul edilmelidir. Bu nedenle sanığın görevinin gereklerini yerine getirmekte ihmal ve gecikme göstermek suretiyle kanuna aykırı davrandığı ortadadır. ...Suça konu dosyalarındaki suçlardan dolayı mağdur olan kimselerin kanuni haklarını elde etmeleri uzun süre gecikmiş, soruşturmaların normal süresinde sonuçlanmaması nedeniyle şüphelilerin hukuki durumları askıda tutularak, şartları varsa bir an önce aklanma imkanının önüne geçilmiştir. Hakkında işlem başlatılan şüphelilerin makul sürede karar verilmemesi nedeniyle mağdur olduklarının açık olduğu gibi aynı soruşturmalardaki şikayetçi, suçtan zarar gören veya mağdurların da, sanığın fiilinden mağdur oldukları, buna göre “şahsi haklarının ihlal

göre makul sürenin geçip geçmediği tespit edilir. Görevin geç yerine getirilmiş olması da ihmal sayılır. Gecikme durumunda, görev yapılmış olmakla beraber geç yapılmış olması ihmalî suç teşkil eder.

Belirtelim ki, bir emrin yerine getirilmesi söz konusu ise ve emir veren bir süre belirtmişse; bu süre içinde emrin yerine getirilmemesi veya süre geçirildikten sonra yerine getirilmesi ihmal teşkil eder. Görevin bir emirden doğması ile düzenleyici bir işlemde doğması arasında fark yoktur³⁵.

Görevde gecikme olup olmadığı yapılması gereken işin önemine, kamu görevlisinin iş yoğunluğuna göre belirlenir³⁶. Aynı koşullardaki bir kamu görevlisinin o işi ne kadar sürede yapabileceği objektif olarak belirlenip failin gecikmesi ile karşılaştırılır.

Yargıtay uygulamasında şu haller görevin gereklerini yerine getirmede ihmal veya gecikme olarak kabul edilmiştir: “Denizli Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılanın alacaklısı olduğu bonoyu icraya koymayarak, lehe sonuçlanan mahkeme kararını ise geç icraya koyarak katılanın mağduriyetine neden olması...”³⁷; “Avukat olan sanığın üstlendiği davayı takip etmemesi...”³⁸; “Balıkesir Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, ...16/04/2009 tarihli duruşmada

edildiği” ve kişi mağduriyetinin gerçekleştiği konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Buna göre, somut olayda görevi kötüye kullanma suçunun “kişilerin mağduriyeti” unsuru gerçekleştiğinden, bir suç işleme kararıyla bazıları tutuklu olmak üzere birçok dosyada ya hiçbir işlem yapmamak ya da yapılması gereken işlemleri geç yerine getirmek biçiminde gerçekleşen ve kişilerin mağduriyetine neden olan fiillerin, zincirleme şekilde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir”. YCGK, 21.10.2014-4-1283/430, www.kazanci.com

35 Tezcan/Erdem/Önok Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (2017), 1055.

36 “Somut olayda sanık Aziz A.’ın 261 adet soruşturma evrakını 3 aydan 2 yıl 1 aya varan sürelerde, sanık Mehmet Ç.’in ise 155 adet soruşturma evrakını 1 yıl 10 aya varan sürelerde, 44 adet infaz evrakını 3 aydan 1 yıl 9 ay 15 güne varan sürelerde işlemsiz bıraktığı, infaz evrakının 38 adedinin savcılık kaleminde herhangi bir işlem yapılmadan bekletilmesine ve 7 adedinin ise zamanasına uğramasına neden olduğu hususları tartışmasıdır. Cumhuriyet Savcısı olarak sanıklar, işbölümü gereği kendisine düşen soruşturma ve ilam evrakının akubetini takip etmek, gereğini yapmak, olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmak ve bu işlemler sırasında kalem personelinin denetlemekle görevli ve yükümlüdür. Ancak, sanıkların görev yaptıkları Erdemli İlçesinin deniz kenarında ve turizm açısından hareketli bir yer olması nedeniyle özellikle yaz aylarında oldukça artan iş yükü, yeterli sayıda kalem personelinin bulunmaması ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza mevzuatının uygulanmasında yaşanan zorluklar ile uyum süreci göz önüne alındığında, soruşturma ve ilam evrakının bir kısmının işlemsiz bırakılması, bir kısmının ise zamanasına uğramasında 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun manevi unsuru oluşmamıştır”. YCGK, 17.3.2009-4-267/59, www.kazanci.com; “Görevi kötüye kullanma ve görevi savsama suçları genel kastla işlenen suçlardan olup, suç konu eylemlerin bilerek yapılması, sonucunun da sanık tarafından istenmesi gerekmektedir. Sanık C.Savcısı H.Ü.’in olayda görevi kötüye kullanma ve görevi savsama kastıyla hareket etmediği anlaşılmaktadır. /Bu nedenle sanığın olayda suç kastının bulunmadığı sonucuna varılmış, infaz işlemlerine katılan diğer görevliler gibi insani yanlığı ile yanlış uygulama yaptığı anlaşılmıştır”. YCGK, 7.2.2006-4-163/14, www.kazanci.com

37 “Denizli Barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılanın alacaklısı olduğu bonoyu icraya koymayarak, lehe sonuçlanan mahkeme kararını ise geç icraya koyarak katılanın mağduriyetine neden olmak biçiminde gerçekleştiği kabul edilen eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanunun 257/1. maddesi ile hüküm kurulması, Suçun hukuki anlamda tek fiille işlendiği gözetilmeden TCK’nın 43. maddesi uygulanarak fazla ceza tayini..”, Y5CD, 8.6.2015 – 9745/12157, www.lexpera.com.tr

38 “Avukat olan sanığın üstlendiği davayı takip etmemek suretiyle, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstererek katılanın mağduriyetine neden olmak biçiminde gerçekleştiği kabul edilen eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanunun 257/1. maddesine göre hüküm kurulması..”, Y5CD, 29.9.2015-10821/14576, www.lexpera.com.tr

mahkeme tarafından 20 günlük kesin süre verildiği halde *süresinde cevaba cevap dilekçesi ve delil listesi sunmaması ...*³⁹; “Suç tarihinde Belediye Başkanı ve Belediye Hesap İşleri Müdürü olarak görev yapan sanıkların, Belediye Encümeninin ruhsatsız yapının yıkımına ve idari para cezası verilmesine ilişkin kararlarının gereğini yerine getirmemeleri...”⁴⁰; “Birlik başkanı olan sanığın, Bölge İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına yönelik kararını yerine getirmemesi ...”⁴¹; “Bursa barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılan tarafından tahsil için verilen senedi icraya koymaması ve geri istendiği halde iade etmemesi...”⁴²; “İlçalar Belediye Başkanı olan sanığın, şahsi borcu nedeniyle maaşına haciz konulması için ilgili İcra Müdürlüğü tarafından gönderilen yazıya herhangi bir işlem yapmaması...”⁴³; “Sanığın, katılanın alacağı tahsili amacıyla hiçbir işlem yapmaması...”⁴⁴; “Sanıkların, kasasında yeterli para olmasına rağmen elektrik borcunu zamanında ödemeyerek köy tüzel kişiliğinin gecikme cezası ödemesine neden olması ...”⁴⁵, “Sanığın ... vekil tayin edilmesine rağmen dava açmaması ve masraf olarak katılandan aldığı 190 TL ile müştekiden aldığı 200 TL’yi iade etmemesi”, belediye başkanının belgeleri imzalamaması⁴⁶, kooperatif başkan ve yönetim kurulu üyelerinin kooperatife ait defter ve belgeleri tutmaması⁴⁷,

39 “Balıkesir Barosuna kayıtlı avukat olarak görev yapan sanığın, Manyas Asliye Hukuk Mahkemesinde görülen davada katılanı davacı vekili sıfatı ile temsil ettiği, 16/04/2009 tarihli duruşmada mahkeme tarafından 20 günlük kesin süre verildiği halde süresinde cevaba cevap dilekçesi ve delil listesi sunmayarak katılanın mağduriyetine sebep olması biçiminde gerçekleştiği kabul edilen eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Kanunun 257/1. maddesi ile hüküm kurulması”, Y5CD, 28.9.2015-10948/14511, www.lexpera.com.tr

40 “Suç tarihinde Belediye Başkanı ve Belediye Hesap İşleri Müdürü olarak görev yapan sanıkların, Belediye Encümeninin ruhsatsız yapının yıkımına ve idari para cezası verilmesine ilişkin kararlarının gereğini yerine getirmemek şeklindeki eylemlerinin TCK’nın 257/2. maddesi kapsamında ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu halde yanlışlı değerlendirme sonucu aynı Kanunun 257/1. maddesi ile hükümler kurulması...”, Y5CD, 15.10.2015-11694/15122, www.lexpera.com.tr

41 “Birlik başkanı olan sanığın, Bölge İdare Mahkemesinin yürütmenin durdurulmasına yönelik kararını yerine getirmeyerek katılanın mağduriyetine neden olması şeklinde gerçekleşen eyleminin, TCK’nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden aynı Yasanın 257/1. maddesi uyarınca hüküm kurulması”, Y5CD, 12.10.2015-12020/15007, www.lexpera.com.tr

42 “Bursa barosuna kayıtlı avukat olan sanığın, katılan tarafından tahsil için verilen senedi icraya koymamak ve geri istendiği halde iade etmemek biçiminde gerçekleştiği kabul edilen eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, aynı Kanunun 257/1. maddesine göre hüküm kurulması”, Y5CD, 20.10.2015-12284/15290, www.lexpera.com.tr

43 “İlçalar Belediye Başkanı olan sanığın, şahsi borcu nedeniyle maaşına haciz konulması için ilgili İcra Müdürlüğü tarafından gönderilen yazıya herhangi bir işlem yapmamak suretiyle dosyanın alacaklısının mağduriyetine neden olmak biçimindeki eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlışlı hukuki değerlendirme ile 257/1. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi”, Y5CD, 18.11.2015-13658/16404, www.lexpera.com.tr

44 “Sanığın, katılanın alacağı tahsili amacıyla hiçbir işlem yapmamak biçimindeki eyleminin TCK’nın 257/2. maddesi uyarınca ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanlışlı hukuki değerlendirme ile aynı Kanunun 257/1. maddesi uyarınca ceza tayin edilmesi...”, Y5CD, 10.12.2015-14351/17256, www.lexpera.com.tr

45 “Sanıkların, kasasında yeterli para olmasına rağmen elektrik borcunu zamanında ödemeyerek köy tüzel kişiliğinin gecikme cezası ödemesine neden olması şeklinde gerçekleştiği kabul edilen eylemlerinin ihmalî davranışla görevi kötüye kullanma suçunu düzenleyen TCK’nın 257/2. maddesine uyduğu gözetilmeden yazılı şekilde aynı Kanunun 257/1. maddesinin uygulanması”, Y5CD, 23.6.2016-6082/6695, www.lexpera.com.tr , www.kazanci.com

46 Y5CD, 25.4.2018-10762/3115, www.kazanci.com

47 “Kooperatif başkan ve yönetim kurulu üyesi olan sanıkların kooperatifin 2006, 2007 ve 2008 yıllarına ait defter ve belgelerini tutmayarak görevlerini ihmal ettiklerinin iddia edildiği olayda, mahkemece sanıklar hakkında aynı

yeni doğan bebeğin takibi sırasında gözlem kağıdına ateş, nabız, solunum vb. vital bulguları içerir parametreleri tespit edip kayıt etmemeleri⁴⁸.

Belirtelim ki, kamu görevi yerine getiren hekimlerin, tıp mesleğini bu mesleğin gerektirdiği şekilde ve zamanında yerine getirmeleri onların kamusal görevlerinin de gereğidir. Bu görevin gerektiği gibi ve zamanında yerine getirilmemesi de *görevin gereklerini yerine getirmeme* teşkil etmektedir. Uygulamada hekimlerin; tıbbi müdahaleyi gerektiğinden farklı yapmaları (icra), zamanında yapmamaları veya geç yapmaları (ihmal) halinde ölümler meydana gelebilmekte ve görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257) ile taksirle ölüme (TCK m.85) veya taksirle yaralama (TCK m.89) suçlarına ilişkin normlar yarışmaktadır. Görevin gerektiğinden farklı yapma veya zamanında yapmama veya geç yapma ile ölüm ve yaralanma arasında illiyet bağı kurulduğunda görevi kötüye kullanmaya ilişkin hükmün tali hüküm olması nedeniyle bu hükmün uygulanması geriye çekilmekte ve hekim taksirle öldürme veya yaralamadan sorumlu tutulmakta; eğer görevin gereklerini gerektiğinden farklı yapma veya yapmama ya da geç yapma ile meydana gelen ölüm veya yaralanma arasında illiyet bağı yok ise diğer koşulları da gerçekleştirmede görevi kötüye kullanmadan sorumluluk doğacağı kabul edilmektedir^{49 50}. Yani

eylemden Silifke Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/91 Esas sayılı dosyasında yargılama yapılarak hüküm kurulması nedeniyle kamu davasının reddine karar verildiğinin ancak anılan kararda sanıkların 2003 ve 2004 yıllarına ait defter ve belgeleri tutmamak nedeniyle mahkum olduklarının anlaşılması karşısında, Silifke Ağır Ceza Mahkemesinin 2009/91 Esas sayılı dosyasının aslı ya da onaylı örneğinin getirilerek incelenmesinden sonra suç ve iddianame tarihlerine göre eylemler arasında hukuki kesinti oluşup oluşmadığının ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına saptanması, hukuki kesintinin gerçekleşmesi halinde ise ayrı ceza verilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ile kamu davasının reddine karar verilmesi”, Y5CD, 24.4.2018-2572/3021, www.lexpera.com.tr, www.kazanci.com

48 Y12CD, 27.2.2018-9921/2180, www.kazanci.com

49 “...trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İ. ile hemşire H.’nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölede gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapma ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğu belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsamarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile *ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak*, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi *ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak*; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da *taksirle ölüme neden olmak* suçunu oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması, ...”, Y4CD, 11.2.2004-1064/2055, www.kazanci.com

50 “14/12/2007 tarihinde saat 11:00 sıralarında ölen ...nın bisikleti ile giderken yola düştüğü ve yaralandığı, sonrasında sanığın acil serviste doktor olarak görev yaptığı Mersin Toros Devlet Hastanesine kaldırıldığı, burada sanığın ...hakkında “Hayati tehlikesi mevcut değildir” şeklinde rapor düzenlediği, ...nın hastanede 15 gün yattıktan sonra vefat ettiği ve ölümünün düşmeye bağlı kafa travması sonucu gerçekleştiğinin anlaşıldığı somut olayda; 22.06.2010 tarihli duruşmada mahkemece kusur tespiti yönünden rapor alınmasına karar verildiği halde, ara kararın gereğinin yerine getirilmediği anlaşılmalı, mahkemece sanığın görevinin gereklerine aykırı hareket ederek adli rapor düzenleyip hastanın tedavisinin yanlış yönlendirilmesine neden olup olmadığına ilişkin gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi, sanığın olay nedeniyle tıbbi açıdan kusurlu bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin olarak sanığın iddia olunan *taksirli eylemi ile ölüm neticesi arasında*

hekimlerin görevlerini kötüye kullanma suçu ile taksirli suçlar yarışmaktadır. Belirtelim ki, görevi kötüye kullanma suçundaki ihmal yani görevi yapmama ile geç yapma mesleki özensizlik ile yapılan geç yapma olmayıp bilerek ve isteyerek yapılan yapmama ve geç yapmadır. Çünkü görevi kötüye kullanmanın hem icrai şekli hem de ihmali şekli kasten işlenebilen suçlardandır. İcrai şekilde işlenen görevi kötüye kullanma suçunda yani mesleki yanlış uygulama yapılması halinde hareket iradi olup netice öngörülemediğinden icrai görevi kötüye kullanma taksirle öldürme (TCK m.85) veya taksirle yaralama (TCK m.89) suçları ile yarışmaktadır. Buna karşılık ihmali görevi kötüye kullanmada, görevde ihmal veya gecikmenin özensizlikle yani bilerek ve isteyerek (iradi olarak) yerine getirilmemesi diğer bir söyleyişle hekimin mesleki bilgisizliği nedeniyle ihmalinin farkında olmadığı ve tıp literatürüne uygun davrandığını düşündüğü halde, taksirin hareketin iradi olması koşulu gerçekleşmemektedir. Bu halde fiil de fiilin neticesi de öngörü dışındadır. Taksir kavramının, uygulamada tartışmasız bir şekilde kabul gören bu taksir şeklini kapsayacak şekilde yeniden tanımlanması gerekmektedir⁵¹. Ayrıca görevi kötüye kullanma suçunun kasten işlenebilen bir suç olması nedeniyle ihmalin ve gecikmenin kasti yani bilerek ve istenerek gerçekleştirilmiş olması gerektiğini hatırlatmak isteriz. Kanımızca, kasti ihmalle işlenebilen görevi kötüye kullanma suçu, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.83) veya kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m.85) suçları ile yarışabilir.

illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması için İstanbul Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan, Yüksek Sağlık Şurasından ya da üniversitelerin ilgili bölümünden rapor alınarak, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri yerine, yazılı şekilde eksik inceleme ve hatalı değerlendirme sonucu beraat kararı verilmesi, ..., Y12CD, 8.3.2018-4264/2669, www.lexpera.com.tr; “Sanığın olay tarihinde Antalya Atatürk Devlet Hastanesinin acil servisinde pratisyen hekim olarak görev yaptığı, 22.01.2012 tarihinde gündüz 12.00’de, 2 yaşındaki hasta ...nın yüksek ateş ve öksürük şikayeti ile ailesinin hastanenin acil servisine başvurduğu, hasta anemnezinde, hastanın yaklaşık 1 haftadır öksürük şikayeti olduğu, 18.01.2012 tarihinde Kepez Toplum Sağlığı Merkezine götürüldüğü, akut bronşit, konjunktivit tanıları ile hastaya “ventolin nebul, pulmikort nebul, assist, tobsin damla, fuloftalmik damla, klacid 125 mg. Şurup” reçete edildiği, acil servise hastanın 39.9 derece ateş ile geldiği, sanık doktor tarafından müşahadeye alındığı, ateşinin 37.2’ye düşürüldüğü ve mevcut daha önceden verilen ilaçların yanına ateş düşürücü ibufen adlı ilacın da verilerek, hastanın evine gönderildiği, aynı günün gecesi 23.01.2012 de saat 03.55 de hastanın özel akdeniz şifa hastanesine eks olarak getirildiği, otopsi raporunda çocuğun ölümünün akciğer enfeksiyonu-bronkopnömoni sonucu gelişen komplikasyonlar olduğunun tespit edildiği, olay nedeniyle düzenlenen Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu’nun 26.02.2014 tarihli raporunda “... hastanın 22.01.2012 tarihinden 4 gün önce antibiyotik tedavisi almasına rağmen ateşinin yüksek seyretmesi ve şikayetlerinin devam etmesi nedeniyle bu tarihte hastayı muayene eden doktor ...’un çocuk hastalıkları uzmanından konsültasyon istemesi gerektiği, istemediği için kusurlu olduğu, ancak çocuğun ölümüne neden olan hastalığın hastaneden taburcu edilmesi ile ölümü arasında geçen süre ve 4 gün önce antibiyotik kullandığı da dikkate alındığında; zamanında çocuk hastalıkları konsültasyonu istenerek uygun tedavi başlanılması durumunda da hastanın kurtulmasının kesin olmadığı...” belirtilmesi karşısında, sanığın eylemi ile netice arasında illiyet bağının kesin bir şekilde kurulmadığı, bu nedenle sanığın taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulamayacağı, ancak bahsedilen raporlar ve tüm dosya kapsamından sanığın üzerine düşen görevleri yerine getirmediği ve eyleminin TCK’nın 257/2. maddesindeki görevi ihmal suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin, yazılı şekilde taksirle öldürme suçundan mahkumiyetine karar verilmesi, ...”, Y12CD, 10.1.2017-15359/147, www.lexpera.com.tr

51 Taksirin fiilin/davranışın iradi olmasına ilişkin eleştiri ve tespitler için bkz. H.Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2016, 283.

4. Görevin Gereklere Aykırı İcra Veya İhmalin, Kişilerin Mağduriyetini Sonuçlamış Veya Kamunun Ekonomik Bakımdan Zararına Neden Olmuş Ya Da Kişilere Haksız Bir Yarar Sağlamış Olması

765 Sayılı Türk Ceza Yasası döneminde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için görevin kötüye kullanılması teşkil eden hareketin yapılması veya hareketsiz kalınması ile suç tamamlanmakta ve suç sırf hareket suçu veya soyut tehlike suçu olarak nitelendirilmekteydi. Bu şekildeki düzenleme kamu görevinin gereklere aykırı olan her fiilin ceza yaptırımını ile karşılanması sonucunu doğurmaktaydı.

Belirtelim ki, idarenin mevzuata aykırı eylem ve işlemlerine karşı, idare hukuku kapsamında birçok denetim yolu öngörülmüştür. Tam yargı davası açılması, ilgili kamu görevlisi hakkında disiplin soruşturması yapılması gibi. Bu nedenle kamu görevlisinin mevzuata her aykırı işlemi veya eylemi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturmaz. Oluşturmamalıdır da. Aksi bir tutum ceza hukukun son çare olması ilkesi ile de bağdaşmaz. Bir aykırılık yani ihlal, ancak fiili yola dönüştüğünde kamu görevlisinin cezai sorumluluğuna gidilebilmelidir. Kamu görevlisinin her türlü usule aykırılıkta cezai sorumluluğunun doğacağını kabul etmek kamu hizmetini görülemez hale getirebilir ve sürekliliğini aksatabilir. Ceza hukuku kapsamında değerlendirilebilecek fiili yol uygulamasının unsurları öğretide şu şekilde ortaya koyulmuştur:

“Fiili yolun varlığı için idarenin hareketinin hukuka aykırılığı tek başına yeterli değildir. Hukuka aykırılık açık ve *“derhal görünebilecek”* ve eylemin niteliğini değiştirecek *derecede ağır bir hukuka aykırılık* olmalıdır. Açıkça hukuka aykırı bir kararın uygulanması fiili yola neden olduğu gibi, hukuka uygun olsun ya da olmasın bir idari kararın açıkça hukuka aykırı bir şekilde uygulanması da usule ilişkin bir fiili yol oluşturabilir. Uygulamada da fiili yol, acil durumlar ve yasanın açık izinler dışında, genellikle, idarenin zor kullanırken uyması gereken usullere uymamasından kaynaklanan usul hataları şeklinde belirir. Bu durumda idari eylem, önlem ve hareketlerdeki basit hukuka aykırılıklar ve usulsüzlükler fiili yol oluşturmayacaktır. Ağır bir tecavüz derecesine varmayan usulsüz fiiller ise idari olma niteliklerini koruduklarından idari yargı kapsamında kalırlar. İdarenin bir kararı bulunmakla birlikte, eyleme esas olan bu karar sakat bir işlem ise idarilik niteliği kaybolmayacağından idari işlemin olağan denetim rejimine tabi olarak işlem unsurları bakımından denetlenir. Bu durumda, işlemin unsurları üzerinden denetim yapılabilir ve eylemden kaynaklanan sorumluluk yine idari yargıda belirlenir”. ... “Fransız idare hukukundaki mevcut durum ile bu hususu açıklamanın yararlı olacağını düşünüyoruz. Fiili yol problemi Fransız İdare Hukukunun çözümü en müşkül konularındandır. Fransız Ceza Hukukundaki içeriğinden biraz farklı olarak, fiili yol İdarenin, idari sayılamayacak tarzda *“çirkin ve ağır”* bir muameleye girişmesi olarak ifade edilir. Ancak bu tarz muamelenin fiili yola neden olabilmesi için yalnızca ağır bir hukuka aykırılık yeterli olmamakta, aşağıda inceleneceği gibi, idarenin elinden çıkan ihlalin kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı ya da mülkiyet hakkı gibi temel hakları ihlal etmesi gerekmektedir”⁵².

52 Okuma Parçası: Y.Öğürlü, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetim”, Yıldırım, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2008, 35-36.

Sonuç olarak idari bir işlem ya da eylemin idare hukukunun dışına çıkartılıp ceza hukuku alanında değerlendirmeye alınabilmesi için ihlalin, çirkin ve ağır bir hukuka aykırılık oluşturması ve bu ihlal nedeniyle kişi güvenliği, konut dokunulmazlığı ve mülkiyet gibi temel bir hakkın zarar görmüş olması gerekir.

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası döneminde yasa koyucu yukarıdaki teorik yaklaşımlara uygun bir düzenleme yapmış ve suç tanımına cezalandırma alanını daraltmaya yönelik unsurlar eklemiştir. TCK m.257'nin gerekçesinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Kamu görevinin gereklerine aykırı olan her fiili cezai yaptırım altına almak, suç ve ceza siyasetinin esaslarıyla bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın (veya ihmalin) kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olması ya da kişilere haksız bir yarar sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir*”⁵³.

Görevi kötüye kullanma fiillerinin ister icrai olsun ister ihmali olsun cezalandırılabilmesi, bu fiillerin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması ya da bu fiillerle kişilere haksız bir yarar sağlanmış olması koşuluna bağlanmıştır. Fiile bağlı olarak ortaya çıkması aranan ve gerekçeye göre failin cezalandırılacak görevi kötüye kullanma fiillerine işaret eden bu hallerin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır. Belirtelim ki niteleme, kastın kapsamı, suçun tamamlanma anı, teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği, zamanaşımının başlangıcı ve hüküm türünün belirlenmesinde farklı sonuçlara varmayı gerektirdiğinden önem taşımaktadır⁵⁴. Sonuç olarak nasıl nitelenirse nitelensin bu koşulun gerçekleşmemesi halinde fail cezalandırılmayacaktır.

5237 Sayılı Türk Ceza Yasası'nda görevi kötüye kullanma suçunun icra ile ve ihmalle gerçekleşen her iki hali de bir görüşe göre neticeli bir suç, zarar suçu olarak⁵⁵ diğer görüşe göre ise objektif cezalandırılabilme koşulunu içeren bir suç olarak düzenlenmiştir⁵⁶. Suç devlet idaresi aleyhine işlenen bir suçtur. İcra veya ihmalin, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış veya kamunun ekonomik bakımdan zararına neden olmuş ya da kişilere haksız bir yarar sağlamış olması suçla korunan hukuki menfaatin koruma alanı dışında kalan hususlardır ve suçun yapısına dahil değillerdir.

53 TCK m.257-Gerekçe.

54 Söz konusu hususların hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ve farklı yaklaşımların ceza hukuku kurumlarının uygulanmasına etkisi hakkında bkz. E.Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar, İstanbul 2017, 294-308.

55 E.Artuk/A.Gökçen/A.C.Yenidünya, TCK Şerhi, Özel Hükümler m.235-345, 5. Cilt, Ankara 2009, 5024; Durmuş/Tezcan/Önok bu unsuru netice olarak değerlendirmiştir. Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (2017), 1046, 1058. Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2018), 429.

56 Bkz. M.Koca/İ.Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, 306-307; Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 416. Objektif cezalandırılabilme şartları, failin kişiliği ile ilgili olmayan, suçun unsurları dışında kalan ve kanun koyucunun failin cezalandırılabilmesi için ceza siyaseti bakımından gerçekleşmesini aradığı ek koşullardır. İşlenen fiil suç olma özelliğini taşımasına rağmen bu koşulun gerçekleşmediği hallerde failin cezalandırılması söz konusu olmaz. Objektif nitelikteki cezalandırılabilme şartları, gerçekleşmediklerinde cezasızlık nedeni olduklarından cezalandırılabilirliğin alanını daraltıcı bir fonksiyona sahiptirler. Objektif cezalandırılabilme şartının gerçekleşmediği halde suç tamamlanmış olmasına rağmen fail cezalandırılmaz.

Söz konusu unsuru netice olarak değerlendiren görüşe göre, görevinin gereklerine aykırı hareket etmek veya gereklerini yapmayarak ihmal veya gecikme göstermek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi cezalandırılır (TCK m.257/1-2). Bu suçta netice bir kişinin mağdur olması veya kamunun zarara uğraması veya kişilerin haksız menfaat sağlamasıdır. Failin hareketi veya hareketsizliği sonucunda bu neticelerden birisinin meydana gelmesi ile suçun maddi unsurları tamamlanır. Suçun manevi unsurunun gerçekleşmiş sayılabilmesi için kastın, hareketi ve neticeyi birlikte kapsamaması gerekir (TCK m.21/2, cüm.2)⁵⁷. Neticenin gerçekleşmemesi halinde fail teşebbüs hükümleri çerçevesinde cezalandırılır. Zamanaşımı suçun tamamlandığı günden itibaren yani neticenin meydana geldiği günden itibaren işlemeye başlar⁵⁸. Bu unsur gerçekleştiğinde kamu davası mahkûmiyet kararıyla, bu unsur gerçekleşmediğinde ise beraat kararı ile sonuçlandırılır (CMK m.223/2-c, m.223/5).

57 “Failin saiki veya maksadı farklı olsa dahi, görevinin gereklerine aykırı davranışının maddede belirtilen *neticelerden birine yol açacağını bilerek hareket etmiş olursa*, suçun manevi unsuru diğer bir deyişle *genel kastı* gerçekleşmiş olacaktır.”, YCGK, 26.9.2017-16-956/370, www.kazanci.com; Belirtelim ki Yargıtay’ın bu unsuru objektif cezalandırılabilme koşulu sayan kararları da bulunmaktadır. Aşağıdaki kararlara bakınız.

58 Yargıtay’ın da aynı yönde kararları bulunmaktadır. Y4CD, 30.3.2006-38/10, Y5CD, 21.3.2018-10544/2062, www.kazanci.com; “Sanığın usulsüz işlemlerden dolayı görevini kötüye kullandığı iddia edilen olayda; eylem neticesinde objektif cezalandırma şartı olan kişi mağduriyeti, kamu zararı ve kişilere haksız menfaat sağlanması unsurlarının oluşup oluşmadığı varsa ne şekilde oluştuğu denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle tartışılması ve neticesine göre hukuki durumlarının tayin ve takdir edilmesi gerektiği gözetilmeden eksik inceleme ve yetersiz gerekçelerle yazılı şekilde mahkûmiyet hükümleri kurulması, ..”, Y20CD, 27.2.2018-13557/1149, www.kazanci.com; Belirtelim ki Yargıtay Ceza Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında bu unsurları netice olarak kabul edip kastın bu unsurları da kapsamaması gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. “... 5237 sayılı TCY.nın 257/1. maddesindeki suçun oluşabilmesi için; kamu görevlisinin görevin gereklerine aykırı davranış yanında, görevin gereklerine aykırı hareket ettiğini ve fiil neticesinde bir kişinin mağduriyetine ya da kamunun zararına neden olacağını veya kişilere haksız kazanç sağlamış olacağını bilerek ve isteyerek hareket etmesi de şarttır. Suçun manevi unsurunu bu şekilde belirtilen kast oluşturmaktadır. /Somut olay açısından değerlendirme yapıldığında; kazanç kaygısı gütmeyen daha önceki müfettiş tavsiyelerine uygun hareket etmek gayretiyle hareket ettiğinde kuşku bulunmayan ve suç tarihi itibarıyla 8-9 yıllık Cumhuriyet savcısı olan sanığın her olayın kendi özelliklerini değerlendirmek suretiyle, delillerin kaybolmasından korkulan veya zamanaşımının belirlenmesi açısından suç vasfının tespit edilmesinde zorluk çekilen durumlarda keşif yapılması gerektiğini, buna karşılık olay tutanağının daha açık olduğu veya suç vasfı ile zamanaşımını diğer delillerle tespit edebilme olanağının bulunduğu durumlarda ise keşfe gerek bulunmadığını bilmesi gerektiği halde; istisnasız olarak tüm faili meçhul hırsızlık olaylarında keşfe gitmesi ve hatta bazı dosyalarda önceden daimi arama kararı verip, daha sonra keşif yapması ya da keşif yaptığı bazı dosyaların diğer Cumhuriyet savcılarına ait olması veya bazı dosyalarda keşif yapılmasından itibaren uzun bir zaman geçmesine rağmen daimi arama kararı verilmemiş olması disiplin işlemine konu edilebilecek nitelikte davranışlar olarak değerlendirilebilirse de, sırf bu nedenlerle sanığın görevinin gereklerine aykırı davranışının söylenemeyeceği gibi, suç işleme kastının da bulunmadığı anlaşıldığından 5237 sayılı Yasanın 257/1. maddesindeki görevi kötüye kullanma suçunun maddi ve manevi unsurlarının oluşmadığı kabul edilmelidir.”, YCGK, 18.3.2008-4.MD-89/54, www.kazanci.com; “Haksız menfaat; kişilere hukuka aykırı olarak ve hak etmediği şekilde yarar sağlanmasıdır. Menfaat terimi ayrıca hem maddi ve ekonomik çıkarı hem de manevi yararı içine alacak biçimde anlaşılmalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 04.11.2014 gün ve 227-446 ve 01.12.2015 gün ve 547-426 sayılı kararında da aynı husus vurgulanmıştır. /Failin saiki veya maksadı farklı olsa dahi, görevinin gereklerine aykırı davranışının maddede belirtilen neticelerden birine yol açacağını bilerek hareket etmiş olursa, suçun manevi unsuru diğer bir deyişle genel kastı gerçekleşmiş olacaktır.”, YCGK, 26.9.2017-16-956/370, www.kazanci.com; Belirtelim ki, aynı karar içinde menfaat unsurunun hem objektif cezalandırılabilme koşulu olarak kabul edilmesi hem de bu koşulun bilinmesinin aranması doğru olmamıştır. Menfaat koşulu ya netice olarak kabul edilmeli ve bu koşulun bilinmesi ve istenmesi aranmalı ya da objektif cezalandırılabilme koşulu olduğu kabul edilerek kastın ne bilme ne de isteme unsurunun bu koşulu kapsamaması aranmalıdır.

Söz konusu unsuru objektif cezalandırılabilme koşulu olarak değerlendiren görüşe göre ise kişinin görevinin gereklerine aykırı hareket etmesiyle veya görevinin gereğini yerine getirmemesiyle ya da geç yerine getirmesiyle suç tamamlanır. Ancak suçun tamamlanmış olması, failin cezalandırılması için yeterli değildir. Haksızlık bu haliyle cezaya layık değildir. Ayrıca bu hareketin veya ihmalin kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olması gerekir. Kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı ya da haksız menfaat, objektif cezalandırılabilme koşuludur. Cezalandırılabilme koşuluna bağlanan suçlarda, kastın bu unsuru kapsamaması gerekmez. Ayrıca bu koşul gerçekleşmemişse kural olarak failin teşebbüs hükümlerinden dolayı cezalandırılması da mümkün değildir. Zamanaşımı hareketin tamamlandığı günden itibaren işlemeye başlar. Objektif cezalandırılabilme koşulunun gerçekleştiği anın zamanaşımı bakımından bir önemi bulunmamaktadır⁵⁹. Ayrıca suçun gerçekleşmiş olmasına rağmen cezalandırılabilme koşulu gerçekleşmediği takdirde; kamu davası, ceza verilmesine yer olmadığı kararı ile sonuçlandırılır (CMK m.223/4).

Kişilerin mağduriyetine neden olma: Mağduriyetine neden olunan kişi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir⁶⁰. “Görevin gereklerine aykırı davranışın, kişinin mağduriyetine neden olması gerekir. Bu mağduriyet, sadece ekonomik bakımdan uğranılan zararı ifade etmez. Mağduriyet kavramı, zarar kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Kişinin mağduriyeti kavramı, bireyin sadece mal varlığına ilişkin hakların ihlalinin değil, aynı zamanda siyasi ve sosyal haklarına, medeni haklarına ilişkin ihlalleri de kapsar⁶¹. Örneğin kişi, tabii tutulduğu sınavda başarılı olmasına rağmen, başarısız gösterilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel, sahibine duyulan husumet dolayısıyla, plan tekniğine aykırı olarak, yeşil alan olarak gösterilmiş olabilir. Kişinin, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşıdığı hâlde, yararlanması engellenmiş olabilir. Kişinin, belli bir sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşıdığı hâlde, bu faaliyeti engellenmiş olabilir⁶². Kişinin dava açmak zorunda bırakılmış olması dahi kişisel mağduriyet oluşturur⁶³. Kişinin mağduriyetinin sonradan giderilmiş olması cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında göz önünde tutulabilir (TCK m.61).

“Haklı olan işin görülmesinden sonra kişilerden yarar sağlanması da, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur. Çünkü bu yarar, kamu görevlisi sıfatını taşıması ve işi görmüş olması dolayısıyla kişiye sağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, kişiler hakkının teslim edilmesi konusunda en azından bir kaygıyla hareket etmektedirler. Kamu görevlisine yarar sağlanması görünüşte rızaya

59 Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 603.

60 Tezcan/Erdem/Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (2017), 1047.

61 “Kişilere haksız kazanç sağlanmasını da içine alan kişilere haksız menfaat sağlanması da kişilere hukuka aykırı olarak maddi ya da manevi yarar sağlanmasıdır”. YCGK, 26.2.2013-4-425/67, www.kazanci.com

62 TCK m.257-Gerekeç.

63 “...Büyükşehir Belediye Başkanlığınca bahsi geçen taş ocağına iş yeri açma ve çalıştırma ruhsatı verildiği, katılanın iptal davası açması neticesinde 2. İdare Mahkemesi'nin ... sayılı ilamı ile idari işlemin iptal edildiği, sanıkların bu şekilde mevzuata aykırı olarak haksız şekilde iş yeri açma ve çalışma ruhsatı verilmesine yine katılanı da idari işlemin iptali için dava açmaya mecbur bırakmak suretiyle mağduriyetine neden oldukları ve icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunun tüm unsurlarıyla oluştuğu”, Y5CD, 4.12.2017-11586/5207, www.kazanci.com

dayalı olsa bile; kamusal görevlerin eşitlik ve liyakat esasına göre yürütüldüğü hususunda taşınan kaygı dolayısıyla, burada da bir mağduriyetin varlığını kabul etmek gerekir”⁶⁴.

Kamunun zararına neden olma: “Görevin gereklerine aykırı davranış dolayısıyla, kamu açısından bir zarar meydana gelmiş olabilir. Örneğin orman alanında veya kamu arazisinin işgaliyle yapılan işyeri veya konutlara elektrik, su, gaz, telefon ve yol gibi alt yapı hizmetleri götürülmekle, görevin gereklerine aykırı davranılmış olabilir”⁶⁵. Kamu zararı ile maddi, ekonomik zararlar kastedilmektedir⁶⁶. Suçla kamu idaresine duyulan güvenin sarsılmış olması gibi manevi zararlar kamu zararı olarak kabul edilemez⁶⁷ ⁶⁸. Kamu zararının sonradan giderilmiş olması cezanın bireyselleştirilmesi aşamasında göz önünde tutulabilir (TCK m.61).

*Kişilere haksız menfaat*⁶⁹ *sağlama:* “Görevin gereklerine aykırı davranmak suretiyle kişilere haksız bir menfaat sağlanmış olabilir⁷⁰. Örneğin kişi, kamusal bir finans kaynağından yararlanması için gerekli şartları taşımadığı hâlde, yararlandırılmış olabilir. Kişiye, belli bir

64 TCK m.257-Gerekçe.

65 TCK m.257-Gerekçe.

66 “Bu nedenle, görevin gereklerine aykırı davranışın belli koşulları taşıması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçunun oluşturabileceği kabul edilmiştir. Buna göre, kamu görevinin gereklerine aykırı davranışın, kişilerin mağduriyetini sonuçlamış olması veya *kamunun ekonomik bakımından zararına neden olması* ya da kişilere haksız bir kazanç sağlamış olması hâlinde, görevi kötüye kullanma suçu oluşabilecektir” şeklinde belirtilmiştir. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 4.11.2014 tarih ve 277-476 Sayılı ilamında da, 5237 Sayılı Kanun’un 257. maddesinde düzenlenen suçun, bir “zarar suçu” olduğuna vurgu yapılmıştır”. YCGK, 16.5.2017-12-271/278, www.kazanci.com; Y5CD, 4.12.2017-11586/5207, www.kazanci.com

67 Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2018), 430.

68 “Kamunun zarara uğraması hususuna gelince; madde gerekçesinde “ekonomik bir zarar olduğu” vurgulanan anılan kavramla ilgili olarak kanuni düzenleme içeren, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununun 71. maddesinde ise; mevzuata aykırı karar, işlem, eylem veya ihmal sonucunda kamu kaynağında artışa engel veya eksilmeye neden olunması şeklinde tanımlanan kamu zararı, her somut olayda hâkim tarafından, iş, mal veya hizmetin rayiç bedelinden daha yüksek bir fiyatla alınıp alınmadığı veya aynı şekilde yaptırılıp yaptırılmadığı, somut olayın kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu belirleme; uğranılan kamu zararının miktarının kesin bir biçimde saptanması anlamında olmayıp, miktarı saptanamasa dahi, işin veya hizmetin niteliği nazara alınarak, rayiç bedelden daha yüksek bir bedelle alım veya yapımın gerçekleştirildiğinin anlaşılması halinde de kamu zararının varlığı kabul edilmelidir. Ancak bu belirleme yapılırken, norma aykırı her davranışın, kamuya duyulan güveni sarstığı, dolayısıyla, kamu zararına yol açtığı veya zarara uğrama ihtimalini ortaya çıkardığı şeklindeki bir varsayım da hareket edilmemelidir”. YCGK, 26.2.2013-4-425/67, www.kazanci.com

69 “19.12.2010 tarihinde yürürlüğe giren 6086 sayılı Kanunun 1. maddesiyle TCK’nun 257. maddesinin birinci fıkrasındaki seçimlik *objektif cezalandırılabilme şartlarından* birini oluşturan “*kişilere haksız kazanç sağlayan*” ifadesindeki “*kazanç*” ibaresi “*menfaat*” olarak değiştirilmiştir. Bu hususta 6086 sayılı Kanunun genel gerekçesinde “*Türk Ceza Kanununun 257 nci maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan ‘kazanç’ ibaresi ‘menfaat’ olarak değiştirilmiştir. Bu suretle, görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu bakımından kişilere sağlanan sadece “ekonomik” bir kazanç olarak algılanmasının önüne geçilecek ve görevin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle kişilere ekonomik olarak ölçülemeyen bir menfaatin sağlanması halinde de, bu suç oluşacaktır.*” şeklinde açıklamalara yer verilmiştir. /Haksız menfaat; kişilere hukuka aykırı olarak ve hak etmediği şekilde yarar sağlanmasıdır. Menfaat terimi ayrıca hem maddi ve ekonomik çıkarı hem de manevi yararı içine alacak biçimde anlaşılmalıdır. Nitekim Ceza Genel Kurulunun 04.11.2014 gün ve 227-446 ve 01.12.2015 gün ve 547-426 sayılı kararında da aynı husus vurgulanmıştır.”, YCGK, 26.9.2017-16-956/370, www.kazanci.com

70 “Kamu görevlisinin yetkisini kötüye kullanarak verdiği izin, işlem, karar ile kişilere söz konusu haksız menfaati elde etmeye uygun imkan sağlaması da, görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için yeterlidir. Verilen söz konusu sakat izin, işlem, karar ile ilgili kişiye sonucu almaya yönelik olanak sağlanması ile haksız menfaat sağlanmış olacaktır.”, YCGK, 26.9.2017-16-956/370, www.kazanci.com

sınai veya ticari faaliyetle ilgili olarak gerekli izin koşullarını taşımadığı hâlde, bu faaliyetin icrasına yönelik olarak izin verilmiş olabilir. Bir imar planı uygulamasında, belli bir parsel üzerinde, plan tekniğine veya imar planına aykırı olarak yapılaşmaya imkân sağlanmış olabilir”⁷¹. Sağlanan menfaatin gerçek kişiye veya tüzel kişiye sağlanması arasında fark yoktur. Önemli olan haksız bir menfaatin sağlanmasıdır. Kişilere sağlanan menfaat, maddi olabileceği gibi bir öğretim üyesinin geçemeyecek bir sınav kağıdına geçer not vermesi gibi manevi de olabilir⁷².

Görevin gereklerine aykırı davranış ve ihmal ya da gecikme ile kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı ya da bir kişiye haksız sağlanan menfaat arasında illiyet bağı (nedensellik ilişkisi) bulunmalıdır. Özellikle tıbbi hata veya tıbbi ihmalin bulunduğu iddia edildiği hallerde gerek hatalı icranın gerekse ihmalin ve bunlarla kişisel mağduriyet arasındaki illiyet bağının tespiti için bilirkişiye başvurulması zorunludur. Nitekim Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir⁷³.

Somut olayda, görevin gereklerine aykırı davranış ve ihmal ya da gecikme ile hem kişilerin mağduriyetine hem kamunun zararına neden olunmuşsa ya da hem de bir kişiye haksız menfaat sağlanmışsa bu hususların birlikte gerçekleşmesi cezanın bireyselleştirilmesinde dikkate alınabilecektir (TCK m.61).

B. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Bağlayıcı hukuka uygun emri yerine getiren memur cezalandırılmaz. Amirin hukuka uygun emrini ifa memur açısından hukuka uygunluk nedeni teşkil eder (TCK m.24/3).

Uluslararası sözleşmeler de kanun değerinde olduğundan sözleşme hükümlerine uygun davranış da kanun hükmünü icra hukuka uygunluk nedeni teşkil etmektedir (TCK m.24/1)⁷⁴.

Görevi kötüye kullanma suçu kamu idaresine karşı işlenen suçlardan olduğundan kamu görevlisinin işlemine muhatap olan kişinin işleme rıza göstermesi hukuka uygunluk nedeni teşkil etmez (TCK m.26/2).

71 TCK m.257-Gerekçe.

72 Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2018), 433.

73 Tespit için bkz. Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2018), 424.

74 “... Sendika ve Toplu pazarlık haklarını kamu görevlilerini kapsayacak biçimde güvenceye alan uluslararası sözleşmelerin özellikle “istihdam koşullarının yöntemlerine ilişkin” 151 sayılı İLO Sözleşmesi’nin TBMM’nce onaylanarak Anayasa’nın 90. maddesi uyarınca iç hukukumuz yönünden bağlayıcılık kazanması karşısında, bu sözleşmelere uygun yasal düzenlemeler yapılmamasından doğan hukuksal boşluk ve kargaşa nedeniyle sendika ile imzalanan toplu iş sözleşmesi gereği memurlara yasada öngörülen fazla ödemede bulunmaktan ibaret eylemde hukuka uygunluk nedeninin bulunup bulunmadığı tartışılmadan, hükümlülük kararı verilmesi Yasaya aykırı ve sanık M.S. müdafininin temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden tebliğnamedeki onama düşüncesinin reddiyle hükmün (bozulmasına), yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine 22.9.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”, Y4CD, 22.9.1998 – 6954/8104, YKD XXV, 1 (Ocak 1999), 113.

C. MANEVİ UNSUR

Görevi kötüye kullanma/ihmal suçunun manevi unsuru kasttır⁷⁵. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir (TCK m.21). Suçun oluşabilmesi ve failin cezalandırılabilmesi için failin fiilini, fiilinden meydana gelen neticeyi bilerek ve isteyerek gerçekleştirmiş olması gerekir. Diğer bir söyleyişle suç tanımındaki fiilin (icra veya ihmalin), eğer suç neticeli suç olarak kabul edilirse ayrıca neticenin de iradi olması gerekir.

Söz konusu suçların fiil unsuru; görevi gereği gibi yapmamak, hiç yapmamak (ihmal) veya geç yapmaktır. Yapmama (ihmal) veya geç yapma ya da gereği gibi yapmama, dikkatsizlik ve özensizlik sonucu olabilir. Bu hallerde hareketin ve ihmalin iradi olduğundan söz edilemez. Bu suçlar, görevin yüklediği özen yükümlülüğüne aykırılıkla yani dikkatsizlik ve tedbirsizlikle işlenemez. Suçun taksirli hali öngörülmemiştir⁷⁶. Özellikle örneğin iş yoğunluğu nedeniyle ihmalin farkında dahi olunamadığı veya iş yoğunluğu nedeniyle hizmetin gereği gibi yapılamadığının dahi farkında olunamadığı hallerde, suçun manevi unsuru gerçekleşmez⁷⁷.

İhmal kastında, görev gereğince yapılması gerektiği bilinen bir şeyin yapılmaması veya geç yapılması söz konusudur. Failin sadece ihmalde ve geç yapmada bilinçli olması yeterli değildir. Fail, özellikle ihmalinin yerine görevi gereğince neyi yapması gerektiğini de bilmelidir.

Yukarıda da belirtildiği üzere görevi kötüye kullanma suçlarının taksirli hali öngörülmemiştir. Örneğin, bir kamu görevlisinin insani bir hata ile öngörülen usule aykırı işlem yaptığı veya iş yoğunluğu nedeniyle görevinin gereğini yapmayı unuttuğu halde cezai sorumluluğu olmayacaktır.

75 “Somut olayda sanık Aziz A.’ın 261 adet soruşturma evrakını 3 aydan 2 yıl 1 aya varan sürelerde, sanık Mehmet Ç.’in ise 155 adet soruşturma evrakını 1 yıl 10 aya varan sürelerde, 44 adet infaz evrakını 3 aydan 1 yıl 9 ay 15 güne varan sürelerde işlemsiz bıraktığı, infaz evrakının 38 adedinin savcılık kaleminde herhangi bir işlem yapılmadan bekletilmesine ve 7 adedinin ise zamanaşımına uğramasına neden olduğu hususları tartışmasıdır. Cumhuriyet Savcısı olarak sanıklar, işbölümü gereği kendisine düşen soruşturma ve ilam evrakının akıbetini takip etmek, gereğini yapmak, olanaklı olan en kısa sürede sonuçlandırmak ve bu işlemler sırasında kalem personelini denetlemekle görevli ve yükümlüdür. Ancak, sanıkların görev yaptıkları Erdemli İlçesinin deniz kenarında ve turizm açısından hareketli bir yer olması nedeniyle özellikle yaz aylarında oldukça artan iş yükü, yeterli sayıda kalem personelinin bulunmaması ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren yeni ceza mevzuatının uygulanmasında yaşanan zorluklar ile uyum süreci göz önüne alındığında, soruşturma ve ilam evrakının bir kısmının işlemsiz bırakılması, bir kısmının ise zamanaşımına uğramasında 5237 sayılı TCY’nın 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun manevi unsuru oluşmamıştır.” YCGK, 17.3.2009-4-267/59, www.kazanci.com; “Görevi kötüye kullanma ve görevi savsama suçları genel kastla işlenen suçlardan olup, suçta konu eylemlerin bilerek yapılması, sonucunun da sanık tarafından istenmesi gerekmektedir. Sanık C.Savcısı H.Ü.’in olayda görevi kötüye kullanma ve görevi savsama kastıyla hareket etmediği anlaşılmaktadır. /Bu nedenle sanığın olayda suç kastının bulunmadığı sonucuna varılmış, infaz işlemlerine katılan diğer görevliler gibi insani yanlılığı ile yanlış uygulama yaptığı anlaşılmıştır.” YCGK, 7.2.2006-4-163/14, www.kazanci.com

76 “... sahte olarak atıldığı iddia edilen imzalıdan adlarına ait olan sanıkların bilerek ve farkında olarak imzalamış olmaları halinde eylemlerinin kamu görevlisinin resmi belgede sahteciliği, gerekli özeni göstermeden imzalamış olmaları halinde ise görevi kötüye kullanma suçunu oluşturabileceğinden eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde karar verilmiş olması” bozmayı gerektirmiştir.” Y21CD, 12.12.2016-7961/7529, www.lexpera.com; Yargıtay’ın söz konusu kararı söz konusu suçun taksirle işlenebileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Kamu görevlisinin görevini özensizlikle yerine getirmesi taksiri ifade eder ve suçun taksirli hali öngörülmemiştir.

77 İhmali suçlarda manevi unsur hakkında bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 233.

Görevi kötüye kullanma suçunun tanımında, kamu görevlisinin görevini hukuka aykırı şekilde yerine getirirken veya görevinin gereğini ihmal ederken, belirli bir saikle hareket etmesi gerektiği belirtilmemiştir. Bu nedenle icrai ve ihmali şekilde gerçekleştirilen görevi kötüye kullanmaların, hangi saikle işlendiğinin bir önemi yoktur.

Görevi kötüye kullanma suçlarının, neticeli suç olarak kabul edilmesi halinde manevi unsurun gerçekleşmiş sayılabilmesi için failin hareketinden veya ihmalden veya geç yapmasından meydana gelecek olan neticeyi; yani kişilerin mağduriyetini veya kamunun ekonomik bakımdan zararını ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanacağını öngörmüş ve istemiş olması gerekir. Failin suç tanımındaki tipik neticeye ulaşmak için görevini gereği gibi yapmamış veya hiç yapmamış ya da geç yapmış olması gerekir.

Neticeye yönelik kastın somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediği, olayın özelliklerine, dış olgulara göre belirlenmektedir. Failin menfaat elde etme, kamuya zarar verme isteği ile hareket edip etmediği veya ihmalde bulunup bulunmadığı, hizmetin şikayetçisinin bulunup bulunmadığı, hizmetin verildiği bölgenin özellikleri, hizmeti vermekle görevli olan personel sayısı gibi kriterler esas alınarak belirlenebilir. Diğer bir söyleyişle bu kriterler, somut olayda failin suç tanımında gösterilen neticeye ulaşmak amacıyla hareket edip etmediğinin tespitinde yardımcı kriterler olabilir.

İcrai veya ihmali görevi kötüye kullanma suçlarının objektif cezalandırılabilme şartına bağlanmış şekli suçlar olduğu kabul edildiğinde, kastın yukarıda belirtilen unsurları kapsamaması gerekmez. Yani failin, görevin gereklerine aykırı davrandığını veya görevin gereklerini yerine getirmediğini ya da geç yerine getirdiğini bilmesi yeterlidir. Failin kişilerin mağduriyetini veya kamunun ekonomik bakımdan zararını ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanacağını öngörmüş ve istemiş olması aranmaz. Hâkim, bu hususun gerçekleşip gerçekleşmediğini objektif olarak değerlendirir; bu unsur ile fail arasındaki sübjektif bağı araştırır.

Kastın görevin gereklerini de kapsamaması gerekir. Diğer bir söyleyişle kamu görevlisinin, görevi tanımlayan mevzuat hükümlerini yani neyi nasıl yapması gerektiğini gösteren kuralları da bilmesi gerekir. Çünkü kural olarak “ceza kanunlarını” bilmemek mazeret teşkil etmez (TCK m.4). Bu anlatımın karşıt anlamından, Türk Ceza Yasası’nda yer verilen kavramları tanımlayan ve açıklayan diğer kanunları bilmemenin mazeret sayılacağı sonucu çıkmaktadır⁷⁸. Belirtelim ki, bu hallerde genellikle suçun maddi unsurlarına ilişkin bir hata söz konusu olur ve sorun, suçun kanuni tanımındaki yapısal unsurlarda hata kuralları ile çözümlenir (TCK m.30/1). Esaslı fiili hata olarak da adlandırılan bu hata hali, kastı ortadan kaldırır. Failin kastı olmadığı için fail hakkında kasıtlı suçtan beraat kararı verilir (CMK m.223/2-c). Suçun taksirli hali söz konusu olmadığından TCK m.30/1-cüm.2’nin uygulanması da söz konusu olmaz. Kamu görevlisinin mevzuatı takip etmesinin kendisinden beklenemeyeceği özel hallerde, failin iradi hareketinden söz edilemez.

78 Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016) 409-410.

Haksızlık yanılığı, normu bilmemekten veya bilinse bile yanlış yorumlamaktan kaynaklanabilir. Bu tür hukuki hata, fiilin haksızlık oluşturduğu yolundaki hatayı da beraberinde getirir. Öğretide hukuki hatadan kaynaklanan bu tür hataya, doğrudan doğruya haksızlık yanılığı da denmektedir⁷⁹. Bu tür hata halinde sorunun nasıl çözümleneceği TCK m.30/4'de gösterilmiştir. TCK m.30/4'e göre, işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz⁸⁰.

Kamu görevlisinden, mevzuatın belirlediği tarzda hizmeti yerine getirmesinin kendisinden beklenebilir olması gerekir. Hiç kimse, imkân ya da iktidarında olmayan hususlardan doğan sonuçlardan sorumlu tutulamaz⁸¹. Örneğin, görevin gereği gibi veya zamanında yapılmasını sağlayacak sayıda yeterli personelin bulunmaması gibi bir nedenle görevin gereği gibi yerine getirilmesinde imkân yoksa bu imkansızlığın sonucunun faile yüklenmemesi gerekir. Bu hallerde genellikle çatışan yükümlülüklerden söz edilebilir. Kamu görevlisinin çalışma saatleri içerisinde çatışan yükümlülüklerinden (görevlerinden) birini tercih edip diğerini tercih etmemesinden dolayı ihmal edilen yükümlülükten dolayı cezai sorumluluğuna gidilemez. Yükümlülüklerin çatışması, kanunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak ceza hukukunda yerini almıştır⁸².

VII. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

İcrai ve ihmali görevi kötüye kullanma suçunun, neticeli suç olarak kabul edilmesi halinde; failin icrai hareketinden veya ihmalden veya görevi gereği yapması gereken şeyi geç yapmasından

79 Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 409.

80 Bakanın, atanılacak yeri ve görevi yazılı olarak bildirmesi ve emri doğrultusunda hazırlık hareketlerinin icrasını istemesi karşısında, bu emrin, Anayasanın 137. maddesinin 1. fıkrasında zikri geçen ve üstün ısrarı halinde emri yerine getirenin sorumluluğunu gerektirmeyen türden mi olduğu yoksa aynı maddenin 2. fıkrasında tarif edilip konusu suç teşkil eden bir emir niteliğini mi taşıdığı konusunda iyiniyetli yorum farklılıkları oluşması olanaklı hale gelebilmiştir. Bakanlıkların birleştirilmesi ve bazı kadroların iptali ile yeni kadroların ihdas edilmesi hali hangi kadroların denk kadro olduğunun saptanmasında olağanüstü bir karmaşa yaratmış, emri uygulayan kişinin, verilen emrin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemesi de zorluk arzeder hale dönüşmüştür. Kişinin atanması sırasında bazı üst kadrolarda boşluk bulunmasının, denk göreve atamada açık bir kusur olarak değerlendirilmesi de isabetli değildir. Gözardı edilmemelidir ki; iki Bakanlığın birleştirilmesi olağandışı karmaşa doğurmuş, toplam 719 adetten ibaret geniş kadro 296 gibi dar bir sayıya çekilmiştir. Böyle bir evrede kadro yerleşiminden sorumlu kişilerin öncelikle ve sadece müstekiye yerleştirme sorumluluğu taşımadığı, çok sayıda başka görevliye de denk sıfat ve makam bularak yeni idari davalara neden olmama mesuliyetini üstlendikleri gözetilmelidir. Bu durumda da sanığın, Bakan tarafından verilen atama emrinin konusunun suç teşkil edip etmediğini belirlemekte hataya düşmesi olanaklı bulunduğundan, ortaya çıkan bu şüphenin sanık lehine değerlendirilmesi ve eyleminde görevde yetkiyi kötüye kullanma kastı ile hareket etmediğinin kabulü gerekmektedir. /Bu itibarla Özel Dairece suçun manevi unsurunun oluşmadığından bahisle 5271 sayılı CYY'nın 223/2-c maddesi kapsamında sanığın beraatına karar verilmesi isabetli ve yasağa uygun olup, hükmün onanmasına karar verilmelidir. YCGK, 11.3.2008-4.MD-197/46, www.lexpera.com; Kanaatimce niteleme/yorum hatası hukuki hatanın bir çeşididir ve haksızlığın kapsamına dahildir. Bu hata kaçınılmaz ise failin haksızlık yanılığında olduğu kabul edilebilir ve fail hakkında beraat değil kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi gerekirdi. Bu konuda bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 409.

81 Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, (2016), 237.

82 Benzer yorum için bkz. Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2016), 235-236.

dolayı kişilerin mağduriyeti veya kamunun ekonomik bakımdan bir zararı doğmamışsa ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmamış ise suçun teşebbüs derecesinde kaldığı kabul edilir. İcrai hareketle görevi kötüye kullanma suçu bakımından, icra hareketlerinin yarıda kalması halinde de teşebbüs söz konusu olur.

İcrai ve ihmali görevi kötüye kullanma suçunun objektif cezalandırılabilme şartına bağlanmış şekli suçlardan olduğu kabul edildiğinde, failin hareketinden veya ihmalden veya geç yapmasından meydana gelecek olan netice yani kişilerin mağduriyeti veya kamunun ekonomik bakımdan zararı gerçekleşmemişse ya da kişilere haksız bir kazanç sağlanmamış ise fail cezalandırılmaz. Objektif cezalandırılabilme koşulu, suçun unsurları dışında kalıp cezalandırmayı engelleyen bir haldir. Objektif cezalandırılabilme koşuluna bağlanmış suçlarda, özellikle icra hareketinin bölünebildiği hallerde teknik olarak teşebbüs mümkün ise de cezalandırma söz konusu olamayacağından bu tip suçlara teşebbüs kabul edilmemektedir⁸³.

B. İŞTİRAK

Görevi kötüye kullanma suçunun özgü suç olduğunu ve kamu görevlisi sıfatına sahip olmayan kişiler tarafından işlenemeyeceğini yukarıda belirtmiştik. Türk Ceza Yasası m.40/2'de “*özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*” demek suretiyle bu tip suçlara iştirak düzenlenmiştir. Bu hüküm gereğince görevi kötüye kullanma suçuna katılan kişiler, müşterek fail olarak cezalandırılmazlar.

C. İÇTİMA

Gerek icrai gerekse ihmali görevi kötüye kullanma suçu torba suç niteliğinde olduğundan özel görevi kötüye kullanma suçları söz konusu olduğunda asıl hüküm niteliğinde olan bu suçlardan hüküm kurulur. TCK m.257/1 ve 257/2'de “*Kanun'da ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*” ifadesiyle görevi kötüye kullanma suçunun tali norm niteliğine işaret edilmiştir. Örneğin zimmet (TCK m.247), rüşvet (TCK m.252) eylemleri özel olarak cezalandırılması öngörülmüş olan özel icrai görevi kötüye kullanma, kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m.279), denetim görevinin ihmali (TCK m.251) halleri özel görevi ihmal halleridir. Bu hallerde ayrıca TCK m.257'den hüküm kurulmaz.

Kamu görevlisinin nüfuzunu kötüye kullanarak işlediği suçlarda, görev kapsamında tanınan yetkilerin kötüye kullanılması söz konusu olmayıp genel olarak kamu görevlisi sıfatının sağladığı

83 “...görevi kötüye kullanma suçunun oluşumu için norma aykırı davranışın yeterli olmadığı, objektif cezalandırma şartlarından birinin gerçekleşmesi gerektiği ve objektif cezalandırma şartı öngörülen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı, olayımızda sanığın tanıktan parayı alırken suçüstü yakalandığı hususları da gözetildiğinde, sanığın norma aykırı eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu da oluşturmayacağı, disiplin hukukunun konusunu oluşturacağı gözetilerek münsnet suçtan beraat kararı verilmesi gerektiği halde yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması, ...”, Y5CD, 27.11.2017-9394/4998, www.lexpera.com.tr

ayrıcalık kötüye kullanılır. *Kamu görevlisi fail, kamu görevlisi sıfatının sağladığı ayrıcalığı kötüye kullandığında görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu olmaz.* Kamu görevlisi, nüfuzunu kötüye kullanarak herkes tarafından işlenebilen bir suç işlemiş ise ve o suçta kamu görevlisi sıfatı nitelikli hal olarak gösterilmişse kamu görevlisi fail bu nitelikli halden sorumlu olur. Eğer kamu görevlisi sıfatı suçun nitelikli hali öngörülmemişse, nüfuzunu kötüye kullanarak suç işleyen kamu görevlisi, suçun herkes tarafından işlenebilen basit halinden sorumlu olur.

Görevi kötüye kullanma suçu (TCK m.257/1-2), kamu idaresine karşı işlenen suçlardandır. Bir kamu görevlisinin aynı suç işleme kararıyla birden fazla kez görevini kötüye kullanması halinde, zincirleme suç kuralları uygulanır. Suçun kamu idaresine karşı işlenen suçlardan olması nedeniyle mağdurun aynı kişi olması koşulunun gerçekleşmesine gerek yoktur (TCK m.43/1-son cüm.)⁸⁴.

Görevin gereklerine aykırı davranış sonucunda, bir insan ölmüş veya yaralanmış olabilir. Bu durumda; kamu görevlisinin görevinin gereği olan belli bir icrai davranışta bulunmak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemesi dolayısıyla, görevi kötüye kullanma suçunun oluştuğunda kuşku yoktur. Ancak, bu durumda aynı zamanda ihmali davranışla öldürme veya yaralama suçu da oluşmaktadır⁸⁵. Görevi kötüye kullanma suçunun tali norm olması nedeniyle kamu görevlisi fail, sadece ihmali davranışla kasten öldürmeden veya taksirle ölüme neden olmaktan ya da kasten veya taksirle yaralamadan sorumlu olacaktır. Görevin gereklerine aykırı davranışla ölüm veya yaralanma arasında illiyet bağı kurulamadığı hallerde fail sadece tüm koşulları gerçekleştirdiğinde görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulabilecektir.

Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranması için veya bu nedenle kişilerden kendisine veya bir başkasına icbar uygulayarak çıkar sağlaması halinde, icbar suretiyle irtikap

84 “Olay tarihinde Belediye Başkanı olan sanığın, çalışan personel arasında ayırım yaparak maaş ödemelerinde oransal farklılıklar oluşturması şeklinde sübut bulan eyleminin zincirleme şekilde TCK’nın 257/1. maddesinde tanımlanan icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu gözetilmeden yanılığlı değerlendirme sonucu aynı Yasanın 257/2. maddesine göre hüküm kurulması, ...”, Y5CD, 3.4.2014-13567/374, www.lexpera.com.tr; “Sanığın, Şeker Yasası hükümleri uyarınca ancak Şeker Kurulu Kararıyla iç piyasada satışı mümkün olabilen (C) kotası şeker hakkında, Mersin 1. Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/683 ve 2005 742 esas sayılı dava dosyalarında, idari yargıda dava konusu edilmiş bulunan bir konuda, görev ve yetkisi olmaksızın, Anayasa ve Yasa hükümlerine aykırı olarak ve gerektirici yasal koşullar oluşmadan, teminat alınmaksızın ihtiyati tedbir kararları vermek suretiyle yasayla düzenlenen Türkiye Şeker Rejimine müdahalede bulunduğu, Amasya ve Kayseri Şeker fabrikalarının toplamda 108.110.000.000.000. lira haksız kazanç elde etmelerine, diğer şeker fabrikalarının da haksız rekabet sonucu zarara uğramalarına sebebiyet verdiği ve yine idarenin para cezası gerektiren eylem nedeniyle, ceza verme olanağını ortadan kaldırarak kamu zararına neden olduğu, görevini yasalara uygun doğru ve tarafsız bir biçimde yapmadığı, bu şekilde görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği, oluşan kamu zararı ve haksız kazanç miktarının fazlalığı gözetildiğinde eylemin gerek 765 sayılı TCY’nın 240/1.maddesi ve gerekse 5237 sayılı TCY’nın 257/1. maddesini ihlal eder nitelikte olduğu, sanığın aynı karar altında 04.04.2005 ve 19.04.2005 tarihlerinde olmak üzere kısa aralıklarla aynı suçu iki defa işleminin 765 sayılı Yasanın 80 ve 5237 sayılı Yasanın 43. maddelerine uyduğu,...”, YCGK, 6.5.2008-76/97, www.lexpera.com.tr; “Küçükali mahallesi muhtarı olan sanığın, değişik zamanlarda oluşu kabul edilen bir suç işleme kararının icrası kapsamında gerçekleştirdiği eylemleri sebebiyle zincirleme tek suçtan hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden ve eylemlerin neden bağımsız suç olarak kabul edildiği, suç kastının nasıl yenilediği, belgeleri imzalamamak şeklindeki eyleminin ne şekilde icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı da karar yerinde denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması”, Y5CD, 9.4.2018-7127/2640, www.kazancı.com

85 TCK m.257-Gerekeç.

suçu oluşur (TCK m.250/1). Kamu görevlisinin, görevinin gereklerine aykırı olarak bir işi yapması veya yapmaması için kişiyle vardığı anlaşma çerçevesinde bir yarar sağlaması, rüşvet suçunu oluşturacaktır. Buna karşılık, kamu görevlisinin, görevinin gereklerine uygun davranmak amacıyla kişilerden menfaat temin etmesi durumunda ise, rüşvet suçu değil, kural olarak icbar suretiyle irtikap suçu oluşur. Ancak, somut olayda, kişinin menfaat sağlama yönünde icbar edildiğine dair somut dayanak noktalarının bulunmaması durumunda, fiil görevi kötüye kullanma olarak değerlendirilerek cezaya hükmedilecektir⁸⁶.

VIII. YAPTIRIM

İcrai görevi kötüye kullanma suçunun cezası, altı aydan iki yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir (TCK m.257/1).

İhmali görevi kötüye kullanma suçunun cezası, üç aydan bir yıla kadar hapis olarak belirlenmiştir (TCK m.257/2).

IX. ZAMANAŞIMI

İcrai ve ihmali görevi kötüye kullanma suçunun dava zamanaşımı, suçun işlendiği tarihten itibaren sekiz yıldır (TCK m.66/1-e)⁸⁷. Dava zamanaşımını kesen sebeplerin varlığı halinde, zamanaşımı süresi en fazla oniki yıl olabilir (TCK m.67/4).

Suçun işlendiği sırada fail, oniki yaşını doldurmuş olup da henüz onbeş yaşını doldurmamış ise bu sürelerin yarısı, onbeş yaşını doldurmuş olup da henüz onsekiz yaşını doldurmamış ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesi zamanaşımının dolması için yeterli sayılacaktır (TCK m.66/2).

X. MUHAKEYMEYE İLİŞKİN KURALLAR

İcrai görevi kötüye kullanma suçunun karşılığında, *altı aydan iki yıla kadar hapis* (TCK m.257/1), ihmali görevi kötüye kullanma suçunun karşılığında *üç aydan bir yıla kadar hapis cezası* (TCK m.257/2) öngörüldüğünden, bu suçu yargılamak asliye ceza mahkemelerinin görevindedir⁸⁸. Yargılama sonunda bir yıl veya daha az süreli hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûmiyet söz konusu olduğunda hâkim bu cezayı, TCK m.50'de öngörülen para cezasına ve tedbirlere çevrilebilir.

86 TCK m.257-Gerekeçe.

87 "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda işlendiği kabul edilen görevi kötüye kullanma suçlarının hukuki ve fiili bir kesintiye uğramadığı ve son suç tarihinin 01/06/2005'ten sonra olduğu, bu itibarla suçun yeni yasa zamanında işlenmiş sayılacağından tebliğnamedeki bir kısım eylemlere zamanaşımı nedeniyle düşme kararı verilmesini isteyen düşünceye iştirak edilmemiş..."; Y5CD, 13.10.2014-3587/9525, www.lexpera.com.tr

88 Bu suçu yargılama yetkisi, 6545 sayılı Türk Ceza Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 46.maddesiyle 5235 sayılı Teşkilât Kanunu'nun 8.maddesi değiştirilerek sulh ceza mahkemelerinin kaldırılmasından sonra asliye ceza mahkemelerine ait hale gelmiştir (RG 28.6.2014 No.29044). Teşkilat Kanunu m.11.

Koşulları oluştuğunda hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına da karar verilebilir (TCK m.231/5)⁸⁹.

Haklarında özel bir muhakeme öngörülmüş olan kamu görevlileri hariç 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Yasa gereğince; kamu görevlilerinin soruşturma ve kovuşturması, kural olarak izin muhakeme şartının gerçekleşmesine bağlıdır⁹⁰. Örneğin hâkim ve savcıların soruşturma ve kovuşturması, özel yasa niteliğindeki 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Yasası'ndaki hükümlere tabidir. Hâkim ve savcılar hakkında görevi kötüye kullanma suçundan dolayı başlatılan soruşturma ve kovuşturma, bu Yasa hükümlerine göre yürütülür. Aynı şekilde öğretim üyeleri hakkında (2547 sayılı YÖK m.53/c), avukatlar hakkında (Av.K m.58-60) özel soruşturma usulleri öngörülmüştür.

Ceza Muhakemesi Yasası m.161/5'e göre, Kanun tarafından kendilerine verilen veya kanun dairesinde kendilerinden istenen adliye ile ilgili görev veya işlerde kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kamu görevlileri ile Cumhuriyet savcılarının sözlü veya yazılı istem ve emirlerini yapmakta kötüye kullanma veya ihmalleri görülen kolluk âmir ve memurları hakkında, Cumhuriyet savcılarınca doğrudan doğruya soruşturma yapılır. Bir başka anlatımla, bu kişilerle ilgili 4483 sayılı Yasa gereğince izin alınmaksızın Cumhuriyet savcısı tarafından doğrudan doğruya soruşturma yapılacaktır. Vali ve kaymakamlar hakkında 2.12.1999 tarihli ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri; en üst dereceli kolluk amirleri hakkında ise, hâkimlerin görevlerinden dolayı tâbi oldukları yargılama usulü uygulanır.

KAYNAKÇA

Handan Yokuş Sevik, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yargıtay Kararları – AİHM Kararları, Ankara 2018.

Muhammed Demirel, “Karar Analizi Tehlike Suçları-Zarar Suçları Arasındaki İlişkinin İctima Kuralları Kapsamında Değerlendirilmesi”, İstanbul ÜHFM, LXXI 1(2013), Prof.Dr. Füsün Sokullu-Akıncı'ya Armağan, 2. Cilt, 1484-1488.

Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2017.

Abdullah Batuhan Baytaz, Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, İstanbul 2018.

Burcu Demren Dönmez, Türk Ceza Kanunu'nda “Kamu Görevlisi” Kavramı”, TBB Dergisi, 94(2011), 119

89 “Küçükali mahallesi muhtarı olan sanığın, ...belgeleri imzalamamak şeklindeki eyleminin ne şekilde icrai davranışla görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı da karar yerinde denetime imkan verecek şekilde gerekçeleriyle gösterilip tartışılmadan yazılı şekilde iki ayrı suçtan hüküm kurulması”...“Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 03/06/2008 gün ve 2008/2-149-163 Sayılı Kararında da belirtildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilip verilmeyeceğinin CMK'nın 231/5-6. maddesindeki şartlar gözetilmek suretiyle seçenek yaptırımlara çevirme ve erteleme gibi diğer kişiselleştirme nedenlerinden önce hâkim tarafından değerlendirilmesinin zorunlu bulunduğu nazara alınarak...”, Y5CD, 9.4.2018-7127/2640, www.kazancı.com

90 “4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca atılı görevi kötüye kullanma suçu ile ilgili olarak yetkili merciden soruşturma izni alındıktan sonra dava açılması gerektiği gözetilmeden, genel hükümlere göre açılan davaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması ...” yasaya aykırıdır. Y5CD, 24.12.2015-15189/17777, www.lexpera.com.tr

- Mehmet Haşim Mısır**, Avukatın Görev Suçları, Türkiye Barolar Birliği, Nisan 2018.
- Hüseyin Aydın**, “Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi Kavramı”, Ankara BD, Yıl:68, Sayı: 2010/1,123-126.
- Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Hamide Zafer**, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m.1-75, İstanbul 2016.
- Yücel Oğurlu**, “İdare Hukukunda “Fiili Yol” ve Yargısal Denetim”, Yıldırım, Turan, İdari Yargı, İstanbul 2008.
- Elif Bekar**, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar, İstanbul 2017.
- Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A.Caner Yenidünya**, TCK Şerhi, Özel Hükümler m.235-345, 5. Cilt, Ankara 2009.
- Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.