

VOLUME • CİLT: 26 • ISSUE • SAYI: 2 DECEMBER ARALIK 2020 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: 26 / Issue • Sayı: 2 / DECEMBER / ARALIK • 2020

ISSN: 2529-0142

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. Mehmet AKMAN

Yayın Kurulu / Editorial Board

Doç. Dr. Ercüment ÖZKARACA (Baş Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Zafer İÇER (Editör)

Dr. Öğr. Üyesi Canan ÜNAL (Editör)

Arş. Gör. Can YÖNEY

Arş. Gör. Büşra ŞENERDOĞAN

Arş. Gör. Cihat ŞAYLAN

Arş. Gör. Ümit Barış BAYINDIR

Yönetim Yeri ve Yazışma Adresi / Address

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Göztepe Kampüsü B. Blok 118/2 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel: 0216-777 2200 Fax: 0216-777 2223

E-Posta: hukukdergi@marmara.edu.tr

Marmara Üniversitesi Yayınevi / Marmara University Press

Adres: Göztepe Kampüsü 34722 Kadıköy, İstanbul

Tel/Faks: +90 216 777 1400

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

ARAŞTIRMA MAKALELERİ/ RESEARCH ARTICLES

J.J.Rousseau'nun "Sosyal Sözleşme" Eserinin Osmanlı Türkçesine İlk Tercümeleleri II The First Translations of J. J. Rousseau's "Social Contract" into Ottoman Turkish II Rukiye AKKAYA	524
Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti Sporting Activity as a Right Pınar MEMİŞ KARTAL	537
Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme The Partial Final Decree Within the Criminal Procedure Fatih BİRTEK	571
Parlamente Denetim Aracı Olarak İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu An Instrument of Parliamentary Scrutiny: Human Rights Inquiry Committee Oya BOYAR, Gülden ÇINARLI	608
Koşullu Salıverilmenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği Essence and Legal Feature of Conditional Release Mehmet MADEN	633
Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması The Interdiction as a Result of being Sentenced to Imprisonment in Turkish Law Nuri Berkay ÖZGENÇ	652
Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı Execution of the Penalty by Applying Parole Kerim ÇAKIR	669

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi An Assessment of December 2019 Amendments to the Turkish Law on Foreigners and International Protection in view of the European Court of Human Rights Jurisprudence Meltem İNELİ CİĞER	699
Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197) Counterfeiting as a Criminal Offense (Turkish Criminal Code Art. 197) Serkan MERAKLI	726
Belgede Sahtecilik Suçlarında İğfal Kabiliyeti The Deception Ability in Forgery of Document Recep KAHRAMAN	777
La Transparence Administrative en Turquie Türkiye'de İdari Şeffaflık Rukiye Mehtap ÖZLÜ	795
Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu Crime of Directing Suicide in Turkish Criminal Law M. Emre TULAY	814
Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Yapısının ve Yargıçlarının Atanma Usulünün Yüksek Mahkeme Kararları Üzerindeki Etkileri: Yargıç Anthony Kennedy'nin Belirleyici Oya Sahip Olduğu Seçilmiş Çarpıcı Davalar Işığında Gözlem ve Değerlendirmeler Impact of the Structure of the U.S. Supreme Court and Appointment Procedure of the Justices on the Decisions Rendered: Observations and Considerations in the light of Selected Landmark Cases with Justice Anthony Kennedy having the Swing Vote Türker ERTAŞ	838
Kamu Hizmetine Özgülenen* Taşınmazlarda Ecrimisil Sorunu: İdareler Arası Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri The Claim Mesne Profits for Use of Public Properties Allocated to Public Service: Legal Considerations of the Council of State Decision-making on Mesne Profits Claim Against Public Entities Nuray SÜMER	900

Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukukunda Yalan Tanıklık Suçu Perjury in Criminal Law of the United States Ahmet ÖZDEMİR	923
Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme An Analysis of the Records Regarding Persons in the General Information Collection (GBT) System Bilal OSMANOĞLU	946
Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması Debate on the Constitutional Guardianship in the Context of Schmitt's and Kelsen's Views Gözde TÜRKELİ	980
"İdare Hukukunda İltizam Usulü ve İltizam Sözleşmeleri" "Tax-farming Procedure And Tax-farming Contract In Administrative Law" Ömer Can BAŞ	1006
Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi Legal Effect of Judicial Appeal Against Deportation Orders in Light of the Turkish Constitutional Court's Jurisprudence Gamze OVACIK	1047
War Crimes and Individual Criminal Responsibility Arising Out of Cyber Operations Savaş Suçları ve Siber Operasyonlardan Doğan Bireysel Cezai Sorumluluk Yunus Emre GÜL	1063
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim Sexual Orientation as a Base of Discrimination Prohibited in the Light of European Human Rights Court and The Turkish Constitutional Court Decisions Hüseyin Ali KUDRET	1079
Opinion on Legal Entity – Sustainability Nexus Tüzel Kişilik ve Sürdürülebilirlik İlişkisine Bir Yorum İpek SAĞLAM	1111

Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı Child's Right of Contact Ahmet TÜRKMEN	1126
6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi The Effect of Law No. 6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence Against Women on Labor Relations Sezgi ÖKTEM SONGU, Asiye ŞAHİN EMİR	1157
İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi The Rest Break of the Employee's in Labour Law Sevil DOĞAN	1179
İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı The Revision of the Statute of Limitations Effective from 1 January 2020 in Switzerland and Comparative Conclusions on Turkish Law with Particular Regard to Long-Term Damage Murat SARIKAYA	1203
İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa The Simulation in Terms of Interpretation of Declarations of Intent Barış DEMİRSATAN	1220
Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Concept of Legal Personality and Piercing the Corporate Veil Fahri Erdem KAŞAK	1242
Ticari Vekil ile Benzer Kavramların Karşılaştırılması The Comparison Between Commercial Agent and Similar Concepts Oğuz YOLAL	1264

Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi The Impact of the Debtor's Fault on Penalty Clause Agreements Zeynep Damla TAŞKIN	1305
Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk Law Applicable to Arbitrability in International Commercial Arbitration Mustafa Cemre CAN	1349
Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması Protection of Works' Titles under Copyright Law and Unfair Competition Law Ozan Ali YILDIZ	1371

J.J.Rousseau'nun "Sosyal Sözleşme" Eserinin Osmanlı Türkçesine İlk Tercümelere II

The First Translations of J. J. Rousseau's "Social Contract" into Ottoman Turkish II

Rukiye AKKAYA* 

Öz

Tanzimat'tan Türkiye Cumhuriyeti'nin kuruluşuna değin, Fransız aydınlanmasını ve özellikle J.J.Rousseau'nun çalışmalarını okumak, Osmanlı Türkçesine çevirmek nesilden nesle geçmiştir. Sosyal Sözleşme'nin ilk tercümelere üzerine bir fikir verebilecek olan elimizdeki örnekler; 1911'de İçtihad dergisinde yayınlanan birkaç sayfalık metin, 1904'te Paris'te yayınlanan eksik kalmış I.Kitap tercümesi ve nihayet 1911'de İstanbul'da yayınlanan tercümedir.

Türkiyat Mecmuasında (C 27, Sayı 2) bu tercümelere üzerine bir analiz yayınlamıştım. Bu çalışmada, J.J.Rousseau'nun Sosyal Sözleşme kitabının, 1329 tarihli "Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye" başlığı ile Osmanlı Türkçesine ilk tam metin çevirisi üzerinde; karşılaştırmalı olarak kaynak metin ve çeviri metin üzerinde bazı kavramların analizi yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler: J.J.Rousseau, Sosyal Sözleşme'nin Osmanlı Türkçesine ilk tercümelere, mukavele-i ictimâiyye, hâkimiyet-i milliye, mîsâk-ı ictimâiyye

Abstract

From the Tanzimat era until the establishment of Turkish Republic, reading the works of French Enlightenment philosophers, especially those of Jean-Jacques Rousseau, and translating them had been a practice that passed down one generation to the other. However, before the Tanzimat era, there had been also some studies which referred to the works of Rousseau, who was called as an atheist and paved the way for the French Revolution, 1789. The extant samples which can give us some ideas on the first translation of the Social Contract, are a few pages of an article published in a journal named "İctihad" in 1911, an unfinished translation of "Book I" published in Paris in 1904 and other translations published in İstanbul in 1911. We distinguish the clear disproportion between the translation of Rousseau's political works and the admiration for him among Ottoman intelligentsia, considering the translations of his works during the period from the Young Ottomans to the Young Turks.

I published an analysis on translations in Turkish Journal of History (C 27, Number 2). In this study, a comparative analysis of the first full text translation of the Social Contract book by J.J.Rousseau into Ottoman Turkish dated 1329 was made on the source text and the translation text.

Keywords: J.J.Rousseau, the Ottoman Empire, Turkish Translation of the Social Contract, Nation-State, Du pacte Social

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: rakkaya@marmara.edu.tr

GİRİŞ

J.J.Rousseau'nun; "Sosyal Sözleşme" adıyla bilinen siyasi metninin, Osmanlı Türkçesine ilk çevirileri üzerine bir araştırmamız; *Türkiyat Mecmuasında* (C 27, Sayı 2) yayınlanmış idi. Söz konusu makalede; kaynak dilden hedef dile tercümelemlerde, resmi sansür koşullarının, çevirmenin siyasi tercihlerinin ve yaşanan dönemin özel bir önemi olduğuna değinilmiş; tercümelemlerin, düşünce dünyamıza dışarıdan gelen bazı siyasal kavramların izini sürme olanağı tanıdığından da söz edilmişti.¹

1329 tarihinde, "*Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye*"² başlığı ile İstanbul'da basılan ve Osmanlı Türkçesindeki ilk tam metin tercümesi olarak kabul edeceğimiz bu eser, ulusal kayıtlarımızda eksiksiz olarak bulunmaktadır. Bizim ulaştığımız karton kapaklı nüsha, fiziksel olarak toplam 240 sayfadır. Künyede, mütercimim adı; sadece "hariciyeden emekli A." olarak belirtilmiştir.³ Bütün gayretimize rağmen, adını saklayan mütercimim gerçek kimliği hala tespit edilememiştir.

Sınırlı bir tercüme parçasının ya da birkaç sayfasının hatta sadece Rousseau'ya atıfla eserin adının anıldığı çalışmalardan başlayarak dildeki ve kavramlardaki değişim ve anlam dönüşümü dikkat çekicidir. Bu nedenle; karşılaştırmalı tercüme analizlerinde rastladığımız bazı özel kavramlar; bu ünlü eserin, ilk tercümesi üzerinde biraz daha ayrıntıya inme ihtiyacını doğurmuştur.

Bu çalışmada; Batı siyasal dil dağarcığında özgül ve soyut bir yeri olan "sosyal sözleşme" kavramından başlayarak; tercümede dikkatimizi çeken "mîsâk-ı ictimâiyye" ve "hâkimiyet-i milliye" kavramlarının üzerinde durulacaktır. Amacımız nihai bir belirleme yapmak değil; kaynak eserdeki bazı detayların nasıl bir duyarlılıkla Osmanlı Türkçesine aktarıldığına örnekler vermektir. Bu örnekler; tercümeyle olanaklı kılan söz dağarcığının düşünce dünyasındaki yansımaları olarak değerlendirilmiştir. Nihayet, metnin incelenmesi sırasında; tercümede yer verilen kavramların incelikli seçimi, ister istemez bazı soruları cevaplamayı, vicdani bir borç gibi masaya yığmıştır.

I. "Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye"de Geçen Bazı Kavramlar Üzerine

A. "Sosyal Sözleşme" Kavramının Farklı Tercümelere

Osmanlı düşünce dünyasında; "ictimâî" kavramının, "social" karşılığı olarak kullanımında ve dolayısı ile "*Contrat Social*"'ın tercümesinde farklılıklar vardır. Kavramın Türkçedeki karşılığı; çeviren kişiye

- 1 Rukiye Akkaya Kia, "J.J. Rousseau'nun Sosyal Sözleşme Eserinin Osmanlı Türkçesine İlk Tercümelere", *Türkiyat Mecmuası*, 2017, C 27/2, s. 17-32.
- 2 "Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye"; Müellifi Fransa Meşâhiri Hâkimiyesinden Jean Jacques Rousseau; Mütercimim Müttekâidin-i Hariciyeden A., Tab-1 ve Nâşiri İstanbul, Kütübhâne-i İslam ve Askeri – İbrahim Hilmi; Bab-1 Ali Caddesi, 1329. Aynı esere atıf yapıldığından, aşağıdaki dipnotlarda sadece "Mukavele-i İctimâiyye" olarak anılacaktır.
- 3 Kitabın "Giriş"i olarak kabul edebileceğimiz, tercümenin 2-7. sayfaları arasında; "[Jean Jacques Rousseau]'nun Tercüme-i Hâli Hakkında Birkaç Söz" başlığı altında yer alan kısmının Latin harflerine transkripsiyonu için bkz. Akkaya Kia, "J.J. Rousseau'nun Sosyal Sözleşme...", s.24-25.

ve döneme, hatta çeviri eserin yayınlandığı yere göre değişiklik göstermekte, daha doğrusu bir çeşitlilik arz etmektedir.

Namık Kemal; “Hürriyet” gazetesinin, 14.Eylül.1868 tarihli sayısında çıkan bir makalesinde, Rousseau’nun “Sosyal Sözleşme” eserinin adını “**Şerâit-i ictimâ**” olarak tercüme etmiştir.⁴ Paris’te bir kısmı Türkçe, bir kısmı Fransızca olarak basılan «Şark ve Garp» adlı dergide yayınlanan “Meşrutiyet ve Hilafet” başlıklı makale içinde yer verilen “Sosyal Sözleşme”nin kısmi tercümesinde, eserin adı “**Mukavele-i Cem’iyetiye**” olarak geçmektedir. Bu kısmi tercümenin yorumunda; John Locke’un sözleşme anlayışına ve Montesquieu’nün cumhuriyet tanımlamalarına yer verilmiş olması, dönemin siyasal söyleminin çerçevesini görmek açısından ayrıca önemlidir.⁵ Ziya Paşa, “Emile” tercümesine yazdığı “Mukaddeme”de, Rousseau’nun “Contrat Social” adlı eserinden bahsederken, eserin adını “**Vesikâ-i medeniyye**” olarak çevirmiştir.⁶

Buradaki kavramsal çeşitliliği sadece kişisel bir tercih olarak yorumlayamayız. Çünkü Genç Osmanlılar, toplumsal yaşamın kökenlerini ifade eden ve Batılı bir kavram olan “**sosyal sözleşme**”nin siyasal içeriğini ve getirilen dünyevi düzenin ne anlama geldiğini herhalde biliyorlardı. Ama yine de devletin oluşumunda, karşılıklı rıza ilişkisini akıl ve özgür irade ilkesine bağlayan “sözleşme” teorisini, İslami kavramlar etrafında dolanarak değerlendirmişlerdir. Sonuçta getirdikleri en kapsayıcı yorum; “sözleşme-mukavele” ilişkisinin, “biat” kurumu ile açıklanmasıdır. Toplumsal barışın kurulması ve devam etmesi için asgari müşterekten hareket eden; rıza-onay ilişkisini belirli bir akideler sitemi içine yerleştiren ama İslam siyasal yorumunu ihmal etmeyen bu açıklama; devleti ve toplumu dünyevileştirmekten çok toplumsal kapsayıcılığı esas alıyordu. Bu noktada Mizancı Murat Bey’in tavrı biraz farklı görülmektedir. Mizancı Murat Bey “Sosyal Sözleşme’yi”; Kayı boyu ile diğer boylar arasında bir ittifakın kurulması olarak değerlendirmiştir.⁷

II.Meşrutiyet’in ilanından sonra, bazı siyasal kavramların renk değiştirdiğini görmek çok zor değildir. Bay A. kitabın adını; “Du Contrat Social/**Mukavele-i İctimâiyye**” (Sosyal Sözleşme/Sosyal Mukavele) olarak “*ou Principes de Droit Politique*” kısmını ise “**yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye**” olarak çevirmiştir (*ya da siyasal hakların temel kuralları [kaideleri] ç.n.*). Burada “**Hukuk-ı Siyâsiyye**”, hem doğrudan siyaset/yönetim ve politika anlamıyla hem de yasa yapıcı iradeye katılmanın koşulları ve siyasal haklar anlamı ile kullanılmaktadır.

Dikkat çeken bir başka nokta; tercüme kitabın baskı tarihi 1329 olarak verildiği halde, çevirmenin yazdığı “giriş” kısmındaki tarihin 1331 olarak yazılmış olmasıdır. Tercümenin, hangi Fransızca metinden yapıldığı belirtilmemiş; kaynak metnin künyesine yer verilmemiştir. Aynı duruma, başka tercüme eserlerde de rastlandığından; aşağıda yer alan karşılaştırmalarda; kaynak metin olarak

4 “Edebây-ı hükemâdan meşhur Rousseau ‘**şerâit-i ictimâ**’ namlı kitabında..”La Liberté, Lundi 14 septembre 1868, N.12 (Hürriyet Gazetesi 14 Eylül 1868 Londra)

5 Şark ve Garb, 1312, Birinci Sene, Numara 2, Ayda Bir Neşrolunur, Paris, Rişelieu Sokağı, s.45 vd.

6 Mustafa Apaydın, “Ziya Paşanın Emil Çevirisinin Önsözü”, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 7, Sayı 7, 2001, s.159.

7 Şerif Mardin, Jön Türklerin Siyasal Fikirleri (1895-1908), İletişim Y., İstanbul, 1994, s. 119-120.

Rousseau'nun "*Du contrat social, ou Principes de droit politique*" kitabının 1894'te, Paris'te yapılan baskısını esas aldığımızı belirtelim.

Bu arada; "*Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye*" başlıklı bu tercümenin bir kere daha yayınlanmadığı, yani tekrar baskısının yapılmadığı⁸ bilinmektedir.

Eserin 2-7. sayfaları arasında; "[Jean Jacques Rousseau]'nun Tercüme-i Hali Hakkında Birkaç Söz" başlığı altında, yazarın kimliği ve şahsi özelliklerini okuyucuya tanıtmak amacıyla, Rousseau'nun yaşam öyküsü, kronolojik olarak anlatılmıştır. Çevirinin geneli incelendiğinde; kaynak metnin bire bir çevrilmediği görülmektedir. Bazı paragraflar atlanmıştır, bazı "*bablar*" kısaltılarak birleştirilmiş ve birlikte çevrilmiştir. Çeviren, okuyucunun ilgisini dikkate alarak; kaynak metinde bulunan Roma tarihine ve Yunan tarihine ilişkin ayrıntıları anlatan bazı paragrafları atlamıştır. Bu atlamalara rağmen, çeviri metnin özünden bir şey kaybetmediği görülmektedir.

Tercüme metinlerde; özellikle siyasal içerikli eserlerin çevirisinde, kaynak eserde kullanılan kavram ile o kavramın hedef eserdeki kullanımı arasında, kavramsal örtüşmelerin her zaman tam olarak uyuşmasını beklememek gerekir. Örneğin; ilk siyasal toplum modelinin aile olduğuna ilişkin; I.Kitap, II.Bab'da yer alan kısım aynen çevrilmiştir; "*aileye, içtimâiyat-ı siyâsiyyenin birinci numunesi denilebilir*".⁹ Kaynak metinde geçen; "*sociétés politiques*"¹⁰ ifadesinin karşılığı olarak, "*ictimâiyât-ı siyâsiyye*" kullanılmıştır.

Metnin aslında, I.Kitap, V.Bab'da geçen; "*public*", "*emvâl-i umûmi*" [*kamuya ait olan. ç.n.*] "*corps politique*" "*hayat-ı siyâsiyye*"¹¹ şeklinde çevrilmiştir. Kaynak metindeki; "*corps politique*"; toplumun tamamını kapsayan siyasal yaşamı, yani bir bütün olarak merkezi siyasal örgütlenmeyi ifade etmektedir.

Fransızca metindeki; "*peuple*" ise Osmanlı Türkçesine "*kavm*" olarak çevrilmiştir. Osmanlı siyasi dilinde "*millet*" kavramı, başka bir içeriğe ve anlama sahip olduğundan; "*halk*" ya da "*millet*" yerine "*kavm*" sözcüğü kullanılmıştır.

Metinde; "*État*"; "*heyet-i ictimâiyye*", *citoyen*; "*hem şehriyer*", *sujet*; "*teba*" olarak çevrilmiştir.¹² Egemenlik ilkesinin devredilmezliği; "*Hâkimiyet-i gayri kâbili terk-i ferağ*" olarak çevrilmiştir. Bu başlık altına, "*irade-i umumi*" [*genel irade ç.n.*] ifadesine rastlıyoruz: "*heyet-i ictimâiyenin umumen iyiliğinden başka bir şey olmayan gaye-i tesisine muvâfık surette bu hayatın kuvvetlerini ancak irade-i umûmiyye idâre edebilir*".¹³ "*Binaberin derim ki; kuvve-i hâkimiyeti idâre-i umumiyyenin*

8 Bedri Mermutlu, "Türkiye'de İlk Dönem Sosyoloji Eserlerine Toplu Bir Bakış", Türkiye'de Toplum Bilimlerinin Gelişimi I, Kıta Avrupası Etkisi, Sosyoloji Yıllığı 18, Nilgün Çelebiye Armağan, Ed.Ertan Eğribel-Ufuk Özcan, Kitabevi Y., İstanbul, 2009, s.277. Cumhuriyetin ilanından ve Harf Devriminden sonra, Contrat Social, 1946 yılında "*Toplum Anlaşması*" başlığı ile Milli Eğitim Bakanlığı'nın izni ve onayı ile Vedat Günyol tarafından çevrilmiştir. Günyol'un bu çevirisi daha sonraki zamanlarda "*Toplum Sözleşmesi*" başlığı ile dili daha sadeleştirilerek yeniden basılmıştır.

9 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.15.

10 Rousseau, Fransızca metin s.17

11 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.25 ve s.27 ve Fransızca metin s. 24.

12 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.32

13 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.44.

infazından başka bir şey olmamasına göre aharı terk ve ferağ olunamaz. Ve bir ism-i umumi altında bir vücudu müşterek olan hâkimiyet; yine kendi tarafından temsil olunabilir. İktidar intikal edebilse de irade intikal etmez.”¹⁴

II.Kitap, II.Bab; Egemenliğin bölünmezliğinin anlatıldığı bölümde ise “‘Hâkimiyet gayr-i kabili inkisamdır; irade ya umumidir ya değildir’; ”ya heyet-i ahalinin [sözleşmeye katılanların ç.n.] veya yalnız bir kısmının iradesidir”. “Birinci şıkta resmen beyan ve ishar olunan bu idarede Hâkimiyet, bir fa’il olup, kanun hükmünü iktisab eder”. “İkinci şıkda ise bir idâre-i hususiyye veya fail-i adli olup gayesi bir karardan ibaret kalır”.¹⁵ II.Kitap; IV.Bab; “Kuvve-i hakimiyenin hududuna gelince; heyet-i ictimâîyye, hayati azasında müstakırr (sabit olmuş, istikar bulmuş) bir şahs-i maneviden başka bir şey [değildir ç.n.] “Her kişinin birleşen iradesinden bir şahs-ı umumi doğar... ve bu hakimiyet[egemenlik ç.n.] namını alır; idare-i umumi ile sevk ve idare olunur.”¹⁶

Tercüme metinde; çevirmenin, kaynak metnin akışına sadık kaldığı ve metinden ne anladığını aktardığı açıkça anlaşılmaktadır. Ancak metne dikkatli bakıldığında, Bay A’nın; Batı siyasi yazınının doğal mecrasında oluşturulmuş bazı siyasi kavramların anlamlarına hâkim olduğunu ve bunların kullanımında özel bir hassasiyet gösterdiğini söylemeliyiz.

B. “du pacte social” : “mîsâk-ı ictimâîyye”

Üzerinde özellikle durmak istediğimiz nokta; Fransızca metnin, I.Kitap; VI.Bab’ının başlığı olan “**du pacte social**”¹⁷ kavramıdır.

Bay A. “**du pacte social**” başlığını, Osmanlı Türkçesine “**mîsâk-ı ictimâîyye**”¹⁸ olarak çevirmiştir. “**Mîsâk**”; sözleşme, anlaşma aynı zamanda “**ahit-nâme**”¹⁹ anlamına gelmektedir. Doğa koşullarında yaşanan karmaşa ve savaşın, insanları sosyal sözleşmeyi gerçekleştirmeye nasıl ittiğinin anlatıldığı bu bölümde, tam da her “bireyin” kendi rıza ve onayı ile siyasi topluma dâhil olması ifade edilirken; yani “**mukavele-i ictimâîyye**”nin²⁰ nasıl doğduğu açıklanırken, bu başlık için “**mîsâk-ı ictimâîyye**”²¹ olarak çevrilmiştir? Bay A. Kitabın başlığında “**mukavele-i ictimâîyye**” kavramını kullandığı halde için “**mîsâk**” kavramını kullanma hassasiyetini göstermiştir? Aynı soruyu, J.J.Rousseau için de sormak mümkündür. Kitabın adında kullandığı “**contrat**”²² kavramı yerine, buradaki başlık ve altındaki metnin içinde için “**pacte**” kavramına yer vermiştir?

14 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin 44-45 ve Fransızca metin s.40.

15 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin 47 ve Fransızca metin s.41-42.

16 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin 54. ve Fransızca metin s.46.

17 Rousseau, Fransızca metin s.27.

18 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.30.

19 Ferit Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1997, s.652.

20 Mukavele, “kavl” kökünden türemiştir ve dilimize sözleşme, yazılı sözleşme olarak çevrilmiştir. İbid. s.679. Buna karşılık hukuk dilinde daha yaygın kullanılan akid (akd); bağ, bağlama, bağlanma, düğümlenme, sözleşme, kararlaştırma olarak çevrilmiştir. İbid.s.21.

21 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s. 28; 31;36.

22 Contrat, hukuk dilinde mukavele, mukavelename, şartname olarak çevrilirken; pacte, akit, mukavele, muahede, misak,

Pacte" kavramı, Sanskritçe "pōç/paç" kökünden; Eski Yunanca'da "pégnuo" ve "pégnumi", Latince'de "pāctum" ve "pacisci" olarak türetilmiştir. İki devlet ya da iki kişi arasında yapılan barışçıl anlaşmayı ifade eden sözcük, Latince'den Fransızca'ya geçmiştir. Latince'de "pāctum" aynı zamanda; sabitlemek, sınır belirlemek, kesinleştirmek, tespit etmek ve antlaşmak anlamında da kullanılmaktadır. "Pacte" günümüzde uluslararası hukukta; devletler arası ant, sözleşme, barış anlaşması anlamı ile kullanılmaktadır. Buna karşılık, Latince « contractus »dan gelen « contrat »; iki ya da daha fazla kişi arasında yapılan (akdi) sözleşmeyi ifade eder.²³

"Contrat" (akit) Roma Hukukunda, borç doğuran hukuki işlemdir. Her biri kendine özel tipe uymak durumunda olan bu işlemler sınırlıdır. Akdi işlemler; ya şeyle ya sözle ya yazılı olarak ya da "consensus" yani rıza ile oluşturulabilir. Şeyle, sözle, yazı ile yapılan akitlerde bir şeyin verilmesi, bir sözün söylenmesi, bir yazılı biçime uyulması zorunlu iken; rıza ile oluşturulan akitlerde, yalnız karşılıklı anlaşma yani rızaların uyuşması yeterlidir.²⁴ İki veya daha fazla kimsenin *bir ihtilaftan sonra* (vurgu bize aittir) olduğu düşünülen anlaşmaya "pactio" "pacte" veya "pactum", denilmekteydi. Kelimenin etimolojik kökü "sulh olmak" da bunu göstermektedir. "Pactum", aynı zamanda anlaşma, uyuşma, affetme manasına gelmektedir.²⁵ Buna göre; "pacte", "contrat"ın bir çeşidi, yani bir sözleşme türüdür. Uluslararası hukuk bakımından, savaşan tarafları sulhe erdiren ve savaş sonrası silah bırakmayı, bir anlamda savaşın nedeni konusunda tarafların eylemsizliğini tespit eden bir anlaşmadır.

Ayrıca Yunancada ve Latince'de "barış" anlamına gelen "pax" kavramı yine Sanskritçe "poç" kökünden türetilmiştir. Yunancada bir barış anlaşması yapılmasından sonraki "sessizlik dönemi" için kullanılırken; Latince'de fiilen barış anlaşması yapmak, devletlerin artık birbirleri ile olan savaşı sona erdirdiklerine dair iradenin ortaya konması anlamında kullanılmıştır.²⁶

"Pacte" kavramı, "contrat" (kontrat/akit), "accord" (bağdaşma) gibi benzer anlamlara gelen kelimelere anlamca yakınlığı bilinmesine rağmen; diğer ikisine göre sadece karşılıklı iradelerin uyumunu ve rızayı göstermenin ötesinde bir güce sahiptir. Diğerleri bir taahhüt oluşturmak, hali hazırda oluşturulmuş olanı çözmek ya da değiştirmek anlamlarını kapsamakla birlikte, "pacte" rızaların bağdaşmasına ve karşılıklı onaya, bağlayıcı manevi bir yön; daha doğrusu ahlaki bir kuvvet eklemektedir.²⁷ Sözleşmelerde; söz ve rıza, irade ve akıl, gelecekte ortaya çıkabilecek olası durumlar değerlendirilerek ve bunların taraflar arasında bağlayıcı olacağı kabul edilerek birbirine bağlanır. "Pacte" kavramı ise pacta sunt servanda (ahde vefa) ilkesinde olduğu gibi, dürüstlük kuralına yani "bona fides"e dayanan, bir ahlaki prensibe işaret etmektedir. Kökenini de sadakat kavramında bulmaktadır. "Ahde vefa", Yunan ahlak ve adalet anlayışından gelen, Roma Hukukunda temel bir ilke

şart, müşararat olarak çevrilmiştir. Hüseyin Dâniş, Fransızca-Türkçe Mukukî ve Medenî Lûgat, Kanaat Kütüphanesi, 1934, s.193 ve s.612.

23 Grand Dictionnaire Universel du XIX Siècle, Larousse, Tome Douzième, Paris, 1874, s.11-12. Dictionnaire de Français avec les étymologies, Larousse, Paris, 1993, s.242. ve s.725.

24 Salvatore di Marzo, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s.358.

25 İbid. s.407.

26 Grand Dictionnaire, s.43.

27 Talya Şans Uçaryılmaz, Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, ANKARA, 2018, s.405.

olarak kabul edilen ve modern dönemde, doğal hukukçuların “sadakat” kavramını hukukileştirdiği bir ilkedir.²⁸

Siyasal anlamda, katılımcıların iradelerini açığa çıkararak “sözleşme”ye “pacte” kavramının detayı ile bakacak olursak, gerçekleştirilen siyasi sözleşmenin “sadakat” ilkesi gereğince, sıradan ve sadece sözleşme anını kapsayan rızaya da ahlaki bir boyut eklediği görülür. Nitekim Rousseau’da sözleşme; savaşı sona erdirmek için yalnız rasyonel çıkarların uyuşmasına bağlanmaz. Sözleşme; savaşın, insanın vicdanını tahrip eden yıkıcı etkisinin bertaraf etmesi için yapılmaktadır. Siyasal bütün oluşturulurken herkesin herkesle yaptığı sözleşme için “contrat” yerine “pacte” kavramının kullanılması; Rousseau’nun siyasi-kamusal bütünü ele alışındaki ahlakçı yönünü de ortaya koyar.²⁹ Sözleşmeden sonra, artık hükmedilen ya da hükmeden yoktur, barışın yasası vardır ve herkes bu yasa ile eşit derecede bağlıdır.³⁰

Diğer taraftan Rousseau’nun insanın bencilliğini sözleşmeye ihanet ile denk görmesi de bizi aynı noktaya götürmektedir. Sözleşme ile toplumun bir “ortak ben” haline gelmesi, kolektif manevi kişiliği ve bireyin bu kolektif manevi kişilik ile siyasi topluma, yasaya, adalete dair bir bağ kurması sözleşme vasıtasıyla olur ve bu bağ manevidir.³¹

Contrat ve pacte kavramları arasındaki anlam farklılığını ve kullanım inceliğini, Thomas Hobbes’ta da görmek mümkündür. Hobbes, Leviathan’da “contrat” kavramını (mukavele, sözleşme), karşılıklı hak devri olarak tanımlarken, “pacte”in (ahid) tanımını belirgin bir biçimde ayırır. Buradaki ayırım, anlamı benzer olan farklı kavramların kullanılması değil, anlamları tamamen birbirinden ayrı olan iki farklı kavramın tanımlanmasına dayanmaktadır. Dilsel ayırım; Leviathan’ın Latince baskısından Fransızcaya karşılaştırmalı olarak yapılan tercümesinde daha belirgindir. Latince metinde “contrat” kavramından çok, ahidname ya da misak olarak anlayabileceğimiz “pacte” kavramının sıkça kullanıldığı görülür. Hobbes’a göre; “tarafardan biri kendi adına taahhüt ettiği şeyi verebilir ve ona itimat ederek, diğer tarafın kendi taahhüdünü ileriki bir tarihte yerine getirilmesini bekleyebilir; bu durumda sözleşme onun açısından anlaşma veya ahit adını alır...yine bu durumda; ileride ifa yapılmasına güvenildiği için, ifanın yapılmasına *sözün tutulması* veya sadakat denir”.³²

Ahlak, adalet ve hukuki düzen arasındaki ilişkide, biraz daha derine indiğimizde Platon’un, “mutlak iyi” ideasını adaletten ayıramaz biçimde ele aldığı; Aristoteles’te ahlakın siyaseti de kapsadığını, adaletin ahlak ilkesinin erdemli ölçülerinin uzantısı olarak değerlendirildiğini görmekteyiz: “..devlet bir yatırımdan daha fazla bir şeydir; amacı yalnızca yaşamayı olanaklı kılmak değil, yaşanmaya

28 Uçaryılmaz, s.409.

29 “Siyasal toplum,..iradesi olan ahlaksal bir varlıktır..”, Jean-Jacques Rousseau, Ekonomi Politik,Çev. İsmet Birkan, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İmge Kitabevi, Ankara, 2005, s.12.

30 Ernst Cassirer, Rousseau, Kant, Goethe, Çev. Mustafa Tüzel, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014, s.28-30.

31 Leo Damrosch, Jean-Jacques Rousseau, Çev. Özge Özköprülü, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017, s.351-352.

32 Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1992, s.99. Thomas Hobbes, Leviathan ou Matière, la Forme et la Puissance d’un Etat ecclésiastique et civil, Traduction Française par R. Anthony, Paris, 1921, s.219. Yalnız, Hobbes’ta insanın kendini karşılıksız bir biçimde adanmışlığı anlamına gelebilecek “Tanrısal ahidname” dışlanır. Çünkü Hobbes’a göre Tanrı ile ahit yapılamaz. Leviathan, s.102.

değer bir yaşamı kurmaktır.”³³ Bu açıklama; her şeyden önce devleti oluşturan öze ilişkindir. Çünkü Aristoteles, devleti oluşturan sözleşmenin; karşılıklı korumayı içeren ya da hizmetlerin değişimi için yapılan sözleşmeden daha öte bir anlamı olduğuna vurgu yapar. Aristoteles'in dilinde, tıpkı hocası Platon gibi; devletin erdemle ilgilenmesi gerekir. Yoksa devlet, sadece basit bir ittifak olarak kalır. Bu durumda; yasa, basit bir sözleşme, karşılıklı bir haklar güvencesidir sadece. Oysa yasanın, yurttaşı “iyi ve adil” yapacak bir gücü olmalıdır. Aristoteles için devlet, sadece bir arada yaşamak için değil, soylu eylemlerde bulunmak için vardır.³⁴

Aristoteles'in vurguladığı devlet ve yasa, şüphesiz; beraber barışçıl şekilde yaşayan güvenli toplum ilişkisinden daha katmanlı anlamlar içeren nitelikler taşımaktadır. Her şeyden önce Devlet, sıradan sadece “o anın” çıkarlarına uyan bir rıza-onay ilişkisine bağlayan, kağıt üstünde yapılmış bir sözleşme değildir. Burada; “sözün” yeminli bağıt, güvenceli eylem, ahlaki bir borç, adaletin gerçekleşmesi için beklenti doğuran bir eyleme yönelik olduğu açıktır. Tam da bu yüzden sözleşme esnasında verilen “söz” geleceğin vaadinde, sadakatle ilişkilendirilmiştir. Antiklerden, Roma Hukuku'na ve rasyonel tabi hukuk kanalından modern hukuka bağlanan “söze sadakat” ilkesi, adalet ile ahlaki birbirine sıkıca bağlamaktadır.

Rousseau'nun kullandığı “pacte” kavramına bir kere daha baktığımızda, doğal yasanın ilk ilkesi olarak “kendini koruma” ilkesi de aynı biçimde adalet ve ahlak ile ilişkilendirilmiştir. Çünkü insanlar doğuştan birbirlerinin düşmanı değildir. Üstelik tabi halde, insanı insana kırdıran savaşın nedeni; insan münasebetleri değil; köküne uğursuz rastlantıyı koyduğu mülkiyet yani eşya münasebetleridir.³⁵

Bu açıklamalardan sonra, mütercim Bay A.'nın kullandığı “misâk-ı içtimâfiyye” kavramına yeniden bakalım. “**Mukavele**”; Arapça “**kavl**” kökünden gelen ve sözlü anlaşmayı ve o anlaşma metninin yazılı olduğu kağıdı işaret ettiği halde; “**misâk**”, “**vüsûk**”dan türeyen ve yeminle yapılan bir inanç sözleşmesini ifade etmektedir.³⁶ Katılımcıların güvenine, birbirlerine duydukları itimada atıf yapan “**vüsûk**” ve “sağlam, muhkem olmak” anlamına gelen “**vesâka**” kökünden türetilmiş olan “**misâk**”; “kuvvetli ahid ve anlaşma” demektir. “**Misâk**”, aynı zamanda dini metinlerde geçen bir kavramdır. Sadece insanlar arasındaki anlaşmaları değil, Tanrı ile insanlar arasında yapılan sözleşmeyi de ifade etmektedir.³⁷ Contrat/pacte kullanımındaki ayırımında ya da anlam farklılığında olduğu gibi; “misak” kavramı da bu yönüyle; bizi, “sözleşme” den daha öte bir yere taşımaktadır. Çünkü insanlarla insanlar arasında, insanlar ve egemen arasında ya da birden fazla egemen arasında yapılan siyasi sözleşmeler; tarafların sadece çıkarlarının uyuşmasına denk düşmez; aynı zamanda iradeleri karşılıklı bağlar ve şüphesiz aynı iradeleri karşılıklı sınırlandırır.

Bunun yanında; insanlar ve Tanrılar arasında yapılan ve bir vaadi, bir adanmışlığı, sözün ilahi gücünü kaplayan “**misâk**”, eski kültürlerden günümüze kadar gelmiş ritüellere ve inançlara da işaret

33 Aristoteles, Politika, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2002, s.83

34 İbid. s.84-85.

35 J.J.Rousseau, Toplum Anlaşması, Çev. Vedat Günyol, MEB, Ankara, 1992, I.Kitap, IV.Bölüm, s.11.

36 Devellioğlu, s.497 ve 1153.

37 İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/misak>

etmektedir.³⁸ Misâk, bu açıdan sadece adaletle ya da sözün bağlayıcılığı ile değil, insanın sözüne duyduğu sadakati ve sonuçları ne olursa olsun sözün yerine getirilmesi için sarf edilen erdemli gayreti de içermektedir.

Bu açıklamaların ışığında; çeviri metinde Bay A.nın kullandığı “**mîsâk**” sözcüğünün, incelikli bir seçim olduğunu görmekteyiz. Çünkü “**mîsâk**”; yeminli söz, güvenilir söz, verilmiş söze duyulan karşılıklı güven ve iyi niyet esasını hatırlatmaktadır. Bu; her şeyden önce erdem, herkesin hayrına olanı birlikte gerçekleştirmek için vicdani, ahlaki ve hukuki olanı birbiri ile harmanlayan bir sözcüktür. Zaten tercüme metnin ilerleyen kısmında, Rousseau'nun kişisel seçenekleri genel iradenin önünde ve üstünde görülmemesi gerektiğini açıklayan satırlarında aynı ifade yer almaktadır; “*mîsâk-ı ictimâîyye, atideki taahhüdün zeminini ihtava eder ki mîsâk-ı tahhüdat-ı sâireye kuvvet veren bu taahhüddür*”.³⁹

Tam da bu yüzden Rousseau'da katılımcıların; barış içinde yaşama sözünün inşası ile oluşturulan birleşme anlaşmasının ortaya çıkardığı kolektif kişilik, manevi bir kişiliktir. Tercümede; “*mukavele-i şirket akdinin şahsına bedel, bir hayat-ı manevi vücuda getiriliyor*” (*un corps moral et collectif*) şeklinde ifade edilmektedir.

“Meclis-i umumide kaç rey var ise o kadar azadan mürekkep olan bu heyet, iş bu akide ile meydana geliyor. Şahısların ittihadı ile vücuda gelen bu şahs-ı umûmiyye mukademâ cité namını alırdı. Bu gün ise cumhuriyet yâhûd cismi-i siyâsiye (corps politique) adını alır.”⁴⁰ Aynı biçimde; “hâkimiyet” yani *souverain* ile kurulan ilişki, tercüme metinde şöyle tarif edilmiştir: “**İnsanların hal-i tabiden hal-i medeniyyeye geçmesi üzerine artık ef'al ve hareketinde.....bir değişiklik olur. O zamana kadar kendi nefsinin düşünen insan, artık vücuda gelen bu manevi şahsın aklına ve tamamı vücuduna mecbur olur**”.⁴¹

“*Personne publique*”; “*şahs-ı umumi*”, toplumun tüzel kişiliği olarak çevrilirken; “*personne morale*”, “*şahs-i manevi*” yani toplumun kolektif manevi kişiliği olarak çevrilmiştir.

II.Kitap; VI.Bab; “Kanun”; “*Vesikâ-i ictimâîye ile heyet-i siyâsiyyeye vücut verdik. Şimdi yapılacak şey vaz-ı kanun ile bu heyete hareket ve idare vermektir.*”⁴²

Burada mütercim Bay A., Fransızca metinde geçen “**pacte social**” yerine, bu defa “**vesikâ-i ictimâîye**” kavramını kullanmıştır. Bab'da “kanunların taksimi” bölümünde ise “**la lois politiques**”; kanun-ı siyâsiyye, “**lois fondamentales**” kanun-ı tesis (*kurucu kanun ç.n.*) karşılığında kullanılmıştır.⁴³ Ve Bay A. devam ediyor; “*mermer veya tunç üzerine değil hemşehrilerin kalbine mahkûk olan bu kanunlar, heyet-i ictimâîyyenin kanun-ı esasiyesidir.*”⁴⁴ III.Kitap, XV.Bab'da yer alan ve kanun

38 İbid. <https://islamansiklopedisi.org.tr/misak>

39 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.36.

40 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.32 ve Fransızca metin s.31.

41 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.38.

42 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin 64. ve Fransızca metin s.53.

43 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.94 ve Fransızca metin s.76.

44 Mukavele-i İctimâîyye, Osmanlıca metin s.95 ve Fransızca metin s.77.

kavramının tanımlandığı cümlelere gelince; *Osmanlı Türkçesi metinde*; “*Kanun, irade-i umumiyyenin nâs-ı resmiyesinden başka bir şey olmadığına nazaran, kuvve-i teşriyyede âhalinin temsil edilemeyeceği bedihidir. Lakin kanun-ı tatbik edilmiş kuvvetten ibaret olan kuvve-i icraiyyede, âhali temsil edilebilir ve edilmelidir.*”⁴⁵ Bu cümlelerin; bire bir anlam ve kelime seçimindeki özen bakımından, çok önemli olduğunu, çok değerli olduğunu düşünmek gerekir. Çünkü ilerleyen satırlarda “*nation*” kavramının bu defa modern ve Batılı anlamı ile bilinçli bir şekilde “*millet*” olarak çevrildiği görülmektedir.⁴⁶

Yukarıda da değinildiği gibi; II. Meşrutiyet ortamından Balkan savaşlarına, I.Dünya savaşından İstanbul'un işgaline ve Meclis-i Mebusan'ın dağıtılmasına tanıklık eden bir nesil, aslında modern devleti şekillendiren Batı siyasi literatüründeki temel kavramların içeriklerini biliyordu. Tarihsel olarak bir ulusal ant⁴⁷, ulus-devlete giden süreçte bir yemin belgesi olan ve Meclis-i Mebusan'da kabul edilen “*Misak-ı Milli*”nin, hukuki-siyasi olduğu kadar ahlaki ve adaletle ilişkin çerçevesini de çok iyi idrak etmiş olduklarından şüphe duyamayız. Bu birikimle Misak-ı Milli'nin fiilen başlayan Kuvvay-ı Milliye hareketine nasıl bir derinlik kazandırdığını da ve neden kurucu bir siyasal belge niteliği taşıdığını da anlayabiliriz.

C. “*hâkimiyet-i milliye*”

Osmanlı Türkçesine çevrilmiş siyasi metin incelemelerinde tartışmaya açık bir başka kavram, “*hâkimiyet-i milliye*”dir. “*Hâkimiyet-i milliye*” kavramı; Genç Osmanlılardan beri “meşveret” etme, şura kurumu ve siyasi iktidarın beşeri esasları ile ilahi esasları arasında bir uyuma sağlama gayretine yönelik olarak tartışılmıştır. Namık Kemal'in “*usul-ü meşveret*” ve iktidarın meşruiyeti konusunda Batılı anlamı ile “millet” kavramına ihtiyatlı yaklaştığını biliyoruz. Jön Türkler içinde ise İslam geleneğinin Batılı anlamı ile “millet” kavramı oluşturulmasına engel teşkil ettiğini açıkça eleştiren görüşler vardır. Din, Osmanlı İmparatorluğu'nun hükmettiği Müslümanlar üzerinde; egemen güç olarak, bir meşruiyet ilkesi getirmiştir. Bununla birlikte, Batılı devletlerin politikaları Müslüman unsurlarda bir “ırk” ve “ulus” şuurunun oluşumunda etkin olacaktır ki; bunun önüne geçmek için “ittihad-ı İslam”, zaten bir siyasi program olarak gündeme alınmıştır.⁴⁸ Ancak II. Meşrutiyetten sonra, halka hükümet etme şekli ve “*hâkimiyet-i milliye*” esasının, meşruiyetinin anlaşılabilmesi için dini referanslarla açıklandığı örnekleri de görmekteyiz. Şeyhülislam Musa Kâzım Efendi konuyu açıkladığı kısa yazısında;

“hâkimiyeti millinin tabii olduğuna delilimiz hâkimiyetin kuvvetle bütün millete kâim olacağı meselesidir. Yani hâkimiyet ancak kuvvededir, kuvvet ise bütün millettir, millete kâimdir. İdâre-i mutlakiyede; millet, kuvvetin kendi aleyhinde istigmal eden müstebidin altında istibdattadır. Bir zâlimin kuvveti izhar olunur. Çünkü eğer o millet o zâlime

45 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.164 ve Fransızca metin s.130.

46 Mukavele-i İctimâiyye, Osmanlıca metin s.164.

47 Mete Tunçay, “Misak-ı Milli'nin 1.Maddesi Üstüne”, Birikim 18/19-12. Metinde Misak-ı Milli olarak kabul edilen beyannamenin başlığı “and-ı milli” olarak geçmektedir. https://www.birikimdergisi.com/images/UserFiles/images/Spot/70/18-19/misak-i-milli039nin_1._maddesi_ustune_mete_tuncay.pdf

48 Şükrü Hanioglu, Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1981, s.154.

mani olmazsa, onun istediğini yapmazsa; o zâlim her kim olursa olsun, mâdemki bir şahıstır, bir insandır, o güce insan hiç bir şey yapamaz. İdâre-i meşrutiyette ise millet, kuvvetini kendi lehinde istiğmal eder. Zâlime meydan vermez. Kabul ettiği kanunları hükümdara tevdi eder. Hükümdar da bu kanunları tasdik buyurarak, millet üzerinde tatbik eyler ve bu surette millet ve devlet matlub olan saadete ve selamete vasl olur. Demek oluyor ki hangi idârede olursa olsun; hükümetleri milli olan yine hâkimiyeti millidir. Binaenaleyh hâkimiyet-i milliyenin, bir emr-i tabii olduğundan şüphe yoktur. Bunun bir emr-i şer'i olduğuna gelince; bu babda şek yok, nas'ı şeriye mevcuttur".⁴⁹

Osmanlı İmparatorluğu'nun son dönem şeyhülislamlarından olan Musa Kâzım Efendi; istibdad aleyhtarlığı, İttihat ve Terakki Cemiyetine üyeliğiyle; cemiyet içinde yönetici kadrolarda görev alması ve II. Meşrutiyetin ilanından sonra Meclis-i Ayan üyesi olarak atanmasıyla sıra dışı bir dini-siyasi kişiliktir. 1909'da yapılan Kanun-ı Esasî'nin değişiklikleri sırasında; padişahın yetkilerinin kısıtlandığı madde tartışılırken Musa Kazım Efendi, yapılan değişikliğin kaynağının Kuran'da yer alan hakimiyet-i milliye esasına dayandığını söylemiştir.⁵⁰ İncelediğimiz tercümede Bay A. "Mukavele-i İctimâiyye" metninin daha önsözünde, Rousseau'nun siyasi görüşlerinden bahsedilirken; Onun her toplumun siyasal yönetimi için "hâkimiyet-i milli esas"ını önerdiğine vurgu yapılmıştır. Yine aynı önsözde; İslam toplumları için "millet şuurunun" ve "hâkimiyet-i milli"nin, Batıdan gelen emperyal hücumlara karşı koymak için biricik seçenek olduğundan bahsedilmiştir.⁵¹

SONUÇ

Devleti ortaya çıkaran nedenler üzerine; modern dönemin seküler yorumlarıyla bezenmiş sözleşme düşüncesi, aslında devletten ne anladığımız ve onun varlığını hangi siyasi-hukuki ilkeler ile ilişkilendirdiğimize yöneliktir.

İmparatorluğun yıkımının kaçınılmazlığı iyice anlaşılmasına rağmen; İslami kavramlar ile seküler bir devlet anlayışını harmanlayan ama işin içinden çıkamayan; Batıyı eleştirmekle birlikte Osmanlı'nın siyasi sorunlarını Batılı kavramlarla açıklamaya çalışan bir yazın türü vardır. Genç Osmanlılar; ne Osmanlılıklarından ne de Müslüman kimliklerinden taviz vermeden, bir sosyal sözleşme yorumu getirmeye çalışmışlardır. Özellikle Namık Kemal'in kaygısı ve gayreti bu yöndedir. Jön Türklerde; siyasal olan, devlete içkin olan bir "hâkimiyet" ve "kanun" kavramının dünyevileştiğini, dünyevi bir anlam taşıyan "devlet-millet" düşüncesine geldiğini görmek de mümkündür. Birinci Dünya Savaşı'nın sonuçlarını tecrübe eden bu kuşak içinde, siyasal örgütlenmenin, doğadaki düzenden ya da ilahî düzenden çok farklı olduğunu görenler vardır.

49 Musa Kâzım Efendi, "İstibdad, Hürriyet, Hâkimiyet-i Milliye", Mevâiz-i Diniyye içinde, Osmanlı İttihat ve Terakki Cemiyeti'nin Şehzadebaşı Kulübü Heyet-i İlmiyesi tarafından tertib edilmiştir, İstanbul, Dâr-ül Tıbbatî'l-Âmire, 1328 (1912), s.29-30.

50 Ahmet Şamil Güner, "Mûsâ Kâzım Efendi'nin İttihat ve Terakki ile İlişkileri", Erzurumlu Şeyhulislam Mûsâ Kâzım Efendi Sempozyumu, Tebliğ ve Müzakereler, Ed.İsmail Kara,Erzurum, 2014, s.186.

51 Akkaya Kia, "J.J. Rousseau'nun Sosyal Sözleşme Eserinin Osmanlı Türkçesine İlk Tercümelere", s.25.

II.Meşrutiyet döneminde ise Musa Kâzım Efendi gibi dini bir şahsiyetin ya da kimliğini saklayarak önemli bir siyasal metni, Rousseau'nun Sosyal Sözleşme'sini Osmanlı Türkçesine çeviren Bay A.'nın "milli irade" açıklaması; "hükümet-i milli" ile "hâkimiyet-i milli" arasında kurduğu siyasal ilişki, tercümesinde hassasiyetle seçtiği kelimeler gerçekten dikkate değerdir.

Siyasetin rasyonel bir iş olduğunu kavramak; siyasi ahlak ile hedefler arasında kurulan "sadakat" ilişkisinin, belirli "bir anın" çıkarlarına dayandırılmayacağını, bu sadakatin siyasal duruma için olduğunun anlamaktır. Tam da bu nedenle; "pacte" ile "contrat"ın "mîsâk" ile "mukavele"nin birbirinden farkını göstermek gerekmiştir. Çünkü insanı, kötülüğün ve yıkımın gücüne rağmen; vicdana, adalete davet eden, barışın gücünün sağlanması için yapılan "**du pacte social**" ya da "**mîsâk-ı ictimâiyye**" sadece o anın sorunlarına ve ihtiyaçlarına göre kurgulanmış değildir. "Mîsâk-ı ictimâiyye", toplumun barış içinde yaşamasının, eşitliğinin, özgürlüğünün tüm koşulları sağlandıktan sonra; bu barış düzeninin en iyi hangi yönetim modeli ile gerçekleştirilebileceğini gösteren "sosyal sözleşme"nin yani "**mukavele-i ictimâiyye**" nin hukuki-siyasi zeminidir ve bu zeminde en iyi yönetim modeli "hâkimiyet-i milliye" ile gerçekleştirilebilir. Tam da bu nedenle; egemenliğin kaynağının odak değiştirdiği bir evrede, "mîsâk-ı ictimâiyye"nin ahlaki-siyasal-hukuki değeri, önce "Misak-ı Milli"ye, oradan da "hâkimiyet-i milliye" ye bağlanabilmiştir.

KAYNAKÇA

- Akkaya Kia, Rukiye; "J.J. Rousseau'nun Sosyal Sözleşme Eserinin Osmanlı Türkçesine İlk Tercümelere", Türkiyat Mecmuası, 2017, C 27/2, s. 17-32.
- Apaydın, Mustafa, "Ziya Paşanın Emil Çevirisinin Önsözü", Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl 7, Sayı 7, 2001.
- Aristoteles, Politika, Çev. Mete Tunçay, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2002.
- Cassirer, Ernst, Rousseau, Kant, Goethe, Çev.Mustafa Tüzel, İş bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2014.
- Damrosch, Leo, Jean-Jacques Rousseau, Çev. Özge Özköprülü, İş Bankası Kültür Yayınları, İstanbul, 2017.
- Gürer, Ahmet Şamil, "Mûsâ Kâzım Efendi'nin İttihat ve Terakki ile İlişkileri", Erzurumlu Şeyhulislam Mûsâ Kâzım Efendi Sempozyumu, Tebliğ ve Müzakereler, Ed.İsmail Kara, Erzurum, 2014.
- Hanioğlu, Şükrü, Bir Siyasal Düşünür Olarak Doktor Abdullah Cevdet ve Dönemi, Üçdal Neşriyat, İstanbul, 1981.
- Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim,Yapı Kredi Yayınları, İstanbul,1992.
- Hobbes, Thomas, Leviathan ou Matière, la Forme et la Puissance d'un Etat ecclésiastique et civil, Traduction Française par R. Anthony, Paris, 1921.
- Kemal, Namık, La Liberté, Lundi 14 septembre 1868, N.12 (Hürriyet Gazetesi 14 Eylül 1868 Londra).
- Mardin, Şerif, Jön Türklerin Siyasi Fikirleri (1895-1908), İletişim Y.,İstanbul, 1994.
- Marzo, Salvatore di, Roma Hukuku, Çev. Ziya Umur, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Mermutlu, Bedri, "Türkiye'de İlk Dönem Sosyoloji Eserlerine Toplu Bir Bakış", Türkiye'de Toplumbilimlerinin Gelişimi I, Kıta Avrupası Etkisi, Sosyoloji Yıllığı 18, Nilgün Çelebi'ye Armağan, Ed.Ertan Eğribel-Ufuk Özcan, Kitabevi Y., İstanbul, 2009.
- Mete Tunçay, "Misak-ı Millî'nin 1.Maddesi Üstüne", Birikim 18/19-12. https://www.birikimdergisi.com/images/UserFiles/images/Spot/70/18-19/misak-i_millio39nin_1_maddesi_ustune_mete_tuncay.pdf

- Mukavele-i İctimâiyye yâhûd Hukuk-ı Siyâsiyye-i Kavâidi Esâsiyye; Müellifi Fransa Meşâhiri Hâkimiyesinden Jean Jecques Rousseau; Mütercimi Müttekâidin-i Hariciyeden A., Tab-ı ve Nâşiri İstanbul, Kütübhâne-i İslam ve Askeri – İbrahim Hilmi; Bab-ı Ali Caddesi, 1329.
- Musa Kâzım Efendi, “İstibdad, Hürriyet, Hâkimiyet-i Milliye”, Mevâiz-i Diniyye içinde, Osmanlı İttihad ve Terakki Cemiyeti'nin Şehzadebaşı Kulübü Heyet-i İlmiyesi tarafından tertib edilmiştir, İstanbul, Dâr-ül Tıbbatî'l-Âmire, 1328 (1912).
- Rousseau, J.J., “Du contrat social, ou Principes de droit politique, Paris, 1894.
- Rousseau, J.J., Toplum Anlaşması, Çev. Vedat Günyol, MEB, Ankara, 1992.
- Rousseau, Jean-Jacques, Ekonomi Politik, Çev. İsmet Birkan, Ed. Mehmet Ali Ağaoğulları, İmge Kitabevi, Ankara, 2005.
- Şark ve Garb, 1312, Birinci Sene, Numara 2, Ayda Bir Neşrolunur, Paris, Rişelieu Sokağı, s.45 vd.
- Uçaryılmaz, Talya Şans, Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek Bona Fides İlkesi, Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Bölümü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2018.

SÖZLÜKLER

- Dâniş, Hüseyin, Fransızca-Türkçe Mukukî ve Medenî Lûgat,Kanaat Kütüphanesi, 1934.
- Devellioğlu, Ferit, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Aydın Kitabevi, Ankara, 1997.
- Grand Dictionnaire Universel du XIX Siècle, Larousse, Tome Douzième, Paris, 1874.
- Dictionnaire de Français avec les étymologies, Larousse, Paris, 1993.
- İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/>

Bir Hak Olarak Spor Faaliyeti*

Sporting Activity as a Right

Pınar MEMİŞ KARTAL** 

Öz

Sporun haklar içerisindeki yerinin tespiti kendisinin başlı başına bir hak olarak kabul edilip edilmeyeceği aklımızda yer alan bir sorudur. Bu sorunun cevabını bulabilmek için öncelikle spor faaliyetinin tanımı, spor çeşitlerinin ayırımını ve nihayet bu faaliyetin çeşitli haklar içerisindeki görünümü değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelerin sonunda ise kişisel kanaatimiz ortaya konulmak suretiyle çalışmamız tamamlanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Spor, Spor Hakkı, Spor Tarihi, Bireysel Spor, Takım Spor.

Abstract

Whether a “right to sport” exists, and its place in the system of rights, is an intriguing question. This article examines the definition of sporting activities, differentiation of different sports and their manifestation within the context of rights. The study is concluded by expressing my personal opinion on the issues raised.

Keywords: Sport, Right to Sport, History of Sport, Individual Sports, Team Sports.

I. GENEL OLARAK

Kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme ve koruma hakkı temel haklardan olup, vazgeçilmez ve devredilmezdir. Kişinin bu gelişim sürecine katkıda bulunan etkinliklerden biri de spordur. Evrensel bir faaliyet olan spor, bireyin, fiziksel, ruhsal ve kişisel gelişimini sağlamakta; kendine özgü kuralları ile disiplini içermekte ve bireyin eğitimine, sağlığına, sosyal ve ekonomik hayattaki başarısına katkıda bulunmaktadır.

Spor, uygarlık tarihinin başlamasıyla oluşmuş ve günümüze kadar gelişerek, büyüyerek ve kurumsallaşarak gelmiştir. Hukuk düzeni içinde spor, kişinin kendisini geliştirme hakkı içinde temel hak niteliğine bürünmektedir. Bireyin kişisel gelişimi içinde yer alan bedensel ve ruhsal gelişimi de

* Bu çalışma GSÜSBE Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında savunulmuş olan “Spor Faaliyetlerinden Doğan Ceza Sorumluluğu” başlıklı ve konulu doktora tezinden üretilmiştir.

** Doç. Dr., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: pmemis@gsu.edu.tr

sağlığıyla beraber değerlendirilmelidir. Bu halde spor bireyin sağlık hakkının da bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır. Spor aynı zamanda aileden başlayan eğitim ve öğretim sürecinin içinde de yer almaktadır. Eğitimin sonunda spor bir iş alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Spor, günümüzde, bir hobi olmaktan uzak, kişilerin geçimlerini sağladıkları bir alan haline de dönüşmüştür.

Türk hukukunda, spor, öncelikle devlet tarafından düzenlenen ve teşvik edilen bir faaliyettir. Devletin yükümlülüğünde bulunan sporun dışında, bir de profesyonel olarak yapılan ve devletle birlikte özel hukuk tüzel kişilerinin de dahil oldukları spor alanı vardır. Profesyonel spor alanı olarak da belirtebileceğimiz alanda, spor faaliyetine katılan ilgili kişiler ve bunların hak ve yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle spor faaliyeti büyük bir organizasyonu gerektirmektedir. Bu organizasyon içinde spor federasyonları, kulüpler, spor dernekleri gibi kuruluşlar, sporcular, spor faaliyetinin öğretilmesi, yönlendirilmesi bakımından önemli unsurlardan olan teknik direktörler, antrenörler; spor karşılaşmalarını yöneten hakemler ve sporun ayrılmaz unsuru seyirciler yer almaktadır. Sporun hızlı gelişimi ve spor türlerindeki çeşitlilik bu alanı hukuk sistemi içinde ayrı bir yere oturtma ihtiyacını doğurmuş ve adeta hukuk içinde hukuk yaratılmıştır. Sporun geniş bir alan olması ve kendi içinde hukuk alanı yaratmış olmasının getirdiği ayrıcalıklı; bu alandaki düzenlemeler de çeşitlenmiş ve her spor türünün kendine özgü kuralları ortaya çıkmıştır.

Spor, bu ayrıcalıklı yapısına rağmen, etkinlikleri ve sonuçları bakımından ceza hukukunu ilgilendirdiği kadar, medeni hukuku, idare hukukunu ve disiplin hukukunu da ilgilendirmektedir. Ancak, spor faaliyetine katılan kişilerin hak ve yükümlülüklerinin düzenlendiği ve sporun hukuku olarak da ifade edilebilecek bu alanda özellikle ceza sorumluluğunun saptanması sorunu ortaya çıkmıştır. Genellikle fiziksel güce ve temasa dayalı hareketlerin insan psikolojisi üzerinde etkisini en belirgin olarak gösterdiği spor alanında, faaliyete katılan kişilerin birbirlerine yönelik fiilleri ceza hukuku yönünden önem taşımıştır.

Sporun evrensel niteliği göz önünde bulundurulduğunda gerek spor türlerindeki çeşitlilik, gerek sporun kendi hukukunu yaratmış olması ve pek çok yönetmelik, talimatla düzenlenmesi; bu alanı zenginleştirdiği kadar, sınırının çizilmesini de zorlaştırmaktadır.

II. SPOR KAVRAMI

A. Kavram

İnsanın fiziksel, ruhsal ve kültürel yetenekleri ile yarıştığı ve bunları arttırma çabası içinde giriştiği eylemlere genel olarak spor faaliyeti denilmektedir.

Spor, Eski Yunan'dan günümüze kadar gelişerek, büyüyerek ve kurumsallaşarak gelmiştir. Bu büyüme beraberinde spor türlerinde çeşitliliği getirmiştir. Günümüzde futbol, basketbol, tenis, golf, su kayağı, buz pateni, güreş, judo ve bu gibi pek çok spor türünün bulunduğu zengin ve çok geniş bir alan spor dünyasını oluşturmaktadır. Spor faaliyetinin tanımını belirtmek ve buna bağlı olarak her spor türü bakımından doğabilecek hukuka aykırılıklarda sorumluluğun ne olacağını saptamak güçleşmektedir. Bu bölümde spor faaliyetini tanımlamaya, tarihçesini ortaya koyarak, geçmişten günümüze kadar

olan evrede ortaya çıkan sporların günümüzdeki halini dikkate alarak spor türlerini sınıflandırmaya çalışacağız.

B. Tanım

Sporu, genel itibarıyla kişilerin bedensel ve psikolojik gelişimine katkı sağlayan, toplum ve devlet tarafından desteklenen bir faaliyet olarak ifade edebiliriz. Klasik anlayış içerisinde spor öncelikle bir eylem olarak kabul edilmiş ve “*desport*” kelimesinden türediği belirtilmiştir³. « *Eğlenmek, oynamak*⁴ » anlamına gelen bu ifade, günümüzde anlamını kaybetmemiş ve fakat spor türlerinin çeşitliliği ve bu alanın profesyonelleşmesi farklı tanımların yapılmasına yol açmıştır.

Baron de Coubertin⁵ tarafından yapılan tanıma göre, spor « *riskin sonuna kadar gitmeyi ve gelişim arzusunu kamçılayan iradi ve alışkanlığa dayalı yoğun bir kas faaliyetidir* ».

Sporun « *insanı özgürleştiren bir tür sanat* » olduğu belirtildiği gibi, « *insan vücudunun, gücünü, becerisini, güzelliğini arttırmak, enerji ve iradesini geliştirmek, düşüncelerini özgürleştirmek için belirli bir sistem içinde ve sağlık için yapılan faaliyet* » olarak da tanımlanmaktadır⁶.

Pache ise sporu; « *Doğrudan ya da dolaylı oyun zevkinin tatminini, başarı kazanmayı, uyumlu bir gelişimi veya vücudun direncini sağlamak için, kişinin eylemlerine öncelik veren fiziksel çalışmaların bütünüdür* »⁷ olarak tanımlamaktadır

Türk doktrininde de sporun birden çok tanımı yapılmıştır. Bir tanıma göre spor ; « *kişinin önceden belirlenmiş kurallara uygun olarak, maddi bir karşılık için yahut sadece zevk için, araçlı veya araçsız, tek ya da takım halinde, kendisiyle, doğayla veya başkalarıyla rekabet esasına dayanan mücadelelerini içeren, fiziksel ve zihinsel yeteneklerini kullandığı ve geliştirdiği etkinlikler ile bu alanla uğraşan mesleklerin ve ilgililerin faaliyetlerini içeren bir kavramdır* .»⁸ ; bir diğerine göre « *İnsanların, vücutlarına ait gücü veya çevikliği yarıştırmak, zihin güçlerini birbiriyle kurallara uygun biçimde sınama niyeti taşıyan karşılaşma veya karşılaştırmaların adına spor denilmektedir* ».⁹

Bu tanımlara « *Klâsik anlamda spor, bütünüyle hareket ve mücadele esasına dayanan ve bunun içinde gereken birtakım alışılmış idman ve yarışmalar olup; İnsan ruhundaki mücadele ve başarıya azminin tabiat ve sosyal yapı ile karşılıklı ilişki kurmak suretiyle, sistemli ve adil, belirli kurallar içinde, hayatı*

3 BONNET, Anouk; Sport et Responsabilités, Nice, 1997, s. 6, (Yayınlanmamış Doktora Tezi). Yazar spor kelimesinin XII. ve XIII. yüzyıllar Fransızcasındaki « *desport* » sözcüğünden türediğini ifade etmektedir.

4 BONNET, s.6,7.

5 DE COUBERTIN, Pierre; Le respect mutuel, Librairie Félix Alcan, Paris, nakleden BERLIOUX, Monique; Olympica, Flammarion, Paris, 1964, s. 25.

6 THOMAS, Raymond; Histoire du sport, Editions PUF Que sais-je?, Paris 1999, s. 12.

7 PACHE, Jean-Jacques; La responsabilité civile en matière de sport, Thèse Lausanne 1951, s.10.

8 ERTEN, Rıfat; Türk Sporunun Yapısal Düzeni, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, sy.1,2, y. 2006, s.120 (s.117-136).

9 TURAL, Sadık – GÜVEN, Özbay; Türklere Spor Kültürü, B. 2, Ankara 1999 kitabına Sunuş, s. X.

pahasına fizik, moral, toplumsal ve karakter kişiliğinin yarışmaya dönüşmesine spor denir »¹⁰ ve son olarak « *Sosyal, psikolojik ve sanatsal işlevi olan, kültürel ve ahlaki bir olgu olup, insanın, aklını ve vücudunu kullanarak rakibine, kendisine, tabiata, mesafeye ve zamana karşı, eşit kurallar içerisinde yaptığı bir mücadele biçimi* »¹¹ tanım olarak eklenebilir.

Avrupa Spor Şartı'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendi ile spor tanımlanırken kavram birliğine gidilmesi yolu aranmıştır. Buna göre « *Spor ile amacı, fiziki ya da psikik durumun düzeltilmesi ya da belirlenmesi, toplumsal ilişkilerin geliştirilmesi veya her düzeydeki yarışmada sonuçlar elde edilmesi olan düzenli ya da düzensiz bir yarışmadaki her türlü fiziki faaliyet biçimi anlaşılır* » denilmektedir¹².

Sözlüklerde ise şu şekilde tanımlara yer verilmektedir: spor, « *oyunun kendine has kurallarına itaati, disiplini ve sistemli bir antrenmanı öngören, oyun kavramı içinde güç ve mücadeleyi ifade eden fiziki faaaliettir* »¹³, « *rekabet, sağlık veya basit bir eğlencenin amaçlandığı fiziksel faaliyet* »¹⁴, « *Ferdi veya kolektif oyunlar şeklinde yapılan, genellikle yarışmaya yol açan, bazı kesin kurallara göre uygulanan ve ani bir yarar beklenmeyen beden hareketlerinin tümü* »¹⁵ ve « *Kuvveti, mahareti veya beden güzelliğini arttırmak amacıyla metodlu beden hareketleri yapmaktır* »¹⁶.

Spor faaliyeti tanımlarının çeşitliliği, yargı makamlarının da hukuki bir tanım aramalarını sonuçlamıştır.

Fransız Danıştay'ın önemli iki kararında spor faaliyeti; « *Yarışmada ve faaliyette varolan fiziki performans söz konusu müsabakanın ya da faaliyetin düzenli ve temel karakterini oluşturmalı* » ve « *bu faaliyetler belirli kurallara tabi kılınmış olmalıdır* »¹⁷. Bazı hukuk davalarında ise bu kadar ayrıntılı kriter belirtmek yerine spor faaliyetleri sporcuların yaptığı iş olarak belirtilmiştir¹⁸.

Fransa Aix en Provence Asliye Ceza Mahkemesi'nin yamaç paraşütü ile ilgili vermiş olduğu bir kararda¹⁹ « *yamaç paraşütü, eğlenceli, fiziki gücü gerektiren ve kişinin kendini eğitmesi ile ilgili bir etkinliktir* » denmiş, bunun spor faaliyeti olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir. Burada Mahkeme, spor faaliyeti ölçütlerini fiziki güç ve kişinin kendini eğitmesi olarak belirlemiştir.

10 KETEN, Mustafa; Türkiye'de Spor, Ankara 1974, s. 5,10.

11 GÜVEN, Özbay; Türklere Spor Kültürü, B. 2, Ankara 1999, s. 2.

12 Avrupa Konseyi Bakanlar Meclisi'nin 24 Eylül 1992'de kabul ettiği ve yukarıda türkçe tercümesi belirtilmiş olan Avrupa Spor Şartı'nın 2. maddesinin 1. fıkrasının a bendine göre spor şu şekilde tanımlanmıştır: "On entend par "sport" toutes formes d'activités physiques qui, à travers une participation organisée ou non, ont pour objectif l'expression ou l'amélioration de la condition physique et psychique, le développement des relations sociales ou l'obtention de résultats en compétition de tous niveaux." [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref\(92\)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref(92)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackColorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75), erişim tarihi: 15.10.2009.

13 ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française, Paris 1980, s. 347.

14 Nouveau dictionnaire étymologique et historique, Larousse, Paris 1971, s.709.

15 Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Onbirinci Cilt, Meydan Yayınevi, İstanbul 1973, s. 523,525.

16 GÖVSA, İbrahim – Alaettin; Resimli Yeni Lügat ve Ansiklopedi (Ansiklopedik Sözlük) İskit Yayını, İstanbul 1960, Üçüncü cilt, s. 2484.

17 MARMAYOU, Jean-Michel; No sport: Définition du sport, Théorie generale du droit du sport, Agrément des fédérations sportives, pouvoir du ministre chargé des sports, contrôle du Conseil d'Etat, in Les Cahiers de Droit du Sport, CDS 5, 2006, s.85.

18 Lyon Asliye Mahkemesi'nin 4 Temmuz 1994 tarihli kararı, nakleden MARMAYOU, s. 86.

19 CA Aix, 8 Nisan 1998, Bull. Aix, 1998-1, s. 335.

Sporun tanımı yapılırken belirtilmesi gereken bir başka kavramın da « *spor bilinci* ²⁰» olduğu ifade edilmektedir. Spor bilincinin kullanıldığı ilk metin Avrupa Konseyi'nin Avrupa Spor Şartı²¹'dir. Buna göre, spor faaliyetinin amacı, fiziki ve psikolojik kondisyonunu geliştirme ve ifade etme, sosyal ilişkilerini geliştirme veya her müsabakada en iyi dereceyi almaktır. Bu amaç da spor bilincini ifade etmekte ve sporun bir anlamda manevi yönünü ortaya koymaktadır.

Doktrin, mahkeme kararlarının sporun tanımını vermeye çalışmaları bunun Kanun'a yansımaya vesile olmuş ve 16 Temmuz 1984 tarihli ve 84-610 sayılı Fransız Spor Kanunu'nun 6 Temmuz 2000 tarihli 2000-627 sayılı Kanun ile değiştirilen 1. maddesinin 1. fıkrasında spordan ne anlaşılması gerektiği ifade edilmeye çalışılmıştır. Bu maddeye göre, « *fiziki ve sportif faaliyetler, eğitim, kültür, bütünleşme ve sosyal hayatın önemli bir unsurudur. Geliştirilmesi ve teşviki kamu yararındandır*²² ». Böylece eğitim, kültür, bütünleşme ve sosyal hayat sporun unsurları olarak ortaya konulmuştur. Çeşitli spor tanımının bulunması alanın sınırlarının çizilmesini de güçleştirmektedir. Biz bu çeşitli tanımlardan yola çıkarak şu şekilde tanımlamaya çalıştık: « *Spor; bireyin fiziksel, ruhsal ve kişisel gelişimini destekleyen, kendine özgü kurallarına itaati, disiplini ve sistemli bir antremanı öngören ve bireyin eğitimine, sağlığına, sosyal ve ekonomik hayattaki başarısına katkıda bulunması sebebiyle düzenlemesinde kamu yararı bulunan rekabete dayalı bedensel bir faaliyet*« tir.

C. Spor Türleri

Spor dünyası içinde pek çok spor türü ve bunlara ilişkin geliştirilmiş kurallar bulunmaktadır. Eski Yunanda yapılan yarışmalardan bugüne kadar pek çok spor türü uygulanmış, tekrarlanmış ve günümüze kadar erişmiştir.

Bu konuda çeşitli ayrımlar görülmektedir²³. Spor türlerini dörtlü ayırıma tabi tutan **Don Marino**'ya göre²⁴, ilk olarak top ile yapılan sporlar gelmektedir. Bu sporlar içinde golf gibi tek başına; tenis gibi iki ya da ikiden fazla kişi ile, futbol, basketbol ya da voleybol gibi toplu olarak oynananlar vardır. Yazar, ikinci olarak yarış oyunları ayırımı yapmış ve bunlara örnek olarak otomobil, bisiklet ve at yarışlarını vermiştir. Bu oyunlarda ortak nokta motorlu ya da motorsuz bir araç ile sporun yerine getirilmesidir²⁵. Üçüncü ayırım su sporlarıdır. Bu yelken gibi belirli bir vasıta ile ya da yüzme gibi

20 BUY, Frédéric; L'organisation contractuelle du spectacle sportif, PUAM, Paris 2002.n. 265, s. 165.

21 Bkz. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(92\)13&Sector=secCM&Language=IanFrench&Ver=rev&BackColorIntranet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(92)13&Sector=secCM&Language=IanFrench&Ver=rev&BackColorIntranet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75)

22 Loi n. 84-610 du 16 juillet 1984, art 1er (L.n. 2000-627 du 6 juillet 2000): « *Les activités physiques et sportives constituent un élément important de l'éducation, de la culture, de l'intégration et de la vie sociale. Leur promotion et leur développement sont d'intérêt général* ». Code du Sport commenté, 3e édition, Edition 2005, Dalloz, Paris, s. 38.

23 Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından onaylanan spor çeşitlerinin daha fazla olduğunu tespit edebilmek mümkündür. IOC günümüzde bilardo oyunlarını, bilye sporlarını, brici ve satrancı da kabul etmektedir. bkz, IOC internet sitesine: <http://www.olympic.org/ioc/f/org/if/list>

24 DON MARINO, Raphaëlle; La pratique sportive, source de responsabilité, Toulouse, 2001, s.19, Yayınlanmamış Doktora Tezi.

25 DON MARINO, s.19.

doğrudan doğruya kişinin bedensel gücü ile gerçekleşebilecektir²⁶. Son olarak kış sporları ayırımını yapan yazara göre buradaki ölçüt soğuk hava koşullarından kaynaklanan doğal engelleri aşmadır. Kayak, buz pateni, hokey bu sporlara verilen örneklerdir²⁷.

Bir diğer ayırma göre spor türleri yediye ayrılmaktadır²⁸. Buna göre; ilk olarak atletizm, jimnastik, halter gibi atletik sporlar; ikinci olarak, at yarışları, engel atlama gibi atlı sporlar; üçüncü olarak, kürek, kano, yüzme, su topu, yelken gibi deniz sporları; dördüncü olarak, boks, judo, eskrim, güreş, karate gibi dövüş sporları; beşinci olarak buz hokeyi, patinaj, kayak gibi kış sporları; altıncı olarak otomobil, uçak, motosiklet gibi mekanik sporlar ve nihayet ekip ile yapılan beyzbol, basketbol, futbol gibi takım sporlarıdır.

Spor türlerini üçe ayıran **Roth**'a göre, birinci grubu bireysel ve temasa dayanmayan takım sporları; ikinci grubu temasa dayalı takım sporları ve üçüncü olarak dövüş sporları oluşturmaktadır²⁹.

Ayrıca, sporun tek başına veya toplu halde; temaslı ya da temassız; olağan ya da sıra dışı (ekstrem) şeklinde bir ayırma tabi tutulduğu da görülmektedir³⁰. Bu, sporun yapılış biçimine göre öngörülmesi olan bir ayırmadır. Sporun bu ayırımında, sıra dışı sporlar dışında kalan türlerinin, Devlet tarafından düzenleme altına alınan ya da federasyonların düzenledikleri spor türleri belirtilmektedir. Gerçekten de sporun tek başına, toplu; temaslı, temassız ya da olağan, olağan dışılığının benimsendiği bu ayırmada bir çerçeve oluşturulmaktadır. Bu çerçevede ister su sporu, ister kara sporu olsun faaliyete katılan sporcu sayısı ve sporun niteliği ön plana çıkartılarak, kapsam ve sınırlar belirlenebilmektedir.

Çalışmamızda spor türlerinin ayırımını, federasyonlar tarafından düzenlenen³¹ sporları, yerine getirilme biçimlerini dikkate alarak, bireysel sporlar, takım sporları ve sıra dışı (ekstrem) sporlar şeklinde bir ayırımla incelemeye çalıştık. Bunlar Devlet tarafından tanınan ve düzenleme altına alınmış sporlar³² ile sıra dışı (ekstrem) sporlardır. Bu nedenle öncelikle klasik bağlamda ele alınmakta olan kurumsal olarak da adlandırılabilir bireysel ve takım sporlarını belirttikten sonra sıra dışı (ekstrem) sporu belirtmeye çalışacağız.

1. Bireysel sporlar

Bireysel spor, kişinin tek başına yaptığı spordur. Bu spor türleri teması gerektirmemekte ve şiddeti içermemektedir. Bireysel sporlar yönünden doktrinde yapılmış net bir tanım yoktur. Bireysel sporun,

26 DON MARINO, s.19.

27 DON MARINO, s. 20.

28 GENÇ, Durmuş Ali; Spor Hukuku Ders Kitabı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998, s. 136.

29 ROTH, Robert; Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels, Collection juridique romande, Payot, Lausanne, 1987, s. 98, 99, 100. Yazar bireysel ve temasa dayalı olmayan takım sporlarına golfü; temasa dayalı takım sporlarına voleybol, basketbol, futbolu ve dövüş sporlarına da boks, judoyu örnek olarak vermektedir.

30 RUDLINGER, Martine; L'obligation générale de prêter assistance ou de porter secours; in Aspects pénaux du droit du sport, Staempfli Edition SA Berne, 2002, s. 110-111, (99-113); DELPHINE, Denis; Les limites du principe de l'acceptation du risque, in Aspect Aspects pénaux du droit du sport, Staempfli Edition SA Berne, 2002, s. 92-97,(s.83-97).

31 İlköğretimdeki beden eğitiminin konumuzla doğrudan bağlantısı olmadığı için bu bölümde değinilmemiştir.

32 DENIS, s. 93.

tek başına ya da birden fazla sporcunun katılımıyla gerçekleşen spor olduğu belirtilmektedir³³. Bireysel sporu açıklamaya çalışan bu tanımda belirtilen “birden fazla sporcunun katılımı” ifadesi, yarışmaya katılan sporcunun tek başına, birden fazla sporcu ile yarıştığı spor türünü ifade etmektedir. Buna örnek olarak, kısa ya da uzun mesafe koşusu, bisiklet yarışı, yüzme verilebilir.

Bize göre bireysel spor, sporcunun kazanmak için öncelikle fiziki gücünü kullanarak tek başına mücadele ettiği spor türü olarak belirtilebilir. Bireysel sporun özelliği, sporcunun mücadelesini tek başına yürütmesidir. Bu sporlara, kayak, bisiklet yarışları, golf, atletizm, aletli jimnastik, sırıkla atlama, gülle atma, halter, tenis, eskrim örnek olarak verilebilir.

Bireysel spor türleri incelendiğinde, kimilerinde sporcunun tek başına, yalnız mücadele ettiği; diğerlerinde ise belli bir rakibe karşı mücadelesini verdiği görülmektedir. Bunlardan ilkinde örnek olarak halter, sırıkla atlamayı; ikincisine de tenis, eskrimi örnek olarak verebilmek mümkündür. Bireysel sporlarda ortaya çıkan söz konusu farklılık bu türler bakımından ikili bir ayırım yapılabileceğini göstermektedir. Buna göre bireysel sporlar; aynı yöne doğru yapılan bireysel sporlar ve karşılıklı bireysel sporlar biçiminde ortaya konulabilir.

a. Aynı Yöne Doğru Bireysel Sporlar

Aynı yöne doğru bireysel sporlar, sporcunun tek başına mücadele ettiği ve kendini aşmayı amaçladığı sporlardır. Burada sporcu tek başına olabileceği gibi birden fazla sporcu ile de yarışabilir. Sporcunun tek başına yaptığı uzun atlama, üç adım atlama, cirit atma, gülle atma, ritmik jimnastik, denge aleti gibi sporlar örnek olarak verilebilir³⁴. Bu tür sporlarda, sporcular kendilerine ayrılan sürede kişisel güç, bilgi ve tecrübelerini ortaya koyarak, en iyi dereceyi elde etmeye çalışmaktadır.

Birden fazla sporcu ile yapılan bireysel sporlarda ise yarışmalarda ayırıcı unsur, sporcuların aynı yöne doğru ve aynı zaman dilimi içinde hareket ederek, en iyi dereceye ulaşma amacına sahip olmalarıdır. Atletizm, yüzme ve bisiklette sporcular aynı hedefe doğru birbirleri ile yarışmaktadırlar. Önlerinde ulaşılması gereken bir hedef vardır ve ilk önce, en hızlı şekilde ve oyunun kurallarına uygun olarak bilgi, tecrübe ve yeteneklerini ortaya koyarak bu hedefe ulaşmak amaç olmaktadır. Kısa mesafe koşucusunun diğerlerini geçerek yarışmayı kazanması buna örnek olarak verilebilir³⁵. Belirtilen sporlarda birden fazla sporcunun yarışması, bunların bireysel spor olup olmadıkları tartışmasını yaratabilir. Bizim bu sporları bireysel sporlar olarak belirtmemizdeki neden, sporcunun tek başına başka sporcularla yarışması ve kazananın da bir sporcu olmasıdır. Kanaatimizce bu sporların toplu halde yapılıyor olmaları, takım sporu olarak değerlendirilmeleri için yeterli değildir. Burada bireysel sporları takım sporlarından ayıran, yarışan sporcunun kendisi için yarışması ve kazananın da bir sporcu olmasıdır. Takım sporlarında kazanan, spor müsabakasına katılan takımdır. Aynı yöne doğru bireysel sporda belirtilen bu farklılık, bunları da kendi içinde, sporcunun tek başına ve sporcunun toplu olarak yaptığı aynı yöne doğru bireysel sporlar olarak belirtmeyi gerekli kılabilir.

33 DENİS, s. 94.

34 Spor Kitabı, NTV yayını, İstanbul, 2008, s.56,93.

35 RUDLINGER, s. 110.

Toplu halde yapılan bireysel sporların bazılarının takım halinde yapıldığını da görmekteyiz. Atletizmde bayrak yarışı gibi. Bu durumda yapılan ayırımda esas alınacak unsur, müsabakada kazananın niteliğidir. Kanaatimizce, bir sporu bireysel spor olarak kabul edebilmek için kazananın sporcu olmasına bakılacaktır.

b. Karşılıklı Bireysel Sporlar:

aa. Genel Olarak

Karşılıklı bireysel sporlarda sporcu yine tek başına mücadele etmektedir ancak aynı yönde bireysel sporlardan farklı olarak bu türde sporcu bir başka sporcu ile karşı karşıyadır. Sporcu en iyi olabilmek için rakibini yenmeye³⁶ çalışmaktadır. Bu spor türünün en belirgin örnekleri tenis, eskrim, boks, güreş, judo, karatedir. Tenis örneğinde olduğu gibi karşılıklı yönde yapılan bireysel sporların bazılarında rakiple temas ve şiddet içerikli hareketler görülmemektedir.

Karşılıklı bireysel spor türlerinden olan teniste takım müsabakaları da yapılmaktadır. Atletizmde olduğu gibi bu sporun da bireysel spor olma özelliği müsabakayı kazanana göre tayin edilecektir.

Boks, güreş, judo, karate gibi sporlarda, sporcuların birbirleriyle temasını ve hatta çoğu zaman sporun tabiatı gereği şiddeti içermesi sebebiyle, karşılıklı yönde bireysel sporlar sınıflandırmasında ayrı bir kategoriye oluşturmaktadır. Bu spor türlerinde baskın özellik bireysellikte birlikte şiddettir. Bu nedenle söz konusu sporlara aynı zamanda “dövüş sporları” da denilmektedir.

bb. Dövüş Sporları

Dövüş sporu sporcuların birbirlerine uyguladıkları şiddet ile şekillenen bir spor çeşididir. Sporcuların birbirlerine uyguladıkları şiddetli hareketler sonucu, yenen ve yenilen tarafın tespiti ile son bulmaktadır. Dövüş sporlarının en tipik örnekleri boks, güreş, karate, judo, tekvandodur³⁷.

Dövüş sporları bireysel sporların karşılıklı yapılan teması ve şiddete dayalı hali olup, şiddet hareketleri karşılıklı bir şekilde oyunun sonuna kadar ya da rakiplerden biri mücadeleyi kazanıncaya kadar sürmekte ve hareketler de oyunun kuralları çerçevesinde kalmak koşuluyla hukuka uygun olarak değerlendirilmektedir.

Dövüş sporlarının hepsi şiddete dayalı ve çoğu zamanda vücuda teması gerektirmektedir. Belirtmek gerekir ki her zaman vücuda temas rakiplerin doğrudan birbirlerine temasını gerektirmez. Bazı hallerde kullanılan bir vasıta ile icra edilen spor türlerinde şiddet vardır ancak temas vasıta yoluyla. Buna en tipik örnek eskrimdir.

36 Aralarında belirgin bir fark olmasa da aynı önde yapılan bireysel sporlarda daha ziyade kazanmak terimi yerleşmişken karşılıklı yönde yapılan bireysel sporlarda yenmek deyimini kullanılmaktadır. Nitekim yenmek de kazanmak da her iki spor için de geçerlidir ancak mücadelenin amacı tercih edilen kelime kullanımını etkilemektedir.

37 DELPHINE, s. 96.

Bu durumda dövüş sporları, bireysel ve karşılıklı olarak rakibe uygulanan temasa dayalı ve şiddet içerikli hareketlerle şekillenen fiziki faaliyet olarak tanımlanabilir.

2. Takım sporları

Takım sporu ya da ekip sporu olarak da adlandırabileceğimiz spor türü kural olarak birden fazla kişinin meydana getirdiği takımın bir başka takım ile yaptığı müsabakayı ifade etmektedir. Futbol, basketbol, rugby, voleybol, buz hokeyi gibi.

Takım sporlarında karşılıklı bir mücadele söz konusu olup bunda rakip oyuncular birbirleri ile temas edebilmektedirler³⁸. Burada meydana gelen temas dövüş sporlarında olduğu gibi süreklilik arz etmemektedir yai sporu şekillendiren unsur temas değildir. Yine yarışma sırasında oyuncuların birbirlerine teması şiddete dayanmayan bir temastır. Nitekim dövüş sporlarında şiddetin ve temasın sporun tabiatından geldiğini belirtmiştik. Burada ise, futbol örneğinde olduğu gibi oyuncular rakiplerinden top almaya çalışırken birbirlerine temas etmeleri, oyunun kuralları içinde kaldıkları süreç, hukuka uygun kabul edilmektedir³⁹.

Bu açıklamalar çerçevesinde takım sporu, belli bir sporu yapmak maksadı ile bir araya gelen sporcuların takım oluşturarak rakip takımı yenmek üzere o spora ilişkin bilgi, güç ve tecrübelerini ortaya koyarak oynadıkları faaliyet olarak tanımlanabilir.

3. Sıra dışı (Ekstrem) sporlar

Sıra dışı sporlar, kişilerin fiziki güçlerini olması gerektiğinden fazla zorlayarak çoğu zaman olağan üstü bir güç kullanımını gerektiren ve diğer spor türlerinde mevcut olmayan bir tehlikenin bulunduğu spor türleridir. Otomobil ya da motosiklet yarışları, paraşütle atlama, ekstrem tırmanış, sokak kızağı⁴⁰, serbest dalış, rafting, yelken kanat, serbest atlayış, bungee jumping⁴¹ gibi⁴².

Sıra dışı spor türüne bir tanım vermekte güçlük çekilmekte ve sıra dışı ifadesinin subjektif algılamaya bağlı olduğu belirtilerek genel bir tanım vermekten kaçınıldığı ve bazı kişilere göre sıra dışı olan spor türlerinin kimilerine göre sıra dışı olarak nitelendirilemeyeceği belirtilmektedir⁴³. Sıra dışı sporun, sıra dışı organizasyona ilişkin şartlarda ve sınıflandırılmayan faaliyet şeklinde tanımlandığı görülmektedir⁴⁴.

38 ROTH, s. 99,100.

39 RUDLINGER, s. 111.

40 Sokak kızağı, Olimpik kış oyunlarında rastlanan kızağın sıra dışı olanıdır. Sürücüler beton bir pist üzerinde freni olmayan kızakla son sürat giderek birinci bitirmeye çalışırlar. Bkz., NTV, s. 422.

41 Bungee jumping, kişilerin köprü gibi yüksek bir yerden ayaklarına bağlanan halatla aşağıya atıldıkları bir oyun türüdür. Genellikle eğlence amaçlı yapıldığı belirtilmektedir. Bkz., NTV, s.435.

42 Spor kitabı, NTV, s. 422,435.

43 DENIS, s. 92.

44 PERRET, Dominique; Skieur "extrême", Chronosports Editeurs, p.31, nakleden DENIS, s. 92.

Sıra dışı sporların genelde grup halinde yapıldığı belirtilerek sporun doğasındaki tehlikenin sporcuların ortak bilgi ve deneyimleri ile bir ölçüde azaltılabileceği ifade edilmektedir⁴⁵. Bu nedenle bazı yazarlar bu spor türünü takım sporlarında alt başlık olarak incelemişlerdir⁴⁶. Ancak sporun tehlikelilik hali ve sübjektif niteliği dikkate alınarak sıra dışı spor bir spor türü olarak ayrımlar içinde yerini alabilir.

Spor faaliyeti bakımından belirtilen ayrımlardan hangisi benimsenecek olursa olsun bu alanda belirli bir sınırlandırmaya gidebilmek oldukça güçtür. Spor, inceleyeceğimiz üzere, zaman içinde, çeşitleri ve sayıları artarak günümüze kadar gelmiştir. Teknoloji, modern yaşamın süratli gelişimi ve insanın yaratıcılığı ile gün geçtikçe artarak devam edecektir.

III. SPOR TARİHİNİN KISA DEĞERLENDİRMESİ

Tarihsel gelişim içinde, spor faaliyetlerinin, bireyin güç, beceri ve zekasını birlikte kullanması sonucunda oluştuğunu ve geliştiğini söyleyebiliriz. Spor faaliyetlerinin ilk olarak ne zaman ortaya çıktığını tespit edebilmek oldukça güçtür. Ancak M.Ö. 3000-1500 yılları arasında Sümer kalıntılarında, boks ve güreşe benzeyen bazı çizgilerin yer aldığı görülmekle, spor hareketlerinin önce Sümerlerde başladığı ileri sürülmüştür⁴⁷. Ancak daha sonraları yapılan kazılarda bulunan eserlerde sporun neredeyse insanlık tarihi kadar eski olduğuna dair resimler bulunmuştur.

A. Antik Çağ ve Olimpiyatlar

Antik çağ incelemelerinde spor müsabakalarının kansız savaş dövüşleri olduğu belirtilmektedir. Olympiada Yunanlıların tanrı Zeus onuruna yarışmalar düzenlediği ve savaşçıların bir oyun olarak ortaya koyduğu faaliyetler spor olarak değerlendirilmektedir. Eski Yunan'da İlliada destanında anlatılan törende güreş, koşu, disk atma, okçuluk gibi spor yarışmalarından söz edilmektedir⁴⁸.

Antik siteler arasındaki rekabet çeşitli yarışmalarla ortaya konulmuş; tanrılara tapma, kansız savaş sembolleri ile ölüm, savaş, yeniden varoluş üçlüsüne yer verilmiştir⁴⁹.

M.Ö. XI. yüzyılda Eleia'nın kralı İphitus, Spartalılarla savaşı önlemek için kahin Pythia'ya giderek danışması ve onun da tanrıların çok sevdiği oyunları yeniden başlatmasını önermesi üzerine her dört yılda bir Olympiada yapılan oyunlar başlamıştır. Böylelikle, Yunan tanrılarının yaşadığı kabul edilen Olympia dağında düzenlenen ve adını bu dağdan alan oyunlar Mora yarımadasında Pisa ve

45 RUDLINGER; s. 111.

46 RUDLINGER, s. 111-112

47 ERKİNER, Kısmet; Spora Tarihsel Bir Bakış; in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını no: 02, İstanbul, 2007, (s. 55-94), s. 64.

48 ERKİNER, s. 65.

49 <http://www.hickoksports.com/history/olancien.shtml>.

Elis kentlerinde yapılmıştır⁵⁰. Bu oyunları ilk olarak düzenleyen kişinin Deveolion kralı Clymenos olarak bilinmekte, ancak bu oyunların çeşitli nedenlerle sürdürülemediği de belirtilmektedir⁵¹.

M.Ö. 146'da Olimpik Oyunlar Romalıların kontrolüne girmiş ve M.Ö. 80'de Olympia' dan Roma'ya taşınmıştır. Fakat bu değişim oyunlara ilişkin ahlak kurallarının bozulmasına yol açmış ve Roma İmparatoru Theodosius bu oyunların pagan inancısını yansıttığı gerekçesi ile M.Ö. 392 yılında yasaklamıştır⁵². Başlangıcı M.Ö. 1450 olarak kabul edilen Olimpik oyunlar düzenli olarak yapılmaya başlandığı M.Ö. 778 tarihinden yasaklandığı M.S. 392 yılına kadar 1170 yıl boyunca 293 defa gerçekleştirilmiştir⁵³.

Olimpik oyunlara erkek ve özgür Yunanlılar dışında kalan gruplar ve suç işlemiş kişilerin katılmasına izin verilmemekte idi⁵⁴.

Antik Mısır medeniyetinde de bugünkü spor uğraşlarına benzeyen çizim ve tasvirlerle rastlanmıştır. Firavun Djoser'e ait tapınağın içinde yer alan atletizm sahası en eski spor tesisi olarak kabul edilmektedir⁵⁵.

Kısaca belirttiğimiz Antik olimpiyat tarihçesinde spor, barış, şeref, saygınlık, dürüstlük gibi değerlerin toplumda yerleşmesine hizmet etmekte idi. Bu değerler ile, çağımızda adına genel olarak Fair Play denilen spor kuralları arasında büyük benzerlikler görülmekte ve hatta bu süreçle şekillendiği ifade edilebilecektir.

B. Orta Çağ ve Rönesans

Orta Çağ'da beden gücüne dayalı oyunlar öne çıkmıştı. Bu oyunlar, sadece soylular tarafından yapılmaktaydı. Bunlar için turnuvalar, düellolar ve avlar düzenlenirdi. Esas görevleri savaşmak olan soylular bu şekilde savaşa hazırlanırlardı⁵⁶. Orta çağın en yaygın düellosu "joute" adı verilen at üzerinde yapılan düelloydur⁵⁷. Bunun yanı sıra topla oynanan bir takım oyunu olan "soule" çok yaygındı. Geniş bir alanda şiddet içeren hareketlerin de yapıldığı ve futbola benzeyen bu oyun İngiltere'de çok yaygın olarak oynanmış ve yasaklanmıştır⁵⁸.

Bunların yanı sıra, bugünün güreş, golf, hokey ve kriketine benzeyen oyunlara da rastlanmakta idi. XVII. yüzyılın en gözde sporları ise avcılık, binicilik ve at yarışları idi. Bu oyunlarda uygulanan bazı kuralların günümüzde de gelişerek devam ettiğini söylemek mümkündür⁵⁹.

50 GILLET, Bernard; Histoire du sport, Presses Universitaire De France, Que sais-je, 1980, s. 31.

51 GILLET, s.31.

52 ERKİNER, s. 66.

53 GILLET, s. 31. Yunanlıların Gymnase ve Palestre olarak adlandırılan spor faaliyetlerinin gerçekleştirildiği yerlerin mimari yapısı incelendiğinde bugünkü spor alanları ile büyük benzerlik görülmektedir.

54 ERKİNER, s. 67. Oyunların düzenli olarak yapıldığı dönemlerde devletler arasındaki çekişmeler, Olimpik oyunların temelini oluşturduğu ilkelere bozulmalar yaratmış, ahlaki çöküş ile rüşvetin ve şikenin ortaya çıktığı görülmüştür.

55 VOIGT, Dieter; Spor Sosyolojisi, çeviren Ayşe ATALAY, Alkım, İstanbul 1999, s. 224.

56 ERKİNER, s. 72.

57 ERKİNER, s. 73.

58 ERKİNER, s. 73.

59 MILLER, Stephen, The Date of Olympic Festivals, Mitteilungen: Des Deutschen Archaologischen Instituts, Athenische Abteilung, Vol. 90 (1975), s. 228, (s. 215-237).

C. Yeni Çağ: Modern Sporun Doğuşu ve Gelişimi

Bu dönemde sporla ilgili en eski düzenlemelerin Avrupa'nın en kuzeyinde bulunan İzlanda'da X. ve XI. yüzyılda yapıldığı ve seyircilerin de hakem ve hakim rollerinde olduğu belirtilmektedir⁶⁰. Örneğin, düelloda seyirci olan kişinin aynı zamanda hakem olması bu belirtilen düzenlemeden kaynaklanmıştır.

XVII. yüzyılın ikinci yarısına doğru en gözde olan spor dallarının belirli teşkilatlar tarafından düzenlenmesi ile kurumsallaşmaya başladığı görülmekle beraber esas XIX. yüzyılın başlarından itibaren düzenli bir spor akımının başladığı saptanabilmektedir⁶¹. Örneğin, Almanya'da **Friedrick Ludwig Jahn** "*Alman Vatandaşlığı*" eserinde ileri sürdüğü fikirlerini 1811 yılında kurmuş olduğu derneklerle Berlin gençliğini beden eğitimi ve jimnastik yapmaya yöneltmiştir⁶². Yaratılan bu akım zamanla tüm Almanya'ya yayılmıştır. Burada yapılan oyunlara örnek olarak, koşu, atlama, güreş, barfiks, paralel bar, denge tahtası verilebilir.

XIX. yüzyılın en belirgin özelliği, sporda amacın sağlık olması gerekliliğidir. Macaristan'da sporla ilgili düzenlemelerin içinde yer alan 1777 *Ratio Educationis*'te bu özelliği saptamak mümkündür⁶³. Bu düzenleme okullarda öğrencilerin bedensel gelişimi için gerekli teşkilatın ve imkanların sağlanmasını ve aynı ölçüde 1868 de kabul edilen bir kanun (XXXVIII kanunu) ile öğrencileri sportif hareketlerle askerlik hizmetine hazırlamayı öngörmekteydi⁶⁴.

XIX. yüzyılda, Danimarka'da, spor oyunlarından ziyade, sağlık ve savunma üzerinde yoğunlaştığını; atıcılık derneklerinin ulusu korumak için meydana getirildiği ve jimnastik derneklerinin de işgücünde sağlığı korumak amacıyla oluşturulduğu görülmektedir. Bu ülkede sporla ilgili kanunlardan ilki 1814 tarihli olup, sporu sağlık ve eğitimin temeli olarak dikkate almakta idi⁶⁵. Birleşik Krallık da XIX. yüzyılda Macaristan ve Danimarka'nın izlediği politikaya benzer bir yol izlemiş; endüstri devrimi sırasında ihtiyaç duyulan iş gücünün sağlıklı olması ve erkek nüfusun askerliğe hazır olmasını spor ile amaçlamış ve bir süre içinde pek çok ülke aynı amaçla buna benzer düzenlemeler yapma yoluna gitmiştir⁶⁶.

Birleşik Krallık, diğer Avrupa ülkelerine göre daha hızlı gelişme göstermiştir. 1863 yılında futbol federasyonunun kurulması, buna bağlı kuralların oluşturulması ile başlayan süreç, 1882 yılında İngiltere, İskoçya, Galler ve Kuzey İrlanda'nın, "*Adalılar*" olarak Manchester'da toplanıp "*International Board*" organizasyonunu kurması ile devam etmiştir⁶⁷.

60 CHAKER, André – Noel; Etude des législations nationales relatives au sport en Europe, Editions du Conseil de l'Europe, juin 1999, İzlanda, s.9.

61 MILLER, s.228,229.

62 Konuyla ilgili internet siteleri için bkz., http://alb.bron.free.fr/ALB_fichiers/Origine.htm. ; https://www.sporthilfe.de/Sportbriefmarken_2005.dsh ; http://www.sva1889.de/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=20&Itemid=149. Erişim tarihi: 10.12.2008.

63 CHAKER, s.11.

64 CHAKER, s. 11.

65 CHAKER, s.12.

66 CHAKER, s.12.

67 TELLAN, Tolga; Futbol Üretiminin İdeolojisi: Strateji, Taktik, Organizasyon, in İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, Sayı 26 Kış-Bahar 2008, s. 354, (s.353-362).

Finlandiya'da XIX. yüzyılın ortalarına doğru, spor suretiyle fiziki kondisyon, ilk öğretimin başta gelen programlarından biri olmuştur. İlk spor kulüpleri 1860 yılında ortaya çıkmış ve ilk spor organizasyonları da XIX. yüzyılın sonunda yapılabilmektedir⁶⁸.

Lüksemburg, ilk spor kulübünü 1849'da, ilk spor federasyonunu 1899'da, Milli Olimpiyat Komitesi'ni de 1912'de kurmuştur. Sporun tanıtımının sağlanması amacıyla, spora ilişkin ilk yasal metin 1945 yılında yürürlüğe girmiştir. Çek Cumhuriyeti'nin ilk spor organizasyonu 1867'de kurulmuş ve adı SOKOL olan bu organizasyon, 134/1867 sayılı kanunla kurulan en önemli ulusal ve uluslararası organizasyonlardan biri olmuştur.

Sonuç olarak, modern sporların gelişiminde önceleri güçlü sınıfların kendileri için düzenledikleri spor etkinlikleri, bir süre sonra halka yayılmış, eğitim kurumlarına girmiş ve kulüpleşmesi ile de tüm dünyaya yayılmıştır. Bu gelişim sadece kişinin bedensel ve ruhsal yönünü değil aynı zamanda ekonomik bir olgu olarak da yerleşmesini sağlamıştır.

D. Türk Sporunun Gelişimi

Dünya spor tarihinin Yunan sporları ile başladığı görüşü yaygın olmakla birlikte son yüzyılda yapılan araştırmalarda Türklerin spora daha önce başladığı belirtilmektedir⁶⁹. Biz de çalışmamızda Türk Spor Tarihinin evrelerine kısaca değinerek; ilk olarak eski Türklerde spor; Osmanlı döneminde spor ve nihayet Cumhuriyet döneminde spor olmak üzere üç bölümde incelemeye çalışacağız.

I. Eski Türklerde Spor

Türklerde sporun, Orta Asya'da yaşayan eski Türk boylarına kadar uzanan binlerce yıllık bir tarihe sahip olduğu belirtilmektedir. Ergenekon, Manas, Oğuz Kaan ve Gılgamış destanlarında eski Türklerin beden eğitimi çalışmalarından bahsedildiği ifade edilmektedir⁷⁰. Mezopotamya'da yapılan kazılar Sümerlerin milattan önceki yıllarda atla ilgili yarışları geliştirmiş olduklarını ortaya çıkarmıştır⁷¹.

Sümerlerde at yarışları ile birlikte, M.Ö. 3000 yıllarına ait kabartmaların bir kısmında kayık, kürek, kürekçiler; bir kısmında döğüşçüler görülmektedir⁷². Kazılardan ortaya çıkan bilgiler, Sümerlerin özellikle gençlere önem verdiğini, bunları "*Sangu*⁷³" adı verilen beden eğitimine özgü yerlerde eğittiklerini ortaya koymaktadır.

68 CHAKER, s.12

69 YILDIZ, Doğan; Türk Spor Tarihi, Ser Yayıncılık, İstanbul 1979, s. 25.

70 YILDIZ, s. 29; Oğuz Kaan Destanının sonunda yer alan beyiti yazar şu şekilde naklediyor: "*Ey oğullar! Ben çok yaşadım. Çok savaşlar gördüm. Çok ok attım. Çok ata bindim. Çok güreştim. Düşmanlarımı ağılattım. Dostlarımı güldürdüm.*"

71 KESİM, Ümit; Dünya Spor Tarihi, in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını n. 2, İstanbul 2007, s. 102, (s. 97-107). İki tekerlekli, dört koşumlu, ve sürücüsünün ayakta durmasına yarayan bir platform bulunan yarış arabasının bunun ispatı olduğu belirtilerek, M.Ö. 2600'lü yıllara ait bir bronz eserde iki çıplak sporcunun birbirlerinin kispetlerinden tuttuklarının sergilendiği ifade edilmektedir.

72 YILDIZ, s. 38.

73 Sangu, Sümerlerin gençleri savaşa özellikle savaş hazırlamak amacıyla eğittikleri beden faaliyetine dayalı eğitim

Eski Türklerin spora, avcılık, göçebelik ve savaş amacının yanı sıra hastalıkların tedavisi için de başvurmuş olduğu XII. yüzyılda bir Türk bilgini tarafından yazılan “*Kitab-ı Tuhfe-i Mübarizi*” adlı eserde ortaya konulmuştur⁷⁴. Eserde güreş tutmak, seyirtmek (koşmak), bir ayak seyirtmek (uzun atlamak), süngü oynamak, kılıç oynamak, at seyirtmek, ok atmak, top oynamak, amuda götürmek, çelik oynamak, yayan yürümek, yelmek (kısa mesafede hızlı koşmak) anlatılmakta ve bunların hangi hastalıklara iyi geldiği açıklanmaktadır.

Türk boylarında “*çögen*”⁷⁵ olarak bilinen ve günümüzde bir çeşit atlı hokey, polo olarak adlandırılabilir spor türüne; “*gökbörü*”⁷⁶ denilen ve İspanya’da boğa güreşinin bir çeşidi olarak da nitelendirilebilecek oyuna; “*seyirtme*” adı verilen günümüzde koşu olan spora; “*tepiük*” denilen ve bugün futbola benzeyen oyuna ve hatta kayak sporuna benzeyen oyunlara rastlandığı ifade edilmektedir⁷⁷.

Asurlularda öne çıkan spor avcılıktır. Avcılık spordan çok savaş için beceri kazanmak amacıyla yapılmış, sadece kralların aslan avcılığı tehlikeli spor olarak değerlendirilmiştir⁷⁸.

Hunlarda da diğer uygarlıklarda olduğu gibi çocukların eğitime önem verildiği, avcılığın ve savaşçılığın küçük ok atışlarını hayvanlar üzerinde yaptırarak geliştirdikleri ifade edilmektedir. Hun imparatoru Mete Han’ın (Oğuz Han) bulduğu “*Öten ok*” adı verilen bir çeşit okla yapılan üç aşamalı idmanın hem spor faaliyeti olarak hem de asker eğitiminde uygulandığı belirtilmektedir⁷⁹. Mete Han’ın üç büyük oğluna “*Bozok*”, diğer üç oğluna da “*Üçok*” adlarını vermesi, Türklerin okçuluğa verdiği önemin ifadesidir.

Anadolu’da Hititlerde de beden eğitimine önem verilmiştir. Araba yarışı, at yarışı, güreş, kılıç oyunları ve av eğlenceleri düzenlenmiş ve buna ilişkin olarak M.Ö. 1200 yıllarına ait eserlerde, Kral Hattuşil’in bir bayrama katılmak üzere başkent Hattuşaş’a gittiği, kralı karşılamak üzere kent dışına çıkan rahiplerin Hattuşil’in arabasını çeken atlardan birinin gemini ilk yakalayan olmak için yarıştıkları resmedilmiştir⁸⁰. Hititlerde ayrıca, “*kapsuti*” adı verilen bir tür gençlik taburlarında çocuk ve gençlerin beden ve zihinlerini geliştirecek alıştırmaların yapıldığı belirtilmektedir⁸¹.

kurumudur. Bkz. YILDIZ, s. 39.

74 YILDIZ, s.36.

75 Çögen, Çögan, Çevgen, Bandal, Tubuk ya da Tuy olarak da ifade edilmektedir. Çögenin İran’da, Bizans’ta, daha sonra Hindistan’da oynanır olması ve buradan da Portekiz’e geçerek, İngiliz askerleri tarafından da ülkelerine götürülmesinde Eski Türklerin yaptıkları gösterilerin, bu gösterilere sporcuları hazırlayan usta idmançıların da önemli katkıları olduğu belirtilmektedir. Bkz. YILDIZ, s. 34, 90.

76 Gökbörü, dinsel ve geleneksel bir oyun olarak belirtilmekte; oynanış biçimi ise atı salıp oğlağı yakalamak olduğu ifade edilmektedir. Bkz. YILDIZ, s. 102.

77 ERKİNER, s. 85-86.

78 YILDIZ, s. 42-43.

79 Üç aşamalı yapılan ok atmada bir sonraki aşamaya geçmek için o aşamayı başarma şartı aranıyordu. İlk aşama uçan kuşlara ok atma; ikinci aşama çok değerli bir atın üzerine konulan bir hedefe nişan alma ve son aşama da gençlerin eşlerinin başlarına bir hedef koyarak onu vurmalarıydı. İkinci aşamayı geçen gençler Çin’e yapılan akınlara katılmaya hak kazanıyorlardı. Üçüncü aşamaya gelip hedefi vuramayıp, eşlerini yaralayanlara ise İmparator’un öngördüğü ceza uygulanıyordu. Bkz. YILDIZ, s. 47.

80 YILDIZ, s.48,49.

81 KESİM, s. 103.

Selçuklularda atlı ve silahlı sporların gelişmiş olduğu, vücudu geliştirmek ve kuvvet kazanmak için taştan yapılmış halterler kullandıkları bilinmektedir⁸². Büyük Selçuklu Devleti'nin kurulmasıyla Türklerin, Anadolu'nun çeşitli kentlerinde beden eğitimi ve sporla ilgili tesisler ve örgütler oluşturdukları, özellikle Konya'da bunlara büyük önem verildiği ifade edilmektedir⁸³. Selçuklularda ortaya çıkan "Alplik"⁸⁴ töresi, cesaretin, kuvvetin, gayretin, iyi at binmenin, ok ve yay atabilmenin, kılıç kullanabilmenin, dostluğun ve sevginin sembolü olduğu gibi sportmenliğin de bir ifadesi olarak değerlendirilmektedir.

2. Osmanlı Döneminde Spor

Anadolu'da savaş eğitiminin dışında ilk örgütlenme "pehlivan tekkeleri" idi⁸⁵. Osmanlı İmparatorluğunda pehlivan tekkeleri dışında, "Kemaneş Tekkeleri" (okçuluk), "Cümdi Tekkeleri" (binicilik) ve Ok meydanları bulunmakta idi⁸⁶. Tekkelerde şeyh dairesi, idare odası, kütüphane, müze, kış idman salonu, aşhane, koğuş gibi bölümler bulunur ve yarışmalarda önce buralarda uzunca bir süre kalınırdı⁸⁷.

Orhan bey, Bursa'yı aldığı ilk olarak Balıklı Köyü ile Atıcılar Meydanı arasındaki sahayı yarış yeri olarak tanzim etmiş ve bu alanın da Osmanlıların ilk spor alanı olduğu belirtilmiştir⁸⁸.

Osmanlı İmparatorluğu'nda "kılıç kalkan"⁸⁹ önemli bir spor olarak görülmüştür. Bu dönemde kullanılan kılıçlar, gurur, yetenek, güç ve asaleti simgelemiş ve kullanım amacına göre düz kılıç, pala ve kılıç olmak üzere üç ayrılmıştı⁹⁰. Kılıcı tamamlayan kalkan, savunmada kullanılırdı⁹¹. Kılıç-kalkan oyunu, Osmanlı'nın savaşmadığı dönemlerde, savaşa hazırlık olarak yapılan bir güç gösterisi olarak da kabul edilmekte idi.

Osmanlı'da önemli yeri olan sporlardan biri de güreştir. Yiğitliğin sembolü olan güreşin, "Tekke" adı verilen vakıf niteliğindeki örgütler tarafından idare edildiği belirtilmektedir. "Ceb-i Humayun"

82 KESİM, s. 103; Anadolu'da Hititler hariç, diğer Medeniyetlerde spor, savaş eğitimine ve askeri hiyerarşiye uygun yapıldığı ifade edilmektedir.

83 Konya Selçuklu Devleti'nin kuruluşu ile yeni beden eğitimi tesis ve örgütlerinin açılmış ve bu nedenle Konya önem kazanmıştır. Bkz., YILDIZ, s. 60.

84 Osmanlılarda ortaya çıkan akıncı beyleri Alpler Örgütü'nün devamı niteliğindedir. Alp, kuvvet, beceri, zeka ve hünerin simgesidir. Alplikle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YILDIZ, s. 58 vd.

85 KAHRAMAN, M. Atuf; Osmanlı Devletinde Spor, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1697, Ankara 1995, s. 105 vd.

86 İŞCAN, Fehmi; Türklere Spor, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı, Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü, Mili Eğitim Basımevi, Ankara 1988, s. 52.

87 ERKİNER, s. 88. Günümüzde de yapılan Kırkpınar Güreşlerinde önemli bir yeri bulunan Kırkpınar Ağalığı'nın geçmişinin 650 senelik olduğu ve Osmanlı'nın spor organizatörlük yönetimlerinden günümüze intikal etmiş önemli bir örnek olduğu belirtilmektedir.

88 ERKİNER, s. 90.

89 Bu oyun günümüzde ülkemize gelen yabancı turistlere hoş geldin gösterisi olarak yapılmaktadır.

90 "Osmanlı Türkleri'nin yeminlerini kılıçları üzerine ettikleri belirtilerek, Fatih Sultan Mehmet'in, Bosna'daki Latin Kilisesi'ne tanıdığı ayrıcalığı doğrulamak için "kuşandığım kılıç hakkı için" diyerek güvence verdiği belirtilmektedir". Ayrıntılı bilgi için bkz., YILDIZ, s. 191,192,193.

91 Kalkanların orta bölümleri çelik, yan bölümleri söğüt dalından yapılarak, bunların üstlerinin ibrişim ve ipek kumaşlarla örüldüğü belirtilmektedir. YILDIZ, s. 195.

ve “İhsanı Şahane” adlı defterlerde çeşitli güreş turnuvaları, tekkelerin yönetimi, ünlü pehlivanların adları ve kimlere kaçır kuruş aylık ödendiği yazılırdı⁹². İstanbul’da iki Güreş tekkesinden biri Zeyrek yokuşunda, diğeri de Şişhanede bulunmaktaydı. Edirne’de “Pehlivan Cemaleddin Tekkesi” adı ile anılan güreş tekkesi vardı. Ayrıca, Osmanlı toprakları üzerinde Mekke, Cidde, İskenderiye, Şam, Maraş, Amasya, Tokat, Ankara, Bursa, Diyarbakır, Konya, Balıkesir, Urfa, Bağdat, Mısır gibi pek çok şehirde güreş tekkeleri kurulmuştur⁹³.

Selçuklular döneminde başlayan bu spor Bizanslılar ile yakın ilişkiler sonucu daha da çeşitlenmiştir⁹⁴. Bunlardan alınan, günümüzde de oynanan “yağlı güreş” “Kırkpınar Güreşleri” adıyla düzenlenmeye devam etmektedir.

Osmanlılarda güreşten sonra en önemli spor okçuluktur. İlk defa Bursa’da “Atıcılar” adı verilen alan okçuluğa ayrılmış; daha sonra Yıldırım Beyazıt bunu vakfiye haline getirmiş ve zamanla okçuluğa ayrılan alanlar gelişerek “Meydan-ı Kemankeş” (ok meydanları) oluşturulmuştur⁹⁵. Ok meydanlarında, kabza sahibi yani 900 defa ok atmış sporcuların kaydoldukları düzenli olarak tutulan bir sicil defteri bulunduğu ve elde edilen verilere göre sicil defterinde 3375 kabza sahibi kemankeş yani okçunun adının yer aldığı belirtilmektedir⁹⁶. Okçulukta üç tür atış yapılmakta idi. Bunlardan ilki menzil atışı (uzun mesafe atışı); ikincisi puta atışı (hedef atışı) ve üçüncüsü de zarp atışı (demir veya tunç levhaları delmek) idi⁹⁷. Menzil atışında okçular sınıflara ayrılırdı. İhtiyarlar beşer; Dokuz yüzçüler yedişer; Binciler dokuzar; bin yüzçüler on birer ok atarlardı.

Genellikle binicilik de önemli idi⁹⁸. Kanuni Sultan Süleyman döneminde de Edirne, Diyarbakır, Bağdat, Ankara, Sofya, Mekke, Cidde ve daha pek çok yerde at meydanları kurulmuş ve Padişah bu oyunu saray ve orduya ait olmaktan çıkarıp, halka yaymıştır. Zamanla biniciler teşkilatlanmıştır⁹⁹.

Fatih Sultan Mehmet, 1453 yılında İstanbul’u fethettikten sonra, Bizans’tan kalan Hipodromu yeniden yaptırarak buraya “At Meydanı” adını vermiş¹⁰⁰, “Bahriye Kanunnamesi” ile burada savaş gidecek Yeniçerilere at binmenin yanı sıra, yüzme bilme zorunluluğu da getirilmişti¹⁰¹. İstanbul’un fethi ile Fatih Sultan Mehmet, Osmanlı’nın ilk büyük spor tesisi olan Okmeydanını kurmuştur¹⁰². Burada usta okçular yetiştirilmiş ve okçulukla yetinilmeyip aynı zamanda güreş, tüfek atışı ve başka sporlar da yapılmıştır.

92 YILDIZ, s. 198.

93 YILDIZ, s.199.

94 YILDIZ, s.198.

95 ERKİNER, s. 89.

96 KUNTER, Halim Baki; Eski Türk Sporları, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1938, s. 16 vd.

97 KUNTER, s. 38 vd.

98 ERKİNER, s.90.

99 İŞCAN, s. 65. Bunun da Türk sporunda profesyonelliğin başlangıcı olarak kabul edildiği belirtilmektedir.

100 GÜVEN, Özbay; Türklerde Spor Kültürü, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, 1992, s. 25. 1618’de II. Osman’ın atı “Sisli Kar”ın mezarının Selimiye’de Saray Bahçesinde bulunması; Karacaahmet Mezarlığında “Atlar Mezarı” denilen kubbeli mezar; Bursa’da “Sanıcı Dede” isimli at mezarı bunlara örnek teşkil etmektedir.

101 İŞCAN, s. 60. Yüzme sporunun başlangıcı olarak kabul edilen tarih olarak belirtilmektedir.

102 YILDIZ, s. 169.

Osmanlılarda, “Avcılık”da çok önemli ve yaygındı. Padişah fermanları ile özel av dönemleri ve alanları tespit ve tayin edilir, av alanları korucular tarafından korunur, buralara halkın girmesine katiyen izin verilmezdi¹⁰³. Osmanlı İmparatorluğu’nda avcılıkla ilgili ilk düzenleme Sultan III. Murat’ın 1586’da çıkardığı fermanıdır. 1615 yılında çıkan bir diğer fermanla da avcı olmayanların geceleri silahla gezmesi yasaklanmış; 1679’da Sultan IV. Mehmet’in fermanı ile av için tahıl gerektiği belirtilerek bunun sağlanması emredilmiştir¹⁰⁴.

Osmanlı İmparatorluğu’nun son dönemlerine doğru modern spor yerleşmeye başlamış, 1839’dan sonraki yıllarda, askeri ve sivil okullara ilk defa jimnastik dersleri konulmuş ve yabancı öğretmenler eşliğinde spor eğitimi verilmiştir¹⁰⁵.

Ülkemizde spor kulüplerine benzer örgütlenmelerin ve ilk spor kulüplerinin ortaya çıkışı Osmanlı Devletinin son dönemlerine rastlamaktadır. 1863 yılında beden eğitimi dersi ilk kez bazı yüksek okulların ve 1869 da da Rüştiyelerin ders programlarında yer almıştı¹⁰⁶.

İlk düzenli müsabaka 1903 yılında “İstanbul Futbol Birliği”nin kurulması ile gerçekleştirilmiştir. 1908 yılında Meşrutiyetin ilanı ile gelen özgürlük, spor alanında da kendini göstermiştir¹⁰⁷. Bu yıllarda herhangi bir resmîyete sahip olmayan spor kuruluşları 1909 yılında çıkartılan “Cemiyetler Kanunu” ile önceden izin gerektirmeyen özel hukuk tüzel kişiliğine kavuşmuşlardır¹⁰⁸. Aynı yıllarda kurulan “İstanbul Kulüpleri Ligi” 1914’e kadar devam etmiştir¹⁰⁹.

1908 yılında Meşrutiyetin ilanı ile Osmanlı Milli Olimpiyat Cemiyeti kuruldu. 1911 yılında Uluslararası Olimpiyat Komitesi tarafından kabul edilerek tanındı. Ancak, Uluslararası Olimpiyat Komitesi, I. Dünya Savaşına neden oldukları gerekçesiyle aralarında Osmanlı Devletinin de bulunduğu bazı devletleri organizasyondan ihraç etmiştir. Nihayet, Kurtuluş Savaşını takiben 1924 yılında Türkiye Millî Olimpiyat Cemiyeti adı ile yeniden kurulan Komite, 1924 Paris Oyunlarına da katılmıştır¹¹⁰.

103 KAHRAMAN, s. 210.

104 YILDIZ, s. 149.

105 KESİM, s.104; “Birinci Dünya Savaşı ile birlikte yenik devletler içinde bulunan Türkiye’nin Uluslararası Olimpiyat Komitesi üyeliği silinmiştir. Selim Sırrı Tarcan, 1924 yılında Paris’te düzenlenecek Olimpiyat Oyunlarına Türkiye’nin katılımı için girişimde bulunarak, tekrar Olimpiyat Komitesi temsilcisi seçilmiş ve olimpiyat oyunlarına katılımı sağlamıştır.”

106 KARAKULLUKÇU Ömür Fatih; Spor Yönetiminde Son Gelişmeler, <http://www.bedenegitimi.gen.tr/upload/w113d4/paspa/spor%20y%C3%B6netiminde%20son%20gelişmeler.pdf>, erişim tarihi:12.08.2009.

107 DEVECİOĞLU, Sebahattin; Futbolun Yasal Evrimi ve Son Gelişmeler, <http://www.ekospor.com/My-Articles/Futbolun-YasalEvrimi-ve-Son-Gelismeler.pdf>, www.fesam.org, s.2, erişim tarihi: 10.11.2009.

108 7. Zilhice Tarihli Kanun-ı Esasî’nin Bazı Mevadd-ı Muadelesine Dair Kanun, (Cemiyetler Kanunu) 5 Şaban 1327 ((Ağustos 1909) Cemiyetler Kanunu’nun 120. maddesi uyarınca, “Kanun-ı mahsusaya tebaiyet şartı ile Osmanlılar hakk-ı içtimaa maliktir. Devlet-i Osmaniye’nin temamiyet-i mülkiyesini ihlal ve şekl-i meşrutiyet ve hükümeti tağvir ve Kanun-ı Esasî ahkâmı hilafında hareket ve anasır-ı Osmaniye’yi siyaseten tefrik etmek maksatlarından birine hadim veya ahlak ve adab-ı umumiyeye mugayir cemiyetler teşkili memnu’ olduğu gibi alet itlat hafî cemiyetler teşkili de memnu’dur”.

109 KESİM, s. 104; Türk Futbolu, spor kulüplerinin Cemiyetler Kanunu’na göre tescil yaptırmaya başlanması ile gelişme yolunda adım atmıştır. 1903 yılında Beşiktaş, 1905 yılında Galatasaray, 1907 yılında Fenerbahçe faaliyete geçen ilk spor kulüpleri olmuştur.

110 ERTEN, s.124.

3. Cumhuriyet Döneminde Spor

Türkiye’de sporun teşkilatlanması, 1922 yılında 16 spor kulübünün birleşip Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı’nı kurmaları ile başlamıştır¹¹¹. Bağımsız, özerk ve yerinden yönetim kuralları içinde idare edilen Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı’nın kurulmasıyla spor kulüpleri ilk olarak kulüpler üstü teşkilatlanmayı gerçekleştirmiş¹¹² ve Türk sporunun ilk ve düzenli teşkilatlanması olarak nitelendirilebilecek yapının kurulması sağlanmıştır¹¹³. Buna bağlı olarak kurulan ilk federasyonlar, güreş, futbol ve atletizmdir.

1922-1936 yılları arası devlet, sporu Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı vasıtasıyla idare etmeye çalışmıştır. Bu amaçla ittifak, kamu yararına cemiyet niteliğinde, yurt dışında Türkiye’yi temsil eden tek spor teşkilatı olup devletten mali yardım görmekteydi¹¹⁴. Cumhuriyet’in kuruluşundan sonra özellikle 1930’lu yıllarda, Mustafa Kemal Atatürk, Türk sporunun gelişimi için yurt dışından konunun uzmanlarını getirtmiş, yurtdışına sporcular göndermiştir. Yapılan araştırmalar sonunda Almanya spor modeli alınarak, eğitim ve sağlık gibi sporun da bir devlet işi olarak ele alınması ile Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü’nün kuruluşuna vesile olmuştur¹¹⁵. 1936-38 yılları arası Türk sporu, merkezîyetçi anlayışla idare edilmiştir. Bu dönemde en yetkili spor kuruluşu Türk Spor Kurumu’dur¹¹⁶. 1932’de kurulan Türk Spor Kurumunun kuruluş Tüzüğü’nün 1. maddesinde bu kurumun amacı şu şekilde ifade edilmiştir: *“Türkiye’de sporun milli ve fenni esaslara göre yayılmasına çalışır, Türk sporculuğunu yurt içinde ve dışında temsil eder.”*¹¹⁷.

Türk Spor Kurumu, 16.07.1938 tarihli 3961 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 3530 sayılı Beden Terbiyesi Kanunu ile Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü’nün kurulmasına kadar görevini yerine getirmiştir. Genel Müdürlüğün kurulması ile birlikte atletizm, futbol, güreş, su sporları, atıcılık, dağcılık, kış sporları, eskrim, dağcılık gibi sporların federasyonları bu merkez teşkilatına bağlanmıştır. Beden Terbiyesi Kanunu ile kurulan kamu tüzel kişiliği haiz Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü Türk sporunu 1986 yılına kadar yönetmiştir; Kurulduğunda Başbakanlığa bağlı bir devlet kuruluşu iken, 1942’de 4235 sayılı değişiklik kanunu ile Milli Eğitim Bakanlığı’na; 1960 tarihinde tekrar Başbakanlığa bağlanmıştır¹¹⁸. Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü, 1969 yılında

111 SÜMER, Rıza; Sporda Demokrasi, Türkiye’de Spor Federasyonlarının Tarihsel Gelişimi, Şafak Matbaacılık, s.12, 13. Ankara, 1990, s. 20-105.; Spor Ansiklopedisi, Morpa Kültür Yayınları, İstanbul, 1997, c.III, s.7.

112 SÜMER, s. 13

113 ÖZMADEN, Harun; Cumhuriyet Dönemi İlk Spor Teşkilatı, Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (1922-1936)’nın Yapılanma Sürecinde Beden Eğitimi ve Sporun Fonksiyonları, Fonksiyonlardaki Değişmeler ve Toplumsal Hayata Etkileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, M.Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Beden Eğitimi ve Spor Anabilim Dalı, 1999, İstanbul, s. 20 vd.

114 TAYGA, Yunus; Türk Spor Tarihine Genel Bakış, GSGM Yayını, No:87, Ankara, 1990, s.162-164

115 FİŞEK, Kurthan; Dünya’ da ve Türkiye’de Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Spor Yönetimi, Bağırğan Yayınevi, Ankara, 1998, s.388.

116 EKENCİ, Güner; Gelişim Aşamaları Bakımından Türk Spor Teşkilatı Değerlendirmesi, Gazi Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, 1997, c. II, s. 72-80.

117 AKDENK, Mürsel, Türkiye’de spor elemanlarının yetiştirilmesi Politikası, Türk Spor Şurası Tebliği, 28-30 Mart 1980, Ankara, s. 17.

118 ERDEM, Ahmet Necati; Türk Federasyonları Yapılanması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in Spor Hukuku Tezleri, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, Ekim 2007, s. 194 (s. 169,264).

Gençlik ve Spor Bakanlığı'nın kurulmasıyla, 6 Şubat 1970 tarih, 3/707 sayılı Cumhurbaşkanlığı tezkeresiyle bu bakanlık kapsamına alınmıştır.

Sporun gelişimi ve Kanun'un ihtiyaçlara cevap veremez hale gelmesi ile 3530 sayılı Beden Terbiyesi Kanunu yürürlükten kaldırılmış ve 1986'da, 3289 sayılı Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkındaki Kanun kabul edilmiştir¹¹⁹. Bu kanunun amacı, merkezde katma bütçeli ve tüzel kişiliğe sahip Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü'nün teşkilat görev ve yetkilerine ait esas ve usulleri düzenlemektir. Beden Terbiyesi Genel Müdürlüğü, 1989 yılında 356 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü adını alarak Başbakanlığa bağlanmıştır¹²⁰.

1991 yılında 3289 sayılı Kanunun çeşitli hükümlerinde yapılan değişiklikle sporda bağımsızlaşma dönemine geçilmiş ve Kanununun 18. maddesinin 2. fıkrasında yapılan değişiklikle, futbol tamamen Gençlik ve Spor Müdürlüğü'nün gözetim ve denetiminden çıkarılmıştır. Bu gelişmenin devamı 1992 yılında da 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile, Türkiye Futbol Federasyonu kurulmuştur. Futbola ilişkin olarak, GSGM'nin tek yetkisi, 3289 sayılı Kanununun 2.maddesi uyarınca futbol müsabakalarında müşterek bahis (Spor-Toto ve Spor-Loto) düzenlemektir.

Günümüzde, 3289 sayılı GSGM Teşkilat Kanunu yürürlükte iken, yakın geçmişte, 16 Mayıs 2009 tarihinde 5894 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun 27230 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve bu Kanunun Türk Sporunu için adeta bir evrim olduğu ifade edilmiştir¹²¹. Bundan sonraki önemli değişiklik ise teşkilatın yapısını kökten bir değişiklik olan, Gençlik ve Spor Bakanlığının kurulmasıdır. Gençlik ve Spor Bakanlığı, 06/4/2011 tarih ve 6223 sayılı Kanunun verdiği yetkiye dayanılarak, Bakanlar Kurulu'na 3/6/2011 tarihinde kararlaştırılmıştır. Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün 3289 sayılı kanunda yer alan "Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü" ibaresi ise, Gençlik ve Spor Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹²² ile, "Spor Genel Müdürlüğü" olarak değiştirilmiştir. Spor genel müdürlüğü adı ise son olarak, 10/07/2018 tarihli 1 No'lu Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde ile "Spor Hizmetleri Genel Müdürlüğü" olarak değiştirildi¹²³.

119 ÜÇİŞİK, Hasan Fehim; Sporda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ötüken Neşriyat, Yayın No: 451, İstanbul, 1999, s.40; 3289 sayılı Kanuna ait tasarının genel gerekçesinde belirtildiği üzere, bu Kanun, teşkilatı, sporcusu, kulüpleri, özel ve kamu tüzel kişileri ile spor ve spor faaliyetlerini bir bütün olarak düzenlemiş olması ve bunun sonucu olarak, toplu konut projelerine spor saha ve tesisi konulması gibi konulardaki hükümleri bakımından spor kanunu niteliğindedir.

120 24/1/1989 tarih ve 356 sayılı KHK'nin 6 ncı maddesi ile Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanunun adı "Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü'nün Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" olarak değiştirilmiş ve metne işlenmiştir. Aynı madde ile, bu Kanununun 2 nci maddesinin (b) bendi hariç olmak üzere 3289 ve 7258 sayılı Kanunlarla diğer mevzuattaki gençlik ve spor faaliyetleri ve hizmetlerine ilişkin hükümlerde yer alan "Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü" ibareleri "Gençlik ve Spor Genel Müdürlüğü", "Beden Terbiyesi ve Spor İl ve İlçe Müdürlükleri" ibareleri "Gençlik ve Spor İl ve İlçe Müdürlükleri", Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı" ibareleri "Başbakanlık" ve "Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanı" ile "Bakan" ibareleri "Başbakan" olarak değiştirilmiştir. Daha sonra bu ibareler 14/3/1991 tarih ve 3703 sayılı Kanununun 7 nci maddesi ile aynen kabul edilerek kanunlaşmıştır. Bkz. <http://www.bilgi-rehberi.com/kanunlar/kanun13289bes.html>

121 343 sayılı Esas Komisyon Raporu için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss343.pdf>

122 Kanun Hükmünde Kararname Tarihi: 03/06/2011, No: 638; Yetki Kanunu Tarihi: 06/04/2011, No: 6223, yayımlandığı RG. Tarih: 08/06/2011, No: 27958 mükerrer, Yayımlandığı düstur: tertip:5, cilt: 50

123 Yayımlandığı RG. Tarih ve Sayı: 10/7/2018 – 30474

IV. SPORUN HAKLAR İÇİNDEKİ YERİNİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

Özgürlük genel olarak, insanın, insan olduğu için sahip olduğu bir gücün, *serbest hareket edebilme gücünün*¹²⁴, *bağımsızlığının* ifadesi¹²⁵ olarak belirtilmektedir. Kavram yakından incelendiğinde şu tanımla karşılaşılmaktadır; özgürlük, “*yasalarla teşkilatlanmış bir toplum içinde, kişinin hiçbir zorlamaya uğramadan, hareketlerini, ilişkilerini serbestçe düzenleyebilmesidir*”¹²⁶. Toplum içinde yaşayan bireyler özgür hareket edebilmeli, kararlarını serbest iradesi ile alabilmeli ve uygulayabilmelidir. “*Özgürlük kanunların üstünde, insan varlığı ile ilgili bir haldir. Kanunlar onu ihdas etmez, fakat tanzim eder*”¹²⁷.

XX. yüzyılda, 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, 1954 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer ulusal ve uluslararası belgelerle, birey, öncelikle yaşam hakkından, sağlık hakkına, eğitim hakkından, çalışma hakkına, mülkiyet hakkından çevre hakkına kadar pek çok hak ve özgürlüklerle donatılmıştır. Bu donanım ile söz konusu hak ve özgürlükler belirli bir sınıflandırmaya tabi tutulmuş ve insanın insan olmasından kaynaklanan yaşam hakkı, vücut bütünlüğü gibi sert çekirdek haklarına öncelik verilmiştir. Bu sıralamaya göre ilk olarak birinci kuşak, negatif statü hakları ya da klasik haklar¹²⁸; ikinci olarak sosyal haklar, pozitif statü hakları yani ikinci kuşak haklar¹²⁹, son olarak da üçüncü kuşak, aktif statü hakları yani dayanışma hakları¹³⁰ gelmektedir. Birinci kuşak haklar, devletin dokunamayacağı alanı belirten klasik hak ve hürriyetler alanını oluşturmakta ve devletin negatif yükümlülüğünün bulunduğu alanı belirtmekte¹³¹; ikinci kuşak haklar bireye devletten olumlu bir davranış, hizmet ve yardım isteme hakkını veren yani devlete pozitif bir yükümlülük yükleyen alanı çizmektedir¹³². Üçüncü kuşak haklar birinci ve ikinci kuşak haklardan farklı olarak, var olabilmeleri için hem devletin hem bireyin aktif ve ortak çabaları gerekmektedir¹³³. Bu nedenle üçüncü kuşak haklara dayanışma hakkı da denilmektedir. Sporun haklar kategorisi içinde yerini tespit edebilmek güçtür. Spor tarihinin insanlık tarihi ile neredeyse

124 ÖKTEM, Niyazi; Özgürlük Sorunu ve Hukuk, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977, s.65 vd.; BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, İstanbul, s.9.

125 TUNAYA, Tarık Zafer; Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1969, s. 361.

126 BAYRAKTAR, s. 10.

127 ÖKTEM, s.290.

128 Klasik haklar ya da birinci kuşak haklar sırasıyla; yaşam hakkı ve kişi dokunulmazlığı; Kişi özgürlüğü ve güvenliği; Düşünce ve düşünceyi açıklama özgürlüğü; inanç ve ibadet özgürlüğü, konut dokunulmazlığı, mülkiyet hakkı, eşitlik hakkı, dernek kurma hakkı, toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkı, dilekçe hakkı, seçme ve seçilme hakkı, kamu hizmetine girme hakkı, tarafsız ve bağımsız bir hakim önünde yargılanma ya da adil yargılanma hakkı olarak belirtilmektedir. Birinci kuşak haklar, bireylere devletin karışamayacağı bir alan yaratmaktadır. AKIN, İlhan; Temel Hak ve Özgürlükler, 2. bası, İstanbul, 1968, s.5; KAPANİ, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, B.7, Ankara, 1993, s. 6.

129 İkinci kuşak ya da sosyal haklara örnek olarak, çalışma hakkı, sendika kurma hakkı, grev ve toplu sözleşme hakkı, işyeri yönetimine katılma hakkı, dinlenme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, parasız eğitim ve öğrenim görme hakkı, sağlık hakkı, beslenme hakkı gibi haklar verilebilir. AKIN, s.5; KAPANİ, s. 6.

130 KABOĞLU, İbrahim; Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, İstanbul, 1993, s. 31. Bu haklar, çevre hakkı, gelişme hakkı ve barış hakkı olarak sayılmaktadır.

131 SOYSAL, Mümtaz; Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, B.11, İstanbul, 1997, s. 137. AKIN, s.5; KAPANİ, s. 6; BAYRAKTAR, s. 12.

132 AKIN, s.5; KAPANİ, s. 6; BAYRAKTAR, s. 12.

133 UYGUN, Oktay; İnsan Hakları Kuramı, in İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, Cogito-98, Aralık 2000, s.25.

paralel olması kendisini birinci ya da ikinci kuşak haklardan yapmaya yetmemiştir. Bu belirsizlik günümüzde sporun haklar içindeki yerinin sorgulanmasına sebep olmuştur.

Günümüzde sporun sosyal değeri herkes tarafından tanınmakta ve kabul görmektedir. Türkiye’de de diğer pek çok ülkede olduğu gibi, sportif faaliyetler ön plana çıkmaktadır. Sportif faaliyetler temelini kişi özgürlüğünden almaktadır. Ancak bu gibi faaliyetlerde bulunmanın bağımsız bir hak ve özgürlük oluşu ya da diğer haklar içinde yer alışı tartışılmıştır.

Spor özgürlüğü İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra, yeni hak taleplerinden biri olarak ortaya çıkan, kolektif boyutu olan haklardan¹³⁴ biri olarak değerlendirilmektedir. Kolektif haklar doktrinde üçüncü kuşak haklar olarak da nitelendirilmektedir. Bu hak grubunda ortaya çıkan ana özellik dayanışmadır. Birinci kuşak¹³⁵ ve ikinci kuşak¹³⁶ haklarda devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri olduğu halde, üçüncü kuşak haklarda devletin, kişilerin ve grupların dayanışması vardır.

Spor hakkının Devlet tarafından düzenlenmesi, koruma altına alınmasının yanı sıra günümüzde çok önemli bir etkinlik haline dönüşmesi bunun üçüncü kuşak hak olarak değil, karma nitelikte bir hak olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağı sonucuna bizi ulaştırmaktadır. Yasal düzenlemelere bakıldığında sporun doğrudan bir hak olarak düzenleme altına alınmadığı görülmektedir. Anayasamızın 59. maddesi¹³⁷ ile Devlet’in sporu düzenlemesi hüküm altına alınırken, spor, kişi dokunulmazlığı¹³⁸, bireyin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi; eğitim ve öğretim hakkı¹³⁹; çalışma ve sözleşme

134 UYGUN, s.37.

135 Bu haklara örnek olarak, İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde belirtilen haklardan, Yaşam Hakkı, Kişi Dokunulmazlığı, Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği, Düşünce ve İfade Özgürlüğü, İnanç ve İbadet Özgürlüğü, Konut Dokunulmazlığı vb. haklar verilebilir.

136 Bu haklara sosyal haklar da denilmektedir. Bu haklarda ortaya çıkan belirgin özellik Devlete pozitif bir yükümlülük getirmekte, diğer bir ifade ile Devlet kişiye hizmet sunmakla örneğin eğitim ve öğrenimi temin etmekle, dinlenmesini temin etmekle yükümlüdür.

137 T.C. Anayasası m: 59’a göre; “Devlet, her yaşta ki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder. Devlet başarılı sporcuyla korur. (Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz.”

138 T.C. Anayasası m: 17/1’ e göre; “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

139 Anayasa’nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler başlıklı üçüncü bölümünde yer alan 42. Maddesi Eğitim ve Öğrenim hakkı ve Ödevini öngörmektedir. Buna göre; “MADDE 42. – Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz. Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve Devlet okullarında parasızdır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, Devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

(Ek fıkra: 9.2.2008-5735/2 md.) Kanunda açıkça yazılı olmayan herhangi bir sebeple kimse yükseköğrenim hakkını kullanmaktan mahrum edilemez. Bu hakkın kullanımının sınırları kanunla belirlenir. (*)

(*Bu fıkra, 9/2/2008 tarihli ve 5735 sayılı Kanununun 2 nci maddesi ile eklenmiş ve metne işlenmiştir. 5735 sayılı Kanun; Anayasa Mahkemesi’nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.: 2008/116 sayılı Kararı ile iptal edildiğinden, bu Kanunun, uygulanmasından doğacak sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların önlenmesi ve İptal Kararının

özgürlüğü¹⁴⁰ ve çalışma hakkı¹⁴¹ ve sağlık hakkı¹⁴² ile yakın bağlantılıdır. Spor, toplum içinde bireylerin kendilerini geliştirmesi için önemli bir araç olduğu gibi, aynı zamanda, eğitim ve öğretim hayatında öğrencilerin kendilerini beden ve ruhen geliştirmesi yönünden önemli bir etkinliktir. Günümüzde de spor, ekonomik hayatın içinde kendine bir yer açarak çalışma sahası bulmuştur.

Anayasa'nın 59. maddesi bireyin kendini spor alanında geliştirebilmesi için, Devletin sporu teşvik etmesini, bireylere imkanlar sağlamasını öngörmektedir. Ancak bu hüküm tek başına değerlendirilmemelidir. Bireyin kendisini geliştirme hakkı aynı zamanda Anayasa'nın 17. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen "Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" hükmü ile koruma altına alınmıştır. Bu yönüyle ele alındığında insanların, yaşama, maddi ve manevi varlıklarını koruma ve geliştirme hakkı ile 59. maddenin beraber değerlendirilmesi doğru olacaktır. Gerçekten de spor kişilerin gerek bedensel, gerek ruhsal anlamda kendilerini geliştirmek için yapmış oldukları bir faaliyettir. Bu da kişilerin maddi ve manevi varlıklarını geliştirme yönünden itici bir unsur olmakta ve hayata karşı bir direnç sağlamaktadır. Spor bir yükümlülük değil bir tercihtir. Bu tercihi yapan kişiler devletin sağladığı imkanlardan yararlanarak kendilerini geliştirdikleri gibi bunları koruma ya da devam ettirme hakkına da sahiptirler. Kişinin kendisini geliştirmesi geniş bir kavramdır, bütünselliği içerir. Bunun içine bedeni, ruhi, maddi ve manevi hayat girmektedir. Spor da bu gelişim için bir araç olup, bundan yararlanmak kişi bakımından bir haktır. Diğer yönden spor kişinin kendini geliştirmesi olarak kabul edildiğinde özel hukuk bağlamında bir "kişilik hakkı" olarak da kabul edilmektedir¹⁴³.

sonuçsuz kalmaması için Kararın Resmî Gazete'de yayımlanacağı güne kadar Anayasa Mahkemesi'nin 5/6/2008 tarihli ve E.: 2008/16, K.:2008/16(Yürürlüğü Durdurma) Kararı ile Yürürlüğünün Durdurulması hükmü altına alınmıştır.)

Devlet, maddî imkânlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alır. Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilemez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tâbi olacağı esaslar kanunla düzenlenir. Milletlerarası andlaşma hükümleri saklıdır."

140 T.C. Anayasası'nın Çalışma ve Sözleşme Hürriyetini düzenleyen 48. maddesine göre; "Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır".

141 T.C. Anayasası'nın Çalışma hakkı ve ödevini öngören 49. Maddesine göre; "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

(Değişik: 3.10.2001-4709/19 md.) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."

142 T.C. Anayasası'nın Sağlık Hizmetleri ve Çevrenin Korunmasını düzenleyen 56. maddesine göre; "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.

Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devleti herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."

143 ERTAŞ, Şeref; Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, no. 2, İstanbul 2007, sh 240, (s.239-263).

Çalışmamızın bu bölümünde spor hakkının niteliğini ortaya koyabilmek bakımından önce sporun Türk Anayasası'ndaki yerini; daha sonra sporun, sosyal haklardan eğitim hakkı, çalışma hakkı ve sağlık hakkı karşısındaki durumunu incelemeye çalışacağız.

I. Türk Anayasası'nda Spor

Spor, Türk anayasal gelişimi içerisinde ilk olarak 1982 Anayasası'nda yer almıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası "Gençlik ve Spor" başlıklı IX. Bölümünün 58. ve özellikle 59. maddesinde sporun geliştirilmesini öngörmektedir. Anayasa'nın 58. maddesi¹⁴⁴, gençliğin korunmasını düzenlemekte ve gençlerin kişisel ve bedensel gelişimi konusunda Devletin yükümlülüğünü öngörmektedir.

Türk Anayasası'nın "Sporun Geliştirilmesi ve Tahkim" başlıklı 59. maddesi "(1) Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyla korur.

(Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz". Anayasanın 59. maddesinin 1. fıkrasında "Devlet her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder." diyerek Devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerinden bahsetmektedir. Devlet sporcuyla teşvik edecek, bunun için gerekli imkanları temin edecektir. Bu konuda temin edilmesi gereken alt yapı da devlet tarafından hazırlanacaktır¹⁴⁵.

Söz konusu maddenin 2. fıkrasında da "Devlet başarılı sporcuyla korur" ifadesi yer almaktadır. Buradan çıkarılacak anlam devletin başarısız olanı korumayacağı değildir. Devlet her sporcuyla koruyacaktır, başarılı sporcunun faaliyetlerini de özel olarak destekleyecektir.

Son fıkra önemli bir çelişkiyi ortadan kaldırmak amacıyla 17/3/2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir. Buna göre artık, spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz denilmek suretiyle adli yargının önü kapatılmıştır.

Anayasa'nın 59. maddesinin gerekçesinde "Sağlık hizmetlerinin bir parçası, beden sağlığının spor yaptırılarak korunmasıdır. Sporun kitlelere yayılması bu amacın teminine yarayacak araçlardan en

144 Anayasa'nın 58. maddesi "Devlet, istiklal ve Cumhuriyetimizin emanet edildiği gençlerin müspet ilmin ışığında, Atatürk ilke ve inkılapları doğrultusunda ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü ortadan kaldırmayı amaç edinen görüşlere karşı yetiştirme ve gelişmelerini sağlayıcı tedbirleri alır. Devlet, gençleri alkol düşkünlüğünden, uyuşturucu maddelerden, suçluluk, kumar ve benzeri kötü alışkanlıklardan ve cehaletten korumak için gerekli tedbirleri alır" demektedir.

145 BIÇAKÇI, Levent; Türkiye'de ve Dünyada Spor Hukuku, Yargısı ve Özellikleri, in Spor Hukuku Kolokyumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ağustos 2005, İstanbul, s.6.

*etkinidir. Sporun geliştirilmesi, sadece fiilen spor yapanları değil, seyircileri için de eğitici ve sağlık kurallarına uygun bir ortamda yaşamaya sevk edici etkileri sebebiyle Devletçe ele alınması bir başka sebeptir.*¹⁴⁶ şeklinde sporla elde edilmek istenen amaç belirtilmiştir.

Madde, gerekçesi ile beraber değerlendirildiğinde sporun geliştirilmesinin amacı, hem sporcu, hem de izleyici bakımından sağlığın korunması, eğitimin geliştirilmesidir. Devlet sporu bir kamu hizmeti olarak ele alıp bunu toplumdaki bireylere cazip hale getirecektir. Bu devletin pozitif yükümlülüğüdür.

2. Sosyal Haklar Çerçevesinde Sporun Değerlendirilmesi

Spor yapmanın bir hak olarak nitelendirilmesi sorunu önemlidir. Sporun, eğitim ve öğretim hakkı ile birlikte çalışma özgürlüğü içinde bulunduğu; aynı şekilde bireyin bedensel, ruhsal yönden kendini geliştirmesi ile sağlık hakkının kapsamında yer aldığı ifade edilebilir. Sporun bu özellikleri belirtildiğinde, sosyal haklar içindeki yerinin tespiti ve hatta spor hakkının sosyal haklar içinde ayrı bir hak olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusunun çözüme kavuşturulmasının gerekli olduğu ortaya çıkmaktadır. Belirtilen bu sebeplerle, çalışmamızın bu bölümünde, sporun eğitim hakkı, çalışma hak ve özgürlüğü ve sağlık hakkı kapsamında değerlendirmesini yaptıktan sonra görüşümüzü açıklamaya çalışacağız.

a. Eğitim Hakkı ve Spor

Eğitim bireye, kişiliğini tam olarak geliştirme; siyasal, sosyal ve kültürel yaşama etkin biçimde katılma; tüm insan haklarının korunmasına, geliştirilmesine ve kullanılmasına bilinçli olarak katkıda bulunma imkânı veren bir hak olarak gerek anayasalarda gerekse insan hakları belgelerinde¹⁴⁷ tanınmıştır.

Sosyal devlet¹⁴⁸ eğitim ve öğretimi devletin başta gelen ödevi sayar ve tüm vatandaşların eşit imkanlar içinde bundan yararlanmasını sağlar. Eğitim hakkının öznesi herkes¹⁴⁹ olmakla birlikte ilk akla gelen özne çocuklardır¹⁵⁰. Eğitim hakkı, özellikle ebeveyne çocuklarını yetiştirme özgürlüğü ile gerçek ve tüzel kişilere öğretim kurumları açma hakkı tanırken; devlete de özellikle ilköğretim için öngörülen zorunluluk ve parasızlık ilkeleri ile bu hakkın gerçekleştirilmesi ödevi yüklemektedir¹⁵¹. Bu da eğitim hakkının sosyal bir hak olmasından kaynaklanmaktadır. Sosyal

146 Resmî Gazete, 09/11/1982; S. 17863 (Mükerrer) için bkz., İZGİ, Ömer – GÖREN, Zafer; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002, s.610-611.

147 İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 26; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 13; Öğretim Alanında Ayrımcılığa Karşı Mücadele Sözleşmesi, BM Çocuk Hakları Bildirisi m. 7, 51, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.26 ve 29 gibi.

148 Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi ile sosyal haklar vazgeçilmez haklar olarak yerini almıştır.

149 GÜLMEZ, Mesut; Eğitim ve İnsan Hakları Eğitimi Hakları, in İnsan Hakları, Cogito, YKY, İstanbul, 1998, s. 311, (s. 309-336).

150 Tevhid-i Tedrisat Kanunu, Milli Eğitim Temel Kanunu, Yüksek Öğretim Kanunu, İlköğretim ve Eğitim Kanunu, Özel Eğitim Kurumları Kanunu gibi kanunlar Anayasa'nın eğitim hakkından kaynaklanan ve Devlet'in özellikle ilköğretim için öngörülen zorunluluk ilkesiyle somutlaşan kanunlara örneklerdir.

151 GÜLMEZ, s. 313.

hak, batı demokrasilerinde sosyal eşitlik amacına yönelmiş, iktisadi ve sosyal eşitsizliklere tepki niteliğinde olan ve bunu giderme amacına yönelik hak olarak tanımlanmaktadır¹⁵². Sosyal hak, sahibine kendine bir şeyin yapılmasını, bir edimde bulunulmasını isteme yetkisi vermektedir. Birey, toplum içindeki konumunu güçlendirmek ve sosyal eşitsizliği gidermek için ilk olarak eğitiminin temin edilmesini istemektedir.

Eğitim hakkı küçüklükten başlayarak kişinin hayatının sona ermesine kadar geçen dönem içinde tanınmış bir hak olarak gelişim hakkı adı verilecek bir kavram içinde yer almaktadır. Aile içinde başlayan eğitim ile birey gelişmeye ve kendini geliştirmeye başlar. Bu eğitim ve öğrenim içinde yer alan vasıtalarından biri de spordur. Spor sosyal yaşamın ve kültürün bir parçası olarak bireyi gerek bedenen gerek ruhen şekillendirir. İlköğretim tedrisatı içinde yer alan ve zorunlu spor eğitimi dışında, birey sporu tercihine göre devam ettirebilir. Bu da eğitim sürecinin bir parçası olarak değerlendirilir.

Böylelikle spor, eğitim hakkı içinde yer alan kavramlardan ve devletin pozitif yükümlülüklerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Spor eğitimi hakkından bağımsız olarak değerlendirmek mümkün değildir. Eğitim hakkı da, sosyal haklar kategorisi içinde yer alan haklardan biri olması nedeniyle, sporun da sosyal hak niteliği olduğu belirtilmelidir.

b. Çalışma Özgürlüğü, Çalışma Hakkı ve Spor

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinin 23. maddesinde, Avrupa Sosyal Şartı'nda, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)'nun çeşitli sözleşmelerinde ve Anayasa'mızın 48 ve 49. maddeleri ile düzenleme ve korunma altına alınmış sosyal haklardır. Bireyin toplum içindeki yaşantısının bir parçası olan iş hayatının anayasal temellerini oluşturan bu özgürlük ve hak ile, kişi devletten kendisi için bir iş alanı yaratmasını talep ettiği gibi, çalışma hayatının engellenmemesini, özgürce hareket edebilme imkanının yaratılmasını da istemektedir. Sosyal hakların toplumdaki bireye doğru yararlandırıcı¹⁵³ olarak nitelenmesinden maksat da bu haklar sayesinde bireyin toplum içinde çalışma hayatına dahil olmayı isteyebilmesi, devletten kendisine iş alanı yaratma talebinde bulunabilmesidir.

Çalışma hakkı iki anlama gelmektedir. Bunlardan ilki, herkesin çalışmaya hakkı olduğu ve çalışmanın engellenemeyeceği ve bu hakkın doğrudan kişiye bağlı olup, kimsenin bu haktan feragat edip bunu kısıtlayıcı anlaşma yapamayacağıdır. İkinci anlamı da, kişilerin bir işe sahip olması yani devletin işsizliği önlemek bakımından gerekli tedbirleri alma ödevi ve yükümlülüğü altında olmasıdır¹⁵⁴.

Çalışma özgürlüğü ile çalışma hakkı birbirinden farklı kavramlardır ancak birbirinden bağımsız değildir. Çalışma ve sözleşme özgürlüğü Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olup buna göre; çalışanın, çalışıp, çalışmama, çalışacaksa işi, işvereni, işyerini seçme ve çalıştığı işten ayrılma

152 TANÖR, Bülent; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978, s. 93, 94.

153 AKILLIOĞLU, Tekin; İnsan Hakları, SBF İHM yay.no 17, Ankara, 1995, s.147.

154 ESENER, Turhan; İş Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992, s. 12.

özgürlüğünü; ticari ve sınıai alanda istediği işi yapabilme, sözleşme kurabilme ya da sözleşmeyi feshedebilme özgürlüğünü ifade etmektedir¹⁵⁵. Çalışma özgürlüğü iş hayatında özgürlüğü ve zorla çalışma yaşağını içermektedir.

Çalışma hakkı Anayasa'nın 49. maddesinde düzenlenen bir sosyal hak olarak çalışanın sahip olduğu hakları ifade etmektedir. Kişinin bu hakkından yararlanması ancak iş ve çalışma ortamı veya çalışma olanakları varsa sağlanabilecektir¹⁵⁶. Çalışma hakkı beraberinde sendika hakkı, sendikalara serbestçe girebilme ve çıkabilme; grev ve toplu sözleşme hakkı, işyeri güvenliği hakkı, çalışan çocuk, kadın, genç ya da özürlülerin özel olarak korunmasıyla ilgili haklar, adil ücret hakkı, ücretli tatil hakkı, dinlenme hakkı, boş zaman bulabilme hakkı, angarya yasağı, mesleki yönden yetiştirme ve gelişme hakkı, yaşına, gücüne ve cinsiyetine uygun işlerde çalıştırılmayı isteme hakkı, sosyal güvenlik hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı gibi temel ve diğer sosyal hakları getirmektedir. Çalışma hakkı ve sayılan tüm bu haklar gerçek anlamda bireyin çalışma ortamını, güvenliğini ve iş alanında gelişimini destekleyecektir; aksi takdirde tek başına bir çalışma hakkı uygulanamaz bir hak olarak kalacaktır.

Çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı bireylere toplum içinde iş imkanı, sözleşme özgürlüğü ve iş sahibi olduktan sonra da güvenceler sağlayan temel haklardan olarak kanunen kabul edilen tüm iş alanlarında özgürlük ve haklar sağlamaktadır.

Sporun son yüzyılda önemli bir iş alanı olması ve özellikle profesyonel alanda sporcuların faaliyette buldukları alanda birer çalışan sıfatını kazanmasıyla çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı sporcular bakımından da değerlendirilmesi gereken haklar içinde gelmektedir. Spor bir iş alanı olarak gerek sporcusuna, gerek antrenörüne, gerekse konuyla ilgili teknik direktör gibi profesyoneline iktisadi alan yaratmaktadır. Sporun iş alanı özelliği ile bu faaliyet, çalışma hak ve özgürlükleri bağlamında değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Günümüzde özellikle futbolda yapılan futbolcu sözleşmeleri, transferleri bu alanın en önemli örnekleridir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin, 3813 sayılı Kanun'un 29. maddesinin 2. cümlesinde belirtilen Türkiye Futbol Federasyonu tarafından onaylanmayan sözleşmelerin geçerli olmadığına ilişkin hükmün Anayasa'ya aykırılığı gerekçesi ile açılan davada verdiği kararda, sporu çalışma özgürlüğü içinde değerlendirdiği görülmektedir¹⁵⁷. Anayasa Mahkemesine intikal eden olay; Prime Prodüksiyon Hizmetleri A.Ş. ile İstanbulspor Spor Faaliyetleri A.Ş. arasında imzalanan yayın sözleşmesinin Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı tarafından onaylanmaması nedeniyle "sözleşmenin aynen ifası", "muvazaanın ve müdahalenin önlenmesi" için açılan davaya bakan Ankara Asliye 19. Hukuk Mahkemesi tarafından, 3813 sayılı (eski) Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 29. maddesinin ikinci cümlesinin 1982 Anayasası'nın 48. maddesine aykırılığı iddiasıyla itiraz yolu ile Anayasa Mahkemesi'ne götürülmüştür. İlk derece mahkemesi

155 BALKIR, Zehra Gönül; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları, in İnsan Hakları, Cogito, YKY, İstanbul, 1998, (s. 236 – 258), s. 237.

156 BALKIR, s. 238.

157 AYM.Kararı, Esas Sayısı: 1997/47, Karar Sayısı: 1997/55, Karar Günü: 10.6.1997; <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-55.htm> (28 Aralık 2008 saat: 22:41)

başvurusunda 1982 Anayasası'nın 48. maddesinde yer alan “*çalışma ve sözleşme hürriyeti ilkesi*”ne dayanarak, tüzelkişiliği haiz bir spor kulübünün serbest iradesi ile yaptığı ve koşullarına uygun sözleşmelerin TFF'nin onayına bağlanmasının Anayasa'nın bu ilkesine aykırı bulunduğu kanaatine vararak 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun'un 29. maddesinin 2. cümlesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuş, ancak Anayasa Mahkemesi itirazı, mahkemenin yetkisiz olduğu gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak bir süre sonra, 3813 sayılı kanunda değişiklikler öngören 4563 sayılı kanunun 11. maddesi ile itiraz konusu 29. maddenin ikinci fıkrası madde metninden çıkarılmış, ama bu kez aynı hükme TFF Ana Statüsü'nün 69. maddesinde yer verilmiştir¹⁵⁸.

Ancak spor tek başına söz konusu özgürlükler içinde değerlendirilemeyecektir. Çünkü spor bireyin tüm yaşam alanına girmiş ve gelişiminin bir parçası haline gelmiştir. Spor varoluşundan bu yana kişinin öncelikle fiziksel gelişimi ve devamında psikolojik ve sosyolojik gelişiminin bir parçası olması ile sağlık kavramı içinde de yerini almıştır. Bu nedenle sporu tek başına çalışma hak ve özgürlükleri içinde değerlendirmek ve sınırlandırmak mümkün olmayacaktır.

c. Sağlık Hakkı ve Spor

Sporun hak ve özgürlükler içindeki yerini tespit edebilmek için söz konusu faaliyetin anayasal haklar içindeki yerini incelerken, Devlet'in pozitif yükümlülüğü olan sağlığın korunması hakkı ya da kısaca sağlık hakkı¹⁵⁹ çerçevesinde ele alınması gereği de doğmaktadır. Çünkü, spor kişinin kendini geliştirme hakkı içinde değerlendirilirken beden ve ruh gelişimi kavramları ile ortaya konulmakta ve bunlar da bir insanın sağlıklı olduğu hallerde mümkün olabilmektedir.

Sağlık; “*Organizması iyi işleyen bir insanın durumu; organizmanın az veya çok ahenkli işleyişi olarak tanımlanmakta*¹⁶⁰” ve sadece hastalık bakımından değerlendirilebilecek bir kavram olmayıp kişinin ruhen ve sosyal olarak tam bir iyilik halinin ifadesi olduğu belirtilmektedir.

Bireyin sağlıklı olması, sağlıklı kalması ve hastalık halinde sağlığını elde etmek için Devlet'ten talepte bulunabilmesi de, gerek İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi¹⁶¹, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar

158 5/5/2009 tarihinde kabul edilen 5894 sayılı 16/5/2009 tarih ve 27230 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 3813 sayılı Kanunu yürürlükten kaldırmıştır. 5894 sayılı Kanun'un 19. maddesine göre; “ - (1) 17/6/1992 tarihli ve 3813 sayılı Türkiye Futbol Federasyonu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun yürürlükten kaldırılmıştır”.

159 ZAFER, Hamide; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyum no.1, Ocak 2007, Roche Yayını, s. 184. (s.184-208).

160 BAYRAKTAR, s. 15.

161 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 25.maddesi; “1. Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir.
2. Anaların ve çocukların özel bakım ve yardım görme hakları vardır. Bütün çocuklar, evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olsunlar, aynı sosyal güvenceden yararlanırlar”. Burada “sağlık hakkı ile sosyal güvenlik hakkı” birlikte düzenlenmiştir.

Sözleşmesi¹⁶², Avrupa Sosyal Şartı¹⁶³, Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi¹⁶⁴ gibi uluslararası sözleşmelerle, gerekse Anayasa tarafından bir hak olarak güvence altına alınmıştır. İlk olarak 1961 Anayasası ile öngörülen hak 49. maddede “sağlık hakkı”¹⁶⁵ başlığı altında düzenlenmiştir. 1982 Anayasası’nda ise sağlık hakkı ifadesi korunmamış bunun yerine “sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması” başlığı altında daha uzun ve fakat 1961 Anayasası’na göre daha dar bir düzenleme yoluna gidilmiştir. 1961 Anayasasının ifadesine göre sağlık bir haktır ve Devlet de bunu birey sağlıklı iken muhafazayla; hastayken de teşhis, tedavi, bakım ve sağlık hizmetlerinin görülmesini sağlamakla yükümlü kılınmıştır. Devlet’in pozitif yükümünün bulunduğu sağlık hakkı, sosyal hakların en belirgin örneklerindedir. 82 Anayasası’nın, sağlık hakkının da doğrudan bağlantılı olduğu temel haklardan olan kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının korumasını düzenleyen 17. maddesine göre “*Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz.*”. Anayasa’nın 17. maddesinde belirtilen “yaşamak” sadece canlılık özelliklerine sahip olmak demek değildir. Bunun yanında bazı özellikleri, hatta koşul ve olanakları içerir ki bu da sağlıklı yaşama hakkını ortaya koyar. Nitekim Anayasa Mahkemesi’nin 17. madde ile 56. maddeyi beraber değerlendirdiği kararlarına rastlanmaktadır¹⁶⁶. Bu kararlarında ortaya konulmak istenen temel fikir “*Kişinin yaşama hakkı,*

162 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 12. maddesi de sağlık hakkını “Sağlık standardı hakkı” başlığı altında şöyle düzenlemiştir: “1. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, herkesin mümkün olan en yüksek seviyede fiziksel ve ruhsal sağlık standartlarına sahip olma hakkını tanırlar.

2. Bu Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek amacıyla alacakları tedbirler, aşağıdakiler için de alınması gerekli tedbirleri içerir:

- a) Varolan doğum oranının ve bebek ölümlerinin düşürülmesi ile çocukların sağlıklı gelişmelerinin sağlanması;
- b) Çevre sağlığını ve sanayi temizliğini her yönüyle ileriye götürme;
- c) Salgın hastalıkların, yöresel hastalıkların, mesleki hastalıkların ve diğer hastalıkların önlenmesi, tedavisi ve kontrolü;
- d) Hastalık halinde her türlü sağlık hizmetinin ve bakımının sağlanması için gerekli şartların yaratılması.”

163 1965’te yürürlüğe giren Avrupa Sosyal Şartı’nda ise, 11. maddede ve “Sağlığın Korunması Hakkı” başlığı altında: “Akit Taraflar sağlığın korunması hakkının etkin biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, ya doğrudan veya kamusal veya özel örgütlerle işbirliği içinde, diğer önlemlerin yanı sıra,

- 1-Sağlığın bozulmasına yol açan nedenleri olabildiğince ortadan kaldırmak;
- 2-Sağlığı geliştirmek ve sağlık konularında kişisel sorumluluğu artırmak üzere eğitim ve danışma kolaylıkları sağlamak;
- 3-Salgın hastalıklarla yerleşik mevzii ve başka hastalıklar olabildiğince önlemek; üzere tasarlanmış uygun önlemler almayı taahhüt ederler.” şeklinde bir düzenleme getirmiştir.

164 Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi’nde ise 35. maddede ve “Sağlık Hizmetleri” başlığı altında:

“Herkes, ulusal yasalar ve uygulamalarda belirtilen şartlar çerçevesinde koruyucu sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkına ve tıbbî tedaviden yararlanma hakkına sahiptir. Bütün Birlik politikaları ve faaliyetlerinin tanımlanmasında ve uygulanmasında yüksek düzeyde bir insan sağlığı koruması sağlanmalıdır.” şeklinde düzenlenmiştir.

165 1961 Anayasası’nın 49. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla yükümlüdür”.

166 15 Ocak 2003 Tarihli Resmi Gazete Sayı: 24994; Anayasa Mahkemesi Kararı; Esas No. 1998/35 Karar No. 1998/70 Karar Tarihi: 17.11.1998; “Anayasa’nın “Kişinin hakları ve Ödevleri”ne ayrılan ikinci bölümü, “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir” özyeşle başlamaktadır. Bu kuralın aslında doğa kuralı olduğu, Anayasa’da yazılı bulunması da yaşamın bu doğa kuralı içerisinde yürüyeceği söylenebilir. O halde, Anayasa koyucunun amacı doğa kuralını açıklamak olmadığını düşünerek, kuralın konulmasındaki gerçek amacın araştırılması gerekir. Danışma Meclisi’nin maddeye ilişkin gerekçesinde “bu madde ile yaşama, maddi ve manevi varlığını, bütünlüğünü ve bunun geliştirilmesi Hakkı korunmaktadır. Bu iki hakkın bir bütün teşkil ettiği, birbirini tamamladığı açıktır.

maddi ve manevi varlığını koruma hakkı, birbirleriyle sıkı bağlantıları olan, devredilmez, vazgeçilmez temel haklardandır. Bu haklara karşı olan her türlü engelin ortadan kaldırılması da devlete ödev olarak verilmiştir. Güçsüzleri güçlüler karşısında koruyacak olan devlet, gerçek eşitliği sağlayacak, toplumsal dengeyi koruyacak, böylece gerçek hukuk devleti niteliğine ulaşacaktır” şeklinde ifade edilebilir.

Sağlık hakkının doktrinde çeşitli şekillerde tanımlandığını görmekteyiz. Bu tanımlardan dar olanı sağlık hakkını; *“bireylerin, sağlıklarını korumak için, toplumun sağladığı imkanlardan, vasıtalarından faydalanmalarını”*¹⁶⁷ şeklinde ifade ederken; geniş olanı; *“kişinin, toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesidir”*¹⁶⁸ şeklinde tanımlanmaktadır.

Sporun sağlık hakkı içindeki konumunu, Anayasa'nın 17. maddesinde öngörülen kişinin kendisini beden ve ruhen geliştirmesi kavramları içinde ve gene Anayasa'nın 56. maddesinde yer alan herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahip olması, devletin ve toplumun bu konuda üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmesi içinde değerlendirmek gereklidir. Sağlık hakkı, kişinin bedenine sahip olması hakkının ya da insan bedenine saygı hakkının bir uzantısı olarak kabul edildiğinde¹⁶⁹ de, sporun bu hak içinde değerlendirilebileceği ortaya çıkmaktadır. İnsan bedenine saygı hakkı ile ilgili olarak, bu hakkın ancak insan onurunun ön plana çıkartılması ve insan kişiliğine her türlü saldırının yasaklanması ile gerçekleşeceği belirtilmektedir¹⁷⁰. Sporun sağlık hakkı içindeki konumu değerlendirildiğinde bireyin bedensel ve ruhsal gelişiminde sağlığın en önde gelen kavramlardan biri olduğu düşünülecektir. Bu durumda Devlet bireyin kişisel gelişimi ile ilgili pozitif yükümlülüğü uyarınca sağlık hakkını da öngörerek, sporu teşvik edecek ve üzerine düşen görevi yerine getirecektir. Bu bir anlamda sağlığın korunması için gereken bir tedbir niteliğinde olacaktır. Spor faaliyetinin niteliği gereği, bireyin bedeni üzerinde bir tasarrufta bulunmasını gerektiriyorsa,

Kanun güvencesi altında olan yaşama hakkını korumak için devlet, gerekli tedbirleri alacaktır” denilmektedir. 1961 Anayasası'nın 10. maddesinde bu durum daha açık bir ifade ile dile getirilmiş ve aynen “Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzurunu, sosyal adalet ve hukuk Devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar” hükmüne yer verilmiştir. Şu halde 1982 Anayasası'nın 17. maddesini de, gerekçesine göre, 1961 Anayasası hükmü doğrultusunda anlamak gerekecektir. Nitekim, Anayasa'nın insan sağlığı ile ilgili 56. maddesinde de Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içersinde sürdürmesini sağlamakla görevli tutulmuştur. Devletin, vatandaş sağlığını koruma görevini Anayasa'nın 17. maddesi çerçevesinde de üstlenmiş bulunduğunu kabul etmenin önemi şuradadır: Anayasa'nın “sosyal ve ekonomik hakların sınırı” başlıklı 65. maddesine göre, “Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda Anayasa ile belirlenen görevlerini.. mali kaynakların yeterliliği ölçüsünde yerine getirir” Anayasa'nın madde sıralamasına ve bölümleri arasındaki düzenlemeye bağlı kalırsa, 506 sayılı Kanun'un ödenegi 18 aylık süre ile sınırlı tutan hükmüne de, devletin mali kaynaklar yönünden savunulabilir. Ancak, Anayasa'nın 17. maddesi “Sosyal Haklar ve Ödevler” bölümünde yer almadığı için bu maddenin Devlete yüklediği sağlık hizmeti 65. maddenin öngördüğü ölçüye bağlı değildir. Öte yandan, tedavi süresinin 18 ay ile sınırlandırılmasını, Anayasa'nın 18. maddesinde yazılı temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması nedenlerinden herhangi birine dayandırmak da mümkün görülmemektedir. Gerçekten 13. maddede öngörülen “Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması amaçlarından” yalnızca sonuncusu konumuzu ilgilendirebilir.” Konuya ilişkin bir diğer kararı; Esas Sayısı : 1999/42; Karar Sayısı : 2001/41; Karar Günü : 23.2.2001; karar için bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-041.htm>

167 RÖSCH, Georges; Aspects économiques d'un droit à la santé, Cah. Laennec, 1967, no.1, nakleden, BAYRAKTAR, s. 16.

168 BAYRAKTAR, s. 16-17.

169 ZAFER, s. 184.

170 KABOĞLU, s. 181.

bu durum insan onuru ve kişiliğine bir saldırı olarak değerlendirilmeyecektir. Bir boks müsabakası Devletin düzenlediği ve teşvik ettiği bir spor türü olması sebebiyle, her ne kadar birey şiddete maruz kalsa dahi, bu hal sağlık hakkına müdahale olarak değil toplumun kabul ettiği bir spor alanı olarak değerlendirilecektir. Sağlık hakkı kapsamında spor bireyin bedensel ve ruhsal olarak gelişiminin bir parçası olarak kabul edilebilecektir¹⁷¹.

V. SONUÇ

Spor bireyin tüm yaşam alanına yayılmış bir faaliyettir. Doğumundan ölümüne kadar, kişi, çocukluğundan hayatının sonunda kadar spor faaliyeti içinde yer alabilmektedir. Bu kadar geniş bir yelpazesi olan alanı tek bir özgürlük ya da hak içinde değerlendirmek de oldukça zordur. Birey öncelikle kendisini geliştirmekte, maddi ve manevi varlığını koruma altına almaktadır. Bu hak, bireyin temel haklarından olup, vazgeçilmez ve devredilmezdir¹⁷².

Kişinin gelişim sürecinde ihtiyari de olsa spor bir vasıta olabilmektedir. Bu noktada spor kişinin kendisini geliştirme hakkı içinde bir vasıta olarak temel hak niteliğine bürünmektedir. Bireyin kişisel gelişimi içinde yer alan bedensel ve ruhsal gelişimi de sağlığıyla beraber değerlendirilmelidir. Bu halde spor bireyin sağlık hakkının da bir unsuru olarak ortaya çıkmaktadır.

Spor aynı zamanda aileden başlayan eğitim ve öğretim sürecinin içinde de yer almaktadır. Devlet, ilk ve orta öğretimde olan spor için yer ve imkan sağlamaktadır. Kişinin kendini geliştirme hakkının bir uzantısı olarak da kabul edebileceğimiz eğitim hakkı sporu da bünyesinde barındırarak, sosyal hak özelliği kazanmakta ve bireyin devletten spor eğitimini isteme hakkını doğurmaktadır.

Eğitim süreci sonunda spor bir iş alanı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durumda spor, artık çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile çalışma hakkı içinde yer alan bir kavramdır. Sporun bu alan içinde yer alması onun sosyal hak niteliğini koruduğunu göstermektedir.

Spor ayrıca Anayasa'mızın 59. maddesinde de düzenlenmiş ve Devlet'in her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alacağını, sporun kitlelere yayılmasını teşvik edeceğini ve başarılı sporcuyla koruyacağını belirtilmiştir. Sporun geliştirilmesi ve tahkim¹⁷³ başlıklı 59. madde hükmü uyarınca; "(1) Devlet, her yaştaki Türk vatandaşlarının beden ve ruh sağlığını geliştirecek tedbirleri alır, sporun kitlelere yayılmasını teşvik eder.

Devlet başarılı sporcuyla korur.

(Ek fıkra: 17/3/2011-6214/1 md.) Spor federasyonlarının spor faaliyetlerinin yönetimine ve disiplinine ilişkin kararlarına karşı ancak zorunlu tahkim yoluna başvurulabilir. Tahkim kurulu kararları kesin olup bu kararlara karşı hiçbir yargı merciine başvurulamaz."

171 ZAFER, s. 184.

172 AKIN, s.5; KAPANI, s. 6.

173 Bu maddenin kenar başlığı "B. Sporun geliştirilmesi" iken, 17/3/2011 tarihli ve 6214 sayılı Kanunun 1 inci maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

Avrupa Birliği üye ülkeleri incelendiğinde, pek çoğunun sporla ilgili yasal düzenlemeleri bulunduğu görülmektedir. Bu düzenlemeler genelde spor faaliyetinin gelişimi ve organizasyonuna ilişkindir. Spora ilişkin yasal düzenlemelerin temel amaçlarının başında; ayrımcılık yapılmaksızın toplumda yaşayan bireyleri spora teşvik etmek gelmektedir. AB üye ülkelerin demokrasi anlayışlarına bağlı olarak, bir kısmı sporu anayasalarında düzenlerken; diğerleri bunu yasalarında düzenlemeyi yeterli görmüşlerdir¹⁷⁴.

Sporun organizasyonu ve tanıtımını yasaları ile düzenleyen ülkelerden Fransa'da 84-610 sayılı Kanun'un 1. maddesi sporu bir hak olarak nitelendirip, şu şekilde düzenlemiştir; “*fiziki ve sportif faaliyetler denge, sağlık ve kişisel gelişim bakımında önemli unsurlar olup, eğitimin, kültürün ve sosyal yaşamın en temel unsurlarını oluşturmaktadır. Bunların gelişimi kamu yararındandır ve uygulanmaları cinsiyet, yaş, sosyal durum ve kapasitesi ne olursa olsun her bireyin hakkıdır*”. Ancak belirtmek gerekir ki bu hükümler önemli olmakla birlikte, uygulanmamaları halinde caydırıcı bir yaptırımla karşılanmamaktadır. Fransız Kanun koyucusu 2000 yılında söz konusu Kanun ile ilgili değişikliğe giderek, madde metnini daha açık hale getirmiş ve “*fiziki ve sportif faaliyetler eğitimin, sağlığın ve sosyal yaşamın önemli bir unsurudur. Sağlığı temin eder. Gelişim ve tanıtımı da kamu yararındandır*” şeklinde düzenlemiştir¹⁷⁵.

İspanya 'da ise Spor Hakkında Kanun¹⁷⁶'da spor şu şekilde belirtilmiştir: “*Spor faaliyeti serbest ve isteğe bağlıdır. Öğrenimin ve kişilik gelişiminin temel unsuru olarak, Devletin kamu güçleri eliyle ve onun yetkisi altında kültürel bir gösteridir*”.

Lüksemburg'ta Spor Kanunu'nun amaç başlıklı 1. maddesinde, “*Spor kamu yararıdır ve uygulaması herkes için bir haktır*” şeklinde ifade edilmektedir¹⁷⁷.

Sonuç olarak, gerek Türk hukukunda gerek mukayeseli hukukta spor, tek başına bir hak olarak düzenlenmemekle birlikte, karma nitelikte bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Spor üçüncü kuşak hak ya da dayanışma hakkı olarak kabul edilebileceği gibi günümüzdeki yeri ve önemi itibarıyla sosyal hak özelliği ön planda olan bir özgürlük çeşidi olarak nitelendirilebilmektedir.

174 MIEGE, Colin; Sport et Droits de l'Homme Dans l'Environnement Européen, in Revue Juridique et Economique du Sport, Septembre 2005, s. 18. 1978 tarihli İspanya Anayasası, 1975 Yunan Anayasası, 1976 Portekiz Anayasası ve yeni tarihli olarak da Estonya, Litvanya ve Macaristan Anayasaları örnek olarak verilebilir. İspanya Anayasası, kamu güçlerinin sağlık, fizik eğitimi ve sporu teşvik eder hükmüne yer vermiştir.

175 Spor ve Fiziksel Faaliyetlerin Teşviki ve Düzenlenmesine dair olarak adlandırdığımız 84-610 sayılı Kanun bu değişiklikten sonra 2003 ve 2006 yıllarında da değişikliğe uğramış ancak bizim belirttiğimiz hükümde değişikliğe gidilmemiştir. Bunun için bkz. Loi n°84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives
<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000.006.274397/2003-04-15/#LEGIARTI000.006.274397>, erişim tarihi: 11.10.2020.

176 15 Ekim 1990 tarih, 10/1990 sayılı Spor Hakkında Kanun'un 1. maddesi.

177 3 Ağustos 2005 tarihli Lüksemburg Spor Kanunu'nun 1. maddesi için bkz. <http://www.legilux.public.lu/leg/a/archives/2005/0131/a131.pdf#page=2>; MIEGE, s. 19.

KAYNAKÇA

- AKDENK, Mürsel, Türkiye’de spor elemanlarının yetiştirilmesi Politikası, Türk Spor Şurası Tebliği, 28-30 Mart Ankara, 1980.
- AKILLIOĞLU, Tekin; İnsan Hakları, SBF İHM yay.no 17, Ankara, 1995.
- AKIN, İlhan; Temel Hak ve Özgürlükler, 2. bası, İstanbul, 1968.
- BALKIR, Zehra Gönül; Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları, in İnsan Hakları, Cogito, YKY, İstanbul, 1998, (ss. 236 – 258).
- BAYRAKTAR, Köksal; Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1972, İstanbul.
- BERLIOUX, Monique; Olympica, Flammarion, Paris, 1964.
- BIÇAKÇI, Levent; Türkiye’de ve Dünyada Spor Hukuku, Yargısı ve Özellikleri, in Spor Hukuku Kolokiyumu, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Ağustos 2005, İstanbul.
- BONNET, Anouk; Sport et Responsabilités, Nice, 1997, (Yayınlanmamış Doktora Tezi).
- BUY, Frédéric; L’organisation contractuelle du spectacle sportif, PUAM, Paris 2002.n. 265.
- CHAKER, André – Noel; Etude des législations nationales relatives au sport en Europe, Editions du Conseil de l’Europe, juin 1999, İzlanda.
- DELPHINE, Denis; Les limites du principe de l’acceptation du risque, in Aspect Aspects pénaux du droit du sport, Staempfli Edition SA Berne, 2002, (ss.83-97).
- DON MARINO, Raphaëlle; La pratique sportive, source de responsabilité, Toulouse, 2001, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- EKENCİ, Güner; Gelişim Aşamaları Bakımından Türk Spor Teşkilatı Değerlendirmesi, Gazi Üniversitesi Beden Eğitimi ve Spor Bilimleri Dergisi, c. II, 1997.
- ERDEM, Ahmet Necati; Türk Federasyonları Yapılanması, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, in Spor Hukuku Tezleri, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, Ekim 2007, (ss. 169,264).
- ERKİNER, Kismet; Spora Tarihsel Bir Bakış; in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını no: 02, İstanbul, 2007, (ss. 55-94).
- ERTAŞ, Şeref; Spor Karşılaşmalarında Sporcuların Yaralanmalarından ve Ölümlelerinden Doğan Hukuki Sorumluluk, in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını, no. 2, İstanbul 2007, (ss.239-263).
- ERTEN, Rıfat; Türk Sporunun Yapısal Düzeni, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, sy.1,2, y. 2006, (s.117-136).
- ESENER, Turhan; İş Hukuku, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1992.
- FİŞEK, Kurthan; Dünya’ da ve Türkiye’de Devlet Politikası ve Toplumsal Yapıyla İlişkileri Açısından Spor Yönetimi, Bağırğan Yayınevi, Ankara, 1998.
- GENÇ, Durmuş Ali; Spor Hukuku Ders Kitabı, Alfa Yayınları, İstanbul, 1998.
- GILLET, Bernard; Histoire du sport, Presses Universitaire De France, Que sais-je, 1980.
- GÖVSA, İbrahim – Alaettin; Resimli Yeni Lugat ve Ansiklopedi (Ansiklopedik Sözlük) cilt 3, İskit Yayını, İstanbul, 1960.
- GÜLMEZ, Mesut; Eğitim ve İnsan Hakları Eğitimi Hakları, in İnsan Hakları, Cogito, YKY, İstanbul, 1998, (ss. 309-336).
- GÜVEN, Özbay; Türklerde Spor Kültürü, B. 2, Ankara 1999.
- GÜVEN, Özbay; Türklerde Spor Kültürü, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Yayınları, Ankara, 1992.

- İŞCAN, Fehmi; Türklerde Spor, Milli Eğitim Gençlik ve Spor Bakanlığı, Beden Terbiyesi ve Spor Genel Müdürlüğü, Mili Eğitim Basımevi, Ankara 1988.
- İZGİ, Ömer – GÖREN, Zafer; Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Yorumu, TBMM Basımevi, Ankara, 2002.
- KABOĞLU, İbrahim; Özgürlükler Hukuku, AFA Yayınları, İstanbul, 1993.
- KAHRAMAN, M. Atıf; Osmanlı Devletinde Spor, Kültür Bakanlığı Yayınları, 1697, Ankara 1995.
- KAPANI, Münci; Kamu Hürriyetleri, Yetkin Yayınları, B.7, Ankara, 1993.
- KESİM, Ümit; Dünya Spor Tarihi, in Spor Hukuku Dersleri, Kadir Has Üniversitesi Spor Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayını n. 2, İstanbul 2007, (s. 97-107).
- KETEN, Mustafa; Türkiye'de Spor, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1974.
- KUNTER, Halim Baki; Eski Türk Sporları, Cumhuriyet Matbaası, İstanbul, 1938.
- MARMAYOU, Jean-Michel; No sport: Définition du sport, Théorie generale du droit du sport, Agrément des fédérations sportives, pouvoir du ministre chargé des sports, contrôle du Conseil d'Etat, in Les Cahiers de Droit du Sport, CDS 5, 2006.
- MIEGE, Colin; Sport et Droits de l'Homme Dans l'Environnement Européen, in Revue Juridique et Economique du Sport, Septembre 2005.
- MILLER, Stephen, The Date of Olympic Festivals, Mitteilungen: Des Deutschen Archaologischen Instituts, Athenische Abteilung, Vol. 90 (1975), (ss. 215-237).
- ÖKTEM, Niyazi; Özgürlük Sorunu ve Hukuk, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.
- ÖZMADEN, Harun; Cumhuriyet Dönemi İlk Spor Teşkilatı, Türkiye İdman Cemiyetleri İttifakı (1922-1936)'nın Yapılanma Sürecinde Beden Eğitimi ve Sporun Fonksiyonları, Fonksiyonlardaki Değişmeler ve Toplumsal Hayata Etkileri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, M.Ü. Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Beden Eğitimi ve Spor Anabilim Dalı, 1999, İstanbul
- PACHE, Jean-Jacques; La responsabilité civile en matière de sport, Thèse Lausanne 1951.
- SÜMER, Rıza; Sporda Demokrasi, Türkiye'de Spor Federasyonlarının Tarihsel Gelişimi, Şafak Matbaacılık, s.12, 13. Ankara, 1990.
- ROTH, Robert; Le droit pénal face au risque et à l'accident individuels, Collection juridique romande, Payot, Lausanne, 1987.
- RUDLINGER, Martine; L'obligation générale de prêter assistance ou de porter secours; in Aspects pénaux du droit du sport, Staempfli Edition SA Berne, 2002, (ss.99-113).
- SOYSAL, Mümtaz; Anayasanın Anlamı, Gerçek Yayınevi, B.11, İstanbul, 1997.
- TANÖR, Bülent; Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul, 1978.
- TAYGA, Yunus; Türk Spor Tarihine Genel Bakış, GSGM Yayını, No:87, Ankara, 1990
- TELLAN, Tolga; Futbol Üretiminin İdeolojisi: Strateji, Taktik, Organizasyon, in İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, Sayı 26 Kış-Bahar 2008, (ss.353-362).
- THOMAS, Raymond; Histoire du sport, Editions PUF Que sais-je?, Paris 1999
- TUNAYA, Tarık Zafer; Siyasi Müesseseler ve Anayasa Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1969
- TURAL, Sadık – GÜVEN, Özbay; Türklerde Spor Kültürü, B. 2, Ankara 1999 kitabına Sunuş, s. X.
- UYGUN, Oktay; İnsan Hakları Kuramı, in İnsan Hakları, Yapı Kredi Yayınları-1410, Cogito-98, Aralık 2000
- ÜÇİŞİK, Hasan Fehim; Sporda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Ötüken Neşriyat, Yayın No: 451, İstanbul, 1999
- VOIGT, Dieter; Spor Sosyolojisi, çeviren Ayşe ATALAY, Alkım, İstanbul 1999.
- YILDIZ, Doğan; Türk Spor Tarihi, Ser Yayıncılık, İstanbul 1979.

ZAFER, Hamide; 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Sağlık Hakkı İle İlgili Düzenlemeler, in Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyum no.1, Ocak 2007, Roche Yayını, (ss.184-208).

SÖZLÜKLER VE ANSİKLOPEDİLER

ROBERT, Dictionnaire alphabétique et analytique de la langue française, Paris 1980, s. 347.

Nouveau dictionnaire étymologique et historique, Larousse, Paris 1971, s.709.

Büyük Lügat ve Ansiklopedi, Onbirinci Cilt, Meydan Yayınevi, İstanbul 1973, s. 523,525.

Spor Ansiklopedisi, Morpa Kültür Yayınları, İstanbul, 1997, c.III,

Spor Kitabı, NTV yayını, İstanbul, 200

BAŞVURULAN İNTERNET SİTELERİ

http://alb.bron.free.fr/ALB_fichiers/Origine.htm. ; https://www.sporthilfe.de/Sportbriefmarken_2005.dsh ;

http://www.sva1889.de/joomla/index.php?option=com_content&view=article&id=20&Itemid=149.

Erişim tarihi: 10.12.2008.

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K1997/K1997-55.htm> (28.12.2008 saat: 22:41).

<http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/kararlar/IPTALITIRAZ/K2001/K2001-041.htm> (28.12.2008).

<http://www.bilgi-rehberi.com/kanunlar/kanun13289bes.html>.

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(92\)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackCoorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(92)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackCoorInternet=9999CC&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75) , erişim tarihi: 15.10.2009.

[https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(92\)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(92)13&Sector=secCM&Language=lanFrench&Ver=rev&BackColorIntranet=FFBB55&BackColorLogged=FFAC75).

<http://www.hickoksports.com/history/olancien.shtml>.

DEVECİOĞLU, Sebahattin; Futbolun Yasal Evrimi ve Son Gelişmeler, <http://www.ekospor.com/My-Articles/Futbolun-YasalEvrimi-ve-Son-Gelismeler.pdf>, www.fesam.org, s.2, erişim tarihi: 10.11.2009.

KARAKULLUKÇU Ömür Fatih; Spor Yönetiminde Son Gelişmeler, <http://www.bedenegitimi.gen.tr/upload/w113d4/paspas/spor%20y%C3%B6net%C4%B0m%C4%B0nde%20son%20gel%C4%B0C5%9Fmeler.pdf> , erişim tarihi:12.08.2009.

<https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000.006.274397/2003-04-15/#LEGIARTI000.006.274397>, erişim tarihi: 11.10.2020.

<http://www.olympic.org/ioc/f/org/if/list>.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss343.pdf>.

Ceza Muhakemesinde Kısmi Kesinleşme

The Partial Final Decree Within the Criminal Procedure

Fatih BİRTEK^{*} 

Öz

Ceza muhakemesinin, sanık ve fiil olmak üzere iki temel unsuru bulunmaktadır. Yargılamadaki bütün ispat faaliyeti de temelde suç sayılan fiilin işlenip işlenmediğine ve işlenmiş ise sanığın bu suçu işleyip işlenmediğine odaklanmaktadır. Yargılama sonunda verilen hüküm de temelde bu iki hususa ilişkin olarak kurulmaktadır. Ceza muhakemesi açısından bu iki temel unsur birbirine bağlı olduğundan bir bütünün parçaları gibidir.

Tek sanığın tek bir eylem nedeniyle yargılandığı dava bakımından hüküm, yargılama konusu fiil ve sanık bakımından bütün olduğundan, hükmün bölünmezliği ilkesi uyarınca hükmün kısmen kanun yoluna götürülebilmesi mümkün değildir. Ancak bu bütünün dışında kalan yargılamaya ilişkin hususların (örneğin, harç veya vekalet ücreti vs.) kısmen kanun yoluna götürülebilmesi mümkündür.

Sanık sayısının ve yargılama konusu suç sayısının birden fazla olduğu hallerde ise gerçekte birbirinden bağımsız ceza davaları mevcuttur. Ancak yargılamaya ilişkin bazı yarıları sebebiyle bu ceza davaları birlikte görülmektedir. Bağlantılı ceza davalarının birlikte görülmesi halinde dahi, kurulan hüküm gerçekte her sanık ve her suç yönünden ayrı ve bağımsız birden fazla hüküm içermektedir. Bu sebeple, mahiyeti itibarıyla bağımsız hükümler mevcut olduğundan, herhangi bir sanık veya herhangi bir suç yönünden kurulan hükmün diğerlerinden bağımsız bir şekilde kısmen kesinleşmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi, Hükmün Kesinleşmesi, Kesin Hüküm, Kısmi Kesinleşme, Bağlantılı Ceza Davası.

Abstract

There are two main component of the criminal trial which are defendant and the act (actus reus). All of the evidentiary activity within the trial focuses on whether the act considered as a crime was committed and, if so, whether the defendant committed this crime. The final decree is based these two issues. As these two basic elements are interconnected in terms of criminal procedure, they seems like any parts of a whole. The final decree is the whole in terms of the case of single defendant and single act (actus reus) because of it the partial legal remedy is impossible. The reason is that the principle of whole of final decree. Notwithstanding, the procedural issues (procedural expenditure, retainer etc.) are except of this principle and these part of final decree can raise to an appeal as partially.

* Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, fbirttek@erciyes.edu.tr

If there are multiple defendant and multiple crime within the same criminal case there are independent criminal cases actually. However, these criminal cases are seen together due to some benefits related to the criminal procedure and evidentiary aspects. The final decree of this kind of criminal related cases comprises a number of independent final decree in terms of defendants and crimes. Therefore, the independent decrees can become partly final in terms of any defendant or any crimes.

Keywords: Criminal Procedure, To Become Final, Final Decree, Partly Final Decree, Linked Criminal Case.

GİRİŞ

İddianamenin kabulüyle başlayan kovuşturma evresi, yargılama konusu olay hakkında CMK m. 223/1 kapsamında sayılan hükümlerden birisinin verilmesi ve bu hükmün kesinleşmesiyle sona ermektedir (CMK m. 2/1-b)¹. “*Kesin hüküm objektif hukuku yaratmaz fakat onu müşahhas hale getirir*”². “*Kesin hüküm*” (res iudicata) müessesesinin geçmişi, Roma hukukuna dayanmaktadır³.

Ceza muhakemesi sonrasında hükmün, “kesin hüküm” adını alması, toplumsal yaşamın getirdiği bir zorunluluk olup, bireyin kesinleşen hüküm sonrasında güven içerisinde yaşamasını teminat altına almaktadır⁴. Kesinleşen hükümle birlikte bireyin –kanunlarla önceden belirlenen istisnai haller dışında – aynı eylem nedeniyle tekrar yargılanması mümkün olmadığından, kesin hüküm birey yönünden “*hukuki bir güvence*” niteliği taşımaktadır. Ayrıca, herhangi bir kurala bağlı olmaksızın tekrarlanan her yargılamanın da maddi gerçeğe ulaşma amacı bakımından daha isabetli bir sonuç ortaya çıkarabilmesi de her zaman mümkün değildir⁵. Bu sebeple geçmişten bu yana hem birey yönünden hukuki bir güvence oluşturması hem de ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için “*kesin hüküm*” kurumuna yer verilmiştir.

Hükmün kesinleşmesiyle birlikte gerek maddi ceza hukuku gerekse şekli ceza hukuku ve infaz hukuku yönünden pek çok sonuç ortaya çıkmaktadır. Hiç şüphesiz bu sonuçlardan ilki ve en önemlisi, kesin hükümle birlikte “*ceza davasının tüketilmiş olması*”⁶dır.

“*Ceza davasının tüketilmiş olması*”ndan anlaşılması gereken; yargılama konusu olay ve yargılanan sanık hakkında tesis olunan kesin hüküm ister mahkûmiyete isterse beraate ilişkin olsun, “*aynı olay nedeniyle aynı sanığın*” kanundaki istisnalar dışında tekrar yargılanabilmesinin (veya

1 CMK m. 223 kapsamında verilen kararlardan bir kısmı “*uyuşmazlığı doğrudan doğruya yargılayan*” beraat veya mahkûmiyet gibi kararlar iken; diğer kısmı “*uyuşmazlığı dolayısıyla yargılayan*” düşme ve red gibi kararlardır. Ayrım için bkz. Erdener Yurtcan, *CMK Şerhi*, C. II, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015, s. 954.

2 Faruk Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1973, s. 580.

3 Erdener Yurtcan, *Kesin Hüküm*, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, 1987, s. 10; Erdener Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 603 vd.

4 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 4.

5 Henkel, *Strafverfahrensrecht*, 2. Auflage, Köln 1986, s. 383'ten nakleden Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 4.

6 Friedrich – Christian Schroeder ve Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. Salih Oktar, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2019, s. 64.

cezalandırılabilmesinin) mümkün olmaması^{7,8} ya da başka bir deyişle “kesin hükmün dokunulamaz hale gelmesi”dir⁹. Bu sonuç “ne bis in idem” (aynı şey için ikincisi olmaz) ilkesinin¹⁰ “negatif/olumsuz” etkisidir¹¹. Kesin hükmün gerek taraflar gerekse yargı mercileri açısından “bağlayıcı” olması ise ilkenin “pozitif/olumlu” etkisi olarak tanımlanmaktadır¹².

Ceza muhakemesinde her olay bakımından sonsuza kadar maddi gerçeğin araştırılmasına imkân bulunmadığından¹³, ceza uyuşmazlığının bir noktada “kesin hüküm/ yargı”¹⁴ ile sona erdirilmesi gerekmektedir¹⁵. Toplumdaki barışı¹⁶ ve hukuka olan güveni sağlamak için belli bir olay bakımından maddi gerçeğe ulaşmaktan vazgeçilebilir¹⁷. Mahkemeler tarafından verilen kararlarda hata olması ihtimaline karşı kanun yolunun kabul edilmesi ne kadar doğalsa, uyuşmazlıkların sona erdirilmesi de o kadar büyük bir ihtiyaçtır¹⁸.

- 7 CMK m. 225/1 hükmü uyarınca “Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir”. Bu sebeple, eylemin suç olduğu ancak yargılanan sanık tarafından işlenmediğine karar verilmesi halinde (CMK m. 223/2, b-e fıkraları kapsamında), suç sayılan eylem nedeniyle “başka” bir kimsenin yargılanabilmesi mümkündür. Bu sebeple, ne bis in idem ilkesinin “aynı olay ve aynı sanık” hakkında tesis olunan kesin hükümler yönünden (maddi vakıa ve sanık koşulunun birlikte gerçekleştiği durumlar bakımından) geçerli olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bununla birlikte mahkemenin, sanık tarafından işlendiği iddia olunan eylemin, aslında hiç kimse tarafından işlenmediğine ya da eylemin suç teşkil etmediğine karar vermesi halinde, kesin hüküm iddianamede adı gösterilmeyen fail hakkında da dava açılmasını engeller. Görüş için bkz. Naci Ünver, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara: Tüze Yayıncılık, 1998, s. 136.
- 8 CMK m. 223/7 hükmüne göre: “Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm” varsa “davanın reddine” karar verilir. Mülga 1412 sayılı CMUK’ta bu yönde açık bir hüküm bulunmadığı (ve anılan dönemde kesin/ mutlak bozma sebepleri içerisine bu halin eklenmesi gerektiği) hususunda bkz. Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 595. Zikrolunan dönemde, “kesin hüküm itirazı”nın belli bir süreye bağlanmadığı, ancak bu itirazın hükmün kesinleşmesiyle yargılanmanın yenilenmesi nedeni olabileceği öne sürülmüştür. Görüş için bkz. Ünver, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları*, s. 137.
- 9 Eralp Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968, s. 21.
- 10 İlkenin “tekrarlama yasağı, bir defaya mahsus oluş ilkesi, ceza davasının tüketilmesi” olarak değişik şekillerde tanımlandığı hususunda bkz. Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 33-34.
- 11 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 4,5; Şeyma Cebeci *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi), 2008, s. 3. İlkenin usul hukukuna ilişkin olduğu hususunda bkz. Mustafa Özen, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz) İlkesi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1, (2010), 390.
- 12 Öğretide, kesin hükmün ikinci bir yargılamaya/ kovuşturmayaya engel olması nedeniyle bu etki “önleme etkisi” olarak da adlandırılmaktadır. Tanımlama için bkz. Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 5. Söz konusu etki “engelleme etkisi” olarak da tanımlanmaktadır. Açıklama için bkz. Serap Keskin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*, İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1997, s. 17-18.
- 13 Feridun Yenisey, *Milletlerarası Ceza Hukuku*, İstanbul: Beta Basım, 1988, s. 211; Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 4, 9. Taner’e göre; “Her davanın bir sonu olmak, arkası alınmak gerekir; aksi takdirde iş hiç bitmez.” Açıklama için bkz. M. Tahir Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1945, s. 96.
- 14 Yenisey’e göre; kesinleşen hüküm, “yargı” halini alır. Açıklama için bkz. Feridun Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1990, s. 217.
- 15 “Kesin hükmün değişmezliği cezanın muhakkak oluşu ile ilgili olup bu ilke kabul edilmemiş olsa idi, adaletten şüphe devam edecek, bu ise cezanın muhakkaklığı azaltan sebeplerden biri olacaktır.” Görüş için bkz. Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 581.
- 16 Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 217.
- 17 Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin BVerfGE II, 380: BCHGSt 9, 327 sayılı kararından nakleden Yenisey, *Milletlerarası*, s. 211.
- 18 Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 217.

Kesin hükümle birlikte, karara konu hukuki sorun çözülmüş sayılacağından¹⁹, kesinleşen karardaki sonuç “doğruluğu hukuken kabule dilen ve artık tartışılmayan”²⁰ bir sonuçtur. Bu sebeple bir kimse hakkında verilen kararın kesinleşmesi sonrasında herhangi bir haklı ve yasal sebep olmaksızın her an tekrar yargılanma ihtimalinin mevcudiyeti hukuk güvenliğini ihlal eder^{21,22}. Bu yönüyle, “geçmişte gerçekleştirilen yargılama sonucunda verilen hüküm, geleceğe yönelik teminattır”²³.

AİHM’e göre; “ne bis in idem” ilkesi, “ceza yargılamalarında adil yargılanma hakkına ilişkin genel teminatla ilgili özel güvencelerden birisidir”²⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de ikinci kez aynı suçtan dolayı yargılama engelinin (*the prohibition against ‘double jeopardy’*) anayasal bir ilke olarak kabul edilmesindeki düşüncüyü şu şekilde ortaya koymaktadır: “Angola – Amerikan hukuk sisteminde kökleşmiş olan temel fikir, masum olmasına rağmen suçlu bulunması olasılığını artırmasının yanı sıra – kişiyi utanç içinde bırakarak ve harcama yapmasına neden olarak sürekli bir endişe ve güvensizlik hissiyle yaşamaya zorlamamak için – Devletin tüm kaynakları ve gücüyle iddia edilen bir suçtan dolayı bir kişiyi mahkûm etmek için defalarca girişimde bulunmasına izin verilmemesidir”²⁵.

19 Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Sekizinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 873.

20 Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 922.

21 Cebeci, “Ne Bis İn İdem İlkesi”, s. 74. AİHS Ek 7 No’lu Protokolün 4. maddesine göre:

“1 – Hiç kimse, bir devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak kesin bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir suçtan dolayı, aynı devletin yargı yetkisi içindeki ceza yargılamaları kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılmaz.

2 – Yukarıdaki fıkra hükümleri, davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir.

3 – Bu maddeye, Sözleşme’nin 15. Maddesine dayanmak suretiyle herhangi bir istisna getirilemez”. Bu düzenlemeyle AİHS’in, ne bis in idem ilkesini “suç ve ceza kavramlarının izafi ve büyük ölçüde yöresel olması” nedeniyle “ulusal mevzuata inhisar ettirdiği” ifade edilmektedir. Görüş ve eleştiri için bkz. Feyyaz Gölcüklü, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde ‘Adil Yargılama’, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49/1 (1994), s. 233. AİHM’e göre; 7 No’lu Protokol’ün 4. maddesi, “ikinci bir ‘suç’un kovuşturulmasını veya yargılanmasını, ancak bu suçun birebir veya esasen aynı olgulardan kaynaklanıyor olması halinde” yasaklamaktadır. AİHM, Sergey Zolotukhin/ Rusya Kararı [Büyük Daire], Başvuru No. 14939/03, par. 82.

22 İlke, Türkiye’nin taraf olduğu Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi’nin 14. maddesinde (adil yargılanma hakkı başlığı altında) şu şekilde düzenlenmiştir:

“Bir ülkenin hukukuna ve ceza yargılama usulüne uygun olarak daha önce kesin biçimde mahkum olan veya beraat eden bir kimse aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanamaz ve cezalandırılmaz”.

Sözleşme metni için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf> Erişim Tarihi: 23.09.2020.

23 Francesco Carrara, *Manuale di Procedura Penale Can Speciali Osservazioni* (Milano:Eugenio e Filippo Cammelli Firenze, 1874), 399’dan nakleden Dilver Nişancı, *Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 18. Alman hukukunda bu teminatın, kanun lafzının ötesine geçerek, yeni bir ceza soruşturmasının hukuken kabul edilemeyeceği ve kamu davası hakkının tüketildiği şeklinde geniş yorumlandığı hususunda bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 241.

24 AİHM, Mihalache/ Romanya Kararı, Başvuru No. 54012/10, Par. 48. Öğretiye göre de ilke, adil yargılama ilkesinin doğal bir sonucudur. Açıklama için bkz. Erol Cihan ve Feridun Yenisey, “Ne Bis İn İdem” İlkesi”, *Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı*, Ed. Köksal Bayraktar, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, 220.

25 Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Green v. United States*, 355 U.S. 184 (1957), 187, 188. Karar için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/355/184/> Erişim Tarihi: 22.09.2020.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de “*ne bis in idem*” ilkesi, bir “*hukuk devleti ilkesi*”dir²⁶. Hukuk güvenliği ancak kesin hükümle sağlanabileceğinden; kesin hükme saygı mecburiyeti, yalnız idare edenleri ve idare edilenleri değil, kanun koyucuyu dahi bağlar^{27,28}. Bununla birlikte Alman hukukunun aksine, ilke 1982 Anayasası'nda açık bir şekilde düzenlenmemiştir²⁹.

Yargıtay'a göre, ilkenin “*evrensel bir geçerliliği*” mevcut olup, bu ilke, ceza hukukundan disiplin cezalarına, uluslararası savaş hukukundan devletler hukuku yaptırımlarına kadar hukukun birçok alanında kullanılmaktadır³⁰.

“*Ne bis in idem*” ilkesinin olumlu ve olumsuz etkilerinin ortaya çıkabilmesinin ön şartı, hükmün kesinleşmesidir. Ceza muhakemesinde hükmün ne şekilde kesinleşeceği açık bir şekilde düzenlenmiştir. Herhangi bir kanun yolu öngörülmeleyen hükümler bakımından hükmün verilmesiyle (CMK m. 272/3); kanun yolu öngörülüp de kanun yoluna başvurulmayan hükümler bakımından kanun yoluna başvuru süresinin geçirilmesiyle; kanun yolu öngörülüp de bu yola başvuru yapılan hükümler bakımından ise olağan kanun yolu incelemesinin tamamlanmasıyla (istinaf isteminin esastan reddi/ temyiz isteminin esastan reddi ile) (karş. CMK m. 280 ve m. 302) kesinleşme söz konusu olmaktadır³¹.

CMK'de yer alan düzenlemeler açısından bakıldığında, tek sanık ve tek maddi vakıya yönünden verilen hükmün kesinleşip kesinleşmediğinin tespitinde herhangi bir belirsizlik ya da tereddüt söz konusu değildir. Ancak, aynı yargılamada birden fazla sanığın veya bir veya birden fazla sanık hakkında

26 Anayasa Mahkemesi'ne göre: “...aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz (*ne bis in idem*)7 ilkesi gereğince, kişi aynı fiil nedeniyle birden fazla yargılanamaz ve cezalandırılmaz. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, korunan hukuki yararı, unsurları, amacı ve neticesi farklı olması nedeniyle aynı hukuk disiplinleri kapsamında aynı fiilin farklı şekillerde mütalaa edilmesi mümkündür. Bu ilke sadece ceza davalarına ilişkin olduğu için aynı fiilden dolayı ceza soruşturması yanında ayrıca hukuk davası veya disiplin soruşturması açılmasına engel teşkil etmez. Dolayısıyla bir fiilin söz konusu hukuk disiplinlerinin öngördüğü farklı yaptırımlarla cezalandırılması hukuk devleti ve “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama olmaz” ilkesine aykırılık oluşturmaz”. Anayasa Mahkemesi, E.2017/95, K.2017/119, 12/07/2017, par. 12. Anayasa Mahkemesi'ne göre, AİHS Ek 7 No.lu Protokol ile açıkça düzenlenen *ne bis in idem* ilkesi –her bir devletin kendi yargılama yetkisi açısından – güvence sağlamakla (ulusal nitelik taşımakla) birlikte, ülkelerin ikili veya çok taraflı sözleşme akdetmeleri halinde, âkit devletler bakımından da sonuç doğurabilmektedir. Anayasa Mahkemesi, İrfan Yılmaz Başvurusu, Başvuru No. 2018/9678, par. 27.

27 Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 580. Anayasa Mahkemesi, Süleyman Başmeydan Başvurusu [GK], Başvuru No. 2015/6164, par. 48.

28 İlkenin Anayasa'da açıkça düzenlenmediği, CMK'de ise dolaylı bir şekilde düzenlendiği hususunda bkz. Faruk Özkan, “Türk Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi”, Haz. Fatih Selami Mahmutoglu, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2010, s. 13. Türk hukukunda da ilkenin yazılı olmayan bir hukuk kuralı olarak geçerli olsa da önemini vurgulamak için Anayasa'da açıkça düzenlenmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 103.

29 İlke, Alman Anayasası'nın m. 103/f, 3 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmiştir. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 241.

30 Yargıtay CGK., 13.12.2011 tarih, E. 2011/8-342, K. 2011/271, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 23.09.2020. Adil yargılanma hakkının zorunlu bir sonucu olan ilkenin, adil yargılanma hakkının hukukun evrensel ilkelerinden olması nedeniyle dolaylı olarak hukukun evrensel ilkeleri arasında yer aldığı hususunda bkz. İbrahim Şahbaz, *Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 20.

31 Eski hale iade müessesesi ile – kanun yoluna başvuru süresi geçmiş olsa dahi – olağan kanun yoluna gidilmektedir. Açıklama için bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi*, s. 1780.

birden fazla maddi vakıanın mevcut olduğu durumlarda³², tek bir sanık hakkında verilen birden fazla hükümlerden birisi veya birden fazla sanık hakkında verilen tek bir hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususunda tereddüt söz konusu olabilmektedir.

Örneğin; örgüt üyeliğinden yargılanan iki sanıktan birisi hakkındaki “mahkûmiyet” hükmüne karşı kanun yoluna başvurulması, diğeri hakkındaki “beraat” hükmü yönünden ise kanun yoluna başvurulmaması halinde, kanun yoluna başvurulmayan “beraat” hükmü yönünden kısmi kesinleşmenin söz konusu olup olamayacağıın tespit edilmesi gerekmektedir. Yine, aynı sanık hakkında aralarındaki bağlantı sebebiyle CMK m. 8 vd. hükümleri kapsamında birlikte yürütülen ve birlikte karara bağlanan birden fazla suça ilişkin olarak verilen hüküm bakımından, bir suça ilişkin hükme karşı kanun yoluna başvurulması halinde, kanun yoluna başvurulmayan diğeri suça ilişkin hükmün kesinleşip kesinleşmeyeceğinin tespitine ihtiyaç bulunmaktadır.

Bir sanığın müstakil olarak ve başka bir sanıkla birlikte yargılandığı davalar bakımından, kendisi hakkındaki hükmü (örneğin; beraat hükmünü) kanun yoluna götürmeyerek kesinleştirme yoluna gittiği ve aleyhine kanun yolu başvurusunun da mevcut olmadığı durumlarda, kesinleşen ceza mahkemesi kararının gerek özel hukuk kapsamındaki bir uyuşmazlık ilgili olması gerekse idare hukuku bağlamındaki bir uyuşmazlıkla (örneğin; disiplin soruşturması veya özlük haklarıyla) ilgili olduğu durumlarda kararın kesinleştirilmesine ihtiyaç bulunmaktadır³³. Aksinin kabulü halinde, beraat eden sanığın kendisi hakkındaki hükme karşı kanun yoluna başvurulmamış olmasına (kendisi hakkındaki karar şeklen kesinleştiği halde) rağmen diğeri sanıklar hakkındaki yıllar süren bir kanun yolu incelemesinin sonucunu beklemesi (hakkındaki ceza davasının uzun süre açık kalması) gibi bir durum ortaya çıkacaktır. Söz konusu durumda ise; sanığın özel hukuka ve idare hukukuna ilişkin pek çok hakkının ve hususiyetle de “lekelenme ve unutulma hakkının” ve “özel hayatının gizliliğine saygı” hakkının tehlikeye düşmesi muhtemeldir³⁴.

Nitekim AİHM'e göre; bir suç isnadı nedeniyle elde edilen DNA, fotoğraf veya parmak izi verilerinin dahi uzun ve belirsiz süreyle ve gözden geçirme imkanı bulunmaksızın geniş bir şekilde tutulması³⁵ ve “suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekler ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinin genel ve farklılaştırılmamış niteliğinin, söz konusu kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlamadığını ve savunmacı devletin, kabul edilebilecek

32 Aşağıda ilgili başlıkta açıklanacağı üzere, bu türden durumlarda esasında gerçek anlamda kısmi kesinleşme söz konusu değildir. Ancak gerek öğretilerde gerekse Yargıtay uygulamasında “kısmi kesinleşme” terimi kullanıldığından aynı terimi kullanmak durumunda kaldık.

33 Ceza mahkemesi neticesinde verilen kararların diğeri yargı kollarına etkisi hususunda ayrıntılı açıklama için bkz. Ahmet Hulusi Akkaş, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2016, 189 vd.

34 Yargıtay'a göre: “Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplu hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutulması geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğeri bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir. Kaldı ki, davacı da yargılama sırasında verdiği dilekçelerinde bu istem üzerinde ısrarla durmuştur. Davacı unutulma hakkı ile özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini, aradan geçen süre nedeniyle toplu hafızasından silinmesini istemektedir.” Yargıtay HGK., 17.06.2015 tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

35 AİHM, Gaughran/ Birleşik Krallık Kararı, Başvuru No.: 45245/15 [Final], par. 96, 97.

*takdir marjını aşmış olması*³⁶ özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ihlalidir. Bu sebeple, özellikle beraat etmiş bir kimsenin, hakkındaki hükmün kesinleşmesi için – beraate ilişkin kesin hükmün bu kimsenin özel hukuka ilişkin taleplerine veya bulunduğu statüye (örneğin memuriyet statüsüne) ilişkin haklarına etkisi de dikkate alındığında-³⁷ uzun yıllar beklemek zorunda kalması özel yaşamın gizliliğine saygı hakkının ve lekelenmeme ve unutulma hakkının ihlalidir³⁸.

Ceza muhakemesinde hükmün kısmen kesinleşmesi meselesine ilişkin münhasır bir çalışma mevcut olmadığı gibi bu konu gerek öğretilerde gerekse uygulamada detaylı bir şekilde ele alınmamıştır³⁹. Bu sebeple çalışmamızda, ceza muhakemesinde hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususu ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

I. CEZA MUHAKEMESİNDE HÜKÜM KAVRAMI

Kelime anlamı itibariyle “hüküm/ yargı”: “Yasalara göre mahkemece bir olay veya olgunun doğuşuna etken olan sebeplerin de göz önünde bulundurularak değerlendirilmesi sonucu verilen karar, kaza” olarak tanımlanmaktadır⁴⁰.

Bir ceza hukuku kavramı olarak hüküm: “Duruşmanın sona erdiğinin açıklanmasının ardından verilen ve uyuşmazlığı çözümlenerek yargılamayı sonlandıran nihai karardır”⁴¹. Bu yönüyle “hüküm”, nihai/

36 AİHM, Marper/ Birleşik Krallık Kararı [Büyük Daire], Başvuru No. 30562 ve 30566/04, par. 125.

37 Kişi hakkında devam eden (kesinleşmeyen) dava bilgilerinin kolluk ve istihbarat birimleri tarafından görülebildiği (657 sayılı DMK'nin 131/3 hükmü uyarınca “160 sayılı Devlet Personel Dairesi Kurulması Hakkında Kanunun 4 üncü maddesinde sayılan kuruluşlarda çalışan personel hakkında; görevden doğan veya görevi sırasında işledikleri suçlarla kişisel suçları sebebiyle Cumhuriyet savcıları veya sorgu hâkimlikleri veya Memurun Muhakematı hakkında Kanun uyarınca yetkili kurullarca yapılan soruşturma sonunda düzenlenen takipsizlik, meni muhakeme, iddianame, talepname veya lüzumu muhakeme karar suretleri ile ilgili mahkemelerce verilen kesinleşmiş karar suretleri bu personelin bağlı olduğu bakanlık veya kurum veya kuruluşu gönderildiği”) nazara alındığında, beraat ettiği halde hakkındaki ceza davası – diğer sanıkların kanun yoluna başvurmuş olması nedeniyle – açık görülen bir kimsenin bu kayıt nedeniyle hak ihlali ile karşılaşabilmesi de mümkündür. Örneğin; 2822 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 8. maddesine göre; bir kısım suçlar yönünden “kovuşturma altında olmamak” hakimlik ve savcılık sınavına başvuru şartı olarak kabul edilmektedir. Yine, Ateşli Silahlar, Bıçaklar ve Diğer Aletler Hakkında Yönetmeliğin 16. maddesine göre, bazı suçlar nedeniyle “kovuşturma sonuçlanıncaya kadar” silah ruhsatı verilmesi ve yenilenmesine ilişkin işlemler bekletilir ve silah ilgili birimce emanete alınır. Adalet Bakanlığı Memur Sınav, Atama ve Nakil Yönetmeliğinin 18. maddesine göre: “Haklarında atama şartlarının kaybedilmesini gerektirecek nitelikteki eylemlerinden dolayı adli bir soruşturma veya kovuşturma bulunanlardan sınavda başarılı sayılanların atamaları soruşturma veya kovuşturma sonuçlanıncaya kadar bekletilir.”

38 2839 sayılı Devlet İstihbarat Hizmetleri Kanunu'nun m. 6/c hükmüne göre, MİT Başkanlığı “26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dört, Beş, Altı ve Yedinci bölümlerinde yer alan suçlara (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeleri hariç olmak üzere) ilişkin soruşturma ve kovuşturmalarda ifade tutanaklarına, her türlü bilgi ve belgeye erişebilir, bunlardan örnek alabilir”. İstihbarat birimlerinin topladığı – ceza muhakemesine ilişkin – bilgilerin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemlerine esas olmak üzere dikkate alınması da muhtemeldir.

39 “Kısmi kesinlik” hakkındaki sınırlı bir tartışma için bkz. Nurullah Kunter, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Onsekizinci Bası, İstanbul: Beta Basım, 2010, s. 1661; Yenisey, *Duruşma*, s. 172, 173; Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, s. 40; Güçlü Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi* (Güncelleme 2. Baskı), Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016, s. 28, 29; Ahu Karakurt, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 48 vd.

40 Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> Erişim Tarihi: 22.09.2020.

41 Özlem Yenerer Çakmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI/ 3-4 (2007), 30.

son karara verilen isimdir⁴². Öğretide de ifade edildiği üzere, ceza mahkemeleri tarafından verilen “her hüküm bir karar olmakla birlikte, her karar bir hüküm değildir”⁴³.

CMK m. 223 hükmünde, duruşmanın sona ermesiyle birlikte “hükümün” açıklanacağı düzenlenmiş olup hükümden ne anlaşılması gerektiği ise hüküm türleri sayılmak suretiyle belirlenmiştir (CMK m. 223/1).

CMK m. 227-232 hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde, “hüküm fıkrası”, “hüküm” ve “hükümün gerekçesi” kavramlarına yer verildiği ve bu kavramların tanımlanmadığı hatta gerek bu maddeler kapsamında gerekse CMK’nin bütününde bu kavramların “karışıklığa neden olacak şekilde” kullanıldığı haklı olarak öne sürülmektedir⁴⁴.

CMK m. 231 ve 232 hükümlerinde yer verilen “hüküm fıkrası”; “hükümün neticesini bildiren”⁴⁵ “kısa karar” olup;⁴⁶ gerçekte “sonradan açıklanacak gerekçeli kararın “sonuç bölümü”dür⁴⁷. Kanun’da “gerekçeli karar”⁴⁸ olarak adlandırılan husus ise “hüküm”dür⁴⁹.

42 Öğretide, mahkemenin duruşma sonunda verdiği karara “son karar” denilmesinin daha isabetli olduğu, bu ifadeyle bir yandan mahkemenin bir “karar” verdiği (işten elini çektiği) diğer yandan da bu kararın “son” olduğu ifade edilmiş olacağı öne sürülmektedir. Açıklama için bkz. Yurtcan, *CMK Şerhi*, s. 953, 1000.

43 Mustafa Artuç ve Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2010, s. 2.

44 İsmail Deniz, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014, s. 26.

45 Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 309. Taner’e göre; gerekçe, hükümün “*esbab-ı mucibesi*”dir. Açıklama için bkz. Age., s. 309.

46 “[H]üküm fıkrasının mutlaka yargılama sonunda duruşma tutanağına geçirilmesi ve okunması zorunludur. Uygulamada tefhim edilen bu hüküm fıkrasına “kısa karar” adı verilmektedir. Hükümün gerekçesi bütünüyle tutanağa geçirilmemiş ise hükümün tefhiminden itibaren on beş gün içerisinde gerekçesinin dava dosyasına konulması gerekmektedir. Gerekçeli kararda, kısa hükümün aynen bulunması ancak bu kararın gerekçesinin gösterilmesi icap etmektedir. Gerekçeli karar ile kısa kararın değiştirilmesi mümkün olmayıp, gerekçeli kararın kısa karar ile uyumlu olması lazımdır. Başka bir ifadeyle duruşmada tefhim olunan kısa karar ile gerekçeli karar arasında çelişki bulunmamalı, gerekçe ile sonuç ve hüküm kısmı infazda karışıklığa neden olabilecek nitelikte olmamalıdır.” Yargıtay CGK., 28.11.2019 tarih, E. 2015/6-1178, K. 2019/683, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

47 Fatih Birtok, *AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*, 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 550.

48 Yargıtay’a göre: “Anılan bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde, duruşmanın bittiği bildirildikten sonra 5271 sayılı CMK’nun 223. maddesinin birinci fıkrası uyarınca hüküm verilmesi zorunludur. Bu hükümden gerekçeye yer verilmese dahi, anılan kanunun 232. maddesinin altıncı fıkrası uyarınca, 223. maddeye göre verilen kararın ne olduğunun, uygulanan kanun maddelerinin, verilen ceza miktarının, kanun yollarına başvurma ve tazminat isteme imkanının bulunup bulunmadığının, başvuru imkanı varsa süresi ve merciinin mutlaka belirtilmesi gerekmektedir. Uygulamada bu şekilde gerekçesi açıklanmadan hüküm verilmesine kısa karar denilmektedir. Kısa karar olarak adlandırılan bu hüküm fıkrasının tümüyle duruşma tutanağına geçirilmesi, akabinde okunarak, gerekçesinin ana hatlarıyla anlatılması gerekmektedir. Gerekçeye yer verilmeden sadece kısa karar olarak adlandırılan “hüküm-sonuç” bölümünün açıklanmasından sonra, maddi olayın açıklandığı “sorun” bölümü ile delillerle sonuç arasındaki bağın, yani neden bu sonuca ulaşıldığının anlatıldığı ve hukuki nitelendirmenin yer aldığı “gerekçe” bölümünün hüküm fıkrasına da yer verilmek suretiyle, kısa kararın açıklanmasından itibaren on beş gün içinde yazılması gerekmektedir. Bu şekilde sorun, gerekçe ve hüküm-sonuç bölümünden oluşan karara ise uygulama da gerekçeli karar denilmektedir.

Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin yerleşmiş uygulama ve kabullerine göre, hükümün esasını kısa karar oluşturmaktadır. Kısa kararda yer verilmeyen hususlara gerekçeli kararda yer verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, gerekçeli kararın kısa karar ile uyumlu olması zorunludur.” Yargıtay CGK., 01.04.2014 tarih, E. 2013/12-836, K. 2014/168, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

49 Deniz, *Ceza Muhakemesinde*, s. 26.

Yargıtay'a göre; "hükümün esası" kısa karar olup;⁵⁰ infazda esas alınması gereken de duruşmada okunan kısa karardır⁵¹. Yine, kesin hüküm niteliğini kazanan da "kısa karar/ hüküm fıkrası" olup; hükümün gerekçesi kesinleşmez⁵².

Mahkeme tarafından kısa kararın açıklanmasıyla birlikte, kısa kararda yer almayan hususların gerekçeli karara konu edilmesi mümkün olmadığı gibi⁵³; gerekçeli kararın yazılmasıyla birlikte mahkemenin artık hükümde değişiklik yapabilmesi mümkün değildir⁵⁴.

Yargıtay'a göre; "aksine bir yasal düzenleme bulunmadıkça mahkemenin karar verdikten sonra dosyayı yeniden ele alarak yargılama yapması, yasal olanak olmadığı halde kendi kararını kaldırması, sonradan benzer ya da değişik bir karar vermesi Usul Yasasına aykırı, hukuki dayanaktan yoksun, hukuken geçersiz ve yok hükmündedir"⁵⁵.

Muhakemeye konu uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak tesis edeceği ve kanun yolu bakımından dikkate alınması gereken hüküm; gerekçesiyle birlikte açıklanması halinde "gerekçeli hüküm/ karar", gerekçesiz bir şekilde (gerekçesi CMK m. 232/3 hükmü kapsamında daha sonra açıklanmak üzere) "kısa karar" olarak açıklanması halinde ise "kısa karar"dır.

İlk derece mahkemesinin ara kararları ile muhakeme şartlarının gerçekleşmesinin beklendiği durma kararları, ceza uyumsuzluğunu esastan çözen ve ilk derece mahkemesinin işten el çekmesi sonucunu doğuran kararlar olmadığından⁵⁶ bu kararlara karşı itiraz ve kanun yararına bozma kanun yollarına başvurulabilir ise de söz konusu kararların ceza uyumsuzluğunun esasına ilişkin olmaması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesine bağlı sonuçları doğuran "hüküm" olarak kabulü mümkün değildir. Yine CMK m. 223/10 hükmü kapsamında adli yargı dışındaki bir yargı merciine yönelik görevsizlik kararı da kanun yolu bakımından hüküm sayılmakta ise de görevsizlik kararının da yargılama konusu olayın

50 Yargıtay CGK., 01.04.2014 tarih, E. 2013/12-836, K. 2014/168, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

51 Yargıtay 3. CD., 03.04.2019 tarih, E. 2018/11448, K. 2019/7096; Yargıtay 6. CD., 21.02.2019 tarih, E. 2016/1243, K. 2019/1028, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020. Kısa karar ile hüküm arasındaki farkın sanığın lehine veya aleyhine olmasının bir önemi yoktur. Görüş için bkz. Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 489, 490; Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 15. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2018, s. 812.

52 Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1781, dn. 2 ve s. 1782.

53 Yargıtay "...[S]onradan yazılan gerekçeli kararda kısa kararda yer almayan hususlara yer verilmesinin, eksik yazılmış kısa karara geçerlilik kazandırmayacağı"na karar vermiştir. Yargıtay CGK., 14.12.2020 tarih, E. 2010/6-232, K. 2010/260, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

54 TCK m. 53/1 hükmünde yer verilen ve hapis cezasına mahkûmiyetin kanuni sonucu olarak uygulanan hak yoksunluklarının "hâkimin takdirine bağlı olmaması ve hapis cezasının infazının tamamlanıncaya kadar uygulanacağı ve infaz aşamasında nazara alınmasının mümkün olduğu" gerekçesiyle, kısa kararda ya da gerekçeli kararda yer alması dahi hâkimin takdirine bağlı olmayan hak yoksunluklarının uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu türden hak yoksunluklarının hükümde yazılmaması, sanık veya hükümle lehine kazanılmış hak doğurmaz. Yargıtay CGK., 20.03.2012 tarih, E. 2011/2-433, K. 2012/108; Yargıtay CGK., 16.12.2008 tarih, E. 2008/5-146, K. 2008/235, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020. Bununla birlikte, TCK m. 53/5 hükmünde düzenlenen hak yoksunluğunun "hükmolunacak süre yönünden", m. 53/6 hükmünde düzenlenen hak yoksunluğunun ise "uygulanıp uygulanmaması yönünden" hâkimin takdirine bağlı olması nedeniyle, bu hak yoksunluklarının kısa kararda ya da gerekçeli kararda yer almaması halinde, infaz aşamasında dikkate alınarak uygulanabilmesi mümkün değildir.

55 Yargıtay CGK., 07.10.2003 tarih, E. 2003/10-244, K. 2003/240, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

56 Fatih Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 109.

esasına ilişkin bir karar olmaması nedeniyle *ne bis in idem* ilkesine bağlı sonuçları doğuran bir “hüküm” olarak kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır.

II. HÜKMÜN KESİNLEŞMESİ (KESİN HÜKÜM) VE SONUÇLARI

Ceza muhakemesinde hükmün “kesinliği”, aynı eylemden dolayı aynı sanığın ikinci kez kovuşturulamamasını⁵⁷ ve bağlayıcı olmasını⁵⁸ ifade etmektedir.⁵⁹ Öğretide “*kesin hüküm*” kavramı ile aynı anlama gelmek üzere “*yargı*”⁶⁰, “*katileşme*”⁶¹ ve “*kaziyiye-i muhakeme*”⁶² terimleri kullanılmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi için kesin hüküm müessesine ihtiyaç bulunmaktadır⁶³. Zira sürekli bir biçimde maddi gerçeğe ulaşmak adına yargılamayı sürdürmek ve her zaman yenilenebilir kılmak hem kişi hakları hem de toplumsal düzen açısından kabul edilebilir bir durum değildir⁶⁴.

Türk hukuku bakımından kesin hüküm, iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; şekli anlamda kesin hüküm ve maddi anlamda kesin hüküm. Her iki “kesinleşme” biçimi açısından, kesin hüküm etkisinin sonuçları itibarıyla herhangi bir farklılık bulunmasa da bu iki kesinleşme biçimine kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır⁶⁵.

Şekli anlamda kesin hüküm; hükmün bir “*niteliği*” (“*değişmezlik niteliği*”) olup, bir hükme karşı olağan kanun yollarının kapalı olması veya kanun koyucu tarafından öngörülen kanun yolu imkânının yargılamanın taraflarınca müracaatsız bırakılması (ya da kanun yolundan feragat ve/ veya vazgeçme)

57 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 5. Hükmün kesinliği ile kesin nitelikteki hüküm kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerekmektedir. “*Kesin nitelikteki hüküm*” AİHS Ek 7 Numaralı Protokol’ün 2. maddesi kapsamında, “*kiçük/ hafif*” ya da “*önemsiz*” olmaları hasebiyle, kanun koyucunun olağan kanun yolu denetimi dışında bıraktığı hükümleri ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Nitekim CMK m. 272 hükmünde bu yönde bir düzenleme yapılmıştır. Bununla birlikte, kesin nitelikteki hükümler bakımından olağanüstü kanun yollarına (örneğin kanun yararına bozma yoluna) başvurulabilir. Yine Yargıtay’ın istikrarlı uygulamasında, bu tür hükümler bakımından “*suç vasfına yönelik*” kanun yolu başvurusunun yapılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, s. 117 vd. ve s. 337 (dn. 1430), 355, 356. “*Kesin nitelikteki hükmün*” de bir tür “*şekli anlamda kesin hüküm*” olduğu hususunda bkz. Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 14. Hükmün kesinlik niteliği ve var oluş nedeni açısından kesin hüküm ile kesinleşmiş hüküm ayrımının önemli olmadığı hususunda bkz. Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 27.

58 Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 587. Kesin hükmün, bir hükmün “*yargı otoritesi*” haline gelmesi olduğu hususunda bkz. Şahbaz, *Aynı Fiilden Bir Kez Yargılanma*, s. 132.

59 Erem’e göre; kesin hüküm kanunun tanıdığı bir tür “*hakikat karinesi*” olduğundan, davayı düşüren değil, davaya son veren bir sebeptir. Açıklama için bkz. Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 588, 589. “*Kesin hüküm hakikat kabul edilir*” vecizesi için bkz. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. 3, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019, s. 1179.

60 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1660.

61 Baha Kantar, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, 4. Bası, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1957, s. 477.

62 Taner, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, s. 95 ve 345.

63 Kesin hükmün kabulündeki amaç hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 6 vd.

64 Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 25.

65 Şekli kesinleşme/ maddi kesinleşme ayrımının Alman ceza muhakemesi hukukundan hareketle yapıldığı hususunda bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1781, dn. 2.

nedeniyle ortaya çıkmaktadır⁶⁶. Bir başka düşünceye göre de dava süjelerinin hükmü değiştirme imkânlarının kalmaması “*şekli anlamda kesin hüküm*”dür⁶⁷. Bu yönüyle şekli anlamda kesinlik, bir karara karşı gidilebilecek olağan kanun yollarının tükenmesidir⁶⁸.

Şekli anlamda kesin hükümle birlikte, “*değişmezlik niteliğinin*” doğal sonucu olarak adli sicile kaydedilme ve infaz edilebilir olma halleri kendiliğinden ortaya çıkmaktadır. Şekli anlamda kesinleşen hüküm bakımından olağan kanun yollarına başvurma imkânı bulunmasa da olağanüstü kanun yollarına başvurma imkânı mevcuttur⁶⁹.

Bununla birlikte Yargıtay: “[K]urulan hükmün temyiz hakkı olanlara usulüne uygun tebliğ edilmediği hallerde temyiz süresinin işlemeye başlamayacağı ve temyiz etme ihtimali tüketilmeden temyiz incelemesi yapılamayacağı, buna karşın inceleme yapıp onama kararı verilmesi halinde ise temyiz edilme ihtimali bulunduğundan hükmün kesinleşmesinden söz edilemeyeceği ve onama kararının kendisine bağlanan hukuki sonucu doğuramayacağı, bu haliyle de hukuki değer ifade etmeyeceği[ni]” kabul etmektedir⁷⁰. Bu uygulamaya göre; şekli kesinleşme ancak hükmün kanun yoluna başvurma hak ve yetkisi bulunan “*bütün muhakeme süjelerine*” usulüne göre bildirilmesinden sonra ortaya çıkabilecektir.

Maddi anlamda kesin hüküm; hükmün diğer yargılamalara olan etkisini (muhtevasını) ifade etmekte olup hükmün başkaları tarafından nazara alınması anlamına gelmektedir⁷¹. Maddi anlamda kesin hüküm için; öncelikle şekli kesinlik (şekli anlamda kesin hüküm) gerçekleşmiş olmalıdır⁷². Maddi anlamda kesin hüküm, şekli kesin hükmün önleme etkisinin doğmasıyla gerçekleşir⁷³ ve maddi kesin hüküm, usuli mahiyeti itibarıyla bir “*yargılama engeli*”dir⁷⁴.

66 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 14 – 15 ve 27.

67 Erem, *Ceza Usulü Hukuku*, s. 581.

68 Nişancı, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 19.

69 Şeklen (kanun yoluna müracaat edilmeyerek) kesinleşen hükümler –sanık aleyhine sonuç doğurmak üzere – hukuki tespit yönü dışında kanun yararına bozma yoluna konu edilmez. Nitekim Yargıtay’a göre de “*Ciddi boyuta ulaşmayan, maddi meseleye ilişkin olan, hâkimin kanaat ve takdir yetkisi kapsamında kalan hususlar ile infaz aşamasında, soruşturma ya da kovuşturma safhasında alınacak bir kararla giderilebilecek nitelikte olanlar gibi başka bir yol ve yöntemle giderilmesi mümkün olan hukuka aykırılıkların kanun yararına bozma konusu olamayacağı kabul edilmektedir... Sübutu kabul edilen eylemin suç oluşturup oluşturmayacağı ya da hangi suçu oluşturacağı yönündeki hukuki tespit, kabul ve uygulamaların yukarıda sayılan, uygulama birliği ve hukuk güvenliği amaçları bağlamında kanun/kamu yararı taşıdığından kanun yararına bozma yasa yoluna konu olabileceğinde şüphe yoktur. Yüksek Ceza Genel Kurulu da aynı görüştedir(23.6.2009 t,2009/7-69,176 sy). Ancak ayrıntıları Ceza Genel Kurulunun 25.10.1993 tarih 260/281 sayılı kararında da açıklandığı üzere; olaya ilişkin deliller toplanıp değerlendirilmişse, delil takdiri yapılarak verilen bu karar aleyhine noksan kovuşturma yapıldığından ya da takdirinde yanılığa düşüldüğünden bahisle kanun yararına bozmaya gidilemez... Kanun yararına bozma talebine ilişkin inceleme, talebe esas teşkil eden hüküm ya da kararın tesis edildiği tarih ve şartlar itibarıyla değerlendirilmesini gerekli kılar. Hüküm ya da karar tarihinden sonra ortaya çıkan deliller, şartları varsa yargılamanın yenilenmesini gerektirebilir ise de kesinleşen hüküm veya kararı kanun yararına bozma talebinin konusu haline getiremez”.* Yargıtay 16. CD., 18.10.2019 tarih, E. 2019/4391, K. 2019/6486, www.yargitay.gov.tr.

70 Yargıtay CGK., 16.04.2019 tarih, E. 2016/14-1426, K. 2019/334, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 26.09.2020.

71 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 27 vd.

72 Yurtcan, *Kesin Hüküm*, s. 19.

73 Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1783.

74 Schoreder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 241.

İster şeklen isterse madden kesinleşmiş olsun, hükmün kesinleşmesiyle birlikte *ne bis in idem* ilkesi gereğince, aynı fiilden dolayı aynı sanığın kural olarak ikinci kez yargılanamayacağı (ve hatta kamu davası açılmayacağı) sonucu ortaya çıkmaktadır. Zira CMK m. 172/1 hükmü kapsamında “*kovuşturma olanağının bulunmaması*” kamu davası açmaya engel olduğundan, kesin hükmün “*dava/ yargılama engeli*” olarak kabul edilmesi gerektiği açıktır⁷⁵.

Ne bis in idem ilkesine bağlı olarak “*ikinci kez yargılanmama/ cezalandırılmama*” sonucunun ortaya çıkabilmesi için; aynı sanık (fail) ve aynı eylem (aynı suç – aynı maddi vakia) koşullarının birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir⁷⁶.

Sanığın aynı olup olmadığı, CMK m. 225/1 hükmü uyarınca ilk hükmün “*dayanağı*”, “*konusu*” ve “*sınırı*” olan “*iddianameye*” göre belirlenirken; fiilin aynı olup olmadığı, “*maddi vakia ve hukuki konu*”ya göre belirlenmektedir⁷⁷. Fiilin işlendiği yer, zaman, şartlar ve korunan hukuki yarar esaslı ölçüde farklı ise “*engelleme etkisi*” söz konusu olmaz⁷⁸.

Yargıtay’a göre: “*Fiilin aynılığının tesbiti dava konusunun ne olduğunun tesbiti ile yakından ilgilidir. Ceza davasının konusunu iddianamede yer alan maddi vakialardan doğan insan davranışları oluşturur.*”

Fiilin aynılığını belirlemedeki kriterin ne olması gerektiği hususunda öğretide çeşitli görüşler ortaya atılmış, kalıcı ve doyurucu tanımlama yapmanın zorluğu karşısında bu konuda yasayla düzenlemeye gidilmemiştir. Bununla birlikte sosyal yaşamın gereği olarak belli bir görüşe bağlı kalmadan hareket etmek durumunda olan uygulamacı yeri geldiğinden birden çok görüşleri de birleştirerek sonuca varmalıdır. Bu düşünce ışığında tarihi ve hukuki normatif kriterine dayalı olarak iddianamede yer alan maddi vakia ve sosyal ölçüsüne başvurulmalıdır.

75 Hakkında geçmişte kesin hüküm verilen bir olay bakımından dava açılması halinde ise bu durumun tespitiyle birlikte CMK m. 223/7 hükmü kapsamında “*davanın reddi*” kararı verilmelidir. Bu türden durumların ortaya çıkmaması için aynı eylem nedeniyle daha önce açılmış dava olup olmadığı araştırılmalı ve dosyalar birleştirilerek tek bir karar verilmelidir. Yargıtay’a göre de “[M]ahkemeye derdest dosyaların birleştirilmesi ve sonrasında hüküm kurulması gerekirken, eylemin bölünmezliği ilkesine aykırı olacak şekilde duruşmaya devamla yazılı şekilde hükümler kurulması” hukuka aykırıdır. Yargıtay 15. CD., 27.01.2020 tarih, E. 2017/12597, K. 2020/969, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020. “... Eylemin bölünmezliği ilkesi dikkate alındığında tefrik edilen dosyanın sonucunun araştırılarak ve mümkünse birleştirilerek değerlendirilmesi, birleştirme olanağı yok ise bunların getirtilip incelenmesi ve denetime olanak verecek şekilde belgeleri ile inceleme tutanaklarının dosyaya konulması gerektiğinin gözetilmemesi” hukuka aykırıdır. Yargıtay 6. CD., 15.01.2018 tarih, E. 2014/7942, K. 2018/25, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020. Sanığın akıl hastası olduğunun tespiti halinde dahi “*davanın reddi*” kararı verilmesi gerektiği hususunda bkz. Abdülbaki Giyik, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Akıl Hastalığı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 249.

76 Yenisey’e göre; kesin hükmün engelleme etkisi bakımından üçüncü bir şart olarak “*konuda aynılık*” yani aynı fiil dolayısıyla aynı sanık hakkında açılan davaların konusunun da aynı olması gerekmektedir. Açıklama için bkz. Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 220; Cihan ve Yenisey, “*Ne Bis In Idem İlkesi*”, 221.

77 Fiilin aynılığı kavramı ile esasen fiilin tamamen birbirine eşitliğinin kast edilmediği, fiilin aynılığının iddianamede belirli yönlerden (hareket, fail, zaman, mekân, konu, araç ve mağdur yönlerinden) sınırlandırılmış olan olguların aynı ya da benzer hukuken korunan değerlerin ihlali göz önünde bulundurularak tespit edilmesi gerektiği hususunda bkz. Tuğba Keleş Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 31, 96, 138. Alman hukukunda, fiilin aynılığından “*hayat algılamasına göre bütünlük gösteren tarihsel bir olay*” anlaşılabilir; bu kalıp “*usuli fiil*” olarak adlandırılmaktadır. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 65.

78 Böyle bir durumda, fiilin aynılığından söz edilemeyeceği için, sadece önceden verilen mahkûmiyete konu hükümdeki cezanın mahsubu söz konusu olabilecektir. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 66.

Fiilin aynılığını belirleme ölçüsü; tarihi ve hukuki normatif kriterlerin karması suretiyle bulunan ve iddianamede yer alan maddi vakıa ve sosyal olaylarda bir örnek vermek gerekirse; sanık, etkili eylemde bulunmaktan yargılanırken mağdur failin fiiline bağlı olarak ölmüşse “ölüm” maddi vakıası yargılamanın konusuna dahil edilebilir çünkü hukuki konunun değişmesi “şahsa karşı bir suç” normunun varlığının korunmasıdır.

Yine meskûn yerde silah atma fiilinden dolayı yargılanırken sanığın attığı kurşunlardan biriyle bir şahsın ölümüne sebebiyet verdiği olay da (ölüm) vakıasını ileri sürmek mümkün değildir. Çünkü meskûn yerde silah atma fiil “kamu düzeni”ni koruduğu halde adam öldürme fiilinin cezalandırılması “yaşama hakkı”nın bir gereğidir.

Bu örneklerden de anlaşıldığı üzere mahkemenin tavsif görevi fiili ferdileştiren maddi vakıalar ve yargılama sırasında bu fiille aynı hukuki konuya dahil olan maddi fiille sınırlıdır. Mahkeme bu sınır dışında çıkararak karar veremez.”⁷⁹

AİHM’e göre de Ek 7 No’lu Protokol’ün 4. maddesi kapsamında *ne bis in idem* ilkesinin uygulanması bakımından üç temel bileşenin bir arada bulunması gerekmektedir⁸⁰. Bunlar; her iki yargılamanın da doğası gereği “ceza” yargılaması olması, “aynı fiille” ilgili olması (aynı gerekçelere/ vakıalara dayanması) ve her iki yargılamanın “aynı” olması.

Yukarıda da açıklandığı üzere *ne bis in idem* ilkesi hem hukuk devletinin hem de ceza muhakemesinin temel ilkelerinden olmakla birlikte, “mutlak” bir uygulama alanına sahip değildir⁸¹.

Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesi’nin 53. maddesine göre;⁸² “..yargıya yol açan eylem bu Devletlerde kamusal nitelikte bir kişiye, bir kuruma veya bir şeye karşı işlenmişse yahut yargıya konu olan kişi bu devletlerde kamusal nitelik taşımakta ise kendileri kovuşturma istemiş olmadıkça, «ne bis in idem » sonucunu kabul etmeğe mecbur değildir.”

AİHS Ek 7 No’lu Protokol’ün 4. maddesine göre de *ne bis in idem* ilkesi “davanın sonucunu etkileyebilecek yeni veya yakın zamanda ortaya çıkarılmış delillerin mevcut olması veya önceki muhakemelerde temel bir eksikliğin bulunması halinde, ilgili devletin hukukuna ve ceza muhakemesi usulüne uygun olarak davanın yeniden açılmasına engel değildir”.

Ne bis in idem ilkesine gerek maddi ceza hukuku bakımından gerekse şekli ceza hukuku bakımından bir kısım istisnalar getirilmiştir. Türk hukuku bakımından, TCK m. 9 ve 10 hükümleriyle kabul edilen yeniden yargılama halleri maddi ceza hukukuna ilişkin istisnaya örnek olarak gösterilebilir⁸³.

79 Yargıtay CGK., 02.06.1986 tarih, E. 1986/2-78, K. 1986/324, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 22.09.2020.

80 AİHM, Mihalache/ Romanya Kararı, Başvuru No. 54012/10, Par. 49.

81 Kesin hükmün engelleme etkisi kaybettiği haller için bkz. Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 218. İlkenin, uluslararası ceza hukuku alanında da istisnalarının mevcut olduğu hususunda bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1784.

82 Sözleşme metni için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanuntbmmc060/kanuntbmmc060/kanuntbmmc06002081.pdf Erişim Tarihi: 22.09.2020.

83 Özgenç’e göre, bu türden durumlarda ilke, istisnai bir yargılamanın yenilenmesi nedenidir. Açıklama için bkz. İzzet Özgenç, “Non Bis İn İdem Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK’nun 10/A Maddesi Hükmüne İlişkin Değerlendirme”, *Yargıtay Dergisi*, 28/3, (Temmuz 2002) s. 323.

Yine CMK m. 311 vd. hükümleri kapsamındaki yargılamanın yenilenmesi de şekli ceza hukukuna ilişkin istisnaya örnek gösterilebilir⁸⁴.

Şeklen veya maddi kesinleşmenin ikinci ve en önemli sonucu ise, hükmün infaz edilebilir hale gelmesidir. 5275 sayılı CGTİHK m. 4/1 hükmüne göre; infazın koşulu (ön koşulu) hükmün kesinleşmesidir.

Kesinleşmiş hükümlerin yorumunda veya çektirilecek cezanın hesabında duraksama veya tereddüt ortaya çıkması halinde dahi – kesinleşen hükümde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın ve kesin hükmün “bağlayıcılık ve önleyicilik” etkileri ihlal edilmeksizin – hükmü veren mahkemeden ya infaz hâkimliğinden yeni bir karar vermesi istenir⁸⁵.

III. HÜKMÜN KISMEN KESİNLEŞMESİ

Türk öğretisinde, ceza muhakemesi sonucunda verilen hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususu tartışmalıdır. Ancak Alman öğretisinde kısmen kesinleşmenin mümkün olduğu öteden beri kabul edilmekte ve kısmen kesinleşmeye ilişkin açık yasal düzenleme de bulunmaktadır⁸⁶ (Al. CMK, m. 316, 318, 327, 343, 344, 352, 353/2)⁸⁷.

Çalışmamızın bu bölümünde öncelikle yol gösterici olması açısından Alman hukukundaki durum ele alınacak sonrasında ise Türk öğretisindeki tartışmalara yer verilecektir. Akabinde de bu tartışmalardan hareketle Türk Hukuku bakımından kısmi kesinleşmenin mümkün olup olmadığı ve mümkün ise hangi durumlarda mümkün olduğu hususundaki kişisel görüşümüz ortaya konulacaktır.

Alman Hukukundaki Durum

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) 327. maddesine göre: “*Hüküm mahkemece, sadece kanun yolu konusu yapıldığı nisbette incelenir*”. Al. CMK 316. madde hükmüne göre ise: “*Süresi içinde*

84 Eski hale iade ve lehe kanun hükümlerinin uygulanması için yapılan uyarılama yargılamasının da bu istisnalar içerisinde olduğu hususunda bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1786. İlkenin, maddi ceza hukukuna ilişkin istisnaları için bkz. Özkan, *Türk Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi*, s. 14 vd. “*Yok hükmündeki*” kararlar bakımından kesin hükmün engelleme etkisinin bulunmadığı hususunda bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 242. Yargılamanın yenilenmesinin “sınırlı” hallerde başvurulabilecek “istisnai” bir yol olduğu hususunda bkz. Hakan Karakehya, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 1. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015, s. 212.

85 5275 sayılı CGTİHK m. 98:
“(1) a) *Mahkûmiyet hükmünün yorumunda duraksama olursa veya sonradan yürürlüğe giren kanun hükmünün Türk Ceza Kanununun 7 nci maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekirse, hükmü veren mahkemeden,*
b) *Çektirilecek cezanın hesabında duraksama olursa ya da cezanın kısmen veya tamamen yerine getirilip getirilemeyeceği ileri sürülürse, infaz hâkimliğinden, duraksamanın giderilmesi veya yerine getirilecek cezanın belirlenmesi için karar istenir.*
(2) *Birinci fıkra uyarınca yapılan başvurular cezanın infazını ertelemez. Ancak, mahkeme veya infaz hâkimliği olayın özelliğine göre infazın ertelenmesine veya durdurulmasına karar verebilir*”

86 Alman ceza muhakemesindeki uygulama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 225, 242.

87 Alman hukukunda hükmün, kısmen kanun yoluna götürülebildiği (sebeup gösterilmediği halde son kararın bütünüyle incelendiği) hususunda bkz. Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 73. Türk hukukunda benzer bir düzenleme bulunmadığından aynı sanık yönünden aynı eylem nedeniyle hükmün kısmen kanun yoluna götürülemeyeceği hususunda bkz. Birtok, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, s. 50.

istinaf davasının açılması, gösterilen noktalarda hükmün kesinleşmesini engeller” (karş. temyiz kanun yoluna ilişkin Al. CMK m. 343, 344)⁸⁸.

Alman hukukunda, istinaf ve temyiz bakımından belli “*nokta*”larla sınırlı bir şekilde kanun yolu başvurusu yapılabilmektedir. Ancak bu şekildeki bir “*kısmi kanun yolu başvurusunun*” yapılabilmesi için, kanun yolu başvurusuna konu edilen “*nokta*”nın, hükmün diğer bölümlerinden ayrılabilir ve ayrıca karar verilebilir olması gerekmektedir⁸⁹. Bu sistemde, son kararın ancak birbirinden ayrılarak müstakil incelemeye konu edilebilen parçaları “*nokta*” olarak kabul edilmektedir⁹⁰.

Hükmün, istinaf veya temyiz kanun yoluna götürülemeyen kısımları kanun yolunda incelenmemekte ve bu kısımlar “*kısmen*” kesinleşmektedir⁹¹.

Alman hukukunda “*kısmi kesinleşme*” iki farklı şekilde ortaya çıkmaktadır. Bunlar; “*dikey kısmi kesinleşme*” ve “*yatay kısmi kesinleşme*”dir^{92,93}.

“*Dikey kısmi kesinleşme*”; aynı sanığın birden fazla suç nedeniyle yargılandığı ve birden fazla suç nedeniyle hüküm kurulan hallerde ya da birden fazla sanığın aynı suç nedeniyle yargılandığı hallerde⁹⁴ hükmün, kanun yoluna götürülmemen kısmının kesinleşmesi halinde ortaya çıkan durumdur. Özellikle birden fazla sanığın “*bağlantı*” sebebiyle birlikte yargılandığı davalar bakımından gerçekte “*sanık ve suç adedi kadar hüküm*” var sayıldığından, sanıklardan veya suçlardan herhangi birisi yönünden kanun yoluna başvurulmamış ise bu hükümler kesinleşir⁹⁵.

Örneğin; kasten yaralama ve hakaret suçları nedeniyle yargılanan sanığın, kasten yaralama suçuna ilişkin hükme karşı kanun yoluna başvurduğu halde hakaret suçuna ilişkin hüküm yönünden

88 Feridun Yenisey ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*, Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015, s. 379, 385, 393-394.

89 Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 225.

90 Yenisey, *İstinaf ve Tekrar Kabulü*, s. 73.

91 Mustafa Ruhan Erdem, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010, s. 84. Alman Ceza Muhakemesi bakımından, “*kısmi kesin hüküm*” ile “*sınırlı kesin hüküm*” birbirinden farklı kavramlardır. “*Kısmi kesin hüküm*”, bir hükmün kısmen kanun yoluna götürülmesi nedeniyle, kanun yoluna götürülmemen kısmının kesinleşmesi iken; “*sınırlı kesin hüküm*”, ara kararlar bakımından, ara kararın denetlenmesi ve bir daha bu kararın kanun yolu denetiminde (istinaf veya temyiz kanun yolunda) denetlenmemesi anlamına gelmektedir. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 242.

92 Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 225, 242; Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 173.

93 Alman hukukundaki bu durum, kanun yolu başvurusu bakımından “*yatay sınırlama*” ve “*dikey sınırlama*” olarak kendisini göstermektedir. Açıklama için bkz. Karl Heinz Gössel, “İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistematik Açıklama”, Birinci Yılında İstinaf ve Temyizde Karşılaşılan Sorunlara Mukayeseli Hukukun Cevapları Sempozyumu, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/159-160 (2017), 65. Yine, bu uyarımın non bis in idem ilkesi bakımından da “*yatay non bis in idem*” ve “*dikey non bis in idem*” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Açıklama için bkz. Cihan/ Yenisey, “Ne Bis In Idem” İlkesi, 219.

94 Kanun yolu denetiminde, maddi ceza hukukuna ilişkin “*bozma*” kararının, hükme karşı kanun yoluna başvurmayan sanık bakımından sonuç doğurması (bozmanın sirayeti), hiç şüphesiz bu sanık hakkında verilen ve kesinleşen hükmün önleme/ engelleme etkisine bir istisna olarak kabul edilmeli ve bu sanık hakkında yeniden hüküm kurulmalıdır. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 242. “*Sirayet*” uygulamasının (yayıma etkisinin) ne bis in idem ilkesinin istisnası olduğu hususunda bkz. Birtek, *İstinaf*, s. 61.

95 Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 173.

kanun yoluna başvurmaması durumunda hakaret suçuna ilişkin hüküm bakımından “dikey kısmi kesinleşme” hali gerçekleşmiş olur.

“*Yatay kısmi kesinleşme*” ise; tek bir sanık ve tek bir suç bakımından tesis olunan cezanın belirlenmesine ilişkin olarak, hükmün belli bir kısmının (veya belli bir ceza türünün) kanun yoluna götürülmemesi halinde ortaya çıkan durumdur. Adli para cezasının belirlenmesindeki gün sayısı ya da hapis cezasının ertelenmesi bakımından da “*kısmi kanun yolu başvurusu*” yapılabileceğinden⁹⁶, bu türden durumlarda da kanun yolu başvurusuna konu edilmeyen kısım yönünden “*yatay kısmi kesinleşme*” söz konusu olur.

Örneğin; bir suç nedeniyle hükmolunan hapis ve adli para cezasına ilişkin mahkûmiyet yönünden, hükmün hapis cezasına ilişkin kısmı (“*nokta*”) istinaf kanun yoluna götürülüp de adli para cezasına ilişkin kısmı istinaf kanun yoluna götürülmemiş ise, adli para cezasına ilişkin hüküm yönünden “*yatay kısmi kesinleşme*” söz konusu olur.

“*Yatay kısmi kesinleşme*”de, maddi olay kısmına ilişkin hükmün kabul edilerek yaptırım kısmına ilişkin hükmün kanun yoluna götürülmesi söz konusudur⁹⁷. Bu durumda, “*suçluluğun tespiti*” ile “*yaptırımın tespiti*” birbirinden ayrılarak, kanun yolu başvurusuna konu edilmektedir⁹⁸.

Alman ceza muhakemesinde, “*dikey*” ve “*yatay*” kısmi kesinleşmenin gerçek anlamda kısmi kesinleşme olarak kabul edilmediği ifade edilmektedir⁹⁹.

Türk Hukukundaki Durum

Türk ceza muhakemesinde hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususu tartışmalıdır.

Öğretideki ilk düşünceye göre; Türk hukuku bakımından “*son kararın bütünlüğü*”¹⁰⁰ ilkesi geçerlidir¹⁰¹.

Bu görüş sahiplerinden Kunter, kanun yolunun açılmasıyla kararın, “*yargı*” haline gelmesinin engellendiği ve kanun yolu başvurusunun kararın uyumsuzluğu sona erdiren “*hüküm/ yargı*” halini almasına engel olmasının “*tam*” olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre; bir sanık hakkında kurulan tek bir hüküm, tıpkı dava gibi bir bütün teşkil eder ve bu sebeple de kısmen kesinleşme mümkün değildir. Bu halde, yargılanan bir “*kısım*” olmadığı için, bu kısım yönünden olağanüstü kanun

96 Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 225, 242;

97 Yenisey, *Duruşma ve Kanun Yolları*, s. 173.

98 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1661, dn. 62. Yazarlar, Almanya’da bu türden bir ayrıma imkân veren doğrudan bir yasal düzenleme bulunmadığını öne sürmektedir. Bununla birlikte, açık bir yasal düzenleme bulunmasa dahi yargı uygulamasında “*suçluluğun tespiti*” ile “*yaptırımın*” ayrılarak kısmi kesinleşmeye konu edilebildiği ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Schroeder ve Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 225.

99 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1661, dn. 62.

100 Yenisey, *İstinaf ve Tekrar Kabulü*, s. 81.

101 Bu ilke nedeniyle, Türk hukukundaki istinaf sisteminin, ilk derece mahkemesi tarafından tesis edilen “*hükmün bölünmezliğini esas alan istinaf sistemi*” olduğu hususunda bkz. Birtek, *İstinaf*, s. 52.

yollarına başvuru da söz konusu olmaz. Son kararda, yargılaşmayan kısımların bulunması, kararın bütünü ile yargılaşmadığını gösterir¹⁰².

Kunter, “bağlantı dolayısıyla – hakikate daha iyi varılmasını sağlayacak, çelişik kararlar verilmesini önlemek amacıyla – birleştirilen muhakemede verilen kararlar tek gibi görünse de aslında birleştirilmiş muhakeme kadar karar bulunduğu” gerekçesiyle, bağlantılı ceza davaları bakımından her bir sanık yönünden verilen hükmün diğer sanıklardan bağımsız olarak kesinleşebileceğini ancak bu türden bir kesinleşmenin de gerçek anlamda bir kısmi kesinleşme olmadığını ifade etmektedir¹⁰³. Ayrıca yazara göre; bir sanık hakkında birden fazla suç nedeniyle verilen hükmün de birbirinden bağımsız olduğu ve bu hükümlerden birisi hakkında, kanun yoluna gidilmemekle veya gidildikten sonra geri almakla ya da kanun yolu davasının reddi ile “kısmen” yargı halini alması mümkün olsa da bu durum da tam olarak kısmi kesinleşme değildir¹⁰⁴.

Yazar, mülga CMUK kapsamında yer verilen “şahsi hak davası”nın da ayrı bir dava ve hüküm olduğunu ve ceza davasına ilişkin hükümle birlikte şahsi hak davasına ilişkin hüküm kurulması halinde de bu hükümlerin birbirinden bağımsız olduğunu ve birbirinden bağımsız olarak kesinleşebileceğini kabul etmektedir. Yine, hükmün “harç” veya “müsadere”ye ilişkin kısmının da asıl hükümden ayrı bir şekilde kanun yoluna götürülebileceğini ve bu türden durumlarda da asıl hükümden bağımsız (farklı zamanlarda) kesinleşmenin söz konusu olabileceği fikri öne sürülmüştür¹⁰⁵. Bu düşüncedeki yazarlarca, Alman hukukundaki kısmi kesinleşmenin Al. CMK m. 353/2 hükmüne dayandığı (ve hatta *Almanya’da dahi bu düzenlemenin kaldırılması gerektiğinin savunulduğu*) ve hukukumuzda bu yönde bir yasal dayanak bulunmadığı halde kısmi kesinleşmeyi kabul etmenin isabetli olmadığı kabul edilmektedir¹⁰⁶.

Aksi düşüncedeki yazarlara göre ise; teorik düzeyde hükmün bir bütünlük oluşturduğu için bölünemeyeceği, kısmi kesinliğin olamayacağı ileri sürülebilir olsa da bir sanığın birden fazla suç işlediği (ve aynı dava kapsamında yargılandığı) ya da birden fazla sanığın aynı suç sebebiyle yargılandığı (bağlantılı) ceza davalarında gerçekte her sanık (veya suç) yönünden yürütülen ayrı bir dava ve dava sonunda verilen ayrı bir hüküm söz konusudur. Bu sebeple, bu hükümlerin hepsi ayrı ayrı kesinleşip ayrı birer kesin hüküm oluşturabilecektir¹⁰⁷.

102 Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayi, 1986, s. 939. Ünver ve Hakeri, “kısmi kesinleşme olmayacağı” yönündeki düşüncenin bir “kuram” olduğunu ifade etmektedir. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1781.

103 Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 279, 939. Yazara göre: “Birleştirilerek yapılan muhakemedekiler hariç, kararlar bölünmez bir bütündür. Kısmi yargılaşma, bu bütünlüğe aykırı düştüğü için kabul olunamaz. Birleştirilen muhakemelerde birlikte verilen kararlar aslında birden fazladır. Bunlardan birinin yargılaşmaması, diğerlerinin yargılaşmasını engellemez”. Açıklama için bkz. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 276.

104 Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 939.

105 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1661.

106 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1661, dn. 62.

107 Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, s. 41-42; Karakurt, *Muhakemenin Yenilenmesi*, s. 49-51; Akyürek, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 29.

Yargıtay uygulamasında da “*eylemin bölünmezliği*”¹⁰⁸ ve “*tek eylemin bölünmezliği*”¹⁰⁹ ilke olarak kabul edilmektedir¹¹⁰.

Yargıtay’a göre; “*...hükümün bir bölümünün veya tamamının temyiz incelemesini yapan Özel Dairece açıkça onanmaması halinde, o bölüm veya kararın kesinleştiği ileri sürülemez...*”¹¹¹ ve “*... kararın bozulmayan kısmı onanmış veya kesinlik kazanmış değildir. Karar dava gibi bir bütün oluşturur. ‘Şu noktadan temyiz edildi veya bozuldu, o halde öteki kısımlar kesinleşti’ denemez. Yani kısmi kesinleşmeyi kabule olanak yoktur*”¹¹².

Uygulamada, hapis cezası ile birlikte verilen adli para cezasının (adli para cezası kesin nitelikte olsa dahi) bir bütün olarak kanun yoluna tabi olduğu ve hükmün yaptırım türü itibarıyla bölünemeyeceği¹¹³; adli para cezası ile birlikte tesis olunan hak yoksunluğunun (TCK m. 53/6) da bir bütün olduğu ve hükmün bir bütün olarak kanun yolu incelemesine tabi olacağı kabul edilmektedir¹¹⁴.

108 “Sanıkta 22 adet cep telefonu ele geçirilen olayda; suça konu cep telefonlarının kaçak ve aynı zamanda IMEI numaralarının kopyalanmış olduğunun anlaşılması karşısında 5809 Sayılı Yasaya muhalefet suçundan ayrıca hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, 5809 Sayılı Yasaya muhalefet suçu yönünden işlenemez suç bulunduğu ve eylemin sadece 5607 Sayılı Yasaya aykırılık suçunu oluşturduğu, eylemin bölünmezliği ilkesi gereğince aynı eylem sebebiyle iki yarı hüküm kurulması mümkün olmadığı gerekçesiyle 5809 Sayılı Yasaya aykırılık suçu yönünden hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi” hukuk aykırıdır. Yargıtay 7. CD., 02.12.2019 tarih, E. 2015/27609, K. 2019/37952, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

109 Yargıtay 6. CD., 11.06.2008 tarih, E. 2007/14846, K. 2008/13225, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

110 Fransız hukukunda da son kararın kısmen bozulmasının kabul edilmesine rağmen (CPPF 612) hükmün kısmen bozulabilmesi için hükmün bozulan ve bozulmayan kısımlarının ayrılabilir olmasının arandığı ve çoğu kez, “*hükümün bölünmezliği*” gerekçesiyle tamamının bozulduğu ve sadece bölünebilen kısımlar yönünden (örneğin şahsi haklara ilişkin bölümler yönünden) kısmi bozma kararı verildiği hususunda bkz. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 939.

111 Yargıtay CGK., 19.12.1994 tarih, E. 1994/323, K. 1994/344.

112 Yargıtay CGK., 14.11.1994 tarih, E. 1994/262, K. 1994/280. “*Bozma Kararı: Yargıtay mahkeme kararında hukuka aykırılık saptarsa veya ancak mahkemeye uygulanacak bir norm karardan sonra yürürlüğe girerse kararı bozar. Bozulan karar tümüyle ortadan kalkacağından hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.*

Kararın bozulmayan kısmı onanmış veya kesinlik kazanmış değildir. Karar dava gibi bir bütün oluşturur. “Şu noktadan temyiz edildi veya bozuldu, o halde öteki kısımlar kesinleşti” denemez. Yani kısmi kesinleşmeyi kabule olanak yoktur.

Yargıtay’ın kararı bozması üzerine mahkeme yeni bir tensip kararıyla duruşma günü tayin eder ve ilgilileri duruşmaya çağırıp kendilerinden bozmaya karşı diyeceklerinin sorulduktan sonra bozmaya uyulup uyulmaması yönünden bir karar verir.

Eğer mahkeme bozmaya uyulmasına karar verirse o zaman bozma kararı doğrultusunda işlem yapıp CMUK.nun 260, 261 ve 268. maddelerine uygun biçimde yeni bir hüküm kurmak zorundadır. Zira, önceki hüküm bozulmakla ortadan kalkmış ve hukuki geçerliğini yitirmiştir.” Yargıtay CGK., 14.11.1994 tarih, E. 1994/5-262, K. 1994/280, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.09.2020.

113 “[H]apis cezası ile birlikte verilen adli para cezasına ilişkin hükmün bir bütün olarak temyiz kanun yoluna tabi olduğu ve bölünemeyeceği...”. Yargıtay CGK., 19.02.2019 tarih, E. 2015/8-73, K. 2019/116, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

114 Yargıtay’a göre: “[Y]erel mahkemeye TCK’nın 89/1, 62/1,52/2-4, 53/6 maddelerince 2500.TL APC, taksitlendirme ve 1 yıl sürücü belgesinin geri alınmasına dair hüküm kurulup kurulan bu hükmün adli para cezası yönünden kesin, sürücü belgesinin geri alınması yönünden ise temyize tabi olduğu kabul edildiği, hükmün bölünmezliği kuralının ihlal edildiği, adli para cezası miktarı itibarıyla kesin nitelikte olsa bile sürücü belgesinin geri alınmasına karar verilmesi halinde hükmün tümüyle temyize tabi nitelik kazandığı” kabul edilmelidir. Yargıtay 12. CD., 18.04.2014 tarih, E. 2014/8639, K. 2014/9611, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

Yargıtay 1938 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla; “*harç noktasına yönelik temyiz isteminin hükmün esasına teşmil edilemeyeceğini*” kabul etmiştir¹¹⁵. Yine Yargıtay’a göre; hüküm sadece vekâlet ücreti yönünden temyiz edilmiş ve başkaca bir temyiz talebi de söz konusu değil ise incelemenin sadece “*kişisel hakka ilişkin olan*” vekalet ücreti yönünden yapılması gerekmektedir¹¹⁶.

Bu açıklamalardan hareketle Yargıtay uygulamasında “*tek eylemin bölünmezliği*” ilkesinin kabul edildiği, tek bir sanık hakkında tek bir suç yönünden kurulan hüküm yönünden kısmi kesinleşmenin kabul edilmediği; “*harç*” ve “*vekâlet ücreti*” yönünden ise “*kısmi*” kanun yolu başvurusunun mümkün olduğu ve bu başvurunun da hükmün esasına etki edecek şekilde incelemeyeceğinin kabul edildiği söylenebilir.

Yargıtay’ın, aynı sanığın tek bir eylemi yönünden hapis cezası ile birlikte hükmolunan “*müsadere*” güvenlik tedbirine ilişkin kısmi bir kanun yolu başvurusu yapıp yapılamayacağına ilişkin kararları çelişkilidir.

Yargıtay 2010 ve 2011 yıllarındaki kararlarında; güvenlik tedbirlerine hükmedilmesine ilişkin kararların da hüküm olması nedeniyle temyiz edilebileceğini ve ister mahkûmiyet hükmüyle isterse mahkûmiyet hükmünden bağımsız bir şekilde (CMK m. 256 vd. kapsamında) tesis olunmuş olsun, kısmen temyiz yeteneğinin bulunduğunu ve diğer yönleri itibarıyla kesin olan hükme her yönüyle temyiz edilebilirlik vasfı kazandırdığını kabul etmiştir¹¹⁷.

Yargıtay 2014 yılında verdiği iki karardan ilkinde: “*...[H]ükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu müsadere kararlarının da icra edilmesi gerekir. Ancak bu kararlar güvenlik tedbiri niteliğinde olduğundan temyizi kabil kararlardır... asıl mahkumiyet konusu hüküm temyizi kabil olmasa da güvenlik tedbiri CMK’nun 223/1 maddesi gereği hüküm olup temyizi kabil olduğundan bu hükmün temyizen incelenmesine bir engel yoktur*”¹¹⁸ görüşünü benimsemiştir.

İkinci kararında ise: “*...Sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olup, bu karar itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, hükmün parçası olan müsadere kararının da itiraz kanun yoluna tabi olması gerekmektedir. Dolayısıyla yerel mahkemece müsadere kararının temyiz kanun yoluna tabi olduğuna karar verilmesi ve Özel Dairece de temyiz isteminin kabulü ile müsadere yönünden sınırlı inceleme yapılması usul ve kanuna aykırıdır*” diyerek, müsadere kararının asıl hükümden (hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararından) bağımsız bir şekilde kanun yoluna götürülemeyeceğini kabul etmiştir¹¹⁹.

115 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 08.06.1938 tarih, E. 1938/2, K. 1938/12, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 26.09.2020.

116 Yargıtay CGK., 22.10.2003 tarih, E. 2003-1376, K. 2003-500, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.09.2020.

117 Yargıtay CGK., 05.10.2010 tarih, E. 2010/237, K. 2010/51; Yargıtay CGK., 15.11.2011 tarih, E. 2011/213, K. 2011/227, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.09.2020.

118 Yargıtay, bu karara konu olayda hâkimin “*...bilinçli olarak tartışmaya neden olmamak için asıl hükümden sonra müsadereye ayrıca hükmettiğini*” kabul etmiştir. Yargıtay CGK., 15.04.2014 tarih, E. 2012/6-1452, K. 2014/195, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.09.2020.

119 Bu kararında Yargıtay, 2010 yılında verilen iki kararına da atıf yaparak: “*...[M]üsadere kararlarının temyiz kanun yoluna tabi olması gerektiği ileri sürülebilir ise de, müsadere kararı ancak temyiz kanun yoluna tabi olmakla birlikte miktar yönünden kesin olan hükmün, şartlarının bulunması halinde temyizen incelenmesine imkân sağlamaktadır. Hükmün*

Yargıtay daha yakın tarihli (2019) bir kararında ise: “Müsadere kararı güvenlik tedbiri olmakla birlikte hükmün bir parçası niteliğinde olup, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararıyla birlikte verilen müsadere kararı da bu hükme bağlı olduğundan askıda bir karardır ve hüküm açıklanincaya kadar hukuki sonuç doğurma yeteneği bulunmamaktadır” diyerek müsadere kararının “hükmün parçası” olduğunu ve asıl hükümden ayrılamayacağını kabul etmiştir¹²⁰.

Anayasa Mahkemesine göre ise “...HAGB kararı verilmekle müsadere kararının kesinleştiğinden söz edilemez. Buna göre hükmün açıklanması veya davanın düşürülmesi halinde verilecek kararlar birlikte müsadere kararı istinaf ve/ veya temyiz yoluna tabi [olabilecektir]”¹²¹.

Kanaatimizce, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı ile birlikte verilen müsadere kararı bir bütün olup, müsadereye ilişkin kısmın bağımsız bir şekilde kanun yoluna götürülebilmesi mümkün değildir. Zira sübut bulan suç ve bu suça ilişkin yaptırım bir bütündür. Bununla birlikte, hükmün müsadereye ilişkin kısmının asıl hükümle bir bütün olduğu ve denetim süresinin sonunda (eğer sanık bu süreyi suç işlemekten geçirir ise) “düşme” kararı verileceği nazara alındığında, müsadere kararına konu eşyanın TCK m. 54/4 hükmü kapsamında, “üretimi, bulundurulması, kullanılması, taşınması, alım ve satımı suç oluşturan eşya”nın akıbetinin ne olacağı sorusu akla gelebilir. Denetim süresinin suç işlenmeksizin geçirilmesi sonrasında açıklanması geri bırakılan hüküm bakımından “düşme” kararı verilmekle birlikte, müsadere tabi eşya bakımından ayrı ve yeni bir karar verilmesi gerekmektedir¹²².

Bu açıklamalardan hareketle, Türk öğretisinde bağlantılı ceza davalarının gerçekte birbirinden bağımsız davalar olması ve bağlantılı ceza davalarında her bir sanık hakkında verilen hükümlerin de gerçekte farklı hükümler olması hasebiyle diğer sanıklar hakkındaki hükümlerden bağımsız olarak kanun yoluna götürülebileceği (hatta bu durumda davanın/ hükmün bağımsız niteliği sebebiyle teknik anlamda kısmi kesinleşmeden söz edilemeyeceği) hususunda ittifak bulunduğu söylenebilir. Ancak, tek bir sanık hakkında hükmolunan hükümler bakımından teoride ve uygulamada fikir ayrılığı bulunduğu görülmektedir.

açıklanmasının geri bırakılması kararı ise itiraz kanun yoluna tabi olduğundan, açıklanması geri bırakılan hükmün bir parçası olan müsadere kararı da buna bağlı olarak itiraz kanun yoluna tabi olacağı” kabul etmiştir. Yargıtay CGK., 11.07.2014 tarih, E. 2014/6-66, K. 2014/365, www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 28.09.2020.

120 Yargıtay 8. CD., 11.02.2019 tarih, E. 2018/11549, K. 2019/1789, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.09.2020.

121 Anayasa Mahkemesi, Süleyman Başmeydan Başvurusu [GK], Başvuru No. 2015/6164, par. 48. Karara konu olay bakımından, Yargıtay 19. CD:nin 06.02.2017 tarihli kararının da aynı yönde olduğu anlaşılmaktadır (par. 21).

122 Yargıtay’a göre de “[H]ükmün açıklanmasıyla birlikte hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın bütün hüküm ve sonuçları ile ortadan kalkacağı gözetildiğinde, mahkemece denetim süresi içinde suç işlenmemesi nedeniyle açılan kamu davasının düşürülmesi kararı ile birlikte suça konu silahın akıbeti hususunda yeniden bir karar verilmesi gerek[ir]”. Yargıtay 8. CD., 11.02.2019 tarih, E. 2018/11549, K. 2019/1789, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.08.2020. Açıklanması geri bırakılan hükümde yer alan müsadereye ilişkin kararın kesinleşmemesi nedeniyle infaz edilmesinin hukuka aykırı olduğu hususunda bkz. İhsan Baştürk, *Hükmün Açıklanmasının Ertelenmesi*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2014, s. 404-405.

Görüşümüz

Ceza muhakemesinde hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususundaki görüşümüzü muhakemenin konusunu teşkil eden maddi vakıa ve iddianamede maddi vakıa ile ilişkilendirilen sanık/ sanıklar bağlamında (bağlantı müessesesini esas alarak) açıklamayı uygun buluyoruz. Zira yargılama konusu maddi vakıanın ve/ veya maddi vakıa ile ilişkilendirilen sanık sayısının birden fazla olması halinde “kısmi kesinleşme” tartışmasının ortaya çıktığı aşikârdır.

Ceza muhakemesinde hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmeyeceği hususunun sanık ve isnat olunan maddi vakıa sayısı esas alınarak belirlenmesi gerektiğini düşündüğümüzden bu şekildeki bir ayrımla konuyu incelemeyi uygun bulduk.

Yapacağımız inceleme bakımından maddi vakıa kavramı; “*asıl maddi vakıa*” (fiil), “*alt maddi vakıa*” (suçun diğer unsurları) ve “*yan maddi vakıa*”yı (suçun özel görünüş şekilleri, kusurluluğu kaldıran/ azaltan sebepleri ve muhakeme şartlarını) içeren tek bir kavram olarak ele alınacaktır¹²³. Bu sebeple, herhangi bir sanık yönünden yargılama konusu maddi vakıa denildiğinde, fiil ile birlikte, suçun diğer unsurları, suçun özel görünüş biçimlerinin ve kusurluluğu azaltan/ kaldıran sebeplerin ve muhakeme şartlarının anlaşılması gerekmektedir.

Yargılamanın süjesi olan sanığın kim olduğu ve yargılama konusu maddi vakıanın ne olduğu hususunda temel alınması gereken ölçüt hiç şüphesiz iddianamedir¹²⁴. Zira yukarıda da açıklandığı üzere CMK m. 225 hükmü ve “*davasız yargılama olmaz/ yargılamanın sınırlılığı*” ilkesi uyarınca iddianame, hükmün “*dayanağı*”, “*konusu*” ve “*sınırı*” olup; hüküm iddianame ile sınırları çizilen alan içerisinde tesis olunmaktadır¹²⁵.

Yargıtay’a göre; “...*hangi fail ve fiili hakkında dava açılmış ise ancak o fail ve fiili hakkında yargılama yapılarak hüküm verilebilecektir.*

... *iddianamede açıklanan ve suç oluşturduğu iddia olunan eylemin dışına çıkılması, dolayısıyla davaya konu edilmeyen fiil veya olaydan dolayı yargılama yapılması ve açılmayan davadan hüküm kurulması kanuna açıkça aykırılık oluşturacaktır. Öğretide “davasız yargılama olmaz” ve “yargılamanın sınırlılığı”*

123 Birtek, *Delil ve İspat*, s. 425 vd.

124 Bu durum öğretide; iddianamenin “*kişi ve eylem unsuru*” olarak tarif edilmektedir. Açıklama için bkz. Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 60.

125 İlke hakkında açıklama için bkz. Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 176. Bu ilkenin, birden fazla sanık veya suçun olduğu olaylarda, iddianamelerin özenli bir şekilde hazırlanmaması ve her bir fiilin iddianamede açıkça gösterilmemesi sebebiyle ihlal edildiği ifade edilmektedir. Ayrıca, böyle bir durumda ilk derece mahkemesinin fiilin dava konusu edilmemesi ve dolayısıyla davanın konusunun bulunmaması sebebiyle “*karar verilmesine yer olmadığına*” karar verme yolunu seçebileceği veya ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunarak fiille ilgili dava açılması halinde yargılamaya devamla bir hüküm kurma yoluna gidebileceği hususunda ayrıntılı açıklama için bkz. Seydi Kaymaz, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21/ Özel Sayı, 322, 313.

olarak ifade edilen bu ilke uyarınca hâkim, ancak hakkında dava açılmış bir fiil ve kişi ile ilgili yargılama yapabilecek ve önüne getirilen somut uyuşmazlığı hukuki çözüme kavuşturacaktır^{126,127}.

İddianamede fiilin tanımlanmasından maksat, soyut olarak fiilden söz edilmesi veya fiile ilişkin sevk maddesinin gösterilmesi değildir. Yargıtay'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere; bir davada suç oluşturan bir olaydan söz edilmiş olması, o suçtan da dava açıldığı anlamına gelmeyeceğinden;¹²⁸ *“iddianamede, yüklenen suçun unsurlarını oluşturan fiil/fiillerin nelerden ibaret olduğunun hiçbir tereddüte yer bırakmayacak biçimde açıklanması zorunludur. Böylelikle sanık; iddianameden üzerine atılı suçun ne olduğunu hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde anlamalı, buna göre savunmasını yapabilmeli ve delillerini sunabilmelidir*¹²⁹.

Kısmi kesinleşmenin mümkün olup olmadığı, tek sanığın tek bir suç nedeniyle yargıldığı dava bakımından *“iddianame”*; bağlantılı ceza davaları bakımından da *“yargılama konusu suç ve sanık sayısı”* esas alınarak aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

Tek Sanığın Tek Bir Suç Nedeniyle Yargıldığı Davanın Bakımından

İddianamede tek bir sanığın ve bu sanığa yüklenen tek bir eylemin (unsurları iddianamede tanımlanan suçun) gösterildiği hallerde, mahiyeti itibarıyla tek bir hüküm bulunduğundan bu halde, hükmün *“kısmen kesinleşmesinden”* söz edilemez.

Tek sanığın ve tek bir eylemin mevcut olduğu ceza davasında verilen hüküm gerek maddi vakiya ilişkin tespit (fiilin sübutu konusundaki karar) gerekse sübut bulan maddi vakiya uygulanan yaptırım yönünden bütünlük oluşturduğundan bu türden durumlarda *“hükmün bölünmezliği”* söz konusudur.

Tek bir isnat bakımından birden fazla cezaya (hapis ve adli para cezası) ve güvenlik tedbirlerine hükümlenmesi halinde, sübut bulan maddi vakıya bölünemeyeceğinden ve bu mezkûr yaptırımların uygulanması maddi vakıyanın sübutu ön şartına bağlı olduğundan bu türden bir hükmün maddi vakıya veya yaptırım yönünden kısmen kanun yoluna götürülebilmesi veya kısmen kesinleşebilmesi mümkün değildir. Bu sebeple biz, hapis veya adli para cezası ile birlikte uygulanan güvenlik tedbirlerine

126 Yargıtay CGK., 01.04.2014 tarih, E. 2013/8-134, K. 2014/164, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 29.09.2020.

127 CMK m. 225 hükmü kapsamında bakıldığında, belli bir olay hakkında karar verilmesinin iddianamede gösterilmiş olması şartına bağlandığı ve bu durumun da *“yargılama şartı”* olduğu; kanun yolu başvurusu üzerine denetim yapan istinaf mahkemesi veya Yargıtay'ın, hükme konu fiilin dava konusu edilmediğini tespit etmesi halinde *“düşme”* kararı vermesi gerektiği hususunda bkz. Kaymaz, *“Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”*, s. 301 – 303.

128 Yargıtay CGK., 18.02.2014 tarih, E. 2013/13-274, K. 2014/78, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 29.09.2020.

129 Yargıtay CGK., 20.09.2011 tarih, E. 2011/1-52, K. 2011/180, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 29.09.2020.

(hak yoksunlukları, müsadere vs.) ilişkin kararların tek başına kanun yoluna götürülebileceği ya da kısmen kesinleşebileceği yönündeki düşünceye¹³⁰ katılmıyoruz¹³¹.

CMK m. 256 hükmü kapsamında müstakil bir şekilde hükmolunan “*müsadere*” yönünden, ortada bağımsız ve tek bir hüküm söz konusu olduğundan bu hükme karşı kanun yoluna gidilebilecektir. Kaldı ki, bu durumda tek bir hüküm bulunduğundan kısmi kesinleşmenin mümkün olup olmayacağı yönündeki tartışma da anlamsızdır.

Tek sanık hakkında hazırlanan iddianame kapsamında, gerçekte tek bir suçun unsuru tanımlandığı halde, bu suçun mahkemece farklı vasıflandırılarak – sanki iddianamede iki farklı suçun unsurları tanımlanmış gibi – iki ayrı hüküm kurulabilmesi mümkün değildir.

Sanık hakkında tek maddi vakıya yönünden kurulan hüküm ve bu hükümle bütünlük taşıyan müsadere kararı bağımsız bir şekilde/ kısmen kanun yoluna götürülemediği halde, müsadere kararının sanık dışındaki bir kimse tarafından “*bağımsız/ kısmi*” bir şekilde kanun yoluna götürülebilmesi mümkündür¹³². Bu türden bir kanun yolu başvurusu hükmün kısmen kesinleşmesini engeller. Zira bu halde, kanun yoluna götürülemeyen bir karar ve bu karar ile bütünlük teşkil eden sanık dışındaki bir başkası tarafından kanun yoluna götürülen müsadereye ilişkin karar söz konusudur. Bu sebeple ister sanık isterse sanık dışındaki bir kimse tarafından yapılmış olsun, müsadereye ilişkin bir kanun yolu başvurusu hükmün bir bütün olarak kesinleşmesini (veya kısmen kesinleşmesini) engeller.

Açıklanması geri bırakılan hükümde yer alan müsadereye ilişkin hüküm, maddi vakıya ilişkin (asıl) hükümle bir bütün olduğundan, CMK m. 231/11 kapsamında “*açıklanmadan*” (ve sonrasında usulünce kesinleşmeden) infaz olunamaz. Düşüncemize göre; CMK m. 231/5 hükmünde yer alan “*kurulan hükmün sanık hakkında bir hukukî sonuç doğurmayacağı*” yönündeki düzenleme güvenlik tedbirini de kapsamaktadır¹³³. Bu sebeple Yargıtay’ın aksi yöndeki (müsaderenin asıl hükümden bağımsız bir şekilde ve asıl hüküm itiraza tabi olduğu halde istinaf kanun yoluna götürülebileceği yönündeki) – istikrarlı olmayan – uygulamasının isabetli olmadığını düşünmekteyiz.

130 Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 939; Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 1661. Kanaatimizce yazarların, bir yandan maddi vakıya ile yaptırımın bölünemeyeceğini savunurken diğer yandan bir yaptırım türü olan müsaderenin mahkûmiyet hükmünden bağımsız bir şekilde kanun yoluna götürülebileceğini ve kısmen kesinleşebileceğini ifade etmeleri kendi içerisinde çelişkilidir.

131 Nitekim Yargıtay da hapis (veya adli para) cezasına ilişkin mahkûmiyetle birlikte tesis olunan hak yoksunluğunun kısmen kanun yoluna götürülemediğini, mahkûmiyet hükmüyle bir bütün olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay 12. CD., 18.04.2014 tarih, E. 2014/8639, K. 2014/9611, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

132 Birtok, *İstinaf*, s. 167.

133 Açıklanması geri bırakılan hükümde yer alan müsadereye ilişkin denetim, CMK m. 267 vd. hükümleri kapsamında (açıklanması geri bırakılan hükmün tabi olduğu) itiraz kanun yolunda yapılabilecektir. Zira, Yargıtay’ın – isabetli bulduğumuz – uygulamasına göre: “*İtiraz mercii, o yer Cumhuriyet savcısının suç vasfına yönelik aleyhe başvurusu üzerine incelemesini sadece şekli olarak değil, hem maddi olay hem de hukuki yönden yapmalı, gerekli gördüğünde cevap vermesi için itirazı sanık müdafisine tebliğ etmeli ve Cumhuriyet savcısı ile sanık müdafisini dinlemeli, yine ihtiyaç duyduğu konular varsa gerekli araştırma ve incelemeyi yapmalı ya da bunların yapılmasını sağlamalıdır*”. Yargıtay CGK., 22.1.2013 tarih, E. 2012/10-534, K. 2013/15, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 29.09.2020. İtiraz kanun yolunda yapılacak denetimin kapsamına ilişkin detaylı açıklama için bkz. Cumhuriyet Şahin, “Hükümün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”, Prof. Dr. Nur Centele Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (MÜHF – HAD), 19/2, 2013, 283 vd.

Açıklanması geri bırakılan hükümde yer alan “müsadere” ye ilişkin bölüm, itiraz kanun yolunda asıl hükümle birlikte denetlenabilir. Ayrıca, itiraz edilerek veya itiraz edilmeksizin kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı sonrasında, beş yıllık denetim süresinin suç işlemeksizin geçirilmesi sonrasında, asıl hüküm (mahkûmiyet hükmü) bakımından “düşme” kararı verilmele birlikte TCK m. 54 kapsamında müsadereye tabi eşya yönünden düşme kararı dışında ayrı bir karar verilebilecektir¹³⁴. Müsadereye ilişkin olarak verilen karar mahiyeti itibarıyla TCK m. 257 hükmüne benzer bir “bağımsız/ müstakil” bir karar olduğundan kanun yoluna götürülebilecektir.

İddianamede tek bir eylemin ve tek bir sevk maddesinin gösterildiği durumlarda, “*sanığın temyiz inceleme konusu olan eylemleri ile temyiz inceleme konusu olmayan eylemleri bölünerek ayrı ayrı yazılı şekilde hükümler kurulması*” hukuka aykırıdır¹³⁵.

İddianamede hangi eylemin gösterildiği (hangi suçun unsurlarının açıklandığı) ve “*usuli fiilin*” ne olduğu – yukarıda açıklandığı üzere – hayat algılamasına göre “*hareket, fail, zaman, mekân, konu, araç ve mağdur yönünden bütünlük gösteren*” tarihsel bir olay olarak tespit olunmalıdır.

Ceza muhakemesi sırasında, sanığın eyleminin iddianamede gösterilen sevk maddesi dışında başka bir suç tipine temas ettiğinin anlaşılması halinde, tek bir eylem bölünerek veya iki eylem varmış gibi uygulama yapılarak iddianamede gösterilen suç tipi yönünden “beraat”; değişen suç tipinden de mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Bu türden durumlarda CMK m. 225 hükmü kapsamında ek savunma hakkı verilerek tek bir hüküm kurulmalıdır.

Nitekim Yargıtay’a göre de “*Sanığın boşandığı eşi olan müştekiyi değişik tarihlerde arayıp küfrederek taciz içerikli sözler sarf ettiğinden bahisle cinsel taciz ve hakaret suçlarından dolayı mahkemeye açılan kamu davasında dosya kapsamına göre eylemin kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu gerekçesiyle sanığa ek savunma hakkı tanındıktan sonra değişen suç vasfına göre hüküm kurulması gerekirken, eylemin bölünmezliği ilkesine aykırı olacak şekilde cinsel taciz ve hakaret suçlarından beraati ile kişilerin huzur ve sükununu bozma suçundan mahkûmiyetine hükmedilmesi*” hukuka aykırıdır¹³⁶.

Tek sanık hakkında iddianamede unsurları gösterilen tek bir suç yönünden hüküm kurulduğu durumlarda, hükmün birkaç yönden (örneğin hem suçun niteliği, hem yaptırım türü ve miktarı hem de maddi vakianın sübutuna ilişkin birden fazla husus yönünden) istinaf veya temyiz edilmesi halinde, kanun yolu incelemesini yapan merci tarafından, kanun yolu istemine ilişkin hususlardan bir kısmı yönünden “bozma” kararı verilmesi diğer kısım/lar yönünden ise istemlerin/ itirazların reddolunması, reddolunan istemler yönünden (reddolunan kısımlar yönünden) kısmi kesinleşmenin (veya kısmi onamanın) gerçekleştiği şeklinde anlaşılabilir. Zira iddianame kapsamındaki maddi vakia tek ve bir bütün olduğundan, bu bütünlük içerisinde yer alan alt ve yan maddi vakialar ya da sübut bulan maddi vakıaya ilişkin yaptırım yönünden kısmi

134 Bu yöndeki uygulama için bkz. Yargıtay 8. CD., 11.02.2019 tarih, E. 2018/11549, K. 2019/1789, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 28.08.2020.

135 Yargıtay 8. CD., 14.04.2016 tarih, E. 2016/1913, K. 2016/5037, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

136 Yargıtay 14. CD., 19.11.2014 tarih, E. 2013/3174, K. 2014/12931, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020. “[S]anık tarafından basit tıbbi müdahale ile giderilir nitelikte yaralanması eyleminin, yağma suçunun unsuru olduğu gözetilmeyerek, yağma suçundan beraat kararı, yaralama suçundan ise mahkûmiyet hükmü kurularak eylemin bölünmezliği kuralına aykırı davranılması” hukuka aykırıdır. Yargıtay 6. CD., 07.11.2019 tarih, E. 2016/7563, K. 2019/5310, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

kesinleşme söz konusu olmaz. Zira, maddi vakianın unsurları itibarıyla “bütün” teşkil etmesi ve yaptırımın da maddi vakiya bağlı olması nedeniyle “hükümün bölünmezliği” söz konusudur.

Nitekim Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay’a göre; “...teemyizen inceleme sonucunda bozulmasına karar verilmesi halinde tamamen ortadan kalkacak ve Özel Daire ilamında yer alan “suçun sübutuna, suç niteliğine vs. yönelen yerinde görülmeyen sair itirazların reddine” şeklindeki vb. ibareler bozma ilamında değinilmeyen kısımları kesin hüküm haline getirmeyecektir. Bu nedenle, sanığın kasten öldürme suçundan mahkûmiyetine dair yerel mahkeme hükmünün Özel Dairece suç niteliğine yönelik itirazlar reddedilerek yalnızca haksız tahrik sebebiyle yapılan indirim miktarı yönünden bozulmasına karar verilmesi üzerine, bozma ilamına uyulmasına karar veren yerel mahkemece, bozma ilamı doğrultusunda haksız tahrik sebebiyle asgari indirim oranına yakın olacak şekilde indirim yapılırken, suçun bu kez kasten yaralama sonucu ölüme neden olma olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir”¹³⁷.

İddianamede unsurları gösterilen tek suç (ve bütünlük arz eden tek maddi vaka) yönünden kurulan hüküm (maddi vakiya bağlı olarak hükmolunan yaptırım) bütünlük taşıdığı halde, münhasıran yargılamaya ilişkin “harç” ve “vekalet ücreti” gibi hususlar bu bütünün parçalarından değildir. Bu sebeple, tek sanık hakkında tek eylem/ suç nedeniyle tesis olunan hüküm bakımından, harç ve vekalet ücreti gibi hususların tek başına kanun yoluna götürülebilmesi mümkün olduğundan “kısmi kesinleşme” de mümkündür. Bu sebeple, hükmün sadece harç veya vekalet ücreti yönünden kanun yoluna götürülmesi halinde, kanun yoluna götürülmeyen maddi vakianın sübutuna ve/veya yaptırımı ilişkin kısımları (mahkûmiyet veya beraat kararları) “kısmen” kesinleşecektir¹³⁸.

Tek Sanığın Birden Fazla Suç Nedeniyle Yargılandığı Dava (Sübjektif Bağlantılı Davalar) Bakımından

CMK m. 8/1 hükmüne göre; bir kişi birden fazla suçtan sanık olur ise “bağlantı” var sayılır. Bu tür bağlantı öğretide dar bağlantı kavramı içerisinde ve “sübjektif bağlantı”¹³⁹ olarak ele alınmaktadır. Sübjektif bağlantıda ortak nokta “fail”¹⁴⁰, “süje”¹⁴¹dir^{142, 143}.

137 Yargıtay CGK., 24.02.2015 tarih, E. 2013/1-622, K. 2015/16, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020. “[S]on karar bir noktadan bozulursa, son kararın bütünü bozulmuş olur. Uyuma şartının gerçekleşmesi ile son karar bütünü ile ortadan kalkar. Bu bağlamda kısmi olsa da kesinleşmeden bahsedilemez”. Yargıtay 6. CD., 26.09.2019 tarih, E. 2019/2044, K. 2019/4503, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 27.09.2020.

138 Böyle bir durumda Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin m. 105/2-i ve j hükümleri uyarınca yazı işleri müdürü tarafından kesinleştirme işleminin (ve buna bağlı işlemlerin) yapılması gerekmektedir.

139 Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. 1, 4. Bası, İstanbul: Acar Matbaacılık, 1984, s. 388; Erol Cihan ve Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Yayınevi, 1996, s. 30; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 217; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C.I, s. 287; Öztürk vd., *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018, s. 202-204.

140 Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 658.

141 Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 217.

142 Uygulamada bu türden bağlantıya “şahsi irtibat” denilmektedir. Yargıtay 19. CD., 02.06.2020 tarih, E. 2020/1330, K. 2020/5071; Yargıtay 5. CD., 26.02.2020 tarih, E. 2017/7124, K. 2020/9259, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020. Yargıtay “süje” esas alınarak kurulan bağlantıya “şahsi irtibat”; obje/ fiil esas alınarak kurulan bağlantıya “fiili irtibat” adını vermektedir. Kanun gereği bağlantının var sayıldığı durumları ifade etmek üzere de “hukuki irtibat” kavramını kullanmaktadır.

143 Öğretide, bağlantılı uyuşmazlıkların farklı yargı kollarını ilgilendirip ilgilendirmemesine göre, tek çeşit – karışık bağlantı

Sübjektif bağlantı halinde, bağlantılı suçlardan her biri değişik mahkemelerin görevine giriyor ise bunlar hakkında birleştirme yapılarak yüksek görevli mahkemede dava açılabilir (CMK m. 9). Kovuşturma aşamasında da sübjektif bağlantı sebebiyle, ayrı ayrı görülen davalar birleştirilebilir (CMK m. 10/1)^{144, 145}.

Ceza muhakemesinde esas olan davaların ayrı ayrı görülmesi olup; birleştirme istisnadır¹⁴⁶. Bununla birlikte, birleştirmede yargılamanın her üç süjesi (iddia, müdafaa, yargılama) açısından yarar bulunması¹⁴⁷ ve birleştirme olağanının bulunması¹⁴⁸ hallerinde bu davaların birleştirilerek görülmesi gerekebilir.

Sübjektif bağlantı halinde ceza davalarının birleştirilmesinde; hakikate daha iyi varılması, çelişik kararların verilmesinin engellenmesi, yargılama işlemlerinin (gereksiz yere) iki kez tekrarlanmasının önlenmesi gibi yararlar mevcut olsa da yargılamanın uzaması gibi bir zarar da söz konusudur¹⁴⁹.

Yargıtay'a göre de "...sanıkların üzerine atılan suçların niteliğine ve iddianamelerde olayın anlatılış biçimine göre; her iki mahkemenin dava dosyaları arasında sanıkları ve suçları yönünden şahsi, hukuki ve fiili irtibat bulunan" davaların birlikte yürütülmesinde yarar bulunmaktadır¹⁵⁰.

Sübjektif bağlantı nedeniyle görülen davalar bakımından, görünürde tek bir dava mevcut olsa da esasında birden fazla davanın birlikte görülmesi ve birden fazla dava hakkında ayrı ayrı karar

ayrımına da yer verilmektedir. Ayrım için bkz. Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 389, 390; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 218 – 219; Nevzat Toroslu ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Savaş Yayınevi, 2008, s. 83. CMK m. 218 hükmünde karışık bağlantıdan dolayı olarak söz edildiği hususunda bkz. Cumhuriyet Şahin ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019, s. 240.

144 Birleştirme konusundaki esas yetkinin mahkemede olduğu, Cumhuriyet savcısının birleştirerek dava açmasının mahkemeyi bağlayıcı olmadığı, mahkemenin birleştirmeyi uygun bulmaması halinde ayırma imkânına sahip olduğu hususunda bkz. Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 576.

145 TCK m. 42-44 hükümlerinde düzenlenen içtima hallerinde bu türden bir "sübjektif/ şahsi" bağlantının bulunduğu aşıkârdır. Nitekim Yargıtay'a göre, zincirleme suçun "tek suç işleme kararının mevcut olması" unsuru yönünden "sübjektif bağlantı" mevcuttur. Yargıtay 21. CD., 15.10.2015 tarih, E. 2015/1413, K. 2015/3951, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

146 Yurtcan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 217. Bağlantı bakımından fayda ve gereğin bulunup bulunmadığı hususunun kanun koyucu tarafından saptanmasının istisna olduğu ve ceza muhakemesinde kural olarak birleştirmenin "ihtiyari" olduğu hususunda bkz. Özbek vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 620; Şahin ve Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku -I-*, s. 241. Birleştirme gibi "ayırma"nın da ihtiyari olduğu hususunda bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 205.

147 Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 661.

148 Bazı hallerde yasa koyucu davaların birleştirilmesini (tamamen veya kısmen) yasaklamaktadır. Örneğin; İİK m. 346/2, Karayolları Trafik Kanunu m. 112 ve Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu m. 17/2 . Birleştirmenin yasal olarak zorunlu kılındığı hallerle ilişkin olarak bkz. 4483 s. K. m. 10.

149 Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 279; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 661; Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 203-204; Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, s. 289 vd. Yargıtay'a göre: "...Sanık hakkında yürütülen yargılamada tüm deliller toplanmış ve ilk derece mahkemesi tarafından hüküm kurulması dışında yapılacak bir muhakeme işlemi kalmamış olduğundan, on dört sanık hakkında rüşvet verme suçundan açılmış kamu davasında savunmaların tespit edilmesi, delillerin toplanması ve kamu davasının sona ermesinin beklenmesi ya da davaların birleştirilerek birlikte görülmesi suretiyle sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri cihetine gidilmesi mutlak bir zorunluluk olmayıp, aksine davaların takdire bağlı olarak birleştirilmesi sanık hakkında yürütülen yargılamanın gereksiz uzamasına, usul işlemlerinin tekrar edilmesi nedeniyle toplumdaki adalet duygusunun zedelenmesine de yol açacaktır". Yargıtay CGK., 11.07.2014 tarih, E. 2014/5-52, K. 2014/354, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

150 Yargıtay 5. CD., 21.01.2016 tarih, E. 2016/394, K. 2016/756, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

verilmesi söz konusudur. Bu sebeple bu türden davalarda, hüküm konusu “suç sayısı kadar dava”¹⁵¹ bulunmaktadır. Nitekim CMK m. 10/3 hükmünde, subjektif bağlantı halini de kapsayacak şekilde bağlantılı ceza davalarının “işin esasına girdikten sonra” ayrılabilmesi (ayrı esasa kaydedilebileceği) açıkça ifade edilmiştir. Bu sebeptir ki subjektif bağlantı halinde görünürde bir dava olsa da mahiyeti itibarıyla birleşen davalar/ suçlar kadar dava söz konusu olmakta ve yine dava sonucunda verilen hüküm bakımından da tek bir hüküm gibi görünse de gerçekte her suç bakımından ayrı ayrı kurulan bağımsız birden fazla hüküm söz konusu olmaktadır^{152, 153}.

Tek sanığın birden fazla suç nedeniyle tek bir davada yargılanması sonucunda mahkemece kurulacak hüküm her bir suç yönünden ayrı ayrı ve diğer suçtan bağımsız olacağından, bir suça ilişkin olan hüküm yönünden kanun yoluna başvurulup diğeri yönünden başvurulmaması muhtemeldir. Bu durumda, hükümler bağımsız nitelik taşıdığı için, kanun yoluna götürülmeyen (suça ilişkin) hüküm kesinleşirken; kanun yoluna götürülen (suça ilişkin) hüküm kesinleşmez ve kanun yoluna götürülmeyen hüküm yönünden “kısmi kesinleşme” durumu ortaya çıkar¹⁵⁴.

Tek sanık hakkında, kanun yoluna götürülmeyen hüküm yönünden “kısmi kesinleşme” söz konusu olacağından bu hükmün kesinleşebilmesi için kanun yoluna götürülen diğer hükmün kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Bu sebeple Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin m. 105/2-i ve j hükümleri yarıncı mahkeme yazı işleri müdürlüğünce hükmün kesinleşen kısmına ilişkin “kesinleştirme” işlemlerinin (re’sen veya istem üzerine) yapılması gerekmektedir.

151 Karakurt, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 50.

152 Birleştirilen davalarda verilen hükümlerin bağımsızlıklarını koruduğu hususunda bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, s. 288.

153 Zincirleme suç halinin söz konusu olduğu durumlarda TCK m. 43/1 kapsamında “birden fazla suç” mevcut olduğu halde, bütün halinde tek yargılama yapılmakta ve “tek ceza” tesis olunarak bu cezada artırım yapılmaktadır. Zincirleme suç kapsamındaki suçların (zincirin halkalarının) tamamının aynı iddianameye ve davaya konu olması halinde kurulan hüküm maddi vakıa ve yaptırım yönüyle bütünlük arz edeceğinden, bu halde hükmün kısmen (zincir kapsamındaki herhangi bir suç yönünden) kesinleşebilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, zincir kapsamındaki ilk suç hakkında yargılama yapıp buna ilişkin hükmün kesinleşmesi sonrasında zincirleme suç kapsamındaki diğer suçların ortaya çıkması halinde ise, ilk eylem/ suç yönünden verilen hükmün kesinleşmiş olması nedeniyle bu eylem bakımından kesin hükmün engelleme/ önleme etkisi söz konusu olur. Bu durumda, zincirleme suçun ilk hükmün kesinleşmesi sonrasında ortaya çıkan kısımları bakımından yargılama yapılmalı ve bu eylemler nedeniyle bağımsız ceza tesis olunmak yerine “eksik kalan cezanın tamamlanması” yoluna gidilmelidir. Nitekim Yargıtay’a göre de “...Yirmi gün aralıklarla iki ayrı kişiden temin ettiği esrarın tedarikine ve devrine aracı olan sanık hakkında açılan kamu davalarının birleştirilerek ve sanığa TCK’nın 403/3-4, 404/son, 59. maddelerinin uygulanması suretiyle birinci davada verilen cezanın kesinleştiği göz önünde tutularak, ikinci ve derdest bu davada sanığın sadece TCK’nın 80. maddesiyle yapılacak artırmadaki miktar kadar ek bir ceza ile cezalandırılması gerekirken, oluşu uygun bulunmayan bir gerekçe ile, kamu davasının reddine karar verilmesi, usul ve yasaya aykırı görülmüştür”. Yargıtay CGK 22.12.1986 tarih ve E. 1986/235, K. 1986/596, Kararı nakleden, Mehmet Uygun, Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoglu, *Ceza Genel Kurulu Kararları*, Ankara: Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1987, s. 151. Zincirleme suç bakımından teselsül meydana getiren fiillerin tek suç sayıldıkları ve bu nedenle hükmün her bir fiil için ayrı ayrı kesinleşeceğinin söylenemeyeceği yönündeki düşünce için bkz. Serdar Talas, *Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2004, s. 47. Bu düşünce, yukarıda izah ettiğimiz örnek bağlamında isabetli olmadığı gibi, TCK m. 43/1 hükmünde zincirleme suç halinde bütün eylemlerin tek suç sayılacağı değil “tek ceza verileceğinin” düzenlenmiş olması ve zincir kapsamındaki her eylemin gerçekte ayrı ve bağımsız bir suç olduğu gerçeği karşısında isabetli değildir. Bu hususta ayrıntılı tartışma ve öğretilerdeki görüşler için bkz. Birtek, *Delil ve İspat*, s. 398, dn. 98.

154 Yukarıda da açıklandığı üzere, esasında bu halde gerçek anlamda kısmi kesinleşme durumu söz konusu değildir.

Birden Çok Sanığın Aynı Suç Nedeniyle Yargılandığı Dava (Objektif Bağlantılı Davalar) Bakımından

CMK m. 8/1 hükmüne göre, bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunursa “bağlantı” var sayılır. Bu bağlantı türünde bağlantı noktası olay yani “obje” işlenen “fiil” olduğundan, bu tür bağlantı öğretide “*objektif bağlantı*” olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁵. Bu bağlantı türü uygulamada “*fiili irtibat*” olarak ifade edilmektedir^{156,157}.

Bağlantı hükümlerinin uygulanması bakımından fiilin iddianamede yer verilen “*hareket, zaman, mekân, konu, araç, mağdur ve hukuken korunan değer*” unsurları dikkate alınarak belirlenmelidir¹⁵⁸.

Objektif bağlantı bakımından önemli olan husus, yargılama konusu olayda birden fazla sanığın bulunması olduğundan, sanıkların ceza sorumluluklarının türü (fail mi yoksa şerik mi oldukları) önemsizdir¹⁵⁹. Bu nedendir ki kanun “*her ne sıfatla olursa olsun*” ifadesine yer vermiştir. Bu ifade sebebiyle, sanıklar arasında iştirak ilişkisi bulunmasa dahi, birden fazla sanık bakımından yargılama konusu eylemin/ suçun tek olması nedeniyle bağlantı var sayılmaktadır¹⁶⁰. Bununla birlikte, CMK m. 8’de yer alan “*suç*” deyiminden; bir bütün olarak “*suçu oluşturan olay*” anlaşılmalıdır¹⁶¹.

Özellikle iştirak halinde işlenen suçlar bakımından, her failin eylemi diğerinden bağımsız olduğu halde, bu eylem aynı zamanda diğer sanıkların eylemi ile ayrı bir bütünün tamamlayıcı/ ayrılmaz parçalarını oluşturmaktadır¹⁶². Bu sebeptir ki iştirak halinde işlenen suçlar bakımından, failerin ceza muhakemesi açısından birbirinden bağımsız eylemleri maddi ceza hukuku kapsamında bir bütünün (suçun) parçaları olduğundan¹⁶³, sanıklar arasındaki bağlantıyı fiil sağlamakta¹⁶⁴ ve yargılama hukuku bakımından sağlıklı bir karar verilebilmesi için birlikte yargılanmalarında yarar bulunmaktadır¹⁶⁵.

155 Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 391; Cihan ve Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 30; Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 658; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 217.

156 Yargıtay 15. CD., 26.02.2020 tarih, E. 2019/9297, K. 2020/2855, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

157 Bağlantı, çeşitleri ve sonuçları hakkında açıklama için bkz. Ahmet Gökçen vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018, s. 171.

158 Kelep Pekmez, *Ceza Muhakemesinde Fiil*, s. 151.

159 Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 391; Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*, s. 217.

160 Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C.I, s. 389. Bağlantı için iştirak ilişkisinin zorunlu olmadığı hususunda bkz. Özbeke vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 618.

161 Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 82.

162 Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 658; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, 10. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017, s. 501. Dönmezer ve Erman’a göre: “*..mademki şeriklerin her yaptığı hareket, sadece o hareketi yapan şerike değil, fakat bütün şeriklere ait ve sâridir, şu halde, iştirak halinde bir suçta kaç şerik varsa o kadar da fail vardır; suç yalnız asli failin eseri değildir, her şerik suçun asli failidir*”. Açıklama için bkz. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C. II, 6. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978, s. 519.

163 İspat yönünden, suçun özel görünüş biçimlerinin asıl maddi vakıa (fiil) ile ilişkili ve ispatı zorunlu olan alt maddi vakıalar şeklinde yapılan ayırım ve sınıflandırma için bkz. Birtok, *Delil ve İspat*, s. 425 vd.

164 Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 389.

165 CMK m. 280 hükmünde 2019 yılında 7188 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle “*ilk derece mahkemesinde görülmekte olan bir dava ile birlikte yürütülmesinin zorunlu olması*” hali, istinaf kanun yolunda “*bozma*” kararı verilebilecek haller arasında sayılmıştır. Kanaatimizce, maddede yer verilen “*zorunluluk*” halinden, birleştirmenin yasal olarak “*zorunlu*” olmasından ziyade, maddi gerçeğe ulaşmak açısından zorunluluğun mevcut olması anlaşılmalıdır. Öğretide; “*bağlantı*”

Yargıtay'a göre: "Yargılamaların birleştirilmesi, tüm delillerin birlikte tartışılmasını, maddi gerçeğe daha çabuk ulaşılmasını sağlayacak, çelişkili kararlar verilmesini engelleyecektir. Yargılama daha ucuz yapılacak, kararlar arasında çelişki doğmayacaktır. Ağır Ceza Mahkemesinin ve diğer Ağır Ceza Mahkemesinin dosyalarında sanıkların üzerlerine atılı suç tarihinin aynı olup mağdurların gözüaltına alındıklarında işkenceye maruz kaldıklarının iddia edilmiş bulunması ve her iki dava arasında objektif ve sübjektif bağlantının bulunması, ceza yargılamasının amacı olan maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için her iki dosyadaki mevcut delillerin birlikte değerlendirilmesi ve iştirak halinde işlendiği iddia edilen suç nedeniyle davaların birbirlerini etkileyici nitelikte olduğu, dava dosyalarının birinde yer alan bilgiden diğer davada da yararlanılabileceği, çelişkili kararlara neden olunmaması için davaların birleştirilerek sonucuna göre hüküm kurulması gerekir"¹⁶⁶.

Objektif ya da fiili bağlantının mevcut olduğu olaylarda esasında birden çok uyumsuzluk ve birden çok olay olduğundan, her failin eylemi kendisi açısından ayrı bir yargılamanın konusunu oluşturmaktadır¹⁶⁷. Usul ekonomisi, maddi gerçeğe daha kolay ulaşma amacı ve çelişik kararların çıkmasına engel olunması amacıyla birleştirilmesinde yarar bulunan bu davalar bakımından, tek bir yargılama yapılmış olsa dahi gerçekte birden çok ve bağımsız yargılamanın konusunu oluşturan eylemler mevcut olduğundan, yargılama sonucunda her bir sanık hakkında kurulan hüküm de diğerlerinden bağımsız ve ayrı bir hükümdür.

Örgüt üyeliği suçuna ilişkin yargılamalar bakımından da teknik anlamda bir iştirak söz konusu olmasa (çok failli suçlar içerisinde "yakınsama suçları"¹⁶⁸ olarak kabul edilse) dahi, örgüt üyelerinin eylemleri maddi ceza hukuku açısından "bütünü" teşkil eden bir eylemin bağımsız parçalarını teşkil etmektedir¹⁶⁹. Bu "bağımsız parçalar", "birbirlerini tamamlayan bağımsız parçalar" olabileceği gibi, örgütün amacı ve eylem tarzına göre "birbirine yabancı ve tamamen farklı bağımsız parçalar" da olabilir. Bu sebeple, örgüt üyelerinin eylemleri arasında ilişki bulunması ve eylemlerinin birbirini tamamlaması halinde, bu sanıklar hakkındaki yargılamanın birleştirilerek görülmesinde yarar bulunabilir¹⁷⁰. Ancak, örgüt üyelerinin eylemlerinin birbirinden tamamen bağımsız eylemler olması

sebebiyle bozma kararı ancak objektif ve sübjektif bağlantı halinde ve maddi ceza hukukundan kaynaklanan (zincirleme suç vs.) sebeplerle sınırlı olarak verilebileceği, 7188 sayılı Kanun'un 27'nci maddesinde "zorunluluk"tan bahsedildiği ve geniş ve varsayımsal bağlantı hallerinde "zorunluluk" söz konusu olmadığı için bu bağlantı türlerinde - davaların birlikte görülmesi gerektiğinden bahisle bozma kararı verilmemesi" gerektiği ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Burcu Görkemli, Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020, s. 157.

166 Yargıtay 8. CD., 11.04.2013 tarih, E. 2013/2523, K. 2013/11479, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

167 Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 658. Bağlantılı ceza davalarında, birleştirilen ceza davalarının bağımsız olması nedeniyle, bu davalardan birisine katılan kimsenin (katılanın) diğer davaya katılmış sayılması ve diğer sanık hakkındaki hükme karşı kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Açıklama için bkz. Toroslu ve Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 88.

168 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 513; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmmez, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 439.

169 Öğretide, çok failli suçların da - Kanun'da yer alan "her ne sıfatla olursa olsun" ifadesi nedeniyle - objektif bağlantı içerisinde değerlendirilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Öztürk vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 202.

170 Öğretide, "zorunlu iştirak" denilen bu halde yargılama konusu tek fiil olması hasebiyle hükmün kısmi kesinleşmesi sorunu doğmayacağı ifade edilmektedir. Açıklama için bkz. Karakurt, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 48. Kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Zira, zorunlu iştirak denilen bu halde (yakınsama suçlarında) yargılama konusu tek bir fiil

halinde birbiriyle ilgisiz pek çok örgüt üyesinin davasının birleştirilmesi (veya davaların birleştirilerek yapılması) her bir sanık yönünden maddi gerçeğe ulaştırılmasını zorlaştırabileceği gibi makul sürede yargılanma hakkına ve sanığın savunma hakkına da ciddi zarar verebilecektir.

Birden çok sanığın her ne sıfatla olursa olsun aynı fiil nedeniyle yargılandıkları dava bakımından, her sanığın eylemi yargılama hukuku açısından bağımsız bir muhakemenin konusunu oluşturduğundan, bağlantı sebebiyle birlikte görülen davanın sonucunda her sanık yönünden kurulan hüküm diğer sanıklardan bağımsız ve ayrı bir hükmüdür¹⁷¹. Bu sebeple, bir sanığın kendisi hakkındaki hükme karşı kanun yoluna başvurmaması halinde – diğer sanıklar kendileri hakkındaki hükümleri kanun yoluna götürmüş olsalar dahi – kendisi hakkındaki hüküm kesinleşir. Bu türden bir kesinleşme, tek dava bakımından bütünün bir parçası ve kısmi bir kesinleşme olarak görülse dahi, gerçek manada kısmi kesinleşme söz konusu değildir. Zira bu durumda kesinleşen, herhangi bir hükmün belli bir kısmı değil, bağımsız nitelik taşıyan bir hükmün “tamamı”dır. Bu sebeptir ki, yukarıda da izah olduğu üzere öğretilerde bu tür bir kesinleşme, gerçek anlamda kısmi kesinleşme olarak kabul edilmemektedir.

Birden çok sanığın birlikte yargılandığı dava bakımından, herhangi bir sanığın kendisi hakkındaki hükme karşı kanun yoluna başvurmaması halinde, diğer sanıklardan bağımsız olarak “kesinleşme” söz konusu olacağından, diğer sanıkların kanun yoluna başvurmuş olması dikkate alınmaksızın, kanun yoluna başvurmayan sanık bakımından kesinleştirme işleminin (re’sen veya istem üzerine) yapılması gerekmektedir. Aynı örgütün faaliyetleri kapsamında suç işlediği iddiasıyla “birbirini tamamlayan bağımsız eylemleri” nedeniyle birlikte yargılanan sanıklar bakımından da kanun yoluna götürülmeyen hükümlerin kanun yoluna götürülen hükümlerden bağımsız bir şekilde kısmen kesinleşmesi mümkün olduğundan, bu hükümler yönünden de kesinleştirme işleminin (re’sen veya istem üzerine) yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de birden çok sanık hakkında aynı davada verilen karara ilişkin olarak, Yargıtay tarafından verilen “kısmen onama” kararı üzerine yapılan bireysel başvuru yönünden olağan

olsa dahi yargılamanın sonunda her sanık (örgüt üyesi) yönünden verilen hüküm diğerinden bağımsız bir şekilde kanun yoluna götürülebilecek bir hükmüdür. Zorunlu iştirak denilen bu hal de bir tür “kanuni/ hukuki” bağlantıdır; ancak bu davaların birleştirilmesi zorunlu değildir. Zira çok sayıda üyesi bulunan ve her biri örgütün amaçları doğrultusunda farklı/ bağımsız eylemleri bulunan bütün örgüt üyelerinin aynı dava kapsamında yargılanabilmesi mümkün olmadığı gibi bu şekildeki bir yargılama da ispat hukuku açısından yarardan ziyade zarar getirir. Maddi ceza hukuku açısından en az üç kişinin varlığının suçun oluşması için zorunlu olması, bu üç sanık hakkında kurulan hükmün de zorunlu olarak bir bütün olduğu anlamına gelmez. Örgüt üyeliği suçuna ilişkin yargılamada, “örgüt” maddi vakıyasına ilişkin olarak tek bir hüküm söz konusu olsa da yargılanan her sanık yönünden birden fazla ve birbirinden bağımsız hüküm söz konusu olacaktır. Bu sebeple, bu tür davalar bakımından da kısmi kesinleşme tartışması söz konusu olabilecektir.

171 Bağlantılı ceza davaları bakımından, davanın sonucunda verilen hükmün yargılamanın yenilenmesi bakımından “bütün” olarak kabul edildiği ve dava “sona ermediği için” yargılamanın kısmen (bir kısım sanıklar yönünden) yenilenmesinin mümkün olmadığı öne sürülmektedir. Görüş için bkz. Özgen, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, s. 49. Bizim de iştirak ettiğimiz görüşe göre ise; bu düşünce yargılamanın yenilenmesi müessesesinin kabulündeki amaçla bağdaşmaz ve yargılamanın yenilenmesi kurumunun kapsamını bir kısım sanıklar aleyhine daraltır. Açıklama için bkz. Karakurt, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 49, 50.

kanun yollarının tüketilmiş olması nedeniyle başvuruyu kabul edilebilir bulmuş ve bu durumdaki sanıklar yönünden kısmi kesinleşmeyi zımnen kabul etmiştir¹⁷².

Yargıtay'a göre de “Çok sanıklı dosyalarda, sanıkların her biri birbirlerinden bağımsız olarak kanun yoluna başvurma hakkına sahiptir. Kural olarak sanıklardan birinin verilen karara karşı yaptığı kanun yolu başvurusu, diğer sanıklar hakkında verilen hükümleri kapsamaz. Kanun yoluna başvurulmayan diğer sanıklar hakkında verilen hüküm, kanun yoluna başvurma için öngörülen sürenin sonunda kesinleşir. Bu durum, ‘davasız yargılama olmaz’ ilkesinin bir sonucudur”¹⁷³.

Bağlantı nedeniyle birlikte görülen ceza davaları bakımından; kanun yoluna başvuran sanıklar hakkında kanun yolunda verilen hükmün, hakkındaki hüküm kesinleşen sanığa etkisinin de ele alınması gerekmektedir.

CMK m. 280/3 ve 306 hükümleri kapsamında, istinaf ve temyiz incelemesi sonucunda, hükmün sanık lehine bozulması halinde¹⁷⁴ bozma konusu hususların kanun yoluna başvurmayan (ve bu sebeple de haklarındaki hüküm kesinleşen) sanıklara uygulanması olanağı varsa, bu sanıklar da kanun yoluna başvurmuşçasına bozmadan yararlanmaktadır. Bu durum, kesin hükmün engelleme/önleme etkisinin, sanık yararına kabul edilen özel bir istisnası mahiyetindedir¹⁷⁵.

Kanun yolu başvurusunun “yayıma etkisi” sonucunda ortaya çıkan ve “bozmanın sirayeti”¹⁷⁶ olarak tanımlanan bu halde, hakkındaki hüküm kesinleşen sanığın da lehine olan bozma kararından (eğer ilk hükmü veren mahkeme bozma kararına uyarsa)¹⁷⁷ adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasını engellemek için¹⁷⁸ yararlanması söz konusudur¹⁷⁹.

172 Anayasa Mahkemesi, Sencer Başat ve Diğerleri [GK], Başvuru No: 2013/7800, 18/6/2014, par. 13.

173 Yargıtay CGK., 13.02.2018 tarih, E. 2014/4-129, K. 2018/43, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

174 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu'na göre: “Kanun sadece bozmadan bahsetmiş ise de Yargıtay'ın lehte olarak esasa karar vermesi halinde de diğer sanıkların faydalanmasını kıyas yolu ile kabul etmek lazımdır”. Açıklama için bkz. Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1996.

175 Yayılma etkisinin, “davasız yargılama olmaz” ilkesinin bir istisnası olduğu hususunda bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018, 591; Mustafa Özener, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017, s. 703.

176 Faruk Erem, “Bozmanın Sirayeti”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (1963), 7. Sirayet etkisi “yargılamanın genişlemesi” olarak da tanımlanmaktadır. Tanımlama için bkz. Soyaslan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 597. İstinaf kanun yolu bakımından “bozmanın sirayeti” kavramının isabetli olmadığı bu kavram yerine “istinafın (istinaf başvurusunun) sirayeti” kavramının kullanılması gerektiği hususunda bkz. Birtek, *İstinaf*, s. 60-61.

177 Yargıtay'a göre: “Hükmü temyiz etmeyen ya da temyiz istemi reddedilen sanık, bozma kararının sonucundan yararlanacağı için, öncelikle bozmaya uyulması ve cezanın uygulanmasında temyiz eden sanık lehine yeni bir karar verilmesi zorunludur. Lehe bozma bu takdirde, hükmü temyiz etmeyen sanığa sirayet ettirilecektir. Bunun sonucu olarak önceki kararda direnilmesi hâlinde, sirayetten söz edilemeyecektir. Aksi takdirde temyiz davası açan sanık için kabul edilmeyen bir bozma nedeninin, kanun yoluna başvurmayan sanık lehine kabulü gibi bir sonuca ulaşılacaktır. Bu sonuç ise, temyiz edenin aleyhine, temyiz etmeyen lehine olup çelişkili bir uygulamaya neden olacağından sirayet müessesesinin amacına aykırıdır”. Yargıtay CGK., 13.02.2018 tarih, E. 2014/4-129, K. 2018/43, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

178 Öztekin Tosun, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. II, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976, s. 177

179 “[T]emyiz kanun yolu bakımından, gerek 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda gerekse 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda, ilgili hükümlerdeki koşullar olduğu takdirde, temyiz edenler lehine oluşacak durumdan, temyiz yoluna başvurmayan, süresinden sonra başvuran veya temyize başvurmakla beraber başvurusu kabul edilmeyen sanıkların da yararlanmaları kabul edilmiştir. Buna; “bozmanın sirayeti”, “bozma kararının genişleme etkisi” ya da “teşmili (yayıma) etkisi” denilmektedir”. Yargıtay CGK., 13.02.2018 tarih, e. 2014/4-129, K. 2018/43, www.kazanci.com.tr. Erişim

Öğretide, bozmanın sirayetinin söz konusu olduğu durumlarda kesinleşen hükmün infazının geri bırakılması¹⁸⁰, bozmadan sonra yapılacak yargılamaya diğer sanıkların da dâhil edilmesi¹⁸¹ ve bu sanıklar hakkındaki kesinleşen hükmün “kaldırılarak” yeni bir hüküm kurulması gerektiği¹⁸² kabul edilmektedir.¹⁸³

2019 yılında 5275 sayılı CGTİHK'nin m. 17/A hükmünde yapılan düzenleme ile istinaf veya temyiz yolunda verilen kararın hakkındaki hüküm kesinleşen sanık hakkında nasıl uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre: “Birlikte işlenmiş olup da 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 280 inci maddesinin üçüncü fıkrası ve 306 ncı maddesinin uygulanma olanağının bulunduğu hâllerde, hükmü veren ilk derece mahkemesinden infazın ertelenmesine veya durdurulmasına ilişkin karar verilmesi istenebilir. Karar verilmeden önce Cumhuriyet savcısı ve hükümlünün görüşlerini yazılı olarak bildirmesi istenebilir. Karar, duruşma açılmaksızın verilir ve bu karara karşı itiraz yoluna gidilebilir. Erteleme veya durdurma talebinin kabulü, güvence gösterilmesine veya diğer bir şarta bağlanabilir”.

Zikrolunan düzenlemeyle birlikte, belli bir (ya da birkaç) sanık yönünden kısmen kesinleşen hükmün, sanık yararına ortadan kaldırılarak yeni bir hüküm tesis edilebileceği hallerde infazın ertelenmesi veya durdurulması hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme kapsamında, yeniden tesis olunacak hüküm de hiç şüphesiz diğer sanıklar hakkında kurulan hükümden bağımsız ve ayrı bir hüküm niteliği taşıyacaktır.

Birden Çok Sanığın Farklı Suçlar Nedeniyle Yargılandığı Dava Bakımından

CMK m. 8/2 hükmü kapsamında; suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiilleri de bağlantılı suç sayılır. Bu hallerde, fiil ve fail yönünden bir

Tarihi: 30.09.2020. İlk hüküm veren mahkemenin direnme kararı vermesi halinde, bozma kararının sirayet etmeyeceği hususunda bkz. Yargıtay CGK., 26.01.2010 tarih, E. 2009/7-260, K. 2010/2, www.kazanci.com. Erişim Tarihi:30.09.2020. Lehe kanununun değerlendirmesi amacıyla yapılan bozma kararının sirayet etmeyeceği hususunda bkz. Yargıtay CGK., 18.09.2007 tarih, E. 2007/8-125, K. 2007/186, www.kazanci.com. Erişim Tarihi: 30.09.2020.

180 Kunter, Yenisey ve Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 1662.

181 Yurtcan, *CMK Şerhi*, CII, s. 1428; Ramazan Keklik, “Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (2015), s. 223. Yayılma etkisinin, ancak hükmü temyiz etmeyen sanık lehine sonuç doğmasıyla birlikte kabul etmek yerine; henüz kanun yoluna başvurulduğu anda hükmü karşı istinaf kanun yoluna başvurmaya sanığa bilgi verilerek kanun yolunda bu sanık lehine bir sonuç ortaya çıktığında bu sonucun da sanığa bildirilmesinin düzenlenmesi gerektiği öne sürülmektedir. Açıklama için bkz. Birtek, *İstinaf*, s. 70.

182 Seydi Kaymaz, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017, s. 252.

183 Bozmanın sirayeti durumunun söz konusu olduğu hallerde hükmün kısmen kesinleşip kesinleşmediği tartışması yapılmaksızın bütünüyle “kesinleşmediği” öne sürülmektedir ki; kanaatimizce bu düşünce isabetli değildir. Görüş için bkz. Talas, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 47. Bizim de katıldığımız aksi düşünce için bkz. Karakurt, *Yargılamanın Yenilenmesi*, s. 49. Bu görüşe göre; kanun yoluna başvurulmaksızın kesinleşen bir hüküm olduğu halde, gelecekte ve belirsiz bir zamanda lehine yapılabilecek bir bozma nedeniyle kesinleşen hükmün kesinleşmediği ya da bir tür “kesinleşmenin askıda kaldığı” gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, bu türden bir sonuç hem ceza muhakemesi hukukunun kurallarıyla hem de infaz hukukunun kurallarıyla bağdaşmaz.

bağlantı söz konusu olmasa dahi, kanun koyucu bağlantının *varsayılabileceğini*¹⁸⁴ ve bu türden davaların birlikte görülebileceğini kabul etmiştir. Bu durum öğretilerde, dar bağlantı başlığı ele alınmaktadır¹⁸⁵. Bağlantının bu türünde, yargılama konusu asıl fiilden sonra işlenen ve maddi ceza hukuku yönünden bütünüyle bağımsız ve ayrı bir suç olan haller mevcuttur.

Varsayımsal bağlantı halinde, birden fazla ve farklı suç nedeniyle birden fazla dava açılması gerekirken; bağlantı varsayılarak birden çok sanık birden fazla suç nedeniyle tek bir dava kapsamında yargılanabilmektedir.

Varsayımsal (hukuki) bağlantının söz konusu olduğu durumlarda, suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerini işlediği iddia olunan sanık hakkında tesis olunan hükmün, aynı karar içerisinde yazılmış olsa dahi asıl suça ilişkin hükümden ayrı ve bağımsız bir hüküm olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu sebeple, varsayımsal bağlantı nedeniyle asıl suçla birlikte yargılama yapılan hallerde, mahkemenin bu fiilleri işlediği iddia olunan sanık hakkında kuracağı hükmün kanun yoluna götürülmemek suretiyle asıl suça ilişkin hükümden bağımsız bir şekilde “kısmen” kesinleşmesi mümkündür.

Suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerine ilişkin olarak verilen hükmün kanun yoluna götürülmemesi halinde, bu hükümler (ve bu fiiller nedeniyle yargılanan sanıklar) hakkında kesinleştirme işleminin (re’sen veya istek üzerine) yapılması gerekmektedir.

CMK m. 11 hükmüne göre; mahkeme, bakmakta olduğu birden çok dava arasında bağlantı görürse, bu bağlantı objektif veya sübjektif bir bağlantı olmasa bile, birlikte bakmak ve hükme bağlamak üzere bu davaların birleştirilmesine karar verebilir.

Kanun’da geniş bağlantının özellikleri gösterilmemiş olsa da öğretilerde; uyuşmazlıklar arasında zaman, yer, işleniş biçimi, saikler bakımından veya önceki fiille sonraki fiilin kolaylaştırılması gibi bir bağlantının olması geniş bağlantı sebebiyle birleştirme kararı verilebilecek haller arasında sayılmıştır¹⁸⁶.

Öğretilerde “geniş bağlantı” olarak tanımlanan bu halde, bir mahkemenin¹⁸⁷ kendi önünde bulunan (yetkili olduğu) işleri birleştirerek karar vermesi söz konusudur¹⁸⁸. Ancak geniş bağlantı sebebiyle davaların birleştirilebilmesi için de birleştirmeye ilişkin olarak yukarıda zikrolunan şartların

184 Öğretilerde bu tür bağlantı “varsayımsal bağlantı” olarak tanımlanmaktadır. Tanımlama için bkz. Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, s. 287. Kanaatimizce Yargıtay uygulamasında zikrolunan “hukuki irtibat” kavramı “varsayımsal bağlantı” kavramına karşı gelmektedir. Bu tür bağlantının suç nedeniyle ortaya çıkan bir bağlantı olması hasebiyle objektif bağlantı içerisinde sayıldığı hususunda bkz. Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 389.

185 Ünver ve Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. I, s. 287.

186 Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 659.

187 CMK m. 16 hükmüne göre; her biri değişik mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı ceza davaları, yetkili mahkemelerden herhangi birisinde birleştirilerek görülebileceğinden, bağlantılı ceza davalarının aynı mahkemede bulunması, bağlantı nedeniyle birleştirme için zorunlu bir unsur değildir.

188 Tosun, *Türk Suç Muhakemesi*, C. I, s. 391. Bu türden davaların birleştirilerek görülmesinde “ispat kolaylığı” söz konusu olduğu hususunda bkz. Centel ve Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 659.

(birleştirmenin mümkün olması, birleştirmede yarar bulunması vs.) mevcut olması gerekmektedir. Zira ceza muhakemesinde esas olan her davanın bağımsız ve ayrı bir dava şeklinde görülmesidir.

CMK m. 11 hükmü kapsamında geniş bağlantı sebebiyle birlikte görülen davaların, özü itibarıyla bağımsız ceza davası olduğundan, birleştirilen davalar ve bu davalar kapsamındaki her bir sanık yönünden birleştirilen dava kapsamında tek bir hüküm kurulsa dahi, bu hüküm kapsamında sanık sayısı kadar hüküm mevcut olacaktır. Geniş bağlantı sebebiyle birleştirilerek tek bir dava kapsamında yapılan yargılama sonucunda herhangi bir sanık hakkında tesis olunan hükme karşı kanun yoluna başvurulmaması halinde, diğer hükümler yönünden kanun yolu başvuru yapıp yapılmamasından bağımsız olarak kısmi kesinleşme söz konusu olduğundan, kesinleştirme işleminin (re'sen veya istem üzerine) yapılması gerekmektedir.

IV. SONUÇ

Bir sanığın tek bir olay nedeniyle yargılandığı ceza davası bakımından hükmün şekli ve maddi anlamda ne zaman ve ne şekilde kesinleştiği konusunda herhangi bir belirsizlik ya da tartışma söz konusu değildir. Ancak tek sanığın birden fazla olay/ suç nedeniyle yargılandığı dava kapsamında birden fazla hüküm tesis olunduğu veya birden fazla sanığın tek veya farklı olaylar nedeniyle birlikte yargılandığı davalar bakımından her bir sanık yönünden kurulacak hükmün diğerlerinden bağımsız bir şekilde (kısmen) kesinleşip kesinleşemeyeceğinin belirlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.

Özellikle özel hukuk ve idare hukuku bağlantılı ceza uyuşmazlıkları yönünden, ceza mahkemesinin uyuşmazlığı çözen kararının kesinleşmesi bağlantılı bu uyuşmazlıkların çözümüne de doğrudan etki edebilecektir. Örneğin; ceza muhakemesine konu olay nedeniyle aynı zamanda disiplin soruşturması başlatılması halinde, ceza muhakemesinin sonuçlanması ve ceza davasındaki kararın kesinleşmesi, disiplin soruşturmasına doğrudan etki edebilecek niteliktedir. Yine, kamu görevlisi olan sanık bakımından, bir ceza davasının derdest olmasının içerisinde bulunulan statüye ilişkin pek çok durum (terfi, atama vs.) bakımından doğrudan etkili olduğu yadsınamaz.

Kısmi kesinleşmenin mümkün olup olmadığı, tek sanığın tek bir suç nedeniyle yargılandığı dava bakımından iddianame; bağlantılı ceza davaları bakımından da yargılama konusu suç ve sanık sayısı esas alınarak ortaya konulabilir.

Tek sanığın tek suç nedeniyle yargılandığı dava bakımından, maddi vakıa ve maddi vakıaya ilişkin hüküm bir bütün olduğundan, “*hükmün bölünmezliği*” ilkesi gereğince, kısmi kesinleşme söz konusu olmaz. Bu sebeple, bu türden bir davada, maddi vakıanın sübutuna ilişkin hüküm ile ispat olunan maddi vakıaya ilişkin yaptırımın (ceza ve güvenlik tedbirinin) kısmen kanun yoluna götürüldüğünden bahisle kanun yoluna götürülmeyen kısmın kesinleştiğinden söz edilemez. Bununla birlikte, maddi vakıa ve bu vakıaya ilişkin yaptırımdan oluşan “*bütün*”ün dışında kalan, harç veya vekalet ücreti gibi yargılama usulüne ilişkin hususlar yönünden hükmün kısmen kanun yoluna götürülmesi mümkün olduğundan, kanun yoluna götürülmeyen kısım kesinleşir.

Tek sanığın birden fazla suç nedeniyle yargılandığı davalar ile birden fazla sanığın aynı veya birden fazla suç nedeniyle yargılandığı davaların “bağlantı” sebebiyle birlikte görülmesi ve birlikte karara bağlanması bu davaların “bütün” olduğunu göstermez. Bu hallerde, gerçekte birden fazla ve birbirinden bağımsız ceza davaları söz konusudur. Bağlantı nedeniyle birlikte görülen ceza davalarında kurulan hükümde, sanık sayısı kadar “birbirinden bağımsız” hüküm söz konusu olacağından, bu hükümlerin bir kısmının kanun yoluna götürülüp diğer bir kısmının kanun yoluna götürülmemesi mümkündür.

Bağlantı nedeniyle birlikte görülerek karara bağlanan ceza davaları bakımından tek bir hükümle sonuçlandırılmış olsa dahi gerçekte birbirinden bağımsız hükümler mevcut olduğundan kanun yoluna götürülmeyen hüküm bakımından kısmi kesinleşme mümkündür. Zira bu davalar bakımından hükümden önce CMK m. 10/3 hükmü kapsamında ayırma/ tefrik kararı verilerek (ayrı bir esas alarak) ayrı bir hüküm kurulduğunda, bu hükmün şekli anlamda (ayrıldığı davadan bağımsız olarak) kesinleşmesi mümkün olduğundan, aynı sonucun tefrik kararı verilmeksizin tek bir dava neticesinde verilen hüküm yönünden de kabul edilmesi gerekir. Aksinin kabulü mantık kurallarıyla çelişir.

Kısmi kesinleşmenin söz konusu olduğu hallerde, hükmü veren mahkemenin yazı işleri müdürlüğüne kural olarak re’sen veya istem üzerine kesinleştirme işleminin yapılması gerekmektedir. Bu yönde bir uygulamanın yapılmaması halinde, kendisi hakkında beraat kararı verilen sanığın, diğer sanıklar hakkındaki – belki de uzun yıllar sürecek – kanun yolu incelemesinin tamamlanmasını beklemesi gibi (hakkındaki ceza davasının beraatle sonuçlandığı halde) ağır bir sonuca katlanması gerekecektir. Hiç şüphesiz bu halde, beraat eden ve hakkındaki beraat hükmü “şekli anlamda kesinleşen” sanığın adil yargılanma hakkının (lekelenmeme ve unutulma hakkının) ve özel hayatın gizliliğine saygı hakkının ağır bir tehdit altında kalacaktır.

KAYNAKÇA

- Akkaş, Ahmet Hulusi, *Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Akyürek, Güçlü, *Yargılamanın Yenilenmesi* (Güncellenmiş 2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Artuç, Mustafa ve Tahir Hırslı, *Hüküm Kurma Esasları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2010.
- Baştürk, İhsan, *Hükmün Açıklanmasının Ertelemesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2014.
- Birtek, Fatih, AİHM, *Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat*. 2. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Birtek, Fatih, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Cebeci, Şeyma, *Türk Ceza Hukuku Bağlamında Ne Bis İn İdem İlkesi*. (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi), 2008.
- Centel, Nur ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 15. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2018.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. 10. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017.
- Cihan, Erol ve Feridun Yenisey, *Ceza Muhakemesi Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayınevi, 1996.
- Cihan, Erol ve Feridun Yenisey, “Ne Bis İn İdem” İlkesi”, “Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı”. Ed. Köksal Bayraktar, İstanbul: Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004: 219-224.

- Çakmut, Özlem Yenerer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Esas Mahkemesinin Verdiği Hüküm”. *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XI/ 3-4 (2007): 29-61.
- Deniz, İsmail, *Ceza Muhakemesinde Hüküm*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2014.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*. C. II, 6. Bası, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1978.
- Erdem, Mustafa Ruhan, *Ceza Muhakemesinde Yeni Bir Denetim Muhakemesi Yolu Olarak İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2010.
- Erem, Faruk, “Bozmanın Sirayeti”. *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (1963): 5-8.
- Erem, Faruk, *Ceza Usulü Hukuku*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Giyik, Abdulkaki, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Akıl Hastalığı*, Ankara: Adalet Yayınevi, 2020
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Gölcüklü, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde “Adil Yargılama”. *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 49/1 (1994): 199-234.
- Görkemli, Burcu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yolunda Kovuşturma*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.
- Gössel, Karl Heinz, “İstinaf Kanun Yolu Hakkında Sistemantik Açıklama”, Birinci Yılında İstinaf ve Temyizde Karşılaşılan Sorunlara Mukayeseli Hukukun Cevapları Sempozyumu. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12/159-160 (2017): 57-70.
- Kantar, Baha, *Ceza Muhakemeleri Usulü*. 4. Bası, Ankara: Güzel Sanatlar Matbaası, 1957.
- Karakehya, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku II*, 1. Baskı, Ankara: Savaş Yayınevi, 2015.
- Karakurt, Ahu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Muhakemenin Yenilenmesi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2009.
- Kaymaz, Seydi, *Ceza Muhakemesinde İstinaf*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Kaymaz, Seydi, “Davasız Yargılama Olmaz İlkesinin İhlal Edilmesi ve Sonuçları”. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, 21/ Özel Sayı: 295-326.
- Keklik, Ramazan, “Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi”. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, 6 (2015): 185-225.
- Kelep Pekmez, Tuğba, *Ceza Muhakemesinde Fiil*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Keskin, Serap, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık*. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım, 1997.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 10. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Kunter, Nurullah, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. 8. Baskı, İstanbul: Kazancı Matbaacılık Sanayi, 1986.
- Kunter, Nurullah, Feridun Yenisey ve Ayşe Nuhoğlu, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*. Onsekizinci Bası, İstanbul: Beta Basım, 2010.
- Nişancı, Dilaver, *Ceza Muhakemesinde Yargılamanın Yenilenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Özbek, Veli Özer, vd., *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Sekizinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Özen, Mustafa, “Non Bis İn İdem (Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılama Olmaz)” İlkesi, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1, (2010): 389-417.
- Özen, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Özgen, Eralp, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1968.
- Özgenç, İzzet, “Non Bis İn İdem Kuralının Milletlerarası Değeri ve TCK’nun 10/A Maddesi Hükümüne İlişkin Değerlendirme”. *Yargıtay Dergisi*, 28/3 (Temmuz 2002): 323-358.

- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. 13. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2017.
- Özkan, Faruk, “Türk Hukukunda Non Bis In Idem İlkesi”. Haz. Fatih Selami Mahmutoglu, İstanbul: *İstanbul Barosu Yayınları*, 2010.
- Öztürk, Bahri, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özyayın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin ve Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Schroeder, Friedrich ve Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Çev. Salih Oktar, İstanbul: Yetkin Yayınları, 2019.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. 7. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şahin, Cumhur, “Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılması Kararına İtirazda İncelemenin Kapsamı”. Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* (MÜHF – HAD), 19/2, 2013: 283-293.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku –I-*. 10. Bası, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2019.
- Talas, Serdar, *Ceza Yargılaması Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi*. (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), 2004.
- Taner, M. Tahir, *Ceza Muhakemeleri Usulü*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1945.
- Toroslu, Nevzat ve Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2008.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. C. II, İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*. C. 1, 4. Bası, İstanbul: Acar Matbaacılık, 1984.
- Ünver, Naci, *Ceza Yargılamasında Yasa Yolları ve Bireysel Başvuru Hakkı*. Ankara: Tüze Yayıncılık, 1998.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*. C. 3, 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Yenisey, Feridun, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf ve Tekrar Kabulü Sorunu*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- Yenisey, Feridun, *Milletlerarası Ceza Hukuku*. İstanbul: Beta Basım, 1988.
- Yenisey, Feridun, *Duruşma ve Kanun Yolları*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 1990.
- Yenisey, Feridun ve Salih Oktar, *Alman Ceza Muhakemesi Kanunu*. Almanca Metin – Türkçe Çeviri, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.
- Yenisey, Feridun ve Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2018.
- Yurtcan, Erdener, *Kesin Hüküm*. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları No. 57, 1987.
- Yurtcan, Erdener, *CMK Şerhi*. C. II, 7. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılaması Hukuku*. 15. Baskı, Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.

Parlamente Denetim Aracı Olarak İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu*

An Instrument of Parliamentary Scrutiny: Human Rights Inquiry Committee

Oya BOYAR** 
Gülden ÇINARLI*** 

Öz

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, “insan hakları ihlallerini uluslararası taahhütlere uygun olarak önlemek” gerekçesiyle 1990 yılında kurulmuştur. Komisyon; resen araştırmalarıyla insan hakları alanındaki tüm gelişmeleri takip eder, insan haklarının ihlal edildiği iddiasıyla kendisine yapılan bireysel başvuruları sonuçlandırır, insan hakları alanında iç hukukta yapılması gereken yasal düzenlemeleri önerir, kendisine sevk edilen kanun tekliflerini görüşür ve kendisinden diğer komisyonlarca istenen konularda görüş bildirir. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Komisyon tarafından çalışmalarının neticeleri hakkında hazırlanan raporu görüşerek bilgi edinir. Böylece insan hakları alanında üzerine düşen görevler ve alınması gereken önlemlerle ilgili fikir sahibi olur. Gerek görürse, komisyon raporları kapsamında yürütme organına karşı anayasal denetim araçlarını kullanır ve kamuoyunun dikkatini bu raporlara çeker. Buna ek olarak, mevzuat kaynaklı yeni ihlalleri önlemek adına, Komisyonun kanun teklifleri hakkındaki görüşlerinden yararlanır.

Anahtar Kelimeler: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Parlamento Denetimi, Daimi Komisyon, İnsan Hakları.

Abstract

The Human Rights Inquiry Committee was established in 1990 to “prevent human rights violations in accordance with international commitments”. The Committee independently monitors all developments about human rights; examines and decides on individual applications concerning claims of human rights violations; provides recommendations about amendments in national law on human rights; reviews bills that are referred to the committee and provides its opinion on matters requested by other committees. The Turkish Grand National Assembly (TBMM) reviews and discusses Committee reports about the results of the Committee’s activities. Thus the TBMM is informed about its duties and measures to be taken about human rights. If it deems necessary the TBMM uses constitutional supervision tools on the executive body

* Bu makale, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku doktora programı kapsamında hazırlanmakta olan, “2017 Değişiklikleri Sonrası 1982 Anayasası’na Göre Parlamentonun İdarenin Denetlenmesindeki Rolü” isimli tezden üretilmiştir. Bu tez, TÜBİTAK 2211-A Genel Yurt İçi Doktora Burs Programı kapsamında desteklenmiştir.

** Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: oboyar@marmara.edu.tr

*** Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi, E-Mail: guldencinarli@marun.edu.tr

and attracts public's attention on these committee reports. Additionally, in order to prevent potential new violations caused by laws and regulations, the TBMM can apply for advisory opinion of the Committee.

Keywords: Human Rights Inquiry Committee, Parliamentary Scrutiny, Standing Committee, Human Rights.

GİRİŞ

Parlamento kavramı, 13'üncü yüzyılın ortalarından sonra Birleşik Krallık'ta, ulusal meclisler için kullanılmaya başlandıktan kısa sürede yerleşmiş bir kavramdır¹. Birleşik Krallık'ta parlamentonun ortaya çıkışında, karşılıklı çıkar mücadelesi yanında; idarenin keyfi uygulamalarının önlenmesi, mutlak iktidarın sınırlandırılması ve idarenin denetlenmesi ihtiyaçları önemli rol oynamıştır².

Demokrasilerde parlamentonun klasik görevlerinden biri, yürütme organının gözetim ve denetimidir³. Denetim, belirli bir kurala uygunluğunun sağlanması amacıyla belirli bir işlem, eylem veya duruma karşılanması olarak açıklanabilir⁴. Parlamentonun hükümeti denetlemesi, Orta Çağ'da, Birleşik Krallık'ta belirmeye başlamış ve gittikçe etkinliğini arttırmıştır⁵. Parlamento denetiminin bu gelişimi, demokrasi mücadelesinin gelişimi ile beraber ilerlemiştir⁶. Nitekim Fransada kralın keyfi yönetimi ve ona bağlı yargının karşısında; 1789 Beyannameşi ile kurulan anayasal sistemin merkezinde, hakların beşiği olan ve toplumun temsilcilerinden oluşan parlamento yer almıştır⁷.

Parlamento denetimi, hükümet sisteminin türüne göre, yoğun veya düşük düzeyde olabilir⁸. Aynı hükümet sistemine tâbi olan devletlerde veya aynı devlette farklı dönemlerde yürütme organını denetlemek için yasama organının başvurabileceği farklı imkan ve araçlar bulunabilmektedir⁹. Hangi hükümet sistemi benimsenirse benimsensin, yasama ile yürütme erklerinin aynı siyasi çizgiden olması halinde yürütme organı hakkında tartışma konusu yapılabilecek durumlar saklanabilirken; bu iki erk aynı siyasi partinin etkisinde olmaması ihtimalinde, yürütme organını güç duruma düşürecek hususları parlamentonun açığa vurması, parlamento denetimine etkili bir nitelik kazandırır¹⁰.

1 Strathearn GORDON, **The British Parliament**, 1st Edition, New York: Frederick A. Praeger, 1952, s.14.

2 Melikşah YASİN, **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**, 1. Baskı, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011, s.27.

3 Klaus H. GOETZ ve Diğerleri, "Parlamentolar ve Parlamerter Gözetim ve Denetim" **SIGMA Raporu**, Muhammed Emin Güzel ve Abdussamed Sığırtaç (çev.), Ankara: TBMM Basımevi, 2016, s.9.

4 Cem EROĞUL, "Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi (AÜSBFD)**, Cilt.33, Sayı.1 (Ocak 1978), s.36.

5 İlhan ARSEL, **Anayasa Hukukunun Umumi Esasları, Birinci Kitap: Demokrasi**, Ankara: Güven Matbaası, 1955, s.161-166 Aktaran: Ergun ÖZBUDUN, **Parlamerter Rejimde Parlamerteronun Hükümeti Murakabe Vasıtaları**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.171, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1962, s.1.

6 Hikmet TÜLEN, **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**, 1. Baskı, Konya: Mimoza Yayınları, 1999, s.13.

7 Oya BOYAR, **Anayasa ve Özel Hukuk**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019, s.63.

8 Erdal ONAR, **Meclis Araştırması**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.419, Sevinç Matbaası, 1977, s.1.

9 TÜLEN, s.5.

10 Herbert A. SIMON, Donald W. SMITHBURG ve Victor A. THOMPSON, **Kamu Yönetimi**, 5. Baskı, Cemal Mihçoğlu (çev.), Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985, s.417-418.

Türk anayasal sisteminde 2017 değişiklikleriyle Cumhurbaşkanı ve yasama organının eş zamanlı yapılacak seçimlerle seçilmesine dair düzenleme karşısında söz konusu farklılaşmanın görülmesi daha zorlaştırılmaya çalışılmış görünmektedir. Duverger'e göre; aynı anda yapılan seçimlerde, seçmenlerin milletvekilliği için bir partiye, devlet başkanlığı için farklı partiye oy vermesi "anormal" olur¹¹. Buna ek olarak, Türkiye'deki partilerin güçlü bir disipline sahip bulunduğu olgusu da göz önüne alınmalıdır. Öyle ki çoğu modern mecliste -parlamentonun baskın mı, yürütme organına yardımcı mı olacağına dair- güç paylaşımının anahtarı, meclisin içindeki siyasi parti sistemindedir. Dolayısıyla siyasi partilerin parlamento içerisinde sahip oldukları yetkiler ve görevler yürütme üzerindeki yasama denetiminin derecesini belirler ve meclis faaliyetlerini etkiler¹².

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM), çeşitli yollarla doğrudan veya dolaylı olarak yürütme erki üzerinde denetim yetkisini kullanır. Bu kapsamda, meclisin elinde bulunan imkanlardan biri, daimi komisyonlar olup; bunlar içinde de özellikle Dilekçe Komisyonu, Plan ve Bütçe Komisyonu, Kamu İktisadi Teşebbüsleri Komisyonu ve İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun denetim fonksiyonları ağır basmaktadır.

Parlamente denetim aracı olarak İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun ele alındığı bu çalışmada, Komisyonun kuruluşu, görev ve yetkilerine ilişkin açıklamalardan sonra, yürüttüğü inceleme faaliyetleri ve verdiği kararların etkisi üzerinde durularak parlamente denetim aracı olarak etkinliği ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. GENEL OLARAK

A. MECLİS KOMİSYONLARI

Komisyonlar; bir yasama organı tarafından kendi üyelerinden kurulmuş, düzenli işleyişe sahip, yasama dönemi boyunca varlığını devam ettiren, sayıca birden fazla ve düzenli olarak -Meclis işlerinden kendi yetkisinde kalanlar hakkında- Meclis nihai kararı almadan önce hazırlık değerlendirmelerini yapan organlardır¹³. Anglosakson ülkelerde yasama meclislerindeki bu organlar için komisyon yerine komite ismi tercih edilmektedir¹⁴.

Bugün komisyonların parlamento içinde veya dışında görevlendirilmesi modern parlamentonun ayırt edici özelliklerinden biri olup, neredeyse tüm meclislerde komisyon yapılanmasına rastlanmaktadır¹⁵. Çift meclisli parlamentolarda her meclisin kendi üyelerinden oluşan ayrı komisyon yapılanmaları ve iki meclisin üyelerinden oluşan karma komisyonlar bulunur.

11 Maurice DUVERGER, **Siyasi Partiler**, 4. Baskı, Ergun Özbudun (çev.), Ankara: Bilgi Yayınevi, 1993, s.504.

12 Alan R. BALL, **Modern Politics and Government**, 4th Edition, London: Macmillan Education, 1988, s.141.

13 J. Franklin JAMESON, "The Origin of the Standing-Committee System in American Legislative Bodies", **Political Science Quarterly**, Vol. 9, No. 2 (June 1894), s.247.

14 M. Tuncer KARAMUSTAFAOĞLU, **Yasama Meclisinde Komisyonlar**, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 201, Ajans-Türk Matbaası, 1965, s.4.

15 Andrew HEYWOOD, **Politics**, 3rd Edition, New York: Palgrave Macmillan, 2007, s.346.

Dört yüz ila altı yüz üyeli modern yasama meclislerinde; milletvekillerinin uzmanlıklarına göre bölümlere ayrılması ile birçok metnin aynı anda detaylı incelenip raporlanması sağlanması, yasama faaliyetlerinin karmaşık bir düzen içinde tıkanmasını engeller¹⁶. Meclis komisyonları, zamanla yasama meclislerinin dinamikleri olup yasa yapım sürecinin merkezi haline gelmiş, tüm çalışmaları üstüne alarak, yasama meclislerini konuşulan yer olmakla sınırlı bırakmıştır¹⁷. TBMM’de birçok iş, Genel Kurul gündemine alınmadan önce faaliyet konularına göre uzmanlaşmış meclis komisyonlarında görüşülüp olgunlaştırılır ve burada hazırlanan raporlar Meclis Başkanlığına sunulur¹⁸. TBMM’nin mutfağı olarak nitelendirilen komisyonlar, kanun tekliflerinde de partiler arasında uzlaşma ve ödünleşmelerin yapılması fırsatını vererek, hızlanma ve verimlilik sağlayan çalışmaları yürütür¹⁹.

Güçlü bir komisyon, konuşulan yerden ziyade çalışılan yeri tanımlar ki komisyonlarda, ayrıntılı incelemeler yapılması, hükümetin denetlenmesi ve politika seçeneklerinin araştırılması mümkündür²⁰. Genellikle komisyonların üye dağılımı meclislerdeki genel parti gücüyle orantılı olduğu için bahsettiğimiz hususların sağlanması adına partizanlığın kontrol edilebilmesi, kritik öneme sahiptir. Dünyanın en güçlü komisyonlarına sahip olduğu ve birçok meclisçe model alındığı genel olarak kabul edilen Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD’de)²¹, kısmen erkler ayrılığının işleyişi nedeniyle parti disiplininin zayıf olması, komisyon üyelerinin teklifleri değerlendirmesinde, üyesi buldukları partiyi yönetenlerin çıkarlarının ötesinde düşünebilmelerini sağlamaktadır²². Oysa Avustralya, Yeni Zelanda ve Birleşik Krallık yasama komisyonlarında üyelerin çoğunluğu hükümete sadık oldukları için, komisyonların etkisi azalmaktadır, ancak Almanya’da parti disiplini güçlü olsa da, büyük ölçüde iki ya da daha fazla partinin desteğine muhtaç koalisyon hükümetlerinin meclisi uzlaştırması gereğinin bir sonucu olarak, güçlü yasama komisyonları bulunmaktadır²³.

Yasama organlarında geçici ve daimi olmak üzere iki tür komisyon vardır. Geçici komisyonlar belirli bir işi incelemek üzere kurulup bu görev tamamlandığında dağılırken; (meclis komisyonları denilince, akla ilk gelen) daimi komisyonlar, kalıcı görevler üstlenen iç organlar olarak karşımıza çıkar²⁴. Mecliste yer alan daimi komisyonlar, TBMM İktüzüğü’nün 20’nci maddesinde sayılmıştır ve buna ek olarak çeşitli kanunlarla oluşturulmuş daimi komisyonlar da bulunmaktadır. 20’nci maddede sayılan daimi komisyonlardan biri de İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’dur.

16 KARAMUSTAFAOĞLU, s.8.

17 HEYWOOD, s.346.

18 Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, Ankara: Yetkin Basımevi, 2017, 17. Baskı, s.293.

19 Bülent TANÖR ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 17. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s.279.

20 Rodd HAGUE, and Martin HARROP, **Comparative Government and Politics**, 6th Edition, New York: Palgrave Macmillan, 2004, s.251.

21 HEYWOOD, s.347-348.

22 Duncan WATTS, **Understanding US/UK Government and Politics**, 1st Edition, Manchester: Manchester University Press, 2003, s.116-117.

23 HEYWOOD, s.348.

24 KARAMUSTAFAOĞLU, s.115.

B. İNSAN HAKLARI ÜZERİNE MECLİS KOMİSYONLARI

1982 Anayasası hak ve özgürlüklerin kavramsallaştırılması bakımından iki ayrı ifadeye yer vermektedir: “insan hakları” (Any. md. 2, 14, 68’de olduğu gibi), “temel” hak ve hürriyetler (Any. II. Kısım başlığı, md. 12, 13 ve 14’üncü maddenin kenar başlığında olduğu gibi).

Bu terimlerden ilki olan insan hakları değişmeyen, değiştirilemeyen ve ortadan kaldırılmayan hakları ifade eder²⁵. Yine insan haklarının hukuk düzeni tarafından, tüm insanlara tanınması arzu edilen, iç hukukta korunmasa da ahlaki olarak var olan bir ideali yansıttığı ifade edilmiştir²⁶. Dolayısıyla insan haklarının biri etik, diğeri hukuki olmak üzere iki yönü vardır: “Herkesin onur içinde yaşama hakkı olmalı” dediğinizde insan haklarının ne olması gerektiğine dair etik bir belirleme yapıyor olabilirsiniz. Buna karşılık, “Anayasanın 17’nci maddesine göre kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır” dediğinizde daha çok hukuksal alana gönderme yapıyor olursunuz. Bu ikinci anlam Anayasada hak ve özgürlükleri anlatmak için kullanılan ikinci ifade olan “temel hak” tanımlamasına daha uygun görünmektedir. Zira bu ifade genel olarak anayasada ya da uluslararası sözleşmelerde düzenlenen hakları anlatmak üzere kullanılmaktadır.

05.12.1990 tarih ve 3686 sayılı İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu, bu iki tanımdan daha çok ikincisini benimsemiş görünmektedir. Gerçekten de anılan Kanunun 2’nci maddesine göre:

“Bu Kanun; T.C. Anayasası ile İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi çok taraflı uluslararası belgelerde belirlenmiş bulunan insan hak ve hürriyetleri ile uluslararası alanda genel kabul gören insan haklarını kapsar”.

Dolayısıyla İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun görev alanına giren haklar, bir yandan Anayasa tarafından, diğeri yandan uluslararası hukuk tarafından tanınmış olan haklardır.

İnsan haklarını düzenleyen belgeler, uluslararası (devlet dışı) kurumlarca hazırlanarak üye devletlerin onayı ile yürürlüğe girip bağlayıcı nitelik kazanmaktadır²⁷. 1948 yılında Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi’ne taraf olan Türkiye, 1954 yılında ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ni onaylamıştır. Avrupa Birliği’ne tam üyelik başvurusu yapılan 1987 yılı sonrası dönemde, insan hakları konusu gündemde yoğun yer tutmaya başlamıştır²⁸.

Tüm dünya ve Türkiye’de anayasal demokrasi alanında kat edilen yol, yasama organlarına insan haklarını gözeterek yasa yapma veya güncelleme ve ayrıca idareyi denetleme açısından sorumluluk yüklemiştir. Parlamentoların insan haklarını denetlemek için ya özel olarak bir insan hakları

25 Ahmet MUMCU ve Elif KÜZECİ, *İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri*, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019, s.18.

26 Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II*, 2. Baskı, Bursa: Ekin Yayınevi, 2020, s.486, 488.

27 Mehmet AKAD, Bihterin VURAL DİNÇKOL ve Nihat BULUT, *Genel Kamu Hukuku*, 11. Baskı, İstanbul: Der Yayınları, 2015, s.222.

28 İzzet EROĞLU, “TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu”, *Yasama Dergisi*, Sayı.2 (Temmuz-Ağustos-Eylül 2006), s.35.

komisyonu kurma yoluna gittiği ya da her ihtisas komisyonuna kendi çalışma alanları kapsamında bu görevi verdiği görülmektedir²⁹. Özel olarak kurulan ilk insan hakları komisyonu, 1982 yılında Bolivya’da oluşturulmuş ve buradan dünyaya yayılmıştır ancak halihazırda Fransa gibi böyle bir komisyon oluşturma yoluna gitmemiş devlet örnekleri de vardır³⁰. Merkezi Cenevre’de olan Parlamentolar Arası Birlik, devletlerin insan hakları komisyonlarının kurumsallaşması üzerine çalışmalar yapmaktadır³¹.

Türkiye, 05.12.1990 tarihinde 3686 sayılı Kanun ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nu kurarak, insan hakları alanında özel bir komisyon oluşturan ülkeler içinde yer almıştır. Bu adımın atılmasında; ulusal ve uluslararası düzeyde insan hakları alanındaki ilerlemeleri izlemek, ihlalleri saptamak ve başvuruları değerlendirmek üzere, gerek dış etkenler, gerekse nispeten artan demokratik talepler etkili olmuştur³². Bu kapsamda Kanun gerekçesinde; Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyanname, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İşkencenin ve Gayri İnsani ya da Küçültücü Ceza veya Muamelelerin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi, İşkence ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Avrupa Konseyi’nin Avrupa Hukuk Sahasını oluşturma çalışmalarının sonucunda ortaya çıkan Avrupa sözleşmeleri sayılmıştır³³. Türkiye’nin Avrupa Birliği’ne tam üyelik için 14 Nisan 1987 tarihinde yapmış olduğu başvuruya, Avrupa Birliği Komisyonu tarafından verilen 20 Aralık 1989 tarihli cevapta “*insan hakları konusundaki gelişmelerin henüz bir demokraside olması gereken seviyeye ulaşmadığı*” eleştirisi de etkenlerden bir diğeridir³⁴. Nitekim 3686 sayılı Kanun’un gerekçesinde, Komisyonun kurulma nedeni izah edilirken, uluslararası taahhütlere riayet etme isteğinin ön plana çıktığı görülmektedir:

“Mevcut Yasalara rağmen meydana gelecek insan hakları ihlallerini; uluslararası taahhütlere uygun olarak önlemek, yargısal koruma yanında Yasama Organınca da güvence altına alınmasını temin etmek bakımından olumlu bir adım olacağına inandığımız böyle bir komisyonun kurulmasının, ülke dışında Türkiye’ye yöneltilen haksız eleştirilerin mesnetsiz bırakılmasına ve gereken cevabın verilmesine de yardımcı olacağı inancı ile bu Kanun Teklifi hazırlanmıştır”.

Komisyon, özel görevli olarak, Kanunda belirtilen insan haklarına ilişkin konularda görüş sunar ve rapor düzenler³⁵.

29 Zeynep DURAN, “Karşılaştırmalı Ülke Uygulamaları”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamerter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.83.

30 DURAN, s.83, 87.

31 EROĞLU, s.34.

32 YASİN, s.106.

33 TBMM, İstanbul Milletvekili Bülent Akarcalı, Gümüşhane Milletvekili Ülkü Gökalp Güney, İstanbul Milletvekili Hasan Fehmi Güneş ve Konya Milletvekili Vefa Tanır’ın, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu Teklifi ve Adalet ve Anayasa Komisyonları Raporları, 1990, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c051/tbmm18051042ss0498.pdf> (10 Ekim 2020), s.1.

34 Commission of the European Communities, **Commission Opinion on Turkey’s Request for Accession to the Community** (Sec.89, 2290 final), Brussels, 20.12.1989, http://www.cvce.eu/obj/commission_opinion_on_turkey_s_request_for_accession_to_the_community_20_december_1989-en-4cc1acf8-06b2-40c5-bb1e-bb3d4860e7c1.html (10 Ekim 2020), s.5.

35 Şeref İBA ve Rauf BOZKURT, **100 Soruda Türk Parlamerter Hukuku**, 3. Baskı, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2006, s.242.

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun bir kanun marifetiyle kurulmuş olması, kendisine ait aşağıda değineceğimiz yetkileri kullanırken, üçüncü kişileri bağlayan hususlarda hukuki gücünü artırmaktadır³⁶. 3686 sayılı Kanun'un 1'inci maddesinde amaç açıklanmıştır:

“Bu Kanunun amacı; Dünyada ve ülkemizde insan haklarına saygı ve bu konudaki gelişmeleri izlemek suretiyle uygulamaların bu gelişmelere uyumunu sağlamak ve başvuruları incelemek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisinde bir İnsan Haklarını İnceleme Komisyonununun kuruluş, görev, yetki, çalışma usul ve esaslarını düzenlemektir”.

Karşılaştırmalı hukukta bu Komisyona benzer bir işlevi yerine getiren komisyonlar bulunmaktadır.

Birleşik Krallık'ta daimi komisyonlar arasında İnsan Hakları Karma Komisyonu bulunmaktadır³⁷. Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu, 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu ve Birleşik Krallık'ın uluslararası yükümlülükleri açısından insan haklarına ilişkin denetimi yapmakla görevlendirilmiştir³⁸. Uluslararası sözleşmelerle Birleşik Krallık'ın yüklediği insan haklarına ilişkin kurallara riayet edilip edilmediğini izler ve bazen kendi seçtiği konularda tematik incelemeler yürütür³⁹. Birleşik Krallık'ta yazılı bir anayasa bulunmadığı için insan hakları, uluslararası sözleşmelerle de tanınsa, yasal değişikliklerle kolayca ilga edilebilmesi göz önüne alındığında, yeterli güvenceye sahip değildir⁴⁰. Birleşik Krallık'ta, en üstün kural koyma yetkisine sahip parlamentonun egemenliği esas olup; bu husus, mahkemeler tarafından tartışılmaz ve idare tarafından da kabul edilir⁴¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni Birleşik Krallık hukukuna dahil ederek mahkeme kararlarına esas alınmasını sağlayan 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu, parlamentonun egemenliğine insan hakları bağlamında farklı bir boyut getirmiştir⁴². Anılan Kanun'un başlangıç metninde belirtildiği üzere; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında garanti edilen hak ve özgürlükleri daha etkili kılmak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları hakkında önlem almak ve diğer ilgili amaçlar için çıkarılmıştır⁴³. Ancak bu Kanunun da öncesinde ve ötesinde, Birleşik Krallık'ta özgürlüklerin; parlamentonun üstünlüğü, hukukun üstünlüğü ile anayasal sözleşmelerden kaynaklandığı ve bu etkileşimle korunduğu ifade edilmektedir⁴⁴. Özetle; Birleşik Krallık için parlamento, insan haklarının korunmasında önemli bir

36 İrfan NEZİROĞLU, **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, s.224.

37 Yiğit KARAHANOGULLARI, “Birleşik Krallık'ta Merkezi Yönetim Bütçe Süreci”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, Cilt.69, Sayı.1 (2014), s.84.

38 Michael C. TOLLEY, “Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights”, **Australian Journal of Political Science**, Vol.44, No.1 (March 2009), s.41.

39 DURAN, s.88.

40 WATTS, s.51-52.

41 Albert Venn DICEY, **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**, 10th Edition, London: Macmillan Press, 1979, s.194.

42 WATTS, s.63, 150.

43 Human Rights Act 1998, Introductory Text, 1998, <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/introduction> (11 Ekim 2020); WATTS, s.50.

44 Cristina E. PARAU, **Core Principles of the Traditional British Constitutions**, (t.y.) https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf (11 Ekim 2020), s.13; DICEY, s.194-197.

role sahiptir ve bu bağlamda, İnsan Hakları Karma Komisyonu diğer devlet örneklerine nazaran özel bir konumdadır.

ABD’de Temsilciler Meclisi’nin 24.09.2008 tarih ve 1451 sayılı Kararı ile “Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu” kurulmuştur⁴⁵. Esasen Komisyon’un tarihi, 1983 yılına dayanmaktadır. Holokost’tan kurtularak ABD Kongresi’nde hizmet veren tek isim olan Tom Lantos, Kongre’deki diğer partiye mensup John Edward Porter ile iki partili Kongre İnsan Hakları Grubunu (Congressional Human Rights Caucus) 1983 tarihinde kurmuş ve hayatı boyunca dünya çapında insan haklarına saygı gösterilmesi için çalışmış bir milletvekilidir⁴⁶. Tom Lantos’un öldüğü yıl olan 2008’de, kendisinin öncü olduğu bu oluşumun, Temsilciler Meclisi içinde ismiyle anılacak bir daimi komisyon olarak devamına dair alınan kararla oluşturularak bugüne kadar gelmiştir⁴⁷. Komisyonun kuruluş amacı; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve diğer ilgili insan hakları düzenlemelerinde yer alan, uluslararası düzeyde tanınmış insan hakları normlarını, Kongre içinde ve dışında, tarafsız bir şekilde geliştirmek ve savunmak olarak açıklanmıştır⁴⁸. ABD’de ayrıca Senato bünyesinde kurulmuş Dış İlişkiler Komisyonu’nun bir alt komisyonu olarak Batı Yarımküre, Sınırşan Suçlar, Sivillerin Güvenliği, Demokrasi, İnsan Hakları ve Küresel Kadın Sorunları Komisyonu da mevcuttur⁴⁹.

II. KOMİSYONUN KURULUŞU

TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun oluşumuna ilişkin düzenlemeler, 3686 sayılı Kanun’un 3’üncü maddesi ile getirilmiştir. Söz konusu hüküm uyarınca:

“Üye sayısı Danışma Kurulunun teklifi üzerine Genel Kurulca belirlenecek İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunda; siyasi parti grupları ile bağımsızlar Meclisteki sayılarının -boş üyelikler hariç- üye tamsayısına nispet edilmesi ile bulunacak yüzde oranına uygun olarak temsil edilirler.

Bu Komisyon üyelikleri için, bir yasama döneminde iki seçim yapılır. İlk seçilenlerin görev süresi iki yıldır, ikinci devre için seçilenlerin görev süresi ise o yasama döneminin sonuna kadar devam eder.

Komisyon, Siyasi Parti gruplarının yüzde oranlarına göre, bir başkan, iki başkanvekili, bir sözcü ve bir katip seçer. Bu seçim, üye tamsayısının salt çoğunluğuyla toplanan Komisyonun, toplantıya katılanlarının salt çoğunluğunun gizli oyuyla yapılır”.

45 Tom Lantos Human Rights Commission United States Congress, History, (t.y.) <https://humanrightscommission.house.gov/about/history> (6 Temmuz 2020).

46 Tom Lantos Human Rights Commission United States Congress, History.

47 Tom Lantos Human Rights Commission United States Congress, History.

48 Authenticated U.S. Government Information GPO, H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S., 2008 <https://humanrightscommission.house.gov/sites/humanrightscommission.house.gov/files/documents/BILLS-110hres1451eh.pdf> (6 Temmuz 2020), s.1.

49 Specialized Body – Human Rights: Senate Committee on Foreign Relations Sub-Committee on Western Hemisphere, Transnational Crime, Civilian Security, Democracy, Human Rights, and Global Women’s Issues, (t.y.) https://data.ipu.org/node/185/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13388 (7 Temmuz 2020).

Herhangi bir partinin komisyonlarda kendisine düşen üye kontenjanından vazgeçebileceğine dair TBMM İçtüzüğünde yer alan genel hüküm (md. 21/2), özel kanunda yer alan bu hükmüne binaen, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu bakımından geçerli değildir⁵⁰. Mecliste grubu bulunmayan bir partiye mensup milletvekilleri, bağımsız milletvekillerine düşen kontenjan için başvurabilecektir⁵¹.

Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu, Avam Kamarası İçtüzüğü'nün 152B maddesi uyarınca, on iki üyeden oluşur ve her iki Kamara da Komisyona eşit sayıda üye verir⁵². Üyelerin partilere göre dağılımında, iktidar partisinden sadece beş üye seçilmesi dikkat çekerken; diğer yedi koltuk, muhalefet ve bağımsız milletvekilleri arasında döneme göre farklı oranlarda paylaşılmaktadır⁵³. Almanya Federal Meclisi bünyesinde yer alan İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu, dokuz üyesi iktidar partisi mensuplarından olmak üzere toplam on yedi üyeden oluşmaktadır⁵⁴.

Devletten bireye yönelen insan hakları ihlallerini layığıyla ele alabilmek için; özellikle yürütme organına seçilen siyasi partiye mensup Komisyon üyelerinin, bağımsız ve tarafsız hareket edilebilmesi ve Komisyonun araştırdığı insan hakkı ihlallerinin mağdurları ile hiçbir üyenin -sırf bu ihlale dikkat çektiği için- aynı dünya görüşüne sahipmiş ya da işlediği suçun cezasız bırakılmasını savunuyormuş gibi algılanmaması gerekir⁵⁵. Gerçekten de bir kimsenin idare tarafından hukuka aykırı şekilde insan hakkının ihlal edildiğini söylemek ile o kimsenin söz konusu ihlale muhatap tutulmasına gerekçe olarak idarenin ileri sürdüğü hususları savunmak farklıdır. Hiçbir gerekçenin, idareye, bireylerin sahip oldukları insan haklarını, hukukun izin verdiğinin ötesinde sınırlama veya yok sayma yetkisi vermediği açıktır. Bu gerçeği dile getiren Komisyon üyelerinin ise söz konusu insan hakları ihlaline muhatap olan kimsenin dünya görüşü, siyasi aidiyeti veya faili olduğu suçunu savunanlar ile özdeşleştirilerek itham edilmesi, Türkiye'nin insan hakları alanındaki kazanımlarına zarar verir.

İdarenin insan haklarını etkileyen faaliyetleri hususunda bilgi sahibi olan üyelerin değişimi için öngörülen sürenin iki yıl olması; incelenmekte olan işlerin tamamlanmaması, verimliliğin düşmesi, yeni üyelerin aynı seviyeye ulaşmasının zaman alması gibi nedenlerle kısa bulunabilir⁵⁶. Ancak aynı üyelerin tekrar seçilmesinin önünde yasal bir engel bulunmamaktadır.

TBMM İçtüzüğü'nün 24'üncü maddesi uyarınca daimi komisyonlara bir başkanvekili seçilirken; 3686 sayılı Kanun ile İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'na iki başkanvekili seçilmesi öngörülmüştür⁵⁷.

50 EROĞLU, s.41.

51 NEZİROĞLU, s.226.

52 House of Commons, Standing Orders, London, 2018, https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/so_1020_180501.pdf (6 Temmuz 2020), s.197.

53 Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights, (t.y.) https://data.ipu.org/node/183/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13511 (7 Temmuz 2020).

54 Specialized Body – Human Rights: Committee on Human Rights and Humanitarian Aid, (t.y.) https://data.ipu.org/node/65/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13316 (7 Temmuz 2020).

55 Şenal SARIHAN, “İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun Misyonu, Etkinliği ve Bu Çerçeve Deneyimlerimiz ve Beklentilerimiz”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.39-40.

56 YAŞIN, s.106-107.

57 İBA ve BOZKURT, s.242.

Yine diğer daimi komisyonlardan farklı olarak başkan, başkanvekili, sözcü ve katiplik görevlerinin dağılımında, siyasi parti gruplarının oranları dikkate alınmaktadır⁵⁸. Komisyonun sayılan beş üyeden oluşan grubuna, uygulamada “Başkanlık Divanı” denilmekte ancak bu adlandırma, herhangi bir mevzuata dayanmamaktadır⁵⁹. ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu’na biri ilk sıradaki parti, diğeri azınlık partisine mensup olmak üzere iki eş-başkan seçilmekte ve yine iki grubun eşit sayıda üyeyle temsil edildiği sekiz kişilik bir yürütme kurulu oluşturulmaktadır⁶⁰.

III. KOMİSYONUN GÖREV VE YETKİLERİ

Komisyon, insan hakları ihlallerini TBMM adına gözlemleyip denetlemektedir⁶¹. 3686 sayılı Kanun’un Komisyonun görevlerini açıklayan 4’üncü maddesi uyarınca:

“İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun görevleri şunlardır:

- a) Uluslararası alanda genel kabul gören insan hakları konusundaki gelişmeleri izlemek,
- b) Türkiye’nin insan hakları alanında taraf olduğu uluslararası andlaşmalarla T.C. Anayasa ve diğer milli mevzuat ve uygulamalar arasında uyum sağlamak amacıyla yapılması gereken değişiklikleri tespit etmek ve bu amaçla yasal düzenlemeler önermek,
- c) Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca havale edilen kanun teklifleri ile olağanüstü hal sırasında çıkarılan Cumhurbaşkanlığı kararnamelerini görüşmek, Türkiye Büyük Millet Meclisi komisyonlarının gündemindeki konular hakkında, istem üzerine görüş ve öneri bildirmek,
- d) Türkiye’nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası andlaşmalara, Anayasa ve Kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek,
- e) İnsan haklarının ihlale uğradığına dair iddialar ile ilgili başvuruları incelemek veya gerekli gördüğü hallerde ilgili mercilere iletmek,
- f) Gerektiğinde dış ülkelerdeki insan hakları ihlallerini incelemek ve bu ihlalleri o ülke parlamenterlerinin dikkatlerine doğrudan veya mevcut parlamenter forumlar aracılığıyla sunmak,
- g) Her yıl yapılan çalışmalarını, elde edilen sonuçları, yurtiçi ve dışında İnsan Haklarına saygı ve uygulamaları kapsayan bir rapor hazırlamak”.

58 NEZİROĞLU, s.226.

59 EROĞLU, s.39.

60 Authenticated U.S. Government Information GPO, H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S., s.3-4.

61 İBA ve BOZKURT, s.242.

Zamanla genişleyerek yeni boyutlar kazanan uluslararası alandaki insan hakları gelişmelerini izlemek, hakların yeni anlam ve yorumlanış şekillerini takip etmek, Komisyonun başlıca görevidir⁶². Nitekim bu husus, Komisyonun görevleri listelenirken ilk sırada yer almıştır. İnsan haklarının geldiği aşama dolayısıyla tespit edilen güncel kapsamı, Komisyona diğer tüm görevlerinde rehberlik edecektir.

Komisyonun yasal düzenleme önermesine ilişkin görevi; kendisine, kanun teklifi sunma yetkisi tanınamakta, yasal boşluk veya yasa değişikliği ihtiyaçlarına ilişkin TBMM'nin dikkatinin çekilmesi kastedilmektedir. Oysa Komisyonun görev alanının hassasiyeti nazara alındığında bu husus, eleştiriye açıktır. Uluslararası sözleşmelerin bazıları, iç hukukta ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek olmaksızın “doğrudan uygulanan” (self-executing) içeriğe sahip iken; bazılarının iç hukukta doğrudan uygulanması mümkün olmayıp gerekli yasal düzenlemeler için muhatapları, yasama organıdır⁶³. Komisyona gelen başvuruda, tespit edilecek ihlalin ortadan kaldırılabilmesi için, ilgili insan hakkının tanındığı uluslararası sözleşmenin uygulanması açısından ihtiyaç duyulan bir yasal düzenleme varsa, buna dair teklifi hazırlayıp sunma yetkisinin kendisine tanınmamış olması eksiklik olarak kaydedilmiştir⁶⁴. ABD Temsilciler Meclisi'nin 1451 sayılı Kararı'nın 6'ncı maddesi uyarınca, Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu da yasama yetkisine sahip değildir⁶⁵. Diğer yandan, Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu, yasal düzenleme önerme yetkisine sahiptir⁶⁶. Nitekim Parlamentolar Arası Birlik ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Ofisi'nin ortak yayınında, insan hakları komisyonlarının “*insan hakları alanında yasama girişiminde bulunabilmesi*” ideal yetkileri arasında sayılmıştır⁶⁷.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'na tekliflerin, esas komisyon olarak havalesine ilişkin kanundaki engel, 2011 yılında kalkmış ve madde metni yukarıdaki halini almışsa da uygulamada çok az sayıda teklif Komisyona havale edilmektedir⁶⁸. Bu nedenle Komisyonun, yasama işlevinden ziyade denetim fonksiyonu ön plandadır. Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu'nun görevi, hükümetin her bir tasarısının, insan haklarına uygun olup olmadığını incelemektir⁶⁹. Bunu yaparken, önem arz eden insan hakları meselelerine odaklanır ve tasarının 1998 tarihli İnsan Hakları Kanunu'nu ihlal anlamında “ciddi risk”, “risk” ya da “kabul edilebilir bir risk” içerip içermediğine dair değerlendirmesini hazırlar⁷⁰.

62 YASİN, s.107.

63 Rona AYBAY, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, Sayı.70 (2007), s.206-207.

64 YASİN, s.112.

65 Authenticated U.S. Government Information GPO, H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S., s.6.

66 Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights.

67 Inter-Parliamentary Union and United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, **Human Rights Handbook for Parliamentarians**, France: Courand et Associés, 2016, s.112.

68 Ayhan Sefer ÜSTÜN, “İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun Misyonu, Etkinliği ve Bu Çerçeve de Deneyimlerimiz ve Beklentilerimiz”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.21-22.

69 Human Rights (Joint Committee), Role of the Committee, (t.y.) <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/role> (7 Temmuz 2020).

70 TOLLEY, s.44-45.

TBMM'deki komisyonların istemde bulunması halinde, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu tarafından kendilerine görüş ve öneriler bildirilebilmektedir. ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu'nun kuruluş amaçları arasında “insan hakları konusundaki çalışmalarında, Kongre'nin organlarını desteklemek ve üyelere ve personele insan hakları konusunda uzman görüşü ve bilgi sağlamak” yer almaktadır⁷¹. Parlamentolar Arası Birlik ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Ofisi'nin ortak yayınında insan hakları komisyonlarının “*insan hakları konusunda diğer Parlamento organlarına tavsiyede bulunması*” da ideal yetkiler arasında sayılmıştır⁷².

Komisyon bünyesinde “*Türkiye'nin insan hakları uygulamalarının, taraf olduğu uluslararası antlaşmalara, Anayasa ve kanunlara uygunluğunu incelemek ve bu amaçla, araştırmalar yapmak, bu konularda iyileştirmeler, çözümler önermek*” görevi için bir alt komisyon kurulmuştur⁷³. Bu görev, Komisyonun resen hareket edip araştırma yapabileceği tek alan olduğu için herhangi bir başvuru olmasa da Komisyon tarafından gerekli inceleme ve araştırma faaliyetleri yürütülebilecektir⁷⁴. ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu'nun kuruluş amaçları arasında, “*ABD'nin dünyada uluslararası olarak tanınan insan haklarının savunulmasında lider bilinmeye devam etmesi için; üyelerini, özellikle de Temsilciler Meclisi'ne yakın zamanda seçilmiş üyelerini, insan haklarını aktif olarak gözetmeleri konusunda desteklemek ve cesaretlendirmek*” yer almaktadır⁷⁵. Bu düzenlemeden, ABD'nin kendisini “dünyanın insan hakları alanındaki ilerlemelerini sağlayan” yani bir anlamda “takip edilen ülke” olarak gördüğü anlaşılmaktadır.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Türkiye'de dilekçe ile başvurulabilecek makamlardan birisidir⁷⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun tanınmasından iki sene sonra kurulan Komisyona verilen bu yetki; hem 3686 sayılı Kanun, hem 3071 sayılı Kanun hükümleri uyarınca ve hem de uluslararası alanda Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarına ilişkin sözleşmeler bakımından inceleme yapılmasını gerektirmektedir⁷⁷. Bu husus, Dilekçe Komisyonu'nun iş yükünü hafifletmektedir⁷⁸. Diğer yandan, her iki komisyona birden bireylerin başvurusunu engelleyen bir düzenleme bulunmamaktadır. Dahası, aynı başvurunun konusuna göre iletilebileceği yasama ile ilintili; Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ve Kamu Denetçiliği Kurumu gibi başka makamlar da vardır⁷⁹. Birleşik Krallık'taki İnsan Hakları Karma Komisyonu ise bireysel başvuru almamaktadır⁸⁰. Almanya İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu da bireylerden gelen başvuruları kabul etme yetkisini haiz değildir⁸¹.

71 Authenticated U.S. Government Information GPO, H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S., s.1.

72 Inter-Parliamentary Union and United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, s.112.

73 NEZİROĞLU, s.227.

74 EROĞLU, s.55.

75 Authenticated U.S. Government Information GPO, H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S., s.2-3.

76 Yüksel HIZ ve Zekeriya YILMAZ, **Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı**, 1. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s.23.

77 Evren ELVERDİ, “Bireysel Başvuru Yolu”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.135.

78 MUMCU ve KÜZECİ, s.272.

79 Mesut AYDINOĞLU, “Bireysel Başvuru Yolu”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.147.

80 Human Rights (Joint Committee), Role of the Committee; DURAN, s.97.

81 EROĞLU, s.34.

Ulusal düzenlemeler veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerde tanınan bir insan hakkının ihlal edildiğini ileri süren herkes -vatandaş olması şartı aranmaksızın- Komisyona başvurabilir⁸². Komisyon; isim, imza, adres bulunmayan başvuruları, ihlal iddiası gizlilik taşıyan istisnai haller dışında, işleme almadığı gibi, görülmekte olan bir davaya ilişkin başvuruları da değerlendirmemektedir⁸³. Şikayet dilekçelerinin incelenmesi, Komisyonun en çok vakit ayırdığı iş olup; ilgili kurumlarla yazıarak başvuru sahibini bilgilendirmekte ve nadiren, şikayet konusunun ağırlığı veya birden fazla kişiyi ilgilendirmesi halinde, söz konusu başvuru için alt komisyon kurabilmektedir⁸⁴. İlgili kurumlara yazılıp bilgi istenmesi halinde, 3071 sayılı Kanun uyarınca, otuz gün içinde Komisyona cevap verilmesi gerekmektedir; gelen cevap ilgisiz veya yetersiz bulunursa talep yinelenirken, cevabın yeterli görülmesi halinde başvuru sonuç yazısı hazırlanmaktadır⁸⁵.

Komisyonun görevleri arasında, gerektiğinde yurtdışında incelemeler yapmak ve yabancı parlamenterlerle doğrudan veya dolaylı olarak temas kurmak da yer almaktadır. Almanya İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu da yurtdışı ziyaretleriyle oradaki uygulamalar hakkında bilgi toplayabilmekte ve diğer devletlerin parlamenter ya da hükümet temsilcileri ile bir araya gelebilmektedir⁸⁶. Benzer şekilde, Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu da yurtdışına ziyaretlerde bulunma yetkisini haizdir⁸⁷.

Parlamentolar Arası Birlik ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın 2017 tarihli Küresel Parlamentolar Raporu'nda, insan haklarına ilişkin olarak, parlamentoların "*insan hakları mekanizmalarının kararları veya tavsiyelerine istinaden hükümetin reaksiyonlarını takip etmesi*" önerilmiştir⁸⁸. Komisyonun görevlerinin sayıldığı, 3686 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde bu hususa yer verilmemiştir. Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu, insan haklarına dair mahkeme kararlarına ilişkin hükümetin sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini ve insan hakları yükümlülüklerine uyup uymadığını denetlemektedir⁸⁹. Almanya İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu da insan haklarına ilişkin ulusal, bölgesel veya uluslararası mahkeme kararlarına ilişkin hükümetin sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini denetler⁹⁰. Ancak ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu'nun böyle bir görevi bulunmamaktadır⁹¹.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'na, görevlerini yerine getirebilmesi için tanınmış yetkiler, 3686 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinde düzenlenmiştir:

82 YASİN, s.110-111.

83 ELVERDİ, s.136.

84 NEZİROĞLU, s.227.

85 AYDINOĞLU, s.142-143.

86 DURAN, s.85.

87 Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights.

88 Inter-Parliamentary Union and United Nations Development Programme, **Global Parliamentary Report 2017 (Parliamentary Oversight: Parliament's Power to Hold Government to Account)**, France: Courand et Associés, 2017, s.69-70.

89 Human Rights (Joint Committee), Role of the Committee.

90 Specialized Body – Human Rights Committee on Human Rights and Humanitarian Aid.

91 Specialized Body – Human Rights: Tom Lantos Human Rights Commission, (t.y.) https://data.ipu.org/node/185/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13387 (7 Temmuz 2020).

“İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, görevleri ile ilgili olarak, Bakanlıklarla Genel ve Katma Bütçeli Dairelerden, mahalli idarelerden, muhtarlıklardan, üniversitelerden ve diğer kamu kurum ve kuruluşları ile özel kuruluşlardan bilgi istemek ve buralarda inceleme yapmak, ilgililerini çağırıp bilgi almak yetkisine sahiptir.

Komisyon, gerekli gördüğünde uygun bulacağı uzmanların bilgilerine başvurabilir ve Ankara dışında da çalışabilir”.

Komisyonun inceleme yapma yetkisi bütün idari kurumları kapsamakta ve özel kuruluşları dahi içine almaktaysa da çalışmalarını etkili ve süratli şekilde yürütebilmesi için bu taleplerini gerektiği şekilde karşılamayan kimselere karşı icrai yetkileri bulunmaması eksikliklerdir⁹². Komisyon bazen yürütülmekte olan davalar hakkında duruşma günü ve dosya içeriğini talep eden yazılarını mahkemelere göndermekte, mahkemelerin bazılarında olumlu yanıt alırken; bazıları tarafından “Komisyonun yargıya talimat yazamayacağı” gerekçesiyle talebi yerine getirilmemektedir⁹³. Gerçekten de Komisyonun yetkilerini açıklayan 5’inci maddede sayılan kurumların kapsamına adli makamlar girmemektedir⁹⁴. Komisyonun idareyi denetlerken ihtiyaç duyduğu belgeleri, mahkemeler aracılığıyla elde etmesinin, yargı bağımsızlığına herhangi bir zarar getirmeyeceği iddiası yerinde olmayıp, mahkemenin dosyasını talep üzerine yasama erkine iletme zorunda olması dahi yargı üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılma riski taşımaktadır. Bu nedenle, Komisyonun taleplerini yerine getirmeyen makam ve kişilere karşı icrai yetkiye sahip kılınarak ilgili idari makamlardan ihtiyacı olan belgelere ulaşması önem arz etmektedir.

ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu, araştırmalarını yürütürken tanık dinleyebilir, kurumları ziyaret edebilir ancak kişileri tanıklık yapma veya bilgi ve belge sunma açısından zorlama yetkisine sahip değildir⁹⁵. Senato bünyesindeki Batı Yarımküre, Sınıraşan Suçlar, Sivillerin Güvenliği, Demokrasi, İnsan Hakları ve Küresel Kadın Sorunları Alt-Komisyonu’nun ise yaptığı araştırmalarda kişileri tanıklık yapma veya bilgi ve belge sunma açısından zorlama yetkisi bulunmaktadır⁹⁶. Oldukça geniş bir alanda insan hakları üzerine çalışmalar yürüten Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu; bakanlar, hukukçular, insan hakları savunucuları, sivil toplum örgütleri dahil tüm ilgililerden yazılı bilgi isteme yetkisine sahip olup, nadiren sözlü delil de kabul eder⁹⁷. Ayrıca İnsan Hakları Karma Komisyonu’nun kişileri, tanıklık yapma ve bilgi sunmaya zorlama yetkisi bulunmaktadır⁹⁸.

92 YASİN, s.113.

93 EROĞLU, s.53.

94 MUMCU ve KÜZECİ, s.272.

95 Specialized Body – Human Rights: Tom Lantos Human Rights Commission.

96 Specialized Body – Human Rights: Senate Committee on Foreign Relations Sub-Committee on Western Hemisphere, Transnational Crime, Civilian Security, Democracy, Human Rights, and Global Women’s Issues.

97 TOLLEY, s.45.

98 Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights.

IV. KOMİSYON İNCELEMESİ VE KARARLARI

3686 sayılı Kanun'un, Komisyonun çalışma usul ve esaslarını düzenleyen 6'ncı maddesi uyarınca:

“İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.

Komisyon, incelemelerini alt komisyonlar kurmak suretiyle de yapabilir.

Komisyon, görevleri ile ilgili olarak hazırladığı raporları Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına sunar. Bu raporlar Danışma Kurulunun görüş ve önerisi ile Genel Kurul gündemine alınabilir ve okunmak suretiyle veya üzerinde görüşme açılarak bilgi edinilir.

Komisyon raporları Cumhurbaşkanlığı ve ilgili bakanlıklara da Başkanlıkça gönderilir.

Komisyonun gerekli görmesi halinde; inceleme konusunun sorumluları hakkında genel hükümlere göre kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığına Komisyon raporu ilgili mercie bildirilir.

Komisyon çalışmaları ile ilgili olarak, yurtiçi ve yurtdışı görevlendirmelere ait giderler, Komisyonun Kararı ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanının onayı ile 6245 sayılı Harcırah Kanunu hükümlerine göre Türkiye Büyük Millet Meclisi Bütçesinden karşılanır”.

Komisyonunda temsil olunan siyasi parti gruplarının oranına göre üyeleri belirlenen alt komisyonlar, komisyona bireysel başvuru yoluyla gelen hak ihlali iddialarını incelemek üzere kurulabilecekleri gibi resen belirlenen çalışmaları yürütmek için oluşturulmaları da mümkündür⁹⁹. Alt komisyonlar, gerektiğinde yerinde incelemeler yapabilir¹⁰⁰ ve ilgili kişilerle görüşerek gerekli bilgi ve belgeleri temin etme yetkileri vardır¹⁰¹.

Komisyon tarafından; faaliyet, denetim ve yasama olmak üzere üç başlık altında raporlar yayınlanmaktadır. Faaliyet raporları esas itibarıyla diğer raporların ve Komisyona yapılan başvuruların genel bir özeti şeklindedir. Alt komisyon çalışmaları neticesinde hazırlanan ve Komisyon tarafından kabul edilen denetim raporlarının konulara göre dağılımında, ceza infaz kurumlarına ilişkin raporların yüzde elli ila yüzde yetmiş oranlarında ağırlığa sahip olduğu dikkat çekmektedir¹⁰². Bu sonuçta, en fazla bireysel başvurunun cezaevlerinden yapıyor olması etkilidir.

99 Fazlı PEHLİVAN, “Alt Komisyon Çalışmaları ve Etkinliği”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.191.

100 İBA ve BOZKURT, s.242.

101 NEZİROĞLU, s.227.

102 Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 27. Dönem Denetim Raporları, (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem27.htm (16 Kasım 2020); Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Dönem Denetim Raporları, (t.y.) <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/>

Komisyonun hazırladığı son on faaliyet raporunda, bireysel başvurulara ilişkin konulara göre istatistiki dağılıma bakıldığında, cezaevlerinden gelen başvuruların ortalama yüzde kırk oranında olduğu görülmektedir. Diğer yandan, Komisyona ait en son yayınlanan 26. Dönem II. Devre Faaliyet Raporunda bu oranın, yüzde yetmiş yediye kadar ulaşmış olduğu görülmektedir¹⁰³.

Yasama raporları düzenlemek, 01.12.2011 tarihinde kanunda yapılan değişiklikten sonra Komisyonun görevleri arasında yer almıştır. Ancak Komisyonun yasama raporu düzenlediği kanun tasarısı ve teklifi sayısı oldukça düşük kalmıştır. Düzenlediği sınırlı sayıda yasama raporunda ise Komisyon bir değişiklik öngörmüşse, bunlara riayet edilmesi genel eğilim olmakla beraber, tasarı ya da teklifteki haliyle hükmün yasallaştığı istisnalara da rastlanmaktadır¹⁰⁴.

Bireysel başvurular üzerine Komisyonun, alt komisyon kurma yoluna gittiği örneklerde bir başarı eşğine ulaştığını söylemek mümkünse de ilgili kurumlardan bilgi istenerek sonuçlandırılan başvurularda, cevap yazan kimseler, mensubu oldukları kurumu koruma ve eylemlerini meşru gösterme yolunu seçtikleri için faydalı bir netice elde edilememektedir¹⁰⁵. Diğer yandan, bireysel başvuruların ilgili kamu kurumundan bilgi alınarak nihayete erdirildiği süreçlerde, bütün işlemler, yasama uzmanları tarafından yürütülmekte ve sadece Komisyon Başkanı, onay makamı olarak,

rapor_donem26.htm (16 Kasım 2020); Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 24. Dönem Denetim Raporları, (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem24.htm (16 Kasım 2020); Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 23. Dönem Denetim Raporları, (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem23.htm (16 Kasım 2020).

103 TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 26. Yasama Dönemi II. Devre Faaliyet Raporu (6 Aralık 2017-24 Haziran 2018), 2018, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/ihik_faaliyet_raporu_25072018.pdf (17 Kasım 2020), s.30. Bu husus, bir yandan Komisyonun konuya attığı özel önem sayesinde başvurucuların, sorunlarının Komisyonca çözüleceğine dair umut taşıdıklarını gösterdiği gibi; aynı konularda tekrar eden şikayetler, Komisyon raporlarının etkinliğinin zayıf olduğunu düşündürmektedir.

104 “Komisyon’un bu yasama yılındaki en önemli yasama çalışması esas komisyon sıfatıyla incelediği “Türkiye İnsan Hakları Kurumu Kanunu Tasarısı”dır. Tasarının daha detaylı incelenmesi için öncelikle bir alt komisyon kurulmuştur. (...) Komisyon, Alt Komisyon’ca hazırlanan yeni metin üzerinden Tasarı’yı görüşerek son halini vermiştir. Nihayetinde, tasarıda yapılan değişikliklerle Kurum bağımsız, çoğulcu, özerk ve daha etkin bir hale getirilmiştir. Tasarı 13 Haziran 2012 tarihinde Genel Kurul gündemine alınmak üzere TBMM Başkanlığına sunulmuş, 21 Haziran 2012 tarihinde Genel Kurul’da görüşülerek 6332 sayılı Kanun olarak kabul edilmiştir.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 24. Dönem I. ve II. Yasama Yılları Faaliyet Raporu (Haziran 2011-Ekim 2012), 2012, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/24_Donem_1_ve_2_Yasama_Yillari_Faaliyet_Raporu.pdf (17 Kasım 2020), s.28-29). Daha sonra 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun olarak yürürlüğe giren 1/708 Esas numaralı Kanun Tasarısı hakkında, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun tali komisyon olarak sunmuş olduğu raporda yer alan metindeki sınırlı sayıda değişiklik önerisinden bazılarının kanunlaştığı, bazılarının ise dikkate alınmadığı görülmektedir. Bahsedilen iki durumu da yansıtan örnek, Komisyon metninde 5’inci madde olarak yer alan: “Kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan evli hükümlüler, iki ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmidört saate kadar eşleri ile ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın mahrem görüşme yapabilir.” hükmüdür. Komisyonun tasarıda üç ay olan süreyi iki ayda bire indirme önerisi “en geç üç ayda bir” şeklinde 6’ncı madde olarak kanunlaşmış iken; tasarıda olmayan “mahrem” ifadesi, Komisyonun önerisi üzerine 6411 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesinde yer almıştır. (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporu, Esas No: 1/708, Karar No: 32, 19.12.2012, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2012/yasama_raporlari/1_708.pdf (17 Kasım 2020), s.12; Resmi Gazete, 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 31.01.2013, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130131-32.htm> (17 Kasım 2020)).

105 EROĞLU, s.67.

incelemeleri takip etmektedir¹⁰⁶. Dolayısıyla alt komisyon kurulmaksızın sonuçlandırılan bireysel başvuruların içeriğine ilişkin oldukça sınırlı bilgi edinilebilmektedir. Olaylar Komisyon ile ilgili idare arasında kalmaktadır. Sadece Komisyon tarafından hazırlanan faaliyet raporlarında, bireysel başvurulara ayrılan başlık altında başvuruların; dilekçe konularına göre, başvuru hak konularına göre ve hakkında şikayet yapılan kuruma göre sayısal dağılımı verilmektedir. Ancak bu dilekçelerin kaçının idareye sorularak cevaplandırıldığı, idareye sorulan dilekçeler için verilen cevapların ne yönde olduğuna dair veriler paylaşılmadığı gibi, başvuruların haklı bulunma oranına dair bir açıklama da yapılmamaktadır¹⁰⁷.

Yapılan incelemelerin sonucunun açıklanması suretiyle yaratılan kamuoyu etkisi dışında komisyon raporlarının, TBMM Genel Kurulu'nda okunup görüşülse dahi bağlayıcı bir karar alınmadığı için herhangi bir işlevselliği bulunmadığını savunan görüş¹⁰⁸ bizce yerinde değildir. Çünkü TBMM Genel Kurulu'nda Komisyon raporları üzerine görüşme açılması, Komisyon'da görev almayan milletvekillerinin konuya olan ilgilerinin artması sonucu farklı bakış açıları ve çözüm önerilerinin sunulmasını sağlar¹⁰⁹. Diğer yandan, söz konusu raporlar aracılığıyla TBMM Genel Kurulu'nun dikkati çekilerek düzenleme getirilmesi veya yeniden ele alınması gereken konularda harekete geçilmesi sağlanabileceği gibi; soru, genel görüşme, meclis araştırması ve meclis soruşturması denetim araçlarının kullanılmasının sağlanması da mümkündür. Halihazırda Komisyon üyelerinin milletvekili sıfatıyla haiz oldukları yasal değişiklik önerme yetkilerini kullanarak, saptanan eksiklik ve aksaklıkları gidermek için teklif sunmaları önünde bir engel de bulunmamaktadır¹¹⁰. Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu, Almanya İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu ve ABD Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu hazırladıkları raporlar üzerine veya kendilerinin belirleyeceği bir konuda genel görüşme başlatma yetkisini haizdir¹¹¹.

Komisyon, incelemelerinden ulaştığı sonuçlar uyarınca; değiştirilmesi yürütme erkinin yetkisi dahilinde olan bir makamdaki kimsenin görevden alınması veya iç işleyişe ilişkin düzenlemelerin değiştirilmesi gibi yürütme organına yönelik konularda çeşitli önerilerde bulunabilir¹¹². Nitekim Komisyon raporu, Cumhurbaşkanı ve ilgili bakanlıklara da gönderilmektedir. Devam eden aşamalarda, hazırlanan raporlarda tespit edilen aksaklıkların giderilmesi amacıyla idarenin nasıl bir yol izlediğini gözlemleyecek bir mekanizmanın da Komisyona bağlı olarak oluşturulması faydalı olur. Güncel durumda böyle bir mekanizmadan yoksun olan Komisyonun, ancak daha önce denetim

106 AYDINOĞLU, s.143.

107 “Önceki yıllara ilişkin faaliyet raporlarında da ifade edildiği gibi, Komisyonun kendisine gelen başvuruları hak konularına göre ayırması, bu hakların ihlal edildiğinin tespiti anlamına gelmemektedir. Burada yapılan sadece iddiaları ortaya koymak, bir dilekçenin hangi hak kapsamında değerlendirilebileceğini belirlemektir.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, 24. Dönem I. ve II. Yasama Yılları Faaliyet Raporu (Haziran 2011-Ekim 2012), s.40).

108 EROĞLU, s.45, 61.

109 YAŞIN, s.110.

110 Fahri BAKIRCI, “Komisyonun Türk Hukukundaki Yeri”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.65.

111 Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights; Specialized Body – Human Rights: Committee on Human Rights and Humanitarian Aid; Specialized Body – Human Rights: Tom Lantos Human Rights Commission.

112 EROĞLU, s.47.

raporu hazırladığı bir konuda baştan inceleme yapması halinde, tavsiyelerinin dikkate alınıp alınmadığını tespit etme imkanı bulunmaktadır¹¹³.

Almanya İnsan Hakları ve İnsani Yardım Komisyonu, hükümet tarafından iki yılda bir yayınlanan insan hakları raporlarını görüşür ve insan hakları politikasının geliştirilmesi için önerilerde bulunur¹¹⁴. Görüldüğü gibi Almanya örneğinde, yürütmenin hazırladığı bir rapor üzerine, Komisyon tarafından inceleme yapılmaktadır. Bu durum, Komisyonun, belli bir idari kurumun herhangi bir biriminde yürüttüğü araştırmalar sonucu tespit ettiği insan haklarına aykırı uygulamaların, tüm ülkedeki birimlerce dikkate alınmasını sağlama kapasitesi dolayısıyla da değerlidir. Türkiye’de Komisyon raporlarının Cumhurbaşkanı ve ilgili bakanlıklara gönderilmesindeki amaçlardan birinin, soruna merkezden müdahaleyi sağlamak olduğu kuşkusuzdur. Ancak raporları hükümetin hazırlaması örneğinde olduğu gibi idarenin bu işin içine yeterince çekilmesi veya Komisyonun sonuçları takip ederek idare üzerinde baskı oluşturacak bir biriminin olması, Komisyonca sınırlı birkaç alanda kendini tekrar eden çalışmalar yapılmasını engelleyebilir. Nitekim ülkemizde, belli sayıda şikayet alınan; aynı idari kurumun tüm birimleri (her bir cezaevinin ziyaret edilmesi gibi) hakkında denetleme raporu hazırlamak gibi bir çaba içerisinde olunması dikkat çekmektedir¹¹⁵. Söz konusu raporlar incelendiğinde, değerlendirmelerin benzerliği yadsınamayacak boyuttadır. Bahsedilen sorunun giderilebilmesi için Komisyon raporlarının gereğini yerine getirmesi beklenen

113 “Yurt genelindeki diğer cezaevlerinde olduğu gibi burada da kapasite üstü mahpus gerçeği yer almaktadır. Bu durum mahpusların hemen her konuda kısıtlı imkanlarla barındırılması demektir. Komisyonumuzun daha önceki inceleme raporlarında da belirttiği gibi, bu sorunun çözümü aciliyet arz etmekte, aksi takdirde ceza infaz ilkeleriyle bağdaşmayan uygulamalar gündem güne artmaktadır.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, 2018, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/elazig_rapor_08022018.pdf (16 Kasım 2020), s.12); “Daha önceki Komisyon raporlarında da belirtildiği üzere hükümlü ve tutukluların işe bedellerinin her yıl gözden geçirilerek günün koşullarına uygun olarak belirlenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir. (...) Komisyonun daha önceki raporlarında da belirtildiği şekliyle özellikle çok sayıda mahpusun barındırıldığı koşullarda hijyen şartlarının sağlanabilmesi açısından güvenlik kaygıları giderilerek “Ceza İnfaz Kurumlarında Bulundurulabilecek Eşya ve Maddeler Hakkında Yönetmelik”te değişiklik yapılarak koşullarda çamaşır makinesi bulundurulmasına izin verilmesi ya da kişisel eşyaların da kurum çamaşırhanesinde yıkanabilmesinin sağlanmasının yerinde olacağı değerlendirilmektedir.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Tokat T Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumları Kampüsü İnceleme Raporu, 2014, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/tokat_t_inceleme_rapor.pdf (16 Kasım 2020), s.15-16).

114 DURAN, s.84.

115 “Eskişehir H ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumundan Komisyona 24. Yasama Döneminde 65; 25 ve 26. Yasama Dönemlerinde 53 başvuru iletilmiştir. 24’üncü Yasama Döneminde Komisyon tarafından ziyaret edilmesi gündeme gelmiş, gerekli ayarlamalar yapılmış ancak seçim çalışmaları ve üyelerin programındaki değişiklikler gibi nedenlerle inceleme iptal edilmiştir. Komisyon tarafından, daha önce de Kurumda herhangi bir yerinde inceleme gerçekleştirilmemiştir.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Eskişehir H ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu, 2017, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/eskisehir_H_T_tipi_infaz_kurumu_raporu.pdf (16 Kasım 2020), s.2); “Türkiye’de mülteciler, sığınmacılar ve yasadışı göçmenlerin durumu hakkında inceleme yapan Alt Komisyonca, Suriyeli ve Iraklı sığınmacıların içinde yaşadıkları durumu gözlemlemek üzere, daha önce Hatay, Adıyaman, Kilis ve Kahramanmaraş gibi sınır ve sınıra yakın illerde yapılan incelemelere ek olarak bu defa Mardin ve Şanlıurfa’daki barınma toplanma ve lojistik merkezleri incelenmiştir.” (TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Ülkemize Sığınan Suriye ve Irak Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu -5-, 2014, https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/cadirkentler_hak_inceleme_rap.pdf (16 Kasım 2020), s.11).

idari makamların -merkezden en küçük birime kadar- samimi ve istekli hareket etmesi gerekir ancak uygulamada bu konunun yeterince içselleştirilmediği savunulabilir¹¹⁶.

Birleşik Krallık İnsan Hakları Karma Komisyonu'nun hazırladığı raporların, hükümet tarafından dikkate alınması beklendiği gibi yargı organları da kararlarında bu raporlara atıfta bulunabilir. Ancak İnsan Hakları Karma Komisyonu çalışmalarının göz önüne alındığı sınırlı sayıdaki davada, mahkemelerin Komisyon ile hemfikir olmadığı kararlar oransal olarak çok fazla olup; söz konusu çalışmaların mahkemeler nazarındaki etkisi zayıf kalmaktadır¹¹⁷. Medyanın, İnsan Hakları Karma Komisyonu için kullandığı "etkili", "güçlü" sıfatları da uygulamada karşılığını tam manasıyla bulamamakta; Komisyon, insan hakları konusunda her iki Kamara'nın farkındalığını artırmayı başarmış olsa da hükümetin istediği tasarıların kanunlaşmasını çoğu durumda önleyememektedir¹¹⁸.

Komisyonun "*inceleme konusunun sorumluları hakkında genel hükümlere göre kovuşturma veya işlem yapılabilmesi için, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca Komisyon raporunun ilgili mercie bildirilmesi*"ni "*gerekli görmesi*" hususu; herhangi bir suç unsuruna rastlanan veya insan hakları ihlali tespit edilen her duruma işaret eder¹¹⁹. Aksi yorum, Komisyona bir suç gizleme keyfiyeti tanındığı şeklinde anlaşılabilir ki bu da hukuk devleti ilkesi ile bağdaştırılmaz. Öyleyse Komisyon, suç ögesi içeren her başvuruyu yargı organına taşımak zorundadır¹²⁰.

3686 sayılı Kanun'un inceleme ve sonucun bildirilmesine ilişkin düzenleme getiren 7'nci maddesi gereği:

"İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu, Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığınca havale olunan başvurular ile ilgili konuları inceler.

Komisyon, başvuruların sonucu veya yapılmakta olan işlem hakkında başvuru sahibine en geç altmış gün içinde bilgi verir".

116 Komisyon tarafından, İstanbul'da bir karakola yönelik işkence iddialarından dolayı yürütülen araştırma kapsamında, görevli memurun sorguladığı herkesin işkence iddiasında bulunduğu tespit edilerek raporlandıktan sonra, benzer iddialara Erzincan'dan gelen dilekçelerde rastlanmıştır. Bu kez Komisyon'un Erzincan'da yaptığı araştırmalar sonucunda, sorumlu yine aynı memur çıkmıştır. Yani kişinin görev yeri değiştirilmekle yetinilmiş, aynı pozisyonda çalıştırılmaya devam edilmiştir. (...) İstanbul'da yapılan bir araştırmada emniyet teşkilatında bulunan filistin askısı, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun ilgili üyeleri tarafından TBMM kampüsüne üç saatlik bir direniş ve Komisyon Başkanının temasları sonucu sokularak basına gösterilebilmiştir. Burada ise tespit edilen ağır bir insan hakkı ihlali uygulamasını, gizli tutma yönünde idarenin çabası dikkat çekmiştir. (Ercan DURDULAR, "Komisyonun İyi Uygulama Örnekleri", **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**, Ankara: TBMM Basımevi, 5 Mayıs 2017, s.153, 156).

117 TOLLEY, s.50.

118 TOLLEY, s.49, 51, 53.

119 YAŞIN, s.110.

120 BAKIRCI, s.62.

Altmış günlük süre, başvurunun Komisyona intikal ettiği tarihten itibaren başlar ve cevap yazısında başvurucuya, başvurabileceği diğer adli ve idari yollar varsa bunlar da bildirilir¹²¹.

SONUÇ

Hukuk düzeni tarafından tüm insanlara tanınması arzu edilen insan haklarının, gereği gibi korunabilmesi için toplumun her kesiminin sorumluluğu vardır. Haklarının bilincinde, başkalarının haklarına saygılı ve şahit olduğu ihlallere duyarlı bireylerin oluşturduğu ideal bir toplumda insan hakları ihlali ile karşılaşmaz. Ancak bugün, istisnasız her toplumda, değişen ağırlıklarda insan hakları ihlallerine rastlanmaktadır. Bu önemli soruna karşı yargı makamları yanında, yasama ve yürütme erkleri de mücadele etmektedir.

Tarihte ortaya çıkış amaçlarından en önemlisi, yürütme erkini denetlemek olan parlamentonun, bu amacını gerçekleştirmesine hizmet eden araçlardan biri de meclis komisyonlarıdır. Türkiye’de güçlü parti disiplininin etkisi, komisyonların üye dağılımında siyasi partilerin Meclis Genel Kurulu’ndaki oranlarının esas alınıyor olması ve eş zamanlı seçimler sonucu Meclis çoğunluğu ile yürütme erkini aynı siyasi partiye mensup olması sebepleriyle bu denetimin gücü ve etkililiği genel olarak zayıf kalmaktadır.

3686 sayılı Kanun ile kurulan İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu da bu nedenle oluşum itibariyle dezavantajlı bir konumdadır. Oysa komisyonlarında genel kural itibariyle meclisteki dağılımı esas alan ABD örneğinde -çalışma alanı olan insan hakları meselesinin önemi nazara alınarak- Tom Lantos İnsan Hakları Komisyonu için siyasi partiler bağlamında eşit temsil ilkesi kabul edilmiştir. Türkiye’de de Cumhurbaşkanının mensubu olduğu siyasi partinin azınlıkta kalacağı, çok sesli bir İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, daha nitelikli çalışmalar gerçekleştirebilir.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nda görev alan milletvekillerinin, insan hakları alanında deneyim sahibi ve tarafsız bir gözle incelemelere iştirak edebilecek kapasitede olması önemlidir. Diğer yandan, üyeler için öngörülmuş iki yıllık görev süresi yetersiz olup; bu alanda tecrübe kazanmış, Komisyonun güncel gündemine hakim milletvekillerinin, yasama dönemi boyunca Komisyon üyeliklerinin devam etmemesi eksiklidir.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu’nun etkililiği açısından tek tehdit, bu kurumun oluşum şekli değildir. İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu içinde bulunduğu parlamentonun bir parçasıdır. Parlamento ne kadar bağımsız ve güçlüyse, onun komisyonları da aynı şekilde güçlü olacaktır. Parlamentonun hem yasama hem de müzakere işlevlerinin en belirgin olduğu alanlardan biri kişilerin hak ve özgürlük alanlarıdır. Parlamentonun temel haklar alanındaki ilk işlevi, anılan alanda asli yasa koyucu olmasıdır. Parlamentonun temel hak ve özgürlükleri kanunla düzenlemesi anayasal zorunluluğunun iki yönlü anlamı vardır: ilk olarak herkesin değerlendirebileceği gibi temel hak ve özgürlükler şekli ve maddi anlamda bir kanunla düzenlenecektir. İkinci olarak, parlamento kendisinin yegane dayanağı olan kişilerin hak ve özgürlüklerinin kullanılmasını sağlayacaktır, zira

121 AYDINOĞLU, s.141, 143.

temel hakları düzenlemek demek, temel hakları toplum içinde kullanılabilir hale getirmek demektir. Parlamentonun temel haklar alanındaki işlevleri bununla bitmemektedir. Parlamento garantörü olduğu alanda çıkardığı yasaların nasıl uygulandığını izlemelidir. İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nu da bu izleme faaliyeti kapsamında düşünmek gerekmektedir. Komisyona fazlaca icrai yetki verilmediği tespit edilmektedir. Ancak bu durum Komisyonun genel olarak parlamentonun müzakere işlevine yapacağı katkıyı anlamsız kılmamaktadır. Komisyon yaptığı incelemelerle, hazırladığı raporlarla gündem oluşturmaktadır. Bu da kuşkusuz parlamentonun müzakere işlevine katkıda bulunur.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun; hem uluslararası alandaki insan hakları gelişmelerini izleme hem de Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası antlaşmalar, Anayasa, kanunlar ve uygulamalar arasındaki uyumun sağlanması için gerekli değişiklikleri tespit etme görevi vardır. Komisyon, resen araştırmalar yürütme yetkisine sahip olduğu bu görev için bir alt komisyon da kurmuştur. Ancak söz konusu görevi etkin bir şekilde yerine getirebilmesi için ihtiyacı olan kanun teklifi sunma yetkisinin bulunmaması eksikliklerdir. Her bir komisyon üyesinin milletvekili sıfatıyla kanun teklif etme yetkisi olsa da bu tekliflerin Genel Kurulca dikkate alınması ihtimali zayıftır. Bu bağlamda, Komisyona kanun teklifi hazırlama yetkisi tanınıp Komisyonca sunulan teklifler, öncelikle görüşülme şartına bağlanarak; gerek yasal boşlukların doldurulması, gerek güncel gelişmelerin kodifiye edilmesi, gerekse yanlış uygulanan hükümlerdeki aksaklıkların düzeltilmesi suretiyle iç hukuktan kaynaklanan insan hakları ihlallerinin süratle azaltılması sağlanabilir.

Parlamentolar Arası Birlik ve Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı'nın 2017 tarihli raporunda tavsiye ettiği gibi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'nun görevleri arasına; insan hakları mekanizmalarının kararları ve tavsiyelerine karşılık hükümetin verdiği reaksiyonları takip etmek de eklenmelidir, zira insan hakları alanında verilen ihlal kararları dikkate alınmadıkça, bu kararları veren makamların itibarı ve bireylerin hukuka olan inancı zedelenir. Bu nedenle Komisyon; idare tarafından, ihlaller üzerine nasıl bir yol izlendiğini, iç denetimde sorumluların herhangi bir yaptırıma muhatap tutulup tutulmadığını ve söz konusu ihlalin önlenmesine yönelik girişimlerde bulunulup bulunulmadığını takip etmelidir. Böylece kamunun kendi çalışanını kollayarak tazminat ödeme suretiyle aynı faaliyetlere devam etme eğilimi bir ölçüde kırılabilir.

İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'na ulusal düzenlemeler veya Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler bağlamında tanınan bir insan hakkının ihlal edildiği iddiası ile herkes tarafından başvurulabilir. Bireysel başvurular üzerine Komisyonun, -yaygın olarak yaptığı gibi- konuyu bir yasama uzmanına devredip başvurunun ilgili olduğu kamu kurumundan bilgi almakla yetinmesi, kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesine hizmet etmeyecektir. Diğer yandan, sınırlı bazı başvurular için kurulan alt komisyonlar aracılığıyla başarılı neticelere ulaşılmaktadır. Komisyonun önceden belirlenmiş kriterlere (belirli sayıyı aşan başvuru tarafından şikayetin iletilmesi gibi) uyan her başvuru için alt komisyon oluşturması, bu kriterleri karşılamayan başvurular bakımından alt komisyon oluşturma hususunda takdir yetkisine sahip olması düzenlenebilir. Yine Komisyonun incelemelerini yürütürken ihtiyacı olan bilgi ve belge taleplerini karşılamayan makam

ve kişilere karşı icrai yetkiye sahip kılınması, çalışmalarının amacına ulaşabilmesi için önem arz eden bir diğer husustur.

Komisyonun hazırladığı raporların TBMM Genel Kurulu'nda okunarak görüşmeye açılması, ülkenin insan hakları karnesinin milletvekillerinin dikkatine sunulmasını sağlar. Bu sayede yaratılacak kamuoyu etkisi de seçimle işbaşına gelen yürütme erki üzerinde bir baskı yaratabilir. İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu'na kararları ve raporlarının gereğinin yerine getirilip getirilmediğini takip etme yetkisi de verilmelidir. Zira Komisyon raporlarında yer alan aksaklıkların giderilmesi açısından idarenin herhangi bir adım atıp atmadığı, atmışsa bunun neticelerinin nasıl olduğunu izleyecek bir birimin kurulması, bu birim tarafından Meclise geri beslemede bulunulması, Komisyon tespitlerinin ciddiye alınması yönünde olumlu katkı sağlar.

Parlamentonun, Komisyon aracılığıyla öğrendiği insan hakları ihlallerinde sorumluluğu bulunan yürütme organı mensuplarına karşı başvurabileceği birden fazla imkan vardır. 1982 Anayasası'nın 98'inci maddesinde sayılan; yazılı soru, genel görüşme, meclis araştırması ve meclis soruşturması denetim araçlarına başvurması mümkündür. Bu noktada, kamuoyunun dikkatini ısrarla sürdürülen ihlallere çekmek de seçmene karşı siyasi sorumluluğu bulunan yürütme erki üzerinde etkili olur. Meclis ayrıca, Komisyonun tespit ettiği yasal mevzuattan kaynaklanan sorunları gidermek için gerekli girişimlerde bulunması gereken makamdır.

KAYNAKÇA

- AKAD, Mehmet, Bihterin VURAL DİNÇKOL ve Nihat BULUT. **Genel Kamu Hukuku**. 11. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2015.
- Authenticated U.S. Government Information GPO. H. Res. 1451 in the House of Representatives, U.S. 2008. <https://humanrightscommission.house.gov/sites/humanrightscommission.house.gov/files/documents/BILLS-110hres1451eh.pdf> (6 Temmuz 2020).
- AYBAY, Rona. "Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri". **TBB Dergisi**. Sayı.70, 2007, ss.187-213.
- AYDINOĞLU, Mesut. "Bireysel Başvuru Yolu", **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.141-149.
- BAKIRCI, Fahri. "Komisyonun Türk Hukukundaki Yeri", **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.59-65.
- BALL, Alan R. **Modern Politics and Government**. 4th Edition. London: Macmillan Education. 1988.
- BOYAR, Oya. **Anayasa ve Özel Hukuk**. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Commission of the European Communities. **Commission Opinion on Turkey's Request for Accession to the Community** (Sec.89, 2290 final). Brussels, 20.12.1989. http://www.cvce.eu/obj/commission_opinion_on_turkey_s_request_for_accession_to_the_community_20_december_1989-en-4cc1acf8-06b2-40c5-bb1e-bb3d4860e7c1.html (10 Ekim 2020).
- DICEY, Albert Venn. **Introduction to the Study of the Law of the Constitution**. 10th Edition. London: Macmillan Press, 1979.

- DURAN, Zeynep. “Karşılaştırmalı Ülke Uygulamaları”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.83-100.
- DURDULAR, Ercan. “Komisyonun İyi Uygulama Örnekleri”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.151-157.
- DUVERGER, Maurice. **Siyasi Partiler**. 4. Baskı. Ergun Özbudun (çev.). Ankara: Bilgi Yayınevi, 1993.
- ELVERDİ, Evren. “Bireysel Başvuru Yolu”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.135-138.
- ERDOĞAN, Mustafa. **Anayasal Demokrasi**. 13. Baskı. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.
- EROĞLU, İzzet. “TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu”. **Yasama Dergisi**. Sayı.2, Temmuz-Ağustos-Eylül 2006, ss.32-74.
- EROĞUL, Cem. “Cumhurbaşkanının Denetim İşlevi”. **AÜSBFD**. Cilt.33, Sayı.1, Ocak 1978, ss.35-57.
- GOETZ, Klaus H., Micheal KOß, Jorge Villarino MARZO ve Radoslaw ZUBEK. “Parlamentolar ve Parlamenter Gözetim ve Denetim”. **SIGMA Raporu**. Muhammed Emin Güzel ve Abdussamed Sığirtmaç (çev.). Ankara: TBMM Basımevi, 2016.
- GORDON, Strathearn. **The British Parliament**. 1st Edition. New York: Frederick A. Praeger, 1952.
- GÖZLER, Kemal. **Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, Cilt II**. 2. Baskı. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- HAGUE, Rodd and Martin HARROP. **Comparative Government and Politics**. 6th Edition. New York: Palgrave Macmillan, 2004.
- HEYWOOD, Andrew. **Politics**. 3rd Edition. New York: Palgrave Macmillan, 2007.
- HIZ, Yüksel ve Zekeriya YILMAZ. **Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- House of Commons. Standing Orders. London, 2018. https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmstords/1020/so_1020_180501.pdf (6 Temmuz 2020).
- Human Rights (Joint Committee). Role of the Committee. (t.y.) <https://committees.parliament.uk/committee/93/human-rights-joint-committee/role> (7 Temmuz 2020).
- Human Rights Act 1998. Introductory Text. 1998. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1998/42/introduction> (11 Ekim 2020).
- Inter-Parliamentary Union and United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. **Human Rights Handbook for Parliamentarians**. France: Courand et Associés, 2016.
- Inter-Parliamentary Union and United Nations Development Programme. **Global Parliamentary Report 2017 (Parliamentary Oversight: Parliament’s Power to Hold Government to Account)**. France: Courand et Associés, 2017.
- İBA, Şeref ve Rauf BOZKURT. **100 Soruda Türk Parlamento Hukuku**. 3. Baskı. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 2006.
- JAMESON, J. Franklin. “The Origin of the Standing-Committee System in American Legislative Bodies”. **Political Science Quarterly**. Vol. 9, No. 2, June 1894, ss.246-267.
- KARAHANOĞULLARI, Yiğit. “Birleşik Krallık’ta Merkezi Yönetim Bütçe Süreci”. **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**. Cilt.69, Sayı.1, 2014, ss.77-107.
- KARAMUSTAFAOĞLU, M. Tuncer. **Yasama Meclisinde Komisyonlar**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 201, Ajans-Türk Matbaası, 1965.
- MUMCU, Ahmet ve Elif KÜZECİ. **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**. 8. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

- NEZİROĞLU, İrfan. **Türk Parlamento Hukukunun Temel Kavramları**. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008.
- ONAR, Erdal. **Meclis Araştırması**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.419, Sevinç Matbaası, 1977.
- ÖZBUDUN, Ergun. **Parlâmenter Rejimde Parlâmentonun Hükûmeti Murakabe Vasıtaları**. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.171, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1962.
- ÖZBUDUN, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**. 17. Baskı. Ankara: Yetkin Basımevi, 2017.
- PARAU, Cristina E. Core Principles of the Traditional British Constitutions. (t.y.) https://www.politics.ox.ac.uk/materials/Core_Principles_of_the_British_Constitutions.pdf (11 Ekim 2020).
- PEHLİVAN, Fazlı. “Alt Komisyon Çalışmaları ve Etkinliği”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamerter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.191-195.
- Resmi Gazete. 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun. 31.01.2013. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130131-32.htm> (17 Kasım 2020).
- SARIHAN, Şenal. “İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun Misyonu, Etkinliği ve Bu Çerçeve Deneyimlerimiz ve Beklentilerimiz”, **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamerter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.39-44.
- SIMON, Herbert A., Donald W. SMITHBURG ve Victor A. THOMPSON. **Kamu Yönetimi**. 5. Baskı. Cemal Mihçioğlu (çev.). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1985.
- Specialized Body – Human Rights: Committee on Human Rights and Humanitarian Aid. (t.y.) https://data.ipu.org/node/65/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13316 (7 Temmuz 2020).
- Specialized Body – Human Rights: Joint Committee on Human Rights. (t.y.) https://data.ipu.org/node/183/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13511 (7 Temmuz 2020).
- Specialized Body – Human Rights: Senate Committee on Foreign Relations Sub-Committee on Western Hemisphere, Transnational Crime, Civilian Security, Democracy, Human Rights, and Global Women’s Issues. (t.y.) https://data.ipu.org/node/185/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13388 (7 Temmuz 2020).
- Specialized Body – Human Rights: Tom Lantos Human Rights Commission. (t.y.) https://data.ipu.org/node/185/parliamentary-bodies/specialized-bodies/human-rights?chamber_id=13387 (7 Temmuz 2020).
- TANÖR, Bülent ve Necmi YÜZBAŞIOĞLU. **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**. 17. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- TBMM. İstanbul Milletvekili Bülent Akarcalı, Gümüşhane Milletvekili Ülkü Gökalp Güney, İstanbul Milletvekili Hasan Fehmi Güneş ve Konya Milletvekili Vefa Tanır’ın, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Kanunu Teklifine Adalet ve Anayasa Komisyonları Raporları. 1990. <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d18/c051/tbmm18051042ss0498.pdf> (10 Ekim 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 24. Dönem I. ve II. Yasama Yılları Faaliyet Raporu (Haziran 2011-Ekim 2012). 2012. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/belge/24_Donem_1_ve_2_Yasama_Yillari_Faaliyet_Raporu.pdf (17 Kasım 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 26. Yasama Dönemi II. Devre Faaliyet Raporu (6 Aralık 2017-24 Haziran 2018).2018.https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/ihik_faaliyet_raporu_25072018.pdf (17 Kasım 2020).

- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. Elazığ T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu. 2018. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2018/elazig_rapor_08022018.pdf (16 Kasım 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. Eskişehir H ve T Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu İnceleme Raporu. 2017. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2017/eskisehir_H_T_tipi_infaz_kurumu_raporu.pdf (16 Kasım 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. Tokat T Tipi Kapalı ve Açık Ceza İnfaz Kurumları Kampüsü İnceleme Raporu. 2014. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/tokat_t_inceleme_rapor.pdf (16 Kasım 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. Ülkemize Sığınan Suriye ve Irak Vatandaşlarının Barındıkları Çadırkentler Hakkında İnceleme Raporu -5-. 2014. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2014/cadirkentler_hak_inceleme_rap.pdf (16 Kasım 2020).
- TBMM İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu Raporu. Esas No: 1/708, Karar No: 32. 19.12.2012. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/docs/2012/yasama_raporlari/1_708.pdf (17 Kasım 2020).
- TEZİÇ, Erdoğan. **Anayasa Hukuku**. 21. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2017.
- TOLLEY, Michael C. "Parliamentary Scrutiny of Rights in the United Kingdom: Assessing the Work of the Joint Committee on Human Rights". Australian Journal of Political Science. Vol.44, No.1, March 2009, ss.41-55.
- Tom Lantos Human Rights Commission United States Congress. History. (t.y.) <https://humanrightscommission.house.gov/about/history> (6 Temmuz 2020).
- TÜLEN, Hikmet. **Türk Anayasa Hukukunda Bakanların Cezai Sorumluluğu ve Meclis Soruşturması**. 1. Baskı. Konya: Mimoza Yayınları, 1999.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 23. Dönem Denetim Raporları. (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem23.htm (16 Kasım 2020).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 24. Dönem Denetim Raporları. (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem24.htm (16 Kasım 2020).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 26. Dönem Denetim Raporları. (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem26.htm (16 Kasım 2020).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi, İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu. 27. Dönem Denetim Raporları. (t.y.) https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/rapor_donem27.htm (16 Kasım 2020).
- ÜSTÜN, Ayhan Sefer. "İnsan Haklarını İnceleme Komisyonunun Misyonu, Etkinliği ve Bu Çerçeve de Deneyimlerimiz ve Beklentilerimiz", **İnsan Haklarının Korunmasında Bir Parlamenter Denetim Yolu: İnsan Haklarını İnceleme Komisyonu**. Ankara: TBMM Basımevi. 5 Mayıs 2017, ss.19-23.
- WATTS, Duncan. **Understanding US/UK Government and Politics**. 1st Edition. Manchester: Manchester University Press, 2003.
- YASİN, Melikşah. **İdarenin Yasama Tarafından Denetlenmesi**. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.

Koşullu Salıverilmenin Mahiyeti ve Hukuki Niteliği

Essence and Legal Feature of Conditional Release

Mehmet MADEN^{*} 

Öz

Diğer hukuki konular gibi, koşullu salıverilme de içinde bulunduğu hukuki çerçeveye göre şekil aldığı için, bu konudaki çalışmaların mezkûr çerçeveye göre yapılması önem arz eder. Çalışmamızda, 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunla belirlenmiş olan çerçeve içinde ve “mahiyet” ile “nitelik” arasındaki ince anlam farklılığından istifade ederek, koşullu salıverilmenin mahiyeti ve nitelikleri belirlenmeye çalışılacaktır. Bu belirleme için, ceza infaz kurumunda geçirilen süresi takip eden deneme süresinin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin tespiti gereklidir. Esasında, denetim süresi içinde hapis cezası fiilen infaz edilmemekte; bu sürece hapis cezasının infazıyla aynı sonuçlar bağlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Koşullu Salıverilme, Deneme Süresi, Hapis Cezası, İnfaz, Hükümlünün İslahı

Abstract

As the conditional release, like other legal subjects, takes its shape according to the legal framework in which it takes place, it is important to perform the studies on this subject in accordance with the mentioned framework. In this study, benefiting from the subtle difference between the meanings of essence and feature, it will be tried to identify the essence and features of the conditional release in the framework determined through the Act on the Execution of Punishments and Security Measures (numbered 5275). For this identification, it is necessary to identify the essence and legal feature of the probationary period which follows the time spent in the penal institution. In fact, imprisonment is not executed actually during the probationary period; it is a period for which the consequences of the execution of imprisonment are accepted.

Keywords: Conditional Release, Probationary Period, Imprisonment, Execution, Reform of Convict

I. GİRİŞ

Bir müessesenin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin tahlilinde o müessesenin düzenlendiği hukuki çerçeve önem arz eder. Dolayısıyla, müessesenin ismi aynı kalmakla veya isminde küçük değişiklikler yapılmakla birlikte, içinde yer aldığı hukuki çerçevenin değişmesiyle birlikte mahiyeti ve hukuki

* Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı, mehmet.maden@istanbul.edu.tr

niteliği de değişebilir. Şartla salıverilme kurumu bakımından da bu durum geçerlidir.¹ Adı ister “meşruten tahliye”; isterse “şartlı tahliye”, “şartla tahliye”, “şartla salıverme”, “şartla salıverilme”, “koşullu salıverme” veya “koşullu salıverilme” olsun, bu kurumun da mahiyetini ve hukuki niteliğini içinde bulunduğu hukuki çerçeve içinde değerlendirmek gerekir. Örneğin, şartla salıverilmenin hukuken “atıfet” niteliğinde olup olmadığını tartışmak, içinde bulunulan bağlama göre pek anlamlı olmayabilir. Literatürde konu ele alınırken kimi zaman bu husus üzerinde yeterince hassasiyetle durulmadığı kanaatindeyiz.

Benzer bir durum, örneğin, farklı ülke hukuklarında yer alan kurumlarla ilgili olarak farklı dillerde ortaya konulmuş düşüncelerin, içinde buldukları bağlam yeterince gözetilmeden “Türkçeye çevrilmesi” yoluyla, Türkiye’deki bir kurumun açıklanmaya çalışılması şeklindeki yanılsamada söz konusu olabilir. Maalesef, bu yanılsamaya, kültür, tarih, sosyoloji ve diğer alanlarda karşılaştığımız gibi, hukuk alanında da karşılaşılabilmekteyiz.

Yine, aynı kelimelerle ifade edilen bir sonuca, farklı kişilerin farklı gerekçelerle ulaşmış olması mümkündür. Burada nazara alınması gereken, aynı kelimelerle ifade edilen bu sonuçların gerçekten aynıyet arz edip etmediğidir. Örneğin, şartla salıverilmenin hukuken bir “hak” niteliğinde olduğunu beyan edenler bu sonuca farklı gerekçelerle ulaşmış olabilecekleri gibi, vardıkları sonuçtan çıkardıkları anlam da (ulaşılan sonuca bağlanan sonuçlar da dâhil olmak üzere) farklılık arz edebilir.

Bu çalışmada şartla salıverilmenin mahiyeti ve hukuki niteliği, 5275 s. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’da (İnfaz Kanunu) düzenlenmiş hâli çerçevesinde ele alınmıştır. Bu uğraşta, İnfaz Kanununda konuyla ilgili olarak belirlenmiş olan çerçevenin bazı hususları özellikle belirleyici olmuştur.

Çalışmamızda “şartla salıverilme” terimi, bu kurumun dününü ve bugününü kapsar şekilde kullanılmıştır. 5275 s. İnfaz Kanununda düzenlenen “şartla salıverilme” ise Kanun’da yapıldığı gibi “koşullu salıverilme” olarak anılmıştır.

Çalışmada önce, “şartla salıverilme” teriminin asgari unsurları itibariyle bir tanımının ardından, “şartla salıverilme”nin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesinde özellikle dikkate alınması gereken hususlar sıralanmaya çalışılacak ve 5275 s. İnfaz Kanununda düzenlenen “koşullu salıverilme”nin özellikleri üzerinde durulacaktır. Ardından, koşullu salıverilmenin mahiyeti ve hukuki niteliği belirlenmeye çalışılırken, “cezaya seçenek”; “ceza yerine geçen”; “cezanın infazına seçenek”; “hapis cezasının alternatif infaz usulü”; “müeyyide”; “yaptırım” “ceza”; “güvenlik tedbiri”; “infaz şekli/biçimi/rejimi”; “şartlı erteleme” “şartlı bağlı af”; “maddi ceza hukuku” “infaz hukuku”; “cezanın infaz aşamasında bireyselleştirilmesi”; “mahkûmun ıslâhı aracı”; “hak”; “ödül”; “görev”; “yetki”; “idari işlem” ve “adli işlem” kavramlarına temas edilecektir.

1 Cezaların ertelenmesiyle ilgili olarak şu ifadelerde bulunulmuştur: “Gerçekten, erteleme nin hukukî niteliği konusunda o kadar çok fikir vardır ki, bu fikirlerin çokluğu müessesenin tespit edilmiş şekillerinin birbirinden farklı olmasının sonucudur.” ÖNDER, Ayhan: *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 608.

Çalışmamızda, “mahiyet” ve “nitelik” kelimeleri arasındaki ince anlam farklılığından istifade edilmiştir.² Bu çalışmadaki kullanımıyla, “mahiyet”, bir şeyin özüne, esasına ilişkin, nitelik bir şeyin vasfına, özelliğine ilişkindir.

II. GENEL OLARAK “ŞARTLA SALIVERİLME” TERİMİ VE 5275 S. İNFAZ KANUNUNDA DÜZENLENEN “KOŞULLU SALIVERİLME”NİN ÖZELLİKLERİ

Genel olarak “şartla salıverilme” teriminin tanımı, yani, şartla salıverilmenin asgari unsurlarını içinde barındıran bir tanım ile 5275 s. İnfaz Kanunu çerçevesinde “koşullu salıverilme”nin tanımı arasında bir ayırım yapmak uygun görülmüştür.

Şartla salıverilmenin asgari unsurları, isminden anlaşılacağı üzere “şart” ve “salıverilmek”tir. Salıverilmenin sözlük anlamı olan “serbest bırakılmak”³, hürriyeti kısıtlanmış bir kimseyi gerektirir. Demek ki şartla salıverilme hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar bakımından söz konusu olabilir. Peki, bu şartla salıverilme, hürriyeti bağlayıcı yaptırımın infazı başladıktan sonra mı gerçekleşir yoksa hürriyeti bağlayıcı yaptırıma hükmedilmiş olması yeterli midir? Zira, mahkemenin hürriyeti bağlayıcı yaptırıma mahkûmiyet hükmünü kurduktan sonra kişiyi belirli şartlarla “serbest bırakmasının” da mümkün olabileceği akla gelebilir. Ancak buradaki “serbest bırakma” “tahliye” manasındadır ve “tahliye” kelimesinden de anlaşılacağı üzere, “şartla salıverilme”den bahsedebilmek için, ortada infazına başlanılmış bir hürriyeti bağlayıcı yaptırım bulunmalıdır. Pek tabii, hürriyeti bağlayıcı yaptırımlar cezalardan ibaret değildir. Kişinin, hürriyeti bağlayıcı bir güvenlik tedbirinden “şartla salıverilmesi”nden de bahsedilebilirdi. Ancak, terim olarak şartla salıverilme, hürriyeti bağlayıcı ceza

2 Bu iki kelimenin sözlük anlamları birbirleriyle **tamamen** örtüşmemektedir. Başka bir anlatımla, mezkûr iki kelimeye sözlüklerde birbirinin karşılığı olarak yer verilmesiyle karşılaşılsa da, bu iki kelimenin karşılıkları birbiriyle tamamen aynı şekilde verilmeyebilmektedir. Sözlüklerde yer alan şu karşılıklar örnek olarak gösterilebilir. ÖZÖN, Mustafa Nihat: **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1989’da “mahiyyet”in karşılığı, “Bir şeyin neden ibaret olduğu, aslı; içyüzü.” olarak verilmiştir. DOĞAN, D. Mehmet: **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Vadi Yayınları, Ankara 2001’de “mahiyet”in karşılığı “Bir şeyi tayin eden aslı unsur, bir şeyin hakikati, nitelik.” iken; “nitelik”, “1. Vasıf. 2. Keyfiyet. 3. Mâhiyet.” şeklinde açıklanmıştır. KUBBEALTI AKADEMİSİ KÜLTÜR VE SANAT VAKFI, **Kubbealti Lugatı**’nda (<http://www.lugatim.com/>) (Erişim: 29.11.2020), “mâhiyet”e ilişkin olarak şu açıklamalara yer verilmiştir: “(تَاهِيَة) *i.* (Ar. *mâ-huve* “o nedir”in müennesi *mâ-hiye*’den yapma mastar eki - *iyet* ile *mâhiyyet*) 1. Bir şeyin ne olduğunu belirleyen asıl unsur, nitelik [...] 2. *fels.* Bir nesnenin varlığını veya cevherini meydana getiren şey, nesnenin hakikati, özü, kendilik, zâtiyet.”; aynı lugatta “nitelik”le ilgili olarak şu açıklamalar vardır: “1. Bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet [...] 2. İyi veya kötü olma özelliği, kalite.” TÜRK DİL KURUMU, **Güncel Türkçe Sözlük**’te (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim: 29.11.2020), “mahiyet” ile ilgili açıklamalar şu şekildedir: “(*ma:hiyet*), **Arapça mâhiyyet 1. isim** Nitelik, vasıf, öz, özlük, asıl, esas [...] 2. *isim* İçyüz.”; aynı sözlükte “nitelik” karşılığı olarak ise şu açıklamalara yer verilmiştir: “1. *isim* Bir şeyin nasıl olduğunu belirten, onu başka şeylerden ayıran özellik, vasıf, keyfiyet [...] 2. *isim* Bir şeyin iyi veya kötü olma özelliği, kalite. 3. *isim, felsefe* Bireyi, nesne veya yaşantının bir yönünü ötekilerden ayırt etmeye yarayan ve ölçülebilen özellik, keyfiyet.” Çalışmamızda, yapılan alıntılar içinde kendi ifadelerimize yer verdiğimizde bu ifadeler köşeli parantez içine alınmıştır; köşeli parantez içinde üç noktaya yer verildiğinde, alıntı yapılan metnin buradaki kısmına yer verilmediği anlatılmak istenmiştir. Bkz.: Turkedebiyati.Org – Türk Dili ve Edebiyatı Dersleri Kaynak Eğitim Sitesi (<https://www.turkedebiyati.org/koseli-parantez.html>) (Erişim: 29.11.2020).

3 KUBBEALTI AKADEMİSİ KÜLTÜR VE SANAT VAKFI, (<http://www.lugatim.com/s/SALIVER%C4%B0LMEK>) (Erişim: 9.10.2020).

için kullanılmaktadır. Yine, terim olarak şartla salıverilme, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı henüz bitmeden gerçekleşen yani bir “erken salıverme”⁴ biçimini ifade etmek için kullanılmaktadır.

O halde “şartla salıverilme”, asgarî unsurları itibariyle; **infaz edilmeye başlanmış hürriyeti bağlayıcı ceza altındaki hükümlünün hürriyetinin bağlanmasına şartla erkenden son verilmesini** ifade eder.

Şartla salıverilmenin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesinde iki hususa dikkat etmekte fayda vardır. Öncelikle, ele alınacak şartla salıverilmenin hangi hukuki çerçeve içerisinde düzenlenmiş olduğu belirlenmelidir. Yukarıda belirtildiği gibi, çalışmamız 5275 s. İnfaz Kanunuyla belirlenmiş çerçeveye ilişkindir. İkinci olarak, belirlenmiş çerçeve içerisinde aşağıda yer alan hususlara bakılmasında fayda vardır:

1. Şartla salıverilmeye karar verilmesi için mahkûmun talebinin aranıp aranmadığı.
2. Şartla salıverilme kararının, şartla salıverilme yeterliliğine sahip olan mahkûmun rızasına bağlı olup olmaması.
3. Mahkûmun şartla salıverilme kararına itiraz yetkisinin bulunup bulunmaması.
4. Şartla salıverilmenin bir yargı kararıyla mı, idari bir işlemle mi gerçekleştirildiği.
5. Şartla salıverilmeye karar veren makamın bu konuda takdir yetkisi bulunup bulunmadığı, var ise çerçevesi.
6. Şartla salıverilme kararı verilebilmesinin bir yaptırma, örneğin mağdurun zararının tazminine⁵ bağlı olup olmadığı.
7. Şartla salıverilmenin geri alınmasına karar veren makamın yargı makamı mı idari bir makam mı olduğu.
8. Deneme süresinin hukuki niteliği (örneğin, ceza süresi mi, ceza süresiye hürriyeti kısıtlayıcı ceza mı, hürriyeti kısıtlayıcı cezaysa hapis cezası mı? Güvenlik tedbiri süresi mi?). Aşağıda yer alan dört husus, deneme süresinin hukuki niteliğinin belirlenmesinde etkilidir.
9. Deneme süresinin denetim süresi niteliği taşıyıp taşımadığı (bu süreçte “denetim” yapıp yapılmadığı).
10. Deneme süresinde yükümlülük öngörülüp öngörülmediği.
11. Deneme süresinin şartlara uygun olarak geçirilmesi halinde sonucun ne olduğu.

4 Kişi, bir izinle veya aflu ya da şartsız olarak da erken salıverilebilir. İnfaz Kanununun 105/A maddesinde düzenlenen müessesenin “ön koşullu salıverilme” olarak adlandırılışı için bkz.: KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 629-630.

5 Bkz.: Mülga 647 s. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, m. 19 (9); 5411 s. Bankacılık Kanunu, m. 167.

12. Şartla salıverilme kararının geri alınması halinde sonucun ne olduğu.

5275 s. İnfaz Kanununa göre “koşullu salıverilme”, kanunla kapsam dışında bırakılmayan hallerde, hapis cezasına mahkûm edilmiş kişinin, kanunda belirlenmiş infaz süresini ceza infaz kurumunda iyi hâlli olarak geçirmek şartıyla yararlanabileceği; kanunda belirlenen müddetçe denetim süresine tâbi tutulduğu; denetim süresinde hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanabildiği, yükümlülük altına konabildiği, kendisine rehberlik edecek bir uzman kişinin görevlendirilebildiği, kanunda belirlenmiş hâkim tarafından, ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli raporun uygun bulunması halinde dosya üzerinden karar verilen⁶; denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi hâlinde bu kararın kanunda belirlenmiş hâkimlik tarafından dosya üzerinden geri alındığı⁷; kararın geri alınması hâlinde hükümlünün, sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin, yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde ise bu yükümlülüklere uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre takdir edilecek bir sürenin ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verildiği ve aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilemediği; denetim süresinin yükümlülüklerle uygun ve iyi hâlli olarak geçirilmesi hâlinde cezanın infaz edilmiş sayıldığı bir kurumdur.

5275 s. İnfaz Kanununun hükümlerine göre koşullu salıverilmenin uygulanabilmesi için ilgili makamların değerlendirmesine ihtiyaç vardır; belirli sürelerin geçmesine bağlı otomatik veya zorunlu bir salıverme sistemi söz konusu değildir.⁸

III. “CEZANIN İNFAZINA SEÇENEK” – “HAPİS CEZASININ ALTERNATİF İNFAZ USULÜ” – “CEZAYA SEÇENEK” – “CEZA YERİNE GEÇEN” – “CEZA” – “GÜVENLİK TEDBİRİ” – “HAPİS CEZASININ İNFAZ ŞEKLİ” – “ŞARTLI ERTELEME” VE “ŞARTA BAĞLI AF” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Koşullu salıverilmenin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesi, ceza infaz kurumunda geçirilen süreci takip eden deneme süresinin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesine

6 İnfaz Kanunu, m. 107 (11)’e göre, “İnfaz hâkimi, [...] raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir”.

7 İnfaz Kanunu, m. 107 (15)’e göre, bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır.

8 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Şartlı Tahliye Hakkında (2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararına Ek, m. 5’e göre: “Mahkumlar cezalarını çekmeye başladıklarında, ya asgari süreyi doldurarak ne zaman şartlı tahliyeden yararlanabileceklerini (bu süre mutlak zaman olarak ve/veya cezanın oranına göre belirlenir) ve şartlı tahliyeden yararlanabilmek için gerekli olan kriterleri (“takdire bağlı tahliye sistemi”) ya da mutlak zaman olarak ve/veya cezanın oranına göre belirlenen sabit bir süreyi doldurarak (“zorunlu tahliye sistemi”) ne zaman tahliyeden yararlanma hakkına sahip olduklarını bilmelidir.”: AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ: **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Şartlı Tahliye Hakkında (2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararına Ek**, (Metin, T.C. Adalet Bakanlığı İnternet Sitesinde Necati NURSAL’a ait **Uluslararası Cezaevi Standartları ve Denetimli Serbestlik Kuralları** Kitabından nakledilmiştir) (<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198.201.915183913.pdf>) (Erişim: 19.10.2020).

bağlıdır⁹. O hâlde, şu soruların sorulmasında fayda vardır: Deneme süresinde mahkûm hakkında yerine getirilen bir müeyyide var mıdır? Yerine getirilen bir müeyyide varsa bu bir ceza mıdır? Deneme süresinde mahkûmun cezası infazı ediliyorsa bu ceza hapis cezası mı (daha genel bir ifadeyle hürriyeti bağlayıcı ceza mı) yoksa başka bir ceza mıdır? Deneme süresinde infaz edilen müeyyide ceza değilse, güvenlik tedbiri ya da başka bir müeyyide midir?¹⁰ Diğer bir anlatımla, koşullu salıverilme kurumu, hapis cezasının infazını tam serbestliğin mi, hapis cezasının infazının mı, başka bir cezanın infazının mı, güvenlik tedbiri uygulamasının mı yoksa ceza veya güvenlik tedbiri sayılmayan başka bir uygulamanın mı takip etmesiyle açıklanacaktır?

Öncelikle, koşullu salıverilmenin, hapis cezasının infazını tam serbestliğin tâkip etmesiyle açıklanmaya müsait olmadığını ifade edelim. Yürürlükteki sistemde, özellikle hakkında denetimli serbestlik tedbirine hükmedilen hükümlü tamamen serbest bırakılmamaktadır. 5275 s. İnfaz Kanunu yürürlüğe girmeden önce de deneme süresi, “sınırlı serbesti dönemi”¹¹ olarak nitelendirilmiştir.

Kanaatimizce, – birçok zaman aynı şeyi ifade etmek için kullanılsa da – “müeyyide”yi “yaptırım”dan tefrik etmek, hukuki tavsif açısından bu konuda da faydalı bir zemin oluşturabilir.¹² Buna göre, **müeyyide, hukuk kurallarına uygun veya aykırı fiiller için hukuk kuralları tarafından öngörülen maddi tepkidir**¹³. Müeyyidenin “ödüllendirici” olması mümkündür¹⁴. Diğer taraftan, **yaptırım, müeyyidenin hukuka aykırılıklara ilişkin kısmına aittir ve hukuk kurallarına aykırı fiiller için hukuk kuralları tarafından öngörülen zorlayıcı maddi tepkidir**.¹⁵ O hâlde, koşullu salıverilmenin müeyyide niteliğinden bahsedilebilir.

Koşullu salıverilme müessesesinde hapis cezasının infazını takip eden deneme sürecinin hukukî niteliği güvenlik tedbiri değil, bir ceza müddetidir¹⁶. Ceza, “*bir suçun karşılığı olan, olumsuz bir değer yargısı içeren, kasıtlı, zecrî ve yoksun kılıcı bir yaptırımdır*”¹⁷. Türk hukuku bakımından, Özgenç’in tanımına göre güvenlik tedbiri, “*işlediği suçtan dolayı kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, suç işleyen kişi hakkında ya da suçun konusu ile veya suçun işlenmesinde kullanılan araçla ilgili olarak uygulanan, koruma veya iyileştirme amacına yönelik ceza hukuku yaptırımı*”¹⁸dır. Görüldüğü

9 Bkz.: ÖNDER, s. 633; YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme**, Legal, İstanbul 2002, s. 98; DEMİRBAŞ, Timur: **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 478; DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 716.

10 “Şartla salıverme”nin, “güvenlik önlemi” ya da hürriyeti bağlayıcı “cezanın infaz biçimi” olduğu yönündeki görüşler için bkz: ÖNDER, s. 634.

11 YENİDÜNYA (2002), s. 95.

12 “Müeyyide” ile “yaptırım” ayrımı hakkında açıklamalar için bkz.: MADEN, Mehmet: **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 78-81.

13 Bkz. ve krş. MADEN, s. 81.

14 Bkz. MADEN, s. 80-81 ve buralarda atıf yapılan eserler.

15 Bkz. ve krş. MADEN, s. 81.

16 YENİDÜNYA (2002), s. 101; GİDEN, Yıldırım: **Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverme**, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008 (Erişim: www.yok.gov.tr), s. 10. “Şartla salıvermede deneme süresi, hürriyeti bağlayıcı cezanın müterakki sistemde son halkasını teşkil eder. İnfaz sistemleri müterakki infaz sistemini terketmiş olsalar dahi, şartla salıverme bu niteliğini yine de korumaktadır.”: ÖNDER, s. 633.

17 MADEN, s. 88.

18 ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 853-854.

üzere, deneme süreci mahiyet itibarıyla güvenlik tedbiri sayılmaya uygundur. Diğer taraftan, mer'î düzenlemeye göre, deneme sürecine cezanın sonuçları bağlanmıştır. Bu süreçte mahkûmiyete bağlı bütün sonuçlar ve bu arada hapis cezasına bağlı hak yoksunlukları devam etmektedir¹⁹.

Deneme sürecinde, mahkûm hakkında infaz edilen ceza hapis cezası mıdır? Deneme süreci, mahiyet ve hukuki nitelik itibarıyla “cezaya seçenек”²⁰ mi, “ceza yerine geçen” mi, “cezanın infazına seçenек”²¹ mi yoksa “hapis cezasının alternatif infaz usulü” müdür?

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin aşağıdaki kararında olduğu gibi, doktrinde de koşullu salıverilmenin, hapis cezasının bir infaz rejimi/şekli olduğu ifade edilmiştir²²:

“...Şartla salıverilme kesin salıverilme değildir. Bu sebeple şartla salıverilenlerin gözetim altında bulunması, kendisine tahmil olunacak şartlara riayet etmesi lazımdır. Ceza müddeti doluncaya kadar şahıs bir hükümlüdür. Yalnız cezasını serbest olarak çekmektedir. Türk Ceza Kanununun 17 nci maddesi gereğince “meşruten tahliye kararının geri alınmasını gerektiren sebeplerin vukuundan evvel mahkumun ceza müddeti sona ermiş olursa” mezkûr ceza infaz edilmiş sayılır. Meşruten tahliye cezayı sona erdirmeyip, bilakis cezanın bir nevi infaz şeklini teşkil eylediğinden geri kalan ceza müddeti içerisinde mahkumun kendisine tahmil edilen mükellefiyetlere riayet etmemesi veya bu müddet içerisinde yeniden bir suç işlemesi halinde meşruten tahliye kararı geri alınacaktır...”²³.

- 19 “Şartla salıverilen kişi açısından cezasının kalan süresi içinde de mahkûmiyetin gerekli kıldığı bütün yoksunluklar ve ehliyetsizlikler devam etmektedir.”: İÇEL, Kayıhan/SOKULLU-AKINCI, Fusun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2002, s. 416.
- 20 Koşullu salıverilmenin, “hükmedilen yaptırımın cezaevinde çekilmeyen bölümü için öngördüğü deneme süresiyle, hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenек teşkil ettiği” belirtilmiştir: YENİDÜNYA, Ahmet Caner: “Şartla Salıverilmenin Hukuki Niteliği”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 2003, s. 68-73, s. 72. Avcı da şartla salıvermeyi “hürriyeti bağlayıcı cezalara seçenекler” başlığı altında incelemektedir: AVCI, Mustafa: **Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenекler**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994 (Erişim: www.yok.gov.tr), Tez başlığı, Bölüm 3 ve Bölüm 5. Yine, “hürriyeti bağlayıcı cezanın çekilmeyen kısmının yerine geçmek üzere öngördüğü deneme süresiyle, ceza seçenек kurumlardan biri” olduğu ifade edilmiştir: KAFES, Veli: “Koşullu Salıverilme”, SÖZÜER, Adem (Başeditör)/KELEP PEKMEZ, Tuba (Ed.)/ŞEKER, Fatma Betül (Ed.), **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi Ceza Hukuku Yaptırımları Kanunlar ve Uygulama Cilt I**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 20, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 277-290, s. 277-278.
- 21 Koşullu salıverilmenin, “hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı açısından bir seçenек” olduğu ifade edilmiştir: İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 404. Yine, “hapis cezasının infazına seçenек kurumlar” başlığı altında, hapis cezasının ertelenmesi (TCK, m. 51) ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı (İnfaz Kanunu, m. 105/A) ile birlikte ele alındığı görülmektedir: ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s. 846 vd..
- 22 YENİDÜNYA (2003), s. 72; ÖZGENÇ, s. 785; AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Koşullu Salıverilme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Attila Özer'e Armağan**, C: XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 305-335, s. 310; DEMİRBAŞ (2013), s. 478-479; KAFES (2019), s. 277 ve 288. Türk Ceza Kanununun “Zaman bakımından uygulama” başlıklı 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasını değiştiren 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun gerekçesinde de “[Türk Ceza] Kanunun[un] sisteminde bir ceza infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir: ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt I (Kanunlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 150.
- 23 Uyuşmazlık Mahkemesinin 30.06.1986 tarih ve 77/81 sayılı kararı: Kararın ilgili kısmını YAŞAR, Osman: **Uygulamada Türk Ceza Yasası Genel Hükümler**, Ankara 2000, s. 200-201'den aktaran: YENİDÜNYA (2002), s. 101-102.

Şartla salıverilmenin, cezanın infazında “tedricen serbesti sistemi”nin son merhalesi sayıldığı²⁴ ifade edildiği gibi, “hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının son halkasını oluşturan ve ceza infazını tamamlayan”²⁵ bir müessese olduğu da ifade edilmiştir.

Bir görüşe²⁶ göre şartla salıverilme, “taliki şarta bağlı olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın bir infaz şeklidir”²⁷; “cezanın infazı sırasında ferdileştirilme aracıdır”; buna göre, deneme süresini şartlara uygun olarak geçiren “fert ve Devlet arasındaki ceza infaz ilişkisi sonuçlanacaktır”; “tâliki şartın gerçekleşmiş olması halinde ceza infaz edilmiş sayılacaktır”²⁸tır.

“Şartlı erteleme” kavramıyla ilişki kurabileceğimiz diğer bir görüşe göre ise, koşullu salıverilme, “cezasının bir kısmını çeken mahkumun geri kalan cezasının belirli koşullar altında ertelenmesi”²⁸dir.²⁹

İnfaz Kanunu m. 107 (13)’e göre, “*Koşullu salıverilme kararının geri alınması hâlinde hükümlünün; a) Sonraki suçu işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin, b) Yükümlülüklerine aykırı davranması hâlinde, bu yükümlülükler uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla ihlalin niteliğine göre takdir edilecek bir sürenin, Ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilir.*”. Yine, İnfaz Kanunu m. 107 (14)’e göre, “*Denetim süresi yükümlülükler uymama ve iyi hâllilik olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır*”. Kanunun bu ifadelerinden koşullara uygun olarak geçirilmiş bir denetim süresinin, cezanın infazı yerine geçtiği anlaşılmaktadır.³⁰ Diğer bir deyişle, denetim süresinin koşullara uygun olarak geçirilmesine, hapis cezasının infaz edilmiş sayılmasının sonuçları bağlanmaktadır. Denetim süresi boyunca, devletle hükümlü arasındaki ceza infaz ilişkisi devam etmektedir.³¹ Denetim süresi koşullara uygun olarak

24 EREM, Faruk: *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985, s. 334.

25 ÖNDER, s. 633. “cezalar sistemini tamamlayan bir müessese” olduğu görüşü: DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt III*, İstanbul Matbaası, İstanbul 1985, no. 1720, s. 87.

26 ÖNDER, s. 634.

27 DENKER, Rauf/ESİN, Abdülğani: *Muamele Örnekleriyle İzahlı ve Tatbikatlı Meşruten Tahliye ve Tahliyenin Geri Alınması*, İstanbul 1959, s. 35’e atıf yapan: YENİDÜNYA (2002), s. 100 ve YENİDÜNYA (2003), s. 72; aynı görüş: ÖNDER, s. 634; AKBULUT, İlhan: “Şartla Tahliye”, *İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LV, (1996), s. 173-182, s. 176. “Hürriyeti bağlayıcı cezanın geciktirici şarta bağlı bir infaz şekli” görüşü: DEMİRBAŞ (2013), s. 479; DEMİRBAŞ (2020), s. 717.

28 İÇEL/SOKULLU-AKINCI/ÖZGENÇ/SÖZÜER/MAHMUTOĞLU/ÜNVER, s. 375.

29 5237 s. TCK’nın ve 5275 s. İnfaz Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, ertelemeyle şartla salıverilme arasında cezanın kısmen de olsa çektirilmemesi itibarıyla benzerlik olduğu ancak, ertelemede cezanın çektirilmemesinin bütüne ilişkin olduğu hâlde şartla salıverilmede mahkûmiyetin bütün neticeleriyle birlikte varlığını koruduğu yorumu için: DÖNMEZER/ERMAN (1985), s. 88 ve ilgili yerde atıf yapılan eserler.

30 “Ceza müddeti doluncaya kadar, şahıs, hükümlü olmaya devam eder. Yalnız cezasını serbest olarak, ceza infaz kurumu dışında çekmektedir.” ifadeleri için: AKBULUT, s. 179. “Cezanın infazı sırasında iyi hal gösteren hükümlü, cezasının kalan kısmını cezaevi dışındaki serbest yaşamda çekecektir” ifadeleri için: DEMİRBAŞ (2013), s. 479. Şartla salıverilmenin, “hapis cezasının bir bölümünü infaz kurumunda”, “geri kalan kısmını belirli şartlara bağlı olarak” “cezaevi dışında” “özgürce geçirme fırsatı veren bir infaz kurumu” olduğu görüşü için: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 860.

31 ÖNDER, s. 633.

geçirildiği takdirde, hükümlü ile devlet arasındaki ceza ilişkisi sona ermektedir³². Zaten, İnfaz Kanunu m. 107 (13)'te de ilgili kişiden “hükümlü” olarak bahsedilmektedir.

Gerçekte, denetim süresinde hapis cezasının “farklı” bir şekilde infaz edilmesi söz konusu değildir. Esasında, denetim süresi içinde hapis cezası infaz edilmemekte; hapis cezasının infazıyla aynı sonuçların bağlandığı bir süreç işletilmektedir.³³ Böylece, hapis cezasının kalan kısmının infazından sarfınazar edilmektedir.³⁴ O hâlde, şartla salıverilme için, hapis cezasının bir infaz biçimi olduğunu ifade etmek yerine, infaz edilmeme biçimi olduğunu ifade etmek daha yerindedir.

Denetim süresi sonunda, 765 s. TCK (m. 95) sistemindeki erteleme kurumundaki “*mahkûmiyet esasen vâkî olmamış sayılır*” düzenlemesine benzer bir sonuç doğmayacağı; aksine hapis cezası “*infaz edilmiş sayılacağı*” için, koşullu salıverilmenin bir “şarta bağlı af” olmadığı ortadadır³⁵. Diğer taraftan, koşullu salıverilmenin şartlara uygun şekilde tamamlanması halinde hükümlü açısından bir ödülün yani şarta bağlı bir ödülün söz konusu olduğu akla gelebilir³⁶.

Kanaatimizce denetim süreci, “mahiyet” itibariyle “hapis cezası” olmamakla ve “hapis cezasına seçenek olan” bir kurum olarak görülmeye müsait olmakla birlikte; hukuken “hapis cezası yerine geçen” bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu süreçte hapis cezası infaz edilmemektedir; hükümlü, koşullara uyması halinde hapis cezasının geriye kalan kısmının infazından sarfınazar edilecek şekilde bir denetim altında tutulmaktadır. Ancak, “mahiyet” itibariyle hapis cezası olmayan bu süreç, Kanunun yukarıda yer verdiğimiz ifadelerinde görüldüğü üzere “hukuken” hapis cezası sayılmıştır. O hâlde, gerçekte, hapis cezasına mahkûm edilen bir kimsenin koşullu salıverilerek “cezasını tamamlaması”, hapis cezasını hapis cezasından başka bir ceza müddetinin takip etmesiyle açıklanabilecek bir durum iken, mevzuatta bu sürecin bütünü (ceza infaz kurumunda geçirilen müddete ilâveten deneme süreci) bir nevi hapis cezası olarak görülmüştür. Böylece, hukuki nitelik

32 DEMİRBAŞ (2013), s. 479.

33 “Şartla salıverilme; cezanın yerine kaim olmaz. Şartla salıverilen hükümlü, bihakkın tahliye edilmesi gereken tarihe değin, cezasını çekmekte devam ediyor, sayılır. Böylece, şartla salıverilen hükümlü ile, cezasını çekmekte olan hükümlü arasında, hukukî durum yönünden bir fark yoktur.”: ÇAĞLAYAN, Muhtar: “Yargıtay İçtihatlarının Işığında Şartla Salıverilme Üzerinde Bir İlah Denemesi (I)”, *Adalet Dergisi*, Y. 70, Eylül – Ekim 1979, S. 5, s. 295-313, s. 299. “Niteliği bakımından şartla salıverilme; cezanın, infaz sırasında, **hatta infazdan sonraki bir dönemde** şahsileştirilmesidir.”: ÇAĞLAYAN, s. 298 (Vurgu tarafımızca eklenmiştir) . “**İnfazdan sonra da**, bununla yetinmiyerek, uyarısına; «Ancak, şartla salıverildiğin gündün itibaren, bihakkın tahliye edilmen gereken güne kadar, cezan infaz ediliyor sayılacak, bu süre içerisinde işlediğin şahsî hürriyeti tahdit eden kasdi bir suçtan mahkûm edildiğin takdirde, şartla salıverilmeden yararlandığın cezayı aynen çekeceksin» diye devam eylemiş, gerisini hükümlüye bırakmıştır.”: ÇAĞLAYAN, s. 298-299 (Vurgu tarafımızca eklenmiştir).

34 Devletin şartlı olarak, cezanın infazının bir bölümünü infaz etmekten vazgeçtiği görüşü için bkz.: CENTEL, Nur: “Şartla Salıverme”, *Hukuk Araştırmaları*, C. 7, S. 1-3, 1992-1993 (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından yayımlanmıştır), İstanbul 1994, s. 41-71, s. 42.

35 Bkz. ÖZGENÇ, s. 767 ile 781. TCK m. 51 gerekçesinde, erteleminin “bir koşullu af olmaktan çıkarılıp, ceza infaz kurumu hâline getirilmiş” olduğu ifade edilmiştir: ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ, s. 208-209. “Şartla salıverilme, cezanın kısmen affı da değildir. Cezası affın kapsamına giren hükümlünün, cezasını tekrar çekmesi mümkün olmadığı halde, şartla salıverilme kararı – unsur ve şartlarının tahakkuku halinde – her zaman geri alınabilir.”: ÇAĞLAYAN, s. 299.

36 Koşullu salıverilme kararının verilmesinin ödül sayılabileceğiyle ilgili olarak ise aşağıda açıklama yapılacaktır.

itibariyle, koşullu salıverilme, “hapis cezasının infazına seçenek” oluşturmakta³⁷; “hapis cezasının alternatif infaz usulü” olarak görülmektedir.

IV. “MADDİ CEZA HUKUKU” VE “İNFAZ HUKUKU” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Koşullu salıvermenin infaz hukukunun konusunu oluşturduğunu beyan edenler³⁸ olduğu gibi, maddi ceza hukukunun konusunu oluşturduğunu ifade edenler³⁹ de olmuştur.

Doktrinde maddi ceza hukuku ve infaz hukuku ayırımına ilişkin olarak ortaya konulan bazı görüşlere geçmeden önce belirtmek isteriz ki, koşullu salıverilmenin bu iki hukuk disiplininin birine tamamen dâhil olması ve diğerinin tamamen dışında kalması diye bir şart yoktur.⁴⁰ Ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri ve soyut olarak sınırları ile ceza ilişkisini sona erdiren nedenlerin, maddi ceza hukuku alanına, maddi ceza hukukunun öngördüğü ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilme şeklinin ise infaz hukuku alanına girdiği ifade edilmiştir⁴¹. Yine, bir hüküm, “sanığa verilecek ceza ile ilgili bir konu hakkında [...], yani ceza verme düşüncesi içinde görülüyorsa”, “[b]ir başka ifadeyle hük[üm], cezanın gerçekleştirilmek istenen amaçları için konulmuşsa” maddi ceza hukukuna; “salt infazın sağlanması ve infazın şekli için konulmuşsa” infaz hukukuna dâhil olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴². İnfaz hukukunun, suç işleyen sanıklara mahkemelerce verilen kesinleşmiş yaptırımların “hangi kurallar ve prensipler çerçevesinde yerine getirileceğini” düzenlediği belirtilmiştir⁴³. İnfazın başlama zamanının, mahkemenin kesinleşen mahkûmiyet kararının yerine getirilmeye başlandığı zaman olması, infaz hukukunun, muhakeme hukukundan sonra devreye girmesi şeklinde de izah edilmiştir⁴⁴. Yine şartla salıverilmenin ceza infaz hukuku kurumu olması bakımından “[h]ükmün kurulması aşamasında uygulama imkânı bulunma[masının]” vurgulandığı olmuştur⁴⁵.

37 ““Hapis Cezasına Seçenekler” İçerisinde “Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar” ve “Hapis Cezasının İnfazına Seçenekler” Tablosu: MADEN, s. 78.

38 ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013, s. 16; ÖZBEK, Veli Özer: **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s. 55.

39 HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, U S – A Yayıncılık, Ankara 2010, s. 487. 765 s. TCK'nın ve 647 s. Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanunun yürürlükte olduğu dönemde şu görüşler de ortaya konulmuştur: “kısa süreli hürriyeti bağlayıcı cezalar yerine uygulanabilecek ceza ve tedbirlerin, cezaların ertelenmesi ve şartla salıverme gibi müesseselerin yeri İnfaz Kanunu olmayıp, Ceza Kanunudur. Bu nedenle, cezalar sistemini ilgilendiren bu müesseselerin Ceza Kanunumuza uygun biçimde yerleştirilmesi gerekmektedir”. İÇEL, Kayhan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu** (22 – 26 Mart 1976), İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No.: 2270, Hukuk Fakültesi No.: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No.: 19, İstanbul, 1977, s. 344.

40 Örneğin, uzlaştırmanın hem maddi ceza hukuku hem de muhakeme hukuku kurumu olduğu fakat muhakeme hukuku olma özelliğinin ağır bastığı görüşü ortaya konulmuştur: CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2018, s. 550-551.

41 ZAFER, s. 15-16.

42 ÖZBEK, s. 54-55.

43 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 19-20.

44 ZAFER, s. 16.

45 KAFES (2019), s. 278.

Yürürlükteki hukuk sisteminde, ceza türleri içinde “koşullu salıverilmeli hapis cezası” veya “koşullu salıverilmemiş hapis cezası” ismen zikredilmemiştir. Ancak ismen zikredilmese de, bir mahkeme hapis cezasına hükmettiğinde, fiilen, – koşullu salıverilme yolunun kapalı olduğu durumlar dışında – “koşullu salıverilmeye açık hapis cezası” vermektedir. Daha açık bir anlatım için örnek vermek gerekirse, bir mahkemenin mahkûmiyet hükmünde belirtilen “6 yıl hapis cezası”, fiilen, “3 yıl şartlara uygun geçirildikten sonra koşullu salıverilmenin açık olduğu 6 yıl hapis cezası”dır. Hapis cezasının TCK m. 51’e göre ertelenmesi durumunda, ertelemeye mahkeme kararında açıkça yer verilmesine rağmen, koşullu salıverilmede bu duruma açıkça yer verilmemekte ancak belirttiğimiz husus fiilen gerçekleşmektedir. O hâlde, böyle bir durumda, TCK’nın gerek özel hükümler kitabında ilgili suç tipini düzenleyen hükmünden gerekse genel hükümler kitabında bir ceza türü olarak hapis cezasını düzenleyen hükmünden, İnfaz Kanununun koşullu salıverilmeyi düzenleyen hükmünü ayrı düşünmek mümkün değildir. Pek tabii, hükümlünün salıverilmesi için infaz aşamasında farklı bir süreç işletmek gerekecektir. Diğer bir anlatımla, kanunlar sisteminde, ceza hükmünü kuran mahkemeye, şartla salıverilmenin mümkün olup olmamasıyla ilgili bir yetki tanınmamıştır. Ancak, aynı kanunlar sistemi, bu kararı ceza hükmünü kuran mahkemeye bırakmadan zaten düzenlemiş bulunmaktadır.

Yürürlükteki hukuk bakımından, koşullu salıverilmeye ilişkin olarak lehe kanunun uygulanacağına tereddüt yoktur. Maddi ceza hukuku ve infaz hukuku kurallarının zaman bakımından uygulanması konusu, koşullu salıverilmenin maddî ceza hukuku kurumu mu, infaz hukuku kurumu mu olduğu sorusuna cevap bulunması için ele alınacaktır. Nihayetinde, yukarıda belirttiğimiz gibi, bu müessesenin, ele alınan iki alandan birine tamamen girip diğerinin tamamen dışında kalması şeklinde bir şart bulunmamaktadır.

Türk Ceza Kanununun “*Zaman bakımından uygulama*” başlıklı 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasında (Değişik: 29/6/2005 – 5377/2 md.) “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekerrürle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır.*” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda ifade edildiği gibi, mezkûr 7’nci maddenin 3’üncü fıkrasını değiştiren 29.6.2005 tarihli ve 5377 sayılı Kanunun gerekçesinde “[Türk Ceza] Kanunun[un] sisteminde bir ceza infaz rejimi olarak kabul edilen hapis cezasının ertelenmesi ile koşullu salıverilme ve mükerrirlere özgü infaz rejimi bakımından, birinci ve ikinci fıkralardaki zaman bakımından uygulama kuralları uygulanacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir⁴⁶.

TCK’nın 7’nci maddesinin 3’üncü fıkrasındaki ifade **tek başına** ele alındığında, koşullu salıverilme ile ilgili hükümlerin infaz rejimine ilişkin olarak görüldüğü sonucuna ulaşılabileceği gibi, bu ifadede “infaz rejimine ilişkin hükümlerden koşullu salıverilme ile ilgili olanların” kastedildiği sonucuna da ulaşılabilir. Birinci sonuca ulaşıldığı takdirde, infaz rejimine ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallar açısından koşullu salıverilmeyle ilgili bütün hükümlere istisna getirildiği ve bu hükümlerin maddi ceza hukukuna ilişkin hükümlerin zaman bakımından

46 ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ, s. 150.

uygulanmasına ilişkin kurallara bağlandığı sonucuna ulaşılabilir. İkinci sonuca ulaşıldığı takdirde, infaz rejimine ilişkin hükümlerden koşullu salıverilme ile ilgili olanlara zaman bakımından uygulama kuralları açısından istisna getirildiği, koşullu salıverilmenin infaz rejimine ilişkin olmayan hükümlerinin bu düzenlemenin konusu olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür.

Mezkûr 7'nci maddenin içinde yer aldığı İkinci Bölüm'ün başlığı "*Kanunun Uygulama Alanı*"dır. Türk Ceza Kanunu içinde yer alan bu bölüm başlığının isminde çoğul bir ifade olarak "Kanunların" yerine "Kanunun" kelimesi tercih edilmiştir. Hâliyle, "Kanun"dan anlaşılan Türk Ceza Kanunu'dur. Koşullu salıverilmeye ilişkin hükümlerin zaman bakımından uygulanmasına ilişkin bu düzenlemenin sistematik olarak Türk Ceza Kanununun ilgili yerinde düzenlenmiş olması, koşullu salıverilmenin salt maddi ceza hukukuna ait bir müesseseye olduğunu göstermese de, bu müessesenin maddi ceza hukuku ile ne kadar yakın ilişki içinde olduğunu gösterir. Hatta, bu duruma, koşullu salıverilme müessesesinin tamamen olmasa da kısmen maddi ceza hukukunun alanına girdiği düşüncesini desteklemek için başvurulabilir.

Bu sistematik yorumun ötesinde, bizzat, zaman bakımından uygulama yönünden koşullu salıverilmenin infaz hukukuna ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallara değil de maddi ceza hukukuna ilişkin kuralların zaman bakımından uygulanmasına ilişkin kurallara bağlanmış olması önem arz etmektedir. Bir görüşe⁴⁷ göre, koşullu salıverilme bir infaz müessesesi olmakla birlikte, bu konudaki kanun değişikliğiyle infaz rejiminin ağırlaştırılmış olabileceği düşüncesi derhal uygulama kuralına istisna getirilmesi sonucunu doğurmuştur. Diğer bir görüşe⁴⁸ göre, Türk Ceza Kanununun 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrası hükmü karşısında koşullu salıverilme "maddi ceza hukukuna ait olmaktadır".

Cezaların infazına dair kanunlar bakımından, – cezanın niteliğini değiştirmemek koşuluyla – derhal uygulama ilkesinin geçerli olması⁴⁹ gerektiği savunulmuş bulunduğu gibi, lehe kanunun geriye yürümesi ilkesi de savunulmuştur⁵⁰. Bu ifade, cezanın niteliğini değiştirmekle bir kanunun infaz rejimine ilişkin olmaktan çıkmayacağına işaret etmektedir. Belirtilen iki görüş bakımından da "cezaların niteliğini değiştirmemek"⁵¹ kaydının altını çizmek isteriz. Birinci görüş bakımından, uygulama zorlukları, yeni kanunun hükümlünün ıslâhı bakımından daha avantajlı olarak düşünülmesi ve "infaz rejimini değiştiren kuralların mahkûmiyetin tesbit ettiği kesin bir durumun sadece tali bir takım unsurlarını değiştirebileceği" düşünceleri akla gelebilir⁵². İkinci görüş bakımından ise, suç ve cezalara ilişkin kanunlar bakımından uygulanan lehe uygulamanın infaz rejimi bakımından

47 ÖZBEK, s. 54, 55-56.

48 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 487.

49 "Ancak dikkat edilmelidir ki, bu gibi kanunlar infaz edilmekte bulunan cezalar üzerinde, sadece yürürlüğe girdikleri günden itibaren etki gösterir; bu tarihten önce infaz edilmiş cezalara ve ceza bölümlerine ait durumlar yerleşmiş (*müesses*) *Hukukî durumlar* olarak kalır. Bunun sonucu kanunun geçmişe yönelmesinden değil ve fakat *teessüs etmemiş hukukî durumlara derhal uygulanmasından söz etmek çok daha doğru olur.*": DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997, no. 340 (Vurgular asıl metinde yer almaktadır).

50 DÖNMEZER/ERMAN (1997), no. 339-342.

51 DÖNMEZER/ERMAN (1997), n. 339, 342.

52 DÖNMEZER/ERMAN (1997), no. 339.

uygulanmamasının gerekçesini bulmanın kolay olmadığı, benimsenen sisteme göre idari işlemlerle cezanın ağırlaştırılması sonucunun doğabileceği, bazı durumlarda infaz hukukuna ait bir değişikliklikle hükümlünün fiiliyatta maruz kalacağı durumun çok ağırlaşabileceği düşünceleri akla gelebilir⁵³.

Bu açıklamalar neticesinde, bir kimse, şartla salıverilmenin infaz rejimine ilişkin bir kurum olarak kabul edilmesi halinde dahi, hapis cezasının niteliğini değiştirdiğinden bahisle zaten lehe uygulamanın kabul edileceği sonucuna ulaşabilir. Kaldı ki, özellikle şartla salıverilmenin süre unsurunda yapılan bir değişiklik düşünüldüğünde, “[c]ezanın infazı, kişinin alınan hürriyetini uzatan bir etki de yapmayacaktır; infaz kurumunda hükümlünün mevcut sisteme göre daha fazla tutulmasını gerektiren hükümlerin kabulü, artık infaz normları değil, Ceza Hukuku normları olabilir”⁵⁴ sonucuna ulaşılması da muhtemeldir.⁵⁵

Yürürlükteki koşullu salıverilmenin maddi ceza hukuku özellikleri barındırdığı düşüncesini destekleyen, bu müessesenin mahiyeti ve hukuki niteliği hakkında gerek yukarıdaki başlıklar gerekse bu başlık altında yapılan açıklamalar ve TCK’nın zaman bakımından uygulamaya ilişkin mezkûr 7’nci madde düzenlemesinden başka⁵⁶ hususlar da vardır.⁵⁷ *Birincisi*, koşullu salıverilme bakımından bazı suçlar için daha uzun süreler öngörülmüş bulunmasıdır (İnfaz Kanunu, m. 107 (2) ve (4), 108 (9)).⁵⁸ *İkincisi*, bazı suçlar bakımından koşullu salıverilme yolunun kapalı olmasıdır (İnfaz Kanunu, m. 107 (16) ve Terörle Mücadele Kanunu). *Üçüncüsü*, koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, on beş yaşını dolduruncaya kadar çocuk bakımından lehe düzenleme getirilmiş olmasıdır (İnfaz Kanunu, m. 107 (5)). *Dördüncüsü*, suçta tekerrürün ve “özel tehlikeli suçlu” olmanın sonuçları arasında, koşullu salıverilmeden yararlanabilmek için daha uzun sürelerin öngörülmüş olması, hatta ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanması durumunda koşullu salıverilme imkânının ortadan kalkmasıdır (TCK 58 (6) ve (9), İnfaz Kanunu, m. 108 (1)-(3)).⁵⁹ *Beşincisi*, çocuğa karşı işlenen bir suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezasına mahkûmiyet hâlinde

53 Bkz. DÖNMEZER/ERMAN (1997), no. 341.

54 ÖNDER, s. 84.

55 *Demirbaş*’ın verdiği örneğe göre, koğuş sistemini kaldırıp 2-4 kişilik oda sistemini getiren bir kanun cezanın niteliğini değiştiren bir kanun değildir; diğer taraftan, koğuş sistemini kaldırıp tek kişilik hücrede dış dünya ile mutlak bir tecrite dayalı bir sistem getiren kanun cezanın niteliğini değiştiren bir kanundur ve “cezada kanunilik” ilkesine aykırı olan bu değişiklik kabul edilemez: DEMİRBAŞ (2020), s.143. Diğer taraftan, toplu olarak çektirilen hapis cezası yerine hücre esasını getiren kanunun cezanın mahiyetini değiştirmedeği de ifade edilmiştir: GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: “Ceza İnfaz Kanunlarının Geçmişe Şümüli”, *Adalet Dergisi*, Şubat 1954, Y. 45, S.2, s. 91-95, s. 93-94.

56 Yine bir kimse, koşullu salıverilme için ceza infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreyi kısaltan kanun değişiklikleriyle ilgili olarak “özel af” tartışmaları yapılmasına, koşullu salıverilmenin maddi ceza hukukuna yakınlığını ortaya koymak için başvurabilir. Ayrıca, maddi ceza hukuku özelliğiyle ilgili olarak, mülga 647 s. Cezaların İnfazı Hakkında Kanun, m. 19 (9) ve 5411 s. Bankacılık Kanunu, m. 167 üzerinde düşünülebilir.

57 Bizim “destekleyici” olduğunu düşündüğümüz bu hususlar hakkında bkz. ÖZGENÇ, s. 787-795; KAFES (2019), s. 280-281.

58 Anayasa Mahkemesi (31.3.1992 tarih, E. 1991/18, K. 1992/20), Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlarla ilgili olarak şartla salıverilme sürelerini ağırlaştırılan hükmün hukuk devleti ve eşitlik ilkelerine aykırı olduğundan bahisle açılan iptal davasını reddetmiştir: ÖZGENÇ, s. 788.

59 İnfaz Kanununun 107 (4) üncü maddesinde örgüt mensubu suçlu bakımından ayrı bir koşullu salıverilme süresine yer verildiği için, mükerrirlere özgü infaz rejiminin koşullu salıverme süreleri örgüt mensubu suçlular bakımından uygulanmaz: ÖZGENÇ 788-789.

daha uzun koşullu salıverilme sürelerinin uygulanmasıdır (İnfaz Kanunu, m. 108 (8)).⁶⁰ *Altıncısı*, bazı suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde bazı özel tedavi veya yükümlülükler öngörülmesidir (İnfaz Kanunu, m. 108 (9)). *Yedincisi*, koşullu salıverilme süresinin bazı suçlar bakımından daha uzun tutulmasını öngören bazı hükümlerden ve bazı suçlardan dolayı hapis cezasına mahkûm olanlar hakkında, koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde bazı özel tedavi veya yükümlülükler öngörülmesinden çocukların muaf tutulmasıdır (İnfaz Kanunu, m. 107 (2) ve (4), 108 (10)).

Sonuç olarak, kanaatimizce, 5275 s. İnfaz Kanunu çerçevesinde koşullu salıverilmenin **fiiliyatta cezanın mahiyetini değiştirebilen, maddi ceza hukuku özellikleri barındıran bir infaz hukuku kurumu** olduğu ifade edilebilir.

V. CEZANIN İNFAZ AŞAMASINDA BİREYSELLEŞTİRİLMESİ VE MAHKÛMUN İSLÂHI ARACI OLMAK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Koşullu salıverilmenin, “ceza sistemini tamamlayan ve cezanın infazı sırasında bireyselleştirilmesini sağlayan bir ceza infaz kurumu”⁶¹ olduğu ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında şu ifadelere yer verilmiştir:

*“Şartla salıverilme, cezanın çektirilmesinin kişiselleştirilmesi, başka bir deyişle cezaevindeki tutum ve davranışlarıyla (iyi durumuyla) topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren hükümlünün ödüllendirilmesidir. Suçlunun kendisine verilen cezadan daha kısa bir sürede uslanması, eyleminden pişmanlık duyması ve bunu iyi davranışıyla kanıtlaması durumunda, cezaevinde daha fazla kalması gereksiz olabilir. Bu durumda, şartla salıverilme infaz sistemindeki en etkili araçtır. Şartla salıverilmenin en önemli öğeleri, cezanın belirli bir süre çekilmiş olması, hükümlünün bu süre içinde iyi durum göstermesi, şartla salıverildikten sonra gözetim altında kalması ve şartla salıverilmenin gereklerine uyulmaması durumunda şartla salıverilme kararının geri alınabilmesidir.”*⁶²

60 ÖZGENÇ, burada belirtilen cezaların somut olayda hükmolünmüş sonuç cezalar olduğunu; çocuğa karşı işlenen aynı suçtan dolayı hükmolunan sonuç cezanın ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet hapis cezası olması durumunda çok daha fazla infaz kurumunda kalınması gerekirken, sonuç cezanın süreli hapis cezası olması hâlinde [kanun değişikliğinden önce] cezanın üçte ikisi [kanun değişikliğinden sonra yarısı] çekildikten sonra koşullu salıverilmenin mümkün olacağına işaret ettikten sonra şu ifadelerde bulunmuştur: “Kanımızca, suçu işleyen kişinin kişilik özellikleri ve işlenen suçun mahiyeti göz ardı edilerek, sadece mağdur ve hükmolunan cezanın miktarı göz önünde bulundurulularak, bir infaz müessesesi olan koşullu salıverilmenin koşullarının ağırlaştırılması, Anayasa ile güvence altına alınan hukuk önündeki eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.”: ÖZGENÇ, s. 789-790 (Asıl metindeki vurguya yer verilmemiştir).

61 ÖZBEK, s. 316. “Şartla salıverilme, esasında cezaların şahsileştirilmesi ilkesinin uygulama şekillerinden biridir. Anılan ilkenin en önde gelen unsuru, gerek cezanın infazı sırasında, ve gerek infazdan sonra, hükümlüyü kendisini kendi denetim ve gözetimi altında bulundurmamak suretiyle, uslandırmak, ıslah eylemektir.”: ÇAĞLAYAN, s. 298. “Şartla salıverme, cezanın çektirilmesi sırasında ferdileştirme müesseselerinin son safhada yer alanıdır.”: EREM, s. 333. Şartla salıverilmenin “cezanın infazı sırasında ferdileştirilme aracı” olduğu görüşü: ÖNDER, s. 634. “[H]apis cezasının bireyselleşmesini sağlama açısından bir araç” olduğu görüşü: ÖZGENÇ, s. 785. Koşullu salıverilmenin, “hapis cezasının bir infaz rejimi olarak, cezanın infazı aşamasında bireyselleştirilmesi amacına hizmet ver”diği ifade edilmiştir: KAFES (2019), s. 288. Koşullu salıverilmenin, “hürriyeti bağlayıcı cezaların infazında bireyselleştirme aracı” olduğu görüşü: ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 861.

62 ANAYASA MAHKEMESİ: Esas: 2001/4; Karar: 2001/332; Karar Günü: 18.7.2001 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov>).

Koşullu salıverilme, mahkûmun yeniden topluma kazandırılması aracı olduğu ifade edilmiştir⁶³.

Hapis cezasının bireyselleştirilmesini sağlama aracı olarak koşullu salıverilme kurumu vasıtasıyla mahkûm, ceza süresi dolmadan ceza infaz kurumunun dışına çıkma beklentisiyle, kendisi hakkında uygulanan iyileştirme programlarına uygun davranabilmektedir; bu kurum mahkûmları iyi halli olmaya teşvik etmektedir⁶⁴.

Koşullu salıverilme, yalnızca, ceza infaz kurumundayken mahkûmu iyi halli olmaya teşvik etmekle kalmamakta; salıverilen mahkûmu, kararın geri alınmasını önlemek için iyi halli olmaya da teşvik etmektedir.⁶⁵

VI. “HAK VE ÖDÜL” İLE “GÖREV VE YETKİ” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

“Lütuf”⁶⁶ veya “âtıfet” kelimelerinin yürürlükteki mevzuat çerçevesinde koşullu salıverilmenin mâhiyetini ve hukuki niteliğini müzakere etmek bakımından pek uygun birer vasıta olmadığını düşünüyoruz. Diğer taraftan koşullu salıverilmenin, hükümlü açısından “hak” ve “ödül”, karar makamları açısından ise “görev” ve “yetki” çerçevesinde ele alınması mümkündür.

Koşullu salıverilme, şartları taşıyan hükümlüler bakımından bir haktır.⁶⁷ Kanaatimizce, şartla salıverilmenin aynı zamanda bir ödül olduğunu ifade etmekte de beis yoktur.⁶⁸ Bir müessesenin

tr/Karar/Content/026ce2eb-3a61-4c2c-a482-66547bb109be?excludeGerekce=False&wordsOnly=False) (Erişim: 31.10.2019). Daha önce, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7.10.1991 6-230/261 sayılı kararında da şartla salıverilmenin cezanın ferdileştirilmesi teşkil ettiği; tutum ve davranışlarıyla topluma uyum sağlayabileceği izlenimi veren, hükümlüden cezadan daha kısa sürede uslanan ve bunu iyi hali ile kanıtlayan hükümlünün ödüllendirilmesi olduğu ifade edilmiştir: **Yargıtay Kararları Dergisi**, 1991/XI, s. 1717'den nakleden: AVCI, s. 241, dn. 62.

63 ÖZBEK, s. 316.

64 ÖZGENÇ, s. 785.

65 Bkz.: ÇAĞLAYAN, s. 299.

66 Konuyla ilgili olarak, “lütuf”, “âtıfet” ve “hak” bağlamındaki görüşler için bkz.: DÖNMEZER/ERMAN (1985), no. 1720; YENİDÜNYA (2002), s. 96-98. “Koşullu salıverilme bir lütuf, ödül ya da tümüyle ilgili makamların takdirine bağlı bir kurum değildir”: ÖZBEK, s. 316.

67 Şartla salıverilmenin bir hak olduğu görüşü için bkz.: DÖNMEZER/ERMAN (1985), s. 88; DONAY, Süheyl: “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihatı Birleştirme Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 40, S. 1-4, Ocak 1974, s. 759-769, s. 767; KAFES, Veli: **T.C.K. Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar (Teori – Uygulama Örnekli)**, Ankara 1998, s.12-13. Yargıtay'ın 1974 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında (YCBİGK, E. 1973/5, K 1974/1, 28.1.1974 (R.G. 22 Şubat 1974 Sayı. 14807)), şartla salıverilme süresinde yapılan aleyhe değişikliğin “eşitlik ilkesi” dolayısıyla uygulanmayacağı sonucuna vardığı bir durumla ilgili olarak, *Donay*, Donay, aleyhe değişikliğin uygulanmayacağı sonucuna şartla salıverilmenin bir hak olduğundan ve bu durumda müktesep hak söz konusu olduğundan hareketle ulaşmıştır: “Şimdi şartla salıverme bir hak olduğuna göre bu hakkı bir kere iktisap ettikten sonra, herhangi bir nedenle hükümlü bundan yararlandırılmasa bile, bu arada olayımızda olduğu gibi yeni çıkan bir yasa şartları ağırlaştırmasına rağmen, eski kazanılmış hak mevcudiyetini devam ettirir. Görüleceği gibi İçtihatı Birleştirme kararı bu sonuca varabilmek için bizce hatalı olarak eşitlik ilkesine dayanmıştır. Halbuki bu sonuca varabilmek için şartla salıverilmenin esasına dayanmış olsa idi aynı sonuca varabilirdi. [] Sonuç olarak İçtihatı Birleştirme Kararının sonucu ile aynı görüşü paylaşmakla birlikte gerekçesini kabul edemiyoruz.”: DONAY, s. 759, 767-768.

68 Bkz.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 7.10.1991 6-230/261 sayılı kararı: **Yargıtay Kararları Dergisi**, 1991/XI, s. 1717'den nakleden: AVCI, s. 241, dn. 62. “Görülüyor ki, kanunumuz kurumda iyi hal içinde bulunmayı ödüllendirmekte[dir]”: ÖNDER, s. 635. Bkz.: ANAYASA MAHKEMESİ: Esas: 2001/4; Karar: 2001/332; Karar Günü: 18.7.2001 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/026ce2eb-3a61-4c2c-a482-66547bb109be?excludeGerekce=False&wordsOn>

hak olması, onun aynı zamanda ödül olmasına mâni değildir. Zira bir kimse belirlenmiş kurallara uyma konusunda muvaffak olarak bir “ödül”e “hak” kazanabilir. Bu kuralların koşullu salıverilmede olduğu gibi kanunla düzenlenmiş olması da mümkündür. Bu durumda, kanunun, şartları sağlayan hükümlüyü koşullu salıverilmeden yararlandırma konusunda ilgili makamlara “görev” yüklediğini ifade etmek mümkündür. Pek tabii, bu “görev”in verildiği makamlar gerekli “yetki”ye de sahiptir. Hükümlünün şartları sağlayıp sağlamadığının, örneğin iyi hâlinin belirlenmesinde ilgili makama takdir yetkisi verilmiş olması, şartları sağlayan hükümlünün koşullu salıverilmeden yararlandırılmasının o makam açısından bir görev sayılmasına engel değildir. Zira takdir yetkisi, keyfilik anlamına gelmediği gibi, koşullu salıverme bakımından, sınırları belirli olmadan tamamen ilgili makamın isteğine göre hareket edebileceği bir yetki de söz konusu değildir.

İnfaz Kanunu, koşullu salıverilme için mahkûmun talebini aramamaktadır ancak şartları taşıyan mahkûmun koşullu salıverilme talebinde bulunması mümkündür⁶⁹. Koşullu salıverilmenin mahkûmun talebine bağlı olmaması, onun bir hak olmadığını göstermez.⁷⁰ Mahkûmun koşullu salıverilmeyi talep edebilmesi ise, koşullu salıverilmenin bir hak olduğunu göstermektedir⁷¹. Koşullu salıverilmenin bir hak olduğunu gösteren ikinci husus, mahkûmun koşullu salıverilmeye ilişkin kararlara itiraz edebilmesidir (İnfaz Kanunu, m. 107 (12))⁷². İnfaz Kanunu çerçevesinde, hükümlünün şartla salıverilmeden feragat edebilmesi, şartlar gerçekleştiğinde koşullu salıverilmeyi reddedebilmesi mümkün değildir. Reddedilememe özelliğinin “ödül” sayılmak bakımından soru işareti oluşturduğu veya “ödül” olma niteliğini zayıflattığı söylenebilir ancak kanaatimizce bu nitelik tamamen ortadan kalkmamakta, hatta ağırlıklı olarak mevcut kalmaktadır, dolayısıyla, bütüncül olarak düşünüldüğünde şartla salıverilmenin ödül sayılmasına mâni de değildir. Diğer taraftan, bir şeyden feragat edilebilip edilememesi o şeyin hak sayılıp sayılmadığını belirlemez. Gerçekten de hukukta feragat edilemeyecek haklar da kabul edilmiştir.⁷³

VII. “ADLİ İŞLEM” VE “İDARİ İŞLEM” BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

İnfaz Kanunu m. 107 (11)e göre; “*Hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında ceza infaz kurumu idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hâkimliğine verilir. İnfaz hâkimi, bu raporu uygun bulursa hükümlünün koşullu salıverilmesine dosya üzerinden karar verir; raporu uygun bulmadığı takdirde gerekçesini kararında gösterir. Bu kararlara karşı itiraz yoluna gidilebilir.*” Bu hüküm dikkate alındığında, koşullu salıverilme kararı adli bir işlem olmaktadır. Bu karar idari bir işleme⁷⁴ dayandığı için, ortada bir nevi “birleşik işlem” olduğu düşünülebilir, ancak

ly=False) (Erişim: 31.10.2019).

69 ÖZBEK, s. 316.

70 Hatta, *Donay*'a göre; “Bilindiği üzere şartla salıverme hükümlü için bir hak teşkil eder. Yani o, şartla salıverilme talebinde bulunmasa bile, eğer şartları varsa tahliyesi cihetine gidilir.”: DONAY, s. 767.

71 ÖZBEK, s. 316.

72 ÖZBEK, s. 316-317.

73 “Bizce şartla salıverilme kamu yararına dayanan bir hak olduğundan, buna liyakat gösteren mahkûm, sözü geçen haktan vazgeçemez; şahsi hürriyet hakkından vazgeçilemeyeceği gibi.”: DÖNMEZER/ERMAN (1985), s. 88.

74 Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun eski tarihli (CGK. 16.2.1976, E. 1976/8-42, K. 1976/70; *Yargıtay Kararları Dergisi*

son kararın infaz hâkiminde olması onun adlîlik vasfında belirleyicidir.⁷⁵ Maddede belirtildiği gibi, infaz hâkiminin bu konudaki kararına karşı başvurulacak yolun itiraz olması da ilgili kararın adli sayılmasında etkilidir. Ayrıca, ceza infaz kurumu idaresi gerekçeli raporu hazırlamakta ihmal gösterse hükümlünün bu konuda infaz hâkimliğine başvurması da mümkündür (İnfaz Hâkimliği Kanunu, m. 4).

VIII. SONUÇ

Koşullu salıverilmenin mahiyeti ve hukuki niteliği, düzenlenmiş olduğu hukuki çerçeveye göre değişebilir. Çalışmamızda, 5275 s. İnfaz Kanunuyla belirlenmiş olan çerçeve esas alınmış ve “mahiyet” ile “nitelik” kelimeleri arasındaki ince anlam farklılığından istifade edilmiştir. Bu çalışmadaki kullanımıyla, “mahiyet”, bir şeyin özüne, esasına ilişkinen, nitelik bir şeyin vasfına, özelliğine ilişkindir.

Koşullu salıverilmenin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesi, ceza infaz kurumunda geçirilen süreci takip eden deneme süresinin mahiyetinin ve hukuki niteliğinin belirlenmesine bağlıdır. 5275 s. İnfaz Kanununda düzenlenen deneme süresi, “mahiyet” itibarıyla güvenlik tedbiri olmaya müsaittir ancak *hukuki sonuçları itibarıyla bir ceza müddeti* olarak düzenlenmiştir. Yine, kanaatimizce deneme süresi, “mahiyet” itibarıyla “hapis cezası” olmamakla ve “hapis cezasına seçenek olan” bir kurum olarak görülmeye müsait olmakla birlikte; *hukuken “hapis cezası yerine geçen” bir süreç* olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasında, denetim süresi içinde hapis cezası fiilen infaz edilmemekte; hapis cezasının infazıyla aynı sonuçların bağlandığı bir süreç işletilmektedir. Koşullu salıverilme için, hapis cezasının infaz biçimidir demektense infaz edilmeme biçimidir demek daha yerindedir. Böylece, *hukuki nitelik itibarıyla*, koşullu salıverilme, “*hapis cezasının infazına seçenek*” oluşturmakta; “*hapis cezasının alternatif infaz usulü*” olarak görülmektedir.

Kanaatimizce, 5275 s. İnfaz Kanunu çerçevesinde koşullu salıverilmenin fiiliyatta cezanın mahiyetini değiştirebilen, maddi ceza hukuku özellikleri barındıran bir infaz hukuku kurumu olduğu ifade edilebilir.

Koşullu salıverilme, hukuki şartları sağlayan her mahkûm açısından *hem bir hak, hem de bir ödüldür*.

Son olarak belirtelim ki, koşullu salıverilme kararı adli bir işlemdir.

Yıl: 1976. No: 7, s. 1043) “cezaevi komisyonlarının kararı idari olup, yargı denetimine tâbi tutulmamıştır” kararı ve bu kararın eleştirisi için bkz.: AKBULUT, s. 179.

75 “Hükümlü hakkında yapılan yargılamanın sadece verilen hapis cezasıyla bitmediği aslında yargılamanın kişi cezaevindeyken bile devam ettiği söylenebilir. Zira üst başlık olan yargılama kavramının içine ceza yargılamasında infaz sistemi içerisinde bulunan koşullu salıverilmeyi de ekleyebiliriz. Bu şekilde koşullu salıverilme hükümlerini ceza yargılamasıyla bir bütün halinde düşünebiliriz. Nasıl ki Türk yargılama sistemi içerisinde şüpheli hakkında kamu davası açan bir Cumhuriyet savcısı, aynı zamanda hakkında kamu davası açtığı cezaevinde bulunan hükümlünün cezaevindeki sorunlarıyla ilgileniyorsa hükmü veren mahkeme de hükmü verdikten sonra aynı sanık hakkında koşullu salıverilme kararını verebilecektir.”: İNCE, Levent: *Türk İnfaz Hukukunda Koşullu Salıverilme ve Koşullu Salıverilmede Süreler*, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019 (Erişim: www.yok.gov.tr), s. 4.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, İlhan: “Şartla Tahliye”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LV, (1996), s. 173-182.
- AKKAŞ, Ahmet Hulusi: “Koşullu Salıverilme”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Attila Özer’e Armağan**, C: XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 305-335.
- ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ TÜRK CEZA HUKUKU UYGULAMA VE ARAŞTIRMA MERKEZİ: **Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt 1 (Kanunlar)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ARTUK, M. Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M. Emin/ÇAKIR, Kerim: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- AVCI, Mustafa: **Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenekler**, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1994 (Erişim: www.yok.gov.tr).
- AVRUPA KONSEYİ BAKANLAR KOMİTESİ: **Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Şartlı Tahliye Hakkında (2003) 22 Sayılı Tavsiye Kararına Ek**, (Metin, T.C. Adalet Bakanlığı İnternet Sitesinde Necati NURSAL'a ait **Uluslararası Cezaevi Standartları ve Denetimli Serbestlik Kuralları** Kitabından nakledilmiştir) (<https://cte.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/198.201.915183913.pdf>) (Erişim: 19.10.2020).
- ANAYASA MAHKEMESİ: Esas: 2001/4; Karar: 2001/332; Karar Günü: 18.7.2001 (<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/026ce2eb-3a61-4c2c-a482-66547bb109be?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>) (Erişim: 31.10.2019).
- CENTEL, Nur: “Şartla Salıverme”, **Hukuk Araştırmaları**, C. 7, S. 1-3, 1992-1993 (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından yayımlanmıştır), İstanbul 1994, s. 41-71.
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2018.
- ÇAĞLAYAN, Muhtar: “Yargıtay İçtihatlarının Işığında Şartla Salıverilme Üzerinde Bir İzah Denemesi (I)”, **Adalet Dergisi**, Y. 70, Eylül – Ekim 1979, S. 5, s. 295-313.
- DEMİRBAŞ, Timur: **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.
- DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- DOĞAN, D. Mehmet: **Doğan Büyük Türkçe Sözlük**, Vadi Yayınları, Ankara 2001.
- DONAY, Süheyl: “Şartla Salıvermeye İlişkin Bir İçtihadı Birleştirme Kararı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. 40, S. 1-4, Ocak 1974, s. 759-769.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt III**, İstanbul Matbaası, İstanbul 1985.
- DÖNMEZER, Sulhi/ERMAN, Sahir: **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt I**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 1997.
- EREM, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt: II Genel Hükümler**, Seçkin Kitabevi, Ankara 1985.
- GİDEN, Yıldray: **Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverme**, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008 (Erişim: www.yok.gov.tr).
- GÖZÜBÜYÜK, Abdullah Pulat: “Ceza İnfaz Kanunlarının Geçmişe Şümülü”, **Adalet Dergisi**, Şubat 1954, Y. 45, S.2, s. 91-95.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, U S – A Yayıncılık, Ankara 2010.
- İÇEL, Kayhan/SOKULLU-AKINCI, Füsun/ÖZGENÇ, İzzet/SÖZÜER, Adem/MAHMUTOĞLU, Fatih S./ÜNVER, Yener: **İçel Yaptırım Teorisi**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2002.

- İÇEL, Kayhan: “Hürriyeti Bağlayıcı Cezalara Seçenek Olan Müesseselerdeki Gelişmeler ve Türk Ceza Sisteminin Bu Yönden Değerlendirilmesi”, **Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında Türk Ceza Kanununun 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu** (22 – 26 Mart 1976), İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No.: 2270, Hukuk Fakültesi No.: 511, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Enstitüsü No.: 19, İstanbul, 1977.
- İNCE, Levent: **Türk İnfaz Hukukunda Koşullu Salıverilme ve Koşullu Salıverilmede Süreler**, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019 (Erişim: www.yok.gov.tr).
- KAFES, Veli: **T.C.K. Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartla Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar (Teori – Uygulama Örnekli)**, Ankara 1998.
- KAFES, Veli: “Koşullu Salıverilme”, SÖZÜER, Adem (Başeditör)/KELEP PEKMEZ, Tuba (Ed.)/ŞEKER, Fatma Betül (Ed.), **2. Ceza Hukuku Reformları Kongresi Ceza Hukuku Yaptırımları Kanunlar ve Uygulama Cilt I**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi Yayın No: 20, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 277-290.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- KUBBEALTI AKADEMİSİ KÜLTÜR VE SANAT VAKFI, **Kubbealtı Lugatı**, (<http://www.lugatim.com/>) (Erişim: 9.10.2020; 29.11.2020).
- MADEN, Mehmet: **Hapis Cezasına Seçenek Yaptırımlar**, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- ÖNDER, Ayhan: **Ceza Hukuku Dersleri**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- ÖZBEK, Veli Özer: **İnfaz Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014.
- ÖZÖN, Mustafa Nihat: **Osmanlıca Türkçe Sözlük**, İnkılâp Kitabevi, İstanbul 1989.
- TÜRK DİL KURUMU: **Güncel Türkçe Sözlük**, (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim: 29.11.2020).
- Turkedebiyati.Org – Türk Dili ve Edebiyatı Dersleri Kaynak Eğitim Sitesi** (<https://www.turkedebiyati.org/>) (Erişim: 29.11.2020).
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner: **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Şartla Salıverme**, Legal, İstanbul 2002.
- YENİDÜNYA, Ahmet Caner: “Şartla Salıvermenin Hukuki Niteliği”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 2003, s. 68-73.
- ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2013.

Türk Hukukunda Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyetin Sonucu Olarak Kişinin Kısıtlanması

The Interdiction as a Result of being Sentenced to Imprisonment in Turkish Law

Nuri Berkay ÖZGENÇ* 

Öz

Ceza mahkûmiyetinin önemli sonuçlarından biri, kişiyi maruz bıraktığı kısıtlılık hâlidir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 407. maddesine göre, bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan her ergin kısıtlanır. Kısıtlama; ergin olan ve velayet altında bulunmayan bir kişinin fiil ehliyetinin, kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak, mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır. Kısıtlama kararı tam ehliyetli kişinin ehliyetini sınırlandırır ve onu sınırlı ehliyetsiz hâle getirir. Bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan erginlerin kısıtlanmalarının temelinde, onları ceza infaz kurumlarında buldukları sırada denetim altında tutmak ve yine bu sırada onların maddi ve manevi çıkarlarını korumak gayeleri yatmaktadır. Mevzuatta kısıtlayarak vasi atama davalarının hızlandırılmasını ve vasilerin hükümlülerin rehabilitasyon süreçlerinde daha aktif roller üstlenmelerini sağlayacak düzenlemeler yapılması, kuruma yeni bir ivme kazandıracaktır.

Anahtar Kelimeler: Hükümlü, Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza, Kısıtlılık, Özgürlüğü Bağlayıcı Ceza Sonucunda Kısıtlılık, Vasi.

Abstract

One of the important consequences of the conviction in criminal courts is the state of the interdiction that the person is exposed to. Pursuant to Article 407 of the Turkish Civil Code numbered 4721, adults who are sentenced to minimum one-year imprisonment are subject to interdiction. The interdiction is limitation of the judicial capacity of the adult person, who is not under custody, based on the reasons specified in the law, by a court decision. The interdiction decision limits the capacity of the fully competent person and renders him - her noncompetent. The purpose of the interdiction of adults who are sentenced to minimum one-year imprisonment is to keep them under control as long as they stay in the penal execution and to protect their material and nonmaterial benefits during this process. Making regulations in the legislation that enables the proceedings on appointment of guardians to be accelerated by restricting and enable the guardians to play more active roles in the rehabilitation processes of the convicts will give the institution a new momentum.

Keywords: Convicted, Punishment Restricting Freedom, Interdiction, Interdiction as a result of Punishment Restricting Freedom, Guardian.

* Dr. Öğr. Üyesi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Yargılaması Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: nbozgenç@fsm.edu.tr

GİRİŞ

Ceza mahkûmiyetinin önemli sonuçlarından biri, kişiyi maruz bıraktığı kısıtlılık hâlidir. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun¹ (TMK) 407. maddesinde bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasının infazı sırasında kişinin kısıtlanacağından bahsedilmiştir. Bu çalışmada TMK'nın 407. maddesinde öngörülen kısıtlılık sebebi üzerinde durulacak, bu kısıtlılık sebebinin sınırlarıyla ve sonuçlarıyla ilgili değerlendirmelerde bulunulacaktır.

TMK'ya göre, bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan her ergin kısıtlanır. Kısıtlama; ergin olan ve velayet altında bulunmayan bir kişinin fiil ehliyetinin, kendisinin ve başkalarının hukuksal düzlemde korunabilmesi ihtiyacıyla ve kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak, mahkeme kararıyla sınırlandırılmasını ifade eder. Kısıtlama kararı tam ehliyetli kişinin ehliyetini sınırlandırır ve onu sınırlı ehliyetsiz hâle getirir². Kısıtlama kararının kişiyi "sınırlı ehliyetsiz" statüsüne koyması demek, kişinin kendisini borç altına sokan işlemleri ancak yasal temsilcisinin izni ve onayı ile yapabilecek hâle gelmesi demektir. Özgürlüğü bağlayıcı ceza almış bir kişi açısından bu kurumun faydası, kişinin kendisine vasi³ atanmış olması sebebiyle bir yasal temsilciye kavuşmasıdır.

İnfaz savcılığı, bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen sulh hukuk mahkemesine bildirmekle yükümlüdür (TMK m. 407, 397). Cezanın infazına başladıktan sonra – henüz kendisine vasi atanmamış olsa bile – hükümlü tarafından gerçekleştirilecek tasarruflar geçerli olmaz. Cezanın infazının tamamlanmasıyla birlikte kısıtlılık hâli de kendiliğinden sona erer⁴.

Hükümlünün kısıtlanarak kendisine vasi atanmasının temelinde yatan ana faktör, – kişinin kamu düzenini bozmasından ötürü-, onu, bazı medeni işlemleri yaparken devletin denetimi ve gözetimi altında tutma isteğidir. Hükümlünün kısıtlanarak kendisine vasi atanmasının temelinde yatan diğer bir faktör ise, kendisinin infaz kurumu dışındaki çıkarlarının korunması isteğidir⁵. Zira cezaevine konulan ve dış hayatla ilişkisi kesilen kişinin, bu ilişki kopukluğu sebebiyle birçok çıkarının zarara uğraması söz konusu olabilir. Ayrıca, her insanın günlük hayatın gereklerine uygun işlemler yapmak zorunda bulunduğu gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır⁶. Bu zorunlulukları hapiste

1 R. G. 08.12.2001, S.: 24607.

2 Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.: III, Aile Hukuku, İstanbul 2020, s. 415; Ardıç, Oğuzhan, Medeni Hukuk, 3. Bası, Ankara 2004, s. 313.

3 Belirtelim ki vasi, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesi tarafından atanan bir kişidir (TMK m. 413). Vasi; vesayeti altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliğine özen gösterme, onu temsil etme ve onun malvarlığını yönetme görevlerini yerine getirmekle yükümlüdür (TMK m. 445-1; 447 - 448). Ancak vasi; vesayet altındaki kişi adına kefil olamaz, vakıf kuramaz ve önemli bağışlar yapamaz (TMK m. 449). Başka bir ifadeyle; bahsedilen bu üç hukuki işlem, vasiler için de "yasak işlem" niteliğindedir. Koç, Nevzat, "Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış", Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan - Özel Sayı, DEÜHFD, C.: 7, İzmir 2005, s. 102.

4 Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara 2017, s. 711; Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 - 75, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 637.

5 Erdoğan, Oktay, İnfaz Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016, s. 1441.

6 Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk: Giriş; Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku;

olması sebebiyle yerine getiremeyen hükümlü, ya cezaevinden firar etmek isteyecek ya da mallarını elden çıkarma imkanları arayacaktır. Söz konusu durum, hem kamusal çıkarlar açısından hem de hükümlünün çıkarları açısından son derece sakıncalıdır⁷. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu, TMK'nın 407. maddesindeki düzenlemeyi yapmıştır.

I. HÜKÜMLÜNÜN KISITLANMASI VE ONA VASİ ATANMASI

TMK'nın "Özgürlüğü bağlayıcı ceza" başlıklı 407. maddesine göre,

"(1) Bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkum olan her ergin kısıtlanır.

(2) Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür".

A. KISITLANMA ŞARTLARI

TMK'nın 407. maddesine göre, hükümlünün kısıtlanabilmesi için gerekli olan şartları iki ana kategoride incelemek mümkündür. Bunlar, cezaya ilişkin şartlar ve hükümlüye ilişkin şartlar olarak ifade edilebilir.

I. Cezaya İlişkin Şartlar

a. Cezanın Türü

TMK'nın 407-1. maddesi; açıkça özgürlüğü bağlayıcı cezadan yani hapis cezasından bahsettiğine göre, özgürlüğün hapis cezası dışında bir sebeple kısıtlanması hâlinde, vesayet altına alma mekanizması devreye girmeyecektir. Dolayısıyla ceza muhakemesi hukukundaki kişinin özgürlüğünden alıkonulmasına neden olan gözaltına alma, gözlem altına alma ve tutuklama gibi koruma tedbirlerine başvurulması, kısıtlama sebebi olamaz. Bu hâllerde şartları varsa, kişiye bir kayyım⁸ atanabilir⁹. Aynı şekilde disiplin ve tazyik hapislerinin infaz edilmesi sırasında da ilgili kişiler kısıtlanmaz¹⁰. Yine ödenmeyen adli para cezasından çevrilen hapis cezası – 13.12.2004 tarihli ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un¹¹ (CGTİHK) 26.02.2008 tarihli ve 5739

Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 1997, s. 1097.

7 Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidoğru, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), 1. Baskı, Ankara 2003, s. 149 – 150.

8 "Kayyım, belirli bir işin görülmesi ya da malvarlığının yönetilmesi için, Türk Medeni Kanunu'nda ve diğer kanunlarda öngörülen durumlarda, vesayet makamınca, ilgisinin isteği üzerine veya re'sen atanan kişidir". Koç, s.105.

9 Oğuzman, M. Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1998, s. 442; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 1285; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2019, s. 565; Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Türk Medeni Hukuku, C.: II, Aile Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2020, s. 485; Dural / Ögüz / Gümüş, s. 418; Erdoğan, s. 1442.

10 Erdoğan, s. 1442.

11 R. G. 29.12.2004, S.: 25685.

sayılı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un¹² 5 inci maddesi ile değişik 106-9. maddesi¹³ uyarınca – hükümlünün hapis cezasına mahkûm edilmesi anlamına gelmeyeceğinden ve hükümlünün hapis cezası ile mahkûm edilmesinin sonuçlarını doğurmayacağından, bahsedilen cezanın süresi bir yıl veya daha fazla da olsa onun infazı sırasında hükümlü kısıtlanmamalıdır¹⁴.

Hükümlünün kısıtlanması için hapis cezasının kesinleşmesi de şarttır¹⁵. Dolayısıyla hükmen tutuklunun da kısıtlanarak kendisine bir vasi atanması mümkün değildir. Bu konumda bulunan kişiye gerekirse kayyım atanabilir¹⁶.

Yeri gelmişken belirtelim ki; hapis cezasına sivil ya da askeri mahkeme tarafından hükmedilmesinin, işlenen suçun niteliğinin ya da hapis cezasının türünün¹⁷ kısıtlama kararı üzerinde herhangi bir etkisi yoktur¹⁸.

Mahkûm edildikleri bir yıl veya daha fazla süreli hapis cezaları adli para cezalarına çevrilen kişiler TMK'nın 407. maddesine göre kısıtlanamazlar¹⁹. Zira TCK'nın 50-5. maddesine göre, hapis cezasının adli para cezasına çevrildiği hâllerde uygulamada asıl mahkûmiyet adli para cezasıdır. TMK ise sadece bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûmiyeti kısıtlama sebebi saymaktadır. Adli para cezasına mahkûmiyeti kısıtlama sebebi saymamaktadır.

Hapis cezasının ertelenmesi hâlinde hükümlü, cezasını infaz kurumunda çekmeyeceği için onun hakkında kısıtlama kararı verilemeyecektir²⁰.

Yukarıda da değişik vesilelerle ifade edildiği üzere, TMK sadece bir yıl veya daha fazla süreli bir özgürlüğü bağlayıcı “ceza”ya mahkûmiyeti kısıtlama sebebi saymıştır. TCK'nın öngördüğü “güvenlik tedbirleri” birer ceza mahiyeti taşımadığından, bir kişi hakkında bir yıl veya daha uzun süreyle güvenlik tedbirlerinin uygulanması onun kısıtlanmasını gerektirmez. Burada da şartlara göre hakkında güvenlik tedbiri uygulanan kişinin diğer kısıtlama sebeplerinden biriyle kısıtlanması veya kendisine kayyım tayini her zaman mümkündür²¹.

b. Ceza Miktarı

Hapis cezasının süresi kısıtlanma konusu üzerinde hayati bir öneme sahiptir. TMK m. 407-1'e göre; hapis cezasının kısıtlamaya sebep olabilmesi için, en az bir yıl süreli olması gerekir. Bir yıldan

12 R. G. 01.03.2008, S.: 26803.

13 Söz konusu hükme göre, “... Hapse çevrilmiş olmasına rağmen hak yoksunlukları bakımından esas alınacak olan adli para cezasıdır”.

14 Mecit, Kemal, İnfaz Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017, s. 659; Erdoğan, s. 1442.

15 Kılıçoğlu, s. 565; Erdoğan, s. 1442.

16 Erdoğan, s. 1442.

17 Mahkûmiyet hükmü; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası veya süreli hapis cezası olabilir. Erdoğan, s. 1442; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 151.

18 Oğuzman / Dural, s. 442.

19 Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C.: III, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005, s. 585.

20 Oğuzman / Dural, s. 443; Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 583; Öztan, s. 1285 – 1286; Akıntürk / Ateş, s. 485; Kılıçoğlu, s. 565; Erdoğan, s. 1442.

21 Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 583 – 584.

daha kısa süreli hapis cezasına mahkûm olan bir kişi, bu maddeye göre değil de, diğer kısıtlama sebeplerinden biri varsa ona göre kısıtlanır. Şartlar uygunsa böyle bir kişiye kayyım atanması da mümkündür²².

Vurgulayalım ki “bir yıl veya daha uzun süreli olması gereken hapis cezası”, hükümlünün infaz kurumunda geçireceği süre olmayıp, hükümlü için hükümlenen mahkûmiyet süresidir²³.

Cezaların içtimalı hâlinin nasıl bir değerlendirmeye tabi tutulması gerektiği konusunda ise doktrinde tartışmalar vardır. Hükümlünün, içtimalı edilen cezalarından biri tek başına bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiriyorsa, kendisinin kısıtlanması konusunda herhangi bir tartışma yoktur²⁴. Buna karşılık hükümlünün, tek başına ele alındığında süresi bir yıldan az olan birden fazla cezası varsa ve bunlar toplandığında kendisi için ortaya bir yıldan fazla hapis cezası çıkıyorsa, bu durumda onun kısıtlanması gerekip gerekmediği meselesi belirsizliğe sebebiyet vermektedir. Doktrinde bu konuda savunulan bir görüş; tek başına ele alındığında bir yıldan az olan hapis cezalarının – mahkemece CGTİHK'nın 107. maddesi gereğince – infaz amacıyla toplanmasından sonra toplam cezanın bir yılı aşması hâlinde, hükümlü için kısıtlama kararı verilemeyeceğini ileri sürmektedir²⁵. Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise, bahsedilen durumda hükümlünün kısıtlanması gerektiği şeklindedir²⁶. Bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan erginlerin kısıtlanmalarının temelinde, onları ceza infaz kurumlarında buldukları sırada denetim altında tutmak ve yine bu sırada onların maddi ve manevi çıkarlarını korumak amaçları yatmaktadır. Dolayısıyla bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan ve cezaevinde bulunan hükümlüler, hayata kendilerine atanan vasilerin yardımıyla tutunmaktadırlar. Vasiler, cezaevlerinde bulunan hükümlülere dış dünyada adeta el ayak olmaktadır. Kanaatimizce böyle bir tabloda hükümlünün aldığı toplam hapis cezası miktarına odaklanılarak değerlendirme yapılmalıdır. Hükümlünün, tek başına ele alındığında süresi bir yıldan az olan birden fazla cezası mevcutsa ve bunlar toplandığında kendisi için ortaya bir yıldan fazla hapis cezası çıkıyorsa, onun kısıtlanması gerekmektedir. Aksi takdirde hükümlü; kendisini dışarıda temsil eden bir vasi olmadan uzun süre ceza infaz kurumunda kalmak gibi bir cendereye düşürülecek, maddi ve manevi zararlarla boğuşmak zorunda bırakılacaktır. Doğrudan bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen kişiler; vesayet şemsiyesiyle korunurlarken, kendileri hakkındaki içtimalı hapis cezalarının toplam süreleri bir yıl olan veya bir yılı geçen kişilerin vesayet şemsiyesinden uzak tutularak maddi – manevi zararlar yağmuruna maruz bırakılmaları adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Burada yeri gelmişken değinilmesi gereken konulardan biri de, tutukluluk süresinin cezadan mahsup edilmesi meselesidir. Bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan hükümlünün, tutukluluğunun mahsubundan sonra çekmesi gereken cezası bir yılın altına düşse de,

22 Oğuzman / Dural, s. 442; Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 582; Akıntürk / Ateş, s. 485; Kılıçoğlu, s. 565; Erdoğan, s. 1442.

23 Erdoğan, s. 1442.

24 Mecit, s. 658.

25 Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 583.

26 Özmen, İsmail, Açıklamalı – İçtihatlı Vesayet Hukuku Davaları, Ankara 2004, s. 201 – 202; Mecit, s. 658 – 659; Erdoğan, s. 1443; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 151.

kendisi yine kısıtlanır²⁷. Zira kanuni düzenleme indirim ya da arttırmaya değinmeden bir yıl veya daha fazla süreli bir cezadan bahsetmektedir²⁸. Buna karşılık tutukluluk süresinin mahsubundan sonra hükümlünün çekmesi gereken ceza kalmamışsa, kendisi kısıtlanmaz²⁹.

2. Hükümlüye İlişkin Şartlar

TMK'nın 407-1. maddesinde kısıtlanması gereken kişilerin "ergin" olmasından bahsedilmektedir. Bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan her ergin kısıtlanır³⁰.

Ergin olmayan hükümlüler (suça sürüklenen çocuklar) velayet ya da vesayet altında olmaya devam ederler; onlar ayrıca kısıtlanmaz³¹. Hükümlünün cezasını çekmeye başladıktan sonra ergin olması durumunda ise nasıl hareket edileceği konusunda doktrinde tartışmalar yaşanmaktadır. Bu konuda doktrinde savunulan bir görüş; cezanın infazı sırasında erginlik kazanılmışsa ve geri kalan ceza da bir yıl ve daha fazla süreli bir cezaysa, hükümlünün kısıtlanmaması gerektiğini ileri sürmektedir³². Bu konuda doktrinde savunulan diğer bir görüş de; hükümlünün cezasını çekmeye başladıktan sonra ergin olması durumunda kendisinin geriye kalan ceza miktarına bakılmaması gerektiğini, kendisinin esas cezası bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasıysa onun ergin olduktan sonra kısıtlanması gerektiğini ileri sürmektedir³³. Kanaatimizce böyle bir ihtimalde hükümlünün ergin olmasından sonra kalan ceza miktarıyla ilgilenilmemeli, hükümlünün mahkûm edildiği esas ceza miktarı dikkate alınarak mesele çözüme kavuşturulmalıdır. Bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan hükümlünün kısıtlanmasının temelinde, onu denetlemek ve onun maddi – manevi çıkarlarını korumak amaçları yatmaktadır. Erginliğini yeni kazanmış bir hükümlüyü, sırf geride kalan ceza miktarı bir yıldan az olduğu için, vesayet şemsiyesinden mahrum bırakmak yukarıda sayılan amaçları boşa çıkarmak anlamına gelecektir.

B. KISITLANMA KARARI

Herhangi bir suçtan ötürü mahkemece bir yıl veya daha uzun süreli bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya, yani hapis cezasına mahkûm edilmiş olan ergin bir kimse, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte kendiliğinden vesayet altına girmiş olmaz. Bu kişinin vesayet altına alınması için, cezasının infazına başladıktan sonra vesayet makamınca (sulh hukuk mahkemesince), kendisi hakkında bir kısıtlama kararının verilmesi gerekir³⁴. Özgürlüğü bağlayıcı ceza ile hüküm giymiş olma nedeniyle

27 Erdoğan, s. 1443; Mecit, s. 659.

28 Mecit, s. 659.

29 Erdoğan, s. 1443.

30 Erdoğan, s. 1443; Mecit, s. 659; Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 151.

31 Erdoğan, s. 1443; Mecit, s. 659.

32 Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 151; Erdoğan, s. 1443.

33 Mecit, s. 659.

34 Akıntürk / Ateş, s. 485; Oğuzman / Dural, s. 443; Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 584; Öztan, s. 1285; Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2016, s. 74 – 75. Yargıtay'ın bu yöndeki kararları için bkz. Yarg. HGK., T.: 26.02.1970, 968 / 4 – 597

kısıtlama kararının verilebilmesi için, hükümlünün kendi işlerini bizzat yürütüp yürütemeyeceğine bakılmaz. Sadece belirli süreyle hüküm giymiş olmak, kısıtlama için yeterlidir³⁵. Bu şart gerçekleştiği takdirde sulh hukuk hâkimi kısıtlılık kararı vermek zorundadır³⁶.

Akil hastalığı veya akıl zayıflığı (TMK m. 405), savurganlık, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim (TMK m. 406) gibi kısıtlama sebeplerinden farklı olarak³⁷, TMK m. 407 burada sadece bir yıllık hapis cezasının varlığını kısıtlama için yeterli görmüş; ayrıca bu sebeple hükümlünün korunmaya da muhtaç olmasını aramamıştır. Bu noktadan hareket edildiğinde kanun koyucunun bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen her erginin korunma ihtiyacı içerisinde olduğu faraziyesiyle TMK m.407'yi yazdığı sonucuna ulaşılır. Kanun koyucu, bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen her erginin korunmaya muhtaç olduğu faraziyesiyle yola çıktığı için TMK m. 407'de bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen – istisnasız – bütün hükümlülerin kısıtlanmaları gerektiği düzenlemesine yer vermiştir. Bu bakımdan bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm olma mutlak bir kısıtlama sebebi sayılabilir³⁸. Ancak son zamanlarda, TMK m. 407'nin bir faraziye değil de, aksinin ispat edilmesi mümkün olan bir karineye yer verdiğini ileri süren bazı yazarlar; kişinin sırf bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olduğu için kısıtlanmasını eleştirmektedirler. Bu yazarlara göre; hapis cezasına mahkûm olan bir kişinin, kanun gereği kısıtlanmasına gidilmemeli, bu şahsın gerçekten vesayet altına konulmasının lazım gelip gelmediği araştırılmalıdır. Yani bu hâlde de kişinin hapiste olduğu süre içinde korunmaya muhtaç olup olmadığına bakılmalı ve ancak onun korunma ihtiyacı içerisinde bulunduğu saptanırsa o zaman kendisi kısıtlanarak vesayet altına konulmalıdır. Hükümlüye bir kayyımın atanması yoluyla onun problemlerini çözmenin mümkün olduğu hâllerde onu kısıtlamanın hiçbir anlamı yoktur³⁹. Vurgulayalım ki, İsviçre Federal Mahkemesi'nin ulaştığı

/ 760 (Özmen, s. 142); Yarg. 10. H. D., T.: 03.05.1974, 2502 / 3486 (Yargıtay Kararları Dergisi, C.: II, S.: 1, Ankara Ocak 1976, s. 37); Yarg. 4. H. D., T.: 15.12.1987, 7621 / 9199 (Öztan, s. 1285, dn. 120); Yarg. 2. H. D., T.: 21.06.2004, 7641 / 8215 (Gençan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Ankara 2009, s. 371). Bu konuda doktrinde savunulan farklı bir görüş; hükümlülerin mahkûm edildikleri bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezalarının infazı amacıyla cezaevine girdiklerinde, kanun gereği, kısıtlı hâle geldiklerini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre; hükümlüler kanun gereği kısıtlı sayıldıkları için, onlar hakkında sulh hukuk mahkemeleri tarafından kısıtlılık kararı verilmesine ihtiyaç yoktur. Sulh hukuk mahkemeleri bu safhada hükümlüleri kısıtlamak için değil, zaten kanun gereği kısıtlı olan hükümlülere vasi atamak için devreye girer. Erdoğan, s. 141; Em, Ali, Vesayet Hukuku ve Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2020, s. 85. Belirtelim ki, kısıtlama kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak mahkeme kararıyla kişinin fiil ehliyetinin sınırlanması ve TMK m. 405 vd. hükümlerinde kısıtlamanın ancak bir hâkim kararı ile mümkün olabileceği emredici hükümlerle düzenlenmiştir. TMK m. 407 de aynı şekilde emredici ve açık bir hükümdür. Kişinin kanunda belirtilen sebebin gerçekleşmesi ile kendiliğinden kısıtlı statüsüne gireceğini kabul etmek için kanunda buna ilişkin açık bir hüküm olması gerekir. Kanun koyucu diğer kısıtlılık hâllerinden farklı bir düzenleme getirmek isteseydi bunun için istisna hüküm getirmesi gerekirdi.

35 Akıntürk / Ateş, s. 486.

36 Artuk / Gökçen / Yenidünya, s. 151.

37 Bahsedilen kısıtlama sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Dural, s. 434 vd.; Zevkililer / Acabey / Gökyayla, s. 1090 vd.; Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2002, s. 52 vd.; Kılıçoğlu, s. 559 vd.; Akıntürk / Ateş, s. 481 vd.; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 415 vd.

38 Oğuzman / Dural, s. 442 – 443; Dural / Öğüz / Gümüş, 10. Bası, s. 583; Öztan, s. 1287.

39 Egger, August, Art. 371, N. 8 – 10 (Nakleden: Oğuzman / Dural, s. 443, dn. 1421); Tuor, P. / Schnyder, B. / Schmid, J. / Rumo – Jungo, A., Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2002, s. 489 (Nakleden: Dural / Öğüz / Gümüş, 10. Bası, s.

sonuç da bu yöndedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, İsviçre Medeni Kanunu m. 371 (Türk Medeni Kanunu m. 407'nin İsviçre Medeni Kanunu'ndaki karşılığını oluşturan hüküm) sınırlandırılmış bir nispiyet öngörür. Bir yıl veya daha fazla süreli bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya çarptırılan kişi kural olarak kısıtlanmalıdır. Kısıtlamaya yönelik bu karine ise, somut olayda hükümlünün kişisel bakım ve malvarlığı çıkarlarının korunması ihtiyacının bulunmadığının ispat edilmesi ile çürütülebilir⁴⁰. Belirtelim ki, sırtını İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bazı kararlara dayayan bu görüş de hükümlüyü koruma felsefesiyle yola çıkmıştır. Zira bu görüş, hükümlü hakkında verilen kısıtlılık kararının ilan edilmesinin onun için olumsuz sonuçlar doğurabileceği ve hükümlüyü daha hafif nitelikteki önlemlere başvurmak suretiyle korumanın mümkün olduğu durumlarda onu kısıtlamanın "orantılılık ilkesi"ni ihlal edeceği argümanlarını savunmaktadır⁴¹. Ancak, hükümlüyü korumak amacıyla yola çıkan bu görüşün, uzun vadede hükümlünün çıkarlarını zedeleyebilecek bir kimliğe de bürünmesinin mümkün bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Cezaevi hayatı, kuralları ve işleyişi oldukça farklı bir mekanizmadır. Cezaevi; hükümlü için yeri geldiğinde bir çilehane, yeri geldiğinde bir şifahane, yeri geldiğinde bir okul, yeri geldiğinde ise bir misafirhane misyonu üstlenir. Hükümlü, en önemli aksesuarlarından biri olan "özgürlük künyesi"ni cezaevinin kapısında bırakarak içeriye girer. Cezaevine giren hükümlünün dışarıyla bağlantı kurması güçleşir. Bir yandan içeriye alışmaya çalışırken, diğer yandan da dışarıda yaşananlara müdahale edememenin buhranını yaşar. Hükümlünün gündelik işlerinin yürütülmesiyle ve – şayet varsa – malvarlığının yönetilmesiyle ilgili endişelerinin giderilebilmesi için kendisini dışarıda temsil edecek bir vasiye ihtiyacı vardır. Cezaevindeki hükümlüye atanan vasi, kendisi için dışarıda adeta el ayak görevi görecektir. Özellikle de hükümlünün istediği bir kişinin kendisine vasi olarak atanması, onun cezaevindeki zor ve karmaşık hayatını bir nebze olsun rahatlatacaktır. Kendisine verilen görevleri layıkıyla yerine getiren bir vasi, hükümlünün firar etme arzularını dizginleyecek ve onun malvarlığının çarçur edilmesine engel olacaktır. Hükümlüye atanan bir kayyımın – içerisinde bulunduğu hukuki konum itibarıyla – vasinin üstlendiği misyonu yerine getirebilmesi mümkün değildir. Bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan her ergin korunmaya muhtaçtır. Kendilerinin dışarıdaki maddi ve manevi çıkarlarının layıkıyla korunabilmesi için kısıtlanmaları şarttır. Bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm olan erginlerin gerçekten korunmaya muhtaç olup olmadıklarını saptamak için cezaevlerinde araştırma faaliyeti yürütmek zaten tıkanıklıklarla dolu olan infaz sistemimizi daha da karmaşık hâle getirecektir. Ayrıca devletin, işledikleri suçlardan ötürü kamu düzenini bozarak bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan kişileri – onlar cezalarını çekerken – denetim ve gözetim altında bulundurmak istemesi de isabetli bir yaklaşımdır. Özetle; bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm olma, TMK m. 407'ye göre, mutlak bir kısıtlama sebebidir. Bu uygulama hem devletin hem de hükümlünün çıkarlarına hizmet etmektedir. Kanaatimizce bu uygulamayı – hükümlülerin kişiliğini ve saygınlığını koruma amacıyla olsa dahi – yumuşatmaya çalışmak, devletin infaz politikalarına ve hükümlülerin maddi – manevi çıkarlarına zarar verecektir.

583, dn. 50). Türk Hukukunda bkz. aynı yönde Öztan, s. 1287. Kayran, Belma, Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku, T. C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012, s. 31.

40 BGE 104 II 12 – 14 (Dural / Öğüz / Gümüş, 10. Bası, s. 583 ve dn. 50).

41 Öztan, s. 1287.

Hükümlünün yerleştirildiği ceza infaz kurumu, hükümlünün kısıtlanarak ona vasi atanması için sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunur. İhbar yoksa mahkeme, hükümlüyü kendiliğinden kısıtlayamaz ve ona vasi atayamaz. Hükümlünün kısıtlanarak ona vasi atanmasının amacı; hükümlünün ve üçüncü şahısların haklarının korunmasını sağlamak olduğuna göre, hükümlünün cezasını çektiği infaz kurumunun yanı sıra noterler, nüfus daireleri, tapu daireleri, icra daireleri ve mahkemeler gibi kurumların da ve hatta hükümlünün yakınlarının da onun için ihbarda bulunabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda mahkeme ilgili kurumdan evrakı ister. Hükümlünün cezasının bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezası olması durumunda kendisine vasi atanması, medeni hukuk davalarında taraf teşkili bakımından “ön mesele”⁴² olarak kabul edilmektedir⁴³.

Hükümlüye vasi atanmış olup olmadığı meselesi, kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle hukuk ve ceza mahkemelerince re’sen gözetilir⁴⁴.

C. VESAYETİN BAŞLANGICI

TMK’nın 407-2. maddesine göre; “Cezayı yerine getirmekle görevli makam, böyle bir hükümlünün cezasını çekmeye başladığını, kendisine vasi atanmak üzere hemen yetkili vesayet makamına bildirmekle yükümlüdür”.

Kanun, hükümlünün cezasının infaz edilmeye başlandığının cezanın infazıyla görevli makam olan Cumhuriyet savcılığı tarafından hemen yetkili vesayet makamına bildirilmesini öngördüğüne göre, buradan kısıtlama kararının mahkûmiyet tarihinden itibaren değil, fakat hükümlünün cezasını çekmeye başladığı tarihten itibaren alınabileceği anlaşılmaktadır. Bir diğer ifadeyle, kısıtlamaya yetkili vesayet makamı en erken hapis cezasının fiilen icrasına başlanıldığı tarihten itibaren kısıtlama kararı verebilir. O hâlde hükümlü, henüz hapis cezasını çekmeye başlamamışsa, kendisi hakkında kısıtlama kararı verilemeyecektir⁴⁵. Zira hüküm kesinleştiği hâlde, hükümlünün infaza başlanmasını önemli ve haklı sebeplere dayanarak erteleyebilmesi mümkündür (CGTİHK m. 16 – 18). İnfazı ertelenen kişinin hükmün kesinleşmesi nedeniyle hukuksal işlem ehliyetini kaybettiğinden bahsetmek büyük bir çelişki olur. Asıl olan hak ve fiil ehliyeti, vesayeti gerektiren sebepler bunun istisnası olduğuna

42 Ön mesele; bir davada, davaya devam edilebilmesi ve karara varılabilmesi için çözümlenmesi gereken sorunlardır. Geniş anlamda, dava içinde çözüme kavuşturulması gereken her mesele, ön meseledir. Ön meseleye, davanın karara bağlanabilmesi için dava içinde gerçekleştirilen küçük davacıklar da denilebilir. Ön meseleler çözümlenmeden yargılamanın yürütülmesi veya ön meselelerin bir kısmına ilişkin kararların yargılamanın sonuna ertelenmesi hukuka uygun değildir. Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usûl Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011, s. 395.

43 Erdoğan, s. 1443.

44 Erdoğan, s. 1444. “Bir yıl veya üzeri süreli özgürlüğü bağlayıcı ceza ile hükümlendirilen ve cezasının infazına başlanılan her ergin kişi için bir vasi tayin edilir. O halde cezanın infazına başlanınca yerleşim yeri vesayet makamına vasi tayini için yazı yazılması sonucunun beklenmesi, davalıya vasi tayin edilip edilmediğinin araştırılması, vasi tayin edilmişse vasi davaya dahil edilerek onun huzurunda davaya devam edilmesi gerekir. Davalı kocanın Çorlu cezaevinde hükümlü olduğu anlaşılmıştır. O halde davalının hükümlülük süresinin araştırılması, bir seneden fazla ceza ile mahkûm olduğunun anlaşılması hâlinde, hapis hali sona erinceye kadar vasi tayin ettirilmesi, duruşmaya vasi huzurunda devam edilmesi ve yargılamanın bu şekilde sonuçlandırılarak karar verilmesi gerekir”. Yarg. 2. H. D., T.: 19.09.1986, E.: 1986 / 7091, K.: 1986 / 7709 (Erdoğan, s. 1444, dn. 1228).

45 Akıntürk / Ateş, s. 485; Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 584.

göre, infazına başlanmamış olan mahkûmiyet kararının kısıtlama sebebi sayılması isabetli olamaz. Aksi hâlde hükümlü için kısıtlılık süresi, kendisinin mahkûm edildiği özgürlüğü bağlayıcı ceza süresini aşmış olacaktır⁴⁶.

TMK'ya göre; yetkili vesayet makamı, hükümlü hakkındaki kısıtlama kararını en erken onun hapis cezasının fiilen icrasına başlanıldığı tarihten itibaren verebilir. Bu noktadan yola çıkıldığında, hükümlünün kendisi hakkındaki mahkûmiyet hükmünün kesinleşeceği tarihten kendisi hakkında sulh hukuk mahkemesince kısıtlılık kararı verileceği tarihe kadar kısıtlı bulunmayacağı sonucuyla karşılaşılır. Mahkûmiyet hükmünün kesinleştiği tarih ile kısıtlılık kararının verildiği tarih arasındaki süreçte hükümlünün; kendisi için TCK'nın 53. maddesinin getirdiği yoksunluklardan ötürü bazı hukuki işlemleri yapamaması hâlinde, ona bir kayyım atanması gerekir⁴⁷.

Öte yandan, mülga 01.03.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun⁴⁸ 33. maddesine göre; beş yıldan fazla ağır hapis cezasına mahkûm edilen kişiler, cezalarını çektikleri süre içerisinde vesayet makamının vereceği bir kısıtlama kararına gerek duyulmaksızın kanun gereği kendiliklerinden kısıtlı sayılırlardı. Bu durumda vesayet makamı, beş yıldan fazla ağır hapis cezasını çekmeye başlayan kişiye sadece, kısıtlama kararı olmaksızın bir vasi tayin etmek mecburiyetinde kalırdı. Verilen ceza ağır hapis değilse, hükümlü kendiliğinden değil, ancak TMK m.407 uyarınca vesayet makamının vereceği kısıtlama kararıyla vesayet altına konulmakta idi. 5237 sayılı TCK ise mülga 765 sayılı TCK'nın 33. maddesine benzer bir düzenleme içermediğinden, hükümlülerin kısıtlanması artık sadece TMK m. 407'ye dayalı olarak gerçekleştirilecektir⁴⁹.

D. VESAYET HÂLİNİN SONA ERMESİ

TMK'nın 471. maddesine göre; “Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar”. Bu durumda kısıtlılık kendiliğinden ortadan kalkar. Kısıtlılığın kalkması için ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur⁵⁰.

Kısıtlanarak kendisine vasi atanan hükümlü ceza infaz kurumundan tahliye olduktan sonra, işlediği başka bir suç nedeniyle yeniden ceza infaz kurumuna girerse kendisinin önceki vesayet durumunun onu nasıl etkileyeceği meselesi de burada üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Yargıtay, kişinin ceza infaz kurumundan tahliye edildiği anda onun önceki vesayet durumunun kendiliğinden sona ereceği hususunun altını kalın bir şekilde çizmiş ve bu kişinin yeniden cezaevine girmesi hâlinde onun için yeni bir vesayet kararı alınması gerektiğini ifade etmiştir⁵¹.

46 Kılıçoğlu, s. 566.

47 Erdoğan, s. 1445.

48 R. G. 13.03.1926, S.: 320.

49 Akıntürk / Ateş, s. 486; Dural / Ögüz / Gümüş, 10. Bası, s. 584.

50 Erdoğan, s. 1445; Öztan, s. 1286; Dural / Ögüz / Gümüş, s. 446; Akıntürk / Ateş, s. 542; Kılıçoğlu, s. 624. Diğer taraftan cezasının affedilmiş olması da aynı sonucu doğurur. Oğuzman / Dural, s. 503; Akıntürk / Ateş, s. 542.

51 Erdoğan, s. 1445. “.. Hükümlü 22.10.2000 tarihinde koşullu salverilmiş olmakla, TMK'nun yürürlüğe girdiği 01.01.2002 t. itibarıyla hapis hali söz konusu olmadığından, kişinin vesayet durumu son bulmuştur. Hükümlünün 19.09.2003

Geçici yahut koşullu salıverilmenin vesayet ilişkisini ortadan kaldırıp kaldırmayacağı hususu, TMK'nın 471 inci maddesinde düzenlenmemiştir. Bu konu maddenin yorumuna bağlıdır. Maddede “hapis hâlinin sona ermesi” ibaresi kullanılmaktadır. “Hapis hâlinin sona ermesi” ibaresi, kişinin “hapis cezasının sona ermesi” şeklinde yorumlanırsa, geçici veya koşullu salıverilme hâlinde kısıtlılığın kendiliğinden sona ermeyeceği sonucuna ulaşılır⁵². Buna karşılık TMK'nın 471. maddesinin gerekçesinde de, yürürlükten kaldırılan 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin⁵³ 415. maddesinin ikinci cümlesinin⁵⁴ Kanun'a bilinçli olarak alınmadığına işaret edilmiştir. Esasen, kişinin hem kısıtlı olması hem de koşullu salıverilmeden yararlanması ortaya çelişkili bir durum çıkaracaktır. Öte yandan koşullu salıverilen kişinin kısıtlı olduğunu bilmeyen üçüncü şahısların çıkarlarının bu durumdan zarar görebileceği de açıktır. Zira bahsedilen kişiler koşullu salıverilen kişiyle – onun kısıtlı olduğunu bilmeden – bazı hukuki işlemler gerçekleştirebilecek, koşullu salıverilen kişi daha sonra bu hukuki işlemlerden tatmin olmazsa kısıtlılık hâlinin devam ettiği ve bu hukuki işlemlerle bağlı olmadığı argümanlarını ileri sürebilecek, böyle bir tablo da bahsedilen kişilerin maddi ve manevi çıkarlarını zedeleyebilecektir⁵⁵. Bu bağlamda doktrinde geçici ya da koşullu salıverilmenin vesayet ilişkisine son vereceği görüşü ağırlıklı olarak savunulmaktadır⁵⁶. Bizim kanaatimize göre de

tarihinde, kısıtlamayı gerektirir nitelikte özgürlüğü bağlayıcı yeni bir ceza mahkûmiyeti sebebiyle yeniden cezaevine girmiş olması durumu karşısında kısıtlama ve vasi tayini konusunda bir karar verilmesi gerekirken, önceki vesayet kararından söz edilerek davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır”. Yarg. 2. H. D., T: 16.06.2008, E. : 2008 / 4274, K.: 2008 / 8698 (Erdoğan, s. 1445, dn. 1229).

52 Nitekim doktrinde Centel / Zafer / Çakmut; şartla salıverilme hâlinde cezanın infazı sona ermiş sayılmayacağından, kısıtlılığın devam edeceğini savunmaktadırlar. Centel / Zafer / Çakmut, s. 711.

53 R. G. 04.04.1926, S.: 339.

54 Mülga 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi'nin 415. maddesinin ikinci cümlesi “Muvakkatten veya bir şart ile serbest bırakılmış mahbus vesayet altında kalır” şeklindeydi.

55 Öztan, s. 1286.

56 Dural / Ögüz / Gümüş, s. 446; Öztan, s. 1286; Akıntürk/ Ateş, s. 542; Kılıçoğlu, s. 624; Erdoğan, s. 1446; Şen, Ersan / Başer, Beyza, Koşullu Salıverilme – Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2018, s. 338 – 339. “... Öte yandan, somut olayda Yerel Mahkeme kasten adam öldürmek suçu nedeniyle sanıkları TCY'nın 448, ve 59. m. uyarınca 25'er yıl ağır hapis cezasıyla hükümlendirmiş, ayrıca TCY'nın 33. m. uyarınca “ceza müddeti zarfında yasal kısıtlılık altında bulundurulmalarına” karar vermiştir.

Ceza Yasamızın 33. maddesinin 1. fıkrasında; “Beş seneden ziyade ağır hapis cezasına mahkûm olanlar ceza müddetleri zarfında mahcuriyeti kanuniye halinde bulundurulur ve emvalinin idaresinde mahcurlar hakkındaki Kanunu Medeni ahkamı tatbik olunur.” denilmiştir. 4.12.1929 g. ve 33 – 18 s. İ. B. K.nda ise, hükümlülüğün sonucu olması nedeniyle, ilamda ayrıca açıklanmasa ve hükmedilmese dahi bu durumdaki hükümlülere her halde Kanunu Medeni hükümlerine göre bir vasi tayin edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Halen yürürlükten kalkmış 743 s. Türk Kanunu Medenîsinin hükümlüler hakkındaki kısıtlılık hâlinin sona ermesini düzenleyen 415. m. ise; “Hürriyeti salıp bir cezaya mahkûm olan kimse üzerindeki vesayet hapsini hitamıyla nihayet bulur. Muvakkatten veya bir şart ile serbest bırakılmış olan mahbus vesayet altında kalır.” hükmünü taşımaktaydı.

Ancak, 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 s. TMK'nun hükümlüler hakkındaki vesayetini sona ermesini düzenleyen 471. m. ile; “Özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûmiyet sebebiyle kısıtlı bulunan kişi üzerindeki vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar.” biçiminde yeni bir düzenleme getirilmiştir.

Madde gerekçesinde de; “... Yeni düzenlemede, özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûmiyet sebebine dayanan kısıtlılık hâlinin, kişinin hapis halinin sona ermesiyle yani cezasını çekmek veya şartlı salıverilme yoluyla cezaevinden çıkmasıyla birlikte kendiliğinden kalkacağı öngörülmüştür.

Yürürlükteki 415. maddenin yeni düzenlemeye alınmayan ikinci cümlesi geçici veya şartlı olarak salıverilmenin vesayet halini ortadan kaldırmayacağını öngörmektedir. Bu hüküm iki açıdan isabetli değildir. Öncelikle, bir kişinin şartla olsa bile salıverilmesine rağmen, kısıtlılık hâlinin devam ettiğini ve dolayısıyla fiil ehliyetinin tam olmadığını kabul etmek bir çelişkidir. Kişi salıverildiği yani özgür kılındığı hâlde, vesayet hâlinin devam ettiğini kabul etmek özgürlüğü bir başka açıdan kısıtlamaktır.

ceza infaz kurumundan her ne surette olursa olsun tahliye edilmiş hükümlü hakkındaki vesayetin kendiliğinden ortadan kalkacağı görüşü TMK'nin ruhundan beslenen bir görüştür. Dolayısıyla geçici ya da koşullu salıverilmenin vesayet hâlini sonlandırdığını kabul etmek gerekmektedir.

Burada yeri gelmişken değinilmesi gereken konulardan biri de, hükümlünün CGTİHK m.105 / A'da düzenlenen denetimli serbestlik tedbirinden yararlanarak salıverilmesinin vesayet hâlini sona erdirip erdirmeyeceği meselesidir. TMK'nın 471. maddesindeki "... vesayet, hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar" ibaresi gereğince, ceza infaz kurumundan her ne surette olursa olsun tahliye edilmiş hükümlü hakkındaki vesayetin kendiliğinden ortadan kalkması gerekir. Denetimli serbestlik tedbiri de, hükümlünün – belirli şartları yerine getirdiği takdirde – koşullu salıverilme tarihi bile gelmeden serbest kalmasını sağlayan bir kurumdur. Bu anlamda denetimli serbestlik tedbirinden yararlanarak salıverilme, vesayet hâlini sona erdirir⁵⁷.

TMK'da "... hapis hâlinin sona ermesi ..." ifadesi kullanılmış, hapis hâlinin kanunen sona ermesi – hapis hâlinin fiilen sona ermesi gibi bir ayırımı yer verilmemiştir. Bu nedenle ceza infaz kurumundan firar eden ya da sehven salıverilen hükümlü hakkındaki vesayet ilişkisinin ortadan kalkıp kalkmayacağı meselesi de belirsizlik oluşturmaktadır⁵⁸. Doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, kanuni düzenlemenin eksik kaldığı tali konularda somut olayın kendine özgü şartları ve iyi niyetli üçüncü kişilerin de hakları gözetilerek karar verilmelidir⁵⁹.

E. VESAYET İŞLEMLERİ

TMK'nın 397 / 2. maddesine göre "vesayet makamı" sulh hukuk mahkemesidir; denetim makamı da asliye hukuk mahkemesidir. Yine TMK'ya göre, "Vesayet altındaki kişilerin yerleşim yeri, bağlı oldukları vesayet makamının bulunduğu yerdir" (m. 21 / 2).

Vasinin atanması, vasilikten kaçınma sebepleri ve vasinin göreve başlaması TMK'nın 413 – 425. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu bağlamda yetkili mahkeme, hükümlünün ceza infaz kurumuna alınmadan önceki en son oturma yeri sulh hukuk mahkemesidir⁶⁰.

Kişi salıverildiği halde vesayet hâlinin hâlâ devam ettiği kabul edilecek olursa, bundan haberdar olmayan iyi niyetli üçüncü kişiler bu hüküm dolayısıyla mağdur olabileceklerdir. Şartla salıverilmelerine rağmen, bunu gizleyerek iyi niyetli üçüncü kişilerle hukuki işlem yapan kişinin, bu işlemi kendi yararına görmediği durumda "kısıtlılık halinin devam ettiği" iddiasıyla hukuki işlemin ehliyetsizlik nedeniyle iptalini istemesi haksız sonuçlar doğurabilecektir." denilmektedir". Yarg. CGK., T.: 17.12.2002, E.: 2002 / 1 – 294, K.: 2002 / 425 (Erdoğan, s. 1447, dn. 1231); "Şartlı salıverme durumunda hükümlünün vesayet altında bulunması da sona erer ve bu kişi tekrar ehliyetli hale gelmiş olur". Yarg. 2. H. D., T.: 15.04.2002, 4326 / 5287 (Aktürk / Ateş, s. 543).

57 Bkz. benzer yönde Erdoğan, s. 1446; Şen / Başer, s. 338 – 339.

58 Erdoğan, s. 1446.

59 Erdoğan, s. 1446.

60 Erdoğan, s. 1450 – 1451; Mecit, s. 658; Dural / Öğüz / Gümüş, s. 423 vd.; Akıntürk / Ateş, s. 489 vd.; Kılıçoğlu, s. 573 vd.

Belirtelim ki; vasi adayına, atamaya rızasının bulunup bulunmadığı sorulmalıdır. Bu amaçla kendisine meşruhatlı davetiye gönderilmesi de yeterli olabilir. Vasi adayı atamayı kabul edip etmemekte serbesttir. Ancak hâkimin rızası bulunmayan adayı da vasi olarak atayabilmesi mümkündür⁶¹.

Atamanın gerçekleşmesinden itibaren belli bir süre içinde vasi tayini kararına itiraz edilebilir. Zira vasi olarak atanan kişi bu görevi kabul etmek istemeyebilir veya bir başkası bu atamayı yanlış bulabilir⁶². Bu noktadan hareketle, atama kararının vasiye tebliğ edilmesi gerekir. Hatta vasi adayı yurtdışında ise, atama kararının meşruhatlı davetiye ile yine kendisine tebliğ edilmesi gerekir⁶³.

Belirtelim ki, kişi hem yabancı uyrukluysa ve hem de yurtdışında yaşıyorsa ya da fiilen veya hukuken vasilik görevini gerçekleştirebilecek durumda değilse, kendisinin vasi olarak atanmaması gerekir. Yurtdışındaki işlerde istinabe yolu kullanılabilir⁶⁴.

Bununla birlikte mahkemece gerekli usûl kurallarına uyulmadan bir kimse vasi olarak atanmışsa veya atanmaması gereken bir kimse vasi olarak atanmışsa, atama geçerlidir. Ancak bu durumda mahkemeden vasinin değiştirilmesi istenebilir⁶⁵.

TMK'nın 415. maddesine göre, infaz kurumuna alınan hükümlüye, tercih ettiği vasi adayı sorulur. Kanaatimizce bu uygulama, dış dünyayla bağlantısı kesilen ve cezaevi kültürüne alışmaya çalışan hükümlü için adeta bir can simidi işlevi görmektedir. Bu sayede hükümlüye, tanıdığı ve istediği bir kişi vasi olarak atanabilir.

TMK'nın 407. maddesi uyarınca; bir yıl veya daha uzun süreli bir özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm edilen hükümlü hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından vesayet makamına yapılacak bildirimlere, gönderilecek ihbar yazılarına, hükümlüye ait kesinleşmiş karar örneği ile müddetnamenin, hükümlünün son yerleşim yeri ile nüfus kaydı bilgilerinin, hükümlünün vasi olarak atanmasını istediği kişinin ad – soyad – yerleşim yeri – nüfus kaydı bilgilerinin ve hükümlünün vasi olarak atanmasını istediği kişinin hükümlüyle yakınlık derecesine ilişkin bilgi ve belgelerin eklenmesi gerekmektedir⁶⁶.

Belirtelim ki, vesayet kararının bir sureti infaz dosyasına konulur⁶⁷. Kendisine vasi atanan veya vasi atanması zorunlu olan hükümlüye yapılacak tebligatın, onun vasiine yapılması gerekir⁶⁸. Hükümlüye birden çok vasi atanması durumunda, mahkemece tebligatları kabul için özel bir görevlendirme yapılmışsa özel olarak görevlendirilen vasiye, aksi takdirde vasilerden herhangi birisine tebligatın yapılması yeterlidir⁶⁹. Tekrardan altını çizelim ki; kendisine vasi atanan veya vasi atanması

61 Erdoğan, s. 1451.

62 İtiraz sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gençcan, s. 526.

63 Erdoğan, s. 1451.

64 Erdoğan, s. 1451.

65 Erdoğan, s. 1451.

66 Erdoğan, s. 1451 – 1452 ve dn. 1234; Mecit, s. 658.

67 Erdoğan, s. 1452.

68 Erdoğan, s. 1452; Mecit, s. 657.

69 Mecit, s. 657.

zorunlu olan hükümlüye yapılacak tebligatın hükümlünün bizzat kendisine yapılması, söz konusu tebligatı geçersiz hâle getirir. Kendisine vasi atanmış veya vasi atanması zorunlu olan hükümlüye yapılacak tebligatın ona değil, onun vasiine yapılması gerekir. Bu nedenle hükümlüye vasi atanması geciktirilmemelidir. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir⁷⁰.

Vesayet altındaki hükümlü; “kendisini borç altına sokan” hukuki işlemleri, ancak vasisinin açık veya örtülü rızası ile yapabilir (TMK m. 451-1; 16-1). Vasi, rızasını açıklayabilmek için “izin” veya “onay” metotlarından birini kullanır. Vesayet altındaki hükümlünün vasisinin rızası olmaksızın yaptığı hukuki işlemler, tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tabidir; yani bunlar hükümlüyü bağlamaz ise de, tam ehliyetli olan karşı tarafı bağlar⁷¹. Bu işlemlerin hükümlüyü de bağlayabilmesi için, vasisinin bunlara onay vermesi gerekir. Onay verildiği takdirde, bu işlemler artık yapıldığı andan itibaren hükümlü hakkında da hüküm ifade eder. Yeri gelmişken vurgulayalım ki; böyle bir işlem ile bağlı bulunan karşı taraf, vasisinin bu işleme onay verip vermeyeceğini uzun süre beklemek zorunda değildir. Kendisinin bizzat belirleyeceği veya başvurusu üzerine hâkimin belirleyeceği uygun bir süre içinde vasiden onay verip vermeyeceğini bildirmesini isteyebilir. Vasi, bu süre içinde onay vermezse, o hukuki işlem artık karşı taraf için de bağlayıcı olmaktan çıkar; yani her iki taraf için de hükümsüz olur (TMK m. 451-2). Vasi onay vermediği takdirde işlem her iki taraf için de hükümsüz olacaktır, taraflardan her biri yerine getirmiş bulunduğu edimini geri isteyebilir (TMK m. 452-1). Verilen şeyler hâlen mevcut ise, aynen geri verilir. Mevcut değilse, karşı taraf onun tam kıymetine göre bedelini ödemekle yükümlüdür. Zira üçüncü kişilerin iyi niyeti, kısıtlama kararının ilanından itibaren korunmaz (TMK m. 410-2). Ancak, vesayet altındaki hükümlü, sadece kendi çıkarına

70 Erdoğan, s. 1452. “... Davalı bir yıldan daha fazla bir süre ile mahkûm olarak cezaevine girdiğine göre, kendisine vasi tayin edilmesi, tebligatın vasiye yapılması ve vasi tarafından temsil edilmesi gerekmektedir. Bu yön gözetilmeksizin tebligatın doğrudan davalı mahkûma çıkarılması yanlış olmuştur”. Yarg. 2. H. D., T.: 26.12.1983, E.: 1983 / 8998, K.: 1983 / 10261 (Erdoğan, s. 1443, dn. 1227); “Mahkûmiyet sebebiyle kendisine vasi tayin edilen davalı aleyhine, vasiye tebligat yapılmadan, gıyapta karar verilmesi isabetsizdir. Bu itibarla açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle uygun bulunduğu kabulü ile hükmün bozulmasına oy birliğiyle karar verildi”. Yarg. 3. H. D., T.: 11.06.1984, E.: 3183, K.: 3116 (Kılıçoğlu, Aykan, “Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyet Sonucunda Kişinin Kısıtlanması (TMK. m. 407)”, *Adalet Dergisi*, S.: 39, Ankara Ocak 2011, s. 24); “Davalı tarafın dava sırasında yasal kısıtlılık altında bulunduğu C. Savcılığının 04.06.1986 günlü yazısından anlaşılmaktadır. Buna rağmen tebliğlerin davalıya yapılarak gelmediğinde yokluğunda duruşmanın devam ettirilerek trafik kazasından doğan tazminat davasının sonuçlandırılmasına karar verilmiştir. Oysa yasal kısıtlılık altında bulunan davalının kanuni temsilcisine tebligat yapılarak taraf teşkil etmesi ve bundan sonra yargılamanın yürütülerek davanın sonuçlandırılması gerekir. Mahkemede bu yönün gözetilmemiş olması bozma nedeni sayılmıştır”. Yarg. 4. H. D., T.: 07.10.1986, E.: 6250, K.: 6880 (Erdoğan, s. 1443-1444, dn. 1227); “... Sanığın yokluğunda tefhim edilen ve 26.8.2003 t. de tebliğ edilen hükmün, dosya kapsamına göre sanık başka bir suçtan cezaevinde hükümlü iken Tebligat Kanun'un 35. m. göre yapıldığı anlaşılmakla, usulüne uygun olmayan tebligat geçersiz kabul edilip, temyiz reddine ilişkin karar kaldırılarak esas hükme yönelik yapılan temyiz incelemesinde; ...”. Yarg. 8. C. D., T.: 12.07.2004, E.: 2004 / 4858, K.: 2004/6373 (Erdoğan, s. 1452, dn. 1235); “... Gıyabi hükmün sanığa, tebliği sırasında sanığın cezaevinde olması sebebiyle annesine evinde yapılan tebligat usulsüz olması nedeniyle, temyiz sürede yapıldığı anlaşıldığından temyiz talebinin reddine dair karar kaldırılarak yapılan ...”. Yarg. 9. C. D., T.: 07.07.2005, E.: 2005 / 1506, K.: 2005 / 5541 (Erdoğan, s. 1452, dn. 1235); “Halen cezaevinde hükümlü bulunan ve hükümlü bulunduğu suçtan aldığı cezanın miktarına bakıldığında kendisine bir vasi atanması gereken hükümlüye tebligatın, Tebligat Yasası'nın 11. maddesinin 2. fıkrası ile Tebligat Tüzüğü'nün 16. maddesi gereğince vasi (yasal temsilci) aracılığıyla yapılmamış olması ise bir sorun olarak görülmüştür”. Yarg. CGK., T.: 06.03.2007, 6 - 13 / 54 (Mecit, s. 660).

71 Akıntürk / Ateş, s. 523 - 524. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, s. 606; Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 5. Basi, Ankara 2004, s. 830.

harcanan veya geri isteme zamanında malvarlığında mevcut olan zenginleşme tutarıyla ya da iyi niyetli olmaksızın elden çıkarmış olduğu miktarla sorumludur (TMK m. 452-1)⁷².

Vasi; hükümlü adına gerçekleştirdiği işlemler sırasında vasilik belgesini, gerektiğinde de vesayet makamından alınmış izin belgesini sunar. Danıştay'ın 10. Dairesi'ne göre; mahkûm olması sebebiyle vesayet altına alınarak kendisine vasi atanan davacının vasisinin, dava açma konusunda vesayet makamından alınmış izin belgesini sunmaması nedeniyle açılan davanın ehliyet yönünden reddi gerekir⁷³.

SONUÇ

Ceza mahkûmiyetinin önemli sonuçlarından biri, kişiyi maruz bıraktığı kısıtlılık hâlidir. TMK'nın 407. maddesine göre, bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan her ergin kısıtlanır. Kısıtlama; ergin olan ve velayet altında bulunmayan bir kişinin "fiil ehliyeti" nin kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak, mahkeme kararıyla sınırlandırılmasıdır. Kısıtlama sonrasında, kişi "sınırlı ehliyetsiz" statüsüne girer. Bunun anlamı, kendisini borç altına sokan işlemleri ancak yasal temsilcisinin izni ve onayı ile yapabilecek hâle gelmesidir. Bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilmiş olan erginlerin kısıtlanmalarının temelinde, onları ceza infaz kurumlarında buldukları sırada denetim altında tutmak ve yine bu sırada onların maddi ve manevi çıkarlarını korumak gayeleri yatmaktadır.

Belirtelim ki; hükümlüler mahkûm edildikleri bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezalarının infazı amacıyla cezaevine girdiklerinde, kanun gereği, kısıtlı hâle gelmezler. Zira kısıtlama kanunda yer alan sebeplere dayalı olarak mahkeme kararıyla kişinin fiil ehliyetinin sınırlandırılmasıdır ve TMK m. 405 vd. hükümlerinde kısıtlamanın ancak bir hâkim kararı ile mümkün olabileceği emredici hükümlerle düzenlenmiştir. TMK m. 407 de aynı şekilde emredici ve açık bir hükümdür. Kişinin kanunda belirtilen sebebin gerçekleşmesi ile kendiliğinden kısıtlı statüsüne gireceğini kabul etmek için kanunda buna ilişkin açık bir hüküm olması gerekir. Kanun koyucu diğer kısıtlılık hâllerinden farklı bir düzenleme getirmek isteseydi bunun için istisna hüküm getirmesi gerekirdi. Dolayısıyla bahsedilen hükümlülerin kısıtlanabilmeleri için, cezalarının infazına başladıktan sonra sulh hukuk mahkemeleri tarafından onlar hakkında kısıtlama kararı verilmesi gerekir.

Sulh hukuk mahkemesi, hükümlüyü kısıtlayarak ona vasi atar. Mahkeme, hükümlüye vasi atarken onun istediği ve sorumluluk sahibi bir kişiyi atamaya özen göstermelidir. Zira vasi atama işlemleri sırasında özenli davranılması, hükümlünün rehabilitasyon sürecine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Hükümlünün – cezasını çekmek için – ceza infaz kurumuna girmesinden sonra sulh hukuk mahkemesinin kendisi hakkında kısıtlılık kararı vermesiyle başlayan kısıtlılığı, TMK'nın 471. maddesine göre hapis hâlinin sona ermesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Ceza infaz kurumundan

72 Akıntürk / Ateş, s. 524. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 604 vd.; Öztan, 5. Bası, s. 604 vd.; Dural / Ögüz / Gümüş, s. 438 vd.

73 Erdoğan, s. 1452. Danıştay 10. Dairesi'nin konuyla ilgili 24.12.2003 tarihli, 2002 / 6867 esas sayılı, 2003 / 5307 karar sayılı ve 17.12.2004 tarihli, 2001 / 4889 esas sayılı, 2004 / 7804 karar sayılı kararları için bkz. Erdoğan, s. 1452 – 1453, dn. 1236.

her ne surette olursa olsun – hak ederek salıverilmeyle, koşullu salıverilmeyle, geçici salıverilmeyle veya denetimli serbestlik tedbirinden yararlanmak suretiyle – tahliye edilmiş olan hükümlü hakkındaki vesayetin, herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç olmaksızın, kendiliğinden ortadan kalkması gerekir. Böylelikle hem hükümlülerin hem de toplumun çıkarları koruma altına alınmış olacaktır.

Hükümlüye vasi atanmış olup olmadığı meselesi kamu düzenini ilgilendirmesi sebebiyle hukuk ve ceza mahkemelerince re'sen gözetilir.

Cezaevi hayatı, kuralları ve işleyişi oldukça farklı bir mekanizmadır. Dolayısıyla kanun koyucu bir yıllık veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen her erginin korunma ihtiyacı içerisinde olduğu faraziyesiyle TMK m. 407'yi kaleme almıştır. Ayrıca kanun koyucunun maddeyi şekillendirmesinde, devletin bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin bazı işlemlerini denetim altında tutmak arzusu da etkili olmuştur. Buradan hareketle TMK m. 407'ye göre, bir yıl veya daha uzun süreli bir hapis cezasına mahkûm olma durumu mutlak bir kısıtlama sebebi sayılabilir. Söz konusu uygulama hem devletin hem de hükümlünün çıkarlarına hizmet etmektedir. Temelini karşılaştırmalı hukuktan alan ve “TMK m. 407'nin bir faraziyeye değil de, aksinin ispat edilmesi mümkün olan bir karineye yer verdiğini” ileri süren görüş, hükümlünün kişiliğini ve saygınlığını koruma felsefesiyle yola çıkmış olsa da, uzun vadede devletin infaz politikalarına ve hükümlülerin maddi – manevi çıkarlarına zarar verecektir. Bu görüşten yararlanılarak TMK m. 407'nin yumuşatılmaya çalışılması, adaletsiz sonuçların ortaya çıkmasına yol açacaktır.

Bir yıl veya daha fazla süreli bir hapis cezasına mahkûm edilen hükümlülerin kısıtlanarak onlara vasi atanması, uygulamada sancılı bir kurumdur. Özellikle kısıtlayarak vasi atama davalarının oldukça uzun bir zamana yayılması, kurumun etkinliğini azaltmaktadır. “Hapis cezası”nın en önemli amaçlarından biri, hükümlünün rehabilite edilmesidir. Sorumluluk duygusuna sahip bir vasi, hükümlünün yeni hayatında adeta bir yaşam koçu misyonu üstlenebilir. Mevzuatta kısıtlayarak vasi atama davalarının hızlandırılmasını ve vasilerin hükümlülerin rehabilitasyon sürecinde daha aktif roller üstlenmelerini sağlayacak düzenlemeler yapılması, kuruma yeni bir ivme kazandıracaktır.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut / Ateş, Derya, Türk Medenî Hukuku, C.: II, Aile Hukuku, Yenilenmiş 22. Bası, İstanbul 2020.
- Ardıç, Oğuzhan, Medeni Hukuk, 3. Bası, Ankara 2004.
- Artuk, Mehmet Emin / Gökçen, Ahmet / Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler II (Yaptırım Hukuku), I. Baskı, Ankara 2003.
- Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Bası, Ankara 2017.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2005 (10. Bası).
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2020.
- Em, Ali, Vesayet Hukuku ve Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2020.

- Erdoğan, Oktay, İnfaz Hukuku, 2. Bası, Ankara 2016.
- Gençcan, Ömer Uğur, Vesayet Hukuku, Ankara 2009.
- Kayran, Belma, Türk Medeni Kanununda Vesayet Hukuku, T. C. Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Konya 2012.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, Genişletilmiş 4. Bası, Ankara 2019.
- Kılıçoğlu, Aykan, “Özgürlüğü Bağlayıcı Bir Cezaya Mahkûmiyet Sonucunda Kişinin Kısıtlanması (TMK m. 407)”, Adalet Dergisi, S.: 39, Ankara Ocak 2011.
- Koç, Nevzat, “Türk Medeni Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış”, Prof. Dr. İrfan Baştuğ Anısına Armağan – Özel Sayı, DEÜHFD, C.: 7, İzmir 2005.
- Mecit, Kemal, İnfaz Hukuku, Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2017.
- Oğuzman, M. Kemal / Dural, Mustafa, Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 1998.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, İstanbul 2002.
- Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul 2016.
- Özmen, İsmail, Açıklamalı – İtihatlı Vesayet Hukuka Davaları, Ankara 2004.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 12. Bası, Ankara 2011.
- Şen, Ersan / Başer, Beyza, Koşullu Salıverilme – Denetimli Serbestlik ve Ceza İnfaz Sorunları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, İstanbul 2018.
- Yargıtay Kararları Dergisi, C.: II, S.: 1, Ankara Ocak 1976.
- Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Zevkliler, Aydın / Acabey, M. Beşir / Gökyayla, K. Emre, Medeni Hukuk: Giriş; Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku; Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara 1997.

Hapis Cezasının Koşullu Salıverilme Uygulanarak İnfazı

Execution of the Penalty by Applying Parole

Kerim ÇAKIR* 

Öz

Toplum düzenini sağlamak için suç teşkil eden davranışlar cezalandırılır. İşlenen suç karşılığında genel ve özel önleme amacı taşıyan hapis cezaları günümüz infaz hukuku sisteminde önemli bir role sahiptir. Ancak hürriyeti bağlayıcı nitelikteki hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesi, mahkumun yeniden topluma kazandırılmasını zorlaştırmakta, insanın tekamülü ve kişiliği üzerinde olumsuz izler bırakmaktadır.

Cezasının belirli bir kısmını infaz kurumunda çeken hükümlü, topluma uyum sağlayacağı izlenimini veriyor ve ceza süresinden daha kısa sürede uslandırdığı davranışlarıyla ortaya koyuyorsa, cezasının geri kalan kısmı için koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanır.

Çalışmamızın konusunu, koşullu salıverilmenin amacı, hukuki niteliği, uygulanma şartları ve denetimli serbestlik uygulaması ile cezanın infazı oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hapis cezası, Hükümlü, İnfaz, Koşullu salıverilme, Denetimli serbestlik.

Abstract

Behaviors that constitute a crime are punished to ensure social order. Prison sentences for general and specific prevention purposes in return for the crime committed have an important role in today's execution law system. However, serving the prison sentence, which is binding on freedom, in the institution of execution makes it difficult for the prisoner to be reintegrated into society and leaves negative marks of human evolution and personality.

If the convict, who has served a certain part of his sentence in the execution institution, gives the impression that he will adapt to the society and demonstrates through his actions that he is settled in a shorter time than the sentence period, he will benefit from the provisions of conditional release for the remainder of his sentence.

In this context, the subject of our study is the purpose of the parole, its legal nature, the conditions of implementation and the practice of probation with execution of the penalty.

Keywords: Prison term, Convict, Execution, Parole, Probation.

* Dr. Öğr. Üyesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı, kerimcakir@marmara.edu.tr

Giriş

Ceza öngören hükmün kesinleşip¹ infaz kabiliyeti kazanmasından verilen cezanın tamamlanmasına kadar giden süreç infaz² olarak tanımlanırken, bu sürecin nasıl olacağını gösteren kurallar bütünü de infaz hukuku olarak ifade edilir³. Belirtelim ki, maddi ceza hukukunun konusunu suç oluştururken, infaz hukukunun konusunu suçlu oluşturur. Cezanın infazı aşamasına gelindiğinde artık suçtan bahsetmenin anlamı yoktur. Suçlunun topluma kazandırılması ve terbiye edilmesi için gayret gösterilmelidir. Bu sebeple, infaz hukukuna ilişkin hükümler suçluyu esas almalı⁴ ve hukuk devleti ilkesinin bireyler açısından öngördüğü güvencelerin bir sonucu olarak insan onuruyla bağdaşmayacak düzenlemeler yapılmamalıdır⁵.

Toplumun suçu uygun bulmaması nedeniyle kişi cezalandırılmaktadır. Cezanın amacında bu vardır ve buna göre suçlunun muhakkak ıslah edilmesi gerekmektedir. Aksi düşünce devlet marifetiyle verilen cezanın amacına uygun düşmez ve artık şahsi intikamdan bahsedilir⁶. Unutulmamalıdır ki ceza hukukuna hakim ilkelerden biri de hümanizm ilkesidir⁷. *Erem* de “suçluyu kazıyınız, altından insan çıkar” diyerek⁸ cezanın ıslah amacından ve suç işleyen kişinin topluma tekrar kazandırılmasından bahsetmiştir. Bu ilkeye göre, suç işleyen kişi için tatbik edilecek yaptırımla bu yaptırımın infaz edilme biçimi, kişinin topluma tekrar kazandırılması amacını taşımalıdır⁹. Günümüzde infaz kurumlarında asayiş ve düzene dair sorunlar büyük ölçüde aşıldığı için hükümlü ve tutuklunun topluma kazandırılması amacıyla çağdaş standartlara uygun ıslah programları uygulanmaktadır¹⁰.

Hürriyeti bağlayıcı nitelikteki hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesi mahkumun yeniden topluma kazandırılmasını zorlaştırır¹¹. Cezaevlerinin sıkı ve yerine göre kötü koşullarından

1 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un (CGTİHK) “İnfazın koşulu” başlıklı 4 üncü maddesinde; “Mahkûmiyet hükümleri kesinleşmedikçe infaz olunamaz” denilmektedir.

2 İnfaz, sözlükte; “Bir kararı, bir yargıyı yerine getirme, uygulama, yürütüm” anlamına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr>

3 **Özgenç, İzzet – Şahin, Cumhuriyet**, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s.15; **Özbek, Veli Özer**, İnfaz Hukuku, Ankara 2019, s.27-28.

4 **Özbek, Veli Özer**, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı:42, Nisan 2020, s.302.

5 **Gropp, Walter**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg 2015, s.120, kn.106.

6 **Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, M.Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 1997, s.733.

7 “İnsancılık” bkz. <https://sozluk.gov.tr>. “İnsana ve insani değerlere her şeyin üstünde önem ve kıymet, yani bu değerleri her şeyin üstünde tutan bir felsefi anlayış.” **Şener, Esat**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s.303. Ayrıca bkz. “Çağdaş ceza hukukunun ve bunun ifadesini oluşturan ceza kanununun amacı; hukuk devleti, kusur ve hümanizm gibi evrensel ilkelere dayalı olarak, insan onurunu, bireyin hak ve özgürlüklerini korumak, suçluyu sosyalleştirip tekrar topluma kazandırmak ve aynı zamanda bireyi ve toplumu suça karşı korumaktır.” (YCGK., 26.10.2010, 6-173/208).

8 **Erem, Faruk**, “Ümanist Ceza Hukuku Doktrinine Giriş”, Ernst E. Hirschle Armağan, Ankara 1964, s.157.

9 **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2020, s.53.

10 **Akkaya, Çetin**, Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, Ankara 2018, s.3.

11 **Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2020, s.796, 797. Alman Ceza Hukuku Reformunda hakim olan fikir de; “gerekli olduğu kadar az hürriyeti bağlayıcı ceza, mümkün olduğu kadar fazla sosyal yardım” şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Jescheck, Hans Heinrich**, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri” (Çeviren; Ayhan Önder), İÜHF.M., C.: XLVIII-XLIV, S.: 1-4, İstanbul 1983, s.485.

korunmak ve hürriyeti bağlayıcı olan hapis cezasının mahkum üzerindeki olumsuz etkilerine son vermek amacıyla koşullu salıverilme müessesesine yer verilmiştir¹². Hükümlü, topluma uyum sağlayacağı izlenimi veriyor ve ceza süresinden daha kısa sürede uslandığını davranışlarıyla ortaya koyuyorsa cezasının geri kalan kısmını infaz kurumu dışında çekebilmelidir¹³. Aşağıda belirteceğimiz şartları taşıyan hükümlüler bakımından koşullu salıverilmenin bir hak olduğunu ifade etmemiz gerekir¹⁴. Bununla birlikte, şartları yerine getiren özellikle de infaz kurumunda iyi hali muhafaza eden hükümlülerin koşullu salıverilmeden faydalanması, hükümlüye verilen bir ödül niteliğindedir¹⁵.

I. Koşullu Salıverilme Kurumu ve Amacı

İşlediği suç nedeniyle mahkum olduğu cezanın bir kısmını cezaevinde iyi halli olarak tamamlayan hükümlünün kalan cezasını belirlenen şartlar altında özgür bir biçimde dışarıda çekmesine imkan veren kuruma, koşullu salıverilme (şartla salıverilme-meşruten tahliye) denir. Hükümlüye işlediği suç nedeniyle kusuru ile orantılı bir ceza verilse de bu cezanın kişi üzerindeki olumsuz etkilerini azaltmak amacıyla koşullu salıverilme uygulamasına ihtiyaç vardır¹⁶.

Koşullu salıverilme kurumu, deneme süresi boyunca mahkumun suçtan arınmış bir hayata dönüş yolunu bulmasına destek olmayı amaçlamaktadır¹⁷. Kişinin yoksun kaldığı birçok şeye ulaşmasını sağlama ve özgürlüğüne kavuşacağına dair umudu koruması adına koşullu salıverilme müessesinin önemi yadsınmaz¹⁸. Kurumun mahkumları iyi halli olmaya ve kendilerine uygulanan ıslah ve rehabilitasyon programlarına uymaya teşvik edici bir yönünün olduğu muhakkaktır¹⁹.

Bugün infaz hukukunda mutlak olarak uygulanan kuruma, tarihi süreçte iş gücü elde etmek ve infaz kurumlarının mevcudunu azaltmak şeklinde farklı amaçlar için de müracaat edilmiştir²⁰.

12 **Demirbaş, Timur**, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, 2020, s.527.

13 “Şartla salıverme, hücrenin anahtarını mahpusun eline verir.” Bkz. **Erem-Danışman-Artuk**, s.852.

14 **Dönmezer, Sulhi-Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt III, 8. Bası, İstanbul 1980, s.84, 85; **Sözüer, Adem**, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, S.:18, Ankara 2001, (Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, 25-26 Nisan 2001), s.231. Ayrıca kısz. **Centel, Nur**, “Şartla Salıverme”, Hukuk Araştırmaları, C.7, S.1-3, 1992-1993, İstanbul 1994, s.43. Aksi yönde bkz. **Yenidünya, Ahmet Caner**, “Şartla Salıvermenin Hukuki Niteliği”, Legal Hukuk Dergisi, C.: 1, S.: 1, Ocak 2003, s.72.

15 **Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s.635. “Şartla salıverme, cezanın kişiselleştirilmesi, tutum ve davranışları ile topluma uyum sağlayabileceği izlenimini veren, hükmolunan cezadan daha kısa bir sürede uslanan ve bunu iyi davranışları ile kanıtlayan hükümlünün ödüllendirilmesidir.” (YCGK., 7.10.1991, 6-230/261).

16 **Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 62. Auflage, München 2015, §57, kn.12.

17 **Stree, Walter-Kinzig, Jörg**, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke, Adolf/Schröder, Horst) 29. Auflage, München 2014, §57, kn.1.

18 **Gropp**, s.641, kn.19; **Stree-Kinzig**, §57, kn.14.

19 **Özgenç**, s. 796; **Stree-Kinzig**, §57, kn.14.

20 **Dönmezer-Erman**, III, s.79; **Önder**, s.633.

Suç işleyen kişiye verilen ceza, hem genel hem de özel önleme amacına hizmet eder²¹. Bu anlamda koşullu salıverilmede hükümlüyü uslandırmak, toplumla bağını güçlü tutmak ve işlediği suç nedeniyle pişmanlık duymasını sağlamak şeklinde özel önleme amacından bahsedilir²². Koşullu salıverilmenin bir amacı da hükümlünün kendi kendini denetleme duygusunu ve toplumla uyumlu şekilde yaşama becerisini geliştirmektir. Bu sebeple koşullu salıverilmenin amacını; mahkumu iyi halli olmaya teşvik etme, cezayı bireyselleştirme, cezaevlerinde düzeni tesis etme ve devlete mali anlamda yardımcı olarak tasarruf etmesini sağlama şeklinde belirtebiliriz²³. Nihayetinde kurum, iyi bir ceza sisteminin gerekli bir tamamlayıcısıdır²⁴.

Cezanın bireyselleştirilmesine hizmet eden bu müessese²⁵, uygulamada ortaya çıkan sorunlar nedeniyle her zaman için tartışma konusu olmuş, bu sebeple kurumun lehinde ve aleyhinde görüşler ortaya çıkmıştır²⁶.

Kurumun lehinde görüş beyan edenler, koşullu salıverilmenin infaz kurumlarında bulunan hükümlülerin dışarıya çıkma umutlarını canlı tuttuğunu, iyi halli olmayı desteklediğini, bu durumun cezaevlerindeki düzeni ve disiplini de tesis ettiğini ifade etmektedir. Ayrıca işledikleri suçlar nedeniyle infaz kurumunda aynı ortamda bulunan hükümlüler birbirlerinden suç işlemeyi de öğrenebilmektedir. İnfaz kurumunda uzun süre bulunma böyle bir sakıncayı beraberinde getirmektedir. Aleyhte görüş beyan edenler ise kurumun rutin olarak uygulandığını ve cezaevlerindeki yoğunluğu azaltmak için müracaat edildiğini, esasında iyi hal denetiminin sağlıklı yapılmadığını ve hükümlüyü topluma kazandırma ve toplum için faydalı bir fert haline getirme amaçlarına bir türlü hizmet edemediğini ileri sürmektedir. İnfaz kurumlarındaki gözetim ve denetimin yetersiz olduğu hususu da kurumun aleyhinde olanların gerekçelerindedir²⁷.

21 TCK'nun "Ceza Kanununun Amacı" başlıklı 1 inci maddesinde, ceza kanununun amaçları arasında suçun işlenmesini önleme de yer almaktadır. 5275 s.lı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 3 üncü maddesinde de konuyla ilgili; "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır" denilmektedir.

22 **Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017, s. 667; **Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 600; **Akkaş, Ahmet Hulusi**, Koşullu Salıverilme, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, S.1-2, s.308. Cezaevi dışında infaz edilen bir cezadan bahsedilemeyeceği için koşullu salıverilme emniyet tedbiri olarak da nitelendirilmektedir. Aktaran; **Demirbaş**, s.526.

23 Koşullu salıvermenin kabul edilmesinin nedenleri ve yararları hakkında bkz. **Demirbaş**, s.527.

24 **Dönmezer-Erman**, III, s.79.

25 **Demirbaş**, s.526; **Yenidünya**, s.72; **Akbulut, İlhan**, Şartla Tahliye, İÜHFİM, C. 55, S. 1-2. Y. 1996, s.176; **Artuk-Gökçen-Alşahin-Çakır**, s.910; **Özgenç**, s.796; **Bozdağ Ahmet**, Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverilme Kurumu Ve Etkinliğinin Geliştirilmesi, Ankara 2019, s.47.

26 Bkz. **Bozdağ**, s.59 vd.

27 Görüşler hakkında bkz. **Dönmezer-Erman**, III, s.79-83; **Centel**, s.42, 43; **Kafes, Veli**, TCK. Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartlı Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar (Teori – Uygulama Örnekli), Ankara 1998, s.12; **Akbulut**, s.174; **Demirbaş**, s.525, 526; **Şen, Ersan – Başer, Beyza**, Koşullu Salıverilme – Denetimli Serbestlik Ve Ceza İnfaz Sorunları, Ankara 2019, s.17 vd.; **Akkaya**, s.1 vd.

Düşüncemize göre, hangi hal ve şart altında olursa olsun hürriyeti olmayan ya da hür olamayan ferdin kişiliğini geliştirmesi, hür olana nazaran daha güçtür. İnfaz kurumunda bulunan hükümlülerin masraflarının devlet tarafından karşılanması da ayrı bir külfettir. Uzun süre bu külfete katlanmak istemeyen devlet, hükümlünün dışarıya çıkarak ekonomiye katkı sağlamasını makul karşılamaktadır. Ayrıca koşullu salıverilme, hatalı bir kararla mahkum edilen hükümlünün cezasını tamamlamadan tahliye edilmesiyle yapılan adli hatanın telafi edilmesine de imkan vermektedir²⁸.

Koşullu salıverilme uygulamasıyla cezaevlerindeki yüksek doluluk oranı azalabilir²⁹. Bu kapsamda, 14.04.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanun ile 5275 s.lı CGTİHK'daki koşullu salıverilme hükümleri esaslı bir biçimde değiştirilmiştir. Bahse konu değişiklikte koşullu salıverilme, bir özel af niteliğine sahipmişçesine uygulama alanı bulmuştur.

Özel affin şartları ve uygulaması, koşullu salıverilmeden farklı olduğu için yapılan düzenleme, iptal istemiyle Anayasa Mahkemesi'ne taşınmış ve mahkeme koşullu salıverilme ve özel af mukayesesi üzerinden 7242 sayılı Kanun'un iptali istemini oy çokluğu reddetmiştir³⁰. Gerçekten af müessesesi ile koşullu salıverilmenin birlikte değerlendirilmesi ve mukayese edilmesi gerekmektedir. Af, genel olarak hükümlünün hapis cezasını hiç çekmemesi sonucunu doğurabilmektedir. Öyle ki, hakkında henüz soruşturma yahut kovuşturma başlamamış olan kişi dahi aftan faydalanabilir. Oysa koşullu salıverilmede, özgürlüğü bağlayıcı cezanın bir bölümünü çekmiş olan ve bu süre içerisinde tutum ve davranışlarıyla iyi halli olan hükümlüler, cezasının geri kalan kısmını belli şartlar altında tamamlamaktadır.

28 **Fischer**, §57, kn.19.

29 Konu ile ilgili olarak **Adalet Komisyonu Raporu'nda**; "2005 yılında yürürlüğe giren 5275 sayılı Kanun ile koşullu salıverilme süreleri önemli ölçüde artmış; diğer yandan 5237 sayılı Kanunda yapılan düzenlemelerle ceza miktarları da önemli miktarlarda artırılmıştır. Akabinde istinaf mahkemelerinin faaliyete geçmesi ve hükümlerin daha hızlı kesinleşmesiyle cezaevleri kapasitesinin üstünde bir doluluğa ulaşmıştır. Bu durum cezaevinde bulunan hükümlüler ve tutuklular bakımından olması gereken asgari sağlık yaşam koşullarının oluşturulmasında ciddi zorlukları beraberinde getirmiştir. Bu noktada getirilen düzenlemelerle ceza infaz kurumlarında geçirilmesi gereken süreler yeniden belirlenmektedir. 5275 sayılı Kanunun 107'nci maddesinde yapılan değişiklikte koşullu salıverilmeye ilişkin üçte ikilik genel oran, yarısı olarak değiştirilmektedir" denilmektedir. Bkz. TBMM, Adalet Komisyonu, 6/4/2020, Esas No: 2/2762, Karar No: 7.

30 İptal gerekçesinde; "bir düzenlemenin özel af niteliğini taşıdığı kabul edilebilmesi için iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bunlardan birinci düzenlemenin sadece geçmişe yönelik olmasıdır. İkinci ise düzenlemenin cezayı ortadan kaldırmak, miktarını azaltmak veya türünü değiştirerek hafifletmek suretiyle cezanın kapsamına etki etmesidir. Sadece geçmişe yönelik olan düzenleme kesin veya kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararıyla hükmedilen cezanın miktarını azaltıyor veya daha hafif bir ceza ile değiştirmek (örneğin hapis cezasını para cezasına çevirmek) suretiyle hafifletiyor ya da hiç infaz edilmeyecek şekilde ortadan kaldırıyor ise bunun özel af olarak nitelendirilmesi gerekir. Ancak cezanın miktarında ve türünde herhangi bir değişikliğe neden olmayıp sadece çeşitli gerekçelerle cezanın infaz şeklini/rejimini değiştiren/belirleyen düzenlemelerin özel af olarak nitelendirilmesi mümkün değildir." AYM, 17/7/2020, 44/41, R.G.: 07.10.2020, S.: 31267. **Karşı oy gerekçesinde ise** "5275 sayılı Kanunda düzenlenen, Geçici 6. maddenin (1) numaralı fıkrası, cezanın kapsamına etki eden ve bir anlamda onu daha hafif seçenek yaptırımlara dönüştürerek hafifleten, bu nedenle de özel af niteliğinde olan bir düzenlemedir" denilmektedir. **Bir başka karşı oy gerekçesinde**, "infaz kurumundan salıverilen hükümlülere denetim tedbiri uygulanması düzenlemenin infaz rejimi görünümü taşımasını sağlıyor ise de kuralların hukuki ve pratik sonuçları dikkate alındığında bu hususun da özel af niteliğine mani teşkil etmediği söylenmelidir" denilmektedir.

Anayasa Mahkemesi, koşullu salıverilme düzenlemesini özel af olarak nitelememiş ve yapılan düzenlemede esasa ve şekle ilişkin herhangi bir hukuka aykırılık görmemiştir. Ancak ifade edelim ki koşullu salıverilme kurumunun etkinliği arttırılmadan (özellikle gözetim ve denetim alanında) yapılan düzenlemeler, toplumda olumsuz sonuçlar ortaya çıkarmaktadır³¹. Ceza infaz kurumlarının doluluk oranı dikkate alınarak, hükümlü sayısını azaltmak veya sosyal ve ekonomik gerekçelerle kurumu amacından uzaklaştırıp değişiklikleri mutad hale getirmek doğru bir uygulama olmayacaktır³².

Cezaevlerindeki hükümlü ve tutuklu sayısının fazlalığı, mevzuat değişikliği konusunda kanun koyucunun iradesine etki edebilir. Ancak ceza infaz kurumlarındaki yoğunluğa; kasten öldürme, cinsel saldırı, reşit olmayanla cinsel ilişki, cinsel taciz, uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçları ile terör örgütü kurma, yönetme ve üyelik suçlarından hükümlü olan ya da tutuklu bulunanların neden olduğu dikkate alınır, yapılan düzenlemelerin yoğunluğun azalmasına etki etmeyeceği görülebilir³³.

5275 s.lı CGTİHK'da, koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik tedbirleriyle ilgili esaslı ve kapsamlı değişiklikler, 14.04.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanundan önce, 15.8.2016 tarih ve 671 s.lı KHK'nin 32 nci maddesiyle yapılmıştı³⁴. 671 s.lı KHK ile 5275 s.lı CGTİHK'nun Geçici 6 ncı maddesinin 1 inci fıkrasına, 01.07.2016 öncesinde işlenen suçlarla ilgili (fıkra istisna olarak belirtilen suçlar hariç) süreli hapis cezasına mahkum olanlar cezalarının yarısını cezaevinde çektikleri takdirde koşullu salıverilmeden, koşullu salıverilmelerine 2 yıl kala da denetimli serbestlik tedbirinden faydalanıyorlardı³⁵. Bunun sonucunda örneğin, 4 yıl hapis cezasına mahkum edilen bir hükümlü; cezasının yarısını (2 yıl) koşullu salıverilmeden, kalan yarısını da (2 yıl) denetimli serbestlik tedbirinden faydalanarak en geç 3 gün içerisinde infaz kurumundan çıkabiliyordu³⁶.

31 **Bozdağ**, s.198, 199.

32 **Centel-Zafer-Çakmut**, s.667; **Özgenç**, s.797; **Koca-Üzülmez**, s.600 vd.

33 *"Ülkemizdeki infaz kurumlarında kalan toplam 300.000 kişinin işledikleri suçta göre dağılımlarına bakıldığında, bunların yaklaşık %92'sinin, 10 suçtan hükümlü veya tutuklu oldukları görülmektedir. Bu suçlar; a. uyuşturucu (%22), b. hırsızlık (%14,7), c. Terör (%13,6), ç. Yaralama (%11), d. kasten öldürme (%10,7), e. yağma (%9), f) cinsel suçlar (%7), g) sahtecilik (%2,4), h) ekonomik çıkar amaçlı suç örgütü (%1,1), ı) dolandırıcılık (%1,3), i) diğer suçlar (% 8). İfade edelim ki, infaz kurumlarında kalanların %92 sinin işlediği suçların büyük bölümünün yapılan kalıcı ve geçici iyileştirmelerden istisna tutulduğu görülmektedir."* Bkz. **Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Koca, Mahmut**, "Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi"nin Değerlendirilmesi, <https://www.docdroid.net/abV0T1p/infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-20200406-pdf>. s.14, Erişim tarihi: 08.06.2020.

34 CGTİHK'nun Geçici 6 ncı maddesine göre; "1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun kasten öldürme suçları (m. 81, 82), üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (m. 102, 103, 104, 105), özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (m. 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138), uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (m. 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere, bu Kanunun; a) 105/A maddesinin birinci fıkrasında yer alan "bir yıl"lık süre "iki yıl", b) 107 nci maddesinin ikinci fıkrasında yer alan "üçte iki"lik oran "yarısı", olarak uygulanır."

35 Bu düzenlemeden binlerce hükümlü faydalanmış ve 4 yıl hapis cezasına mahkum olmuş bir kişinin cezası, cezaevinde infaz edilememiştir.

36 Açık Ceza İnfaz Kurumlarına Ayrılma Yönetmeliği'nin (RG.: 02.09.2012, Sayı. 28399) Geçici 1 inci maddesine göre;

II. Koşullu Salıverilmenin Hukuki Niteliği

İnfaz hukuku, ceza hukukunun öngördüğü ceza ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilme şekli ile ilgilendiğinden koşullu salıverilmenin infaz hukukunun konusuna dahil olduğunu³⁷, bununla birlikte kurumun hürriyeti bağlayıcı cezalarla olan ilişkisi ve TCK'nun 7 nci maddesinin 3 üncü fıkrasındaki düzenleme³⁸ nedeniyle de maddi ceza hukukunun konusunu oluşturduğunu söyleyebiliriz³⁹.

Koşullu salıverilmede, dışarıda geçirilen süre infaz süresine dahil olduğundan mahkumun infaz kurumundaki gibi iyi halli olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Deneme süresi olarak adlandırılan “sınırlı serbesti dönemi”nde⁴⁰, hükümlü sürekli gözetim ve denetim altında olduğu hissiyatıyla hareket eder. Sınırlı bir hürriyete sahip olan hükümlü, dışarıdayken belirtilen koşullara uymazsa geri kalan cezaya infaz kurumunda devam edilir. Böylece cezanın infazı bihakkın tahliye ile tamamlanmış olur.

Kurumun hukuki niteliği konusunda bir görüşe göre, cezasının bir kısmını infaz kurumunda çeken hükümlü, kalan kısmını denetim ve gözetim altında infaz kurumu dışında çekmekte, bu sayede cezasının infaz şekli değişmekte⁴¹ ve hafiflemektedir⁴². Bir görüşe göre ise kurumun hukuki niteliği, cezasının bir kısmını çeken hükümlünün geri kalan “cezasının ertelenmesi”dir⁴³.

Hürriyeti bağlayıcı cezanın infazı, geciktirici şarta bağlı olan koşullu salıverilmeyle de mümkündür. Bu sebeple koşullu salıverilme, hukuki nitelik olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın infazına seçenek bir kurumdur.

III. Koşullu Salıverilmenin Şartları

CGTİHK'nun 107 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği üzere, koşullu salıverilmenin verilen cezanın bir kısmının cezaevinde infaz edilmesi ve hükümlünün iyi halli olması şeklinde iki şartı vardır.

“5275 sayılı Kanunun Geçici 6 ncı maddesi gereğince istisna tutulan suçlardan hükümlü olanlar hariç olmak üzere, 1/7/2016 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, beş yıldan az hapis cezasının infazı için kapalı ceza infaz kurumuna alınan hükümlüler, en geç üç gün içerisinde yapılacak ilk gözlem sonucu iyi halli oldukları tespit edildiği takdirde bu Yönetmeliğin 10 uncu maddesine göre açık kuruma ayrılabilir.”

37 **Centel**, s.42; **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 6. Bası, İstanbul 2016, s.16.

38 TCK'nun 7 nci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, “*Hapis cezasının ertelenmesi, koşullu salıverilme ve tekrerrüle ilgili olanlar hariç; infaz rejimine ilişkin hükümler, derhal uygulanır*”. Kural olarak infaz rejimine ilişkin kanun değişiklikleri, yürürlüğe girdikleri andan itibaren failin lehinde veya aleyhinde olduklarına bakılmaksızın derhal uygulanır. Ancak görüldüğü üzere, koşullu salıverilme hakkında derhal uygulama kuralı değil, lehe kanunun uygulanması ilkesi geçerlidir.

39 **Hafizoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010, s.487. Alman hukukunda koşullu salıverilme, Ceza Kanunu'nun 57, 57a ve 57b maddelerinde düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu'nun 57 nci maddesinde süreli hapis cezasında koşullu salıverilme, 57a maddesinde müebbet hapis cezasında koşullu salıverilme, 57b maddesinde de toplam ceza olarak verilen müebbet hapis cezasında koşullu salıverilme hükümleri yer almaktadır. Bkz. **Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2015, s.57-61.

40 **Yenidünya**, s.68.

41 **İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Füsün-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoglu, Fatih S.-Ünver, Yener**, İçel Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2002, s.427; **Yenidünya**, s.72.

42 **Önder**, s.634.

43 **Stree-Kinzig**, §57, kn.14.

Benzer şartlara Alman Ceza Kanunu'nun 57 nci maddesinin 1 inci fıkrasında da rastlanmaktadır. Buna göre, verilen cezanın belirli bir kısmının cezaevinde tamamlanması, kamunun güvenlik konusundaki menfaatlerinin korunması ve hükümlünün kabulüne bağlı olarak koşullu salıverilme uygulanmaktadır. Ancak tehlikeli suçlular bakımından toplumun güvenliğinin sağlanması, koşullu salıverilmede bir şarttan ziyade salıverilme sonrası devletin denetim yükümlülüğünü yerine getirmesi ile ilgili bir husus olarak değerlendirilmektedir⁴⁴.

A. Cezanın Bir Kısmının İnfaz Edilmiş Olması

Hükümlünün koşullu salıverilmeden faydalanabilmesinin ilk şartı, mahkum olunan cezanın bir kısmının cezaevinde tamamlanmış olmasıdır. Kanun koyucu, işlenen suç karşılığında verilen hapis cezalarının ağırlığını dikkate alarak 14.04.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanunla infaz politikasında değişikliğe gitmiş ve verilen cezanın yarısının infaz kurumunda çektirilmesini yeterli görmüştür⁴⁵.

Hükümlünün aldığı cezaya göre, infaz kurumunda geçirilmesi gereken süreyi belirlemeden önce, 7242 s.lı Kanunla yapılan değişiklik sonrası bu süreleri hesaplamanın zorluğuna işaret etmemiz gerekir. Kuralların ötesinde çok sayıda istisna hüküm bulunması ve sürece denetimli serbestlik tedbiri uygulamasının dahil edilmesi hükümlünün cezaevinde kalacağı süreyi hesaplama işini zorlaştırmıştır. Bu durumun uygulamada sorunlara neden olabileceğini belirttikten sonra mahkumun koşullu salıverilmesi için cezaevinde geçirmesi gereken süre; ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından hükümlü olanlarda otuz yıl, müebbet hapis cezasından hükümlü olanlarda yirmi dört yıl, süreli hapis cezalarında ise **“cezanın yarısı”**dır (CGTİHK m. 107/2). Görüldüğü üzere, süreli hapis cezaları bakımından kural, verilen cezanın yarısının infaz kurumunda tamamlanmasıdır⁴⁶. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve ceza infaz kurumunda bulunan hükümlülerin çoğunu oluşturan suçlar bakımından bu süre **“üçte iki”** olarak belirlenmiştir.

CGTİHK'nun 107 nci maddesinin 2 nci fıkrasının ikinci cümlesine göre; Türk Ceza Kanunu'nun; **a)** Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82 ve 83) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, **b)** Neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçundan (madde 87, fıkra iki, bent d⁴⁷) süreli hapis cezasına mahkûm

44 **Stree-Kinzig**, §57, kn.15.

45 7242 s.lı Kanunun Komisyon Raporu'nun genel gerekçesinde; *“Şartlı tahliye ya da koşullu salıverilme olarak nitelendirilen bu müesseseler, ülkelerin ceza ve infaz politikalarına göre farklı koşul ve sürelerle uygulanmaktadır. Örneğin, İngiltere, Finlandiya, İtalya ve Polonya'da kural olarak hapis cezalarının yarısı ceza infaz kurumlarında infaz edilmekte iken, bu oran Belçika'da üçte bire kadar düşmektedir. Ülkemizde 2005 yılından itibaren kural olarak üçte ikilik, bazı suçlar bakımından ise dörtte üçlük oran uygulanmaktadır. Hükümlülerin dış dünyaya uyum sağlamları ve rehabilite edilerek yeniden suç işlemelerinin önlenmesi amacıyla söz konusu oranlarda değişiklik yapılması öngörülmektedir”* denilmek suretiyle ceza ve infaz politikasındaki değişikliğe işaret edilmiştir. Bkz. TBMM (Yasama Dönemi 27, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı: 207), s.10.

46 647 s.lı Cezaların İnfazı Hakkında Kanun'un “Şartlı salıverilme” başlıklı 19 uncu maddesinde de hürriyeti bağlayıcı cezalar bakımından koşullu salıverilme süresi hükümlülük süresinin yarısı şeklinde belirlenmişti. Madde; *“Ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 25 yıllarını; müebbet ağır hapis cezasına hükümlüler 20 yıllarını; diğer şahsi hürriyeti bağlayıcı cezalara mahkûm edilmiş olanlar hükümlülük süresinin 1/2'ni; çekmiş olup da Tüzüğe göre iyi halli hükümlü niteliğinde buldukları takdirde, talepleri olmasa dahi şahsi şartlı salıverilirler”* şeklindeydi.

47 İstisna teşkil eden bu suç tipi bakımından adalete ve eşitliğe aykırı bir uygulamaya neden olduğunu belirtmemiz gerekir. Bahse konu hükümlü örneğin, silahla mağdurun ölümüne neden olup, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış kasten yaralama suçunu işleyen kişi bakımından (TCK m.87/4) koşullu salıverilme süresi ½ olarak uygulanırken, kasten

olanlar, **c)** İşkence suçundan (madde 94 ve 95) ve eziyet suçundan (madde 96) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, **d)** Cinsel saldırı (madde 102, ikinci fıkra hariç), reşit olmayanla cinsel ilişki (madde 104, ikinci ve üçüncü fıkra hariç) ve cinsel taciz (madde 105) suçlarından süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, **e)** Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan (madde 102, 103, 104 ve 105) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, **f)** Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlardan (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, **g)** Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188) hapis cezasına mahkûm olan çocuklar, **h)** Devlet sınırlarına karşı suçlar ve casusluk suçlarından (madde 326 ila 339) süreli hapis cezasına mahkûm olanlar, cezalarının “**üçte ikisini**” infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Ayrıca, suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olan çocuklar ile 1.1.1983 tarihli ve 2937 s.lı Devlet İstihbarat Hizmetleri ve Milli İstihbarat Teşkilatı Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkûm olanlar hakkında koşullu salıverilme oranı “**üçte iki**” olarak uygulanır.

İstisna olan suçlarda kanun koyucunun, suçlu ile ilgilenmemesi, onun istisna olan suçu kaç kere işlediğini (tekerrür) veya kimlerle işlediğini (örgüt faaliyeti) ve suçlunun toplumda oluşturduğu tehlikeliliği göz ardı etmesi düşündürücüdür. Ayrıca salt ceza infaz kurumlarında hangi suçtan hangi miktarda hükümlü olduğuna bakılarak ya da toplumda infial uyandırabilecek suçlar tercih edilerek düzenleme yapılması, bu sebeple de cezanın infazıyla beklenen amaçlara aykırı hareket edilmesi haklı gerekçelerle eleştirilmektedir⁴⁸.

Hükümlüleri iyi halli olmaya ve onları tekrar suç işlememeye teşvik eden çağdaş ceza hukuku anlayışında önemli bir işlevi yerine getiren koşullu salıverilme kurumunda failin esas alındığını, onun ön planda tutulduğunu, buna karşın suçun niteliği ile suç karşılığı verilen cezaların arka plana itildiğini görsek de ceza ve infaz politikası bakımından yukarıda sıralanan ve eleştirilen kriterlerin de dikkate alınması gerekirdi⁴⁹.

Koşullu salıverilme bakımından cezaevinde geçirilmesi gereken süre yönünden özellik arz eden birden fazla mahkûmiyet kararıyla ilgili CGTİHK'nun 107 inci maddenin 3 üncü fıkrasında hüküm bulunmaktadır. Bilindiği üzere, ceza hukukunda; kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır kuralı geçerlidir. TCK'da yer alan suçların içtimalı halleri dışında işlenen her bir suçun cezası ayrı belirlenir ve ayrı infaz edilir. Birden fazla cezanın infazının ne şekilde olacağı

yaralama sonucu mağdurun yüzünün sürekli değişikliğine (87/2-d) neden olan kişi hakkında bu oran olarak 2/3 şeklinde tatbik edilecektir. Böyle bir uygulamaya 5237 s.lı TCK'nun 86 ncı maddesinin 3 üncü fıkrasına 14.4.2020 tarih ve 7242 sayılı Kanun ile eklenen (f) bendi bakımından yaralama suçunun “*canavarca hisle işlenmesi halinde, şikayet aranmaksızın, verilecek ceza bir kat artırılır*” hükmünün de etkisi olduğunu düşünmekteyiz.

48 “İstisnaları oluşturan suçların belirlenmesinde ne suçlarla korunan hukuki değer ne suçun konusu, ne failin işleniş şekli, ne de failerin ifade ettiği haksızlığın içeriği dikkate alınmıştır. Haksızlık içeriği bakımından müştereklikleri olmayan birtakım suçlar suçlar adeta bir torbaya doldurulmuştur.” Bkz. **Özgenç-Sözüer-Koca**, s.7.

49 **Centel**, s.67. “Şartla salıvermede çağdaş eğilim, özgürlüğü bağlayıcı cezanın yasalarda belirlenecek alt sınırının infaz kurumunda geçirilmesi koşuluyla, suçlunun kişiliğindeki gelişmeleri gözleyerek uygun zamanın belirlenmesi yönündedir. Bu yöntemde işlenen suçun, şartla salıverme açısından belirleyici bir niteliği yoktur. Böylece, infaz yönünden eşit ve aynı durumda bulunan mahkûmlar arasında şartlı salıverme bakımından ayrı uygulama, Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen “yasa önünde eşitlik” ilkesine uygun düşmemekte ve bu ayrılığın haklı bir nedeni de bulunmamaktadır.” Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 8.10.1991, 34/34., R.G.: 12.12.1991, S: 21079.

konusunda CGTİHK'daki koşullu salıverilme kurumuna müracaat edilmesi gerekir. CGTİHK'nun 99 uncu maddesinde belirtildiği üzere, bir kişi hakkında hükümlenen her bir ceza diğerinden bağımsız olup, ayrı ayrı varlıklarını korurlar. Ancak, bir kişi hakkında başka başka kesinleşmiş hükümler varsa koşullu salıverilmenin uygulanması yönünden infaz hakimliğinden toplama kararı istenir⁵⁰. TCK'da cezaların içtimayıyla ilgili bir düzenlemeye yer verilmediğinden konunun ele alındığı CGTİHK'nun 99 uncu maddesi ve 101 inci maddesinin 2 nci fıkrası⁵¹, kişi hakkında verilen her bir cezanın diğerinden bağımsız olarak ne şekilde infaz edileceğini koşullu salıverilme hükümlerini referans alarak belirlemiştir. Buna göre, birden fazla mahkûmiyet halinde infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre; **“a)** Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuzaltı, **b)** Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuz, **c)** Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuzaltı, **d)** Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuz, **e)** Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla yirmisekiz” yıldır (CGTİHK m. 107/3)⁵².

Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyette de koşullu salıverilme süreleri farklı düzenlenmiştir. Suç işlemek için örgüt kurmak veya yönetmek ya da örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçtan dolayı mahkûmiyet halinde; *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuzaltı yılını, müebbet hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar otuz yılını, süreli hapis cezasına mahkûm edilmiş olanlar cezalarının “üçte ikisini” infaz kurumunda çektikleri takdirde, koşullu salıverilmeden yararlanabilirler. Koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından ise tabii oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır. Ancak, bu süreler; “a)* Birden fazla ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına veya ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde kırk, **b)** Birden fazla müebbet hapis cezasına mahkûmiyet halinde otuzdört, **c)** Bir ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla kırk, **d)** Bir müebbet hapis cezası ile süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuzdört, **e)** Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuziki yıldır. Bu fıkra hükümleri çocuklar hakkında uygulanmaz” (CGTİHK m. 107/4).

50 Adli para cezasından çevrilen ve ceza infaz kurumunda infaz edilme aşamasına gelen hapis cezaları da toplama kararına dahil edilir (Bkz. CGTİHK m.99).

51 CGTİHK'nun 101 inci maddesinin 2 nci fıkrasında; “99 uncu madde gereğince cezaların toplanması gerektiğinde bu hususta hüküm verme yetkisi, en fazla cezaya hükmetmiş bulunan mahkemenin bulunduğu yer infaz hakimliğine, bu durumda birden çok infaz hakimliği yetkili ise son hükmü vermiş olan mahkemenin bulunduğu yer infaz hakimliğine aittir. En fazla cezanın; a) Yargıtay tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi halinde Ankara infaz hakimliğince, b) Bölge adliye mahkemesi tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilmesi halinde bölge adliye mahkemesinin bulunduğu il infaz hakimliğince, c) Bölge adliye mahkemesi tarafından duruşma açmak suretiyle verilmesi halinde ise hükmü kaldırılan ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hakimliğince, bu hususta karar verilir” denilmektedir.

52 Buna göre, içtima eden süreli hapis cezalarında (m. 107/3-e) örneğin beş ayrı suçtan mahkûm edilen kişinin aldığı her bir ceza sırayla infaz edilir. Kişinin, ilk suç nedeniyle aldığı cezanın infazı devam ederken koşullu salıverilmeye hak kazandığında, diğer suçun infazına başlanır. Bu suç nedeniyle de koşullu salıverilmeye hak kazandığında diğer suçun infazına başlanır. Bu şekilde ayrı ayrı beş suçun infazı için kişi, en fazla 28 yıl ceza infaz kurumunda tutulur. Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde, cezaevinde kalınacak süre 28 yıla sınırlandırılmıştır. Yukarıda verdiğimiz örneğe göre; işlediği suçlar nedeniyle 8, 10, 12, 18 ve 20 yıl hapis cezasına mahkûm olan ve her bir suç bakımından aldığı cezanın yarısını cezaevinde tamamlayan hükümlü, koşullu salıverilmeyle toplam 34 yıl cezaevinde bulunacakken, en fazla 28 yıl infaz kurumunda kalır ve 20 yıl hapis cezası öngören suç için 4 yıl infaz kurumunda kalmış olur.

Belirtelim ki, hükümlünün koşullu salıverilmesinin başlangıç tarihi, hükmün kesinleşme tarihi olmayıp cezaevinde geçirilmesi gereken sürenin infaz edilmiş olduğu tarihtir⁵³. Ayrıca infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin hesaplanmasında, tutuklulukta geçen süre de dikkate alınır. Her ne kadar bu konuda CGTİHK'da hüküm bulunmasa da TCK'nun 63 üncü maddesindeki mahsup düzenlemesinin dikkate alınması gerekmektedir⁵⁴.

Hakim, koşullu salıverilen mahkumun kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını dikkate almak suretiyle denetim süresinin denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebilir. Bununla birlikte, tedbirin veya yükümlülüğün denetim süresi içinde kaldırılması da mümkündür.

Koşullu salıverilmeden faydalanan hükümlü, denetim devam ederken hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işler veya öngörülen yükümlülükler hakimin uyarısına rağmen uymazsa, koşullu salıverilme kararı geri alınarak, salıverildiği tarihten itibaren kalan cezasının tamamını veya bir kısmını cezaevinde aynen çektirilmesi yoluna gidilir. Hükümlü, kalan cezasını çekerken artık bir daha koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanamaz. Belirtelim ki, cezaevinde aynen çektirilmesine karar verilen kısım, sonraki suçun işlendiği tarih itibarıyla kalan cezasından az olamaz.

CGTİHK'nun 108 inci maddesinde, TCK'daki tekerrür hükümleri de dikkate alınarak mükerrirler ve bazı suç failleri bakımından ayrı bir infaz rejimi ve denetimli serbestlik uygulaması öngörülmüştür⁵⁵. Bu husus, TCK'nun 58 inci maddesinin 6 ncı fıkrasında, "*Tekerrür halinde hükmolunan ceza, mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilir. Ayrıca, mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulanır*" denilmek suretiyle de ifade edilmiştir. Ayrıca TCK'nun 58 inci maddesinin 9 uncu fıkrasına göre, "*Mükerrirlere özgü infaz rejiminin ve cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin, itiyadi suçlu, suçu meslek edinen kişi veya örgüt mensubu suçlu hakkında da uygulanmasına hükmedilir.*" Bu halde, kişinin koşullu salıverilmeden faydalanabilmesi için daha fazla süreyle infaz kurumunda kalması gerekir.

Tekerrür hükümlerinin uygulanması nedeniyle koşullu salıverilme süresine eklenecek miktar, tekerrüre esas alınan cezanın en ağırından fazla olamaz (Bkz. CGTİHK m.108/2). Burada, tekerrür nedeniyle infaz kurumunda çekilmesi gereken ilave süreye sınırlama getirilmiştir. Örneğin, kişi işlediği suç nedeniyle 3 ay hapis cezası alır ve bu ceza kesinleşir. Ancak kişi, tekerrür süreleri (TCK m.58/2) içerisinde işlediği bir başka suç nedeniyle yargılanır ve 3 yıl hapis cezasına mahkum edilir. Bu örnekte kişi, 3 yıllık hapis cezasının 2 yılını iyi halli olarak cezaevinde geçirerek ve daha sonra koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanarak tahliye olabilecektir (mükerrirlere özgü infaz rejimi). Kişi hakkında mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanmasaydı, esasında 1 yıl 6 ay (18 ay)

53 Bkz. Yarg. 9. CD, 22.6.2000, 1786/1845.

54 **Koca-Üzülmez**, s.602; **Aktaş**, s.317.

55 Tekerrür halinde işlenen suçtan dolayı mahkûm olunan; "*a*) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının otuzdokuz yılının, *b*) Müebbet hapis cezasının otuzüç yılının, *c*) Birden fazla süreli hapis cezasına mahkûmiyet halinde en fazla otuziki yılının, *d*) Süreli hapis cezasının üçte ikisinin, infaz kurumunda iyi halli olarak çekilmesi durumunda, koşullu salıverilmeden yararlanılabilir. Ancak, koşullu salıverilme oranı üçte ikiden fazla olan suçlar bakımından tabi oldukları koşullu salıverilme oranı uygulanır (CGTİHK m.108/1).

sonra iyi halli olmak koşuluyla infaz kurumundan koşullu salıverilebilecekti. Görüldüğü üzere, kişi mükerrir olduğu için 6 ay daha infaz kurumunda kalacaktır. Ancak kanun koyucu, CGTİHK'nun 108 inci maddesinin 2 nci fıkrasına getirdiği sınırlayıcı hükümle, kişinin 18 ayın üzerine 3 ay daha infaz kurumunda kalarak toplam 21 ayda koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanabilmesine imkan sağlamıştır. Tekerrüre esas teşkil edecek şekilde 5 ay, 10 ay ve 1 yıl hapis cezası olmak üzere birden fazla mahkumiyet bulunması halinde ise 1 yıl hapis cezası esas alınır ve kişi 2 yıl (24 ay) cezaevinde kaldıktan sonra koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanır.

Kişi tekerrüre esas alınan önceki suçu nedeniyle adli para cezasına mahkum edilmişse, Kanunda açık hüküm bulunmasa da koşullu salıverilme süresine eklenecek miktar, önceki suçtan verilen para cezası bakımından bir gün yüz TL üzerinden hesaplanarak gün sayısı üzerinden tespit edilmelidir⁵⁶.

Hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümleri uygulandığında koşullu salıverilmeden bahsedilmez. Uygulamada ortaya çıkan sorunlar nedeniyle kanun koyucu, hükümlü hakkında ikinci defa tekerrür hükümlerinin uygulanacağına hükümde belirtilmesi gerektiğini düzenlemiştir (Bkz. CGTİHK m.108/3, ikinci cümle)⁵⁷.

İnfaz hakimi, mükerrir hakkında cezanın infazının tamamlanmasından sonra başlamak ve bir yıldan az olmamak üzere denetim süresi tayin eder⁵⁸. Mükerrire uygulanacak denetim süresini belirleme veya gerektiğinde denetimin uzatılmasına karar verme yetkisi, sonradan işlenen suç dolayısıyla yargılama yapıp hüküm veren mahkemeye değil, infaz hakimine aittir.

Kanun koyucu, işlenen suçun niteliğini ve suçluların toplumda oluşturdukları tehlikeyi dikkate alarak hükümlünün infaz kurumunda daha fazla kalmasını öngörmüştür. Yukarıdaki süreler; doktrinde özel süreli koşullu salıverilme⁵⁹ veya tehlikeli suçlularda koşullu salıverilme⁶⁰ olarak isimlendirilmektedir⁶¹.

Mükerrirler ve bazı suç failleri bakımından uygulanan infaz rejimi ve denetimli serbestlik tedbiri hakkında, 18.6.2014 tarih ve 6545 s.lı Kanunla çocuğa karşı işlenen suçtan dolayı ağırlaştırılmış müebbet hapis veya müebbet hapis cezasına mahkumiyette, CGTİHK'nun 108 inci maddesinin birinci fıkrasındaki koşullu salıverilme süreleri uygulanır.

CGTİHK'nun 108 inci maddesinin birinci fıkrasındaki koşullu salıverilme süreleri, TCK'da yer alan, cinsel saldırı (m. 102/2), çocukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104/2,

56 **Özgenç**, s.932; **Koca-Üzülmez**, s.661.

57 Bkz. Yarg., 12. CD., 07.01.2020, 5988/111. Yarg., 12. CD., 25.12.2019, 5527/12257.

58 Tekerrür dolayısıyla belirlenen denetim süresinde, koşullu salıverilmeye ilişkin hükümler uygulanır. İnfaz hakimi, mükerrir hakkında denetim süresinin uzatılmasına karar verebilir. Denetim süresi en fazla beş yıla kadar uzatılabilir. Cezanın infazı tamamlandıktan sonra devam eden denetim süresi içinde, bu madde hükümlerine göre kendilerine yüklenen yükümlülüklerle ve yasaklara aykırı hareket eden mükerrirler, infaz hakimi kararı ile disiplin hapsine tabi tutulur. Disiplin hapsinin süresi on beş günden az ve üç aydan fazla olamaz (CGTİHK m.108/4-7).

59 **Centel-Zafer-Çakmut**, s.671.

60 **Koca-Üzülmez**, s.602.

61 Terörle ve örgütlü suçla mücadelede koşullu salıverilmeyi zorlaştırmanın ve suçun niteliğine göre özel süreler belirlemenin etkin bir yol olmadığı görüşü için bkz. **Centel-Zafer-Çakmut**, s.671.

3) ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (m. 188) hapis cezasına mahkum olanlar hakkında da uygulanır. Ancak, süreli hapis cezalarında koşullu salıverilme oranı, dörtte üç olarak tatbik edilir. TCK'nın 188 inci maddesi hariç olmak üzere yukarıdaki suçlardan hapis cezasına mahkum olanlar hakkında, cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverilmeden faydalandıklarında, belirlenen denetim süresi içinde Kanunda yer alan tedavi veya yükümlülüklerin bir veya birkaçının uygulanmasına infaz hakimi tarafından karar verilir⁶².

Konu ile ilgili 7242 s.lı Kanun ile getirilen ve CGTİHK'nun Geçici 9 uncu maddesinin 4 üncü fıkrasındaki hükme de bakmak gerekmektedir. TCK'nun 102, 103, 104, 105 ve 188 inci maddelerinde yer alan suçlardan 6545 s.lı Kanunun yürürlüğe girdiği 28.6.2014 tarihinden önce işlenmiş olanlar bakımından verilen süreli hapis cezalarında koşullu salıverilme süresinde oran “**üçte iki**” olarak uygulanır. Belirtilen suçlar, 28.06.2014 tarihinden önce işlenmiş ise koşullu salıverilme oranı “**üçte iki**”, 28.06.2014 tarihinden sonra işlenmişse kural olarak “**dörtte üç**”tür⁶³.

Düşüncemize göre, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların cezasının 18.6.2014 tarih ve 6545 s.lı Kanunla, orantısız bir biçimde artması, konunun geçici madde ile ele alınmasını ve koşullu salıverilme sürelerindeki oranların farklı uygulanmasını zorunlu kılmıştır. Bahse konu değişikliklerde, işlenen suç ve mahkumun durumu değil, mağdurun vasfı ile verilen cezanın miktarı dikkate alınmıştır. Bu hal adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Belirtelim ki, bu suçlardan mahkum olan hükümlüler hakkında ABD'de 1996 yılında çıkarılan ve birçok eyalette uygulama alanı bulan düzenlemede, belirli cinsel suç faillerinin özel bir sicile kaydedilmesini ve özellikle bu sicil bilgilerinin kamuya paylaşılmasını öngören Megan Kanunu bulunmaktadır⁶⁴. Cezanın infazındaki amaç genel ve özel önleme olmakla birlikte toplumun bazı

62 Kanunda belirtilen tedavi veya yükümlülükler; “**a**) Tıbbi tedaviye tabi tutulmak, **b**) Tedavi amaçlı programlara katılmak, **c**) Suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, **d**) Mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, **e**) Çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, **f**) Çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak” (CGTİHK m. 108/9). Buna ilişkin usul ve esaslar, Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan yönetmelikle düzenlenir (CGTİHK m.108/11). Bahse konu hükümler çocuklar hakkında uygulanmaz (CGTİHK m. 108/10).

63 Unsurları ve cezaları sürekli tartışılan ve zaman zaman kanun koyucuyu mevzuat değişikliğine sevk eden cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan (*TCK'nun 102 nci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan cinsel saldırı suçu, 103 üncü maddesinde tanımlanan çocukların cinsel istismarı suçu, 104 üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrasında tanımlanan reşit olmayanla cinsel ilişki suçu*) mükerrer olan hükümlülerin cezanın infazı sırasında ve koşullu salıverildikleri takdirde denetim süresi içinde, bazı tedavi ve yükümlülükler uygun hareket etmesi gerekir. CGTİHK'nun 108 inci maddesinin 9 uncu fıkrasında belirtilen suçlardan mükerrer olan hükümlüler hakkında infaz hakimi tarafından; a) tıbbi tedaviye tabi tutulmak, b) tedavi amaçlı programlara katılmak, c) suçun mağdurunun oturduğu ve çalıştığı yerleşim bölgesinde ikamet etmekten yasaklanmak, d) mağdurun bulunduğu yerlere yaklaşmaktan yasaklanmak, e) çocuklarla bir arada olmayı gerektiren bir ortamda çalışmaktan yasaklanmak, f) çocuklar hakkında bakım ve gözetim yükümlülüğünü gerektiren faaliyet icra etmekten yasaklanmak, şeklinde karar(lar) verilir.

64 1994 yılında ABD'nin New Jersey Eyaleti'nde yedi yaşındaki kız çocuğu Megan Nicole Kanka'nın komşuları tarafından cinsel istismara uğramasının ardından cinsel suç faillerinin kaydının tutulması ve cezası infaz edilmiş olsa dahi yaşadıkları yeri yetkililere ve çevrede yaşayanlara bildirim zorunluluğu getiren yasal düzenlemeler “Megan Kanunları” olarak bilinir. Bkz. <https://www.thoughtco.com/history-of-megans-law-973197>. Erişim tarihi: 08.09.2020. Ayrıca bkz. **Dursun, Selman**, “Özellikle Mağduru Çocuk Olan Mükerrer Cinsel Suç Faillerine Karşı Toplumun Korunması Bağlamında Megan Kanunu Hakkında Soru ve Cevaplar”, CHKD, C: 2, S: 1-2, 2014, s.235-240; **Tuğ, Aysim-Balseven**,

suç failleri hakkında bilgi sahibi olması bakımından Megan Kanunu'nun tartışmaya değer yönlerinin olduğunu ifade etmemiz gerekir. Cinsel suç faillerinin topluma ifşa edilmesi, kimlik ve adres bilgilerinin toplumla paylaşılması şeklinde bir uygulama doğru olmasa da devletin bu suçlardan hükümlü olanları gözetim ve denetim altında tutması gerekir.

B. Hükümlünün İyi Halli Olması

Koşullu salıverilmede ikinci şart, sübjektif nitelik olarak karşımıza çıkan, hükümlünün cezaevindeki infaz süresini iyi halli geçirmesi gerektiğidir. İyi halli olma, hükümlünün ıslah olduğunu ve infaz kurumundan çıktıktan sonra suç işlemeyeceğini garanti etmese de kurumda bulunduğu sürece bu hali muhafaza etmesi, cezanın özel önleme amacına hizmet eder niteliktedir⁶⁵. Hükümlünün iyi halli olduğunun belirlenmesi, her zaman için bir riski de beraberinde getirir. Muayyen bir süreyi infaz kurumunda geçiren ve ıslah olduğu izlenimi veren hükümlünün daha sonra suç işlemeyeceğinin gelecekte bir teminatı olmadığından varsayımı hareket edilmektedir⁶⁶. Ancak işlediği suçun cezasının belirli bir kısmını infaz kurumunda çeken hükümlünün, bu süre zarfında iyi halli olması yeterli görülmelidir. İnfaz kurumunda bulunduğu süre zarfında hürriyetin önemini kavrayan kişinin daha sonra suç işlememesi gerektiği tabii bir beklenti ve kuvvetli bir emaredir⁶⁷. Bununla birlikte kişinin daha sonra suç işleyeceği varsayımı da kuşkusuz her zaman için mevcuttur.

Hükümlü, cezasının kalan kısmını cezaevi dışında geçirebilmek için infazda tatbik edilen ıslah programlarının gereklerine uygun davranmalıdır⁶⁸. Hükümlü, koşullu salıverildikten sonra cezasının kalan kısmının dışarıda infaz edildiği süre içerisinde de iyi halli olmak, belirlenen denetim süresi yükümlülüklerine uygun hareket etmek ve tekrar suç işlememek zorundadır. Bu yolla hükümlüde cezanın kalan kısmının infaz edileceği korkusu oluşur, bu durum da hükümlü üzerinde özel önleme etkisi gösterir⁶⁹.

Mahkumun infaz kurumunda iyi hali muhafaza edip etmediği, CGTİHK'nun 89 uncu maddesi esas alınarak belirlenir. İyi halin ne anlama geldiği konusunda, CGTİHK'da tatmin edici bir hüküm bulunmamaktaydı. Kanun'un 89 uncu maddesindeki hüküm yetersiz görüldüğünden İnfaz Tüzüğü'ne⁷⁰ müracaat edilirdi. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, 14.4.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanunla İnfaz Kanunu'nun 89 uncu maddesini "*Hükümlülerin değerlendirilmesi ve iyi halin belirlenmesi*" başlığıyla yeniden düzenlemiştir. Yapılan değişiklikler, 1.1.2021 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olsa da düzenlemeyi önemseyeceğimizi ve yerinde bulduğumuzu belirtmemiz

Aysun, "Megan Kanunu", Adli Bilimler Dergisi, C: 2, S: 4, Y: 2003, s.61, 62.

65 Bozdağ, s.67.

66 Centel, s.55; Erem-Danışman-Artuk, s.857.

67 Erem-Danışman-Artuk, s.857.

68 Koca-Üzülmez, s.600.

69 Koca-Üzülmez, s.600.

70 29 Mart 2020 tarih ve 31083 s.lı Resmi Gazete ile "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük" yürürlükten kaldırılmış ve "Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik" yürürlüğe konulmuştur.

gerekir. Konunun yasal düzenlemeye kavuşması ayrıca önemlidir. Kanun koyucu, hükümlüyü infaz sürecinin başından sonuna kadar uzman kişiler aracılığıyla gözlemlemekte ve 89 uncu maddede belirtilen usule uygun bir iyi hal tespiti yapmaya çalışmaktadır. Ancak hükümlünün infaz kurumundaki süreyi iyi halli geçirdiğine dair bir ön kabul ve buna bağlı rutin bir uygulama görülmektedir.

Hükümlünün iyi halli olup olmadığı konusunda, tehlikeliliği ayrıca değerlendirilmelidir. Tehlikelilik esasında, işlenen suç dolayısıyla verilen mahkumiyet kararında değil, cezanın infazı sırasında dikkate alınmalıdır⁷¹. Buna göre, hükümlü yükümlülüklerini yerine getirir, ceza infaz kurumundaki düzene uyar ve güvenliği ihlal edici davranışlarda bulunmazsa iyi halli olarak değerlendirilebilir.

Hükümlülerin iyi hali muhafaza edip etmedikleri ile ilgili olarak idare ve gözlem kurulu tarafından cezaevinde buldukları tüm aşamalarda; cezaevinin düzen ve güvenliği amacıyla konulmuş kurallara uyup uymadıkları, haklarını iyi niyetle kullanıp kullanmadıkları, yükümlülüklerini eksiksiz yerine getirip getirmediği, uygulanan iyileştirme programlarına göre topluma bütünleşmeye hazır olup olmadıkları, bir daha suç işleme ve mağdura veya başkalarına zarar verme riskinin düşük olup olmadıkları hususlarında, en geç altı ayda bir değerlendirmeye tabi tutulur (Bkz. CGTİHK m.89/1 ve Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Yönetmelik m.109/1)⁷².

İyi halden ne anlaşılması gerektiği konusunda, CGTİHK'nun 47 ve 48 inci maddelerinde yer alan disiplin soruşturmaları, infaz kurumunda disiplini bozmama ve ceza almama durumları da yol gösterici niteliktedir.

71 **Kıdıl, Fahrettin**, Cezalandırmanın Amacı ve "Umut Hakkı" Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları, TBB Dergisi 2018 (138), s.76.

72 Yapılacak değerlendirmede, infazın tüm aşamalarında hükümlülerin katıldığı iyileştirme ve eğitim-öğretim programları ile spor ve sosyal faaliyetler, kültür ve sanat programları, aldığı sertifikalar, kitap okuma alışkanlığı, diğer hükümlü ve tutuklular ile ceza infaz kurumu görevlileri ve dışarıyla olan ilişkileri, işlediği suçtan dolayı duyduğu pişmanlığı, ceza infaz kurumu kuralları ile kurum bünyesindeki çalışma kurallarına uyumu ve aldığı disiplin cezaları dikkate alınır (CGTİHK m.89/2).

Toplam on yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar ile terör suçları, örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçları, örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar, kasten öldürme suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar ve uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçlarından mahkûm olanlar hakkında yapılacak açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin değerlendirmelerde idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı veya belirleyeceği bir Cumhuriyet savcısı başkanlık eder. Ayrıca, idare ve gözlem kuruluna Cumhuriyet başsavcısı tarafından belirlenen bir izleme kurulu üyesi ile Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı il veya ilçe müdürlükleri tarafından belirlenen birer uzman kişi katılır (CGTİHK m.89/3).

İdare ve gözlem kuruluna Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı ile izleme kurulundan katılan üyelere katıldıkları her bir toplantı günü için memur maaş katsayısının (500) rakamı ile çarpılması sonucu bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir. Kanunlarda iyi halliliğin arandığı durumlarda, hükümlülerin tutum ve davranışlarının değerlendirilmesi bakımından bu madde hükümleri uygulanır. Açık ceza infaz kurumuna ayırmaya, denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazına ve koşullu salıverilmeye ilişkin olarak tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri bir yılı geçemez. İdare ve gözlem kurulu tarafından yapılacak değerlendirmelere esas olacak ilkeler ve kurulun bu maddeye ilişkin çalışma usul ve esasları ile tutum ve davranışları olumsuz değerlendirilen hükümlülerin yeniden değerlendirilmeye tabi tutulma süreleri yönetmelikle düzenlenir (CGTİHK m.89/4, 5, 6,7).

IV. Koşullu Salıverilme Sonrasında Kalan Cezanın Dışarıda İnfaz Edilmesi

Koşullu salıverilmeden faydalanan hükümlü cezasının kalan kısmını infaz kurumu dışında çeker ve hakkında denetim süresi işlemeye başlar⁷³.

Denetim süresi, CGTİHK'nun 107 nci maddesinin 2, 3 ve 4 üncü fıkralarında belirtildiği üzere, cezaevinde geçirilmesi gereken süre kadardır. Ancak bu süre, süreli hapislerde hak ederek (bihakkın) tahliye tarihini geçemez (CGTİHK m.107/6). Buna göre, koşullu salıverilmeden yararlanacak olan hükümlü örneğin, 12 yıl hapis cezasına mahkum edilmişse, cezasının 6 yılını infaz kurumunda çektiği takdirde iyi halli olmak şartıyla koşullu salıverilmeden yararlanır. Burada hükümlünün denetim süresi de 6 yıldır. Ancak suç işlemek için örgüt kurma suçundan dolayı 12 yıl hapse mahkum olan kimsenin iyi halli olması durumunda koşullu salıverilme süresi, 8 yıldır. Denetim süresi ise infaz kurumunda geçirilmesi gereken süre kadar yani 8 yıldır. Buradaki denetim süresi, hak ederek tahliye tarihini geçtiğinden, denetim süresi 4 yıl olarak hesaplanmalıdır⁷⁴.

Denetim süresi yükümlülükler için uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, ceza infaz edilmiş sayılır. Ceza infaz edildiğinde hükümlü, tekrar suç işlemeyerek toplum bakımından tehlikeli bir fert olmadığını göstermelidir. Çağdaş infaz sisteminin bu beklentiyi haklı kılacak düzenlemelere sahip

73 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 (CGTİHK m.107/7).

Onsekiz yaşından küçük olan hükümlüler, denetim süresinde eğitimlerine, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir kurumda devam ederler (CGTİHK m.107/8).

İnfaz hakimi, denetim süresinde hükümlüye rehberlik edecek bir uzman kişiyi görevlendirebilir. Bu kişi, kötü alışkanlıklar edinebileceği çevrelerden uzak kalması ve sorumluluk bilinciyle iyi bir hayat sürmesini temin hususunda hükümlüye öğütte bulunur; eğitim gördüğü kurum yetkilileri veya yanında çalıştığı kişilerle görüşerek, istişarelerde bulunur; hükümlünün davranışları, sosyal uyumu ve sorumluluk bilincindeki gelişme hakkında üçer aylık sürelerle rapor düzenleyerek infaz hakimine verir. İnfaz hakimi ayrıca, iki yılı geçmemek üzere denetim süresi içinde hükümlünün denetimli serbestlik müdürlüğüne belirlenecek yükümlülükler tabi tutulmasına karar verebilir. Bu karar gereğince denetimli serbestlik müdürlüğü, risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak hükümlüyü; **a)** Belirli bir bölgede denetim ve gözetim altında bulundurma, **b)** Belirlenen yer veya bölgelere gitmeme, **c)** Belirlenen programlara katılma, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutar. Denetimli serbestlik müdürlüğü hükümlünün risk ve ihtiyaçlarını dikkate alarak yükümlülükleri değiştirebilir (CGTİHK m.107/9).

İnfaz hakimi, koşullu salıverilen hükümlünün kişiliğini ve topluma uyumdaki başarısını göz önünde bulundurarak; denetim süresinin, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmadan veya herhangi bir yükümlülük belirlemeden geçirilmesine karar verebileceği gibi, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmasını veya belirlenen yükümlülükleri denetim süresi içinde kaldıracaktır (CGTİHK m.107/10).

74 “Koşullu salıverilen hükümlü hakkında infaz işleminin özgürlüğü bağlayıcı cezanın kanun gereği yerine getirilmesi tarihine kadar kesintisiz sürdüğünün kabul edilmesinin zorunlu olduğu, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanununun 107. maddesinin 6. fıkrasında koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresine tabi tutulacağı, bu denetim süresinin infaz kurumunda geçirilmesi gereken sürenin yarısı kadar olacağı ve süreli hapislerde hakederek tahliye tarihini geçemeyeceği, aynı maddenin 12.fıkrasında koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülükler, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararının geri alınacağı, aynı maddenin 13. fıkrasında koşullu salıverilme kararının geri alınması halinde hükümlünün; sonraki suçu işlediği tarihten itibaren kalan cezasının aynen, yükümlülüklerine aykırı davranması halinde, bu yükümlülükler uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek koşuluyla takdir edilecek bir sürenin ceza infaz kurumunda çektirilmesine karar verileceğinin, aynı maddenin 14. fıkrasında denetim süresi yükümlülükler için uygun ve iyi halli olarak geçirildiği takdirde, cezanın infaz edilmiş sayılacağı, maddenin fıkralarının ayrı ayrı değil bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiği,” (Yarg. 1. CD., 02.04.2019, 878/1978).

olduğunu söyleyebiliriz. Daha önce işlediği suç nedeniyle cezalandırılan kişinin tekrar suç işlemesi halinde ise daha ağır ve sıkı bir infaza katlanması da haklı gerekçeler ihtiva etmektedir. Cezanın infazı sonrasındaki patronaj⁷⁵ faaliyetleriyle suç işlemiş olan kimseye, onu topluma kazandırıcı hizmetler sunulmaktadır. Bunun karşılığında kişinin suç işlememesi de doğal bir beklentidir. Tekrar suç işleyen kişi hakkında daha ağır infaz koşulları ile kastettiğimiz ise verilen cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesidir.

V. Koşullu Salıverilme Kararının Verilmesi ve Geri Alınması

Koşullu salıverilen hükümlü, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işler veya yükümlülüklerle, hakim uyarısına rağmen uymamakta ısrar ederse, koşullu salıverilme kararı geri alınır (Bkz. CGTİHK m. 107/12)⁷⁶.

Hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında cezaevi idaresi tarafından hazırlanan gerekçeli rapor, infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hakimliğine verilir. İnfaz hakimi, hazırlanan raporu uygun bulursa hükümlünün salıverilmesine dosya üzerinden karar verir, uygun bulmazsa gerekçesini kararında gösterir. Verilen karara itiraz mümkündür (Bkz. CGTİHK m. 107/11). Buna göre, Ankarada işlediği suçtan mahkum edilen hükümlü, cezasını Bursa'da bulunan bir infaz kurumunda çekerse, koşullu salıverilmesine infaz işlemlerinin yapıldığı yer infaz hakimliği olan Bursa infaz hakimliği karar verecektir. Hükümlü, koşullu salıverilme süresi içinde kasten işlediği suç dolayısıyla hapis cezasına mahkum edilir ya da yükümlülükleri yerine getirmezse, hükmü veren derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hakimliği olan Ankara infaz hakimliği yetkili olacaktır.

CGTİHK'nun 107 nci maddesinin 12 nci fıkrasında, kasten işlenen ve hapis cezasını gerektiren suç dolayısıyla mahkumiyet şart olarak aranmasa da, 107 nci maddenin 15 inci fıkrasında, "*kasıtlı suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse*" ibaresinden hareketle, salıverilme kararının geri alınması için kasıtlı bir suç işleme yeterli olmamakta, ayrıca işlenen suç nedeniyle hapis cezasına mahkumiyet de gerekmektedir⁷⁷.

75 Patronaj; "cezaevinden serbest bırakılan suçlunun toplum yaşantısına yeniden uyabilmesini sağlamak amacıyla yapılan yardım çalışması" anlamına gelmektedir. Bkz. <https://sozluk.gov.tr>

76 "Hukumumuzda koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesi için, hükümlü olan kişinin öncelikle koşullu salıverilmesi ve koşullu salıverilmesinden sonra ya denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi ya da kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hakim uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi gerekmektedir. Buna göre, ikinci ve yeni suçun hükümlünün koşullu salıverilmeden önce işlemesi durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınmasının mümkün bulunmadığı ancak, bu durumun anılan maddenin birinci fıkrası gereğince hükümlünün iyi halli olma kriteri içinde değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır." (Yarg. 14. CD., 16.09.2013, 7364/9172). "Hükümlü A.Y.'in, 30 yıl ağır hapis cezasına hükümlüiyken şartla tahliye edildiği bihakkın tahliye tarihi dolmadan 2.kasti cürümden özgürlüğü bağlayıcı cezaya hükümlendirilmiş ve cezasının kesinleşmiş olduğu anlaşılmış olduğundan, iyi halliliğini kaybettiğinden ve yükümlülüklerine uymadığından, koşullu salıverilmesinin geri alınmasının şartları olduğundan, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının tebliğnamesine bağlı Yüksek Adalet Bakanlığı isteminin kabulü gerekmektedir" (Yarg. 1. CD, 13.2.2013, 6226/952).

77 Konu ile ilgili eleştiri ve görüşler için bkz. Özgenç, s.820, dn. 160; Koca-Üzülmez, s.610; Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018, s.772. Ayrıca bkz. "5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 107. maddesinin 12. fıkrasında yer alan "Koşullu salıverilen hükümlünün, denetim süresinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle,

Belirtelim ki, iki fıkra arasındaki çelişki bakımından kişinin denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi yeterli görülmemeli, hükümlünün lehine olacak şekilde bir uygulama ile 107 nci maddenin 15 inci fıkrasına uygun bir çözüm tercih edilerek mahkumiyet şartı aranmalıdır⁷⁸.

Kasıtlı suçun cezası adli para cezasını gerektiriyorsa salıverilme kararı geri alınmaz. Ayrıca kişi hakkında seçimlik ceza olarak para cezasına hükmedilmişse yahut kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırım olarak para cezasına veya güvenlik tedbirine çevrilmişse koşullu salıverilme kararı geri alınmaz. Burada esas ceza, çevrilen seçenek yaptırımdır⁷⁹.

Koşullu salıverilme kararının geri alınması, hükümlünün kendisine yüklenen yükümlülüklere uymaması halinde de söz konusu olur. Bu ihtimalde hükümlü uymak zorunda olduğu yükümlülükler hakim uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmektedir. Ancak hakim tedbirlere uyması hususunda daha önce hükümlüye uyarıda bulunmuş olması şarttır.

Koşullu salıverilmenin geri alınması kararını, hükmü veren ilk derece mahkemesinin bulunduğu yer infaz hakimliği verir. Hükmün Bölge Adliye Mahkemesi veya Yargıtay tarafından verilmiş olması halinde ise CGTİHK'nun 101 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenen infaz hakimliği tarafından koşullu salıverilme kararının geri alınmasına dosya üzerinden karar verilir. Bu kararlara karşı itiraz yolu açıktır (Bkz. CGTİHK m.107/15).

hakimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır." ve aynı Kanunun anılan maddesinin 15. fıkrasının (a) bendinde yer alan "Koşullu salıverilme kararının geri alınmasına; Hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi veya bölge adliye mahkemesi tarafından....dosya üzerinden karar verilir" şeklindeki düzenlemeler uyarınca koşullu salıverilme kararının geri alınabilmesi için denetim süresi içerisinde hükümlünün işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum olması gerektiği, somut dosya kapsamına göre hükümlünün deneme süresi içerisinde işlediği kasıtlı suçtan dolayı neticeten adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği, dolayısıyla koşullu salıverilme kararının geri alınmayacağı gözetilmeden, koşullu salıverilme kararının geri alınmasına karar verilmesi kanuna aykırı olup kanun yararına bozma istemi yerinde görülmüştür. (Yarg. 20. CD., 11.9.2019, 6063/4450).

78 **Özgenç**, s.820; **Centel-Zafer-Çakmut**, s.684. Ayrıca bkz. "Koşullu salıverilen hükümlünün denetim süresi içerisinde hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suç işlemesi durumunda koşullu salıverilme kararının geri alınacağı ve ikinci suç işlediği tarih ile ilk suç açısından bihakkın tahliye tarihi arasındaki sürenin aynen infaz edileceği belirtilmektedir. Bu durum karşısında denetim süresi içerisinde işlenen suçun koşullu salıverilme kararı verilen suç ile aynı cins olması gerekmemektedir. Denetim süresi içerisinde işlenen ikinci suçun kasıtlı bir suç olması, bu suçun hapis cezasını gerektiren bir suç olması ve bu suç nedeniyle hapis cezası verilmiş olması yeterlidir" (Yarg. 1. CD., 28.02.2013, 6224/1575).

79 "5275 sayılı Yasanın 107/12,13/a maddelerinde koşullu salıverilmenin geri alınabilmesi için hapis cezası gerektiren kasıtlı bir suçtan hüküm giymesi veya infaz hakiminin yüklediği yükümlülüklerin bu süre içinde yerine getirilmemesi gerektiği, olayımızda kasıtlı suç işlediği anlaşılmış olan hükümlünün, kasten yaralama suçundan doğrudan para cezası ile cezalandırıldığı ve 6136 sayılı Yasaya aykırılık suçundan da cezasının para cezasına çevrildiği ve 647 sayılı Yasanın 4/4. maddesi gereğince uygulamada asıl mahkumiyetin bu madde hükümlerine göre çevrilen adli para cezası olduğu, adli para cezasının ise koşullu salıverilmenin geri alınmasını gerektirmediği, 5275 sayılı Yasanın 15. maddesinin a bendinde "hükümlü geri kalan süre içinde işlediği kasıtlı bir suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse, hükmü veren ilk derece mahkemesi tarafından koşullu salıverme kararının geri alınabileceğine" ilişkin düzenleme de dikkate alındığında Burhaniye Ağır Ceza Mahkemesinin 25.08.2010 tarihli ve 2010/1493 değişik iş sayılı kararında isabet görülmediği anlaşıldığından, anılan kararın kanun yararına bozulmasına karar vermek gerekmiştir" (Yarg. 1. CD, 13.11.2013, 5410/6215).

Salıverilme kararının geri alınması halinde hükümlünün; sonraki suçu işlediği tarihten başlamak ve bihakkın tahliye tarihini geçmemek şartıyla sonraki işlediği her bir suç için verilen hapis cezasının iki katı sürenin cezaevinde aynen çektirilmesine karar verilir (CGTİHK m.107/13-a). Buna göre örneğin, nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği için 10 yıl hapis cezasına mahkum edilen kişi, cezanın infazına başladıktan 5 yıl sonra koşullu salıverilmeden faydalanarak serbest bırakılır. Ceza infaz kurumundan çıktıktan 1 yıl sonra hırsızlık suçu işler ve bu suç nedeniyle 3 yıl hapis cezasına çarptırılır ve cezası kesinleşerek infaz kabiliyeti kazanırsa, dolandırıcılık suçundan verilen koşullu salıverilme kararı geri alınır. Daha sonra dolandırıcılık suçu nedeniyle verilen cezanın infaz kurumunda çektirilmesine sonraki suçu (hırsızlık) işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek tahliye tarihini geçmemek koşuluyla yeniden başlanır. Kişi, dolandırıcılık suçundan dolayı 4 yıl daha infaz kurumunda kaldıktan sonra tahliye edilir. Dolandırıcılık suçundan hak ederek tahliye edildikten sonra da hırsızlık suçundan verilen cezanın infazına başlanır. Hırsızlık suçunun cezasının kesinleşmesi ile mükerrirlere özgü infaz rejimi uygulanır ve mahkum olduğu 3 yıllık hapis cezasının üçte ikisinin cezaevinde iyi halli olarak çekilmesi durumunda, yani 2 yıl sonra koşullu salıverilmeden yararlanabilir. Şayet kişi, hırsızlıktan 1 yıl hapis cezasına mahkum edilirse, hırsızlık suçundan dolayı verilen hapis cezasının iki katı sürenin yani 2 yılın ceza infaz kurumunda aynen çektirilmesine karar verilir.

Benzer şekilde örneğin, ikinci suç tarihi ile hak ederek tahliye tarihi arasında 3 yıl (1095 gün) bulunur, kişi kasten işlenen ikinci suç nedeniyle 3 ay hapis cezasına mahkum edilir ve cezası kesinleşirse (cezası hak ederek tahliye tarihinden sonra da kesinleşmiş olabilir) geri alınan koşullu salıverilme kararının ardından işlediği ikinci suç için verilen hapis cezasının iki katı olan süreyi, yani 6 ayı (180 gün) ceza infaz kurumunda aynen çekmek durumunda kalır ve kişinin 180 günlük infazı yanmış olur.

Bir diğer ihtimalde, yukarıdaki örnekten hareketle koşullu salıverilme ile hak ederek tahliye tarihi arasında 3 suç işlenir ve kişi hakkında ilk suç için 3 ay, ikinci suç için 1 yıl ve üçüncü suç için 2 yıl hapis cezası verilir. Burada 3 suçun cezası, 3 yıl 3 ay olarak toplanır ve iki katı süreye yani 6 yıl 6 aya ulaşılır. Bu sonuca göre, geri alınan koşullu salıverilme kararı ile kişinin 2370 günlük (6 yıl 6 ay) infazı yanar. Ancak kanun koyucu, hak ederek tahliye tarihinin esas alınması gerektiğini belirttiğinden 3 yılı (1095 gün) geçmeyecek şekilde cezanın infaz kurumunda çektirilmesi gerekir.

Kişi, ikinci suçu denetimli serbestlik tedbiri uygulanırken işlerse yukarıdaki örnekten hareketle, nitelikli dolandırıcılık suçunu işlediği için 10 yıl hapis cezasına mahkum edilen kişi, cezanın infazına başladıktan 5 yıl sonra koşullu salıverilmeden, koşullu salıverilmesine 1 yıl kala da denetimli serbestlikten faydalanarak serbest bırakılır. Ceza infaz kurumunda 4 yıl kalan ve denetimle salıverilen kişi, infaz kurumundan çıktıktan 6 ay sonra denetimli serbestlik tedbiri uygulandığı sırada hırsızlık suçu işler ve bu suç nedeniyle 3 yıl hapis cezasına çarptırılır ve cezası kesinleşerek infaz kabiliyeti kazanırsa, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebiyle infaz hakimi tarafından hükümlünün açık cezaevine gönderilmesine karar verilebilir. Açık cezaevine gönderilen kişinin denetimi kalkar ve koşullu salıverilme tarihine kadar burada kalır. Dolandırıcılık suçu nedeniyle verilen cezanın infaz kurumunda çektirilmesine sonraki suçu (hırsızlık) işlediği tarihten itibaren başlamak ve hak ederek

tahliye tarihini geçmemek koşuluyla yeniden başlanır. Dolandırıcılık suçundan hak ederek tahliye edildikten sonra da hırsızlık suçundan verilen cezanın infazına başlanır.

Koşullu salıverilme kararının geri alınması, hükümlünün yükümlülüklerine aykırı davranması halinde de söz konusu olabilir. Buna göre, bahse konu yükümlülüklerine uymama tarihi ile hak ederek salıverilme tarihi arasındaki süreyi geçmemek şartıyla ihlalin niteliğine göre takdir edilecek bir sürenin, cezaevinde aynen çektirilmesine karar verilir (Bkz. CGTİHK m.107/13-b).

Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilemese de kişinin mahkum olduğu diğer suçlar dolayısıyla aldığı cezaların infazında, koşullu salıverilme hükümleri uygulanabilir. Burada dikkat edilmesi gereken bu cezanın mükerirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesidir.

VI. Koşullu Salıverilmeden Yararlanamayanlar

Yukarıda belirttiğimiz şartlar yerine getirilmesine rağmen, koşullu salıverilmeden yararlanamayacak hükümlüler vardır. İşlenen suçun niteliği veya birden fazla işlenmesi hali mahkumun ıslah edilemeyeceği, topluma kazandırılmayacağı ve tehlikelilik halinin son bulmayacağı düşüncesi, hükümlünün koşullu salıverilmeden faydalanmasına engel teşkil etmektedir. Bu durum, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin (İHAM) önüne taşınmış ve konu, "umut hakkı" bağlamında tartışılmıştır⁸⁰.

İHAM, kişinin bir gün serbest kalma ümidi olmaksızın cezasını infaz kurumunda çekmesini, sözleşmenin 3 üncü maddesindeki kötü muamele yasağını ihlal olarak değerlendirmiş ve umut hakkının insan onuruna saygının bir gereği olarak korunması gerektiğinden bahsetmiştir⁸¹.

Gerçekten, koşullu salıverilme imkanının bulunmadığı ve mahkuma bütün ömrü boyunca hapis cezası dayatan bir uygulama, kurumun özel önleme amacına ve hükümlünün ıslahına fayda sağlamayacaktır⁸².

80 Mahkeme, taraf ülkelerin bazı suçlar için verilen hapis cezalarının uygun uzunluğuna karar verirken takdir yetkisi kullanmaları ve özellikle ciddi suçlardan hüküm giyen yetişkin suçlulara müebbet hapis cezası vermekte özgür olmaları gerektiğini hatırlatmıştır. Fakat bir yetişkinin müebbet hapis cezasının azaltılabilmesi Sözleşme'nin 3. maddesi 4 uyarınca mümkün olabilir. Mahkeme, herhangi bir davada verilen müebbet hapis cezasının azaltılabilir olup olmadığını belirlerken, hükümlünün serbest bırakılma olasılığı taşıyıp taşımadığını belirlemesi gerekmektedir. Ulusal hukukun ceza hafifletme, azaltma, sonlandırma veya hükümlünün şartlı tahliyesine ilişkin olarak müebbet hapis cezasını inceleyebildiği durumlar Sözleşme'nin 3. maddesine uygun olmaya yeterli görülebilir. Bkz. **Vinter ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD]** – 66069/09, 130/10 ve 3896/10 ve 3896/10, 9.7.2013 tarihli karar.

81 Mahkemenin mevcut içtihatlarından şu üç ana sonuç çıkarılabilir: Üye ülkeler mevzuatlarında cezanın infazı sırasında belirli bir süre geçtikten sonra cezanın gözden geçirilmesine olanak sağlayan düzenlemelere yer vermelidir. Ayrıca, üye devletler cezanın gözden geçirileceği usulü de öngörmelidir. Nihayetinde cezaevinde infaz ömür boyu hapis cezasına mahkum kişinin rehabilitasyonunda ilerleme kaydetmesine imkan verecek şekilde düzenlenmelidir. Bkz. Avrupa Konseyi, Avrupa İşkencenin ve İnsanlıkdışı veya Onurkırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (AİÖK), CPT/Inf(2016)10-part, **Ömür Boyu Hapis Cezası Mahkumlarının Durumu**, 25. Genel Rapor, 2016, s.4.

82 **Centel**, s.52; **Özgenç**, s.809; **Koca-Üzülmez**, s.602; **Akkaş**, s.311; **Gropp**, s.641, kn.20. (Alman Anayasa Mahkemesi de terör suçundan mahkum olanlar bakımından bu değerlendirmeyi yapmıştır. Bkz. BVerfG 1 BvL 14/76 BVerfGE 45, 187; § 57a, 2007, 332).

Belirtelim ki cezanın elbette kefaret yönü bulunmaktadır. Bu durum, toplumu oluşturan bireylerde suç işlemeye karşı caydırıcılık sağlar ve cezanın genel önleme amacına hizmet eder. Ancak koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadığında, cezanın özel önleme amacı ortadan kalkmış olur. Buna engel olmak için cezanın özel önleme ve ıslah amacına hizmet eden koşullu salıverilme hükümlerinin, umut hakkı bağlamında uygulanmasının önünü açmak gerekir. Koşullu salıverilmede önemli olan işlenen suçun niteliği değil, verilen ceza ile özel önleme amacına hizmet edilip edilmediğidir⁸³. Ömür boyu hapis cezaları dahil olmak üzere verilen cezaların bir amacı da suç işlemiş kişinin rehabilitasyonu ve resosyalizasyonudur.

CGTİHK ile diğer bazı Kanun hükümlerine göre, aşağıdaki hallerde hükümlü koşullu salıverilmeden faydalanamaz.

TCK'nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısımında bulunan dört, beş ve altıncı bölümdeki suçlardan biri⁸⁴, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenir ve bu nedenle kişi ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkum edilirse, koşullu salıverilmeden faydalanamaz (CGTİHK m.107/16)⁸⁵. Hakkında ikinci kez tekrerrür hükümleri uygulanan hükümlü koşullu salıverilmez (CGTİHK m.108/3).

5411 s.lı Bankacılık Kanunu'nun "İnfaz" başlıklı 167 nci maddesine göre, aynı Kanunu'nun 160 ıncı maddesindeki suçlardan hükümlü olanlar, fona veya hazineye olan borçları ve tazminatları ödemediği veya bu borçlar ve tazminatlar malvarlıklarından tahsil olunamadığı sürece koşullu salıverilmeden yararlanamaz.

CGTİHK'nun 16 ncı maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmaz (CGTİHK m.106/9). Koşullu salıverilme kararının geri alınmasından sonra aynı hükmün infazı ile ilgili bir daha koşullu salıverilme kararı verilmez (CGTİHK m.107/13).

Tutuklu veya hükümlü iken firar (TCK m.292) veya ayaklanma suçundan (TCK m.296) mahkum edilmiş bulunanlar ile disiplin cezası olarak üç defa hücre hapsi almış olanlar, bu disiplin cezaları kaldırılmış olsa bile şartla salıverilmeden yararlanamazlar (TMK m.17/2). Ayrıca Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlardan mahkum olanlar, hükümlerinin kesinleşme tarihinden sonra bu Kanunun kapsamına giren bir suçu işlemeleri halinde, şartla salıverilmeden yararlanamazlar (TMK m.17/3).

83 Centel, s.52.

84 Bahse konu suçlar; "Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar" başlıklı Dördüncü Bölüm, "Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı Beşinci Bölüm, "Milli Savunmaya Karşı Suçlar" başlıklı Altıncı Bölüm altında yer alan suçlardır.

85 Ayrıca, 14.7.2004 tarihli ve 5218 s.lı Kanunun 1 inci maddesi ile değişik 3.8.2002 tarihli ve 4771 s.lı Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunla; ölüm cezaları, müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen terör suçluları ile ölüm cezaları ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına dönüştürülen veya ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezasına mahkûm olan terör suçluları, koşullu salıverilme hükümlerinden yararlanamaz. Bunlar hakkında, ağırlaştırılmış müebbet ağır hapis cezası, hayatı boyunca devam eder (Bkz. CGTİHK Geçici m.2).

Aile Mahkemelerince verilmiş zorlama hapis kararları, Mahkemelerce verilmiş disiplin hapsi kararları ile İcra ceza mahkemelerince verilmiş hapsen tazyik ve tazyik hapsi kararları koşullu salıverilme hükümlerinin kapsamı dışındadır.

Koşullu salıverilmeden yararlanamayanlar kısmında belirtmek isteriz ki, hakkında tutuklama kararı bulunanlar veya haklarında verilen hüküm henüz kesinleşmemiş olan hükmen tutuklular koşullu salıverilmeden faydalanamaz. Şayet sanık ilk derece mahkemesinde yargılanmış ve verilen hüküm kanun yolları aşamasına taşınmışsa (istinaf veya temyiz), başka suçtan tutukluluk veya hükümlülük de söz konusu değilse, 7242 s.lı Kanunun getirdiği lehe düzenlemelerle tahliye edilmesi gerekebilir⁸⁶.

VII. Denetimli Serbestlik Tedbiri Uygulanarak Cezanın İnfazı

A. Genel Bilgiler

Bu başlıkta müstakil bir yaptırım olmayan, ancak hapis cezasının infazını tamamlayıcı niteliği bulunan⁸⁷ denetimle serbestlik tedbiri uygulaması ve bu uygulamanın koşullu salıverilmeyle ilişkisi açıklanacaktır.

Denetimli serbestlik tedbiri ile cezaların infaz edilebilmesi ilk olarak Anglo-Amerikan Hukuku'nda ortaya çıkmış ve daha sonraları Kıta Avrupası'nda uygulanmaya başlamıştır⁸⁸. Ülkemiz hukuk sistemine de 05.04.2012 tarih ve 6291 s.lı Kanunla dahil edilmiş ve denetimli serbestlik tedbiri ile hapis cezasının infazının ne şekilde uygulanacağı ve buna ilişkin şartlar, 5275 s.lı CGTİHK'nun 105/A maddesinde gösterilmiştir⁸⁹.

86 Benzer yönde bkz. "Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre katılan vekilinin, sanığın, sanık müdafinin ve sanığın eşinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi onanmasına, tutuklulukta geçen süre ve 17.08.2016 günlü Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 671 sayılı KHK'nin geçici 32. maddesi ile 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanuna eklenen geçici 6. madde dikkate alınarak sanığın başka suçtan tutuklu veya hükümlü değilse tahliyesine," (Yarg. 3. CD., 15.11.2017, 18645/14705).

87 **Özgenç – Şahin**, s.185; **Turhan, Faruk – Altıkat, Abdurrahim**, "Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik Ve Bu Usulden Yararlanma Şartları", S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, Y.2012, s.6.

88 **Turhan – Altıkat**, s.4; **Yavuz, Hakan A.**, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Ankara 2018, s.68.

89 Mevzuatımızda infaz süresi; kapalı ceza infaz kurumunda geçirilen süre, açık ceza infaz kurumunda geçirilen süre ve şartla tahliye tarihi ile bihakkın tahliye tarihi arasındaki süre olmak üzere üç aşamadan oluşmaktadır. Yapılması düşünülen düzenleme ile, açık ceza infaz kurumunda geçirilen sürenin son bir yılının, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilmesi öngörülmektedir. Cezanın bir kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazında hedeflenen asıl amaç; hükümlüleri topluma yeniden katılmaya hazırlamak amacıyla cezaların infazında mümkün olduğunca yarı özgürlük, açık rejimler ya da geçici yerleşmeler gibi belirli yöntemler kullanılmasını öngören, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararlarına uygun alternatif bir infaz rejimi oluşturmaktır. Bu infaz rejimi vasıtasıyla hükümlülerin; yeniden suç işleme risklerinin azaltılması, sosyal hayata hazırlanmasına imkan sağlanması, tahliye şartlarına uyumunun gerçekleştirilmesi, toplumsal kurallara uyma becerilerinin geliştirilmesi ile toplumun hükümlüye olumsuz bakışının azaltılması amaçlanmaktadır. Cezasının son altı ayını kesintisiz olarak açık ceza infaz kurumunda iyi halli olarak geçirmiş olup koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az bir süre kalan hükümlülerin bu düzenlemeden yararlanması öngörülmektedir. Düzenlemeye göre, denetimli serbestlik tedbirleri uygulanmak suretiyle cezaların infazına infaz hakimi tarafından karar verilecektir. Bkz. Düzenlemenin Gerekçesi, TBMM (S. Sayısı: 207).

Cezanın amaçları arasında suçluların ıslahı ve topluma kazandırılması vardır. Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezaların infazı; belli şartları taşıyan hükümlülerin, topluma uyum sağlamalarının kolaylaştırılması ve tekrar suç işleme risklerinin azaltılması amacıyla kişiye göre belirlenmiş denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle, *koşullu salıverilme tarihine bir yıl veya daha az süre kalan* iyi halli hükümlülerin talebi üzerine, infaz kurumundan çıkabilmesini ifade etmektedir.

Koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadan önce hükümlünün infaz kurumundan çıkarılması ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazı mümkündür⁹⁰. Bu müessese ile hükümlü yeni bir koşullu salıverilme (öncül koşullu salıverilme) imkanına daha sahip olmaktadır. Denetimli serbestlik kurumu, gerek infaz devam ederken gerekse de infaz sonrası suç işlemiş olan kişiyi topluma kazandırma amacı taşımaktadır. Ancak kurumun denetim ve kontrol konusunda daha etkin bir yapıya kavuşturulması gerekmektedir⁹¹.

Bu tedbirle birlikte hükümlü, hapis cezasının infazı sürecinde koşullu salıverilme öncesinde denetimli serbestlikle infaz kurumundan çıkabilmektedir⁹². Ancak kurum ile cezaevindeki hükümlü sayısını azaltıp, artan sayı ile ortaya çıkan sorunlara çözüm arandığı görülmektedir⁹³. Gerçekten 7242 s.lı Kanun değişikliği ile denetimli serbestlik uygulaması, başta cezanın infazını sonra da koşullu salıverilme hükümlerini anlamsız hale getirmiştir⁹⁴. Bu durum, cezanın infazından beklenen amacın dışına çıkılmasına ve denetimli serbestliğin koşullu salıverilme dışında, ayrı bir infaz uygulaması olmasına da yol açmıştır.

B. Denetimli Serbestlik Tedbirinin Kapsamı, İnfazı ve Sona Ermesi

Hükümlülerin dış dünyaya uyumlarını sağlamak, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini ve güçlendirmelerini temin etmek amacıyla açık cezaevinde veya çocuk eğitimevinde bulunan ve koşullu salıverilmesine bir yıl veya daha az süre kalan iyi halli hükümlülerin talebi üzerine, cezalarının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazına, cezaevi tarafından hazırlanan değerlendirme raporu dikkate alınarak, verilen hükmün infazıyla ilgili işlemleri yapan Cumhuriyet başsavcılığının bulunduğu yer infaz hakimliği

90 CGTİHK'nun "Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı" başlıklı 105/A maddesi ile koşullu salıvermeye ilişkin sürelerin gevşetildiği görüşü ile ilgili bkz. **Koca-Üzülmez**, s. 601 vd.

91 **Özgenç-Sözüer-Koca**; "İnfaz Kanununun 105A maddesiyle 107 nci maddesi hükümlerinin birleştirilerek koşullu salıverilme müessesesi olarak yeniden düzenlenmesi ve dünyada başka bir örneği bulunmayan, adeta iki aşamalı koşullu salıverilme uygulamasından vazgeçilmesi gerektiğini" ifade etmektedir. Bkz. **Özgenç-Sözüer-Koca**, s.7. **Özbek** de; "yapılan düzenlemelerle denetimli serbestlik tedbirinin getiriliş amacından uzaklaşıldığını ve müessesenin ceza infaz kurumlarındaki hükümlü sayısını azaltma amaçlı kullanıldığını" belirtmektedir. **Özbek**, s.302. Ayrıca bkz. **Yavuz**, s.291 vd.

92 **Özgenç - Şahin**, s.188.

93 **Özbek**, s.344.

94 **Özgenç-Sözüer-Koca** tarafından yapılan değerlendirmede; "Denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı", *koşullu salıvermeyi adeta "sıkı koşullu salıverme-gevşek koşullu salıverme" şeklinde ikiye ayırmaktadır. Yine bu kurum denetimli serbestlik tedbirinin, cezası ertelenen veya koşullu salıverilen kişilerin belli yükümlülüklere tabi tutularak cezalarının toplum içinde denetim altında infaz edilmesi şeklinde belirlenen amacından saptırılmasına, başlı başına bir infaz kurumu haline dönüşmesine yol açmaktadır*" denilmektedir. Bkz. **Özgenç-Sözüer-Koca**, s.6.

tarafından karar verilebilir (CGTİHK m.105/A-1). Açık cezaevine ayrılma şartları oluşmasına rağmen, iradesi dışındaki bir nedenle açık cezaevine ayrılamayan veya bu nedenle kapalı cezaevine geri gönderilen iyi halli hükümlüler, diğer şartları da taşımaları halinde, birinci fıkradaki infaz usulünden yararlanabilir (CGTİHK m.105/A-2). Açık ceza infaz kurumlarında çalışamayacak kadar hasta olma hali, hükümlünün iradesi dışında bir neden olarak değerlendirilebilir. Bu nedenle kapalı cezaevine geri gönderilen iyi halli hükümlüler denetimli serbestlikten faydalanabilir⁹⁵.

Yukarıda belirtilen infaz usulünden; **a)** sıfır-altı yaş grubunda çocuğu bulunan ve koşullu salıverilmesine iki yıl veya daha az süre kalan kadın hükümlüler, **b)** maruz kaldıkları ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatlarını yalnız idame ettiremeyen ve koşullu salıverilmesine üç yıl veya daha az süre kalan hükümlüler, diğer şartları da taşımaları halinde yararlanabilirler⁹⁶.

Koşullu salıverilmede belirttiğimiz üzere, CGTİHK'nun 105/A maddesine göre, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezanın infazı mümkün olan hükümlülerin, bu infaz usulünden yararlanabilmesi için iyi halli olması şarttır. Ayrıca denetimli serbestlik tedbirinin uygulanabilmesi için şartları sağlayan hükümlünün talepte bulunması gerekmektedir.

Adli para cezasını ödemediği için cezası hapse çevrilen hükümlüler, denetimli serbestlik tedbiri infaz usulünden faydalanamaz (CGTİHK m.105/A-4). CGTİHK'nun 16 ncı maddesi hükümleri saklı kalmak üzere, adli para cezasından çevrilen hapsin infazında koşullu salıverilme hükümleri uygulanmadığından, bu hükümlüler bakımından hak ederek tahliye tarihi esas alınır. Yukarıda kapsamını belirttiğimiz denetimli serbestlik tedbirinin infaz usulü hakkında belirli yükümlülükler de söz konusudur⁹⁷.

CGTİHK'nun m. 105/A-7 hükmündeki bentlerin Anayasa Mahkemesi'nin 26.12.2013 tarih, 133/169 s.lı kararı ve 09.04.2014 tarih, 14/77 s.lı kararı ile iptal edilmesinin ardından 7242 s.lı Kanunla fıkra yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, hükümlü hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanmaya

95 **Demirbaş**, s.607.

96 Ağır hastalık, engellilik veya kocama hali, Adli Tıp Kurumundan alınan veya Adalet Bakanlığınca belirlenen tam teşekküllü hastanelerin sağlık kurullarınca düzenlenip Adli Tıp Kurumunca onaylanan bir raporla belgelendirilmelidir (CGTİHK m.105/A-3). Alman hukukunda da mahkeme kararları ile çok yaşlı olan veya hayatını tek başına idame ettiremeyecek durumdaki hükümlüler, cezalarını infaz kurumları dışında çekebilmektedir. Bkz. **Stree-Kinzig**, §57, kn.16b.

97 Denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasının infazına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar; **a)** Kamuya yararlı bir işte ücretsiz olarak çalıştırılması, **b)** Bir konut veya bölgede denetim ve gözetim altında bulundurulması, **c)** Belirlenen yer veya bölgelere gitmemesi, **d)** Belirlenen programlara katılması, yükümlülüklerinden bir veya birden fazlasına tabi tutulmasına, denetimli serbestlik müdürlüğüne karar verilir. Hükümlünün risk ve ihtiyaçları dikkate alınarak yükümlülükleri değiştirilebilir (CGTİHK m.105/A-5). Hükümlünün; **a)** Ceza infaz kurumundan ayrıldıktan sonra, talebinde belirttiği denetimli serbestlik müdürlüğüne beş gün içinde müracaat etmemesi (CGTİHK Geçici 9 uncu maddesinin 3 üncü fıkrasına göre, 105/A maddesinin altıncı fıkrasında yer alan "beş gün"lük süre, 1/1/2021 tarihine kadar "yirmibeş gün" olarak uygulanır), **b)** Hakkında belirlenen yükümlülüklere, denetimli serbestlik müdürlüğünün hazırladığı denetim ve iyileştirme programına, denetimli serbestlik görevlilerinin bu kapsamdaki uyarı ve önerileriyle hakkında hazırlanan denetim planına uymamakta ısrar etmesi, **c)** Ceza infaz kurumuna geri dönmek istemesi halinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebi üzerine, koşullu salıverilme tarihine kadar olan cezasının infazı için açık ceza infaz kurumuna gönderilmesine, denetimli serbestlik müdürlüğünün bulunduğu yer infaz hakimi tarafından karar verilir (CGTİHK m.105/A-6).

başlandıktan sonra işlediği iddia olunan ve cezasının alt sınırı bir yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren kasıtlı bir suçtan dolayı kamu davası açılmış olması halinde, denetimli serbestlik müdürlüğünün talebiyle infaz hakimi tarafından, hükümlünün açık cezaevine gönderilmesine karar verilebilir. Yapılan kovuşturma sonucunda beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın reddi veya düşme kararı verilmesi halinde ise hükümlünün cezasının infazına denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak devam olunmasına infaz hakimliği tarafından karar verilir (Bkz. CGTİHK m.105/A-7).

Belirtelim ki, suç işlediği sabit görülen ve bu nedenle infaz kurumuna gönderilen hükümlünün denetimli serbestlikten faydalanırken yeni bir suç işlediği iddiasıyla hakkında kamu davası açıldığında denetimli serbestlik müdürlüğünün talebiyle infaz hakimi tarafından, hükümlünün açık cezaevine gönderilmesine karar verilebilmesi, denetimli serbestlikten önce uygulanan koşullu salıverilme hükümleri ile çelişki halindedir. CGTİHK'nun 107 nci maddesinin 15 inci fıkrasında, “*Hükümlü (...) kasıtlı suçtan dolayı hapis cezasına mahkum edilirse*” salıverilme kararının geri alınacağını belirten kanun koyucu, daha esnek bir süreci ifade eden ve buna bağlı şartlar ihtiva eden denetimli serbestliğin sonlanması ihtimalini soruşturma evresinin sonuna kadar getirerek kurumlar arasında anlamlı görülmeyen farklı bir uygulamaya gitmiştir. Bu durum hükümlü bakımından işlenen ilk suç nedeniyle verilen cezanın infazını da aleyhe olacak şekilde etkileyecektir.

Yükümlülüklerle ve denetim planına uygun davranan hükümlünün koşullu salıverilmesi hakkında denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından hazırlanan rapor, CGTİHK'nun 107 ve 108 inci maddeleri uyarınca işlem yapılmak üzere ilgili mahkemeye gönderilir. Denetimli serbestlik müdürlüğüne müracaat etmesi gereken sürenin bitiminden itibaren iki gün geçmesine rağmen müracaat etmeyenler ile cezaevine iade kararı verilmesine rağmen iki gün içinde en yakın Cumhuriyet başsavcılığına teslim olmayan hükümlüler hakkında, 5237 s.lı TCK'nun 292 nci ve 293 üncü maddelerinde yazılı hükümler uygulanır (Bkz. CGTİHK m.105/A-8).

Burada önemli olan CGTİHK'nun geçici 6 ncı maddesiyle yapılan düzenlemedir. Buna göre, 30.3.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından⁹⁸; 105/A maddesinin birinci fıkrasındaki “*bir yıl*”lık süre, “*üç yıl*” olarak uygulanır.

Söz konusu hükümden hareketle, bir kamu görevlisi, resmi belgede sahtecilik suçu nedeniyle 8 yıl hapis cezasına mahkum edilirse, ½ oranında uygulama alanı bulan koşullu salıverilme hükümlerinden 4 yıl sonra faydalanabilecektir. Ancak koşullu salıverilmesine 3 yıl kalan iyi halli hükümlünün talebiyle cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmının denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak

98 Söz konusu hüküm, 5237 s.lı TCK'nun, – kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), – üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenen kasten yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları, – neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu (madde 87, fıkra iki, bent d), – İşkence suçu (madde 94 ve 95), – Eziyet suçu (madde 96), – Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), – Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138), – Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçu (madde 188) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (TCK m. 302-308 Devlet Güvenliğine Karşı İşlenen Suçlar, TCK m. 309-316 Anayasal Düzene Ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı İşlenen Suçlar, TCK m. 317-325 Milli Savunmaya Karşı İşlenen Suçlar, TCK m. 326-339 Devlet Sırlarına Karşı İşlenen Suçlar Ve Casusluk) ile 12/4/1991 tarihli ve 3713 s.lı Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere uygulanır.

suretiyle infazı mümkündür. 8 yıl hapis cezası alan hükümlü, denetimli serbestlik tedbirinden faydalanarak bu cezanın sadece 1 yılını infaz kurumunda geçirmiş olacak. Benzer şekilde, 10 yıl hapse mahkum edilen bir kişi, bu sürenin sadece 2 yılını infaz kurumunda geçirecek ardından koşullu salıverilme ve denetimli serbestlikle tahliye olabilecektir.

Ayrıca, 30.3.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından⁹⁹;

a) Sıfır-altı yaş grubu çocuğu bulunan kadın hükümlüler ile yetmiş yaşını bitirmiş hükümlüler hakkında 105/A maddesinin 3 üncü fıkrasındaki “**iki yıl**”lık süre, “**dört yıl**” olarak uygulanır.

b) Maruz kaldığı ağır bir hastalık, engellilik veya kocama nedeniyle hayatını yalnız idame ettiremeyen altmışbeş yaşını bitirmiş hükümlülerin koşullu salıverilmeleri için cezaevinde geçirmeleri gereken süreler, azami süre sınırına bakılmaksızın 105/A maddesinde düzenlenen denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infaz edilebilir (CGTİHK Geçici m.6/2).

Denetimli serbestlik tedbirinin uygulanması suretiyle cezanın infazını hükümlüler lehine genişleten bu istisnai düzenleme (30/3/2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından), iyi halli olmak koşuluyla kapalı ceza infaz kurumlarında bulunan hükümlüler hakkında da uygulanır (CGTİHK Geçici m.6/3). Bu hükmün daha önce Kanunda bulunmadığını belirtmemiz gerekir.

Çocukların üstün menfaati gözetilerek getirilen istisnai bir başka hükümle, 30.3.2020 tarihine kadar işlenen suçlar bakımından, tabi olduğu infaz rejimine göre belirlenen koşullu salıverilme süresinin hesaplanmasında, hükümlünün onbeş yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği “*bir gün*”, “*üç gün*”; onsekiz yaşını dolduruncaya kadar cezaevinde geçirdiği “*bir gün*”, “*iki gün*” olarak dikkate alınır (CGTİHK Geçici m.6/4). Örneğin, gece vakti yağma suçu işlediği için 10 yıl hapse mahkum edilen ve cezası kesinleşen 16 yaşındaki çocuk aldığı cezanın 5 yılını infaz kurumunda geçirirse koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanır. Çocuğun onsekiz yaşını dolduruncaya kadar ceza infaz kurumunda geçirdiği bir gün, iki gün olarak dikkate alınacağından 16 ila 18 arasındaki 2 yıllık infaz 4 yıl olarak hesaplanacak ve onsekiz yaşını tamamladıktan 1 yıl sonra koşullu salıverilme hükümlerinden faydalanabilecektir. Böylece infaz kurumunda kalacağı 5 yıllık süre 3 yıla düşmüş olacak, koşullu salıverilmesine 3 yıl kalan iyi halli hükümlünün talebi ile cezasının koşullu salıverilme tarihine kadar olan kısmını denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle infazı mümkün olduğundan 10 yıl hapis cezası alan çocuk, öncelikle cezaevine alınacak ardından 3 gün cezaevinde kalarak tahliye edilecek.

Son olarak belirtelim ki, CGTİHK’nun Geçici 9 uncu maddesinin 5 inci ve 6 ncı fıkrasına, hükümlülerin Covid-19 salgını nedeniyle izinli sayılmaları konusunda hüküm sevk edilmiştir¹⁰⁰.

99 Söz konusu hüküm, TCK’nun; – Kasten öldürme suçları (madde 81, 82 ve 83), – Cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar (madde 102, 103, 104 ve 105), – Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar (madde 132, 133, 134, 135, 136, 137 ve 138) ve İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar hariç olmak üzere uygulanır.

100 CGTİHK Geçici m.9/5 hükmü; “Covid-19 salgın hastalığının ülkemizde görülmüş olması sebebiyle, açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumunda bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanan hükümlüler, 105/A maddesi kapsamında denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezasının infazına karar

Söz konusu düzenleme, koşullu salıverilme şartları ağırlaştırılan terör suçları ve örgüt suçları dahil olmak üzere, uyuşturucu veya uyarıcı madde suçları, cinsel suçlar, devlet aleyhine işlenen suçlardan hükümlü olanların tahliyesinin önünü açacak niteliktedir. Bahse konu hükmün nasıl uygulanacağı da ayrı bir sorundur. Fıkra da her ne kadar izinli sayılanlar hakkında CGTİHK'nun 95 inci maddesindeki "özel izin"¹⁰¹ ve 97 nci maddesindeki "izinden dönmeme, geç dönme"¹⁰² hükümlerinin tatbik edileceği belirtilse de hükümlülerin nasıl bir infaz kurumunda oldukları, müddetnamesindeki infazı ve asıl önemlisi herhangi bir suç ayırımına yer verilmemesi toplumda oluşacak infialle birlikte hükümlüler arasında eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Ülkemizde denetimli serbestlik müessesesi tam anlamıyla etkin bir biçimde uygulanmadığından, hükümlülere verilen "izin" mağdurları korku ve paniğe sevk edebilecektir.

Sonuç

Hukuki nitelik olarak hürriyeti bağlayıcı cezanın infazına seçenек bir kurum olan koşullu salıverilme, hükümlüler bakımından bir hakttır. Şartları yerine getiren özellikle de infaz kurumunda iyi hali muhafaza eden hükümlülerin koşullu salıverilmeden faydalanması, hükümlüye verilen ödül niteliğindedir. Kurum, cezanın bireyselleştirilmesiyle birlikte özel önleme amacına hizmet etmektedir. Dolayısıyla umut hakkı bağlamında kurumun mutlak olarak uygulanması gerektiğini ifade etmeliyiz. Bununla birlikte, suçu sübut bulmuş ve cezalandırılması gereken bir kişinin önce koşullu salıverilme daha sonra da denetimli serbestlik hükümlerinden faydalanarak infaz kurumuna girmemesi veya verilen cezaya oranla kısa sürede cezaevinden tahliye edilmesi, başta mağdurların sonra da toplumun; hukuka, adalete ve kamu otoritelerine güvenini sarsmaktadır. Alman Ceza

verilen hükümlüler ve 106 ncı madde veya diğer kanunlar uyarınca denetimli serbestlik tedbirinden yararlanan hükümlüler, 31/5/2020 tarihine kadar izinli sayılır. Salgının devam etmesi hâlinde bu süre, Sağlık Bakanlığının önerisi üzerine Adalet Bakanlığı tarafından her defasında iki ayı geçmemek üzere yedi kez uzatılabilir. Bu fıkra uyarınca izinli sayılanlar hakkında 95 ve 97 nci madde hükümleri uygulanır" şeklindedir. CGTİHK Geçici m.9/6 hükmünde de; "Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar, Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar ve örgüt faaliyeti kapsamında işlenen suçlar hariç olmak üzere, toplam hapis cezası on yıldan az olanlar bir ayını, on yıl ve daha fazla olanlar ise üç ayını kapalı ceza infaz kurumunda geçirmiş olan iyi hâlli hükümlülerden ilgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmasına bir yıl veya daha az süre kalanlar, talepleri hâlinde açık ceza infaz kurumlarına gönderilebilirler. Bu hükümlüler, açık ceza infaz kurumlarında barındırılır. İlgili mevzuat uyarınca açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya, beşinci fıkra da belirtilen süreler içinde hak kazandıkları takdirde beşinci fıkra uyarınca izinli sayılırlar. Beşinci fıkra da belirtilen sürenin tamamlanmasından sonra ise açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanıp kazanmadıklarına bakılmaksızın, 95 inci maddede düzenlenen izin hakkından yararlanırlar. Bu fıkra hükmü 31/7/2021 tarihine kadar uygulanır" denilmektedir.

- 101 CGTİHK'nun "Özel izin" başlıklı 95 inci maddesi; "Açık ceza infaz kurumlarında bulunanlarla kapalı ceza infaz kurumunda olup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazananlara, aileleriyle bağlarını sürdürmelerini veya güçlendirmelerini ve dış dünyaya uyumlarını sağlamak amacıyla kurum en üst amirinin önerisi ve Cumhuriyet Başsavcılığının onayı ile üç ayda bir, yol hariç yedi güne kadar izin verilebilir. Hastalık veya doğal afet gibi zorunlu hallerde bu izinler birleştirilerek kullanılabilir" şeklindedir.
- 102 CGTİHK'nun "İzinden dönmeme, geç dönme" başlıklı 97 nci maddesi; "(1) İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler hakkında Türk Ceza Kanununun 292 nci ve izleyen maddelerinde yazılı hükümler uygulanır. Salgın hastalık, doğal afet, savaş veya seferberlik durumunda bu sebeplerden dolayı izinden dönmeyen veya geç dönen hükümlülere ceza verilmez. (2) İzin süresini iki gün veya daha az bir süre geçiren hükümlüler hakkında disiplin işlemi yapılır. (3) İzinden dönmeyen veya iki günden fazla bir süre geçtikten sonra dönen hükümlüler ile firar eden hükümlülere bir daha özel izin verilmez" şeklindedir.

Kanunu'ndaki düzenlemede belirtildiği üzere, koşullu salıverilme uygulamasında mutlaka kamunun güvenlik menfaati gözetilmelidir.

Kanun koyucu, işlenen suç karşılığında verilen hapis cezalarının ağırlığını dikkate alarak 14.04.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanunla infaz politikasında değişikliğe gitmiştir. Ancak ceza ve infaz politikasındaki bu değişiklik bazı noktalarda çelişkiye sebebiyet vermektedir. Örneğin, 7242 s.lı Kanunla bazı suçların cezası arttırılırken, (TCK m. 86 kasten yaralama, m. 220 suç işlemek amacıyla örgüt kurma, m. 241 tefecilik) koşullu salıverilme sürelerinde indirimle gidilmiştir. Benzer şekilde, 18.6.2014 tarih ve 6545 s.lı Kanunla cinsel dokunulmazlığa karşı suçların cezası, ölçüsüz biçimde arttırılmış, buna rağmen bahse konu suçların koşullu salıverilme süreleri istisnai alanda tutularak hükümlülerin cezaevinde daha fazla kalması sağlanmıştı. Buna bir de CGTİHK'nun 105/A maddesinde yer alan denetimli serbestlik uygulaması dahil edildiğinde uygulanacak infaz politikasının eşitlik ilkesine aykırı olduğu görülecektir. Koşullu salıverilme ve denetimli serbestlik sürelerinin hesaplanması, bazı hükümlüler ve verilen cezalar bakımından eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmekle birlikte orantısız ve ölçüsüz sonuçlar da doğuracak niteliktedir. Koşullu salıverilme süreleri kısaltılırken denetimli serbestlik sürelerinin genişletilmesi, daha da önemlisi geçici maddelerle (CGTİHK m. 6 ve 9) iki kurum bakımından belirlenen kuralların ötesinde, istisna hükümler getirilmesi ve bu hükümlerin suça ve suçluya göre değişen, tam bir ölçüye sahip olmayan yapısı uygulamada belirsizliğe neden olmaktadır.

Hükümlüleri iyi halli olmaya ve onları tekrar suç işlememeye teşvik eden çağdaş ceza hukuku anlayışında önemli bir işlevi yerine getiren koşullu salıverilme kurumunda failin esas alındığını, onun ön planda tutulduğunu, buna karşın suçun niteliği ile suç karşılığı verilen cezaların arka plana itildiği bir gerçektir. Bu durumun bir sonucu olarak, süreli hapis cezalarında cezanın yarısının infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi kuralına, birçok suç tipi bakımından verilen hapis cezasının üçte ikisinin infaz edileceği istisnası getirilmiştir. Kaidelere istisna getirilmesi mümkündür. Fakat söz konu suçların hangi kritere göre istisnai alana dahil edildiği belirli olmadığından, verilen süreli hapis cezalarının yarısının infaz kurumunda çekileceği kuralı da ceza ve infaz politikasını sorgulanır hale getirmekte ve hakkaniyetli bir çözüm sunmamaktadır. İstisna olan suçlarda, kanun koyucunun suçluya ilgilenecek onun istisna olan suçu kaç kere işlediğini (tekerrür) veya kimlerle işlediğini (örgüt faaliyeti) ve suçlunun toplumda oluşturduğu tehlikeliliği de dikkate alması gerekirdi.

Toplumda suçun işlenmesini önleme adına cezaların şiddetli olmasının yanı sıra muhakkak olması da önemli bir beklentidir. Aksi halde hukuk güvenliği zedelenir. Tıpkı aftan faydalanan kimseler gibi koşullu salıverilenlerin de tekrar suç işlemesi rastlanılan bir durumdur. Ayrıca koşullu salıverilme uygulanırken tam anlamıyla hangi hükümlünün buna layık olup olmadığı da önem arz etmektedir. Birçok hükümlünün henüz ıslah olmadan serbest kalabilmesi, ihtimal dahilindedir. Bu kapsamda, denetimli serbestlik uygulanarak cezanın infazına son verilmeli ve ceza ilişkisini sonlandıran hallerden af düzenlemeleri için yapılan temel eleştiriler dikkate alınarak suç mağdurları, sürece dahil edilmelidir. Ayrıca denetim süresi içerisinde yükümlülüklerin hükümlü tarafından mutlaka yerine getirilmesi, yapılan denetim ve gözetimin etkinliğinin arttırılması ve cezanın muayyen bir kısmının infaz kurumunda geçirilmesi ile ilgili istisna kılınan suç tiplerinin tekrar değerlendirilmesi gerekmektedir.

Son olarak, koşullu salıverilme müessesini ve hükümlerini anlamsız kılan denetimli serbestlik tedbirleriyle cezanın infazı uygulamasına son verilmesi şartıyla, 14.4.2020 tarih ve 7242 s.lı Kanunla getirilen süreli hapis cezalarında cezanın yarısının infaz kurumunda iyi halli olarak geçirilmesi halinde hükümlünün koşullu salıverilmeden faydalanması düzenlemesini olumlu karşıladığımızı belirtmek isteriz. Bugün itibarıyla gelinen noktada, suçların alt ve üst sınırlarının yüksek olması ve haksızlık muhtevası bakımından işlenen suçla verilen ceza arasında orantı bulunmaması infaz kurumunda geçirilecek sürenin koşullu salıverilme ile kısaltılması şeklinde tezahür etmiştir.

Kaynakça

- Akbulut, İlhan**, “Şartla Tahliye”, İÜHFİM, C. 55, S. 1-2. Y. 1996.
- Akkaş, Ahmet Hulusi**, “Koşullu Salıverilme”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XII, Y. 2008, S. 1-2.
- Akkaya, Çetin**, Cezaların İnfazı ve İnfaz Hukuku, Ankara 2018.
- Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Alşahin, Mehmet Emin-Çakır, Kerim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2020.
- Bozdağ, Ahmet**, Türk Ceza Hukukunda Koşullu Salıverilme Kurumu Ve Etkinliğinin Geliştirilmesi, Ankara 2019.
- Centel, Nur**, “Şartla Salıverme”, Hukuk Araştırmaları, C.7, S.1-3, 1992-1993, İstanbul 1994.
- Centel, Nur-Zafer, Hamide-Çakmut, Özlem**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bası, İstanbul 2017.
- Demirbaş, Timur**, İnfaz Hukuku, 7. Baskı, 2020.
- Dönmezer, Sulhi-Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt III, 8. Bası, İstanbul 1980.
- Dursun, Selman**, “Özellikle Mağduru Çocuk Olan Mükerrir Cinsel Suç Faillerine Karşı Toplumun Korunması Bağlamında Megan Kanunu Hakkında Soru ve Cevaplar”, CHKD, Cilt: 2, Sayı: 1-2, 2014.
- Erem, Faruk**, “Ümanist Ceza Hukuku Doktrinine Giriş”, Ernst E. Hirsch'e Armağan, Ankara 1964.
- Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, M.Emin**, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 1997.
- Fischer, Thomas**, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 62. Auflage, München 2015.
- Gropp, Walter**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2015.
- Hafızoğulları, Zeki-Özen, Muharrem**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- İçel, Kayıhan-Sokullu Akıncı, Füsun-Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Mahmutoğlu, Fatih S.-Ünver, Yener, İçel** Yaptırım Teorisi, 3. Kitap, İstanbul 2002.
- Jescheck, Hans Heinrich**, “Hürriyeti Bağlayıcı Cezaların Alman ve Türk Ceza Hukukundaki Yeri” (Çeviren: Ayhan Önder), İÜHFİM., C.: XLVIII-XLIV, S.: 1-4, İstanbul 1983.
- Kafes, Veli**, TCK. Öntasarıları ve İçtihatlar Işığında Hukukumuzda Şartlı Salıverme ve Uygulamadaki Sorunlar (Teori – Uygulama Örneklili), Ankara 1998.
- Kıdıl, Fahrettin**, “Cezalandırmanın Amacı ve “Umut Hakkı” Bağlamında Koşullu Salıverilme Yasakları”, TBB Dergisi 2018 (138).
- Koca, Mahmut-Üzülmez, İlhan**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Önder, Ayhan**, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer**, İnfaz Hukuku, Ankara 2019.
- Özbek, Veli Özer**, “Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Hakkındaki Değerlendirmelerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt: 15, Sayı:42, Nisan 2020.

- Özbek, Veli Özer-Doğan, Koray-Bacaksız, Pınar**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Özgenç, İzzet – Şahin, Cumhur**, İnfaz Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Özgenç, İzzet**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Ankara 2020.
- Özgenç, İzzet-Sözüer, Adem-Koca, Mahmut**, “Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi”nin Değerlendirilmesi, <https://www.docdroid.net/abV0T1p/infaz-kanunu-degisiklik-teklifi-degerlendirmesi-20200406-pdf>.
- Sözüer, Adem**, “Türk Hukukunda Af, 4454 ve 4616 Sayılı Kanunlarda Öngörülen Şartla Salıverilme ve Ertelemeye İlişkin Hükümlerin Hukuksal Niteliği İle Bu Hükümlerin Anayasaya Uygunluğu Sorunu”, Anayasa Yargısı, S.:18, Ankara 2001.
- Stree, Walter-Kinzig, Jörg**, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke, Adolf/Schröder, Horst) 29. Auflage, München 2014.
- Şen, Ersan – Başer, Beyza**, Koşullu Salıverilme – Denetimli Serbestlik Ve Ceza İnfaz Sorunları, Ankara 2019.
- Şener, Esat**, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.
- Tuğ, Aşım-Balseven, Aysun**, “Megan Kanunu”, Adli Bilimler Dergisi, C.: 2, Sayı: 4, Yıl: Aralık 2003.
- Turhan, Faruk – Altıkat, Abdurrahim**, “Yeni Bir Ceza İnfaz Usulü Olarak Denetimli Serbestlik Ve Bu Usulden Yararlanma Şartları”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, Yıl 2012.
- Yavuz, Hakan A.**, Ceza İnfaz Sistemi ve Denetimli Serbestlik, Ankara 2018.
- Yenidünya, Ahmet Caner**, “Şartla Salıvermenin Hukuki Niteliği”, Legal Hukuk Dergisi, C.: 1, S.: 1, Ocak 2003.
- Yenisey, Feridun-Plagemann, Gottfried**, Alman Ceza Kanunu, Strafgesetzbuch (StGB), İstanbul 2015.
- Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m. 1-75), 6. Bası, İstanbul 2016.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019'da Yapılan Bazı Değişikliklerin Değerlendirilmesi

An Assessment of December 2019 Amendments to the Turkish Law on Foreigners and International Protection in view of the European Court of Human Rights Jurisprudence

Meltem İNELİ CİĞER* 

Öz

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik yapılmasına Dair Kanun ile 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve kanuna bazı ek maddeler getirilmiştir. Bu makalenin amacı Aralık 2019'da YUKK'da yapılan değişikliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile uygunluğunu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında değerlendirmek ve söz konusu değişikliklerin uygulamasında insan hakları hukuku bakımından dikkat edilmesi gereken hususları ortaya koymaktır. Bu amaçla makalede YUKK m. 53(3)'de yapılan değişiklik ile sınır dışı kararlarına itiraz süresinin yedi güne indirilmesi hususu, sınır dışı kararlarına yapılan itirazların tüm yabancılar için yürütmeyi durdurma etkisi doğuracağına dair YUKK m. 53'te yapılan değişiklik ve Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancıların sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin YUKK m. 7'de yapılan değişiklik AİHM içtihadı ışığında incelenmiştir. Makalede ayrıca, YUKK m. 57/A ile hukukumuzda yeni getirilen idari gözetime alternatif yükümlülükler ve idari gözetim altına alınan yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenebileceğine ilişkin YUKK m. 57'de yapılan değişiklik de değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: AİHS m. 3 – AİHS m. 5 – AİHS m. 8 – YUKK Aralık 2019 değişiklikleri – İdari gözetime alternatif yükümlülükler – Sınır dışı kararlarına itiraz

Abstract

The Turkish Law on Foreigners and International Protection (Law No 7196) has been amended with the adoption of Law no 7196 on 6 December 2019. The aim of the article is to analyse the extent to which these recent amendments comply with the European Convention on Human Rights and the jurisprudence of the European Court of Human Rights and to identify human rights principles that need to be observed when implementing the amended provisions of the Law on Foreigners and International Protection. The article examines the amendments with regard to the following issues: detention of foreigners in transit zones (art. 7), alternatives to immigration detention (art 57/a), deportation appeals (art. 53) and interception of the detained migrants' electronic and communication devices (art 53).

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: meltemciger@sdu.edu.tr

Keywords: Article 3 of the ECHR – Article 5 of the ECHR – Article 8 of the ECHR – Turkish Law on Foreigners and International Protection – Amendments of December 2019 – Alternatives to Immigration Detention – Deportation appeals

GİRİŞ

6 Aralık 2019 tarihinde 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK)¹ bazı maddelerinde değişiklik yapılmış ve kanuna ek maddeler getirilmiştir². Kanundaki bu değişikliklerin bir kısmı Türkiye'deki göçmen³, uluslararası koruma başvurusu ve uluslararası koruma statüsü sahibi birçok yabancı'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) tarafından da güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerine ilişkindir. Bu nedenle YUKK'da yapılan bu değişikliklerin insan haklarına uygunluğunun incelenmesi ve tartışılması büyük önem arz etmektedir. Literatürde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni⁴ ve sığınmacıların ve göçmenlerin AİHS kapsamındaki haklarını⁵ konu alan kapsamlı ve güncel çalışmalar mevcuttur. Bununla birlikte, makalenin yazım tarihinde, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Aralık 2019'da yapılan değişiklikleri inceleyen akademik çalışma sayısı meslek örgütleri ve sivil toplum kuruluşları tarafından yayınlanan raporlar⁶ haricinde oldukça sınırlıdır⁷. Makalenin amacı anılan değişiklikleri AİHS ve ilgili Avrupa İnsan

1 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, R.G. Sayı: 28615, R.G. Tarih: 11/4/2013.

2 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, R.G. Sayı: 30988, R.G. Tarih: 24/12/2019.

3 Bu makaledeki göçmen terimi uluslararası hukuk esas alınarak, maddi ve sosyal koşullarını iyileştirmek ve kendileri ve ailelerine ilişkin beklentilerini geliştirmek amacıyla başka bir ülkeye veya bölgeye hareket eden kişileri kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Bkz. IOM, *Göç Terimleri Sözlüğü*, 2. Baskı <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml31_turkish_2ndedition.pdf> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

4 David Harris, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla Buckley, Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2014; Alastair Mowbray, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2012; Şeref Gözübüyük, Feyyaz Gölcüklü, Abdurrahman Saygılı, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 12. Bası, Turhan Kitapevi, 2019; Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar, R. Murat Önok, *İnsan Hakları: El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2019; İlyas Doğan (Editör) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2019.

5 Cathryn Costello, *The Human Rights of Migrants in European Law*, 1 Baskı, Oxford University Press, 2015; İlke Göçmen, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2015; Işıl Özkan, *Göç ve Sığınma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2018; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.

6 YUKK'da Aralık 2019'da yapılan değişikliklere dair baro ve sivil toplum kuruluşlarına ait rapor ve bildirimler için bkz. Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnisiyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mülteci-der), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği, YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 <<https://www.gocarastirmalariderneği.org/attachments/article/144/yukkg-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020; Ankara Barosu Duyurusu, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, <<http://ankarabarusu.org.tr/HaberDuyuru.aspx?DUYURU&=4306>> 10 Mayıs 2020; Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 <<https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

7 Barış Teksoy, 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin

Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında değerlendirmek ve söz konusu değişikliklerin uygulanması sırasında insan hakları bakımından dikkat edilmesi gereken hususları ortaya koymak suretiyle doktrine katkıda bulunmaktadır⁸.

Makale altı kısımdan oluşmaktadır ve her kısımda önce ilgili kanun değişiklikleri ve AİHM içtihadı özetlenmiş daha sonra kanun değişiklikleri AİHS ve ilgili AİHM içtihadı ışığında değerlendirilmiştir. Birinci kısımda YUKK m. 53'de yapılan değişiklik ile sınır dışı kararlarına itiraz süresinin yedi güne indirilmesi hususu incelenmiştir. İkinci kısımda ise sınır dışı kararlarına yapılan itirazların tüm yabancılar için yürütmeyi durdurma etkisi doğuracağına dair YUKK m. 53'te yapılan değişiklik değerlendirilmiştir. Üçüncü kısımda YUKK m. 60/A ile yapılan gönüllü geri dönüşe ilişkin kanun değişikliği, dördüncü kısımda ise Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancıların sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin YUKK m. 7'de yapılan değişiklik değerlendirilmiştir. Beşinci kısımda YUKK m. 57/A ile kanuna yeni getirilen idari gözetime alternatif yükümlülükler ve altıncı kısımda YUKK m. 57'de yapılan idari gözetim altına alınan yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarının incelenebileceğine ilişkin kanun değişikliği AİHM içtihadı ışığında incelenmiştir.

I. Sınır Dışı Kararına İtiraz Süresine İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. Kanun Değişikliği

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle, YUKK m. 53(3)'de yer alan "on beş gün" ibaresi "yedi gün" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik ile birlikte sınır dışı kararlarına itiraz süresi 15 günden yedi güne indirilmiştir.

B. İlgili AİHM Kararları

AİHM sınır dışı kararlarına itiraz süresini AİHS m. 3 ile bağlantılı olarak ve AİHS m. 13 ışığında değerlendirmekte ve itiraz süresinin yabancıların etkili başvuru hakkını ihlal etmeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiğine dikkat çekmektedir.⁹ AİHM *I.M./Fransa* kararında hem uluslararası koruma başvurusunda hem de sınır dışı kararına itiraz başvurusunda bulunma için öngörülen sürenin makul olmayan şekilde kısa olmaması gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁰. Mahkeme sınır dışı kararına itiraz için tanınan sürenin makul olmayan derecede kısa olduğu durumlarda bunun AİHS m. 13'ü AİHS m. 3 ile bağlantılı olarak ihlal edeceğini belirtmiştir¹¹.

Hükmün Değerlendirilmesi', Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 2020, 75.2: 517-556.

8 Makalede yer sınırlamalarından dolayı 7196 sayılı Kanun ile YUKK'da yapılan tüm değişiklikleri incelemek mümkün olmamış, sadece Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile ilgili görülen sayılı değişiklik incelenmiştir.

9 Marcelle Reneman, 'Speedy asylum procedures in the EU: Striking a fair balance between the need to process asylum cases efficiently and the asylum applicant's EU right to an effective remedy' *International Journal of Refugee Law*, 2013, 25.4:717-748, s. 732.

10 *I.M./France* App no 9152/09 (ECHR, 2 May 2012) para 127-160.

11 *ibid*, para 127-160.

Makul olmayan derecede kısa sürenin ne olduğuna dair açık bir içtihat bulunmasa da AİHM, *IM/ Fransa* kararında sınır dışı kararına itirazda bulunma için verilen 48 saat sürenin etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir¹². Mahkeme, ihlale karar verirken Sudan vatandaşı olan başvurucunun sınır dışı kararına itiraz süresinin kısılalığından dolayı itiraz öncesinde avukatı ile detaylı olarak görüşmemesini ve Sudan'da polis şiddetine maruz kalmasına dair kanıt sunacak yeterli zamanının olmamasını dikkate almıştır¹³. Görüldüğü üzere, AİHM *I.M./ Fransa* kararında AİHS m. 3'e ilişkin etkili başvuru yolunun var olup olmadığını tespit ederken sınır dışı kararına itiraz süresini, yabancının bu sürede itiraz başvurusu hazırlayabilme kabiliyetini ve avukata/adli yardıma erişimini ve başvuruya ilişkin olarak kanıtlayıcı belge temin edebilme imkanını incelemiştir.

C. Değerlendirme

Sınır dışı kararının da idari bir karar olduğu ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu¹⁴ m. 7 uyarınca idari uyuşmazlıklarda dava açma süresinin yazılı bildirim yapıldığı tarihten itibaren 30 gün olduğu dikkate alındığında sınır dışı kararına yapılacak itiraz süresinin yedi gün olarak belirlenmesi yabancılara özellikle idari gözetim altındaki kişilere itiraz başvurularını hazırlama, kanıtlayıcı belge tedarik etme ile avukata ve adli yardıma erişim için oldukça kısa bir süre tanınması anlamına gelmektedir. Özellikle idari gözetim altındaki yabancının farklı dildeki resmi belgelerin içeriğini anlama, gözetim altında tutuldukları devletin yasal mevzuatı hakkında bilgi sahibi olma ve resmi makamlara başvuruda bulunma konusunda oldukça dezavantajlı bir pozisyonda buldukları açıktır¹⁵. Geçmişte ülkemizde özellikle idari gözetim altındaki yabancının avukata ve etkili başvuru hakkına erişimde yaşadığı zorluklar birçok AİHM kararına konu olmuştur¹⁶. Bu hususlar ışığında, özellikle idari gözetim altındaki birçok yabancının etkin başvuru hakkını kullanabilmeleri bakımından yedi günlük itiraz süresinin yeterli olmayacağı sonucu çıkmaktadır¹⁷. Yedi günlük itiraz süresinin birçok yabancının sınır dışı kararına etkin bir şekilde itiraz etme kabiliyetini kısıtladığı hususu ileride AİHM önüne gelecek davalarda da mahkemece dikkate alınacaktır.

12 ibid, para 160.

13 ibid, para 127-160.

14 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, R.G. Sayı:17580, R.G. Tarih: 20/1/1982.

15 AYM, Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad (B. No: 2016/5604) 24/5/2018, para 65.

16 *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009); AYM, Yusuf Ahmed Abdelazım Elsayad (B. No: 2016/5604) 24/5/2018.

17 Bu yönde ayrıca YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 < <https://www.gocarastirmalari.dernegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 3; Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 < <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 6-8.

2. Sınır Dışı Kararına İtirazın Yürütmeyi Durdurmasına İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. Kanun Değişikliği

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle, YUKK m. 53(3)'de yer alan "54'üncü maddenin birinci fıkrasının (b), (d) ve (k) bentleri ile ikinci fıkrası kapsamındakiler hariç," ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Aralık 2019 değişikliği ile 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı KHK'nın¹⁸ 35 inci maddesiyle yapılan ve daha sonra kanunlaşan değişiklik geri alınmıştır. Maddenin son hali yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancı sınır dışı edilmeyeceğini belirtmektedir.

B. İlgili AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.3 işkence yasağını "hiç kimse işkenceye, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulamaz" demek suretiyle düzenlemiştir. Mahkeme ilk defa 1989 tarihli *Soering/ Birleşik Krallık* kararında bir yabancıların gönderileceği ülkede kötü muameleye maruz kalma riski olduğu hallerde gönderen devletin buna ilişkin bir sorumluluğu olduğuna hükmetmiştir.¹⁹ AİHM içtihatlarıyla zenginleşen insan hakları hukuku bir devletin yetki alanına giren kişilerin işkence, gayri insani yahut onur kırıcı ceza veya muamele riski olan bir ülkeye gönderilmesini yasaklamıştır.²⁰

AİHM, *Jabari/Türkiye*²¹ kararında başvuruda AİHS m. 3'e ilişkin bir risk söz konusu ise yabancıların AİHS m. 3'e ilişkin başvurusunun sınır dışı işlemini durdurma etkisine sahip olması gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme *M.A./ Kıbrıs* kararında²² ise sınır dışı kararına itiraz başvurusunun doğrudan (otomatik olarak) yürütmeyi durdurmamasının AİHS m. 3 ile ilişkili olarak AİHS m. 13'ü ihlal edeceğine karar vermiştir. Yine AİHM, *Abdolkhani/Türkiye* kararında Türkiye'de sınır dışı kararına karşı gidilebilecek hukuk yolunun etkili bir başvuru yolu olarak kabul edilemeyeceğini çünkü sınır dışı kararına karşı yapılan itirazların idare mahkemesinin verdiği yürütmeyi durdurma kararı olmadan sınır dışı kararının uygulanmasını durdurmadığı tespit etmiştir²³. Mahkeme bugün başvuruçunun sınır dışı edilmesi durumunda gönderileceği ülkede AİHS m. 2 (yaşam hakkı), AİHS m. 3 (işkence, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele ve ceza) ve Ek Protokol No 4 m. 4'e (toplu sınır dışı yasağı) aykırı bir muamele göreceğine dair bir risk var ise, sınır dışı kararına itirazın otomatik olarak yürütmeyi durdurması gerektiğini kabul etmektedir²⁴.

18 Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Karar Sayısı: KHK/676, R.G. Sayı: 29872, R.G. Tarih: 29 Ekim 2016.

19 *Soering v. UK* App 14038/88 (ECHR, 7 July 1989); GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, SAYGILI, s. 204.

20 COSTELLO, s. 180-194.

21 *Jabari v. Turkey* App no 40035/98 (ECHR, 11 November 2000).

22 *M.A. v. Cyprus* App no 41872/10 (ECHR, 23 July 2013).

23 *Abdolkhani and Karimnia v. Turkey* App no 30471/08 (ECHR, 22 September 2009); *J.R. and others v. Greece* App no 22696/16 (ECHR, 25 January 2018) para 199.

24 *De Souza Ribeiro v. France* App no 22689/07 (ECHR, 13 December) para 82, 83.

C. Değerlendirme

AİHM'nin yukarıda özetlenen kararlarına uygun olarak YUKK m. 53 sınır dışı kararına karşı idare mahkemesi önünde yapılacak itiraz sonuçlanana kadar yabancıların sınır dışı edilmeyeceğini düzenlemekte idi. Söz konusu düzenleme 3/10/2016 tarihli ve 676 sayılı KHK'nın 35. maddesiyle değişikliğe uğratılmış, YUKK m. 54 (1) (b), (d) ve (k) bentleri kapsamındaki yabancıların sınır dışı edilmesi için yargılamanın sonuçlanmasının beklenmesine gerek olmadığı düzenlenmiş idi. Bu değişikliğin geri gönderme yasağını ihlal edebileceği ve AİHS m. 13 ve Anayasa m. 40'a aykırı sonuçlar doğurabileceği Anayasa Mahkemesi tarafından 30.05.2019 tarihinde verilen Y.T. Başvurusuna ilişkin kararda da teyit edilmiştir²⁵. Söz konusu karar sonrasında 676 sayılı KHK'nın 35. maddesiyle yapılan değişikliğin geri alınması ve sınır dışı kararlarına itirazın doğrudan yürütmeyi durdurma etkisinin kanunda geri getirilmesi ile mevzuatımız AİHM içtihadına uygun hale gelmiştir²⁶.

3. Gönüllü Geri Dönüş İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. İlgili Kanun Değişikliği

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesiyle, YUKK'a m. 60/A eklenmiştir. İlgili madde, hakkında sınır dışı etme kararı alınmış ve menşe ülkesine gönüllü olarak geri dönmek isteyen yabancılardan Göç İdaresi Genel Müdürlüğü'nün uygun gördüğü kişilere aynı veya nakdi destek sağlanabileceğini ve düzensiz göçmenlerin gönüllü geri dönüşlerine ilişkin çalışmaların uluslararası kuruluşlar, kamu kurum ve kuruluşları ve sivil toplum kuruluşlarıyla iş birliği halinde yürütülebileceğini düzenlemektedir. Bu değişikliğin yanı sıra, YUKK m. 57/A ile geri dönüş danışmanlığı idari gözetime alternatif bir tedbir olarak hukukumuzda getirilmiştir.

B. İlgili AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gönüllü geri dönüş yardımı ve programlarını (*assisted voluntary return*) 2019 tarihli *N.A./Finlandiya*²⁷ kararında ele almıştır. Irak vatandaşı Sünni mezhebine mensup bir Müslüman olan başvurunun babasının Finlandiya'da yaptığı sığınma başvurusu ve başvuru sonucuna yaptığı itirazlar reddedilmiş ve kişi hakkında sınır dışı kararı verilmiştir²⁸. Başvurunun

25 Anayasa Mahkemesi bu kararda şu hususa dikkat çekmiştir: "Başvurucu; idare mahkemesinde görülecek davanın sonucunu bekleme imkânının bulunmadığını, davanın her aşamasında sınır dışı edilme olasılığının söz konusu olduğunu dile getirmiştir. Başvurucunun idare mahkemesinde görülen davanın pratikte başarı şansı sunmadığı için etkili bir başvuru yolu olmaktan çıktığı yönündeki iddiaları temelsiz değildir... Somut davada ortaya çıkan durum, idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yanlış yorumlamasından değil 6458 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten kaynaklanmıştır. Bu değişikliğin Anayasa'da güvence altına alınan yaşam hakkı, kötü muamele yasağı, etkili başvuru hakkı ile Anayasa Mahkemesinin bu konudaki yerleşik içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlaşılmıştır." AYM, Y.T. (B. No: 2016/22418) 30/5/2019 para 59, 60.

26 Ayrıca bkz. Meltem Ineli-Ciger, Remedies Available against Asylum Decisions and Deportation Orders in Turkey: An Assessment in View of European Law and the European Convention on Human Rights' Nordic Journal of International Law, 2019, 88.2: 216-249, s. 243-248.

27 *N.A. v. Finland* App no 25244/18 (ECHR, 14 November 2019).

28 *ibid*, para 7-14.

babası bunun üzerine gönüllü geri dönüş yardımına başvurmuş, başvurusunun kabul edilmesi üzerine kendisine mali yardım yapılmış ve Irak'a dönmüştür²⁹. Mali yardım karşılığında başvurusunun babası geri dönüşe gönüllü olarak rıza gösterdiğine ve bu yardımı yapan Birleşmiş Milletler Göç Örgütü (IOM) Finlandiya ofisinin ve Finlandiya devletinin Irak'a dönüşüyle ilgili olarak hiçbir şekilde sorumlu tutulamayacağına dair bir belge imzalamıştır³⁰. Başvurusunun babası Irak'a dönüşünün ardından kimliği belirsiz kişilerce öldürülmüştür. Başvurucu, babasının Irak'a geri gönderilmesinin AİHS m. 2 ve m. 3'ü ihlal ettiğinden bahisle Mahkemeye başvurmuştur³¹. Mahkeme başvurusunun iddialarını kabul ederek Finlandiya'nın başvurusunun babasının Irak'ta karşılabileceği riskleri yeterince incelemeyerek AİHS m. 2 ve m. 3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir³².

Dava sırasında Finlandiya hükümeti başvurusunun babasının kendi isteğiyle ve gönüllü geri dönüş yardımı olarak Irak'a döndüğünü bu nedenle sınır dışı kararı ile kişinin Irak'ta öldürülmesi arasında nedensellik bağının bulunmadığını ve Irak'ta başvurusunun karşılaştığı AİHS m. 2 ve m. 3 ihlallerden dolayı Finlandiya'nın AİHS m. 1 uyarınca sorumlu tutulamayacağını öne sürmüştür³³. Buna ilişkin olarak Mahkeme başvurusunun babası hakkında verilmiş bir sınır dışı kararı olduğunu, bu nedenle kişi gönüllü dönüş yardımı almamış olsa bile Irak'a dönmesi gerekeceğini bu nedenle dönüşün gerçek anlamla gönüllü olarak kabul edilemeyeceğini belirterek Finlandiya hükümetinin AİHS m. 1'e ilişkin argümanını reddetmiştir³⁴.

Mahkeme başvurusunun babasının gönüllü dönüş yaptığına ve tüm sorumluluğun kendisinde olacağına dair imzaladığı belgenin geçerliliğine ilişkin olarak ise iki ihtimalin söz konusu olduğunu belirtmiştir³⁵. Başvurusunun babası ya ikamet izni olarak yasal bir şekilde Finlandiya'da yaşama ihtimali olmaksızın geri dönüş amacıyla idari gözetim altında alınıp, Schengen bölgesine 2 yıl giriş yaşağına tabi tutulup, Irak'a zorla geri gönderilecek ve Irak otoritelerinin dikkatini çekecek ya da Irak'a gönüllü olarak geri dönüp kötü muameleye maruz kalma riskini göze alacaktır³⁶. Bu iki ihtimali göz önünde bulunduran Mahkeme başvurusunun babasının geri dönüşe ilişkin gerçek bir seçim şansı olmadığını bu nedenle imzaladığı belgenin herhangi bir geçerliliğinin olmadığına karar vermiş ve kişinin Irak'a geri dönüşünün Finlandiya'nın sorumluluğunda olduğunu tespit etmiştir³⁷.

C. Değerlendirme

Geri dönüş danışmanlığı programları genellikle "geri dönüş öncesi yardım, transit geçiş desteği ve geri dönüş sonrası ulaşım ve uyum desteği sağlayan resmi ve gönüllü geri dönüş programları çevresinde

29 ibid, para 19, 20.

30 ibid, para 19, 20.

31 ibid, para 19, 20.

32 ibid, para 105.

33 ibid, para 47.

34 ibid, para 57.

35 ibid, para 60.

36 ibid, para 60.

37 ibid, para 60.

gelişen tavsiye ve destek hizmetlerini kapsamaktadır”³⁸. İnsan haklarına uygun etkin bir geri dönüş mekanizmasının unsurları: geri dönüşün tam anlamıyla gönüllü olması, geri dönüşün güvenli bir şekilde gerçekleşmesi ve geri dönüş mekanizmasının sürdürülebilir olması olarak belirlenebilir³⁹. İlk bakışta idare tarafından verilmesi öngörülen gönüllü geri dönüş yardımlarının ve idari gözetime alternatif yükümlülük olarak geri dönüş danışmanlığının AİHS ihlallerine yol açması söz konusu değildir. Bununla birlikte, gönüllü geri dönüşte dikkat edilmesi gereken en önemli husus kişilerin dönüş kararını özgür iradesi ile ve bilinçli olarak vermesi, menşe ülkesindeki durum ve buradaki riskler ile ilgili açık ve detaylı olarak bilgilendirilmesi ve hiçbir şekilde geri dönüşe zorlanmamasıdır⁴⁰. AİHM N.A./Finlandiya kararında yabancının dönüş kararının gerçekten gönüllü olarak verip vermediğine ilişkin yaptığı değerlendirmede somut olayda yabancının taraf devlette sahip olduğu imkanları ve geri dönüş dışında bir seçim şansının olup olmadığını değerlendirmiştir.

AİHM'nin N.A./Finlandiya kararından da anlaşılacağı üzere hakkında sınır dışı kararı bulunan bir yabancının ülkesine geri dönüşte gönüllü geri dönüş yardımından faydalanmasının veya dönüşün kendi sorumluluğunda olduğuna dair bir belge imzalamasının devletin AİHS m. 2 ve m. 3 kapsamındaki sorumlulukları bakımından bir etkisi bulunmamaktadır.⁴¹ Yabancının her ne isimli olursa olsun geri dönüşe zorlanması durumunda geri gönderildiği ülkede AİHS m. 2 ve m. 3'e aykırı bir muamele veya cezayla karşılaşması durumunda kişiyi geri gönderen devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

4. Türkiye'ye Girişlerine İzin Verilmeyecek Yabancıların Sınır Kapılarında Bekletilmesine İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. İlgili Kanun Değişikliği

YUKK m. 6 (1) yabancıların Türkiye'ye girişlerinde seyahat belgelerini görevlilere göstermek zorunda olduğunu düzenlemektedir. YUKK m. 6 (4) ise Türkiye'ye giriş yapmak isteyen yabancının YUKK m. 7 uyarınca Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek kişilerden olduğuna yönelik şüphe duyulması halinde, sorumlu kolluk birimi tarafından kapsamlı kontrol işlemi gerçekleştirilebileceğini düzenlemektedir. YUKK m. 6(5) kapsamlı belge kontrolüne tabi tutulması gerekli görülen yabancıların en fazla dört saat bekletilebileceğini, yabancının belge kontrolü sırasında her an

38 CDDH, 'Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration', CDDH(2017)R88add2, 2018, para 226.

39 Jeff Crisp, Kathy Long, 'Safe and Voluntary Refugee Repatriation: From Principle to Practice' Journal on Migration and Human Security, 2016, 4.3: 141-147; Ahmet İçduygu, Emre Ayaşlı, 'Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları' MiReKoç Çalışma Notları, 2019, <https://mirekoc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2019/05/Mirekoc_Makale_GeriDonusSiyaseti.pdf> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s.4.

40 James C. Hathaway, *The Right of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, s. 932.

41 Elina Nieminen, Elina Pekkarinen, 'N.A. v. Finland – On the quality of the national authorities' risk assessment and what the authorities should learn from the case' EJIL Talk!, 17 December 2019 < <https://www.ejiltalk.org/n-a-v-finland-on-the-quality-of-the-national-authorities-risk-assessment-and-what-the-authorities-should-learn-from-the-case/>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

ülkesine dönebileceğini veya dört saatlik süreyle sınırlı kalmaksızın ülkeye kabul ile ilgili işlemlerin sonuçlanmasını da bekleyebileceğini belirtmektedir.

YUKK m. 7(1) uyarınca Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancıların kabul edilemeyen yolcu kapsamına alınması ve Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyerek geri çevrilmesini düzenlemektedir. Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancılar YUKK m. 7'de şu şekilde sayılmıştır: pasaportu, pasaport yerine geçen belgesi, vizesi veya ikamet ya da çalışma izni olmayan yabancılar ile bu belgeleri veya izinleri hileli yollarla edindiği veya sahte olduğu anlaşılanlar; vize, vize muafiyeti veya ikamet izin süresinin bitiminden itibaren en az altmış gün süreli pasaport veya pasaport yerine geçen belgesi olmayanlar ve vize muafiyeti kapsamında olsalar dahi YUKK m. 15(1) uyarınca vize verilmeyecek yabancılar. YUKK m. 7(2), söz konusu maddeyle ilgili olarak yapılan işlemlerin geri çevrilen yabancılara tebliğ edilmesi gerektiğini ve tebligatta, yabancıların karara karşı itiraz haklarını etkin şekilde nasıl kullanabilecekleri ve bu süreçteki diğer yasal hak ve yükümlülüklerinin de yer alması gerektiğini düzenlemektedir. 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 70. maddesiyle YUKK m. 7'ye bir fıkra eklenerek "Bu madde kapsamındaki yabancılar, işlemleri sonuçlanıncaya kadar sınır kapılarında kendileri için belirlenen alanlarda bekletilir" hükmü getirilmiştir. Bu değişiklik ile YUKK m. 7(1)'de kabul edilemeyen yolcu olarak nitelendirilen yabancıların havaalanlarındaki transit bölgeler de dahil olmak üzere sınır kapılarında kendileri için belirlenen alanlarda haklarındaki işlemler sonuçlanıncaya kadar tutulması öngörülmüştür.

B. İlgili AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 5 özgürlük ve güvenlik hakkını düzenlemektedir.⁴² AİHS m. 5 herkesin kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı olduğunu ve bu özgürlüğün ancak AİHS m. 5(1)'de sayılan durumlarda kısıtlanabileceğini belirlemektedir.⁴³ Yabancıların sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin bir davada AİHM öncelikle bu durumun kişinin özgürlüğünden mahrum bırakılmasını içerip içermediğini araştırarak, ancak söz konusu durumun AİHS m. 5 kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra başvurunun özgürlüğünden mahrum bırakılmasının AİHS m. 5(1)'de yer alan istisnalardan biri kapsamına girip girmediğini değerlendirecektir.⁴⁴ AİHS m. 5(1) (f) yabancıların usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulmasını özgürlük ve güvenlik hakkının meşru istisnalarından biri olarak saymaktadır. Ne var ki, kişinin yakalanması ve tutulması AİHS hükümlerine ve özellikle AİHS m. 3 ve m. 5'e uygun olmalı ve gözetim altında tutulan bireylere birtakım asgari güvenceler sağlanmalıdır⁴⁵.

42 Göçmen ve sığınmacıların AİHS m. 5 kapsamındaki haklarını AİHM kararları ışığında inceleyen çalışmalar için bkz. GÖÇMEN s. 348 – 389; ÖZKAN s.185-193; Nuray Ekşi, *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, 1.Baskı, Beta Yayınevi, 2014; TEZCAN, ERDEM, SANCAKTAR, ÖNOK, s. 261 vd.

43 GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, SAYGILI, s. 221.

44 GÖÇMEN, s. 353, 354.

45 *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 163; *M.S.S. v. Greece and Belgium* [GC] App no 30696/09, (ECHR, 21 January 2011) para 216-218.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yabancıların havaalanlarındaki transit bölgeler de dahil olmak üzere sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin birçok kararı mevcuttur. *Amuur/Fransa*⁴⁶ davasında Somali vatandaşı başvuruçular Paris'te bulunan havalimanının transit bölgesinde tutulmalarının AİHS m. 5'e aykırı olduğunu iddia etmiştir. AİHM, öncelikle başvuruçuların Paris-Orly Havalimanı'nın transit bölgesinde tutulmalarının kişilerin özgürlüğünden mahrum bırakılması anlamına geldiğini, bu nedenle davada AİHS m. 5'in uygulanması gerektiğini tespit etmiştir. Mahkeme daha sonra Fransa'nın ülkeye giriş sonrasında iltica talebinde bulunan başvuruçulara transit bölgede tutuldukları süre içerisinde adli yardıma erişim sağlamamasını ve Fransız kanunlarında başvuruçuların transit bölgede tutulabilecekleri asgari bir sürenin bulunmamasını da dikkat alarak Fransa'nın AİHS m. 5(1) (f)'yi ihlal ettiğine karar vermiştir⁴⁷.

AİHM *Nolan ve K./Rusya* kararında ise Rusya'ya giriş yasağı olan başvuruçunun havalimanının transit bölgesinde küçük bir odada bir gece boyunca tutulmasını AİHS m. 5'e aykırı bulmuştur⁴⁸. Benzer şekilde, Mahkeme *Riad ve Idiab/Belçika*⁴⁹ kararında, başvuruçuların Brüksel Havalimanı'nın transit bölgesinde 10 gün boyunca tutulmalarını AİHS m. 3 ve m. 5'e aykırı bulmuştur⁵⁰. Mahkeme Belçika'nın AİHS m. 5'i ihlal ettiğine karar verirken şu hususları dikkate almıştır: Belçika'nın başvuruçuların transit bölgede tutulmalarına dair geçerli bir gerekçe veya bir yasal dayanak gösterememesi; başvuruçuların öngörülemez bir süre boyunca transit bölgede tutulmasının herhangi bir kanun hükmüne veya Mahkeme kararına dayanmaması; başvuruçuların transit bölgede tutulurken hukuki danışmanlığa erişimde yaşadıkları zorluklar ve bu nedenle transit bölgede tutulmalarına karşı itiraz yoluna başvuru imkanlarının sınırlı olması⁵¹. Mahkeme, başvuruçuların transit bölgede tutulma şartlarını AİHS m. 3 kapsamında da incelemiş ve başvuruçuların transit bölgede temel ihtiyaçlarını karşılayamaması nedeniyle bu maddenin de ihlal edildiğine karar vermiştir⁵². AİHM bu kararda özellikle transit bölgelerin kişilerin uzun süre tutulması için uygun bir yer olmadığını, transit bölgede tutulan kişilerin açık havaya çıkma, fiziksel aktivite gerçekleştirme, dış dünyayla iletişim ve beslenme ihtiyacını karşılama imkanlarının bulunmadığını belirtmiştir⁵³.

AİHM, 21 Kasım 2019 tarihli *Z.A. ve Diğerleri/Rusya* Kararında sığınma talebinde bulunan başvuruçuların 5 ay ile 2 yıl arasında değişen sürelerde Sheremetyevo Havalimanı'nın transit bölgesinde kalmak zorunda bırakılmalarının AİHS m. 3 ve 5'i ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁴. Mahkeme, başvuruçuların uzun zaman kalmaya elverişli olmayan kalabalık, 24 saat boyunca aydınlatılan transit bölgede banyo, mutfak, açık hava, sağlık hizmeti veya sosyal yardıma erişimleri olmadan uzun süre kalmak zorunda bırakılmalarını onur kırıcı muamele olarak değerlendirmiş ve Rusya'nın AİHS m.

46 *Amuur v. France* App no 19776/92 (ECHR, 25 June 1996); bkz ayrıca GÖÇMEN, s. 343, 344.

47 *ibid*, para 53, 54.

48 *Nolan ve K. v. Russia* App no 2512/04 (ECHR, 12 February 2009) para 97-100.

49 *Riad ve Idiab v. Belgium* App no 29787/03, 29810/03 (ECHR, 24 January 2008).

50 *ibid*, para 80; GÖÇMEN, s. 287, 288.

51 *ibid*, para 78.

52 *ibid*, para 106.

53 *ibid*, para 104.

54 *Z.A. and others v. Russia* App no 61411/15, 61420/15, 61427/15 ve 3028/16 (ECHR, 21 November 2019).

3'ü ihlal ettiğine karar vermiştir⁵⁵. AİHM ayrıca başvuruçuların transit bölgede kalmaları ile ilgili herhangi bir idari kararın olmadığını ve transit bölgede tutulmalarının Rus hukukunda bir temelinin bulunmadığını da dikkate alarak AİHS m. 5(1)(f)'in de ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁶. Mahkeme bu sonuca varırken Rus hukukunda transit bölgede yabancıların tutulmasına dair azami bir sürenin bulunmayışını ve başvuruçuların tutuldukları süre boyunca transit bölgeden çıkmalarının imkânsız olduğunu dikkate almıştır. Bunların yanı sıra Mahkeme başvuruçuların transit bölgede uzun süre tutulmalarını ve bunun idari gözetim amacıyla orantısız oluşunu ve başvuruçuların uluslararası koruma başvurularının değerlendirilmesinde yaşanan gecikmeleri göz önünde bulundurmıştır⁵⁷. Söz konusu kararlardan da anlaşılacağı üzere Mahkeme göçmenlerin havalimanlarının transit bölgelerinde uzun süre tutulmasını özgürlükten yoksunluk olarak kabul etmiş ve bu tür uygulamaların AİHS m. 5 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur.⁵⁸

Mahkemeye göre, devletler hassas durumdaki ve özel ihtiyaç sahibi yabancıların insan onuruna yakışır bir şekilde tutulmaları için gerekli tedbirleri almalı ve gözetim şartları bu kişilerin ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde düzenlenmelidir⁵⁹. Şu kişiler hassas durumdaki birey olarak nitelendirilebilir: refakatsiz çocuklar, aileleri ile seyahat eden çocuklar, hamile ve emziren kadınlar, beraberinde çocuğu olan yalnız anne ya da babalar, yaşlılar, işkence, kötü muamele, cinsel saldırı ya da diğer ciddi psikolojik, bedensel ya da cinsel şiddet mağdurları, insan ticareti mağdurları, cinsel yönelimi nedeniyle risk altındaki bireyler – LGBTİ (Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Transgender ve İnterseks), zihinsel ya da fiziksel sağlık problemleri olan bireyler, intihara eğilimli kişiler, madde bağımlıları, mülteci, sığınmacı ve/veya vatansızlar⁶⁰. Mahkemeye göre, hassas durumdaki bireyleri tespit etmek devletlerin sorumluluğundadır⁶¹. AİHM *Salman/Türkiye* kararında hassas durumdaki yabancıların gözetim altına alınmaları durumunda bazı özel koşulların sağlanması ve yabancıların gözetim altında tutuldukları yerde bazı ek hizmetlerin verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁶². Bu kural sınır kapılarında bekletilen/tutulan yabancılar için de geçerlidir. Örneğin, sınır kapılarında bekletilmesi söz konusu olan kişi engelli bir birey ise bu kişilerin bekletildiği alanlarda engelli kişilerin ihtiyaçlarına uygun tuvalet ve banyo imkanları bulunmalı, temel ihtiyaçlarını diğer kişilere muhtaç kalmadan gidermeleri için gerekli tedbirler alınmalı ve gözetim altında tutuldukları yerlerde çeşitli alanların tekerlekli sandalye ile erişilebilir olması sağlanmalıdır⁶³. Söz konusu ek hizmetler ve özel gözetim koşulları

55 ibid, para 187-194.

56 ibid, para 110.

57 ibid, para 157-171; TEZCAN, ERDEM, SANCAKTAR, ÖNOK, s. 261.

58 ECHR, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Immigration, Updated on 30 April 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf?utm_source=flexmail&utm_medium=e-mail&utm_campaign=nieuwsbriefvreemdelingenrechteninternationaalfamilierecht2020nr4&utm_content=guide+on+case+law++immigration+update+30+april+2020Z> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s.12.

59 Council of Europe Steering Committee for Human Rights (CDDH), 'Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration', CDDH(2017)R88add2, 2018, para 52.

60 UNHCR-IDC, Vulnerability Screening Tool, 2016, <<https://www.unhcr.org/protection/detention/57fe30b14/unhcr-idc-vulnerability-screening-tool-identifying-addressing-vulnerability.html>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

61 *Thimotheves v. Belgium* App no 39061/11 (ECHR, 4 April 2017).

62 *Salman v Turkey* [GC] App no 21986/93 (ECHR, 27 June 2000) para 99.

63 *Asalya v. Turkey* App no 43875 (ECHR, 14 April 2014); ÖZKAN, s. 192.

diğer hassas durumdaki bireyler özellikle bebek ve çocuklu aileler, refakatsiz çocuklar, hamileler, emziren anneler gibi hassas durumdaki yabancılar için de sağlanmalıdır. Bunun aksi AİHS m. 3 ihlallerine neden olabilmektedir. AİHM, *Mubilanzila Mayeka ve Kaniki Mitunga/Belçika*⁶⁴ kararında beş yaşındaki refakatsiz çocuğun transit bölgede 18 yaşından büyük bireyler için ayrılan alanda 2 ay boyunca tutulmasını AİHS m. 3 ihlali saymıştır. Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere, Mahkeme göçmenlerin havalimanlarının transit bölgelerinde uzun süre tutulmasını idari gözetim ile eş değer tutmakta ve bu uygulamaları özellikle AİHS m. 3 ve m. 5 kapsamında incelemektedir.

Mahkeme yakın zamanlı kararlarında havalimanlarının transit bölgelerinde uzun süre tutulan göçmenlerin durumu ile devletlerin kara sınırlarında iltica başvurularının sonucunu bekleyen göçmenlerin durumu arasında bir ayrıma gitmiştir⁶⁵. *Ilias ve Ahmet/Macaristan*⁶⁶ kararında Bangladeş vatandaşı iki başvuru Yunanistan, Makedonya ve Sırbistan üzerinden Macaristan'a geçiş yaparken Röszke transit bölgesinde iltica başvurusunda bulunmuş, bu talepleri reddedilmiş, iltica kararına karşı yaptıkları itiraz başvurusu sonuçlanıncaya kadar transit bölgede 23 gün boyunca bekletilmişlerdir. Başvurucular transit bölgede kalışlarının AİHS m. 3 ve 5'i ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme ise AİHS m. 5'in başvurucağın transit bölgede tutulmalarına uygulanamayacağına karar vermiştir⁶⁷. Mahkeme göçmenlerin kara sınırlarında tutulmasının AİHS m. 5 kapsamına girip girmediğine ilişkin yaptığı değerlendirmede başvurucağın kişisel durumunu ve başka bir ülkeye geri dönme seçeneği olup olmadığını; taraf devletin sınır kapılarında yabancılar uyguladığı hukuk rejimini ve söz konusu hukuk rejiminin güttüğü amacı; başvurucağın sınır kapılarında bekletilme süresi, bekletildiği süre zarfında yapılan işlemlerin amacı ve bu sürede başvurucağın sahip olduğu hakları ve başvurucağın tabi tutulduğu sınırlamaların türü ve derecesini incelemiştir.⁶⁸ AİHM somut olayda AİHS m. 5'in uygulanmaması gerektiğine karar verirken başvurucağın Macaristan'a özgür iradeleri ile geldiklerini, transit bölgeden Mültecilerin Statüsüne Dair Sözleşme ve AİHS'ne taraf olan ve güvenli olarak kabul edilebilecek Sırbistan'a serbestçe geçebileceklerini, Macar otoritelerinin transit bölgede iltica başvurularını ivedilikle değerlendirdiğini, başvurucağın hassas durumdaki bireyler olmadığını ve transit bölgedeki şartların insani olduğunu göz önünde bulundurmıştır.

Yabancıların sınır kapılarında özellikle havalimanlarının transit bölgelerinde özgürlüklerinden mahrum bırakılmalarının AİHS m. 5'i ihlal etmemesi için gereken şartları sekiz başlıkta incelemek mümkündür⁶⁹. Öncelikle sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulma gerekli, makul ve orantılı olmalı ve meşru bir amaca hizmet etmelidir⁷⁰. AİHM, yabancıların gözetim altına alınmasının orantılı olup olmadığını değerlendirilirken yabancıların özgürlüğünün mahrum bırakılması ile sonuçlanan

64 *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium* App no 13178/03 (ECHR, 12 October 2006); ÖZKAN s.189.

65 Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Immigration, s. 11.

66 *Ilias and Ahmed v. Hungary* App no 47287/15 (ECHR, 21 November 2019).

67 *ibid*, para 247.

68 *ibid*, para 217-218; Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Immigration, s. 11.

69 Ayrıca bkz. International Commission of Jurists, European Council on Refugees and Exiles, Mültecilerle Dayanışma Derneği, Mülteci Hakları Merkezi, İdari Gözetim Altındaki Göçmen, Mülteci ve Sığınmacılar için Adalet Erişim Modül 2 (2019) <<https://www.icj.org/wp-content/uploads/2019/02/MODULE2-Access-to-justice-for-migrants-refugees-and-asylum-seekers-under-administrative-supervision-2019-TUR.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

70 Bu yönde bkz. *Saadi v. UK* App no 13229/03 (ECHR, 29 January 2008) para 72-74; GÖÇMEN, s. 375.

tedbirin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığını incelemektedir⁷¹. Orantılılık temel hak ve özgürlüklere yapılan sınırlama ile bu sınırlamanın sağladığı yarar ile hakkaniyete uygun bir dengenin bulunmasını gerektirmektedir⁷². Yabancıнын özgürlüğünden yoksun bırakılmasının AİHS m. 5'e uygunluğu değerlendirilirken öncelikle şu üç soru cevaplanmalıdır: ulaşılmak istenilen amaç için özgürlükten yoksun bırakma tedbiri gerekli, elverişli ve orantılı mıdır; idari gözetim altında tutulmak istenilen kişinin özel ihtiyaç sahibi ve hassas durumdaki bir birey olup olmadığı değerlendirilmiş midir ve kişi hakkında tutulma tedbirleri yerine alternatif tedbirlere başvurulabilmesi mümkün müdür?⁷³

İkinci olarak, sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulma kararı iç hukuk tarafından yetkilendirilmiş bir kişi veya kurum tarafından alınmalı ve gözetime ilişkin karar verme yetkisi iç hukukta açıkça düzenlenmiş olmalıdır⁷⁴. Üçüncü olarak, sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulan kişilere gözetim altına alınmalarına dair nedenler en kısa sürede ve anladığı bir dille aktarılmalıdır⁷⁵. Dördüncü olarak, sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulma yabancıнын alıkonma amacına hizmet etmeye yetecek makul bir süre ile sınırlı olmalıdır, bunun aksi keyfi bir idari gözetim anlamına gelecek ve AİHS ihlallerine neden olacaktır⁷⁶. AİHS m. 5(4)'e göre gözetim altında tutulan herkes, tutulma işleminin hukuka uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve eğer tutulma yasaya aykırı ise serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir. Beşinci olarak, sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulma kararına karşı gidilebilecek bir hukuk yolu bulunmalıdır. Altıncı olarak, sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulan bir yabancıнын itiraz hakkını uygulamada da kullanabilmesi gerekmektedir⁷⁷. Yedinci olarak, yabancıya avukata erişim ve mümkün ise adli yardım sağlanmalıdır⁷⁸. Ayrıca AİHS m. 3 ve 13'ün bir gereği olarak sınır kapılarında ve transit bölgelerde tutulma süresince yabancı uluslararası koruma talebinde bulunabilmelidir⁷⁹.

AİHS m. 5 ile ilgili güvencelerin yanı sıra, yabancıların sınır kapılarında tutulma şartları işkence, insani olmayan ve küçük düşürücü muamele ve ceza yasağına ve bu yasağı düzenleyen AİHS m. 3'e uygun olmalıdır.⁸⁰ AİHM, *M.S.S./Yunanistan ve Belçika* kararında Afgan bir sığınmacının Atina Havaalanının yakınında yer alan bir binada dar bir alanda 20 kişiyle birlikte tutulmasını özellikle açık

71 Tolga Şirin, *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Serisi-1, MRK Baskı, 2018, s. 147.

72 Anayasa Mahkemesi, E. 2013/57, K. 2013/162, 26/12/2013; ŞİRİN, s. 148.

73 ŞİRİN s. 149; Ayrıca bu yönde bkz. Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelelerin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (CPT), 'Gözetim Altında Tutulan Yasa Dışı Göçmenler Bilgi Notu' CPT/Inf(2017), 3 Mart 2019, <<https://rm.coe.int/1680727f8d>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

74 *Shamsa v. Poland* App no 45355/99 and 45357/99 (ECHR, 27 November 2003).

75 AİHS m. 5(2).

76 Bkz. *Saadi v. Italy* [GC] App no 37201/06, (ECHR, 28 February 2008) para 74; *Rustamov v. Russia* App no 11209/103 (ECHR July 2012) para 150.

77 *Z.N.S v. Turkey* App no 21896/08 (ECHE, 19 January 2010) para 60.

78 *Suso Musa v. Malta* App no 42337/12 (ECHR, 23 June 2013) para 61; UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012< <https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, para 47.

79 Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Immigration, para 12.

80 İdari gözetim şartlarının AİHS'ne uygun olması için gerekenlere ilişkin olarak bkz. ÖZKAN, s.178-184; EKŞİ, s. 57-75.

havaya çıkmasının yasak olması, tuvaletlere erişiminin resmi görevlilerin iznine bağlı olması, kirli yataklarda yatmak zorunda kalması ve yemek porsiyonlarının az olması nedeniyle küçük düşürücü muamele olarak kabul etmiş ve AİHS m. 3'e aykırı bulmuştur.⁸¹ Yabancıların gözetim şartlarının AİHS m. 3'e aykırı olmaması için Mahkeme asgari olarak aşağıdaki hususların gözetilmesi gerektiğini belirtmektedir. Öncelikle, yabancıların tutulduğu diğer yerlerde kişi başına düşen yaşam alanının üç metre kareden az olması, doğrudan AİHS m. 3 ihlali anlamına gelmektedir.⁸² Eğer yabancıların tutulduğu diğer yerlerde kişi başına düşen yaşama alanının üç ile dört metre kare arasında veya dört metre kareden fazla olması durumunda AİHM idari gözetim yerlerinin diğer fiziki özelliklerini incelemektedir.⁸³ Mahkeme idari gözetim yerlerinin diğer fiziki özelliklerini incelerken gözetim altında tutulan yabancıların açık havaya, güneş ışığına erişimini; tutuldukları yerlerin yeterli havalandırmaya ve iklim özelliklerine göre yeterli ısıtma ve soğutmaya sahip olup olmadığını ve temizlik durumunu incelemektedir.⁸⁴ Bunların yanı sıra, Mahkeme yabancıların temiz tuvalet, banyo gibi olanaklara erişimini ve bunları istediği zaman bireysel olarak kullanabilme imkanını ve yabancıya temiz yatak ve nevresim ile yeterli yemek ve su verilip verilmediğini incelemektedir.⁸⁵ AİHM söz konusu şartları sağlamayan bir yerde yabancıların tutulmasını insani olmayan muamele olarak nitelendirmektedir.⁸⁶

C. Değerlendirme

AİHM yabancıların sınır kapılarında tutulmasına/bekletilmesine ilişkin olarak önüne gelen bir davada ilk olarak yabancıların sınır kapısında tutulmasının/bekletilmesinin AİHS m. 5 uyarınca özgürlükten yoksun bırakılma olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirecektir. Mahkeme bu değerlendirmede şu ölçütleri dikkate alacaktır: başvuruçunun kişisel durumu ve başka bir ülkeye dönme seçeneği olup olmadığı; devletin sınır kapılarında yabancılara uyguladığı hukuk rejimi ve söz konusu hukuk rejiminin güttüğü amaç; başvuruçunun sınır kapılarında bekletilme süresi, bekletildiği süre zarfında yapılan işlemlerin amacı ve bu sürede başvuruçunun sahip olduğu haklar ve başvuruçunun tabi tutulduğu sınırlamaların cinsi ve derecesi.⁸⁷ YUKK m. 7'de sınırdan geri çevirmeye ilişkin olarak idari gözetimden bahsedilmese de⁸⁸ YUKK m. 7 kapsamındaki yabancıların sınır kapılarında işlemleri sonuçlanıncaya kadar bekletilmesinin bazı durumlarda AİHS m. 5 kapsamında özgürlükten yoksun bırakılma olarak değerlendirilebileceği görüşündeyiz. Bunun

81 *M.S.S. v. Yunanistan ve Belçika* App no 30696/09 (ECHR, 21 January 2011) paras 232-234.

82 *Mursic v. Croatia* App no 7334/13 (ECHR, 20 October 2016) paras 103, 110.

83 *Orchowski v. Poland* App no 17885/04, (ECHR, 29 October 2009) para 122.

84 *Mursic v. Croatia* App no 7334/13 (ECHR, 20 October 2016) para 106; *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 198.

85 *Mursic v. Croatia* App no 7334/13 (ECHR, 20 October 2016) para 106; *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 198.

86 *Dougoz v. Greece* App no 40907/98 (ECHR, 6 March 2001).

87 *Z.A. and others v. Russia* App no 61411/15, 61420/15, 61427/15 ve 3028/16 (ECHR, 21 November 2019, para 138; *Ilias and Ahmed v. Hungary* App no 47287/15 (ECHR, 21 November 2019), para 217-218; Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights, Immigration, s. 11, 12.

88 EKŞİ, s. 53.

nedeni kabul edilemez yolcu kapsamında sayılan yabancıların işlemleri sonuçlanıncaya kadar sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin kanunda açık usuli ve hukuki güvencelerin yer almamasıdır.

Her ne kadar YUKK m. 6(5) kapsamlı belge kontrolüne tabi tutulan yabancıların transit bölgede en fazla dört saat bekletilebileceğini, yabancıların belge kontrolü sırasında her an ülkesine dönebileceğini veya dört saatlik süreyle sınırlı kalmaksızın ülkeye kabul ile ilgili işlemlerin sonuçlanmasını da bekleyebileceğini düzenlese de kanunda kabul edilemeyen yolcu kapsamında sayılan yabancıların sınır kapılarında bekletilmesine ilişkin azami bir süre belirlenmemiştir.⁸⁹ Bunun yanı sıra, YUKK m. 7 kapsamındaki yabancıların sınır kapılarında fiili olarak tutulmalarına karşı gidilebilecekleri bir hukuk yolu da kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ayrıca YUKK m. 7 kapsamındaki yabancıların sınır kapılarında tutulduğu süre boyunca avukata erişimi büyük önem arz etse de uygulamada bazı avukatların sınır kapılarında tutulan müvekkillerine erişimde sorunlar yaşadığı belgelendirilmiştir⁹⁰.

YUKK m. 7 uyarınca kabul edilmeyen yolcu kapsamındaki yabancıların sınır kapılarında işlemleri sonuçlanıncaya kadar bekletilmesinin/tutulmasının bazı durumlarda özgürlükten yoksun bırakılma olarak nitelendirilebileceği göz önünde bulundurularak YUKK uygulanmasının Sözleşmeyi ihlal etmemesi için şu hususlara mutlak olarak dikkat edilmesi gerektiği görüşünderiz: öncelikle kabul edilmeyen yolcu kapsamındaki yabancıların sınır kapılarında tutulmasına ilişkin olarak yabancıların anlayabileceği bir dilde, gerekçeli bir karar alınmalı ve bu karar yabancıya tebliğ edilmelidir. İkinci olarak, yabancıların sınır kapılarında bekletilme/tutulmasına karşı gidilebilecek bir hukuk yolu bulunmalı ve yabancıya avukata erişim sağlanmalıdır. Üçüncü olarak, yabancılar sınır kapılarında uzun süre bekletilmemeli/tutulmamalıdır. Dördüncü olarak, sınır kapılarında bekletilen/tutulan yabancılar her aşamada uluslararası koruma talebinde bulunabilmelidir. Son olarak sınır kapılarında tutulma şartları AİHS m. 3'e uygun olmalı ve kişilere yukarıda belirtilen imkanlar ve hizmetler sağlanmalıdır. Eğer söz konusu yabancı hassas durumdaki bir birey ise bu durumda idare tarafından gerekli tedbirler alınmalıdır. Belirtilen hususların kanunda açıkça düzenlenmesi hukuki belirsizliği ortadan kaldıracak ve gelecekte uygulamada ortaya çıkabilecek AİHS özellikle AİHS m. 3 ve m. 5 ihlallerinin önüne geçecek niteliktedir.

4. İdari Gözetime Alternatif Yükümlülüklerle İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. İlgili Kanun Değişikliği

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 77. ve 78. maddeleriyle YUKK m. 57'de yapılan değişiklik ve kanuna yeni getirilen m. 57/A ile hakkında sınır dışı etme kararı alınanlardan; kaçma ve kaybolma

⁸⁹ Bu yönde ayrıca bkz. YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 < <https://www.gocarastirmalaridernegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakkinda-ortak-degerlendirme.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 3; Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 < <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 2, 3.

⁹⁰ Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 < <https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 3.

riski bulunan, Türkiye'ye giriş veya çıkış kurallarını ihlal eden, sahte ya da asılsız belge kullanan, kabul edilebilir bir mazereti olmaksızın Türkiye'den çıkmaları için tanınan sürede çıkmayan, kamu düzeni, kamu güvenliği veya kamu sağlığı açısından tehdit oluşturan yabancılar veya bu kapsamda olup idari gözetimi sonlandırılan yabancılar hakkında idari gözetime alternatif yükümlülükler getirilebileceği düzenlenmiştir.⁹¹ YUKK m. 57(4) ayrıca idari gözetimin devamında zaruret görülmeyen yabancılar, 57/A maddesi uyarınca idari gözetime alternatif yükümlülükler getirileceğini belirtmektedir. YUKK m. 57/A ile Türk hukukuna belirli adreste ikamet etme, bildirimde bulunma, aile temelli geri dönüş, geri dönüş danışmanlığı, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik izleme olmak üzere yedi adet idari gözetime alternatif tedbir getirilmiştir. YUKK m. 57(2) fıkrası kapsamında olup da idari gözetim altına alınmayan yabancılar hakkında bir veya birden fazla alternatif yükümlülüğe hükmedilmesi gerektiği ayrıca düzenlenmiştir.

YUKK m. 57/A(4) hakkında idari gözetime alternatif yükümlülüğe hükmedilen kişilere bu kararın gerekçeleri ile birlikte tebliğ edilmesini ve yabancıların avukat tarafından temsil edilmediği durumlarda ise yabancıların kendisine veya yasal temsilcisine kararın sonucu, itiraz usulleri ve süreleri hakkında bilgilendirilme yapılması düzenlenmiştir. YUKK m. 57/A(5)'de ise elektronik izleme yükümlülüğüne ilişkin olarak öngörülen itiraz merci sulh ceza hâkimi olarak belirlenmiştir. YUKK m. 57/A(5)'de ayrıca itiraz başvurusunun yabancıların tabi tutulduğu idari yükümlülüğü durdurmayaacağı ve sulh ceza hâkiminin incelemeyi beş gün içinde sonuçlandırması düzenlenmiştir. İlgili maddeye göre sulh ceza hâkiminin kararı kesindir ve bir üst mahkemeye itiraz mümkün değildir. YUKK m. 57/A(7)'de ise, yabancıya teminat yükümlülüğü getirilmesi ve yabancıların teminat süresi içerisinde mücbir sebepler ve mahkeme sürecinin sona ermemesi halleri saklı kalmak kaydıyla Türkiye'den çıkmaması durumunda teminatın Hazineye irat olarak kaydedileceği düzenlenmiştir.

B. İlgili AİHM Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi idari gözetim tedbirinin gerekli, makul ve orantılı olması gerektiğini belirtmektedir⁹². Mahkeme bir idari gözetim tedbirinin gerekli ve orantılı olup olmadığını değerlendirilirken idari gözetimin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığını incelemektedir⁹³. Bir diğer deyişle idari gözetimin gerekli ve orantılı olduğunu doğrulamak için Mahkeme başvuru hakkında idari gözetim yerine uygulanabilecek daha az kısıtlayıcı bir tedbir olup olmadığını değerlendirmektedir⁹⁴.

AİHM özellikle çocuklar ve çocuklu aileler gibi hassas durumdaki yabancılar hakkında idari gözetim kararı verilmeden önce alternatif tedbirlerin değerlendirilmesinin zorunlu olduğuna dair birçok

91 Bu kısımda incelenen idari gözetim alternatif tedbirlerin daha kapsamlı şekilde değerlendirildiği bir çalışma için bkz. Meltem İneli Cığır, 'Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler' Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 2020, 40.2, s. 809 - 839.

92 *A.B. and Others v France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016).

93 ŞİRİN, s. 147.

94 Alice Bloomfield, 'Alternatives to Detention at a Crossroads: Humanisation or Criminalisation?' Refugee Survey Quarterly, 2016, 5.1: 29-46, s. 36.

karar vermiştir⁹⁵. Örneğin, AİHM *Popov/Fransa* kararında idari gözetim altına alınan çocuklu bir ailenin idari gözetimine ilişkin olarak, idari gözetimin meşru bir amaca hizmet etmesi gerektiğine dikkat çekerek söz konusu davada çocuklu ailenin idari gözetiminin son çare olup olmadığının değerlendirilmemesini ve idari gözetime alternatif tedbirlerin araştırılmamasını AİHS m. 5(1)'e aykırı bulmuştur⁹⁶. AİHM *G.B. ve diğerleri/Türkiye* kararında ise bir anne ve üç çocuğunun 2014 yılında Kumkapı Geri Gönderme Merkezi ve Gaziantep Geri Gönderme Merkezinde tutulması ile ilgili olarak AİHM m. 3, m. 5 ve m. 13'ün ihlal edildiğine karar vermiştir⁹⁷. Söz konusu kararda Mahkeme uluslararası hukukta sadece çocuklar hakkında değil aynı zamanda onların aileleri hakkında da idari gözetim kararı verilmeyip idari gözetim alternatiflerine hükmedilmesi yönünde bir eğilim olduğunu ve çocuğun yüksek menfaati için idari mercilerin imkanlar dahilinde idari gözetim yerine alternatif tedbirlere hükmetmesi gerektiğini belirtmiştir⁹⁸.

AİHM sadece çocuk ve çocuklu ailelerin değil hasta bireylerin idari gözetimine ilişkin yapılacak değerlendirmede de idari gözetime alternatif tedbirlerin dikkate alınmasını öngörmektedir. Örneğin, Mahkeme *YohEkale Mwanje/Belçika* kararında HIV pozitif olan Kamerun vatandaşı başvuruçunun sınır dışı öncesi yedi hafta boyunca idari gözetim altında tutulmasını özellikle idari gözetim boyunca sağlık durumunun kötüleşmesi ve idari gözetim yerine geçici ikamet izni gibi alternatiflerin gözden geçirilmemesi nedeniyle AİHS m. 5'i ihlal ettiğini belirtmiştir⁹⁹. AİHM içtihadına göre çocuklar ve çocuklu aileler ve ciddi hastalığı olan bireyler gibi hassas durumdaki kişilerin ve özel ihtiyaç sahiplerinin idari gözetimi son çare olmalıdır. Söz konusu kişilerin idari gözetimi ile ilgili olarak idari gözetim kararı alınmadan önce ve bu karar gözden geçirilirken ilk olarak idari gözetime alternatif tedbirler değerlendirilmeli ancak bu tedbirlerin uygulanması mümkün değil veya söz konusu tedbirler yeterli değil ise idari gözetime karar verilmelidir.

İdari gözetime alternatif tedbirlere atfı yapılan diğer AİHM kararları da öngörülebilir ve makul bir sürede sınır dışı edilme ihtimali olmayan kişilerin idari gözetimine ilişkin olanlardır. AİHM *Louled Massoud/Malta* kararında deniz yoluyla ülkeden kaçmanın kişinin hayatını tehlikeye atmadan mümkün olmadığı ve hava yolu ile ülkeden ayrılmanın sıkı kontrollere bağlı olduğu Malta gibi bir adada Cezayir vatandaşı olan başvuruçunun yakın bir tarihte sınır dışı edilme ihtimalinin bulunmamasına rağmen idari mercilerin, idari gözetime alternatif hiçbir tedbiri uygulamayarak kişiyi 18 ay ve dokuz gün süre ile idari gözetim altında tutmasını keyfi tutulma sayıp söz konusu idari gözetimin AİHS m. 5(1) ve m. 5(4)'ü ihlal ettiğine karar vermiştir¹⁰⁰. AİHM, *S.Z./Yunanistan* kararında ise pasaportundan Suriye vatandaşı olduğu açık olan başvuruçunun, Suriye'deki iç savaş nedeniyle 2013 yılında sınır dışı edilmesinin mümkün olmadığı hususu ve kişi hakkında hükmedilebilecek idari gözetime alternatif tedbirler göz önünde bulundurulmadan idari gözetim

95 *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012) para 119, 141; *A.B. and Others v France* App no 11593/12 (ECHR, 12 July 2016) para 120,123,124.

96 *Popov v. France* App no 39472/07 and 39474/07 (ECHR, 19 January 2012); GÖÇMEN, s. 367.

97 *G.B. and others v. Turkey* App no 4633/15 (ECHR, 17 October 2019).

98 *ibid*, para 168.

99 *YohEkale Mwanje v. Belgium* App no 10486/10 (ECHR, 20 December 2011) para 124.

100 *Louled Massoud v. Malta* App no 24340/38 (ECHR, 27 October 2010).

altında tutulmasını AİHS m. 5(1)(f) ve m. 5(4)'e aykırı bulmuştur¹⁰¹. Benzer şekilde, Mahkeme S.K./Rusya kararında 2015 yılında Rusya'da hakkında sınır dışı kararı verilen idari gözetim altındaki Suriye vatandaşı başvurunun idari gözetimine ilişkin olarak AİHS m. 5'in ihlal edildiğine karar vermiştir¹⁰². İhlal nedeni Rus mercilerinin başvurunun Suriye'ye sınır dışı edilmesinin Şubat ve Mart 2015'de kötüleşen iç savaş nedeniyle mümkün olmadığı hususunun ve idari gözetime alternatif tedbirlerin göz önünde bulundurmuyarak idari gözetim kararını gözden geçirmemiş olmasıdır¹⁰³.

Yukarıda incelenen AİHM kararlarından anlaşılacağı üzere çocuklar, çocuklu aileler, hasta kişiler gibi hassas durumdaki bireyler ve öngörülebilir ve makul bir süre içerisinde sınır dışı edilmesi mümkün olmayan yabancılar hakkında idari gözetime değil imkanlar dahilinde idari gözetime alternatif tedbirlere hükmedilmelidir. Mahkeme söz konusu idari gözetime alternatif tedbirlerin ne olduğunu açık olarak belirtmese de, çeşitli devletler tarafından uygulanan idari gözetime alternatif tedbirler arasında bildirim yükümlülükleri, seyahat dokümanına el konulması şartıyla salıverilme, devlet tarafından belirlenen yerlerde, açık ve yarı açık merkezlerde veya geri dönüş evlerinde kalma zorunluluğu, ikamet sınırlamaları, vaka yönetimi, geri dönüş danışmanlığı, teminat, garantör/destekçi gösterme ve elektronik kelepçe, ses ve uydu teknolojileri ile izleme yer almaktadır¹⁰⁴. AİHM şu ana kadar göç bağlamında uygulanan idari gözetime alternatif bir yükümlülüğün insan haklarına ve özellikle AİHS'ne uygunluğuna dair somut bir karar vermemiştir. Buna rağmen, idari gözetim gibi birçok idari gözetime alternatif tedbir de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı başta olmak üzere gibi bazı temel insan haklarına kısıtlama getirebilmektedir. Bu nedenle idari gözetim gibi idari gözetime alternatif tedbirler de AİHS'ne uygun olmalı ve birtakım asgari insan hakları güvencelerini gözetmelidir¹⁰⁵.

C. Değerlendirme

İdari gözetime alternatif yükümlülükler ile ilgili YUKK değişikliklerinin AİHM kararları ışığında değerlendirilmesine ilişkin olarak öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; idari gözetime alternatif yükümlülüklerin temel insan haklarına ne ölçüde kısıtlama getirdiği o yükümlülüğün kim hakkında verildiği ve hangi şartlar altında uygulandığı ile ilgili bir meseledir. Bununla birlikte genel olarak idari gözetime alternatif tedbirlerin idari gözetime göre daha insani olduğu, temel hak ve özgürlüklere daha az kısıtlama ve kamu maliyesine daha az yük getirdiği kabul edilmektedir¹⁰⁶.

101 S.Z. v. Greece App no 66702/13 (ECHR, 21 June 2018) paras 57-60, 73.

102 S.K. v. Russia App no 52722/15 (ECHR, 14 February 2017).

103 ibid, para 115-117.

104 Council of Europe Steering Committee for Human Rights (CDDH), 'Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration', CDDH(2017)R88add2, 2018, para 100-114.

105 *Khlaifia and Others v. Italy* [GC] App no 16483/12 (ECHR, 15 December 2016) para 163; UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, para 18.

106 International Detention Coalition (IDC), *There are Alternatives: A handbook for preventing unnecessary immigration detention* (revised edition 2015), <<https://idcoalition.org/wp-content/uploads/2015/10/There-Are-Alternatives-2015.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 3.

Bildirim yükümlülüğü ve belirli adreste ikamet etme yükümlülükleri, bu tedbirlerin keyfi bir şekilde uygulanmaması şartıyla insan haklarına ciddi bir müdahale getirmemektedir. Daha önce belirtildiği üzere, geri dönüş danışmanlığında esas olan geri gönderme yasağının gözetilmesi, kişilerin dönüş kararını özgür iradesi ve bilinçli olarak vermesi, menşe ülkedeki durum ve buradaki riskler ile ilgili açık ve detaylı olarak bilgilendirilmesi ve hiçbir şekilde geri dönüşe zorlanmamasıdır. Aile temelli geri dönüş tedbirinde ise yabancıнын garantörlüğünü üstelenen aile ve akrabalara ilişkin yükümlülük ve sorumluluklar insan haklarına uygun olarak mevzuatta açıkça düzenlenmelidir. Bununla birlikte, insan haklarına kısıtlama getirebilecek ve AİHS ile uygunluğu problem teşkil edebilecek kanuna getirilen üç alternatif yükümlülüğün teminat, kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma ve elektronik kelepçe kullanılması yoluyla elektronik izleme olduğu görüşündeyiz.

AİHM bugüne kadar kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma gibi bir idari gözetime alternatif tedbirin AİHS'ne uygunluğuna dair bir karar vermiş değildir¹⁰⁷. AİHS m. 4 kölelik ve zorla çalıştırma yasağını düzenlemektedir. AİHS m. 4(2) "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz ve zorunlu çalışmaya tabi tutulamaz*" hükmünü içermektedir. Mahkeme zorla çalıştırma kavramını Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 29 sayılı Sözleşmesi ışığında yorumlamış ve zorla çalıştırmanın "*bir kişiden herhangi bir ceza tehdidiyle yapması istenen ve kişinin gönüllü olarak yapmadığı tüm iş veya hizmetleri*" kapsadığını kabul etmiştir¹⁰⁸. AİHS m. 4 (3)'de "*Aşağıdaki haller, bu madde anlamında "zorla çalıştırma ya da zorunlu çalışma" sayılmaz: ... (c) Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde [özgürlük ve güvenlik hakkı] öngörülen koşullara uygun olarak tutulu bulunan bir kimseden, tutulu bulunduğu sırada veya şartlı tahliyeden yararlandığı süre içinde olağan olarak yapması istenilen bir iş*" ibaresi yer almaktadır. İdari gözetime alternatif bir tedbir olarak kamu yararına hizmetlerde gönüllü çalışmanın AİHS m. 4'e uygunluğu incelenirken söz konusu çalışmanın hakkında idari gözetime alternatif tedbire hükmedilen yabancı için 'olağan' olarak kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirilecektir¹⁰⁹.

YUKK m. 57/A ile hukukumuzda idari gözetime alternatif bir tedbir olarak getirilen kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma tedbirine ilişkin olarak detaylı düzenleme kanunda yapılmamıştır. Özellikle hakkında bu tedbire hükmedilen yabancıların tam olarak hangi iş kollarında, hangi süre ve sıklıkla çalıştırılabileceği açıkça kanunda düzenlenmiş değildir. Her ne kadar söz konusu tedbirin gönüllülük esasına dayanacağı kanunda düzenlenmişse de kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma tedbirinin özellikle belirtilen hususların mevzuatta açık ve detaylı şekilde AİHS m. 4 gözetilerek düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz.

Finansal teminat, göç bağlamında nispeten daha az kullanılan bir idari gözetim alternatifidir. Bunun nedeni de çoğunlukla hakkında sınır dışı etme kararı alınan yabancıнын finansal teminat gösterecek

107 AİHM'in mahkumların tutuklu buldukları süre içerisinde yaptıkları işlerin AİHS m. 4'e uygunluğuna dair verdiği kararlar için bkz. ECHR, Guide on Article 4 of the European Convention on Human Rights Prohibition of slavery and forced labour, Updated on 31 December 2019, < https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_4_ENG.pdf > erişim tarihi: 10 Mayıs 2020.

108 *Van der Mussel v. Belgium* App no 8919/80 (ECHR, 23 November 1983) para 32; Ali Bal, 'Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019, 2: 55-112, s. 84.

109 Hangi işlerin olağan olduğuna dair değerlendirmede Mahkeme ulusal hukuk kurallarını dikkate almaktadır. Bkz. *Stummer v. Austria* App no 37452/02 (ECHR, 7 July 2011) para 128.

yeterli maddi gücünün olmamasıdır¹¹⁰. AİHM bugüne kadar idari gözetime alternatif bir tedbir olarak teminatın AİHS'ne uygunluğuna dair herhangi bir karar vermemiştir. Bununla birlikte, teminatın AİHS m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkı kapsamında incelendiği bir davada Mahkeme teminatın meşru bir amaca hizmet etmesi ve orantılı olması gerektiğini ifade etmiştir¹¹¹. Makul olarak belirlenmeyen bir teminat bedelinin¹¹² kişinin idari gözetime ilişkin yükümlülüklerine uymaması ve hazineye irat edilmesi durumunda AİHS Ek Protokol m. 1¹¹³ ile güvence altına alınan mülkiyet hakkına kısıtlama getirebileceği görüşündeyiz. Bu nedenle teminat bedeline ilişkin yapılacak yasal düzenlemede ve bu tedbire ilişkin uygulamada yabancıların mülkiyet hakkı ve teminatın orantılı olarak belirlenmesi gereği de dikkate alınmalıdır¹¹⁴.

Son olarak elektronik kelepçenin AİHS'ne uygunluğunu değerlendirmek yerinde olacaktır. Elektronik kelepçe hukukumuzda yeni getirilen idari gözetime alternatif yükümlülükler arasında temel insan haklarına özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, hareket özgürlüğü ve özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi haklarına en ciddi ve ağır müdahaleyi içeren tedbir olarak kabul edilebilir¹¹⁵. Elektronik kelepçe kullanımının insan haysiyeti üzerinde olumsuz bir etki yarattığı birçok rapor tarafından belirtilmiştir¹¹⁶. Söz konusu raporlarda elektronik kelepçelerin kişilerde strese neden olduğu ve kişileri sosyal tecrit altında hissettirdiği de ayrıca gözlemlenmiştir¹¹⁷. Bunun yanı sıra, elektronik kelepçe takılan yabancıların anne veya baba olması durumunda, bundan çocukların

- 110 European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Alternatives to detention for asylum seekers and people in return procedures, 2015 <<https://fra.europa.eu/en/publication/2015/alternatives-detention-asylum-seekers-and-people-return-procedures>>, s. 2.
- 111 *Tolstoy Miloslavsky v. UK* App no 18139/91, 13 July 1995; Işıl Özkan, 'Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaşa Armağan, 2017, 19:1767-1834, s. 1778.
- 112 Teminat bedelinin kanunda makul olarak belirlenmesi gereğine ilişkin olarak ayrıca bkz. CDDH, 'Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration', CDDH(2017)R88add2, 2018, para 228.
- 113 AİHS Ek Protokol m. 1 mülkiyet hakkını şu şekilde güvenceye altına almıştır: "*Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasa da öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir. Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez.*"
- 114 Bu düzenlemede Anayasa m. 35 de dikkate alınmalıdır. Anayasa m. 35 mülkiyet hakkını şu şekilde güvenceye altına almıştır: "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*"
- 115 UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, para 21.
- 116 ibid, para 21; *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation*, Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Evangelia (Lilian) Tsourdi Joanna Pétin (Eds.) (2015) <<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s.103; Jesuit Refugee Service, From Deprivation to Liberty: Alternatives to detention in Belgium, Germany and the United Kingdom, December 2011, available at: <https://www.refworld.org/docid/4f0c10a72.html> [accessed 13 May 2020].
- 117 BLOOMFIELD s. 40, 41; *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation*, Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Evangelia (Lilian) Tsourdi Joanna Pétin (Eds.) (2015) <<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s.103.

da olumsuz etkilendiği belgelenmiştir¹¹⁸. Özellikle herhangi bir suçtan hüküm giymemiş göçmen ve sığınmacılar hakkında bu idari tedbire hükmedilmesi, bu kişilerin hükümlü gibi muamele görmesine neden olabilmektedir¹¹⁹.

AİHM bugüne kadar elektronik kelepçenin kullanımına ilişkin olarak bu yükümlülüğün AİHS'ne uygunluğuna dair bir karar vermemiştir. Guild elektronik kelepçenin kullanılması yoluyla elektronik izlemenin AİHS m. 3, m. 5 ve m. 8 bakımından sorun yaratabileceğine dikkat çekmektedir¹²⁰. Öncelikle elektronik kelepçe özellikle sürekli ve uzun süreli kullanıldığında kişiye fiziki zarar verebilmekte (ağrı, yara veya geçmeyen kelepçe izine neden olabilmekte) ve kişinin psikolojik durumunu ciddi şekilde olumsuz etkileyebilmektedir. Yazara göre elektronik izlemenin söz konusu olumsuz etkileri AİHS m. 3 uyarınca onur kırıcı veya aşağılayıcı muamele olarak kabul edilebilir ve elektronik izleme tedbiri bu nedenle AİHS m.3'ün ihlalini doğurabilecek niteliktedir¹²¹. İkinci olarak, özellikle ev hapsi gibi kısıtlayıcı tedbirler ile birlikte uygulandığında elektronik izleme idari gözetime alternatif bir tedbir olmaktan çıkıp idari gözetimin bir çeşidi haline gelmektedir¹²². Bu da elektronik izlemenin kişilerin özgürlük ve güvenlik hakkını ciddi anlamda kısıtlaması anlamına gelecek ve bu tedbirin AİHS m. 5'e uygunluğunun değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır¹²³. Bu değerlendirmede idarenin elektronik izlemenin gerekli, makul ve orantılı olduğunu kanıtlama zorunluluğu söz konusu olacaktır. Üçüncü olarak, elektronik izleme ile edinilen veriler insan hakları hukukuna uygun şekilde işlenmeli, saklanmalı veya korunmalıdır. Bunun aksi AİHS m. 8 ile korunan özel ve aile hayatına saygı hakkına hukuka aykırı bir müdahale teşkil edebilecektir¹²⁴. Yine elektronik kelepçenin kullanılması kişinin normal hayatına devam etmesine izin vermez ve aile hayatına ciddi şekilde zarar verir ise bu da AİHS m. 8 bakımından birtakım sorunlar yaratabilecektir.

Elektronik izlemenin özellikle elektronik kelepçenin kullanıldığı durumların kişilerin psikolojisi üzerindeki olumsuz etkileri ve özellikle kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, özel ve aile hayatına saygı hakkı ile insani olmayan veya aşağılayıcı muamele yasağına olan ciddi müdahalesi göz önüne alındığında elektronik izlemenin diğer alternatiflere göre son çare olarak kullanılması gerekmektedir¹²⁵. Bu husus ışığında YUKK'a elektronik kelepçenin son çare olarak kullanılması ve

118 Sarah Campbell, Maria Baqueriza, James Ingram, Last Resort or First Resort: Immigration Detention of Children in the UK, BID and The Children's Society, 2011, s. 89–90; Bloomfield s. 41.

119 *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation*, Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Evangelia (Lilian) Tsourdi Joanna Pétin (Eds.) (2015) < <https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s.103.

120 Elspeth Guild'in argümanları için ibid, s. 102, 103.

121 ibid, s. 102, 103.

122 European Migration Network (EMN), The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report, 2014, s. 36.

123 *Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation*, Philippe De Bruycker, Alice Bloomfield, Evangelia (Lilian) Tsourdi Joanna Pétin (Eds.) (2015) < <https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020, s. 102, 103.

124 ibid, s. 102, 103.

125 ibid, s.103.

hassas durumdaki yabancılar hakkında elektronik kelepçe tedbirinin uygulanmaması gerektiğine dair bir hüküm getirilmesinin yerinde olacağı görüşündeyiz¹²⁶.

5. İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazları İncelenebileceğine İlişkin Değişikliğin Değerlendirilmesi

A. İlgili Kanun Değişikliği

6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanununun 78. maddesiyle, YUKK m. 57'ye eklenen 8. fıkra ile idari gözetim altına alınan yabancıların uyruklarının tespit edilmesi amacıyla elektronik ve iletişim cihazları incelenebileceği ve bu inceleme sonucunda elde edilen verilerin bu amaç dışında kullanılmayacağı düzenlenmiştir.

B. İlgili AİHM Kararları

AİHS m. 8(1) “Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir” hükmünü içermektedir. AİHS m. 8(2) ise bu hakkın ancak bir kamu makamının müdahalesi ile ve 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 kısıtlanabileceğini düzenlemektedir. AİHM içtihadında yazışma (haberleşme), bireyin diğer kişilerle mektup, elektronik posta, telefon, internet, telex ya da faks gibi araçlarla kurduğu iletişimi de kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır¹²⁷. Haberleşmenin içeriğinin denetlenmesi, haberleşmenin gizliliğine ve dolayısıyla haberleşme özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahale oluşturmaktadır¹²⁸. YUKK değişikliğinde öngörülen yabancıların uyruğunun tespiti amacıyla rızasına bakılmaksızın elektronik ve iletişim cihazlarına el konulup incelenebileceği hükmü kişinin özel hayatına ve haberleşme hakkına önemli bir kısıtlama getirmektedir. Bu da söz konusu hükmün AİHS m. 8’e uygunluğunun tartışılmasını gerekli kılmaktadır.

AİHS m. 8’e uygun sayılması için haberleşme özgürlüğüne yapılan bir müdahalenin öncelikle kanunla öngörülmesi gerekmektedir¹²⁹. Bunun yanı sıra, müdahalenin yasal dayanağını

126 Örneğin Birleşik Krallık İçişleri tarafından yayımlanan Kılavuzda elektronik kelepçe tedbirinin çocuklar, hamile ve yeni doğum yapmış kadınlar, yaşlılar, daha önce işkence görmüş kişiler ve psikolojik sorunları olan kişiler hakkında uygulanmaması gerektiği açıkça belirtilmiştir. United Kingdom Home Office, Immigration Bail Version 5.0, 2020, <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/869352/Immigration-bail-v5.0ext.pdf> erişim tarihi: 110 Mayıs 2020.

127 *Niemietz v. Germany* App no 13710/88 (ECHR, 16 December 1992) para 32; *Copland v. UK* App no 62617/00 (ECHR, 3 April 2007) para 41; *Barbulescu v. Romania*, [GC], App no 61496/08 (ECHR, 5 September 2017) para 72; G. Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, 2019, s. 134; GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, SAYGILI, s. 332.

128 AYM, Ramazan Vural, (B. No: 2013/1148) 7/7/2015, para 33.

129 *Silver and others v. UK* IHRL 41 (ECHR 1983) para 85-90; *Klass and others v. Germany* App no 5029/71 (ECHR, 6

oluşturan mevzuatın ulaşılabilir, yeterince açık ve belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçlar açısından öngörülebilir olması ve söz konusu sınırlandırmanın da meşru bir amaca dayalı olması gerekmektedir¹³⁰. Son olarak, hakka yapılan müdahale demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olmalıdır¹³¹.

Yukarıda da belirtildiği üzere haberleşme özgürlüğüne yapılan kısıtlamalar erişilebilir, açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir bir kanuni dayanağa ve meşru bir amaca sahip olmalı, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü (orantılı) olmalıdır¹³². Bunun yanı sıra, haberleşme özgürlüğüne getirilebilecek keyfi müdahalelere karşı yeterli güvencelerin kanunda ve uygulamada yer alması gerekmektedir¹³³. Eğer söz konusu kanuni dayanak haberleşme özgürlüğüne müdahale konusunda idareye takdir yetkisi tanıyor ise bu yetkinin çerçevesinin kanunda açıkça belirtmesi gerekmektedir¹³⁴. AİHM *Mehmet Nuri Özen ve diğerleri/Türkiye* kararında, kanunun idari makamların haberleşme özgürlüğüne müdahalesine izin verdiği ve idareye takdir yetkisi tanıdığı durumlarda ilgili kanunun bu yetkinin çerçevesini açıkça belirlemesi gerektiğine karar vermiştir¹³⁵.

C. Değerlendirme

YUKK m. 57(8)'e getirilen hükümlerle idareye yabancıların haberleşme özgürlüğünü kısıtlama yetkisi getirilmektedir, her ne kadar idarenin inceleme sonucunda elde edilen verileri bu amaç dışında kullanılamayacağı belirtilmişse de bu konudaki idarenin yetkisinin kapsamı, incelemenin tam olarak hangi fiilleri kapsayacağı, incelemenin ne kadar süreceği, bu yetkinin kötüye kullanılması durumunda başvurulacak herhangi bir idari veya hukuki başvuru yolu olup olmadığı madde metninde yer almamaktadır.¹³⁶ Bu nedenle işbu hükmün AİHM önündeki bir davaya konu olması durumunda, Mahkemenin bu düzenlemeyi açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir olarak kabul etmesi olası değildir. Ayrıca söz konusu hak kısıtlamasının çoğunlukla herhangi bir suç işlememiş göçmenler için öngörülmesinin ölçülülük kistasına uygunluğu da tartışmalıdır. YUKK m. 57(8)'de yer alan hüküm haberleşmenin gizliliğine müdahale içermekte fakat söz konusu müdahale için usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emrinin bulunması aranmamaktadır. Bu

October 1978) para 42-55; *Campbell v.UK* App no 3590/88 (25 March 1992) para 34; AYM, Ramazan Vural, (B. No: 2013/1148) 7/7/2015, para 34.

130 *Silver and others v. UK* IHRL 41 (ECHR 1983) para 85-90; *Klass and others v. Germany* App no 5029/71 (ECHR, 6 October 1978) para 42-55; *Campbell v.UK* App no 3590/88 (25 March 1992) para 34; AYM, Ramazan Vural, (B. No: 2013/1148) 7/7/2015, para 34.

131 *Silver and others v. UK* IHRL 41 (ECHR 1983) para 85-90; *Klass and others v. Germany* App no 5029/71 (ECHR, 6 October 1978) para 42-55; *Campbell v.UK* App no 3590/88 (25 March 1992) para 34; AYM, Ramazan Vural, (B. No: 2013/1148) 7/7/2015, para 34.

132 ÖNCÜ, s. 147.

133 ibid, s. 147.

134 ibid, s. 139.

135 *Mehmet Nuri Özen and others v. Turkey* App no 15672/08 (ECHR, 11 January 2011) para 56.

136 Teksoy konuyla ilgili olarak şu değerlendirmeyi yapmıştır: "7196 sayılı Kanun ile getirilen yeni hüküm, yöntemin icrası için ayrıca özel bir karar verme usulünü düzenleme gereği görmediği gibi, bu yöntemin kimin tarafından ve nasıl icra edileceğine ilişkin kurallar da içermemektedir." TEKSOY, s. 19.

nedenle ne şekilde uygulanacağına bağlı olarak bu değişikliğin AİHS m. 8'i ihlal edebilecek nitelikte olduğu görüşündeyiz¹³⁷.

YUKK m. 57(8)'de yer alan bu hükmün insan haklarına uygunluğu ile ilgili yapılacak değerlendirmede dikkate alınması gereken bir başka husus da yabancıların elektronik ve iletişim cihazlarında yer alan kayıtları arasında avukatları ile olan yazışmalarının yer alma ihtimalidir. AİHM avukat-müvekkil arasındaki haberleşmelerin denetlenmesinin AİHS m. 8 koruma altında olduğunu kabul etmektedir¹³⁸. YUKK m. 57(8) uyarınca yapılacak incelemede, avukat-müvekkil arasındaki haberleşme özgürlüğünün ne şekilde korunacağı konusunda açık değildir. Bu da YUKK m. 57(8)'deki düzenlemenin AİHS m. 8'i ihlal etme olasılığını arttıran bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç

Makalede 6/12/2019 tarihli ve 7196 sayılı Bazı Kanunlarda ve 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik yapılmasına Dair Kanun ile 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda yapılan değişiklikler Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ışığında incelenmiş ve şu sonuçlara ulaşılmıştır. İlk olarak, sınır dışı kararlarına itiraz süresinin 15 günden yedi güne indirilmesi hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların özellikle idari gözetim altındaki kişilerin avukata, hukuki danışmanlığa ve adli yardıma erişebilmesi; Türk mevzuatı hakkında bilgi sahibi olması, Türkçe kapsamlı bir itiraz başvurusu hazırlayabilmesi ve başvuru için kanıtlayıcı belge temin edebilmesi için oldukça kısa bir süredir ve bu sürenin kısalığı gelecekte AİHS m. 3 bağlamında AİHS m. 13 ihlallerine neden olabilecek niteliktedir.

İkinci olarak, kanun değişikliği ile yabancıların rızası saklı kalmak kaydıyla, dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar yabancıların sınır dışı edilemeyeceğini düzenlenmiştir. AİHM içtihadına göre bir yabancıların sınır dışı edilmesi durumunda AİHS m. 2, AİHS m. 3 ve Ek Protokol No 4 m. 4'e aykırı bir muamele ile karşılaşacağına dair riskin varlığı söz konusu ise sınır dışı kararına itiraz başvurusunun otomatik olarak yürütmeyi durdurması gerekmektedir. Kısaca YUKK m. 53'de yapılan sınır dışı kararına itirazın doğrudan yürütmeyi durdurmasına ilişkin değişiklik AİHM içtihadı ile uyumludur.

Üçüncü olarak, YUKK m. 60/A ile düzenlenen gönüllü geri dönüş yardımı ve m. 57/A ile kanuna idari gözetime alternatif bir yükümlülük olarak getirilen geri dönüş danışmanlığının ilk bakışta AİHS'ne aykırılığı söz konusu değildir. Yeter ki; bu programlar ve yardımlar kapsamında yabancıların geri dönüş kararını özgür iradesi ile bilinçli olarak vermesi sağlansın ve yabancılar hiçbir şekilde geri dönüşe zorlanmasın. Şunu da belirtmek gerekir ki; AİHM hakkında sınır dışı kararı bulunan bir yabancıların ülkesine geri dönüşte gönüllü geri dönüş yardımından faydalanmasının veya

137 Anayasa m. 22 açıkça "usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış mercinin yazılı emri bulunmadıkça haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz" hükmünü içermektedir. Söz konusu kanun değişikliği aynı zamanda değil aynı zamanda Anayasa m. 22'yi de ihlal edebilecek niteliktedir. Bkz. ayrıca TEKSOY, s. 37.

138 *Schönenberger and Durmaz v. Switzerland* App no 1136885 (ECHR, 20 June 1988); *Campbell v. UK* App no 13590/88, (ECHR, 25 March 1992).

dönüşün kendi sorumluluğunda olduğuna dair bir belge imzalamasının devletin AİHS m. 2 ve m. 3 kapsamındaki sorumlulukları bakımından bir etkisi olmadığını kabul etmektedir.

Dördüncü olarak, YUKK m. 7'de yapılan değişiklik ile kabul edilemeyen yolcu kapsamındaki yabancıların havaalanlarındaki transit bölgeleri de dahil olmak üzere sınır kapılarında haklarındaki işlemler sonuçlanıncaya kadar bekletilmesi/tutulması öngörülse de kanunda söz konusu yabancıların transit bölgelerde bekletilebileceği azami süreye ilişkin açık bir hüküm yer almamaktadır. YUKK'da Türkiye'ye girişlerine izin verilmeyecek yabancıların sınır kapılarında tutulması ve bekletilmesi ile ilgili olarak idarenin yazılı ve gerekçeli bir karar vermesi gerekmemekte ve bu tutulma/bekletilmeye ilişkin gidilebilecek bir hukuk yolu yer almamaktadır. Bu hususlar özellikle Türkiye'ye girişine izin verilmeyecek yabancılar hakkında geri çevrilme ve/veya sınır dışı kararlarının ivedilikle alınmadığı ve yabancıların uzun süre sınır kapılarında avukata erişimleri olmadan bekletildiği durumlarda AİHS m. 5'i ihlal edebilecek niteliktedir. Bunun yanı sıra şunu da ifade etmek gerekir ki, sınır kapılarında uluslararası koruma talebinde bulunmak isteyen yabancıların ivedilikle uluslararası koruma prosedürlerine, avukata ve hukuki danışmanlığa erişiminin sağlanması büyük önem arz etmektedir. Son olarak, yabancıların sınır kapılarında bekletildiği/tutulduğu yerlere ilişkin koşulların AİHS m. 3'e uygun olması da Mahkeme tarafından aranmaktadır.

Beşinci olarak, ilk bakışta kanuna yeni eklenen m. 57/A ile hukukumuzda getirilen idari gözetime alternatif yükümlülüklerden bildirimde bulunma, belirli adreste ikamet etme, geri dönüş danışmanlığı ve aile temelli geri dönüş AİHS'de yer alan haklara önemli bir kısıtlama getirmemektedir. Bununla birlikte kamu yararına hizmetlerde gönüllülük esasıyla görev alma, teminat ve elektronik kelepçenin kullanılması yoluyla elektronik izleme AİHS bakımından birtakım sorunlara yol açabilecek niteliktedir. Gelecekteki AİHS ihlallerini önlemek için söz konusu yükümlülüklerin ilgili güvenceleri de içerecek biçimde detaylı şekilde mevzuatta düzenlenmesi önerilmiştir. Özellikle elektronik kelepçenin keyfi ve uzun süreli kullanımının AİHS m. 3, 5 ve 8 bakımından bazı sorunlara yol açabileceği ve bunun önlenmesi için elektronik kelepçe tedbirinin ancak son çare olarak kullanılması gerektiği belirtilmiştir.

Son olarak YUKK m. 57'de yapılan yabancıların uyruklarının tespit edilmesi amacıyla elektronik ve iletişim cihazları incelenebileceğine dair değişikliğin uygulanması yabancıların haberleşme özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu kısıtlamanın AİHS m. 8'e uygun olması gerekmektedir. Ne var ki, YUKK m. 57'ye eklenen fıkranın idarenin yabancıların haberleşme özgürlüğünü kısıtlama yetkisine dair açık, anlaşılabilir ve öngörülebilir bir düzenleme olarak kabul edilmesi güçtür. Bunun yanı sıra, söz konusu fıkrada yabancıların iletişim cihazlarında yer alan avukat-müvekkil gizliliği kapsamındaki yazışmalara ne şekilde saygı gösterileceği de açık değildir. Bu nedenle YUKK m. 57(8)'deki düzenlemenin AİHS m. 8'i ihlal etme olasılığı mevcuttur.

KAYNAKÇA

Alternatives to Immigration and Asylum Detention in the EU Time for Implementation, De Bruycker P., Bloomfield A., Tsourdi L., Pétin J., (Eds.) (2015) <<https://odysseus-network.eu/wp-content/uploads/2015/02/FINAL-REPORT-Alternatives-to-detention-in-the-EU.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020

- Antalya Barosu İnsan Hakları Merkezi, Dünya Evimiz Derneği, Uluslararası Dayanışma Derneği, Göç Araştırmaları Derneği (GAR), Göçmen Dayanışma Derneği, Hak İnisyatifi Derneği, Halkların Dayanışma Köprüsü Derneği, İltica ve Göç Araştırmaları Derneği (İGAM), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları Gündemi Derneği (İHGD), İzmir'de Suriyeli Mültecilerle Dayanışma Derneği, Kaos GL, Kırkayak Kültür, Medya ve Mülteci Hakları Derneği, Mültecilerle Dayanışma Derneği (Mültecider), Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, Van Barosu, Yurttaşlık Derneği, Yuva Derneği, YUKK Değişiklikleri Hakkında Ortak Değerlendirme, 4 Aralık 2019 < <https://www.gocarastirmalaridernegi.org/attachments/article/144/yukk-degisiklikleri-hakinda-ortak-degerlendirme.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- Arslan Öncü G., *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, 2019
- Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı veya Onur kırıcı Muamelenin veya Cezanın Önlenmesi Komitesi (CPT), 'Gözetim Altında Tutulan Yasa Dışı Göçmenler Bilgi Notu' CPT/Inf(2017), 3 Mart 2019 < <https://rm.coe.int/1680727f8d>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- Bal A., 'Kölelik, Zorla Çalıştırma ve Benzer Uygulamalara İlişkin Yasağın Uluslararası Hukuk ve AİHM İçtihatları Çerçevesinde Gelişimi' Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019, 2: 55-112
- Bloomfield A., 'Alternatives to detention at a crossroads: Humanisation or criminalisation?' Refugee Survey Quarterly, 2016, 35.1:29-46
- Campbell S., Baqueriza M., Ingram J., Last Resort or First Resort: Immigration Detention of Children in the UK, BID and The Children's Society, 2011
- Costello C., The Human Rights of Migrants in European Law, 1. Baskı, Oxford University Press, 2015
- Committee on the Rights of the Child (CRC), Report of the 2012 Day of General Discussion on the Rights of All Children in the Context of International Migration, 28 September 2012, <<https://www.refworld.org/docid/51efb6fa4.html>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- Costello C. and Kaytaz E., 'Building empirical research into alternatives to detention: perceptions of asylum-seekers and refugees in Toronto and Geneva', UNHCR, 2013
- Council of Europe Steering Committee for Human Rights (CDDH), 'Analysis of the Legal and Practical Aspects of Effective Alternatives to Detention in the Context of Migration', CDDH(2017)R88add2, 26 Ocak 2018
- Crisp J., Long K., 'Safe and Voluntary Refugee Repatriation: From Principle to Practice' Journal on Migration and Human Security, 2016, 4.3:141-147
- Doğan İ. (Editör) *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, 1. Baskı, Astana Yayınları, 2019
- ECHR Fact Sheet, 'Unaccompanied migrant minors in detention' Haziran 2019, < https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_ENG.pdf> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- ECHR, Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights Immigration, Updated on 30 April 2020, <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Immigration_ENG.pdf?utm_source=flexmail&utm_medium=e-mail&utm_campaign=nieuwsbriefvreemdelingenrechteninternationaalfamiliererecht2020nr4&utm_content=guide+on+case+law++immigration+update+30+april+2020Z> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- Ekşi N., *6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda İdari Gözetim*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, 2014
- Ekşi N., *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku*, 4. Baskı, Beta Yayınevi, 2017
- European Migration Network (EMN), The use of detention and alternatives to detention in the context of immigration policies Synthesis Report, 2014, <https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/emn-studies/emn_study_detention_alternatives_to_detention_synthesis_report_en.pdf> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020

- Göçmen İ., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Avrupa Birliği ve Türkiye Göç Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin, 2015
- Gözübüyük Ş., Gölcüklü F., Saygılı A., *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 12. Baskı, Turhan Kitapevi, 2019
- Harris D., O'Boyle M., Bates E. and Buckley C., Harris, O'Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights* 3. Baskı, Oxford University Press, 2014
- Hathaway J. C., *The Right of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005
- Ineli-Ciger M., 'Remedies Available against Asylum Decisions and Deportation Orders in Turkey: An Assessment in View of European Law and the European Convention on Human Rights' *Nordic Journal of International Law*, 2019, 88:216-249
- İçduygu A., Ayaşlı E., 'Geri Dönüş Siyaseti: Suriyeli Mültecilerin Dönüş Göçü İhtimali ve Gelecek Senaryoları' *MiReKoç Çalışma Notları*, 2019 Nisan <https://mirekoc.ku.edu.tr/wp-content/uploads/2019/05/Mirekoc_Makale_GeriDonusSiyaseti.pdf> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- İneli Ciğer M., 'Uluslararası Hukuk ve Karşılaştırmalı Hukukta İdari Gözetime Alternatif Tedbirler' *Public and Private International Law Bulletin*, 2020, 40.2: 809 - 839.
- Mowbray A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, 3. Baskı, Oxford University Press, 2012
- Özkan I., 'Adil Yargılanma Hakkının Uluslararası Özel Hukuka Etkisi, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, 19:1767-1834
- Özkan, I., *Göç ve Sığınma Hukuku*, 3. Baskı, Seçkin, 2018
- Reneman M., 'Speedy asylum procedures in the EU: Striking a fair balance between the need to process asylum cases efficiently and the asylum applicant's EU right to an effective remedy' *International Journal of Refugee Law*, 2013, 25.4:717-748
- Report of the Special Rapporteur on the Human Rights of Migrants, François Crépeau, 2 April 2012, A/HRC/20/24
- Şirin T., *Özgürlük ve Güvenlik Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı Serisi-1, MRK Baskı, 2018
- Teksoy B., 'İdari Gözetim Altına Alınan Yabancıların Elektronik ve İletişim Cihazlarının İncelenmesine İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi', *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 2020, 75.2: 517-556.
- Tezcan D., Erdem M. R., Sancakdar O., Önok R. M., *İnsan Hakları: El Kitabı*, 8. Baskı, Seçkin, 2018.
- Uluslararası Mülteci Hakları Derneği, 6458 Sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Taslağı İncelemesi, Kasım 2019 <<https://www.umhd.org.tr/wp-content/uploads/2019/11/kanun-tasla%C4%9F%C4%B1-incelemesi.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- UNHCR, Guidelines on the Applicable Criteria and Standards relating to the Detention of Asylum-Seekers and Alternatives to Detention, 2012 <<https://www.refworld.org/docid/503489533b8.html>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020
- UNHCR-OHCHR, Global Roundtable on Alternatives to Detention of Asylum-seekers, Refugees, Migrants and Stateless Persons, Summary Conclusions, Geneva, 2011 <<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/Events/SummaryConclusions.pdf>> erişim tarihi: 10 Mayıs 2020

Parada Sahtecilik Suçu (TCK m. 197)

Counterfeiting as a Criminal Offense (Turkish Criminal Code Art. 197)

Serkan MERAKLI* 

Öz

Parada sahtecilik suçu TCK m. 197'de kamu güvenine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiştir. Kanunkoyucu bu suçu kamu güvenine karşı işlenen suçlar altında düzenleyerek suçla korunan hukuki değer in kişilerin mülkiyet hakkı değil, toplumun tedavüldeki paralara duyduğu güven olduğunu kabul etmiştir. 5237 sayılı TCK'daki suç tipi, 765 sayılı TCK'daki parada sahtecilik suçundan farklı unsurlara sahiptir. Bu farklılıktan hareketle bu suç tipinde özellikle maddi ve manevi unsur bakımından ve nitelikli haller bakımından birtakım değişikliklerin yapılması ihtiyacı bulunmaktadır. Çalışmada hem Türk hem de Alman öğreti ve içtihatlarından faydalanılarak mevcut suç tipinde yapılması gereken değişikliklere ilişkin önerilere, mevcut düzenlemenin yorumlanmasına ve uygulamadaki sorunlu noktaların çözümüne ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kamu Güvenine Karşı Suçlar, Sahtecilik, Para, Tedavül, Aldatma Kabiliyeti

Abstract

Counterfeiting offense is set forth in the section of offenses against public trust. By regarding the crime as a part of Crimes Against Public Trust, the Legislative has perceived that the legal value protected by the crime is not an individual's property right, but the trust of the society in the currency in circulation. This type of offense in the Turkish Criminal Code No. 5237 differs from the counterfeiting set forth in the previous Turkish Criminal Code No. 765. As a result of this difference, there are changes to be made on this type of crime, especially in relation to objective and subjective elements and qualified situations. The study includes suggestions for the changes concerned, interpretation of current regulation and assessments regarding the solutions for the problematic points in the implementation from the view of both Turkish and German doctrines and case laws.

Keywords: Crimes Against Public Trust, Counterfeiting, Currency, Circulation, Ability to Deceive

GİRİŞ

Parada sahtecilik suçu TCK İkinci Kitap'ta Özel Hükümler içerisinde Toplum Karşı Suçlar isimli Üçüncü Kısımda Kamu Güvenine Karşı Suçlar başlıklı Dördüncü Bölüm'de düzenlenmiştir.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: serkan.merakli@deu.edu.tr

Kanunkoyucunun bu tercihi özellikle parada sahtecilik suçunun koruduğu hukukî değer ile suçun mağdurunun belirlenmesinde ve buna bağlı olarak zincirleme suç hükümlerinin hangi durumlarda uygulanabileceğinin tespitinde belirleyici olacaktır. 5237 sayılı TCK m. 197'deki düzenleme 765 sayılı TCK m. 316 vd. hükümlerinde düzenlenen suç tipinden bazı yönlerden ayrılmaktadır. 5237 sayılı TCK'da, 765 sayılı TCK'da öngörülen bazı nitelikli hallere yer verilmemiş olması, suçun unsurlarının kaleme alınışında bazı eksiklikler bulunması ve manevî unsur bakımından da sorumluluğu oldukça genişleten bir düzenleme yapılmış olması önemli sorunlara yol açmaktadır.

Bu sorunlar ve eksiklikler temelinde parada sahtecilik suçunun ele alınması hem öğreti hem de uygulama bakımından önem arz etmektedir. Çalışmada bu hususlar temelinde ilk olarak parada sahtecilik suçunun benzer suçlardan farkı ele alınacak; bunun ardından 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemenin 5237 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeye göre taşıdığı farklılıklara değinilecek olup daha sonra suçla korunan hukukî değer ve suçun unsurları ele alınacaktır. Bunun ardından ise kusurluluk, suçun özel görünüş şekilleri ve etkin pişmanlık hükümleri ile cezanın belirlenmesi, yaptırım hükümleri ve suçun muhakemesine ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

I. BENZER SUÇLARDAN FARKI

Hem banknotlar hem de madenî paraları basıp tedavüle koyan kurum ve devlet, bu paranın bir kamusal ödeme aracı olduğunu ve belirli bir değeri temsil ettiğini; ayrıca bu konuda bir ispat değeri taşıdığını bizzat paranın üzerinde yer alan bilgilerle ve imzalarla beyan etmektedir. Bu bakımdan esasen paralar da belge kavramı kapsamında değerlendirilebilir¹. Çünkü belgenin sahip olduğu düşünceyi açıklama fonksiyonu, ispat fonksiyonu ve garanti fonksiyonu esasen parada da bulunmaktadır². Özellikle garanti fonksiyonunu temin bakımından banknotlar üzerinde o parayı basan ve tedavüle sokan merkez bankası başkan ve başkan yardımcısının imzalarının bulunduğu söylenebilir.

Bu açıklamalardan hareketle şayet TCK m. 197'de parada sahtecilik suç tipi düzenlenmemiş olsaydı parada sahtecilik eylemlerinin resmî belgede sahtecilik suç tipi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olurdu. Fakat parada yapılan sahtecilik eylemleri konusunda kanunkoyucu özel norm koyma ihtiyacı duymuş ve parada sahtecilik adı altında unsurları ve yaptırımı resmî belgede sahtecilik suçundan farklı olan ayrı bir suç tipine yer vermiştir.

Öte yandan özellikle “tedavüle koyma” eylemi bakımından dolandırıcılık suçu ile karşılaştırma yapmak mümkündür. Çünkü sahte olarak tedavüle koyma (TCK m. 197/1) ve sahteliğini bilmeden kabul ettiği parayı bu niteliğini bilerek tedavüle koyma (TCK m. 197/3) eylemlerinde aslında failin

1 **Rudolphi** Hans – Joachim/ **Stein** Ulrich, Systematischer Kommentar zum StGB, Band III, 8. Auflage, Köln 2012, § 146 kn. (kenar no) 1; **Erb** Volker, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage, München 2017, § 146 kn. 2; **Puppe** Ingeborg/ **Schumann** Kay, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Baden Baden 2017, Vor § 146 kn. 7.

2 Bu hususta bkz. **Özbek** Veli Özer/ **Doğan** Koray/ **Bacaksız** Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019, s. 829 vd.; **Tezcan** Durmuş/ **Erdem** Mustafa Ruhan/ **Önok** R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020, s. 1037 vd.; **Koca** Mahmut/ **Üzülmüş** İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 714 vd.; **Yokuş** **Sevük** Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 432 vd.;

“hileli” bir davranışta bulunması da söz konusudur. Sahte parayı tedavüle koyması özünde karşısındaki muhatabı aldatmaya yönelik bir içeriğe de sahip olmaktadır. Ancak parada sahtecilik suçunda bu hile sonucunda “mağdurun ya da bir başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına yarar sağlama” unsurunun ayrıca aranmadığı belirtilmelidir. Bu farklılık parada sahtecilik suçunun, dolandırıcılık suçundan ayrı bir içeriğe sahip olduğunu göstermektedir. Parada sahtecilikte haksızlığı belirleyen hususlardan bir tanesi sahte paranın konu olduğu işlemin muhatabının zarara uğrayıp uğramadığı ya da failin yarar sağlayıp sağlamadığı değildir. Diğer taraftan, parada sahtecilik suçunda “tedavüle koyma” eylemi bir yönüyle hileli davranış niteliği taşımasının yanı sıra, bu eylemin aldatıcı nitelik ya da diğer bir deyişle iğfal kabiliyeti taşıyıp taşımadığı da tıpkı dolandırıcılık suçunda olduğu gibi³ önem taşımaktadır. Bu da her iki suçun ortak özelliği olarak ortaya çıkmaktadır. Son olarak her iki suçun koruduğu hukuki değerler birbirinden farklıdır. Gerçekten, dolandırıcılık suçu malvarlığına karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenmişken, parada sahtecilik suçu kamu güvenine karşı işlenen suçlar içerisinde düzenlenmiştir. Bunun sebebi, parada sahtecilik suçunun dolandırıcılık suçundan farklı olarak bir kişiyi ya da az sayıda kişiyi değil, toplumdaki belirsiz sayıda kişiyi aldatmaya elverişli olmasıdır⁴. Bir kez tedavüle konulan sahte paranın sayısız hukuki işleme konu olup el değiştirmesi söz konusu olmaktadır.

II. 765 SAYILI TCK İLE 5237 SAYILI TCK'NİN KIYASLANMASI

765 sayılı Kanun'da yer almasına karşın 5237 sayılı Kanun'da yer verilmeyen bazı hükümler şu şekilde sayılabilir:

- 765 sayılı TCK m. 316 ve devamında paranın taklit ya da taşıyıcı edilmesi unsuruna yer verilmekteyken 5237 sayılı TCK “sahte para üretmek” unsuruna yer vermiştir. Bu hususla ilgili olarak aşağıda eylem başlığı altında yapılan açıklamalara bakılmalıdır.
- 765 sayılı TCK m. 316/ 1 – (4)'teki tedavüle koymak maksadıyla sahte parayı satın almak veya her ne suretle olursa olsun alma eylemine 5237 sayılı TCK'da yer verilmediği görülmektedir. Bunun yerine TCK m. 197/ 1'de sahte parayı muhafaza etmek; TCK m. 197/ 2'de ise sahte parayı bilerek kabul etmek eylemleri sayılmıştır. Bunun sebebinin, muhafaza etmek unsuruna madde metninde yer verilmesi olduğu düşünülebilir. Ancak muhafaza etmek eylemi, satın almak ya da almak eyleminden daha farklı bir nitelik taşır. 765 sayılı TCK burada “tedavüle koymak” maksadıyla satın almak veya almak eylemlerine yer vermek suretiyle cezalandırılabilirliğin sınırlarını daha daraltmıştı⁵.

3 Dolandırıcılık suçunda hileli davranışın aldatıcı bir nitelik taşımasının gerektiği hem öğreti hem de Yargıtay tarafından kabul edilmektedir. Bkz. **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, Özel Hükümler, s. 713 – 714; **Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut** Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C: I, 3. Bası, İstanbul 2016, s. 475 – 476; **Koca/ Üzülmöz**, Özel Hükümler, s. 695; **Tekin** Engin, Parada Sahtecilik Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019, s. 54 – 55. Aksi görüş için bkz. **Tezcan/ Erdem/ Önok**, s. 871 – 872. Yargıtay'ın görüşü için bkz. YCGK, T. 12.03.2019, E. 2017/15-37, K. 2019/198 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 04.05.2020)

4 **Erem** Faruk, Türk Ceza Hukuku, C. II, Hususi Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1965, s. 579 – 580; **Toroslu** Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara 2015, s. 207.

5 Bkz. ve krşl. **Yıldız** Ali Kemal, Parada Sahtecilik Suçu, Özel Ceza Hukuku, C. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020; s.12.

- 765 sayılı TCK m. 316/ 1 – (3)'teki tavassutta bulunmak yani aracılık etmek eylemine 5237 sayılı Kanun'da yer verilmediği görülmektedir. Bunun kanunkoyucunun izlediği suç politikasının bir ürünü olduğu söylenebilir. Özünde yardım etme niteliği taşıyan aracılık etme eyleminin doğrudan suçun bir unsuru olarak düzenlenmesi ve buna bağlı olarak failin doğrudan fail olarak cezalandırılması düşüncesinden kanunkoyucunun vazgeçtiği göze çarpmaktadır⁶.
- 765 sayılı TCK m. 317'ye yer verilmediği görülmektedir. Bundan ötürü paranın değerini düşüren sahtecilikler konusunda ne yapılacağı konusunda muğlaklık bulunmaktadır. Kanunkoyucu bunu suç olmaktan çıkarmış mıdır yoksa değeri yükselten sahtecilik ile aynı cezaya mı tâbi tutmuştur? 765 sayılı TCK'da gerçek bir paranın değerini azaltan sahtecilik eylemini daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenleyen m. 317'ye benzer bir hüküm 5237 sayılı TCK'ya dahil edilmemiştir. Bu tür bir hükme yer verilmemiş olmasının bir eksiklik olduğu söylenebilir.
- 765 sayılı TCK'daki sahteliğin kolay anlaşılabilir olduğu durumlarda öngörülen indirim sebebine 5237 sayılı TCK'da yer verilmemiştir. Bu husus 5237 sayılı TCK döneminde sadece cezanın belirlenmesi aşamasında etki doğuracaktır.
- 765 sayılı TCK m.319'da “*Yukarıki maddelerde yazılı olan fiiller Devletin, veya yabancı bir Devletin parasının kıymetten düşmesini mucip olmuş veya dahilde veya yabancı memleketlerde Devletin veya parası taklit edilen yabancı Devletin itibarını tehlikeye düşürmüş ise hükmolunacak cezaya asıl cezanın altıda birinden yarısına kadar zammolunur.*” düzenlemesi yer almamaktaydı. Paranın değerinin düşmesine yol açmak ya da devletin veya yabancı devletin itibarının tehlikeye düşmesine yol açmak neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali 5237 sayılı TCK'da düzenlenmemiştir⁷.

III. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Parada sahtecilik suçu TCK İkinci Kitap'ta Özel Hükümler içerisinde Toplum Karşı Suçlar isimli Üçüncü Kısımda Kamu Güvenine Karşı Suçlar başlıklı Dördüncü Bölüm'de düzenlenmiştir. Kanunkoyucunun suçla korumak istediği hukuki yararın ne olduğu sistematik yorumla belirlenebilir. Bu bölüm altında işlenen suçlarla korunmak istenen hukuki yararın “kamu güveni” olduğu öğretilde hemen hemen tüm görüşler tarafından kabul edilmektedir⁸. Bu bakımdan bu

6 Bkz. ve krşl. Yıldız, 12.

7 Bunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hali oluşturduğu hakkında bkz. Erman Sahir, Sahtekârlık Suçları Ticari Ceza Hukuku C. III, 5. Baskı, İstanbul 1987, s. 103; Erman Sahir/ Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 316 – 368), İstanbul 1996, s. 91; Yıldız, 12. Ayrıca Erman ve Erman/ Özek, devletin ya da yabancı bir devletin itibarını tehlikeye düşürme unsurunun objektif bir ağırlaştırma sebebi olduğunu ifade etmektedirler. Bkz. Erman, s. 103 – 104; Erman/ Özek, s. 91 – 92.

8 Satzger Helmut/ Schluckebier Wilhelm/ Widmaier Gunter – Wittig Petra, StGB Kommentar, 2. Auflage, Köln 2014, § 146 kn. 1; Gözübüyük Abdullah Pulat, “Kalpazanlık Cürümleri”, Adalet Dergisi, Y. 61, S. 4, Nisan 1970, s. 218 – 220; Erem, s. 579; Hafizoğulları/ Özen, s. 137; Bayraktar Köksal, “Kamu Nizamı, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine Cürümler”, Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22 – 26 Mart 1976), Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 601; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler, s. 840; Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1036; Koca/ Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 714; Yıldız, s. 12 – 13; Yokuş Sevil, s. 442; Özen Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 679. Ayrıca bkz. ve krşl. Artuk Mehmet Emin/ Gökçen

suçla, sahte para aracılığıyla aldatılan ilgilinin şahsi malvarlığı menfaati korunmamaktadır⁹. Çünkü ilgilinin menfaatinden çok piyasaya büyük miktarlarda sahte para salınımı olması halinde, toplumda paranın geçerliliğine duyulan güvenin ağır bir şekilde zedelenmesi sonucu ekonomik hayatın zarar görmesinin engellenmesi amaçlanmaktadır¹⁰.

Öte yandan, parada sahtecilik suçunun, belgede sahtecilik suçlarının özel bir türü olduğu söylenmelidir¹¹. Nitekim bu nedenle TCK'da aynı bölüm altında düzenlenmişlerdir. Bu yönüyle de bu suçla korunan hukuki değer, para dolaşımının ve TCK m. 198'de yer verilen paraya eşit sayılan değerlerin dolaşımının toplum nazarındaki güvenliği ve güvenilirliğidir¹². Devletin para basma ve tedavüle sokma tekelindeki toplumun genel menfaati aslında bir failin piyasaya sahte para sürmesiyle ya da kullanmasıyla fiilen ciddi oranda zedelenmemektedir. Örneğin Almanya'da piyasadaki sahte paranın ortalama % 0.001 oranında olduğu kabul edilmektedir¹³. Dolayısıyla bu oranın devletin para basma ve tedavüle sokma tekelini hissedilir derecede zedelemesi mümkün gözükmemektedir. Fakat buna rağmen kanunkoyucunun bu eylemlere ceza hukuku araçlarıyla müdahale ediyor olması ceza hukuku korumasının öne çekildiği durumlardan birine örnek teşkil etmektedir¹⁴. Bu nedenle de bu suçun kümülatif suç niteliğinde olduğu söylenmektedir¹⁵. Kümülatif suçların özelliği, bu suçların tek bir kez işlenmiş olmasının, suçla korunan hukuki değere zarar vermeye müsait olmaması; ancak pek çok kez işlendiği takdirde hukuki değere zarar verebilecek olmasıdır¹⁶. Kümülatif suçları kabul

Ahmet/ **Alşahin** M. Emin/ **Çakır** Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019, s. 708; **Gökçen** Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m. 204 – 212), 5. Baskı, Ankara 2018, s. 137.

- 9 **Systematischer Kommentar – Stein**, Vor § 146 kn. 3; **Fischer** Thomas, Strafgesetzbuch, 61. Auflage, München 2014, Vor § 146 kn. 2; **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 2; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 1.
- 10 Bkz. ve krşl. **Hafizoğulları** Zeki/ **Özen** Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplama Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 137, 143; **Toroslu**, s. 208.
- 11 **Systematischer Kommentar – Stein**, Vor § 146 kn. 5; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 2; **Rengier** Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Auflage, München 2020, § 39 kn. 2; **Wessels** Johannes/ **Hettinger** Michael, Strafrecht Besonderer Teil I, 40. Auflage, Heidelberg 2016, kn. 923; v. **Heintschel-Heinegg** Bernd – **Weidemann** Matthias, Beck'scher Online-Kommentar zum StGB, 46. Edition, München 2020, § 146 kn. 2.
- 12 Alman Ceza Kanunu bakımından da bu düşünce geçerlidir. Bkz. **Schönke** Adolf/ **Schröder** Horst – **Sternberg – Lieben** Detlev, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019, § 146 kn. 1; **Lackner** Karl/ **Kühl** Kristian/ **Heger** Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München 2018, § 146 kn. 1; **Systematischer Kommentar – Stein**, Vor § 146 kn. 2; **Fischer**, § 146 kn. 2; **Ruß** Wolfgang, StGB Leipziger Kommentar, Band VI, 12. Auflage, Berlin 2010, Vor § 146 kn. 6; **Kindhäuser** Urs, Strafgesetzbuch Lehr – und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden Baden 2013, Vor §§ 146 – 150 kn. 1; **Wessels/ Hettinger**, kn. 920; **Rengier**, § 39 kn. 1; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 2; **Leipold** Klaus/ **Tsambikakis** Michael/ **Zöllner** Mark A. – **Brehmeier-Metz** Doris, Strafgesetzbuch AnwaltKommentar, 1. Auflage, Bonn 2011, Vor § 146 kn. 2.
- 13 **Fischer**, Vor § 146 kn. 2.
- 14 **Fischer**, § 146 kn. 2; **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 6 – 7. Bu konudaki araştırmaların yanı sıra Alman Federal Emniyet Müdürlüğü'nün istatistiklerine göre oldukça düşük suçluluk oranına sahip bir suç olduğu görülmektedir. Bkz. **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 11. Bu suçun işlenmesi bakımından sahte olarak üretilen ya da piyasaya sürülen paranın sahteliğinin çok kolay anlaşılması çok büyük önem taşımaktadır. Bu nedenle de çoğu zaman örgütlü suçluluk kapsamında işlenmesi söz konusu olmaktadır. Bu hususta bkz. **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 12. Ayrıca Alman Federal Bankası'nın 2010 yılında yayınladığı raporda, 2009 yılında işlenen parada sahtecilik suçlarının % 50'sinin 50 Euro banknotları ile işlendiği belirtilmiştir. Bkz. **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, Vor § 146 kn. 3.
- 15 **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 7; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 1.
- 16 **Wohlers** Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik "moderner" Gefährdungsdelikte, Berlin 2000, s. 143.

eden görüşlere göre, bu suçlar ne zarar suçudur ne de tehlike suçudur¹⁷. Çünkü piyasada dolaşımda bulunan paraların toplam değeri göz önüne alındığında oldukça önemsiz ve etkisiz nitelikteki sahte paranın piyasaya sürülmüş ya da kullanılmış olması toplumun genelinin geçerli olan para birimine duyduğu güveni zedelemeye yeterli olmaz. Aynı şekilde bir tehlike suçu da değildir; çünkü bu eylem tedavülde olan paranın geçerliliği bakımından herhangi bir tehlike de yaratmamaktadır. Ancak bu eylemler yaptırımsız bırakılırsa bu durumda çok sık işlenmesine kapı aralanmış olunacaktır. Bu nedenle örneğin çevrenin kasten kirletilmesi de kümülatif suçlara örnek olarak verilmektedir¹⁸. Bu görüş çoğu yazar tarafından kabul görmemektedir¹⁹. Fakat parada sahtecilik suçunun kendine özgü bir yöne sahip olduğunu vurgulaması bakımından önem arz etmektedir.

Bu suçla korunan hukuki değer kamu güveni ve ona bağlı olarak da para ve paraya eşit sayılan değerlerin güvenliği ve güvenilirliği olduğu için bu suçla korunan hukuki değerler devletten bağımsızdır. Çünkü bu suçla, bizzat paranın bir değer taşıyıcısı olarak temsil ettiği değeri taşımaya elverişliliği korumanın merkezindedir. Bu nedenle de kamu güveni olarak özetlenen “para ve paraya eşit sayılan değerlerin güvenliği ve güvenilirliği” suçla korunan hukuki değer olarak kabul edilmelidir. Devlet sadece toplumda değer taşıyıcısı ya da değer sembolize eden bir araç olan parayı basma yetki ve monopolüne sahiptir. Bu bakımdan suçla korunan hukuki değer devlete ait bir hukuki değer olmanın çok ötesindedir²⁰.

IV. SUÇUN UNSURLARI

A. Tipe Uygunluk

1. Maddi Unsurlar

a. Suçun Konusu

aa. Genel Olarak

Suçun konusu, suç tipinde yer alan hareketin, üzerinde gerçekleştiği obje (TCK m. 197 anlamında para) ya da süjedir (örneğin TCK m. 81 bakımından insan)²¹. Suçla korunan hukuki değer kavramı

17 Wohlers, s. 143.

18 Bkz. Kuhlen Lothar, “Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik”, ZStW 105 (1993), s. 715 – 716; Wohlers, s. 143.

19 Bkz. Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006, § 2 kn. 81 vd.; Zieschang Frank, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998, s. 241 vd.

20 Bu hususta bkz. ve krşl. Münchener Kommentar-Erb, Vor § 146 kn. 2; Systematischer Kommentar – Stein, Vor § 146 kn. 3; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 1. Ayrıca krşl. Köksal Bayraktar, Kamu Güvenine Karşı Suçların Genel Özellikleri, Özel Ceza Hukuku, C. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 2.

21 Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 12. Bası, İstanbul 1997, s. 333; Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020, s. 203; Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2019, s. 219; Ünver Yener, Ceza Hukukuyula Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 125; Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2020, s. 213; Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 116; Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019,

ise suçun konusundan farklı bir kavramdır. Suçla korunan hukukî değer, kanunkoyucuyu bir eylemi suç olarak düzenlemeye iten soyut bir değeri ifade eder²².

Parada sahtecilik suçunda da suçla korunmak istenen hukukî değer kamu güveni iken, suçun konusu “*memlekette ya da yabancı ülkelerde kanunen tedavülde bulunan para*”dır. Aşağıda suçun konusu çeşitli yönleriyle ele alınacaktır.

bb. Para

aaa. Para Kavramı

TCK m. 197’ye göre bu suçun konusunu “*memlekette ya da yabancı ülkelerde kanunen tedavülde bulunan para*” oluşturmaktadır. Para kavramı, devlet ya da devletin yetkili kıldığı bir makam (örneğin Merkez Bankası) tarafından onaylanan ve genel kabul zorunluluğuna bakılmaksızın ödeme aracı olarak tedavüle konulan değer taşıyıcısıdır²³. Paranın herkes tarafından ödeme vasıtası olarak kabul görmesinin zorunlu olmadığı Alman öğretisi ve Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından kabul edilmektedir²⁴. Ancak Türk öğretisinde ise devlet tarafından tedavüle konulan paranın, herkes tarafından bir ödeme vasıtası olarak kabulünün kanuni bir zorunluluk olması şartı aranmaktadır²⁵. Kanımızca bu tür genel bir zorunluluk aranmasa da devlet tarafından tedavüle konulan para, para vasfını yitirmez. Örneğin toplumda söz konusu para yerine ekonomik açıdan avantajlı başka para birimlerinin tercih edilmesi ve devletin bastığı paranın kullanılmasından imtina edilmesi devletin bastığı paranın para vasfını etkilemez. Bu nedenle Alman öğretisi ve uygulamasındaki yaklaşımın daha doğru olduğu söylenebilir.

Para, tek bir devlet yerine devletlerarası ya da devletler üstü kurumların yetkili kıldığı bir makam tarafından da onaylanmış olabilir. Örnek olarak Avrupa Birliği Merkez Bankası tarafından tedavüle konan Euro para birimi verilebilir²⁶.

Burada Güney Afrika tarafından basılan ve oldukça popüler olan Krugerrand altın sikkelere de değinmekte fayda vardır. Güney Afrika tarafından basılan ve piyasaya sürülen Krugerrand altın sikkeler temsil ettiği maddî değeri değil sadece kaç ayar altın olduğunu göstermektedir. Bu da Krugerrand’ın, parada bulunması gereken ödeme aracı olma ve bu sayede piyasada dolaşım imkanı

s. 140; Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 162 – 163.

22 Dönmezer/ Erman, s. 333; Öztürk/ Erdem, s. 203; Özgenç, s. 220; Ünver, s. 125 dnp. 393; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler, s. 213 – 214; Koca/ Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 116 – 117; Zafer, s. 163.

23 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 2; Lackner/ Köhl/ Heger, § 146 kn. 2; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 4; Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 1; Fischer, § 146 kn. 2; Wessels/ Hettinger, kn. 922; Münchener Kommentar – Erb, § 146 kn. 1; LPK – Kindhäuser, Vor § 146 – 150 kn. 2; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 6; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 3; AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz, § 146 kn. 2.

24 Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. BGH 12, 344; 19, 357; 23, 231; 32, 198.

25 Bkz. Erman Sahir, “Para, İtibarı Amme Kâğıtları, Kıymetli Damgalar ve Amme Nakliyat İşletmeleri Biletlerinin Taklidi Suçu”, AÜHFHD, 1951, C. 8, S. 1, 257; Tekin, s. 95.

26 Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 1.

bulma özelliklerine sahip olmadığını gösterdiği için Krugerrand sikkeleri para kavramının tanımı kapsamında değerlendirilmemekte; sadece bir yatırım aracı olarak kabul edilmektedir²⁷. Bu noktada Krugerrand gibi üzerinde temsil ettiği değer belirtilmeyen bir sikke her ne kadar piyasada karşılık bulup ödeme aracı olarak kabul görüp kullanılsa dahi bu sikke bir para olarak kabul edilemez²⁸. Çünkü sadece madenî bir değere sahiptir. Nominal olarak ifade ettiği bir değer bulunmamaktadır.

Paranın hangi ham maddeden yapıldığı önem taşımaz. Gerçekten metal ya da kağıt para ya da plastik gibi diğer başka maddelerden üretilmiş para arasında geçerlilik bakımından bir fark bulunmaz²⁹. Yeter ki, yukarıda sayılan paranın taşınması gereken özellikleri taşımakta olsun. Ayrıca, tedavüle konulma kararı alınan bir para henüz tedavüle konulmadan önce sahte olarak üretilmiş ise ya da TCK m. 197'deki diğer seçimlik hareketlerden bir tanesi gerçekleşmiş ise yine de suçun konusunu oluşturan paranın mevcut olduğu kabul edilmelidir. Örneğin 01.01.2002 tarihinde tedavüle konan Euro para birimi, bu tarihten önce; fakat 03.05.1998 tarihinde 974/ 98 sayılı Avrupa Birliği Yönetmeliği ile tedavüle koyma kararı alındıktan sonra sahte olarak üretilmişse parada sahtecilik suçunun konusu oluşmuştur³⁰. Parada sahtecilik suçu ile korunan hukuki değer karşısında paranın mutlaka tedavülde olması gerekmemekte; emisyon ilanının yapılmış olunması yeterlidir. Çünkü amaçsal yorum yapıldığında görülmektedir ki, emisyon ilanı ile birlikte toplumun korunmaya değer güveni ortaya çıkmaktadır³¹.

Tedavülden kaldırılan bir para artık parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturamaz. Ancak tedavülden kaldırılan paranın bankalara değişim için halen sunulabilir olduğu haller bunun istisnasını oluşturmaktadır³². Örneğin 01.01.2010 tarihinde Yeni Türk Lirası dolaşımdan kaldırılıp Türk Lirası para birimine geçilmiştir; fakat 31 Aralık 2019 tarihine kadar T.C. Merkez Bankası ve T.C. Ziraat Bankası şubeleri tarafından YTL banknotlarının TL banknotları ile değiştirilebilmesine izin

27 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 2; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 4; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 2; **Fischer**, § 146 kn. 4; **Wessels/ Hettinger**, kn. 922; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 3. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de Krugerrand'ı para olarak kabul etmediğinden sahte para üretmek eylemine konu olamayacağını hükme bağlamaktadır. Bkz BGH Urt. v. 08.12.1983, Az.: 1 StR-(2) 274/83 (<https://research.wolterskluwer-online.de/document/ea7c344-e4fa-3e4c-b22e-0b5335622ec9>, erişim tarihi: 26.06.2020)

28 **Fischer**, § 146 kn. 4.

29 **Münchener Kommentar – Erb**, § 146 kn. 1; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 2; **Fischer**, § 146 kn. 2; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 7; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 3; **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, § 146 kn. 2; **Aslan M. Yasin**, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", Ankara Barosu Dergisi, 2015/ 2, s. 154.

30 **Lackner/ Kühn/ Heger**, § 146 kn. 2; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 2; **Fischer**, § 146 kn. 2; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 3. Fischer'in burada ayrıca Euro'nun tedavüle girmesinin ardından piyasaya sürmek amacıyla 01.01.2002 tarihinden önce Euro'nun sahte olarak üretilmesinin parada sahtecilik suçunu oluşturacağını savunduğu belirtilmelidir. Bkz. **Fischer**, § 146 kn. 3. Ancak TCK m. 197'de amaç şeklinde beliren bir özel kasta yer verilmediği için bu tür bir amacın gerçekleşmiş olması gerekmemektedir.

31 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 2; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 4b; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 7. Ayrıca bkz. **Vogel Joachim**, "Strafrechtlicher Schutz des Euro vor Geldfälschung – Europäischer Rechtsrahmen und Anpassungsbedarf im deutschen Recht", ZRP 2002, s. 9.

32 **Fischer**, § 146 kn. 4; **Lackner/ Kühn/ Heger**, § 146 kn. 2; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 5; **Münchener Kommentar – Erb**, § 146 kn. 8; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 8; **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, § 146 kn. 3; **Erem**, s. 586.

verilmiştir³³. Dolayısıyla YTL banknotları her ne kadar 01.01.2010 tarihinde dolaşımdan kalkmış olsa da 31.12.2019 tarihine kadar parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaya devam etmiştir. Benzer bir durum Euro para birimine geçen ülkelerin Euro'ya geçtikten sonra dolaşımdan kalkan kendi ulusal para birimleri bakımından da geçerlidir. Ayrıca, resmî olarak tedavülden kaldırılmamış olsa dahi halk arasında kabul görmemeye başlayan madenî paralar parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaya devam ederler³⁴.

Öte yandan devlet otoritesi ile tedavüle sürülmemiş olan bir ödeme aracı piyasada ödeme aracı olarak kabul görüyor olsa dahi parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaz³⁵. Örneğin bitcoin gibi kripto para olarak anılan ödeme araçları da parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturmaz³⁶. Kripto paralar bir devlet otoritesi ile piyasaya sürülmeyp sadece kullanıcılar arasında yaratılan sanal bir değerdir³⁷. Dolayısıyla devlet otoritesinin, dolaşıma sunduğu para karşılığında devlet hazinesinde bulundurduğu ya da en azından bulundurması gereken karşılıklara kripto paralar sahip değillerdir. Bu yönleriyle de kripto paralar aslında sadece varsayımsal bir değer ifade etmektedir ve bu nedenle de kimi görüşler tarafından para olarak dahi kabul edilmemektedir. Bununla bağlantılı olarak şu da eklenmelidir ki, her ne kadar devlet otoritesi ile tedavüle sürülmüş olsa dahi fiziken basılmamış sadece veri olarak piyasaya sürülen para da bu suçun konusunu oluşturmaz. Veri olarak üretilip piyasaya sürülen para üzerinde yapılan sahtecilikler uygun düştüğü ölçüde TCK m. 243 vd.da yer alan bilişim suçlarını oluşturabilir³⁸.

bbb. Paranın Belge Özelliği

Paranın belgesel içeriğine dair yeterli bilgilerin dışında kalan hususlarda yapılan sahtecilikler parada sahtecilik olarak nitelenemez³⁹. Örneğin, paranın daha yüksek koleksiyon değerine sahip olmasını sağlayan; ancak nominal değerini değiştirmeyen ya da basım tarihinde veya seri numaralarında yapılan değişiklikler parada sahtecilik değil; belgede sahtecilik suçunu oluşturacaktır⁴⁰. Bu durum,

33 <https://www.dunya.com/finans/haberler/ytl-banknotlarin-zaman-asimi-suresi-bu-yil-bitiyor-haberi-436203#:~:text=YTL'ler%2031%20Aral%C4%B1k%202019,ve%20Ziraat%20Bankas%C4%B1%20C5%9Fubelerinden%20de%C4%9Fi%C5%9Ftirilebilecek.&text=T%C3%BCrk%20Liras%C4%B1ndan%206%20s%C4%B1f%C4%B1r%20at%C4%B1lmas%C4%B1n,s%C3%BCresi%20bu%20y%C4%B1l%20sona%20erecek.,erişim tarihi: 02.06.2020.>

34 Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 2; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 2; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 3.

35 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 3.

36 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 2; Yıldız, s. 16; Tekin, s. 96.

37 Bu hususta ayrıntılı olarak bkz. Dülger Murat Volkan/ Özkan Onur, "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", in: Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, (Editör: Prof. Dr. Mahmut Koca), Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 965 vd.; Yüksel Bozkurt Armağan Ebru, "Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları'na Hukuki Bir Bakış", İÜHFİM, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 186 vd.

38 Yıldız, s. 16.

39 Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 4.

40 Fischer, § 146 kn. 8; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 11; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 9; Münchener Kommentar – Erb, § 146 kn. 2; Otto Harro, Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005, § 75 kn. 7; Erman/ Özek, s. 78; Yıldız, s. 18.

parada sahteciliğin belgede sahteciliğin özel bir türünü oluşturduğu düşüncesi ile de örtüşür bir nitelik taşımaktadır.

ccc. Sahte Para

Parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturan para sahte olarak üretilen paradır. Parada sahtecilik suçunun tüm varyasyonları bir sahte paranın bulunmasını gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla parada sahtecilik suçunun konusunu aslında para değil; orijinal para izlenimi oluşturan “sahte para” oluşturmaktadır. Bu bakımdan tıpkı belgede sahtecilik suçunda olduğu gibi parada sahtecilik suçunda da orijinal para izlenimi yaratan bir paranın varlığı gerekmektedir⁴¹. Burada gerçek – gerçek olmayan para ya da orijinal-sahte para şeklinde bir ayırım yapılabilir. Gerçek ya da diğer bir ifadeyle orijinal para, para basma tekelinin taşıyıcısı olan devletin bastığı ya da onun yetkilendirdiği kurum aracılığıyla basılan kanuni ödeme aracını ifade eder. Gerçek olmayan ya da diğer bir ifadeyle sahte para ise aslında para basma tekelinin sahibi olan devletin basmadığı; ancak mevcut görünümü ile öyleymiş gibi bir izlenim yaratan parayı ifade eder⁴². Bu noktada örneğin her ne kadar T.C. Merkez Bankası Türkiye Cumhuriyeti’nde devlet adına para basma yetkisine sahip olsa da, T.C. Merkez Bankası içerisinde, kanunda bu konuda yetkilendirilen makamdan habersiz olarak para basılması durumunda basılan para, sahte para niteliği taşır. Nitekim Almanya’da “Karlsruhe Bozuk Para Skandalı (*Karlsruher Münzskandal*)” olarak anılan olayda Alman Federal Yüksek Mahkemesi, her ne kadar kanunen yetkili kurum tarafından para basılmış olsa da yetkili makamların verdiği bir talimat olmaksızın onlardan habersiz olarak para basılması nedeniyle üretilen paranın sahte olarak kabul edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁴³. Burada her ne kadar şekli açıdan yetkili kurumun bastığı bir para varmış gibi gözükse de yetkili kurumun bu paranın basılması ile düşünsel ya da manevî açıdan herhangi bir bağının bulunmadığı durumlarda sahte paranın söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁴⁴.

Bu açıklamaların ardından, taklit para kavramına da değinmekte fayda vardır. Taklit para, gerçek ya da diğer bir deyişle orijinal paradan üretilmeyip baştan itibaren taklit olarak üretilen paradır⁴⁵. Bu yönüyle taklit para her zaman sahte para niteliği taşır. Ancak gerçek ya da diğer bir deyişle orijinal bir paranın üzerinde çeşitli oynamalar yapılmışsa bu her zaman sahte para niteliği taşımaz. Sahte para niteliği taşıması için gerçek paranın üzerindeki oynamaların onun değerini artırmış olması gerekir⁴⁶. Ancak Türk Hukuku’nda paranın değerini düşüren sahteciliklere ilişkin TCK’da bir düzenleme bulunmamakta ve değeri düşüren sahteciliklerin de bu suçu oluşturup oluşturmadığına dair bir

41 **Münchener Kommentar – Erb**, § 146 kn. 10. Ayrıca bkz. ve krşl. **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 3.

42 **Lackner/ Kühl/ Heger**, § 146 kn. 3; **Münchener Kommentar – Erb**, § 146 kn. 10; **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 3; **Rengier**, § 39 kn. 2.

43 Bkz. BGH 27, 255 (NJW 1977, s. 2364). Aynı yönde bkz. **Münchener Kommentar – Erb**, § 146 kn. 12; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 10; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 6; **Fischer**, § 146 kn. 6; **Lackner/ Kühl/ Heger**, § 146 kn. 4; **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 3; **Otto**, § 75 kn. 6; **Rengier**, § 39 kn. 2; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 6.1; **Vogel**, s. 9.

44 **Steinmetz Bernd**, *Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung* (§ 267 StGB), Berlin 1991, s. 258.

45 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5.

46 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5.

tartışma görülmemektedir. Bu nedenle tağyir edilmiş, yani üzerinde değişiklik yapılarak sahteciliğe konu olmuş gerçek bir paranın da sahte para olduğunun Türk Hukuku'nda edildiği söylenebilir. Ancak gerçek bir paranın değerini düşüren sahteciliklerin tıpkı 765 sayılı TCK'da olduğ u gibi daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmesi kanımızca daha yerinde olurdu.

cc. Paraya Eşit Sayılan Değerler

Kanunkoyucu parada sahtecilik suçunun konusunu sadece para ile sınırlı tutmamıştır. Gerçekten, “*Paraya eşit sayılan değerler*” başlığını taşıyan TCK m. 198'e göre, “*Devlet tarafından ihraç edilip de hamiline yazılı bonolar, hisse senetleri, tahviller ve kuponlar, yetkili kurumlar tarafından çıkarılmış olup da kanunen tedavül eden senetler, tahviller ve evrak ile milli ziynet altınları, para hükmündedir*”. Bu düzenlemede görüldüğü üzere, devletin ihraç ettiği diğer başka değerlerin de TCK m. 197'nin konusunu oluşturması sağlanmıştır. Bunun sebebi, TCK m. 198'de sayılan değerlerin de esasen tıpkı parada olduğ u gibi devlet otoritesi tarafından ihraç ediliyor olması ve bu değerlerde yapılacak sahtelik eylemlerinin de parada sahtecilik ile aynı hukuki değeri ihlal edecek olmasıdır. Dolayısıyla TCK m. 198'de yer verilen paraya eşit sayılan değerlerin dolaşımının güvenliği ve güvenilirliği de tıpkı para bakımından olduğ u gibi ekonomik hayatın sağlıklı ilerlemesi bakımından korunma ihtiyacı göstermektedir.

b. Fail – Mağdur

Bu suç fail ve mağdur bakımından özellik göstermemektedir. Herkes suçun faili olabilir. Öte yandan, devletin para basımında görevlendirdiği kamu görevlilerinin görevleriyle bağlantılı olarak bu suçu işledikleri durumlarda suçun haksızlık içeriği artacağı için bu durum bir nitelikli hal olarak düzenlenebilirdi. Çünkü darphane görevlilerine ya da T.C. Merkez Bankası yetkililerine tevdi edilen bu tür bir görev, kamunun onlara duyduğu büyük bir güveni temsil etmektedir. Ayrıca, söz konusu görevliler, devletin kendilerine tahsis ettikleri teknik imkanlardan faydalanmak suretiyle bu suçu daha kolay şekilde işleyebilirler. Bu nedenlerle resmî para basım sürecinde görevli ve yetkili olan kamu görevlilerinin bu suçu işlemeleri halinde cezanın ağırlaştırılmasını gerektiren bir nitelikli halin düzenlenmesi düşünülebilir.

Bu suç kişilere karşı işlenen bir suç olmadığı için somut olayda sahte parayı kabul eden kişi bu suçun mağduru değildir. Bu suçla ilgilinin şahsi malvarlığının korunmadığı, yukarıda suçla korunan hukukî değer başlığı altında ifade edilmişti⁴⁷. Buradan hareketle suçun mağdurunun toplum olduğ u söylenmelidir.

Öte yandan, bu suç bakımından T.C. Merkez Bankası veya T.C. Hazinesi'nin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi de mümkün değildir. Yargıtay da bu görüştedir⁴⁸.

47 **Systematischer Kommentar – Stein**, Vor § 146 kn. 3; **Fischer** Thomas, Strafgesetzbuch, 61. Auflage, München 2014, Vor § 146 kn. 2; **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 2; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 1.

48 “*Parada sahtecilik suçunda; sanığın bir banka şubesinden aldığı savunduğu, ancak nereden temin edildiği tam olarak*

c. Eylem

aa. Hareket

aaa. Genel Olarak

TCK m. 197/ 1'de yer verilen parada sahtecilik suçu da seçimlik hareketli bir suç tipidir. TCK m. 197/ 2 ve 3'teki hareketlerin ise seçimlik hareketli olarak düzenlenmediği söylenmelidir. Suçun oluşması için, suç tipinde belirtilen birden fazla hareketten sadece bir tanesinin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu suçlara seçimlik hareketli suçlar denir⁴⁹. Suç tipinde birden fazla hareketin bu suçu oluşturacağı düzenlenmiş olup “veya” ibaresi ile bu hareketler birbirinden ayrılmıştır. Bu bakımdan TCK m. 197/ 1'de sayılan hareketlerden birden fazlasını gerçekleştiren fail tek bir suç işlemiş sayılacaktır. Örneğin sahte olarak ürettiği parayı bir yerden başka bir yere nakleden ve daha sonra da bu sahte parayı tedavüle koyan fail tek bir parada sahtecilik suçunu işlemiş olur.

Ayrıca, TCK m. 197/ 1, 2 ve 3'te yer alan hareketlerin her biri serbest hareketli suç olarak düzenlenmiştir. Serbest hareketli suçlar, suç tipinde tanımlanan neticeye yol açmaya elverişli olan herhangi bir hareketle işlenebilen suçlardır⁵⁰. TCK m. 197'de yer alan suçların hangi hareketle işlenebileceği özel olarak belirtilmediği için her bir fıkradaki suçun serbest hareketli suç niteliği taşıdığı görülmektedir.

bbb. Sahte Olarak Üretmek (TCK m. 197/ 1)

aaaa. Düzenlemek (Taklit Etmek) ya da Değiştirmek (Tağyir Etmek)

Parada sahtecilik suçunda her bir hareket değerlendirilirken belgede sahtecilik suçu bakımından kabul edilen kriterlerden faydalanılabilir⁵¹. Bu noktada TCK m. 204'te yer verilen hareketlerden “*Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren*” unsurundan sadece “düzenleme”nin TCK m. 197'de yer aldığı düşünülebilir. Bu durumda gerçek

anlaşılmayan sahte Amerikan Dolarının başka bir banka şubesine verilerek piyasaya sürülmesi şeklinde işlendiği iddia olunan parada sahtecilik suçundan doğrudan zarar görmeyen ve bu suçu takip etme görevi de bulunmayan hazinenin, kamu davasına katılma hak ve yetkisi olmadığından, yerel mahkemece verilen müdahale kararı hükmü temyiz etme hakkı vermeyecektir. Parada sahtecilik suçunda yasal birlikişi konumunda olan Merkez Bankasının da, suçtan zarar gördüğünden bahisle davaya katılan olarak kabulüne olanak bulunmamaktadır. Aksinin kabulü, suçtan zarar görenle birlikişiliğinin aynı tarafta toplanması sonucunu doğurur ki, bu durumun da adil yargılanma ilkesine aykırılık teşkil edeceği kuşkusuzdur. Temyiz isteminin reddine karar verilmelidir.” YCGK, T. 21.02.2012, E. 2011/8-279, K. 2012/ 55 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 07.06.2020)

49 **Dönmezer/ Erman**, s. 373; **Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 178; **İçel** Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 255; **Öztürk/ Erdem**, s. 212; **Demirbaş** Timur Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019, s. 230; **Özgenç**, s. 185; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 225; **Koca/ Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 122; **Zafer**, s. 200; **Hakeri**, s. 160; **Akbulut** Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 275; **Özen** Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 233.

50 **İçel**, s. 256; **Öztürk/ Erdem**, s. 212; **Demirbaş**, s. 228; **Özgenç**, s. 184; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 227; **Koca/ Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 121; **Hakeri**, s. 160; **Zafer**, s. 199; **Akbulut**, s. 275; **Özen**, Genel Hükümler, s. 247.

51 **Fischer**, § 146 kn. 6; **Wessels/ Hettinger**, kn. 923.

bir para üzerinde sahtecilik gerçekleştirerek onun değerinin artırılması durumunda bunun “sahte olarak üretme” hareketi kapsamında kalıp kalmayacağı tartışılabilir. Resmî belgede sahtecilik suçunu düzenleyen TCK m. 204’te “düzenleme” (taklit) ve “değiştirme” (tağyir) hareketlerine ayrı ayrı yer verilmiş olmasına karşın TCK m. 197’deki parada sahtecilik suçunda sadece “sahte olarak üretmek” hareketinin yer alıyor olması dikkat çekici bir farklılıktır. “Sahte olarak üretmek” kapsamına “değiştirme” hareketinin de dahil olup olmadığı kanun metninden tam olarak anlaşılammamaktadır. Burada kanunilik ve ona bağlı olarak belirlilik ilkesine dayalı bir yorum yapılması gerekmektedir⁵². Bu bakımdan, var olan gerçek bir para üzerinde yapılan sahtecilik faaliyeti ile aslında sahte bir para üretilmiş olacağı ve bu nedenle de “sahte para üretmek” unsurunun “gerçek bir parayı taklit ya da tağyir etmek” unsurlarının her ikisini de içerdiği düşüncesine⁵³ katılmak mümkün değildir. Dolayısıyla TCK m. 197’deki “sahte olarak üretmek” ibaresi “taklit ya da tağyir etmek” anlamını içerir şekilde anlaşılabilir. Sahte olarak üretme hareketi yerine “gerçek bir parayı taklit etme veya değiştirme” hareketlerine madde metninde yer verilmiş olsaydı bu düzenleme belirlilik ilkesine uygun düşerdi. Nitekim Alman Ceza Kanunu § 146’da düzenlenen parada sahtecilik suç tipinde hem taklit hem de değiştirme (tağyir) etme ibaresine ayrı ayrı yer verilmektedir. Mevcut haliyle TCK m. 197/ 1’deki “sahte para üretmek” unsuru sadece gerçek bir paranın taklit edilmesini bünyesinde barındırmaktadır⁵⁴.

Bu sebepten ötürü gerçek bir para üzerinde yapılan değiştirme (tağyir) hareketi TCK m. 197/ 1 kapsamında kalmadığı için parada sahtecilik oluşturmayacak; fakat TCK m. 204’e dayalı olarak belgede sahtecilik suçunun unsurlarına vücut verebilecektir⁵⁵. Belgede sahtecilik suçunun gerçekleşmesi durumunda failin TCK m. 212 gereği TCK m. 157 vd.da yer alan dolandırıcılık suçundan da ayrıca cezalandırılması söz konusu olabilir⁵⁶.

bbbb. Aldatma Kabiliyeti

Paranın sahte olarak üretildiğinden söz edebilmek için aldatma kabiliyeti de bulunmalıdır⁵⁷. Nitekim Yargıtay da sahte olarak üretilen paranın aldatma kabiliyetinin bulunmasını aramakta ve bunun tespiti için de sahte olarak üretildiği iddia edilen paraların T.C. Merkez Bankası’na gönderilmesi gerektiğini karara bağlamaktadır⁵⁸. Parada sahtecilik suçundaki aldatma kabiliyeti bakımından

52 Yıldız, s. 18.

53 Sahte olarak üretme unsurunun “taklit ve tağyir etme” unsurlarının her ikisini de içerdiği görüşü için bkz. Tekin, s. 69. Ancak kanunilik ilkesi karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir.

54 Yıldız, s. 17 – 18.

55 Yıldız, s. 18.

56 Para üzerinde yapılan değiştirme hareketinin cezalandırılmaması durumunda koşulları oluşmuşsa dolandırıcılık suçundan dolayı failin cezalandırılabilceğini savunan görüş için bkz. Yıldız, s. 18.

57 Fischer, § 146 kn. 6; Erem, s. 589; Hafizoğulları/ Özen, s. 139; Tekin, s. 69; Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, 4. Baskı, Ankara 2019, s. 11.

58 Bkz. “Suça konu sahte paraların CMK’nun 73/1. madde ve fıkrası uyarınca bunların asıllarını tedavüle çıkaran T.C. Merkez Bankası Başkanlığının merkez veya taşra birimlerine gönderilerek, aldatma yeteneğine sahip olup-olmadıkları ve sahteliklerinin kolayca anlaşılıp-anlaşılamayacağı konusunda görüş alınması gerektiği gözetilmeden, Kriminal Polis Laboratuvarının düzenlediği raporlarla yetinilerek eksik soruşturmayla hüküm kurulması, isabetsizdir.” Yarg. 8. CD., T.

belgede sahtecilik suçundakine benzer bir değerlendirme yapılmalıdır⁵⁹. Burada aranması gereken sahte paranın genel görünümü itibarıyla tedavül tehlikesidir⁶⁰. Burada sahte olarak üretilen paranın gerçek paraya çok benziyor olması ve bu sayede günlük yaşamda sahte olduğunun kolaylıkla fark edilemeyecek nitelik taşıması gerekmektedir. Parada sahtecilik suçunun ortaya çıkması bakımından adeta “mükemmel” şekilde üretilen sahte bir paranın olması gerekmemektedir. Diğer bir deyişle parada sahteciliğin oluşması bakımından paranın sahtelik özelliğinin yüksek bir nitelik taşıması aranmamalıdır⁶¹. Nitekim uygulamada oldukça başarısız nitelik taşıyan sahte paraların dahi amacına ulaştığı ve piyasada kullanılabildiği görülmektedir⁶². Sahte olarak üretilen paranın sıradan bir muhatabı objektif olarak aldatmaya yetecek bir nitelik taşıması gerekli ve yeterlidir⁶³. Örneğin, sadece bir uzman tarafından ya da sadece bir veznedar tarafından anlaşılabilir bir sahtecilik söz konusu olduğunda da sahte paranın varlığından söz edilmelidir⁶⁴.

Doğrudan göze çarpan bir sahtelik söz konusuysa TCK m. 197'deki suç tipinin oluştuğu söylenemez. Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bu yönde karar vermektedir⁶⁵. Günlük hayat içerisinde her para kabul eden kişinin kabul ettiği paranın sahte olup olmadığını incelemesi ve denetlemesi çok makul olmadığından parada sahtecilik suçunun oluşabilmesi için doğrudan göze çarpan bir sahtelik olup olmadığı araştırılmalıdır. Çünkü paranın hukuken tedavül etmesindeki korunmaya değer inancın parayı kabul eden kişinin bunu her zaman kontrol etme yükümlülüğü ile daraltılması

7.6.2007, E. 2006/5038, K. 2007/4520 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.05.2020). “İddianamede sanıktan ele geçen sahte altınların Osmanlı Reşat altını olduğunun belirtilmesi karşısında, söz konusu altınların Milli Ziynet altını olup olmadıklarının Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğünden alınacak rapor ile saptanarak, suçta konu altınların Milli Ziynet altını olup, sahte ve aldatma kabiliyetini haiz olduklarının tespiti halinde sanığın eyleminin bir bütün halinde 5237 sayılı TCK'nun 198. maddesi yollamasıyla 197/1. madde ve fıkrasında tanımlanan sahtecilik suçunu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı biçimde eksik soruşturma ile mahkumiyet hükmü kurulması...” Yarg. 8. CD., T.12.09.2011, E. 2009/20187, K. 2011/ 9260 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.05.2020).

- 59 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 6; **Fischer**, § 146 kn. 6; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 9.
- 60 **Otto**, § 75 kn. 5; **Wessels/ Hettinger**, kn. 926; **Kindhäuser** Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Auflage, Baden Baden 2014, § 61 kn. 6; **Rengier**, § 39 kn. 4. Ayrıca bkz. ve krşl. **Erman**, Sahtekârlık, s. 85.
- 61 **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 6; **Fischer**, § 146 kn. 6; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5b; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5; **Lackner/ Kühl/ Heger**, § 146 kn. 4; **Wessels/ Hettinger**, kn. 926; **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 4; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 9; **Rengier**, § 39 kn. 4; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 6; **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, § 146 kn. 5; **Exner Thomas/ Remmers Elisabeth**, “Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?”, ZIS 2011, Band 1, s. 18; **Erman/ Özek**, s. 70 – 71.
- 62 **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 6.
- 63 **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 6; **Fischer**, § 146 kn. 6; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5; **Wessels/ Hettinger**, kn. 926; **Otto**, § 75 kn. 4; **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 4; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 9; **Rengier**, § 39 kn. 4; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 6; **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, § 146 kn. 5; **Exner/ Remmers**, s. 18; **Erman/ Özek**, s. 70 – 71.
- 64 “...suça konu paralar ile ilgili 21.03.2002 tarihli TCMB Banknot Matbaası Genel Müdürlüğü Sahte Banknot ve Efektif İnceleme Komisyonu'ndan rapor alınmış ve raporda; incelemeye konu, AB 19474851 R ve AB 19479795 R seri nolu paraların sahte olduğu, aldatma kabiliyetinin olduğu, yapılarındaki özen, yapılarındaki derecesi nedeniyle sahte olduğunun ilk bakışta kolaylıkla anlaşılamayacağı, para destesi ve paketi içerisinde yer alması durumunda sahte olduğunun anlaşılmasının mümkün olmadığı, uzmanlarca veya veznedar gibi para işinin bir parçası olan insanlarca sahte olduğunun anlaşılabilirliği rapor edilmiş...” YCGK, T. 17.2.2009, E. 2008/8-272, K. 2009/25 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.05.2020).
- 65 BGH, 07.02.1995 – 1 StR 681/94 (NJW 1995, s. 1844 – 1845).

yerinde olmayacaktır⁶⁶. Kaldı ki, para üzerinde denetim olanağının bulunmadığı durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin, yarı karanlık ya da loş bir restoran ya da gece klubünde paranın kontrol edilme imkanının bulunmaması; her an baskın yapılabileceği endişesi ile alış-veriş yapılan uyuşturucu madde satılan yerlerde paranın kontrol edilme imkanının bulunmaması; seri işlem yapan iş yerlerindeki zaman baskısı nedeniyle paranın kontrol imkanının bulunmaması gibi durumlarda yüzeysel bir inceleme ile dahi paranın sahte olduğu anlaşılabilir olsa dahi TCK m. 197'deki suç tipi oluşacaktır⁶⁷. Çünkü her ne kadar yüzeysel bir inceleme ile paranın sahteliği anlaşılabilir olsa da somut olaydaki ortamın buna imkan tanımayan olması artık paranın tedavül edebilmesini sağlamaktadır.

Ayrıca para sahtecilik suçunun oluşabilmesi için sahte olarak üretilen paranın bir insanı aldatmaya elverişli olması gerekir. Dolayısıyla objektif olarak bir insanı aldatmaya elverişli olmayan; fakat bir otomatta kullanıldığında otomat tarafından sahteliği anlaşılmayan bir madeni para söz konusu olduğunda da para sahtecilik suçu oluşmuş kabul edilmektedir⁶⁸.

Aşırı büyük ya da aşırı küçük şekilde üretilen banknotlar sahte para niteliğini haiz değildirler⁶⁹. Aynı şekilde sıradan bir vatandaşın hiçbir denetleme yapmasa dahi doğrudan gözüne çarpan sahtecilikler de sahte paraya vücut vermeyecektir⁷⁰. Örneğin, üzerinde “sahtedir”, “örnektir”, “geçersizdir”, “taklittir”, “eğlence amaçlı üretilmiştir” gibi damgalar bulunan paralar⁷¹; banknot tabakası (baskı sayfası) içerisinde kesilmeden yer alan paralar⁷²; kullanıldığı malzemeden dolayı gerçek olmadığı kolaylıkla anlaşılan paralar⁷³; her iki tarafı da aynı yüze sahip olan paralar⁷⁴ sahte para niteliğini haiz olmaz.

Son olarak madeni bir paranın altın suyuna batırılarak altınmış gibi daha yüksek değerinde piyasaya sürülmesi para sahtecilik değil, dolandırıcılık suçunu oluşturur⁷⁵.

cccc. Tedavülde Olmayan Bir Paranın Sahte Olarak Üretilmesi

Tartışmalı olsa da piyasada tedavülde bulunmayan örneğin 30 TL tutarındaki bir banknot paranın sahte olarak üretilmesi yine de para sahtecilik suçunu oluşturabilir⁷⁶. Önemli olan paranın genel

66 **Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann**, § 146 kn. 4.

67 **Fischer**, § 146 kn. 6; **AnwaltKommentar – Brehmeier-Metz**, § 146 kn. 5.

68 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 6.1.

69 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c.

70 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c.

71 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c.

72 BGH 5 StR 568/9317 (NSStZ 1994, s. 124). Ayrıca bkz. **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c; **Rengier**, § 39 kn. 5; **Kindhäuser, BT**, § 61 kn. 6; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 2; **Puppe Ingeborg**, “Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten”, JZ, 1997, 52. Jahrgang, C. 10, s. 497. Ancak bu durumda her ne kadar TCK m. 197 oluşmamış olsa da TCK m. 200'deki Para ve Kıymetli Damgaları Yapmaya Yarayan Araçlar ile ilgili suç oluşmuş olacaktır. Alman Hukuku'nda da bu durumda Alman Ceza Kanunu § 149/ 1 – no: 2 oluşacaktır. (**Kindhäuser, BT**, § 61 kn. 6 dnpn. 11; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 2)

73 **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 6.

74 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5.

75 **Erem**, s. 589.

76 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 5; **Fischer**, § 146 kn. 7; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 16;

itibariyle renk ve görünümünün gerçek bir para varmış algısı oluşturmaya elverişli olup olmadığıdır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi bunu yabancı para birimleri ve kıymetli evraklar bakımından kabul etmektedir⁷⁷. Örneğin 30 TL gibi piyasada tedavülde bulunmayan bir banknotun üretilmesinin parada sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için tek başına kullanılmayıp büyük bir destenin içerisine sokuşturulması ya da yukarıda değinildiği gibi zaman baskısı altında çalışan yerlerde kullanılması ve böylelikle denetim imkanının bulunmamasından faydalanılması veya karanlık mekanlarda ödeme yaparken kullanılması ya da örneğin 60 TL olarak üretilen sahte paranın ilk bakışta renk ve biçimi itibariyle 50 TL gibi gözükmesi gerekir⁷⁸. Aksi takdirde piyasada bulunmayan bir banknotun sahte olarak üretilmesi sahteliği çok kolay ve yüzeysel bir inceleme ile fark edileceğinden bu suçu oluşturmayacaktır.

Fantezi para olarak isimlendirilen, gerçekte var olmayan bir ülkenin adına basılan paraların bu suçu oluşturmayacağı hakim görüş tarafından kabul edilmektedir⁷⁹. Benzer bir şekilde sahte olarak tarihi eser niteliğinde olduğunu öne sürdüğü bir sikke üreten failin eylemi de tedavülde bulunmayan bir parayı ürettiği için parada sahtecilik değil; dolandırıcılık suçunu oluşturur⁸⁰.

dddd. Paranın Nominal Değerinin Artırılması veya Azaltılması

TCK m.197'deki suç tanımındaki eksikliklerden bir tanesi de gerçek bir parada sahtecilik yapılmak suretiyle paranın değerinin azaltıldığı durumların bu suçu oluşturup oluşturmayacağının belirtilmemesidir. Gerçek bir paranın nominal değerini azaltan sahteciliklerin bu suçu oluşturmadığına Alman Ceza Kanunu § 146'da açıkça yer verilmiştir. Ancak kanımızca 765 sayılı TCK m. 317'de olduğu gibi gerçek bir paranın nominal değerini düşüren nitelikteki değişiklikler daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlenmelidir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere kanunilik ilkesi gereğince nasıl ki belgede sahtecilik suçunu düzenleyen TCK m. 204'te "*Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren*" şeklinde hem düzenleme (taklit) hem de değiştirme (tağyir) sayılmıştır; belgede sahtecilik suçunun bir türevi olan parada sahtecilik suçunda da her iki unsur ayrı ayrı suç tipinde yer almalıdır. Aksi takdirde kanunilik ilkesine aykırı bir cezalandırma yapılmış olur. Bu da cezanın meşruiyetini ortadan kaldırır. Bu bakımdan kanunkoyucu madde metnindeki bu eksikliği gidermek amacıyla TCK m. 197'ye "sahte bir parayı başkalarını aldatacak şekilde değiştirme" eylemine de yer vermelidir⁸¹. Nitekim 765 sayılı TCK m. 316'da taklit ve tağyir etmek eylemleri ayrı ayrı düzenlemekteydi. Mevcut düzenlemede 5237 sayılı TCK m. 197/ 1'de "gerçek bir

Lackner/ Kühnl/ Heger, § 146 kn. 4; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 11.

77 Bkz. BGH 30, 71 (JR 1981, s. 427). Ayrıca bkz. Fischer, § 146 kn. 7; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 6; Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 6; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 11; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 6.

78 Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 5c.

79 Otto, § 75 kn. 5; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 5; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 3; Aksi görüş için bkz. Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 16; Rengier, § 39 kn. 5.

80 Erem, s. 586, 589; Yurtcan, s. 10.

81 Yıldız, s. 17-18.

paranın üzerinde değişiklik yapılması (tağyir edilmesi)” unsuruna yer verilmediği için gerçek bir para üzerinde değişiklik yapılması durumunda bunun paranın değerini artırması ya da azaltması önem taşımayacak ve her iki eylem de parada sahtecilik suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

eeee. “Sistemnot” Adı Verilen Banknotların Üretilmesi

Alman Hukukunda “sistemnot” olarak isimlendirilen, ülkemizde ise ilgili Yönetmelik’te “yüzeyinde eksiklik bulunan banknot” olarak isimlendirilen banknotlar da parada sahtecilik suçu bakımından incelenmeye değerlidir. Çünkü uygulamada ilgili Yönetmelik’teki hükümler kötüye kullanılarak sahte para üretme eylemi işlenebilmektedir. İlgili Yönetmelik⁸² m. 1’e göre, “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası banknotu olduğunun saptanması koşulu ile gerçek veya tüzel kişilerce ibraz edilen;

a) Yazıları okunmayacak şekilde kirlenmiş, yıkanmış, boyanmış, yanmış, yırtılmış veya sair sebeplerle eskiyip yıpranmış, değeri belirlenebilen tam banknotlar, yazılı değerleri üzerinden başabaş olarak,

b) Tek parçadan ibaret olmak kaydıyla yüzeyindeki eksiklik % 50 den az olan banknotlar yukarıdaki gibi yazılı değeri üzerinden başabaş olarak,

c) Tek parçadan ibaret olmak kaydıyla yüzeyindeki eksiklik % 50 olan banknot parçaları ise yazılı değerinin yarısı üzerinden, yenileriyle değiştirilir.”

Bu düzenlemeden hareketle, örneğin failler ellerindeki iki 200 TL değerindeki banknotun her birinin yüzde 51’ini kesip Merkez Bankası’na sunmakta ve Merkez Bankası’ndan 2 adet 200 TL değerinde banknot almaktadır. Merkez Bankası’na sundukları 2 banknotun ellerinde kalan yüzde 49’lük kısımlarını ise birleştirip piyasada kullanılmaktadırlar. Bu banknotun boyutu gerçek banknotun yüzde 98’i oranında olduğu için çok dikkat çekmeyebilmektedir. İşte böylelikle failler hem Merkez Bankası’ndan her biri 200 TL tutarında olan iki adet banknot almış olmaktadır hem de piyasaya bir 200 TL tutarında banknot daha sürmektedirler. Dolayısıyla iki banknottan üç banknot üretmiş olmaktadır. İşte piyasaya sürülen bu paraya banknot yerine Almanya’da “sistemnot” denilmektedir⁸³.

Bu şekilde yukarıdaki usule göre birden fazla gerçek banknotun kesilerek yeniden bir araya getirilmesi yoluyla üretilen paraların TCK m. 197’deki sahte para üretmek eylemini oluşturacağı söylenmelidir⁸⁴. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere TCK m. 197’deki sahte para üretmek eyleminin oluşup oluşmadığı incelenirken başvurulması gereken temel kriter, ortaya çıkan paranın tedavül etme tehlikesinin bulunup bulunmadığı olmalıdır⁸⁵. Sistemnot şeklinde üretilen bir paranın ilk bakışta

82 Eskimiş, Yıpranmış Veya Kısmen Fiziki Parça Kaybına Uğramış Banknotların Değiştirilmesi Hakkında 14 Ocak 1970 Tarihli Ve 1211 Sayılı Kanun’un 37 nci Maddesi Gereğince Maliye Bakanlığı Ve Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Arasında Müştereken Kararlaştırılan Esaslarla İlgili Yönetmelik (12.11.1979 tarih ve 16807 sayılı Resmi Gazete)

83 Bkz. <http://www.urbs.de/archiv/geld/change.htm?geld188.htm>, erişim tarihi:26.06.2020.

84 Fischer, § 146 kn. 7, Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 5; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 7; Wessels/ Hettinger, kn. 926; Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 13; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 6; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 1; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 8; Rengier, § 39 kn. 5; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 6.1.

85 Otto, § 75 kn. 5; Wessels/ Hettinger, kn. 926; Kindhäuser Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Auflage, Baden Baden

bu özelliği göze çarpmıyorsa artık tedavül etme tehlikesinin bulunduğu kabul edilmeli ve failin bu eylemi suç teşkil etmelidir. Nitekim bu paraların her ne kadar gerçek paraların parçalarından bir araya getirildiği öne sürülse dahi artık ortaya çıkan birleştirilmiş banknotun T.C. Merkez Bankası'nın ya da yabancı bir para cinsi söz konusu ise onu basan kurumun iradesinden kaynaklanmadığı söylenmelidir⁸⁶. Dolayısıyla bu eylemler sahte para üretme eylemini oluşturur. Örneğin, Alman Federal Yüksek Mahkemesi dokuz banknotu bu şekilde kesip parçalarından yeni bir banknot üretme eyleminin “sahte para üretme” eylemine uyduğuna hükmetmiştir⁸⁷.

ccc. Ülkeye Sokmak (TCK m. 197/ I)

Ülkeye sokmak eylemi, neticesi harekete bitişik bir eylemdir. Sahte olarak üretilmiş olan paranın ülkeye sokulduğu anda suç tamamlanır⁸⁸. Ülkeye sokmak eylemine suç tipinde yer verilmesi aslında suçun sınırlarını oldukça genişletmektedir. Çünkü sahte olarak üretilmiş paranın ülkeye sokulması eylemi, bu paranın tedavüle konulmasının hazırlık aşamasını teşkil etmektedir⁸⁹. Dolayısıyla cezalandırılabilirliğin öne çekildiği bir eylem söz konusu olmaktadır. Özellikle “bulundurma”nın da suç tipinde yer alıyor olmasından ötürü “ülkeye sokma” eyleminin ayrıca düzenlenmesinin gerekliliği tartışılabilir. Nitekim Alman Ceza Kanunu § 146'da düzenlenen parada sahtecilik suçunda da ayrıca ülkeye sokmak eylemine yer verilmediği görülmektedir. Ülkeye sokmak eylemine suç tipinde yer verilmesinin sebebi, bu eylemin haksızlık içeriğinin “bulundurma” eyleminin haksızlık içeriğine göre daha farklı bir niteliğe sahip olduğu düşüncesi olabilir. Çünkü yurtdışından ülkeye sokulan sahte paraların üretim aşaması yurtiçindeki önlemlerden bağımsız bir şekilde gerçekleştirildiğinden hem daha kolay gerçekleştirilmiş olabilir; hem de ülkeye sokulan sahte paralar, piyasaya başka failer aracılığıyla sürülebilir. Dolayısıyla ülkeye sokma eylemi, yurtdışında denetimden bağımsız kolay şekilde üretilen bir sahte paranın yurt içinde tedavüle konulması eylemini kolaylaştırması yönüyle kendine özgü bir haksızlık içeriğine sahiptir. Gerçekten, ülkeye sokulan sahte paralar yurtiçinde tedavüle sokulmamış olsalar dahi bu suç oluşacaktır. Bu sayede kanunkoyucu kamu güvenine karşı işlenen suçlarda bir zincirin halkalarını oluşturan her hareketin cezalandırılabilmesinin önünü açarak bu suçlarla daha etkin bir mücadeleyi amaçlamaktadır⁹⁰. Ancak kanunkoyucunun bu müdahalesinin ölçülü olabilmesi için, aşağıda manevî unsur altındaki açıklamalarda değinileceği üzere, failin bu paraları tedavüle koyma amacıyla hareket etmiş olmasının aranması gerekirdi.

ddd. Nakletmek (TCK m. 197/ I)

765 sayılı TCK'da yer almayan bu unsura 5237 sayılı TCK'da yer verilmiştir. Nakletmek eylemi, ülkeye sokmak eylemine benzer bir yöne sahiptir. Gerçekten, ülkeye sokmak eylemi yurtdışından

2014, § 61 kn. 6; Rengier, § 39 kn. 4.

86 Leipzig Kommentar – Ruß, § 146 kn. 7.

87 BGH, 17.03.1970 – 1 StR 491/69 (BGHSt 23, 229).

88 Erman, Sahtekârlık, s. 128; Erman/ Özek, s. 120; Gözübüyük, s. 228.

89 Erman, Sahtekârlık, s. 128; Erman/ Özek, s. 120; Gözübüyük, s. 227 – 228; Tekin, s. 77.

90 Erman, Sahtekârlık, s. 127 – 128; Erman/ Özek, s. 120.

ülkeye sahte paranın sokulması anlamına gelirken; nakletmek eylemi ülke içerisinde sahte paraların bir yerden başka bir yere götürülmesi anlamını taşıyabileceği gibi sahte parayı yurtdışına çıkarmak anlamına (ihraç etmek) da gelebilir. Nakletmek eyleminin oluşabilmesi için mutlaka uzun bir mesafeye nakilden söz etmek gerekmez. Pekala çok kısa mesafeler arasında da nakletmek eylemi gerçekleştirilebilir. Aynı şekilde sahte paralar nakletmenin amaçlandığı yer veya kişi dışında bir başka yer ya da kişiye ulaşmış olsa dahi nakletme eyleminin gerçekleştiği söylenebilir⁹¹.

Nakletmek, aslında diğer seçimlik hareketlerden olan muhafaza etmek ile çoğu zaman kesişmektedir. Diğer bir deyişle nakletmenin gerçekleştiği her olayda esasen failin bu sahte paraları muhafaza ettiği de söylenebilir. Dolayısıyla bu unsura ayrıca yer verilmesinin gerekliliği tartışılabilir⁹². Fakat kanunkoyucu nakletmek eyleminin de muhafaza etmekten daha farklı bir haksızlık içeriğine sahip olduğunu düşünmüş olmalı ki bunu ayrıca seçimlik hareket olarak madde metnine eklemiştir. Örneğin, Türkiye’den transit geçişlerde sahte paranın taşınması söz konusu ise, bu durumda fail hem ülkeye sokmak, hem nakletmek, hem de muhafaza etmek eylemlerini gerçekleştirmiş sayılacaktır. Bu eylemlerin her biri seçimlik olarak düzenlendiğinden tek bir suçun oluştuğu kabul edilecektir.

eee. Muhafaza Etmek (TCK m. 197/ 1)

Muhafaza etmek, failin sahte parayı **fiilen** kendi tasarruf yetkisi içerisinde tutmasıdır. Burada kanunkoyucu zilyetliğinde bulundurmaktan bahsetmemiştir. Dolayısıyla başkası adı ve hesabına sahte parayı bulunduran; yani medeni hukuk anlamında zilyet değil, zilyet yardımcısı sıfatını haiz kişiler de muhafaza etme eylemini gerçekleştirebilir⁹³. Dolayısıyla sahte para ile fail arasındaki ilişkinin hukuki bir temelini bulunması gerekli olmayıp pekâla sahte para ile arasında sadece fiili bir ilişki bulunan fail de bu suçu işlemiş sayılır⁹⁴.

Muhafaza etmek eylemi kesintisiz suç niteliğindedir. Bu nedenle çok uzun süre boyunca sahte para muhafaza edilmesi tek suç oluşturur. Öte yandan muhafaza etmek kesintisiz suç niteliği taşıdığından icra hareketlerinin, failin sahte parayı muhafaza etme eylemini dış dünyaya yansıttığının kabul edilebileceği kadar sürmesi gerekir. Örneğin, sahte parayı bilerek kabul eden fail derhal yakalandığı takdirde artık TCK m. 197/ 1’deki muhafaza etmek eyleminden değil TCK m. 197/ 2’deki sahte parayı bilerek kabul etmek eyleminden sorumlu olacaktır⁹⁵.

91 Tekin, s. 79.

92 Nitekim nakletmek unsuruna suç metninde yer vermeyen Alman Ceza Kanunu § 146 karşısında nakletmek eylemi “elde etmek/ ele geçirmek” eylemi kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Wessels/ Hettinger**, kn. 929.

93 **Erman**, Sahtekârlık, s. 129; **Erman/ Özek**, s. 122.

94 **Kindhäuser**, BT, § 61 kn. 10; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 8; **Erman**, Sahtekârlık, s. 129; **Erman/ Özek**, s. 122.

95 765 sayılı TCK döneminde bu tür ani şekilde gerçekleşen hallerinin de muhafaza etmek kapsamında değerlendirileceğini savunan görüş için bkz. **Erman**, Sahtekârlık, s. 130; **Erman/ Özek**, s. 122-123. Ancak kanımızca suçun ani şekilde gerçekleşip failin derhal yakalandığı hallerde muhafaza etmek eyleminin gerçekleştiği söylenemez. Zira, muhafaza etmek eyleminden söz edebilmek için sahte para üzerindeki tasarruf yetkisinin makul bir süre devam etmesi gerekir. Bu yönüyle ani hareketli “kabul etmek”ten ayrılmaktadır.

Muhafaza etmek eyleminin bir zilyetlik suçu (=Besitzdelikt) olduğu söylenmelidir. Zilyetlik suçlarında failin esasen icrai ya da ihmali bir davranışından ziyade içerisinde yer aldığı vaziyet cezalandırılmaktadır. Diğer bir deyişle bir durumun **iradi** olarak korunması ya da muhafaza edilmesi cezalandırılmaktadır⁹⁶. Bu yönüyle de sadece (dış dünyaya yansıyan) hareketlerin cezalandırılabileceğine dair temel ceza hukuku ilkesi ile ne ölçüde örtüştüğü sorunu ortaya çıkmaktadır⁹⁷. Bu noktadan hareketle yer yer eleştirildiği ve kimi görüşler tarafından Anayasaya aykırı olduğunun savunulduğu görülmektedir. Kanunkoyucunun muhafaza etmek eylemine yer vermesindeki sebebin, ilgili konunun ya da malın fail tarafından edinildiğinin ispatlanma zorluğu ve bununla da bağlantılı olarak edinme anının tespitinden itibaren zamanaşımının hesaplanması zorluğunun aşılması olduğu ifade edilmektedir⁹⁸. Bu tartışmalı konumu sebebiyle kanunkoyucunun muhafaza etme eylemlerine nadiren yer verdiği görülmektedir. Sahte paranın bu özelliğinin bilinerek kabul edilmesi zaten TCK m. 197/ 2'de ayrı bir suç olarak kabul edilmişken ayrıca muhafaza etme eylemine de yer verilmiş olması eleştirilebilir. Fakat kanunkoyucu burada kabul etme hareketinin ispatlanmasındaki olası güçlükleri aşmak için ve ayrıca kabul etmekten ibaret olmayan, kabul etmeyi aşan davranışların daha ağır cezalandırılması için muhafaza etmek eylemine yer vermeyi tercih etmiş olabilir. Ancak bir zilyetlik suçunun cezalandırılabilmesi için mutlaka manevi unsur ile olan bağlantısının kurulabilir ve ispatlanabilir olması gerekmektedir. Aksi takdirde kusur ilkesi ihlal edilmiş olur⁹⁹. Uygulamada zilyetlik suçları söz konusu olduğunda manevî unsur incelemesinin maalesef geri planda kaldığı görülmektedir.

Son olarak söylenmelidir ki, Alman Ceza Kanunu'nda sahte paranın muhafaza edilmesi eylemine yer verilmemiş olup elde etmek eylemi (=sich verschaffen) düzenlenmiştir. Dolayısıyla Alman kanunkoyucusunun hareket teorisi bakımından tartışmalı bir nitelik taşıyan zilyetlik suçu niteliğindeki muhafaza etmek eyleminin uygulamasını oldukça sınırlandırmak için parada sahtecilik suçunun kapsamına bu hareketi almadığı söylenmelidir.

fff. Tedavüle Koymak (TCK m. 197/ 1)

aaaa. Genel Olarak

Tedavüle koymak eylemi parada sahtecilik suçunun asıl görünüş şeklidir. Çünkü üretilen sahte paralar tedavüle konulduğu takdirde somut bir zarar oluşturmaya elverişlidir. Ancak kanunkoyucu bu suçla mücadelede cezalandırılabilirliği öne çekmiş ve tedavüle koymadan önceki kimi hareketleri de yukarıda ele alındığı üzere suç saymıştır¹⁰⁰.

96 Fischer, Vor § 13 kn. 4.

97 Kühl Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008, § 2 kn. 11; Schröder Friedrich-Christian, "Besitz als Straftat", ZIS 2007, Band 11, s. 444 vd.

98 Schröder, s. 448.

99 Kühl, § 2 kn. 11; Schröder, s. 449.

100 Erman, Sahtekârlık, s. 130; Erman/ Özek, s. 123 – 124.

bbbb. Geniş Anlamda – Dar Anlamda Tedavüle Koymak Ayrımı

Tedavüle koymak eylemi kanunkoyucu tarafından geniş anlamda kullanılmış olup sahte paranın bir bedel karşılığı olarak harcanmasını ya da diğer bir deyişle sarf edilmesini de bünyesinde barındırmaktadır. Harcamak (sarf etmek), failin maddi ya da manevi bir menfaat karşılığında sahte olarak üretilmiş olan bir parayı bir başkasına vermesi anlamını taşır. Dar anlamda tedavüle koyma eyleminde ise failin herhangi bir maddi ya da manevi menfaat sağlamaksızın sahte parayı piyasaya sürmesi ya da sunması söz konusudur¹⁰¹. Bu açıklamalardan hareketle TCK m. 197/ 1’de sayılan tedavüle koymak ifadesi geniş anlamda kullanılmıştır. Dolayısıyla her iki durumda da tedavüle koymak eyleminin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Burada genişletici yorum yapılarak böyle bir sonuca ulaşılmakta olup bu kesinlikle kıyas yapıldığı anlamına gelmemektedir. Çünkü bu yorumun kıyas olarak nitelenebilmesi için kanunda sayılmayan unsurların suç tipine dahil ediliyor olunması gerekir. Halbuki, burada genişletici yorum yapılarak tedavüle koymak kavramının anlamının sınırları geniş çizilmektedir. Bunun sebebi de şudur, sahte parayı bir karşılık olarak kullanan ya da bir karşılık olarak kullanmaksızın piyasaya süren yani sunan fail bu davranışıyla artık sahte paranın sirkülasyonunu sağlamaktadır¹⁰². Bu bakımdan ister bir karşılık olarak harcamış olsun ister bir karşılığı olmaksızın dar anlamda tedavüle koymuş olsun artık sahte para dolaşıma girmiş olmakta ve bu paranın bulunabilmesi zorlaşmaktadır. Kaldı ki, 765 sayılı TCK döneminde de kanunda “tedavüle koymak” unsuru sayılmakta ve öğretide bu unsur geniş anlamda kabul edilmekteydi¹⁰³.

cccc. Sahte Paranın Bir Başkasının Egemenlik Alanına Sokulması Bakımından Yakın Bir Tehlike İçerme Koşulu

Tedavüle koymanın oluşabilmesi için sahte paranın bir başkasının egemenlik yani tasarruf alanına sokulması ve bu sahte paranın o kişi tarafından kullanılmaya devam etme imkanının bulunması gerekmektedir¹⁰⁴. Örneğin sahte paranın ortalık bir yere bırakılması ya da atılması, bunun bir başkası tarafından bulunup kullanılması tehlikesini doğuracak nitelikte ise tedavüle koyma olarak nitelenmelidir¹⁰⁵. Burada bir başkasının bu parayı alıp kullanma tehlikesinin bulunup bulunmadığı bir kriter olarak kabul edilmektedir¹⁰⁶. Bu tür bir kritere kanunda yer verilmemiş olsa dahi amaçsal

101 Erman, Sahtekârlık, s. 131; Erman/ Özek, s. 124; Gözübüyük, s. 235; Tekin, s. 80.

102 Tekin, s. 80.

103 Bkz. Erman, Sahtekârlık, s. 131; Erman/ Özek, s. 124; Gözübüyük, s. 235.

104 Erman, Sahtekârlık, s. 132; Erman/ Özek, s. 126; Fischer, § 146 kn. 17; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 11; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 13; Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 38; Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 7; Wessels/ Hettinger, kn. 930 – 931; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 17; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 22.

105 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 7; Wessels/ Hettinger, kn. 930; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 18; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 18; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 22 – 23; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 13.1; Prittowitz Cornelius, “Grenzen der am Rechtsgüterschutz orientierten Konkretisierung der Geldfälschungsdelikte”, NSTz 1989, s. 10. Burada tedavüle koymanın gerçekleştiğinin söylenebilmesi için mutlaka bir başkasının bu parayı bulup alması gerektiğini; aksi takdirde tedavüle koyma eylemin teşebbüs aşamasında kalacağını savunan görüş için bkz. Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 38.

106 Fischer, § 146 kn. 17; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 7; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 18; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 18; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn.

yorum yapılarak bu kritere başvurulmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz. Çünkü sahte bir parayı ortalık yere bırakan failin eylemi, bu sahte parayı bir başkasına doğrudan veren failin eylemi ile aynı etkiye sahiptir. Her ikisinde de sahte para üçüncü kişilerin kullanımına girmeye hazırdır. Burada önemli olan, sahte paranın hiçbir önlem alınmaksızın kullanıma sunulmuş olup olmadığıdır. Bu, somut bir kişiye sahte paranın verilmesi suretiyle olabileceği gibi, bu paranın henüz belirli olmayan bir kişinin kullanımına bırakılması ya da sunulması şeklinde de dış dünyaya yansiyabilir. Her iki hareket de suçun getiriliş amacına uygun bir işleniş sergiler. Yeter ki, ortalık bir yere bırakılan para bakımından, henüz belirli olmayan bir kişinin bu paraya ulaşması konusunda yakın bir tehlike söz konusu olsun. Bu hususta önem taşıyan nokta, paranın artık hiçbir engele maruz kalmadan tedavüle girmesinin önünde bir engel bulunmuyor olmasıdır.

Tedavüle koymak eylemi, mutlaka belirli miktarda sahte paranın piyasaya sürülmesi gerektiği anlamına gelmez. Tek bir sahte banknotun bir başkasının egemenlik alanına sokulması durumunda dahi tedavüle koymak eylemi gerçekleşmiş olur. Bu konuda otomat örneğine değinmekte fayda vardır. Bir otomata sahte para atan ve karşılığında bir ürün almak isteyen fail, ister otomattan ürünü almış olsun; ister otomat arızalandığı için kullandığı sahte para otomatın içinde kalmış ve istediği ürünü alamamış olsun bunun önemi yoktur¹⁰⁷. Fail, otomata sahte parayı attığı an (sahte para alt hazneden geri çıkmadığı sürece) artık o sahte parayı tedavüle koymuş sayılır¹⁰⁸.

Ayrıca, sahte paranın bir bankaya ya da döviz bürosuna götürülüp bozdurulması ya da bankada kullanılması¹⁰⁹; bir restoranın bahşiş kutusuna atılması; birine hediye olarak verilmesi¹¹⁰; bir bağış kutusuna bağış olarak atılması ya da düğünde takı olarak takılması tedavüle koymak eylemine örnek olarak sayılabilir. Öte yandan bu suçu işleyen şeriklerin kendi aralarında sahte para değişimi ya da alıp vermeleri hareketleri tek başına tedavüle koyma olarak değerlendirilmez¹¹¹. Failin, bir banka kasasına sahte parayı koyması da tedavüle koymak olarak nitelenemez; çünkü failin iradesi olmadan banka kasasının açılması mümkün değildir¹¹². Failin, bankadan kendisine kredi verilmesi için

22 – 23; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 13.1.

107 Otomata attığı sahte paranın otomat bozuk olduğu için ya da başka bir sebeple otomatın altındaki hazneden kendisine iade edilmiş olması halinde ise failin TCK m. 35 gereği elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamış olmasına karşın elinde olmayan sebeplerle neticeyi gerçekleştirmediği bir hal söz konusu olur. Bu durumda teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir (**Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 13; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 38; **Erman**, Sahtekârlık, s. 132; **Erman/ Özek**, s. 125). Fakat muhakeme hukuku bakımından bunun ispatının da oldukça zor olacağı göz önünde tutulmalıdır. Öte yandan bu failin, eyleminin sahte parayı bilerek kabul etme ya da üretme, nakletme, muhafaza etme eylemlerine uyan kısmından cezalandırılması mümkün olduğu unutulmamalıdır.

108 BGH, NJW 1952, 312; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 11; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 21; **Fischer**, § 146 kn. 17; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 38; **Lackner/ Kühll/ Heger**, § 146 kn. 7; **Wessels/ Hettinger**, kn. 930; **Kindhäuser**, BT, § 61 kn. 18; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 18; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 23; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 13.1.

109 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 11; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 21; **Fischer**, § 146 kn. 17; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 13; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 38; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 23; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 13.1.

110 **Fischer**, § 146 kn. 17; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 21; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 38.

111 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 11; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 21; **Fischer**, § 146 kn. 18; **Münchener Kommentar-Erb**, § 146 kn. 38; **Lackner/ Kühll/ Heger**, § 146 kn. 7; **Wessels/ Hettinger**, kn. 931; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 17; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 13.1.

112 **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 13.

çantada getirdiği sahte paraları banka memuruna gösterip bu çantayı beraberinde geri götürmesi ya da insanlara kendini zengin göstermek için yanında taşıdığı sahte paraları insanlara gösterip beraberinde geri götürmesi eylemi de tedavüle koymak olarak değerlendirilemez¹¹³.

Bir sahte paranın emanet olarak tutulması için bir başkasına verilmesi de emanet alan kişinin bu parayı kullanma tehlikesini içermesinden ötürü tedavüle koyma olarak kabul edilmelidir¹¹⁴. Ancak örgütlü suçluluğun bulunduğu durumlarda gizli soruşturmacı olarak görevlendirilen kişiye sahte paranın verilmesi tedavüle koyma niteliğinde değildir¹¹⁵; çünkü bu durumda para tedavüle girmiş olmamakta; gizli görevli tarafından delil olarak muhafaza edilerek soruşturma ya da kovuşturma dosyasına girmektedir¹¹⁶. Diğer bir deyişle suçla korunan hukuki değer olan kamu güveninin zarar görme ihtimali ortaya çıkmamaktadır¹¹⁷. Burada failin elinde olmayan sebeplerle netice gerçekleşmediği için eylem teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmelidir¹¹⁸.

dddd. Sahte Paranın “Gerçekmiş Gibi” Tedavüle Konulması Unsuru

Her ne kadar madde metninde açık bir şekilde bu konuda bir ifade bulunmuyor gibi gözükse de TCK m. 197/ 1'deki “*Kanunen tedavülede parayı sahte olarak...tedavüle koyan kişi*”den bahsedilmesi ile anlatılmak istenen sahte bir paranın “gerçekmiş gibi” tedavüle konulmasıdır. Çünkü sahte bir paranın sahte olduğunun açık olduğu hallerde tedavüle konulması mümkün değildir. Tedavüle koyma eyleminin oluşabilmesi için parada sahtecilik suçunun temel unsuru olan aldatma kabiliyetinin mutlaka göz önünde tutulması gerekmektedir. Buna göre, tedavüle koyma eyleminin oluşabilmesi için paranın sahtelik özelliğinin, tasarruf alanına girdiği kişi tarafından bilinmiyor olması gerekir¹¹⁹. Şayet tedavüle konulan paranın sahte olduğunu bilen bir kişi bu paranın tasarruf alanına girmesine izin vermişse burada tedavüle koymaktan ziyade 765 sayılı TCK'nın yürürlükte bulunduğu dönemde m. 316/ 1-(3)'te yer alan “aracılık (tavassut) eylemi”¹²⁰ oluşur. Ancak 5237 sayılı TCK'da aracılık eylemi düzenlenmediği için bu tür bir eylemin oluştuğu hallerde kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Gerçekten yukarıda da belirtildiği üzere bu suçu işleyen şeriklerin kendi aralarında sahte para değişimi ya da alıp vermeleri hareketleri tek başına tedavüle koyma olarak değerlendirilmez¹²¹.

113 Schönke/Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 13; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 24; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 13.1.

114 Schönke/Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Fischer, § 146 kn. 17; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 13.1.

115 Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 38; Schönke/Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Wessels/ Hettinger, kn. 930; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 19; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 23; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 24; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 13.1.

116 Wessels/ Hettinger, kn. 930.

117 Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 38; Schönke/Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21.

118 Wessels/ Hettinger, kn. 930; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 19; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 23; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 24.

119 Erman, Sahtekârlık, s. 133; Erman/ Özek, s. 126.

120 Erman ve Erman/ Özek tavassut etme eyleminin esasen tedarik etme olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. Erman, Sahtekârlık, s. 133; Erman/ Özek, s. 126.

121 Schönke/Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 21; Fischer, § 146 kn. 18; Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 38; Lackner/ Kühl/ Heger, § 146 kn. 7; Wessels/ Hettinger, kn. 931; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 17; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 13.1.

Çünkü bu eylem paranın tedavüle konulması anlamına gelmeyip onun adeta hazırlık aşamasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla sahte paranın bu özelliğini bilen ve tedavüle sürmek amacıyla adeta bu sahte parayı satın alan ya da kabul eden failin bu parayı daha sonra piyasaya sürmesi “tedavüle koymak” olarak nitelenebilir. Ancak ona sahte parayı veren failin eylemi şu an için TCK m. 197/ 1’de düzenlenen hareketlere uymamaktadır. Sadece sahte parayı vermeden önceki üretme, ülkeye sokma, nakletme, muhafaza etme gibi davranışları cezalandırılabilir. Bu nedenle TCK m. 197’ye tıpkı 765 sayılı TCK’da olduğu gibi “aracılık etme” ya da “tedarik etme” eylemi eklenmelidir. Diğer taraftan şu husus da vurgulanmalıdır ki, kanunkoyucunun böyle bir unsura yer vermemesinin sebebi 765 sayılı TCK’da yer almayan “muhafaza etmek” eylemine 5237 sayılı TCK’da yer vererek, failin her halükarda zaten cezalandırılmasını öngörmesi olabilir.

Tasarruf alanına sahte para giren kişi bunların gerçek olduğuna inanarak bunu kabul etmelidir ki tedavüle koymak eyleminin gerçekleştiği söylenebilir. Çünkü sadece bu yolla sahte para üzerindeki mülkiyet hakkında değişim meydana gelebilir ve bu para piyasada dolaşmaya başlayabilir¹²². Dolayısıyla bu paranın sahte olduğunu bilerek kabul eden kişiye bu paraların verildiği an bu paralar piyasada tedavül etmiş sayılmaz.

Şu anki düzenleme karşısında, paranın sahte olduğunu bilen bir kişiye paranın verilmesi durumunda bu hareket sadece kabul eden bakımından TCK m. 197/ 2’deki suçu oluşturacak; fakat bu sahte parayı veren kişi bakımından ise eylemi sadece bunun öncesindeki olası üretme, ülkeye sokma, nakletme veya muhafaza etme eylemlerinden birini oluşturuyorsa cezalandırılabilir.

ggg. Sahte Parayı Bilerek Kabul Etmek (TCK m. 197/ 2)

Sahte parayı kabul etmek, failin sahte parayı **fiilen** kendi tasarruf yetkisi dahiline sokmasıdır¹²³. Yukarıda “muhafaza etmek” hareketi altında dile getirildiği üzere, sahte para ile fail arasındaki ilişkinin hukuki bir temelini bulunması gerekli olmayıp pekâla sahte para ile arasında sadece fiilî bir ilişki bulunan fail de bu suçu işlemiş sayılır¹²⁴. Bunun anlamı şöyle açıklanabilir: Örneğin, kabul etme eylemi, sahte paranın yerde bulunması ile gerçekleşebileceği gibi; sahte paranın çalınması ya da güveni kötüye kullanma suretiyle bilerek (örneğin paranın bu özelliği bilinerek çalınmışsa) edinilmiş olunması hallerinde de sahte parayı kabul etme eyleminin gerçekleştiği kabul edilir¹²⁵. Dolayısıyla kabul etmenin oluşmasını sağlayan tasarruf yetkisi, medeni hukuk kriterlerinden hareketle belirlenemez. Çünkü sahte para üzerindeki tasarruf yetkisi hukuki bir işlemle kazanılmış olsa dahi hukuken bir sahte paranın hukuki dolaşıma sokulması yasak olduğundan hukuki bir işleme dayalı olarak sahte para üzerinde tasarruf yetkisinin kazanılmış olması “kabul etme” eyleminin

122 Erman, Sahtekârlık, s. 133; Erman/ Özek, s. 126.

123 Fischer, § 146 kn. 10; Otto, § 75 kn. 9; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 10; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 8; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 20.

124 Kindhäuser, BT, § 61 kn. 10; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 8; Erman, Sahtekârlık, s. 129; Erman/ Özek, s. 122.

125 Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 9; Fischer, § 146 kn. 10; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 20; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 10; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 8; Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 28; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 20; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 18.

oluşmasını engellemez¹²⁶. Öte yandan sahte paranın kabul edilmesi yeterli olup bunun ötesindeki davranışlar suçun oluşması için ayrıca aranmaz. Bu bakımdan örneğin sahte paranın hediye olarak kabul edilmesi de kabul etmek eylemini oluşturur¹²⁷.

Yukarıda da belirtildiği üzere her kabul etme, akabinde muhafaza etmeyi de içerir. Dolayısıyla TCK m. 197/ 2'de sahte paranın bu özelliğinin bilinerek kabul edilmesinin ayrıca suç olarak düzenlenmesi çok yerinde gözükmemektedir. Kanunkoyucunun bu tür bir fark gözetiyor olmasından çıkan sonuç şu olmalıdır: Birincisi muhafaza etmek eyleminin ve dolayısıyla TCK m. 197/ 1'deki suçun oluşabilmesi için eylemin bir süreklilik teşkil etmesi gerekir. Çünkü muhafaza etme eylemi kesintisiz bir suçtur. İkincisi bu kesintisizliğin ve diğer bir deyişle sürekliliğin dış dünyaya yansıtılmış olunması da gerekir. Bu da manevi unsur kapsamında mutlaka özenli bir şekilde incelenmelidir. Bu iki unsur gerçekleşmez ise artık failin sadece sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul etme eylemini gerçekleştirmesi söz konusu olacaktır.

Daha önce ödeme aracı olarak kullandığı paranın sahte olduğunu bu parayı verdiği kişiden öğrenen ve parayı geri kabul eden failin eylemi de sahte parayı bilerek kabul etmek eylemini oluşturur¹²⁸.

hhh. Sahteliğini Bilmeden Kabul Ettiği Parayı Bu Niteliğini Bilerek Tedavüle Koymak (TCK m. 197/ 3)

Sahteliğini bilmeden kabul ettiği parayı bu niteliğini bilerek tedavüle koymak eylemi birleşik hareketli bir suçtur. Gerçekten failin bu suçu işleyebilmesi için iki farklı eylemi gerçekleştirmesi gerekir. Fail ilk aşamada sahteliğini bilmeden parayı kabul etmiş olmalı; bunun ardından da adeta bu paradan zarar etmeksizin kurtulmak adına ya da başka bir saikle bu sahte parayı tedavüle koymalıdır¹²⁹. Kabul etme ve tedavüle koyma unsurları bakımından yukarıda yapılan açıklamalar bu fıkra açısından da geçerliğini korumaktadır.

Kabul etme eyleminin iki taraflı bir ilişkiyi gerektirdiği; kanunkoyucunun bilinçli olarak “almak” eylemine değil “kabul etmek” eylemine yer verdiğini öne süren görüşler bulunmaktadır¹³⁰. 765 sayılı TCK dönemindeki bu görüşlere göre, örneğin yolda tesadüfen bir sahte paranın bulunmasından sonra bu paranın sahte olduğunu öğrenen ya da fark eden kişinin bu sahte parayı tedavüle koyması durumunda suçun oluşmayacağını savunmaktadırlar¹³¹. Bu hususta amaçsal yorum yapılarak bir

126 Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 20. Ayrıca bkz. ve krşl. Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 28.

127 Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 20; Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 28; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 18.

128 Fischer, § 146 kn. 10; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 20; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 15; ayrıca bkz. Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 9.

129 “Oluşa, sanığın aşamalarındaki tutarlı savunmasına ve tüm dosya kapsamına göre, seyyar ayakkabı satışı yapan sanığın sahteliğini bilmeden aldığı 1 adet 50 TL'yi sahteliğini bilerek borcuna mahsuben vermesinden ibaret eyleminin, T.C.K.nun 197/3. maddesinde tanımlanan suçu oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 8. CD, T. 3.6.2013, E. 2012/15884, K. 2013/16877 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

130 Bkz. Erman, Sahtekârlık, s. 151; Erman/ Özek, s. 147 – 148.

131 Bkz. Erman, Sahtekârlık, s. 151; Erman/ Özek, s. 147 – 148.

sonuca ulaşılması makul gözükmektedir. Bu doğrultuda hükmün getiriliş amacı, her ne vesileyle olursa olsun bu özelliğini bilmeksizin failin bir sahte parayı kabul ettikten sonra bu sahte parayı tedavüle koyma iradesinin oluşmasının ve bunun dış dünyaya yansıtılmasının engellenebilmesidir. Suçla korunan hukuki değer niteliğindeki kamu güveninin etkin şekilde korunabilmesi için de ilk aşamada failin bu sahte parayı karşılıklı bir irade uyuşması ile bir başkasından almış olması; bir başkasının zilyetliğinden zorla kendi tasarruf alanına bu malı dahil etmiş olması ya da bu parayı yolda rastgele bulmuş olması arasında fark yoktur. Kanunkoyucunun suçla koruduğu hukuki yararı koruyabilmesi için önem arz eden husus bu sahte paranın tedavüle sokulmasının engellenebilmesidir. Paranın sahte olduğunu bilmeyen failin bu parayı ne suretle edindiği önemli değildir. Bu noktada Alman Ceza Kanunu § 146 ve 147’de kullanılan “edinme/ elde etme” (=Sichverschaffen) kavramına yer verilmesi daha yerinde olurdu¹³². Ancak yine de amaçsal yorum yapılarak aynı sonuca ulaşılmasının önünde engel bulunmamaktadır.

Kendisine sahte para verilen ve daha sonradan bunu fark eden kişinin bu sahte parayı iade edip orijinal para istemesi de TCK m. 197/ 3’te düzenlenen tedavüle koyma eylemini oluşturur¹³³. Çünkü bu iade eylemi ile o sahte paranın dolaşıma girmesi mümkün olmaktadır. İade ettiği kişinin bu parayı imha edip etmemesi ya da bir başkasına verip vermemesi önemsizdir. Bu nedenle kendisine sahte para verildiğini fark eden kişinin “tedavüle koyma” eylemini işlemekten kaçınmak için bu sahte parayı örneğin delgeçle delerek kullanılamaz hale getirdikten sonra iade etmesi gerekir. Aksi takdirde iade eylemi de tedavüle koyma niteliği taşıyacaktır. Ancak kanunkoyucu bu tedavüle koyma eyleminin TCK m. 197/ 1’deki tedavüle koyma eyleminden ayrı bir haksızlık içeriğine sahip olduğu düşüncesini benimseyerek bu eylemi TCK m. 197/ 3’te düzenlemiştir.

bb. Netice

Neticeye göre suçların sınıflandırılması hususu bakımından, parada sahtecilik suçunun zarar suçu mu yoksa tehlike suçu mu olduğu tartışmaya değer bir konudur. Çünkü bu tespitin sonuçları kendini özellikle teşebbüs alanında gösterecektir. Sahte olarak üretmek ani suçtur. Bunun yanı sıra bir tehlike suçudur. Çünkü bir sahte paranın, üretildiği an paranın değerini etkileyebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde sahte para, üretildiği an, kamunun güvenini sarsmaya da elverişli değildir. Gerçekten, fail sahte para üretmiş olabilir; fakat bu sahte parayı bir başkasına vermediği sürece ya da tedavüle koymadığı sürece kamu güveni bakımından ortaya bir zararın çıktığı söylenemez. Bu bakımdan tehlike suçudur. Ülkeye sokmak da ani suçtur. Çünkü ülkenin kara sınırına, uluslararası hukuk uyarınca belirlenen deniz yetki alanlarına veya hava sahasına girildiği an sahte para ülkeye sokulmuş olur. Bu eylem de bir tehlike suçu teşkil eder. Gerçekten, sahte para sadece ülkeye sokulmuş ve hiçbir suretle tedavüle konulmamış olabilir. Dolayısıyla kamu güveninin zarara uğratılması neticesi oluşmasa dahi sahte paranın ülkeye sokulması nedeniyle bu hukuki değerın soyut bir tehlikeye

132 Benzer bir eleştiriyi İtalyan Ceza Kanunu’nda yer alan “*detenzione*” kavramından hareket ederek dile getiren görüş için bkz. **Hafizoğulları/ Özen**, s. 147.

133 **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 11; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 21; **Wessels/ Hettinger**, kn. 930; **Kindhäuser**, BT, § 61 kn. 18; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 17; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 23; **Erman**, Sahtekârlık, s. 132; **Erman/ Özek**, s. 126.

düşmüş olması dahi suçun oluşması bakımından yeterli görülmüştür. Nakletmek ise kesintisiz bir nitelik taşır. Nakletmek eylemi de bir tehlike suçudur. Nakil neticesinde kamu güveninin zarar görmüş olması gerekmez. Muhafaza etmek de kesintisiz bir neticedir. Çünkü failin sahte parayı muhafaza ettiğinden söz edebilmek için sahte paranın makul bir süre failin tasarruf alanında bulunması gerekir. Bu yönüyle muhafaza etmek, kabul etmek eyleminden ayrılmaktadır. Muhafaza etmek de bir tehlike suçu niteliğindedir. Son olarak tedavüle koymak ise ani bir suçtur. Sahte para bir başkasının tasarruf alanına girdiği an suç tamamlanmış sayılır¹³⁴. Ancak Yargıtay'ın tedavüle koyma eyleminin kesintisiz bir suç teşkil ettiği görüşünde olmasına rağmen¹³⁵ Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün gözükmemektedir¹³⁶. Yargıtay bu içtihadı ile zincirleme suç hükümleri ile kesintisiz suçlar arasındaki ayrımı göz ardı etmektedir. Gerçekten aynı suç işleme kararı ile değişik zamanlarda sahte paraları tedavüle koyan failin eylemi kesintisiz suç değil TCK m. 43/ 1'deki zincirleme suçu oluşturur. Kaldı ki, fail bir gün sahte parayı tedavüle koyduktan sonra ertesi gün bir daha tedavüle sahte para koyarsa hiç kesintiye uğramadan devam eden bir hareketten söz edilmesi mümkün olmamaktadır. Tedavüle konulduğu an netice gerçekleşmektedir ve hareket de o an bitmiş olmaktadır. Ertesi gün fail yeniden tedavüle sahte para koyduğunda artık yeni bir hareket gerçekleştirmektedir. Bu bakımdan Yargıtay'ın tedavüle koyma eyleminin kesintisiz suç oluşturduğunu kabul eden kararları yerinde değildir. Öte yandan, Yargıtay bu konuda, kesintisiz suçun söz konusu olduğunu savunmak yerine hukuki anlamda tek hareket bulunduğunu gerekçe olarak gösterse ve bu nedenle tek bir suçun oluştuğunun kabul edilmesi gerektiğini belirtse¹³⁷ yine de kabul edilemeyecek bir görüş olsa da daha makul bir yaklaşım sergilemiş olurdu.

Ayrıca tedavüle koymak, maddî (neticeli) bir suçtur. Fail, sahte parayı kendi tasarruf alanından çıkartıp bir başkasının tasarruf alanına sokmuş olmalıdır¹³⁸. Bunun yanı sıra ise bir zarar suçu olduğu söylenmelidir. Burada mutlaka ilgili para biriminin ya da piyasanın geniş kapsamlı somut bir zarar görmesi aranmaz. Pekâla, sahte paranın tedavüle konulması ile toplumun piyasadaki paraların geçerliliğine duyduğu güven veya hiçbir tereddüt ya da korku duymaksızın para harcama ya da kabul etme özgürlüğü zedelenmektedir. Bu bakımdan tedavüle koyma eylemindeki zarar neticesinde ilgili

134 **Erman**, Sahtekârlık, s. 133; **Erman/ Özek**, s. 127.

135 Bkz. “Kastamonu İl Emniyet Müdürlüğünün 07.12.2010 tarihli yazılarında sanığın 7.12.2010 tarihinde Şeydiler İlçe Emniyet Amirliği görevlilerince yakalandığı ve 40 adet sahte 100 TL ele geçirildiğinin, sanığın ifadesinde Ankara ilinde çeşitli semtlerde 4000-5000 TL civarında sahte parayı piyasaya sürdüğünü ve ayrıca Afyonkarahisar ilinde de 900 TL civarında sahte parayı piyasaya sürdüğünü beyan ettiğinin bildirilmesi karşısında; parada sahtecilik suçunun kesintisiz suçlardan olması ve iddianamenin düzenlenmesiyle hukuki kesintinin oluşması karşısında, mükerrer cezalandırmanın önlenmesi bakımından bahsi geçen olaylarla ilgili olarak sanık hakkında parada sahtecilik suçundan dava açılıp açılmadığı araştırılarak mümkün olduğunda davaların birleştirilmesi, aksi halde incelenerek dosya içerisine alınıp bu davayı ilgilendiren delillerin onaylı örneklerinin dosyaya konulduktan sonra tüm delillerin birlikte değerlendirilerek sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, eksik incelemeyle yazılı biçimde hüküm kurulması...” Yarg. 8. CD, T. 3.6.2013, E. 2012/34591, K. 2013/16763 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

136 Yargıtay'ın bu içtihadına katılmayan görüş için bkz. **Erman/ Özek**, s. 127. Yargıtay'ın bu görüşüne katılan görüş için bkz. **Tekin**, s. 86 – 87.

137 Seri halde sahte parayı piyasaya sürme durumunda hukuki anlamda hareketin teklifinden ötürü tek suçun oluştuğu görüşü için bkz. **Koca** Mahmut, “Fikri İçtima”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 4, Ağustos 2017, s. 205 – 206; **Koca/ Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 512.

138 **Erman**, Sahtekârlık, s. 131; **Erman/ Özek**, s. 125.

para biriminin değerinde oynama olması ya da piyasanın genelinin veya sahte paranın verildiği kişinin maddi zararının ortaya çıkmış olması aranmaz.

Yargıtay da parada sahtecilik suçunun (tedavüle koyma eylemi hariç olmak üzere) bir zarar suçu olmadığını tehlike suçu olduğunu belirtmektedir¹³⁹. Öte yandan bir gerçek paranın değerini düşüren sahteciliklerin sahte para üretmek kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin kanunda bir açıklık bulunmaktadır. 765 sayılı TCK'da bu hareketi daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenleyen m. 317'ye benzer bir hüküm 5237 sayılı TCK'ya dahil edilmemiştir. Kanunda açık bir düzenleme olmadığı için bu şekilde gerçek bir paranın değerini düşüren hareketlerin de sahte para üretmek kapsamında değerlendirilmesi¹⁴⁰ ve cezalandırılması gerektiği; çünkü değeri düşürülmüş olan gerçek paranın da artık sahte para niteliğine bürüneceğini ve bu parayı bilmeden kabul eden kişileri mağdur edeceği söylenebilirse de burada cezalandırma ihtiyacı, değer artırılarak sahtecilik yapıldığı hallere göre bir ölçüde azalmaktadır. Bu bakımdan kanunkoyucunun bu durumu daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenlemesi daha adil olacaktır.

Diğer taraftan tedavüle koymak hareketinin gerçekleşebilmesi için sahte paranın piyasaya girmiş olması ya da piyasaya girme bakımından yakın bir tehlikeyi barındırması gerekir. Bu amaca yönelik olarak örneğin sahte paranın reklamının yapılması ya da ilanına konulması veya satışa arz edilmesi tedavüle koymak unsurunun gerçekleştiği şeklinde değerlendirilmemelidir. Sahte paranın henüz dolaşıma katılmadığı; ancak bu yolda ilana konulduğu ya da satışa arz edildiği durumlarda eylemin henüz teşebbüs aşamasında olduğu söylenmelidir¹⁴¹.

cc. Nedensellik Bağı

Parada sahtecilik suç tipinde yer alan hareketlerin birçoğu neticesi harekete bitişik suçlardır. Bunlar arasında sadece tedavüle koymak, neticesi harekete bitişik olmayan bir suçtur ve fail, sahte parayı kendi tasarruf alanından çıkartıp bir başkasının tasarruf alanına sokmuş olmalıdır. Ancak bu süreçte de objektif isnadiyet bakımından özellik gösterebilecek bir sebep ortaya çıkabileceğinin söylenmesi pek mümkün gözükmemektedir.

139 “Sahte paranın üretilmesiyle birlikte kamu güveninin zedelendiği toplumun zarar görmesi tehlikesi yaratıldığı için bu suçta korunan hukuksal yararın kamu güveni olduğu ve eylemin suç teşkil etmesi için zarar doğması gerekmeyip parada sahteciliğin yapılmasının yeterli olduğu görüşü öğretisi ve uygulamada benimsenmektedir. Tedavüle koyma sadece seçimlik hareketlerden biri olup, suçun sahte paranın üretilmesi, ülkeye sokulması, nakledilmesi, muhafaza edilmesi, bilerek kabul edilmesi şeklindeki seçimlik hareketlerle de işlenmesi olanaklıdır. Bununla birlikte parada sahtecilik eylemi, sahte paranın tedavüle konulması şeklinde gerçekleştirilmişse bireyler de maddi zarara uğramış olacaktır.” YCGK, T. 9.10.2012, E. 2012/8-525, K. 2012/1805 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020)

140 Sahte para üretmek hareketinin tek başına “sahte para üzerinde başkalarını aldatacak şekilde değişiklik yapmayı” içermediğine ilişkin yukarıda yapılan açıklamalarımızın geçerliliğini koruduğu vurgulanmalıdır. Dolayısıyla sahte paranın değerini artıran ya da azaltan her türlü değişiklik yapma hareketi mevcut TCK m. 197 karşısında cezalandırılabilir değildir. Ancak yine de gerçek bir paranın değerini azaltarak yapılan değişikliklerin (sahteciliklerin) TCK m. 197'ye “gerçek bir parayı başkalarını aldatacak şekilde değiştirme” hareketinin eklenmesinin yanı sıra bir cezayı azaltıcı sebep olarak eklenmesi gerektiği vurgulanmak istenmektedir.

141 Reklamını yapmak, ilan vermek gibi eylemleri tedavüle koymak olarak değerlendiren görüş için bkz. Tekin, s. 81.

d. Nitelikli Haller

TCK m. 197/ 3'teki suçun oluşabilmesi için, failin sahte parayı bu özelliğini bilmeden kabul etmesi ve buna ek olarak bu parayı tedavüle koyması gerekmektedir. Dolayısıyla TCK m. 197/ 3'ün TCK m. 197/ 1'in daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olduğu söylenmelidir. Çünkü bir suçun nitelikli hali, temel suç tipindeki unsurların yanı sıra ek başka unsurları da içerir ve böylece temel suç tipine oranla suçun haksızlık içeriğini artırır ya da azaltır¹⁴². TCK m. 197/ 3, TCK m. 197/ 1'deki unsurlara ek unsurlar içermekte ve buna bağlı olarak eylemin haksızlık içeriği azalmaktadır.

Ayrıca muhafaza etmek eylemi ile bilerek kabul etmek eylemi arasında oldukça önemli bir ceza miktarı farkı bulunmaktadır. Bu bakımdan iki fıkra arasında suçun temel hali – nitelikli hali ayrımı ilişkisinin bulunup bulunmadığı tartışılabilir. Bu hususla ilgili olarak yukarıdaki formülden ayrılmamak gerekir. TCK m. 197/ 1 ile m. 197/ 2'nin unsurları karşılaştırılmalıdır. Bu karşılaştırma sonucunda m. 197/ 1 ile m. 197/ 2'deki unsurlar arasında “temel suç tipindeki unsurların yanı sıra ek başka unsurları da içermeye” ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla her iki fıkradaki eylem arasında bir ilişki bulunmadığından her bir fıkradaki suçun farklı suçlar olduğu kabul edilmelidir. Her ne kadar TCK m. 197/ 2'nin cezası TCK m. 197/ 1'in cezasından daha hafif olsa dahi bu ikinci fıkranın ilk fıkranın nitelikli hali olduğunu tek başına göstermez. Ayrıca her iki fıkradaki suçun davranış normlarının kısmen de olsa örtüşmesi gerekir. Bu iki fıkra arasında bu tür bir ilişki bulunmamaktadır. İkinci fıkradaki hareket, ilk fıkradaki hareketin ön aşamasıdır. Bu bakımdan ikinci fıkra ile ilk fıkradaki davranış normlarının kısmen de olsa denklik taşıması mümkün olmamaktadır.

Öte yandan Alman Ceza Kanunu § 146/ 2'de “*Fail suçu profesyonel olarak ya da parada sahteciliğin işlenmesi için kurulan bir örgütün üyesi olarak gerçekleştirmişse verilecek ceza iki yılın altında olamaz.*” şeklinde bir nitelikli hale yer verilmiştir. Bu nitelikli hal TCK m. 197'de yer almamaktadır. Fakat bu tür bir nitelikli hale TCK m. 197'de de yer verilmesinin gerektiği söylenebilir. Parada sahtecilik suçu bir suç örgütü bünyesinde işlenmeye elverişli bir suç tipidir. Çünkü sahte para üretmek belirli bir altyapı, hazırlık ve organizasyonu gerektirmektedir. Özellikle aldatma kabiliyetini haiz bir sahte para üretilebilmesi bakımından çoğu zaman böyle bir organizasyon gerekir. Bu bakımdan failin bir suç örgütünün sağladığı altyapı, hazırlık ya da organizasyon gibi bir kolaylaştırıcı faktörden faydalanarak suçu daha kolay işlemesi söz konusu olabilir. Bu noktada kanunkoyucunun bunu bir nitelikli hal olarak düzenlememesinin sebebi suç politikası gereği bu tür bir durum söz konusu olduğunda failin zaten TCK m. 220'ye dayalı olarak ayrıca cezalandırılacağı düşüncesi olabilir. Bu, kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Fakat TCK'da pek çok suç tipinde suçun bir suç örgütü faaliyeti kapsamında işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlendiğinden kanunkoyucunun TCK m. 197 bakımından bu tür bir nitelikli hale yer vermemesi kendi suç politikası ile örtüşmemektedir.

Alman Ceza Kanunu § 146/ 3'te, hafif haksızlık içeren parada sahtecilik eylemlerinde daha az ceza verilmesi düzenlenmiştir. Bu tür bir düzenleme parada sahtecilik suçu bakımından yerinde olabilir.

142 **Kindhäuser** Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Auflage, Baden Baden 2013, § 8 kn. 7; **Heinrich** Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, Stuttgart 2012, kn. 524; **Önder**, s. 181, 182; **Meraklı** Serkan, “*TCK M. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi*”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2019/2, s. 333.

Somut olayda çok düşük değerinde parada sahtecilik yapılmış ise bu eylemi TCK m. 197/ 1'de oldukça ağır bir şekilde öngörülen yaptırıma tâbi tutmak çok adil olmayabilir. Çünkü 20 TL tutarındaki bir banknotun tedavüle konulmuş ya da muhafaza edilmiş olması ile on milyonlarca TL tutarındaki banknotlar bakımından aynı eylemin gerçekleştirilmesi arasında neticenin haksızlık içeriği bakımından önemli bir yoğunluk farkı bulunmaktadır. Ancak daha az cezayı gerektiren daha hafif haksızlık içeren olaylar bununla sınırlı olmayabilir. Örneğin, sahte olarak üretilen paranın bu özelliği kolay bir şekilde fark ediliyor olabilir. Sahte para üzerindeki sahtecilik eylemi amatörce yapılmış olabilir. Gençler arasında eğlence amaçlı renkli fotokopi şeklinde çoğaltılmış banknotlar şeklinde bu suç işlenmiş olabilir. Ya da kendisine sahte para verildiğini öğrenen kişinin bu sahte parayı veren kişiye iade ederek bu suçu işlediği durumlarda bu nitelikli hal uygulanabilir¹⁴³. Bu konuda başka bir örnek olarak bir kasiyerin müşteri ile tartışmadan kaçınmak amacıyla sahte olduğunu öngördüğü bir parayı kabul edip bir başkasına para üstü olarak vermesi sayılabilir¹⁴⁴.

Kanunkoyucu sahte paranın değerinin azlığını faile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenleyebilirdi. Bu tür bir hükme TCK'da yer verilmemesinin sebebi olarak parada sahtecilik suçunun malvarlığına karşı işlenen bir suç olmayıp kamu güvenine karşı işlenen suçlardan olması gösterilebilir. Ancak kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan biri olan zimmet suçu bakımından TCK m. 249'da malın değerinin azlığına yer verilmiştir. Dolayısıyla parada sahtecilik suçu bakımından da malın değerinin azlığının faile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilebilmesi söz konusu olabilirdi.

Diğer taraftan 765 sayılı TCK'da gerçek bir paranın değerini azaltan sahtecilik eylemini daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenleyen m. 317'ye benzer bir hüküm 5237 sayılı TCK'ya dahil edilmemiştir. Bu tür bir hükme yer verilmemiş olmasının da bir eksiklik olduğu söylenebilir.

2. Manevi Unsur

TCK m. 197'de yer alan parada sahtecilik suçunun her seçimlik hareketinin genel kastla işlenebileceği görülmektedir. Çünkü suç tipini tanımlayan madde metninde özel kasttan bahsedilmemiştir. Buradan yola çıkarak sahte olarak üretmek, ülkeye sokmak, nakletmek, muhafaza etmek ve tedavüle koymak hareketlerinin her birinin genel kastla işlenmesi yeterli görünmektedir. Ancak mehz Alman Ceza Kanunu § 146'daki düzenlemeye ve 765 sayılı TCK döneminde öğretilerdeki tartışmalara bakıldığında parada sahtecilik suçunun özel kastla işlenebilecek şekilde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı söylenebilir. Gerçekten, failin suç tipinde sayılan hareketleri "sahte parayı tedavüle koyma amacıyla" ya da "sahte paranın tedavüle konulmasına imkan sağlama amacıyla" gerçekleştirilmesinin aranması gerekirdi¹⁴⁵. Bu suç tipi her ne kadar bir tehlike suçu olarak düzenlenmişse de, burada failin er ya da geç bu parayı tedavüle koyma ya da paranın tedavüle konmasına imkan sağlama amacıyla hareket etmiş olması ayrıca aranarak, cezalandırma çemberinin daraltılması yerinde olurdu. 765 sayılı TCK

143 Fischer, § 146 kn. 32.

144 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 28.

145 Nitekim 765 sayılı TCK döneminde özel kast aranmakta ve bunun yerinde olduğu kabul edilmekteydi. Bkz. Erem, s. 593.

döneminde de m. 316 ve devamında özel kast unsuruna yer verilmemişse de tedavüle koymak hareketi dışında kalan hareketler bakımından özel kastın bulunması gerektiği ifade edilmekteydi¹⁴⁶. Kanımızca, kanundaki suç tipinde özel kasta açıkça yer verilmediği sürece suçun oluşması özel kastın varlığına bağlanamaz. Bu nedenle bu suçun her ne kadar özel kast koşuluna bağlanması gerekiyor olsa da, TCK m. 197'de yer verilen suç tipi karşısında artık genel kastın da manevi unsurun oluşması için yeterli olduğunun kabulü gerekmektedir.

Parada sahtecilik suçunun özel kastla işlenmesinin suç tipinde yer alması hem suçun işlenebilme imkanını sınırlandıracaktır, hem de sadece cezalandırmaya layık bir haksızlığın olduğu durumlarda bu suçun devreye girebilmesini sağlayacaktır. Mevcut düzenleme karşısında failin tedavüle koyma amacı bulunmadığı hallerde dahi bu suçun işlenmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin fail şaka amaçlı olarak arkadaşına sahte bir para verse ve çok kısa bir süre içinde arkadaşı bu parayı piyasaya sürme imkanı dahi bulmadan ona durumu açıklayıp sahte parayı ondan alsa dahi TCK m. 197 karşısında parada sahtecilik suçu oluşmaktadır. Halbuki, burada failin sahte parayı piyasaya sürme kastı bulunmamakta; sadece muhafaza ettiği sahte parayı arkadaşına eğlence amacıyla vermektedir. Burada failin eyleminin cezalandırmaya layık bir haksızlık içerdiğini söylemek zor gözükmektedir¹⁴⁷. Benzer bir şekilde kendi imkanlarıyla sahte para üretip üretmeyeceğini; üretirse bunun ne kadar aldatıcı olabileceğini ve resmî olarak üretilen paranın güvenlik önlemlerinin ne ölçüde yeterli olduğunu anlayabilmek için sahte para üreten ve daha sonra bu parayı imha eden failin eylemi, fail bunu her ne kadar piyasaya sürme kastı ile gerçekleştirmemesine rağmen TCK m. 197 karşısında parada sahtecilik suçunu oluşturmaktadır. Başka bir örnek olarak failin bilmeden kabul ettiği bir sahte paranın bu özelliğini fark ettikten sonra bunu koleksiyon olarak ya da özgün bir eşya olduğu için saklaması durumunda üzerinde ya da evinde yapılan bir aramada ele geçirildiği takdirde sahte parayı muhafaza etme suçunu işlemiş olmaktadır¹⁴⁸. Çünkü TCK m. 197/ 1 karşısında sahte parayı tedavüle koyma amacı olmasa dahi muhafaza ediyor olması suçun oluşması bakımından yeterli olmaktadır. Bu durumun cezalandırılabilirliğin sınırlarını oldukça genişlettiği söylenmelidir.

Failin kastının bulunduğunu söyleyebilmek için iradesini dış dünyaya yansıttığını gösteren hareketlerinin bulunması gerekmektedir. Dış dünyaya yansıyan bu hareketler failin iradesinin göstergesi olarak kastının varlığının tespit edilebilmesini sağlayacaktır. Örneğin, sahte para ürettiğini gösteren bir hareketi bulunmadığı sürece failin bu sahte parayı ürettiği söylenemez. Üzerinde sahte para ile yakalanan bir failin sahte para üretme eylemini işlediği salt bu tespite dayalı olarak kabul edilemez. Bu durumda failin paranın sahte olduğunu bilmesi söz konusuysa sadece sahte parayı muhafaza etmek eyleminden ötürü ceza verilebilir.

146 Bkz. **Erman**, Sahtekârlık, s. 136 – 137; **Erman/ Özek**, s. 130 – 132. Her hareketin sadece özel kastla gerçekleştirilebileceğini savunan görüş için bkz. **Gözübüyük**, 225, 226, 228, 229, 230.

147 Bkz. ve krşl. **Erem**, s. 593; **Erman**, Sahtekârlık, s. 136 – 137; **Erman/ Özek**, s. 130 – 131.

148 Örneğin bkz. “*Uyuşturucu madde kaçakçılığı nedeniyle üstü aranan sanığın, üzerinde sahteliği Merkez Bankası raporuyla saptanan 100 Amerikan Doları ele geçirildiği paranın sahteliğini bildiğini ve koleksiyon nedeniyle yanında bulundurduğunu savunması karşısında, eyleminin, 5237 sayılı TCK.nun 197/1.maddesinde tanımlanan suçtu oluşturabileceği...*” Yarg. 4. CD, T. 6.12.2010, E. 2010/19908, K. 2010/20142(www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.05.2020).

Ülkeye sokmak eyleminin oluşabilmesi için failin ülkeye soktuğu sahte paranın bu özelliğini biliyor olması gerekmektedir. Eğer manevi unsur aranmaksızın salt maddi unsur üzerinden cezalandırma yapılırsa objektif sorumluluğuna gidilmiş olunacaktır; ki bu durum kusur ilkesine aykırılık teşkil eder. Bu bakımdan örneğin bir tır şoförü, taşıdığı malların sahte para içerdiğinden haberdar değilse bu durumda taksirle hareket ettiği söylenebilir. Onun olası kastının varlığı ise kendisinde bu yönde bir şüphe oluşturacak olgulara tanık olmuşsa gündeme gelebilir.

Muhafaza etmek eylemi bu suçun sınırlarını oldukça genişletmektedir. Nitekim 765 sayılı TCK m. 316'nın ilk halinde muhafaza etmek eylemi yer almamaktaydı. Bu hareket, kanuna sonradan eklenmişti. 5237 sayılı TCK m. 197'de ise muhafaza etmek eylemi başından beri yer almaktadır. Muhafaza etmek eylemi çok geniş bir çerçeveye sahip olduğundan örneğin üzerinden sahte para çıkan her failin bu suçu işlediği sonucunu ortaya koyabilir. Burada özellikle manevi unsur araştırılmaksızın yapılacak bir değerlendirme objektif sorumluluk tehlikesini beraberinde getirecektir. Çünkü bir paranın sahte olup olmadığını çoğu insan anlayamayabilir ya da parayı incelemeyi için fark etmeyebilir. Ya da çantasına ondan habersiz olarak bir başkası tarafından konulmuş olabilir. Bu bakımdan muhafaza etmek eyleminin oluştuğundan söz edebilmek için mutlaka failin üzerinde taşıdığı paranın ya da bir yerde muhafaza ettiği paranın sahte nitelik taşıdığını biliyor olduğunu dış dünyaya yansıtması gerekmektedir. Bunun ispatlanamaması durumunda artık şüpheden sanık yararlanır ilkesi devreye sokulmalıdır. Nitekim Yargıtay da failin paranın bu niteliğini biliyor olması gerektiğini vurgulayan kararları bulunmaktadır¹⁴⁹.

TCK m. 197/ 2'de failin sahte parayı bilerek kabul etmesi unsuruna yer verildiğinden artık failin olası kastla hareket ettiği; yani paranın çok büyük ihtimalle sahte olduğunu düşünmesine rağmen parayı yine de kabul ettiği durumlarda bu fıkradaki suçun oluşması mümkün olmaz. Çünkü bu tür durumlarda bilmek değil, öngörmek söz konusu olmaktadır. Bilmek bir kesinlik içerirken öngörmek ise bir ihtimal içermektedir. Bu bakımdan kanunkoyucunun sadece failin paranın bu özelliğini bildiğinin tespit edilebildiği durumlarda bu hükmün uygulanmasını istediği söylenebilir.

TCK m. 197/ 3'teki nitelikli halin uygulanabilmesi için ise failin sahte parayı basit veya bilinçli taksirle ya da olası kastla kabul etmiş olması mümkündür. Failin parayı bilerek yani doğrudan kastla kabul ettiği durumlarda bu fıkradaki suç oluşmayacaktır.

Yargıtay, sahte parayı tedavüle koyan failin, paranın sahte olduğunu bilip bilmediğini araştırırken failin, paranın bu özelliğini bilmemesinin inandırıcı olup olmadığı üzerinden bir değerlendirme yapmaktadır¹⁵⁰. Bu husus her ne kadar ceza muhakemesi hukuku ile de bağlantılı olsa da burada

149 “Üstü aranan sanığın, üzerinde sahteliği Merkez Bankası raporuyla saptanan 100 Amerikan Doları ele geçirildiği paranın sahteliğini bildiğini ve koleksiyon nedeniyle yanında bulundurduğunu savunması karşısında, eyleminin, 5237 SK. Md. 197/1'de tanımlanan suçu oluşturabileceği, 5235 SK. Md. 12 gereğince davaya bakma görevinin Ağır Ceza Mahkemesine ait olduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekir.” Yarg. 4. CD, T. 6.12.2010, E. 2010/19908, K. 2010/20142 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 10.05.2020).

150 “Sanık Belçin İlinov Balev'in üç gün önce sanık Balev'e ait araç ile Bulgaristan'dan Türkiye'ye geldikleri, sanık Cahit'in Menderes İlçesindeki evinde kaldıkları, olay günü Balev'e ait araç ile Seferihisar İlçesinde Petrol Ofislerinden benzin aldıkları, benzin istasyonunda görevli tanık anlatımları ve teşhis tutanaklarına göre benzin parasını sanık Cahit'in, sanık Balev'den aldığı sahte 50'lik Euroolar ile ödediğinin belirlendiği, bu oluş içerisinde sanık Cahit'in paraların sahte olduğunu bilmediği

hakimin vicdanî kanaatini somut olgular üzerinden oluşturması gerekir. Her ne kadar dipnotta yer verilen Yargıtay kararında failin benzinliğe gelmeden önce diğer faildeki paraların sahte olduğunu bilip bilmediğine ilişkin bir veri bulunmuyor olsa da somut olayda mahkeme, failin diğer failden benzin ücretini ödemek için para isteyip parayı doğrudan benzinciye uzatmasından ötürü failin parayı kontrol etme imkanının olmadığını; bu nedenle de sadece taksirle hareket etmiş sayılacağına ikna olmamıştır. Her ne kadar Yargıtay, gerekçesinde kastın bulunmadığına ikna olmamasını gerektiren sebepleri belirtmemiş olsa da failin dış dünyaya yansıyan davranışı öncelikle TL değil Euro kullanmasından ötürü Yargıtay'a şüpheli gözükmüş olabilir. Ayrıca, diğer failin yurtdışından arabası ile Türkiye'ye gelmiş olması da yüksek mahkemede şüphe yaratan diğer bir husus olabilir. Ancak bunlar her ne kadar failin paranın sahte olduğunu bildiği hususunda şüphe yaratıyor olsa da bunu kesin olarak ispatlamamaktadır. Failin aslında özen yükümlülüğüne aykırı olarak arkadaşının verdiği parayı kontrol etmeden benzinciye vermiş olması da pekâla söz konusu olabilir. Burada failin tedavüle koyduğu paranın sahte olduğunu bilerek hareket ettiğini hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde gösteren bir olgu bulunmadığı için şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği taksirle hareket ettiğinin kabulü gerekir. Failin, örneğin yurtdışından gelen arkadaşının daha önce sahte para kullandığını bilmesi durumunda artık somut olayda ondan aldığı parayı kontrol etmeden tedavüle koyması bakımından en azından olası kastla hareket ettiği söylenebilir. Ancak Yargıtay'ın anılan kararında böyle bir veri bulunmamaktadır. Bu nedenlerden ötürü Yargıtay'ın adeta niyet okuyarak hüküm kurması eleştirilmelidir.

Yargıtay'ın bir başka kararında ise failin bankaya müracaat edip elindeki paralarını kontrol ettirmesini ve yetkili mercilerle iletişime geçmiş olmasını, paraların sahte olduğunu bilmediğinin; diğer bir deyişle kastının bulunmadığının bir göstergesi olarak değerlendirdiği görülmektedir¹⁵¹.

B. Hukuka Aykırılık

Bu bölüm altında işlenen suçlarla korunmak istenen hukuki yararın “kamu güveni” olduğu öğretide hemen hemen tüm görüşler tarafından kabul edilmekte olduğundan, bu suçla, sahte para aracılığıyla aldatılan ilgilinin şahsi malvarlığı menfaati korunmamaktadır¹⁵². Çünkü ilgilinin menfaatinden çok piyasaya büyük miktarlarda sahte para salınımı olması halinde, toplumda paranın geçerliliğine duyulan güvenin ağır bir şekilde zedelenmesi sonucu ekonomik hayatın zarar görmesinin

ve benzin parasını sanık Balev'in kendisinin ödediği yönündeki savunmalarının olaya uygun ve inandırıcı bulunmadığı ve atılı suçun oluştuğu gözetilmeden, sanığın mahkumiyeti yerine yazılı gerekçelerle beraatine karar verilmesi doğru değildir.” Yarg. 8. CD, T. 28.2.2008, E. 2006/10207, K. 2008/1176 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

151 “*Oluşu ve tüm dosya kapsamına göre, suçla konu paraların tesliminden önce sahte olup olmadığına ilişkin sanığın huzurunda kontrol yapılmadığı, sanık tarafından paraların büyük bir kısmının aynı gün sahiplerine dağıtılmasından sonra, parasını bankaya yatırmak isteyen müvekkillerinden birinin paraların arasında sahte para bulunduğunu bildirmesi üzerine, sanığın elinde kalan tüm paraları kontrol ettirmek amacıyla bankaya götürdüğü ve idari mercilere haber verdiği anlaşılmakla; sanığın üzerine atılı suçla işlediğine ilişkin, savunmasının aksine kuşkudan öte kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilerek beraatine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine hükümlenmesi,...*” Yarg. 8. CD, T. 13.4.2011, E. 2011/720, K. 2011/3098 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

152 **Systematischer Kommentar – Stein**, Vor § 146 kn. 3; **Fischer** Thomas, Strafgesetzbuch, 61. Auflage, München 2014, Vor § 146 kn. 2; **Münchener Kommentar-Erb**, Vor § 146 kn. 2; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 1.

engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu suçla korunan hukuki değer, para dolaşımının ve TCK m. 198'de yer verilen paraya eşit sayılan değerlerin dolaşımının toplum nazarındaki güvenliği ve güvenilirliği olduğu için¹⁵³ bu suçta suçtan zarar gören statüsündeki “muhatabın” göstereceği rıza bir hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez¹⁵⁴. İlgilinin rızasının, eylemi hukuka uygun hale sokabilmesi için muhatabın suçla korunan hukuki değer konusunda irade açıklama hakkının bulunması gerekir.

Bu durum şu şekilde izah edilebilir: Hukuki değerlerin sahipleri ile taşıyıcıları her zaman bireyler olmayabilir. Hukuki değerlerin sahipleri daima bireylerdir¹⁵⁵; çünkü işlenen her suç ile toplumdaki her bireyin menfaati doğrudan ya da dolaylı olarak zedelenmektedir. Ancak buna rağmen kimi zaman bu hukuki değerın taşıyıcısı bireylerden ziyade devlet ya da toplumun geneli olabilmektedir¹⁵⁶. Bu suçlardan biri de parada sahtecilik suçudur. Bu suçta, hukuki değerın sahibi her ne kadar muhatap olsa da hukuki değerın taşıyıcısı somut olaydaki muhatap değildir. Bu nedenle de failin eylemine rıza gösterme hakkı muhatapta bulunmamaktadır.

Ayrıca, bir ceza soruşturması kapsamında CMK m. 139/ 7 – a (2) kapsamında suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu kapsamında sahte para ürettiği iddia edilen bir örgüt ile ilgili olarak görevlendirilen bir gizli soruşturmacının, sahte paraları failden bu özelliğini bilerek kabul etmesi durumunda, sahte parayı veren fail, TCK m. 197/ 1 kapsamında (teşebbüs aşamasında kalan) sahte parayı tedavüle koyma suçunu işlemiş olur. Sahte parayı tedavüle koyan fail, muhatabının gizli soruşturmacı olduğunu bilmediği için eylemi teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilir. Bunun yanı sıra, bu noktada gizli soruşturmacının ya da ajan provokatörün TCK m. 197/ 2'deki suç tipine uyan “sahte parayı bilerek kabul etme” suçu bakımından cezasız kalmasının sebebine de değinmekte fayda vardır. Çünkü mesele TCK m. 40/ 1'de yer alan bağlılık kuralı bakımından da önem arz etmektedir. Kural olarak şerik de suçün tamamlanmasına yönelik bir kasta sahip olmalıdır. Şerikin, sadece doğrudan failin suçu tamamlanmaya yönelik kastını biliyor olması yetmez; ayrıca kendisinin de bu yönde kastının bulunması gerekir¹⁵⁷. Ancak gizli soruşturmacı ya da ajan provokatörün konumunda olan bir şerikin kastı, eylemin teşebbüs aşamasına kadar gelmesini ve bu noktada failin suçüstü şekilde yakalanmasını sağlamaktır. İşte gizli soruşturmacı ya da ajan provokatörün, azmettirilenin sadece teşebbüs aşamasına kadar ulaşmasını istemesi karşısında kastı, sıradan bir azmettirenin kastına oranla daha dar kapsamlı kalmakta ve bu durum onun cezasız kalmasına yol açmaktadır¹⁵⁸. Diğer bir

153 Schönke/ Schröder – Sternberg – Lieben, § 146 kn. 1; Lackner/ Kühn/ Heger, § 146 kn. 1; Systematischer Kommentar – Stein, Vor § 146 kn. 2; Fischer, § 146 kn. 2; Ruß Wolfgang, StGB Leipzig Kommentar, Band VI, 12. Auflage, Berlin 2010, Vor § 146 kn. 6; Kindhäuser Urs, Strafgesetzbuch Lehr – und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden Baden 2013, Vor §§ 146 – 150 kn. 1; Wessels/ Hettinger, kn. 920; Rengier, § 39 kn. 1; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 2; Leipold Klaus/ Tsambikakis Michael/ Zöllner Mark A. – Brehmeier-Metz Doris, Strafgesetzbuch AnwaltKommentar, 1. Auflage, Bonn 2011, Vor § 146 kn. 2.

154 Tezcan/ Erdem/ Önok, s. 1036; Hafızoğulları/ Özen, s. 146; Yıldız, s. 25.

155 Ünver, s. 488.

156 Ünver, s. 488.

157 Jakobs Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin New York 1991, s. 683 – 684.

158 Stratenwerth Günter/ Kuhlen Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Auflage, München 2011, § 12 kn. 150; Kühn Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008, § 20 kn. 201; Heinrich, kn. 1362 – 1363. Ayrıca bkz. Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, § 26 kn. 8, 151 vd.; Jescheck Hans – Heinrich/ Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996, s. 687 – 688.

deyişle gizli soruşturmacı veya ajan provokatör, kastı, suçun tamamlanmasına ilişkin olmamasından ötürü¹⁵⁹ ve buna bağlı olarak hukuki değeri ihlal etmeye yönelik bir iradesinin bulunmamasından ötürü¹⁶⁰ teşebbüsten dahi cezalandırılmamaktadır. Dolayısıyla gizli soruşturmacı ya da ajan provokatör bakımından istisnai bir yorum yapılmalı ve yalnızca teşebbüs aşamasına getirmek istediği eylemin söz konusu olduğu hallerde onun istisnai olarak cezasız kalması gerektiği söylenmelidir¹⁶¹.

V. KUSURLULUK

Parada sahtecilik suçunda kusurluluk¹⁶² bakımından özellik gösterebilecek hallerden bir tanesi haksızlık hatasıdır. Sahte olduğunu fark ettiği parayı sahibine iade eden fail, eyleminin TCK m. 197/ 3'teki eyleme uyduğunu bilmeyebilir. Başka bir deyişle bu eylemin bir haksızlık (suç) oluşturduğunu; eyleminin hukuk düzeni ile çatıştığını bilmiyor olabilir. Aynı durum TCK m. 197/ 2 bakımından da geçerlidir. Bu durumda failin düştüğü bu haksızlık hatasının somut olayın özellikleri çerçevesinde kaçınılabılır bir nitelik taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır. Örneğin, fail bir döviz bürosu, kuyumcu ya da bankada çalışan biriye sahte parayı iade etmenin haksızlık oluşturduğunu bilmemesinin kaçınılmaz bir hata teşkil edeceği söylenemez. Zira, para alım satımına dayalı bir mesleği icra eden failin bu konuda bilgi sahibi olması gerekmektedir. Eğer bu konuda bilgi sahibi değilse icra ettiği meslekle ilgili esaslı bilgileri öğrenmediği için kaçınılabileceği bir hataya düştüğü söylenmelidir. Benzer bir değerlendirme esnaf ya da tacir olarak faaliyet gösteren kişiler için de geçerli olacaktır. Bu bakımdan ticari hayatta parada sahtecilik suçu ile ilgili kaçınılmaz nitelik taşıyan bir haksızlık hatasına düşülmesi pek mümkün gözükmemektedir.

Öte yandan fail, bilerek neden olmadığı ve başka türlü korunmasının mümkün olmadığı ağır ve muhakkak bir tehlikeye karşı koyma zorunluluğu altında parada sahtecilik suçunu işlemiş olabilir. Bu durumda TCK m. 25/ 2'deki zorunluluk hali gündeme gelebilir. Bu konuda örnek olarak, failin çocuğunun yakalandığı bir hastalığa karşı Sosyal Güvenlik Kurumu'nun karşılamadığı çok pahalı bir ilaca ihtiyacı olabilir. Bu ilacın giderlerini karşılamak için elinde başka hiçbir çare kalmamışsa ve çocuğunun yaşamının sona erme ihtimalinin çok büyük bir olasılık taşıdığı bir durumda failin sahte para üretme, nakletme, tedavüle koyma gibi eylemleri gerçekleştirmesi durumunda fail TCK m. 25/ 2'deki bütün koşulları sağlıyor ise zorunluluk halinden faydalanabilmelidir. Bunun için ölüm tehlikesinin mutlaka oldukça yakın bir ihtimal olarak kabul edilebiliyor olması gerekmektedir. Bu sayede TCK m. 25/ 2'deki "ağır ve muhakkak bir tehlike" koşulu gerçekleşmiş olacaktır. Bu örnekte failin korumak istediği hukuki değer yaşam hakkı iken, müdahale ettiği hukuki değer kamu

159 Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 167 – 168; Öztürk/ Erdem, s. 357.

160 Jakobs, s. 683 – 684. Ayrıca bkz. Hakeri, 583.

161 Roxin, § 20 kn. 151 vd.; Jescheck/ Weigend, s. 687 – 688; Heinrich, kn. 1363; Demirel Muhammed, Suça İştirakate Bağlılık Kuralı, İstanbul 2017, s. 338. Bu hususta gönüllü vazgeçmeden hareket eden görüş için bkz. Zafer, s. 488 – 499; Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 534. İşlenemez suç söz konusu olduğu için gizli görevlinin ya da ajan provokatörün cezasız kalacağı görüşü için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız, s. 535.

162 Kusurluluğu suçun değil cezalandırılabilirliğin bir unsuru olarak gördüğümüz için kusurluluk başlığına suçun unsurları dışında yer vermekteyiz. Bu hususla ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. Meraklı Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 47 vd.

güvenidir. Bu iki hukuki değer arasında yaşam hakkı lehine bir ağırlık farkı söz konusudur. Buradan hareketle, her ne kadar TCK m. 25/ 2 ve CMK m. 223 gereği zorunluluk halinin mazeret sebebi olduğu kabul edilmekte ise de değerler arasında ağırlık farkının bulunduğu bu tür bir örnekte hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin oluştuğu kabul edilmelidir. Nitekim Alman Hukuku'nda da zorunluluk halinin mazeret sebebi olan türü ile hukuka uygunluk sebebi olan türü arasında bir ayırım yapılmaktadır. Hukukumuz bakımından da hukuka uygunluk sebeplerinin mutlaka kanunda düzenlenmesi gerekmediği için, çatışan değerler arasında ağırlık farkının bulunduğu hallerde hukuka uygunluk sebebi olan zorunluluk halinin gerçekleştiği kabul edilebilir¹⁶³.

VI. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

I. Teşebbüs

Teşebbüs hükümleri incelenirken TCK m. 197'nin her fıkrasındaki suç bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır. TCK m. 197/ 1'deki hareketlerden sahte olarak üretme bakımından teşebbüsten söz edebilmek için failin sahtecilik hareketine başlamış olması gerekmektedir¹⁶⁴. Sahtecilik hareketinde kullanılacak aletlerin tedarik edilmesi TCK m. 197/ 1'deki sahtecilik eyleminin hazırlık hareketi niteliğinde olup teşebbüs olarak nitelendirilemez¹⁶⁵. Kaldı ki bu aletlerin tedarik edilmesi TCK m. 200'deki para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlarla ilgili suçu oluşturmaktadır¹⁶⁶. Failin sahtecilik hareketine doğrudan doğruya elverişli hareketlerle başladığının kabulü bakımından, suçun oluşması için gerekli olan gerçek paraya benzerliğin sağlanmış olması ya da diğer bir deyişle aldatma kabiliyetine ulaşılmış olunması gerekmez. Pekâla sahtecilik hareketini gerçekleştirirken henüz sahte para olarak kabul edilebilecek bir para üretilmiş olmasa da failin teşebbüs alanına girdiği kabul edilir¹⁶⁷. Örneğin baskı sayfası içerisinde kesilmeden yer alan paralar¹⁶⁸ henüz sahte para niteliğinde kabul edilmediğinden failin bu paralar ile yakalanmış olması durumunda eylem

163 Bu hususla ilgili görüşler ve tartışmalar hakkında bkz. ve karşı. **İçel**, s. 330 vd.; **Öztürk/ Erdem**, s. 282 vd.; **Demirbaş**, s. 296 vd.; **Özgenç**, s. 435 vd.; **Özbek Veli Özer/ Doğan Koray**, "Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/ 2) Hukuki Niteliği", DEÜHFD, C. 9, S. 2, İzmir 2007, s. 200 vd.; **Özbek/ Doğan/ Bacaksız**, Genel Hükümler, s. 378 vd.; **Zafer**, s. 332 vd.; **Erman** Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006, s. 296 dpn. 56; **Koca/ Üzümler**, Genel Hükümler, s. 344 vd.; **Kangal Zeynel T.**, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010, s. 165 vd.; **Dülger** Murat Volkan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", CHD, Nisan 2014, Y. 9, S. 24, s. 176; **Önok R. Murat/ Önay Işık**, "Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukuki Niteliği", İÜHFM, 77 (2), 2019, s. 872 vd.; **Bekar** Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013, s. 54; **Meraklı**, Kusura, s. 389 – 392.

164 **Fischer**, § 146 kn. 26; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 11; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 21.

165 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 11; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 21. Bunun hazırlık hareketi niteliğinde olduğu hakkında ayrıca bkz. **Toroslu**, s. 209.

166 **Tekin**, s. 114 – 115. Aynı şekilde Alman Ceza Kanunu § 149'daki suçu oluşturduğu hakkında bkz. **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 11; **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 21.

167 **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 11.

168 Bkz. **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 5c; **Rengier**, § 39 kn. 5; **Kindhäuser**, BT, § 61 kn. 6; **LPK – Kindhäuser**, § 146 kn. 2; **Puppe** Ingeborg, "Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten", JZ, 1997, 52. Jahrgang, C. 10, s. 497.

teşebbüs aşamasında kalmış sayılmalıdır. Çünkü para, baskı sayfasından kesilmediği sürece sahte para niteliğine sahip olmaz.

Burada elverişli olmayan bir hareketin bulunduğu; failin gerçekleştirdiği hareketle aldatma kabiliyeti bulunan bir para üretmesinin asla mümkün olmadığı tespit edilebiliyorsa artık ortada elverişli nitelikte bir hareket bulunmadığından failin teşebbüs hükümlerinden cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

TCK m. 197/ 1'deki seçimlik hareketlerden bir diğeri olan "ülkeye sokma" hareketini gerçekleştirmek isterken örneğin gümrük kapısında ya da sınır boyunda yakalanan failin eylemi teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilecektir; çünkü fail icra hareketlerine elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlamış olup elinde olmayan sebeplerle netice (sahte paranın ülkeye sokulması) gerçekleşmemiştir¹⁶⁹. Ancak burada eylem her ne kadar ülkeye sokma bakımından teşebbüs aşamasında kalmış olsa da teşebbüs aşamasındaki bu eylem TCK m. 197/ 1'deki muhafaza etmek ya da nakletmek gibi eylemleri oluşturmaktadır. Bu nedenle failin ülkeye sokma eylemi teşebbüs aşamasında kalmış olsa dahi sahte parayı muhafaza etmesinden ya da nakletmesinden ötürü suçun tamamlanan halinden cezalandırılması mümkün olacaktır.

Teşebbüs bakımından özellik gösteren hareketlerden bir tanesi de TCK m. 197/ 1'de yer verilen "muhafaza etme"dir. Muhafaza etme kesintisiz suç niteliği taşımaktadır. Bu özelliği nedeniyle de teşebbüse müsait değildir. Failin sahte parayı muhafaza etmeye başlaması ile birlikte artık suç tamamlanmış olur. Yukarıda muhafaza etme hareketi açıklanırken ifade edildiği üzere, muhafaza etme kesintisiz suç niteliği taşıdığından icra hareketlerinin, failin sahte parayı muhafaza etme eylemini dış dünyaya yansıttığının kabul edilebileceği kadar sürmesi gerekir. Örneğin, sahte parayı bilerek kabul eden fail derhal yakalandığı takdirde artık TCK m. 197/ 1'deki muhafaza etmek eyleminden değil TCK m. 197/ 2'deki sahte parayı bilerek kabul etmek eyleminden sorumlu olacaktır¹⁷⁰. Dolayısıyla sahte parayı kabul ettiği an yakalanan failin muhafaza etmeye teşebbüs ettiği değil; sadece TCK m. 197/ 2'deki sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul etme suçundan cezalandırılması gerekir.

Bu suç bakımından teşebbüse elverişli hareketlerden biri, sahte olarak üretilen paranın tedavüle konulmasıdır. Sahte parayı tedavüle koymayı amaçlayan fail bu parayı örneğin bankada, döviz bürosunda ya da bir harcama esnasında tedavüle koymaya çalışırken karşı tarafın paranın sahte olduğunu fark etmesi ve bu parayı kabul etmemesi durumunda tedavüle koyma eylemi teşebbüs aşamasında kalmış sayılır¹⁷¹. Ancak bu ana dek failin gerçekleştirdiği sahte para üretme, nakletme

169 **Erman**, Sahtekârlık, s. 128; **Erman/ Özek**, s. 121; **Tekin**, s. 78.

170 765 sayılı TCK döneminde bu tür ani şekilde gerçekleşen hallerinin de muhafaza etmek kapsamında değerlendirileceğini savunan görüş için bkz. **Erman**, Sahtekârlık, s. 130; **Erman/ Özek**, s. 122-123. Ancak kanımızca suçun ani şekilde gerçekleşip failin derhal yakalandığı hallerde muhafaza etmek eyleminin gerçekleştiği söylenemez. Zira, muhafaza etmek eyleminden söz edebilmek için sahte para üzerindeki tasarruf yetkisinin makul bir süre devam etmesi gerekir. Bu yönüyle ani hareketli "kabul etmek"ten ayrılmaktadır.

171 Failin kastı sahte parayı kabul ettikten sonra TCK m. 197/ 1'deki seçimlik hareketlerden birini gerçekleştirmek; örneğin bu parayı tedavüle koymak olsa dahi failin sahte parayı kabul ettiği an yakalanması durumunda eyleminin dış dünyaya yansıyan kısmı sadece kabul etme olduğu için TCK m. 197/ 1'e teşebbüsten değil; TCK m. 197/ 2'nin tamamlanmış halinden cezalandırılması gerekir. Bkz. **Yıldız**, s. 24.

ya da muhafaza etme hareketleri tamamlanmış ise TCK m. 197/ 1'deki parada sahtecilik suçunun tamamlandığı kabul edilecektir¹⁷². Failin gizli polise ya da gizli soruşturmacıya sahte para vermek suretiyle tedavüle koyma hareketini gerçekleştirmesi durumunda her ne kadar parayı bir başkasına verdiği için tedavüle koyma hareketinin gerçekleştiği söylenebilirse de burada muhatabı gizli polis ya da gizli soruşturmacı olduğu için failin eylemi tedavüle koyma bakımından teşebbüs aşamasında kalmış sayılır¹⁷³. Ancak bu örnekte de failin muhafaza etme ya da nakletme gibi diğer eylemleri oluşturduğu için TCK m. 197/ 1'in tamamlanmış halinden cezalandırılması mümkün olacaktır.

Öte yandan TCK m. 197/ 1'deki tedavüle koyma eyleminin gerçekleşebilmesi için failin muhatabının paranın sahte olduğunu bilmiyor olması gerekmektedir. Eğer muhatap paranın sahte olduğunu bilerek kabul ediyor ise bu işlem tedavüle koyma eylemini oluşturmaz. Örneğin, failin kendisine vereceği banknotların sahte olduğunu bilen ya da çok büyük ihtimalle öyle olduğunu düşünen bir muhatap, fail kendisine paraları verir vermez polisi çağırır ve kamera kayıtları ile hangi banknotların kendisine verildiğini ispatlasa ve bu banknotların sahte olduğu tespit edilse burada failin eylemi tedavüle koyma olarak değil; tedavüle koymaya teşebbüs olarak nitelendirilir¹⁷⁴.

TCK m. 197/ 2'deki hareket olan bilerek kabul etme bakımından ise fail kabul etme iradesinin bulunduğunu dış dünyaya yansıtmasına rağmen elinde olmayan sebeplerle sahte parayı kabul edememesi halinde teşebbüs söz konusu olabilir. Örneğin, failin sahte parayı inceleyip parayı tedavüle koyan diğer faile yanında daha ne kadar sahte para bulunduğunu sorması esnasında yakalanması teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını gerektirir. Buna karşın, karşısındaki kişi gizli soruşturmacı, gizli polis ya da herhangi bir başka kişi olsa dahi failin basit bir şekilde, elindeki sahte parayı karşısındakine verme teklifi tek başına teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez¹⁷⁵. Ayrıca, sahte parayı bilerek kabul ederken parayı eline alıp sahte olup olmadığını inceleyen failin eylemi TCK m. 197/ 2'deki bilerek kabul etmenin tamamlandığı anlamını taşır¹⁷⁶.

2. İştirak

Bir sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul etme eylemi aslında 197/1'de düzenlenen “tedavüle koyma” eylemine yardım etme olarak kabul edilebilir. Çünkü bir sahte parayı bilerek kabul eden biri varsa bu durumda bunu tedavüle koyan bir failin de söz konusu olması gerekir. Ancak 197/ 2 sahte parayı bilerek kabul etme eylemini özel olarak düzenlediği için failin artık genel norm olan ilk fıkradaki “tedavüle koyma” eylemine yardım etmeden dolayı değil sadece TCK m. 197/ 2'deki suçtan dolayı cezalandırılması gerekir.

172 Yıldız, s. 24.

173 Fischer, § 146 kn. 28; Wessels/ Hettinger, kn. 930; Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 11; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 17; Kindhäuser, BT, § 61 kn. 19; LPK – Kindhäuser, § 146 kn. 23; Nomos Kommentar – Puppe/ Schumann, § 146 kn. 38; Rengier, § 39 kn. 11; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 24.

174 Puppe Ingeborg, “Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten — Teil 3”, JZ 1991, s. 611.

175 Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 11; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 21.

176 BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 22.

Failin iştirakten sorumlu tutulabilmesi için öncelikle failer arasında iştirak iradesinin varlığı tespit edilmelidir. Eğer iştirak iradesinin varlığı hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulamıyorsa iştirak hükümleri uygulanamaz. Nitekim Yargıtay da sahte paraları taşıyan failin aracında bulunan diğer kişilerin de bu suçun işlenmesinden haberlerinin olduğunun götürü bir şekilde kabul edilmesinin hukuka aykırı olacağını; failer arasında iştirak iradesinin bulunduğunu gösteren istihbarî bilgilerin dışında başka hiçbir delilin bulunmadığı durumlarda iştirak hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir¹⁷⁷.

TCK m. 197/ 1'deki seçimlik hareketlerin her birinin iştirak iradesi çerçevesinde farklı failer tarafından gerçekleştirilmesi durumunda her bir fail sadece kendi gerçekleştirdiği seçimlik hareket bakımından doğrudan fail olarak cezalandırılacaktır¹⁷⁸. Bunun yanı sıra her bir failin diğer seçimlik hareketleri gerçekleştiren faillerin eylemine yardım eden olarak iştirak ettiğinden bahisle ayrıca cezalandırılması mümkün değildir.

765 sayılı TCK m. 316/ 1 – (3)'e göre “*Taklit veya tağyirde iştiraki olmaksızın taklit veya tağyir eden kimse veya mütevassıt ile anlaşarak taklit veya tağyir edilmiş olan paraları memlekete sokan veya muhafaza eden yahut herhangi bir suretle tedavüle koyan veya asıl fail ile tedavüle koyanlar arasında tavassutta bulunan*” fail de cezalandırılmaktaydı. Ancak 5237 sayılı TCK'da tavassutta bulunma yani aracılık etme eylemi ayrıca düzenlenmediği için artık sahte parayı tedavüle koymak isteyen fail ile bunu kabul edecek kişiyi buluşturan, bir araya getiren aracının sadece yardım eden olarak¹⁷⁹ cezalandırılması söz konusu olacaktır. Kanımızca 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemenin daha yerinde olduğu söylenebilir. Çünkü tıpkı rüşvet suçunda olduğu gibi bu suçta da tedavüle koyma eylemini gerçekleştiren fail ile bunu kabul eden faili bir araya getirme eyleminin haksızlık içeriği parada sahtecilik oluşturan eylemlerin haksızlık içeriğine denk olacak derecede yoğunur. Bu bakımdan TCK m. 197/ 1'in metnine aracılık etme hareketinin de eklenmesi yerinde olurdu.

Öte yandan sahte para üreten faile ihtiyaç duyduğu ekipmanı tedarik eden failin eylemi hem TCK m. 200'deki para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlarla ilgili suçu oluşturmaktadır hem de TCK m. 197/ 1'de yer alan sahte para üretme eylemine yardım etme niteliği taşımaktadır. Ancak bu durumda failin, failiğin şerikliğe önceliği kuralı gereğince sadece TCK m. 200'deki suçtan cezalandırılması gerekir¹⁸⁰.

177 “*Sanık İbrahim'in kullandığı aracın bagajından elde edilen ve İbrahim'e ait olan sahte paralardan sanık Ali'nin haberi olduğu ve birlikte hareket ettiklerine dair hakkında elde edilen delillerin sanık Ali Can'ın mahkumiyetine yeter nitelik ve derecede bulunmadığı, suç tutanağındaki istihbarî bilgilerin ve sanık İbrahim'in kullandığı araçta bulunmasının delil kabul edilemeyeceği gözetilmeden, sanık Ali Can'ın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi yanlıştır.*” Yarg. 8. CD, T. 20.9.2007, E. 2007/6636, K. 2007/6027 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020). Ayrıca bkz. “*Jandarmanın haber elamanının arkadaşı olup, iradesi dışında gerçekleşen gelişmelere tesadüfen tanık olan sanığın, mahkum olan diğer sanıkla irade birliği içinde piyasaya sahte para sürdüğüne ve suça katıldığına ilişkin, kuşkuadan uzak, kesin ve inandırıcı kanıt bulunmadığı gözetilmelidir.*” Yarg. 8. CD, T. 11.12.2006, E. 2006/3429, K. 2006/9089 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

178 Yıldız, s. 29; Tekin, s. 118.

179 5237 sayılı TCK m. 197/ 1'de bu tür bir harekete yer verilmemesini yerinde bulan görüş için bkz. Tekin, s. 118.

180 Demirel Muhammed, “*Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri*”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 2017; 5(2), s. 126; Tekin, s. 118.

Parada sahtecilik suçu dolaylı failliğe de konu olabilir. Örneğin sahte parayı üreten ya da muhafaza etmekte olan kişi sahte paraların bu özelliğini gizleyerek kuryeye sadece çantanın içinde en üste onu kandırmak için koyduğu gerçek paraları gösterip bu paraları teslim ederse bu durumda sahte paraların bu özelliğini bilmeden onu taşıyan ve bir yere teslim eden kurye TCK m. 37/ 2 anlamında suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmış sayılır. Zira, burada fail paraların sahteliğini gizlemek suretiyle kuryenin denetim olanağını ortadan kaldıracak şekilde ona bir güven vermiştir. Bu bakımdan sahte paraları kuryeye veren fail dolaylı fail olarak sorumlu olur.

3. İçtima

Parada sahtecilik suçu ile belgede sahtecilik suçu arasında özel-genel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle parada sahtecilik suçunun olduğu hallerde belgede sahtecilik suçundan dolayı ceza verilmez¹⁸¹.

TCK m. 197/ 1'de yer verilen hareketler seçimlik olarak sayıldığı için bu hareketlerden birden fazlasını gerçekleştiren fail tek bir parada sahtecilik suçunu işlemiş sayılır¹⁸². Bu durum TCK m. 61 anlamında cezanın belirlenmesi aşamasında göz önünde tutularak cezanın alt sınırdan uzaklaştırılarak verilmesinde etki doğurabilir. Fakat seçimlik hareketler arasında uzun bir zaman dilimi söz konusu olursa zincirleme suç hükümlerinin uygulanması söz konusu olabilir¹⁸³. Örneğin, sahte olarak üretilip birkaç sene boyunca muhafaza ettiği paraları tedavüle koyan failin eylemi bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanabilir.

Yargıtay parada sahtecilik suçunun kesintisiz suç niteliğinde olduğunu kabul etmekte ve fiilî ya da hukukî bir kesinti oluşmadığı sürece failin değişik zamanlarda bu suçu işlemesi durumunda tek suçun oluşacağına hükmetmektedir¹⁸⁴, ¹⁸⁵. Yargıtay'ın hem ulaştığı sonuç hem de parada sahtecilik suçunun kesintisiz suç niteliğinde olduğunu benimsemesi hatalı bir yaklaşım sergilemektedir. Yargıtay'ın kararına konu olan olayda parada sahtecilik suçu, "tedavüle koyma" seçimlik hareketi

181 **Lackner/ Kühnl/ Heger**, § 146 kn. 15; **Leipziger Kommentar – Ruß**, § 146 kn. 35; **Systematischer Kommentar – Stein**, § 146 kn. 19; **Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben**, § 146 kn. 29; **Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig**, § 146 kn. 34.

182 **BeckOK – Weidemann**, § 146 kn. 27; **Hafizoğulları/ Özen**, s. 145; **Yıldız**, s. 28. Taklit etmenin ve tedavüle koymanın iki farklı eylem olduğunu ve bu nedenle de ayrı ayrı ceza verileceği görüşü için bkz. **Gözübüyük**, s. 225.

183 **Yıldız**, s. 28. Ayrıca bkz. ve krşl. **Hafizoğulları/ Özen**, s. 145.

184 *"Piyasaya sahte para sürme suçunun süreklilik arz eden bir suç olup teselsülü bünyesinde barındırdığı, değişik kişilere sahte para verilerek piyasaya sürülmesinin suçun süreklilik unsurunu oluşturduğu cihetle, birden fazla kişiye sahte para verildiğinden bahisle mağdur sayısınca suç oluştuğunun kabulü ile yazılı şekilde fazla ceza tayin olunmasında isabet görülmemiştir... Hükümlünün, mağdur Ç. B'ya bir adet sahte 100 TL vererek alışveriş yaptığı, ardından aynı gün aynı caddede bulunan mağdur İ. B'in iş yerinden sahte para vererek alışveriş yapmaya çalıştığı ve aynı gün kolluk görevlileri tarafından üzerinde bulunan 4 adet sahte 50 TL ve 2 adet sahte 100 TL ile yakalandığının iddia ve kabul edilmiş olması karşısında, hükümlünün eylemleri arasında herhangi bir hukuki veya fiili kesintinin meydana gelmediği gözetildiğinde, eylemlerinin bütün halinde bir kez parada sahtecilik suçunu oluşturduğu gözetilmeden, yazılı şekilde sanığın parada sahtecilik ve parada sahtecilik suçuna teşebbüs ettiğinden bahisle 2 kez cezalandırılmasına karar verilmesi, yasaya aykırı..."* Yarg. 8. CD, T. 9.11.2015, E. 2015/14171, K. 2015/24189 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

185 Öğretide Yargıtay ile aynı düşüncüyü paylaşan görüş için bkz. **Yıldız**, s. 28.

ile işlenmiştir. Tedavüle koyma hareketi ani hareketli bir suçtur. Yargıtay aslında burada kesintisiz bir suçun bulunduğu değil, failin eylemleri arasında hukukî anlamda birliktelik bulunduğunu ve bu nedenle de her ne kadar farklı zamanlarda işlenmiş olsalar da bu eylemlerin hukukî anlamda tek hareket olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etseydi hatalı bir sonuca ulaşmış olsa da daha makul bir yaklaşımı benimsemiş olurdu¹⁸⁶. Ancak kanımızca tedavüle koyma eylemini değişik zamanlarda işleyen failin eylemi TCK m. 43/ 1 anlamında zincirleme suç teşkil eder. Çünkü bu şekilde işlenen bir eylem TCK m. 43/ 1'deki unsurları karşılar niteliktedir¹⁸⁷. Fail, aynı suç işleme kararı ile değişik zamanlarda mağduru belli olmayan kişiye karşı aynı suçu işlemektedir. Dolayısıyla, fiilî ya da hukukî kesinti girene dek sahte paraların tedavüle konulmasının tek bir suç oluşturduğunu ve zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirten görüşe katılmak mümkün değildir. Bu suç, kamu güvenine karşı işlenen bir suç olarak mağduru belirli bir kişi olmayan suç niteliği taşıdığı için farklı kişilere farklı zamanlarda sahte para verilmesi TCK m. 43/ 1'in son cümlesi gereği zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına engel değildir. Yargıtay'ın benimsediği görüş kabul edildiği takdirde örneğin yakalanmadan yıllarca piyasaya sahte para süren bir failin eyleminin tek bir suç oluşturduğu kabul edilecek ve bu da eylemin sergilediği haksızlık ile örtüşmeyecektir. Kanımızca, bu tür bir durumda hukukî anlamda tek hareket bulunduğu için tek bir suçun olduğu ve bu nedenle de zincirleme suç hükümlerinin uygulanmaması gerektiği düşüncesi sadece failin aynı anda ya da oldukça kısa aralıklarla gerçekleştirdiği tedavüle koyma eylemleri bakımından geçerli olabilir. Bu bakımdan araya haftalar, aylar ve hatta yıllar girmişse artık hukukî anlamda tek bir hareketin bulunduğu söylenmesi TCK m. 43/ 1 karşısında mümkün olmaz.

Ülkeye sokma eylemini gerçekleştiren fail değişik zamanlarda ve ülkenin değişik yerlerinden ülkeye sahte para sokmuş ise bu eylemlerin her biri bir suç işleme kararı kapsamında değerlendirilebiliyorsa zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁸⁸. TCK m. 43/ 1'e göre mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da zincirleme suç hükümlerinin uygulanacağı düzenlendiği için kamu güvenine karşı işlenen bu suçta da zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Bir depo rolü yerine getiren fail değişik zamanlarda sahte paraları kabul ederse zincirleme suç hükümleri uygulanır¹⁸⁹. Ancak bunun ispatlanamaması halinde bir depoda bulunan sahte paraların tamamının tek bir konu oluşturmasından ötürü zincirleme suç hükümleri uygulanamaz.

Bir sahte parayı tedavüle koyan failin, bu paranın sahte olduğunu öğrenen muhatap tarafından kendisine iade edilmesi üzerine bu parayı yeniden piyasaya sürmesi halinde "tedavüle koyma" hareketi bakımından zincirleme suç hükümleri uygulanır. Ayrıca burada hem sahte paranın bu özelliğini bilerek kabul etme hem de tedavüle koyma eylemleri gerçekleştiği için TCK m. 197/ 1 ve 2'den fail ayrı ayrı cezalandırılmaz¹⁹⁰. Çünkü kabul etme eylemi her ne kadar TCK m. 197/ 2'de ilk fıkranın

186 Farklı zamanlarda piyasaya sahte para sürülmesi eyleminin hukukî anlamda hareketin teklifi kapsamında ele alınması gerektiği ve failin tek bir suç işlemiş sayılacağını benimseyen görüş için bkz. **Koca**, Fikri İhtima, s. 205 – 206; **Koca/ Üzülmöz**, Genel Hükümler, s. 512.

187 765 sayılı TCK zamanında zincirleme suçun oluşabileceğini ifade eden görüş için bkz. **Erem**, s. 592.

188 **Erman**, Sahtekârlık, s. 128; **Erman/ Özek**, s. 121.

189 **Erman**, Sahtekârlık, s. 130; **Erman/ Özek**, s. 123.

190 **Yıldız**, s. 29.

nitelikli hali olarak değil, farklı bir suç olarak düzenlenmiş olsa dahi burada failin sahte parayı kabul etmesi daha sonraki tedavüle koyma eylemini gerçekleştirmek içindir. Bu bakımdan böyle bir olayda aynı hukuki değeri koruyan iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilmesi adil olmayacaktır. Kaldı ki, TCK m. 197/ 2, parada sahtecilik suçu kapsamında failin çeşitli ihtimaller dahilinde cezasız kalmasını engellemek amacıyla getirilmiştir. Ancak yukarıdaki örnekte kendisine iade edilen sahte parayı kabul edip yeniden piyasaya sürme eyleminde fail zaten TCK m. 197/ 1 kapsamında cezalandırılacağı için eyleminin içerdiği haksızlık yaptırımsız kalmayacaktır.

Öte yandan TCK m. 197/ 1'deki sahte para üretme eyleminin işlendiği çoğu zaman TCK m. 200'deki para ve kıymetli damgaları yapmaya yarayan araçlarla ilgili suç da oluşmaktadır. Ancak her ne kadar TCK m. 197/ 1'deki sahte para üretme suçunun hazırlık hareketini oluşturan TCK m. 200'deki suç ayrı bir suç olarak düzenlenmiş olsa ve her iki suç tipinin hareketleri birbirinden farklı olsa da burada gerçek içtima yapılarak faile her iki suçtan dolayı ayrı ayrı ceza verilemez¹⁹¹. Çünkü TCK m. 200'deki suç bir tâli norm niteliği taşımaktadır. Halbuki, parada sahtecilik suçu işlenmişse artık aslî norm olan TCK m. 197 devreye girmeli ve TCK m. 200'ün uygulanmasını engellemelidir.

Parada sahtecilik tedavüle koyma şeklinde gerçekleştiğinde dolandırıcılık suçu da oluşabilmektedir. Örneğin, fail bir alışverişte sahte parayı kullanırsa bu durumda dolandırıcılık suçunu da işlemiş olur. Ancak bu durumda faile ayrıca dolandırıcılık suçundan ceza verilmez. Çünkü burada dolandırıcılık suçunun haksızlık içeriği parada sahtecilik suçunun haksızlık içeriğinde erimektedir. Dolayısıyla burada her ne kadar farklı hukuki değerleri koruyan iki suç söz konusu olsa da tüketen – tüketilen norm ilişkisi söz konusu olduğu için sadece parada sahtecilik suçundan ceza verilir¹⁹². Dolandırıcılık suçunda bir veya az sayıdaki kişi aldatılmakta iken parada sahtecilik suçunda toplumdaki sayısız kişinin aldatılmasına müsait bir eylem bulunmaktadır. Burada toplumun geneline yönelen bir sahtecilik eylemi, bireye yönelen sahteciliği tüketmektedir¹⁹³. Aynı düşünce parada sahtecilik suçu ile birlikte ortaya çıkan hırsızlık, güveni kötüye kullanma, şantaj gibi suçlar bakımından da geçerlidir¹⁹⁴. Yargıtay ise bu durumda faile ceza verilmemesinin sebebinin dolandırıcılık suçunun parada sahtecilik suçunun unsuru olduğunu ifade ederek aslında burada bir bileşik suç durumunun bulunduğunu kabul etmektedir¹⁹⁵.

191 TCK m. 200 ile benzer bir hükmü içeren Alman Ceza Kanunu § 149 bakımından aynı düşünceyi savunan görüşler için bkz. Fischer, § 149 kn. 12; Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 19; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 34; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 26.

192 Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 50; Systematischer Kommentar – Stein, § 146 kn. 19. Burada fikri içtmanın söz konusu olduğu görüşü için bkz. Schönke/ Schröder – Sternberg-Lieben, § 146 kn. 29; Leipziger Kommentar – Ruß, § 146 kn. 35; Lackner/ Köhl/ Heger, § 146 kn. 15; Satzger/ Schluckebier/ Widmaier – Wittig, § 146 kn. 34; BeckOK – Weidemann, § 146 kn. 25; Yıldız, s. 29.

193 Bu hususta bkz. ve krşl. Erem, s. 579 – 580; Toroslu, s. 207.

194 Münchener Kommentar-Erb, § 146 kn. 50.

195 “Sanığın şikayetçiye sahte para verip aldatarak koyunlarını satın aldığı, şikayetçinin zararına olarak kendisine yarar sağladığı, dolayısıyla dolandırıcılık suçunun, sahte parayı tedavüle koyma suçunun unsuru olduğu gözetilmeden, ayrıca dolandırıcılık suçundan da ceza tayini yasaya aykırıdır.” Yarg. 8. CD, T. 22.2.2007, E. 2006/10720, K. 2007/1458 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

VII. ETKİN PİŞMANLIK (m.201)

TCK m. 201'e göre "(1) Sahte olarak para veya kıymetli damga üreten, ülkeye sokan, nakleden, muhafaza eden veya kabul eden kişi, bu para veya kıymetli damgaları tedavüle koymadan ve resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların üretildiği veya saklandığı yerleri merciine haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve sahte olarak üretilen para veya kıymetli damgaların ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz.

(2) Sahte para veya kıymetli damga üretiminde kullanılan alet ve malzemeyi izinsiz olarak üreten, ülkeye sokan, satan, devreden, satın alan, kabul eden veya muhafaza eden kişi, resmi makamlar tarafından haber alınmadan önce, diğer suç ortaklarını ve bu malzemenin üretildiği veya saklandığı yerleri ilgili makama haber verirse, verilen bilginin suç ortaklarının yakalanmasını ve bu malzemenin ele geçirilmesini sağlaması halinde, hakkında cezaya hükmolunmaz."

Bu etkin pişmanlık düzenlemesinin uygulanabilmesi için her ne kadar tedavüle koyma eylemi gerçekleştirilmemiş olsa dahi onun öncesinde yer alan üretme, ülkeye sokma, muhafaza etme, kabul etme, nakletme eylemlerinin gerçekleştirilmiş olması ve bu sayede tamamlanmış bir parada sahtecilik suçunun oluşmuş olması gerekmektedir. Ancak burada dikkat çeken hususlardan bir tanesi, TCK m. 201'de sadece TCK m. 197/ 1'deki hareketler sayılmamış buna ek olarak TCK m. 197/ 2'deki "kabul etme" hareketinin işlenmesine de yer verilmiştir. Diğer bir deyişle TCK m. 197/ 2 uyarınca "sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul eden" failin de etkin pişmanlıktan faydalanmasının önü açılmıştır. Ancak kabul etme eylemi bakımından etkin pişmanlık hükümlerinin yumuşatılarak düzenlenmesi daha yerinde olabilirdi. Çünkü TCK m. 197/ 1'deki eylemlerden farklı olarak TCK m. 197/ 2'deki kabul etme eylemi daha basit ve hafif bir eylemdir. Zaten bu nedenle de cezası ilk fıkraya göre daha hafiftir. TCK m. 197/ 2'deki suçu oluşturan sahte parayı bilerek kabul etme eylemini işleyen fail, çoğu zaman bu sahte paranın kim tarafından üretildiğini, hangi yolları geçerek kendisine ulaştığını, kimler tarafından muhafaza edildiğini ve ne şekilde ilk defa tedavüle konduğunu bilmeyebilir. Bu nedenle ikinci fıkradaki bu suçu işleyen failin etkin pişmanlıktan faydalanması için de sahte paranın nerede üretildiğini veya saklandığını yetkili mercilere bildirmesinin ve daha sonra da suç ortaklarının yakalanıp sahte paraların ele geçirilmesini sağlamasının aranması bu failin etkin pişmanlıktan çoğu olayda faydalanamamasına yol açacaktır. Çünkü ikinci fıkradaki kabul etme ile ilk fıkradaki muhafaza etme eylemleri birbirinden farklı eylemlerdir. TCK m. 201 metni TCK m. 197/ 2'deki kabul etme değil, TCK m. 197/ 1'deki muhafaza etme eylemi esas alınarak düzenlenmiştir. Elindeki sahte parayı kimin ürettiği, nerede üretildiği ve muhafaza edildiği gibi hususları sahte parayı kabul eden değil muhafaza eden fail bilebilir. Gerçekten, failin eylemi kabul etmeyi aşmış muhafaza etmeye dönüşmüşse fail bu konularda bilgi sahibi olan biri olabilir. Aksi takdirde eylemi muhafaza etme boyutuna varmayacak şekilde salt kabul etme niteliğinde ise zaten büyük bir olasılıkla kendisi zincirin sonunda yer almaktadır. Zincirin sonunda yer alan bir kişiden sahte paraların nerede üretildiğini söylemesini beklemek çok yerinde olmayacaktır. Kanımızca TCK m. 197/ 2'yi işleyen failin etkin pişmanlıktan faydalanması sadece sahte parayı kimden temin ettiğini bildirmesine ve

o kişinin yakalanmasına bağlanmalıydı. Bu tür bir etkin pişmanlık hükmü, TCK m. 197/ 1 ve 197/ 2'nin haksızlık içerikleri arasındaki farka da uygun düşerdi.

VIII. CEZANIN BELİRLENMESİ

Bu suçta kullanılan sahte paranın değeri önemsizdir. Örneğin sadece 50 TL değerindeki sahte bir banknotu bu özelliğini bilerek kullanan fail ile 200 TL değerindeki binlerce banknotu bu özelliğini bilerek kullanan fail bakımından kanunkoyucu ayırım yapmamış; bunun sadece cezanın belirlenmesi aşamasında sonuç doğurmasını kabul etmiştir¹⁹⁶. TCK m. 197/ 1'in öngördüğü hapis cezasının alt ve üst sınırları arasındaki makasın oldukça açık olması (2 yıldan 12 yıla kadar) uygulamada somut olay adaletini tesis edebilecek bir ceza tespitini zorlaştırmaktadır. Bu nedenle de Yargıtay, öngörülen hapis cezasının alt ve üst sınırları birbirine uzak olan TCK m. 197/ 1 bakımından cezanın belirlenmesi aşamasında ilk derece mahkemesinin ölçülülük ilkesine özen göstermesini özellikle aramaktadır¹⁹⁷. Bu konuda ilk derece mahkemesi TCK m. 61'de yer verilen kriterlerden hareket ederek cezayı belirlemelidir. Failin ne zamandan beri bu suçu işlediği, suçta konu olan sahte paraların değeri, para üzerindeki sahteciliğin niteliği, diğer bir deyişle sahteciliğin kolay fark edilebilir nitelik taşıyıp taşımadığı¹⁹⁸, failin saiki, suçta konu olan sahte paranın cinsi (örneğin TL mi yabancı para birimi mi olduğu), suçun piyasaya olan etkisi gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır.

Cezanın belirlenmesi esnasında mahkemenin göz önünde tutması gereken noktalardan bir tanesi de, hapis cezasının alt sınırdan belirlenmesi durumunda hapis cezası ile birlikte öngörülen adli para cezasının alt sınırdan uzaklaşarak verilmesinin hukuka aykırı olacağıdır¹⁹⁹. Dolayısıyla mahkeme her iki ceza türü bakımından da alt sınırdan uzaklaşmasını gerektiren bir sebep bulunup bulunmadığını birlikte değerlendirmelidir.

196 “Oluşa, sanığın aşamalarındaki tutarlı savunmasına ve tüm dosya kapsamına göre, seyyar ayakkabı satışı yapan sanığın sahteliğini bilmeden aldığı 1 adet 50 TL'yi sahteliğini bilerek borcuna mahsuben vermesinden ibaret eyleminin, T.C.K.nun 197/3. maddesinde tanımlanan suçta oluşturacağı gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması...” Yarg. 8. CD, T. 3.6.2013, E. 2012/15884, K. 2013/16877 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

197 “Uyuşmazlık; suç tarihinde kendisinde toplam 25 adet sahte para ele geçen sanık hakkında, 2 ila 12 yıl hapis cezası öngörülen parada sahtecilik suçundan temel cezanın alt sınırdan uzaklaşarak 6 yıl olarak belirlenmesinin isabetli olup olmadığına ilişkindir. Toplam değeri 2.280 liradan ibaret 25 adet sahte para nedeniyle alt sınırı 2 yıl olan bir suç için temel cezanın 6 yıl olarak belirlenmiş olması, “orantılılık” ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, somut olayda sanığa parada sahtecilik suçundan temel cezanın, işlediği fiil ile orantılı olacak şekilde alt sınırdan uzaklaşarak belirlenmesi gereklidir.” YCGK, T. 6.10.2009, E. 2009/8-124, K. 2009/224 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020). “Üç adet sahte “100” Türk Lirası'nı piyasaya süren ve sürmek üzere bulunduran sanık hakkında, 5237 sayılı TCK'nın 3/1. madde ve fıkrası hükmüne göre fillin ağırlığıyla orantılı bir cezaya hükmedilmesi gerekirken, hak ve orantılılık kuralları gözetilmeden yazılı biçimde fazla cezaya hükmedilmesi...” Yarg. 8. CD, T. 9.4.2009, E. 2008/19267, K. 2009/5599 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

198 Yukarıda da bahsedildiği üzere bu aslında faile daha az ceza verilmesini gerektiren bir nitelikli hal olarak düzenlenmeliydi. Fakat kanunkoyucu böyle bir hükme yer vermediği için bu husus cezanın belirlenmesinde alt sınırdan uzaklaşmaması sonucunu doğuracak şekilde yorumlanabilir.

199 “Sanıklar hakkında 5237 sayılı TCK.nun 197/1. maddesi uygulanırken hapis cezası, alt sınırdan tayin olunduğu halde, aynı gerekçe ile adli para cezasına esas alınan birim gün sayısının alt sınırdan uzaklaşarak tayini suretiyle çelişkiye neden olunması...” Yarg. 8. CD, T. 30.12.2011, E. 2009/9502, K. 2011/18452 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

IX. YAPTIRIM

TCK m. 197'nin ilk fıkrasında iki yıldan on iki yıla kadar ceza öngörülmesi alt sınırla üst sınır arasında çok fark olduğundan ötürü eleştirilebilir. Ayrıca TCK m. 197/ 1'e dayalı olarak hapis cezasının yanı sıra mutlaka on bin güne kadar adli para cezasına da hükmedilmesi zorunludur. Kanunkoyucu TCK m. 197/ 1'de seçimlik değil, hapis cezası ile birlikte adli para cezasına yer vermiştir.

TCK m. 197/ 2'de bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile birlikte adli para cezası da öngörülmüştür. Ancak madde metninde adli para cezasının kaç gün tutarında olacağı belirtilmemiştir. Bu durumda TCK m. 52/ 1 devreye girer²⁰⁰. Buna göre “*Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüzotuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanan meblağın hükümlü tarafından Devlet Hazinesine ödenmesinden ibarettir.*”

TCK m. 197/ 3'te ise üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına yer verilmiş olup adli para cezası öngörülmemiştir. İlk iki fıkradaki suçlar bakımından hapis cezası ile adli para cezasına birlikte yer verilmişken üçüncü fıkra bakımından adli para cezasına yer verilmemesi tutarsız görülebilir. Kanunkoyucuyu böyle bir tercihe iten sebeplerden bir tanesi, üçüncü fıkradaki suçun ilk iki fıkraya göre daha hafif bir haksızlık sergilediği düşüncesi olabilir. Öte yandan ilk iki fıkrada failin kendisine ekonomik bir çıkar sağlaması çoğu zaman söz konusu iken son fıkradaki suçta failin kendisine ekonomik çıkar sağlaması söz konusu olmamaktadır. Çünkü fail sahte paranın bu özelliğini bilmeden kabul ettiği için bu parayı tedavüle koymaması halinde ekonomik açıdan zarara girecektir. Bu tür bir zarardan kurtulmak için de bu parayı tedavüle koymaktadır. Eylemin bu yönünü göz önünde tutan kanunkoyucunun faile hapis cezasının yanı sıra adli para cezası öngörmemesi makul bir gerekçe teşkil etmektedir.

X. MUHALEMESİ

5235 sayılı Kanun m. 11 ve 12 uyarınca, TCK m. 197/ 1'de yer verilen suç bakımından görevli mahkeme ağır ceza mahkemesi; TCK m. 197/ 2 ve 3'te yer verilen suçlar bakımından görevli mahkeme ise asliye ceza mahkemesidir.

Öte yandan parada sahtecilik suçunun konusunu oluşturan sahte paralar müsadere edilerek sahte banknotların mahkeme tarafından T.C. Merkez Bankası'na gönderilmesi gerekir²⁰¹.

200 Hafızoğulları/ Özen, s. 146.

201 Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik m. 16'ya göre “*Sahteliği mahkeme kararı ile kesinleşen sahte banknotlar, kararın kesinleşmesinden itibaren imha edilmek üzere en kısa sürede Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası merkez veya taşra birimlerine gönderilir.*” Ayrıca bkz. “*Sahte paraların müsadere karar verildikten sonra Sahte Banknotların İncelenmesi ve Değerlendirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 16. maddesi gereğince işlem yapılmak üzere TC. Merkez Bankasına gönderilmesine karar verilmesi gerektiğinin gözetilmemesi hukuka aykırıdır.*” Yarg. 8. CD, T. 30.12.2011, E. 2009/9502, K. 2011/18452 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi: 20.06.2020).

SONUÇ

1. TCK m. 197'de sahte paranın düzenlenmesi (taklit) veya gerçek bir paranın değiştirilmesi (tağyir) hareketlerinin cezalandırılacağını belirten açık bir tanım yapılmamıştır. Bunun yerine sahte para üretmek unsuruna yer verilmiştir. Ancak parada sahtecilik suçunun belgede sahtecilik suçunun bir türevi olduğu da göz önüne alındığı takdirde sahte para üretmek unsurunun sadece sahte parayı taklit etmek unsuruna karşılık geldiği görülecektir. Bu durumda 765 sayılı TCK'daki ifadeyle tağyir yani gerçek para üzerinde değişiklik yapılması hareketi kanunda açıkça suç olarak sayılmamış olmaktadır. Bu nedenle gerçek para üzerinde yapılan değişiklik şeklindeki sahteciliklerin cezalandırılabilmesi kanunilik ilkesi karşısında mümkün değildir. Bu sorunun çözümü için TCK m. 197'de sahte para üretmek unsuruna ek olarak gerçek bir para üzerinde değişiklik yapmak hareketine de suç tipinde yer verilmelidir. Bu değişikliğe ek olarak, gerçek para üzerinde değişiklik yapılarak işlenen sahtecilik hareketinin gerçek paranın nominal değerini düşüren bir nitelik taşıması durumunun daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak ayrıca düzenlenmesi de gereklidir. Çünkü gerçek bir paranın değerini artıran sahteciliğin haksızlık içeriği, değeri azaltan bir sahteciliğe göre daha yoğundur.

2. Muhafaza etmek eylemi bu suçun sınırlarını oldukça genişletmektedir. Nitekim 765 sayılı TCK m. 316'nın ilk halinde muhafaza etmek eylemi yer almamaktaydı. Bu hareket, kanuna sonradan eklenmişti. 5237 sayılı TCK m. 197'de ise muhafaza etmek eylemi başından beri yer almaktadır. Muhafaza etmek eylemi çok geniş bir çerçeveye sahip olduğundan örneğin üzerinden sahte para çıkan her failin bu suçu işlediği sonucunu ortaya koyabilir. Burada özellikle manevi unsur araştırılmaksızın yapılacak bir değerlendirme objektif sorumluluk tehlikesini beraberinde getirecektir. Çünkü bir paranın sahte olup olmadığını çoğu insan anlayamayabilir ya da parayı incelemeyeceği için fark etmeyebilir. Ya da çantasına ondan habersiz olarak bir başkası tarafından konulmuş olabilir. Bu bakımdan muhafaza etmek eyleminin oluştuğundan söz edebilmek için mutlaka failin üzerinde taşıdığı paranın ya da bir yerde muhafaza ettiği paranın sahte nitelik taşıdığını biliyor olduğunu dış dünyaya yansıtması gerekmektedir. Bunun ispatlanamaması durumunda artık şüpheden sanık yararlanır ilkesi devreye sokulmalıdır.

3. Her kabul etme muhafaza etmeyi de içerir. Dolayısıyla TCK m. 197/ 2'de sahte paranın bu özelliğinin bilinerek kabul edilmesinin ayrıca suç olarak düzenlenmesi çok yerinde gözükmemektedir. Kanunkoyucunun bu tür bir fark gözetiyor olmasından çıkan sonuç şu olmalıdır: Birincisi muhafaza etmek eyleminin ve dolayısıyla TCK m. 197/ 1'deki suçun oluşabilmesi için eylemin bir süreklilik teşkil etmesi gerekir. Çünkü muhafaza etme eylemi kesintisiz bir suçtur. İkincisi bu kesintisizliğin ve diğer bir deyişle sürekliliğin dış dünyaya yansıtılmış olunması da gerekir. Bu da manevi unsur kapsamında mutlaka özenli bir şekilde incelenmelidir. Bu iki unsur gerçekleşmez ise artık failin sadece sahte parayı bu özelliğini bilerek kabul etme eylemini gerçekleştirilmesi söz konusu olacaktır.

4. Öğretide sahte parayı kabul etme eyleminin iki taraflı bir ilişkiyi gerektirdiği; kanunkoyucunun bilinçli olarak "almak" eylemine değil "kabul etmek" eylemine yer verdiğini öne süren görüşler bulunmaktadır. Kanımızca suçla korunan hukuki değer niteliğindeki kamu güveninin etkin şekilde korunabilmesi için, ilk aşamada failin bu sahte parayı karşılıklı bir irade uyuşması ile bir başkasından almış olması; bir başkasının zilyetliğinden zorla kendi tasarruf alanına bu malı dahil etmiş olması ya da bu parayı yolda rastgele bulmuş olması arasında fark yoktur. Kanunkoyucunun

suçla koruduğu hukuki yararı koruyabilmesi için önem arz eden husus bu sahte paranın tedavüle sokulmasının engellenebilmesidir. Paranın sahte olduğunu bilmeyen failin bu parayı ne suretle edindiği önemli değildir. Bu noktada Alman Ceza Kanunu § 146 ve 147’de kullanılan “edinme/ elde etme” (=Sichverschaffen) kavramına yer verilmesi daha yerinde olurdu. Ancak yine de amaçsal yorum yapılarak aynı sonuca ulaşılmasının önünde engel bulunmamaktadır.

5. Sahte bir paranın sahte olduğunun açık olduğu hallerde tedavüle konulması mümkün değildir. Tedavüle koyma eyleminin oluşabilmesi için parada sahtecilik suçunun temel unsuru olan aldatma kabiliyetinin mutlaka göz önünde tutulması gerekmektedir. Şayet tedavüle konulan paranın sahte olduğunu bilen bir kişi bu paranın tasarruf alanına girmesine izin vermişse burada tedavüle koymaktan ziyade 765 sayılı TCK’nın yürürlükte bulunduğu dönemde m. 316/ 1-(3)’te yer alan “aracılık (tavassut) eylemi” yani tedarik etme eylemi oluşur. Ancak 5237 sayılı TCK’da aracılık (ya da diğer bir deyişle tedarik) eylemi düzenlenmediği için bu tür bir eylemin olduğu hallerde kanunda bir boşluk bulunmaktadır. Gerçekten yukarıda da belirtildiği üzere bu suçu işleyen şeriklerin kendi aralarında sahte para değişimi ya da alıp vermeleri hareketleri tek başına tedavüle koyma olarak değerlendirilmez. Çünkü bu eylem paranın tedavüle konulması anlamına gelmeyip onun adeta hazırlık aşamasını oluşturmaktadır. Dolayısıyla sahte paranın bu özelliğini bilen ve tedavüle sürmek amacıyla adeta bu sahte parayı satın alan ya da kabul eden failin bu parayı daha sonra piyasaya sürmesi “tedavüle koymak” olarak nitelenebilir. Ancak ona sahte parayı veren failin eylemi şu an için TCK m. 197/ 1’de düzenlenen hareketlere uymamaktadır. Sadece sahte parayı vermeden önceki üretme, ülkeye sokma, nakletme, muhafaza etme gibi davranışları cezalandırılabilir. Bu nedenle TCK m. 197’ye tıpkı 765 sayılı TCK’da olduğu gibi “aracılık etme” ya da “tedarik etme” eylemi eklenmelidir. Diğer taraftan şu husus da vurgulanmalıdır ki, kanunkoyucunun böyle bir unsur yer vermemesinin sebebi 765 sayılı TCK’da yer almayan “muhafaza etmek” eylemine 5237 sayılı TCK’da yer vererek failin her halükarda zaten cezalandırılmasını öngörmesi olabilir. Bunun yerine bir zilyetlik suçu olan ve bu özelliği nedeniyle yukarıda eleştirdiğimiz “muhafaza etme” eyleminin madde metninden çıkartılması ve aracılık (ya da tedarik) etme gibi eylemlerin suç tipine dahil edilerek bu boşluğun giderilmesi daha yerinde olacaktır. Bu tür bir yaklaşım zilyetlik suçları karşısında daha özgürlükçü ve bir hukuk devletinin ceza hukuku düzeni ile daha bağdaşır olacaktır.

6. TCK m. 197’de yer alan parada sahtecilik suçunun her seçimlik hareketinin genel kastla işlenebileceği görülmektedir. Çünkü suç tipini tanımlayan madde metninde özel kasttan bahsedilmemiştir. Buradan yola çıkarak sahte olarak üretmek, ülkeye sokmak, nakletmek, muhafaza etmek ve tedavüle koymak hareketlerinin her birinin genel kastla işlenmesi yeterli görünmektedir. Ancak mehz Alman Ceza Kanunu § 146’daki düzenlemeye ve 765 sayılı TCK döneminde öğretilerdeki tartışmalara bakıldığında parada sahtecilik suçunun özel kastla işlenebilecek şekilde düzenlenmesinin daha yerinde olacağı söylenebilir. Gerçekten, failin suç tipinde sayılan hareketleri “sahte parayı tedavüle koyma amacıyla” ya da “sahte paranın tedavüle konulmasına imkan sağlama amacıyla” gerçekleştirmesinin aranması gerekirdi. Bu suç tipi her ne kadar bir tehlike suçu olarak düzenlenmişse de burada failin er ya da geç bu parayı tedavüle koyma ya da tedavüle konmasına imkan sağlama amacıyla hareket etmiş olması ayrıca aranarak cezalandırma çemberinin daraltılması gerekirdi.

7. Kanunkoyucu sahte paranın değerinin azlığını faile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak düzenleyebilirdi. Bu tür bir hükme TCK'da yer verilmemesinin sebebi olarak parada sahtecilik suçunun malvarlığına karşı işlenen bir suç olmayıp kamu güvenine karşı işlenen suçlardan olması gösterilebilir. Ancak kamu idaresinin güvenilirliğine ve işleyişine karşı işlenen suçlardan biri olan zimmet suçu bakımından TCK m. 249'da malın değerinin azlığına yer verilmiştir. Dolayısıyla parada sahtecilik suçu bakımından da malın değerinin azlığının faile daha az ceza verilmesini gerektiren nitelikli hal olarak kabul edilebilmesi söz konusu olabilirdi.

8. 5237 sayılı TCK'da tavassutta bulunma yani aracılık etme eylemi ayrıca düzenlenmediği için artık sahte parayı tedavüle koymak isteyen fail ile bunu kabul edecek kişiyi buluşturan, bir araya getiren aracının sadece yardım eden olarak cezalandırılması söz konusu olacaktır.

9. TCK m. 197/ 2'yi işleyen failin etkin pişmanlıktan faydalanması sadece sahte parayı kimden temin ettiğini bildirmesine ve o kişinin yakalanmasına bağlanmalıydı. Bu tür bir etkin pişmanlık hükmü, TCK m. 197/ 1 ve 197/ 2'nin haksızlık içerikleri arasındaki farka da uygun düşerdi.

KAYNAKÇA

- Akbulut Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019.
- Artuk Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/ Alşahin M. Emin/ Çakır Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2019.
- Aslan M. Yasin, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", Ankara Barosu Dergisi, 2015/ 2, s. 147 – 172.
- Bayraktar Köksal, "Kamu Nizamı, Kamunun İtimadı ve Kamunun Selameti Aleyhine Cürümler", Değişen Toplum ve Ceza Hukuku Karşısında TCK'nın 50 Yılı ve Geleceği Sempozyumu (22 – 26 Mart 1976), Sermet Matbaası, İstanbul 1977, s. 591 – 621.
- Bayraktar Köksal, Kamu Güvenine Karşı Suçların Genel Özellikleri, Özel Ceza Hukuku, C. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Bekar Elif, Türk ve Amerikan Ceza Hukukunda Zorunluluk Hali, Ankara 2013.
- Centel Nur/ Zafer Hamide/ Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, C: I, 3. Bası, İstanbul 2016.
- Demirbaş Timur Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019.
- Demirel Muhammed, "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, İstanbul 2017; 5(2), s. 119 – 161.
- Demirel Muhammed, Suça İştirake Bağlılık Kuralı, İstanbul 2017.
- Dönmezer Sulhi/ Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. I, 12. Bası, İstanbul 1997.
- Dülger Murat Volkan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Deneme", CHD, Nisan 2014, Y. 9, S. 24, s. 121 – 180.
- Dülger Murat Volkan/ Özkan Onur, "Kripto Para Suçları: Kripto Para Birimlerinin Hukuki Boyutu ve Türk Ceza Kanunu Bakımından Değerlendirilmesi", in: Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan, (Editör: Prof. Dr. Mahmut Koca), Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 963 – 994.
- Erb** Volker, Müncher Kommentar zum StGB, 3. Auflage, München 2017.
- Erem Faruk, Türk Ceza Hukuku, C. II, Hususi Hükümler, 2. Baskı, Ankara 1965.

- Erman Ragıp Barış, Yanılmanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2006.
- Erman Sahir, Sahtekârlık Suçları, Ticari Ceza Hukuku C. III, 5. Baskı, İstanbul 1987. (Erman, Sahtekârlık)
- Erman Sahir, “*Para, İtibarı Amme Kâğıtları, Kıymetli Damgalar ve Amme Nakliyat İşletmeleri Biletlerinin Taklidi Suçu*”, AÜHFĐ, 1951, C. 8, S. 1, 256 – 303. (Erman, Para)
- Erman Sahir/ Özek Çetin, Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kamu Güvenine Karşı İşlenen Suçlar (TCK m. 316 – 368), İstanbul 1996.
- Exner Thomas/ Remmers Elisabeth, “*Viktimodogmatik durch die Hintertür der Heimtücke i.S.d. § 211 StGB?*”, ZIS 2011, Band 1, s. 14 – 22.
- Fischer Thomas, Strafgesetzbuch, 61. Auflage, München 2014.
- Gökçen Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m. 204 – 212), 5. Baskı, Ankara 2018.
- Gözübüyük Abdullah Pulat, “*Kalpazanlık Cürümleri*”, Adalet Dergisi, Y. 61, S. 4, Nisan 1970, s. 217 – 236.
- Hafizoğulları Zeki/ Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Hakeri Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.
- Heinrich Bernd, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Stuttgart 2012.
- v. Heintschel-Heinegg Bernd – Weidemann Matthias, Beck’scher Online-Kommentar zum StGB, 46. Edition, München 2020. (BeckOK – Weidemann)
- İçel Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, İstanbul 2014.
- Jakobs Günther, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Berlin New York 1991.
- Jescheck Hans – Heinrich/ Weigend Thomas, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kangal Zeynel T., Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Ankara 2010.
- Kindhäuser Urs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Baden Baden 2013.
- Kindhäuser Urs, Strafrecht Besonderer Teil I, 6. Auflage, Baden Baden 2014.
- Kindhäuser Urs, Strafgesetzbuch Lehr – und Praxiskommentar, 5. Auflage, Baden Baden 2013. (LPK – Kindhäuser)
- Koca Mahmut, “*Fikri İçtima*”, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 2, S. 4, Ağustos 2017, s. 197 – 221.
- Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019. (Koca / Üzülmöz, Genel Hükümler)
- Koca Mahmut/ Üzülmöz İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019. (Koca / Üzülmöz, Özel Hükümler)
- Kuhlen Lothar, “*Umweltstrafrecht — auf der Suche nach einer neuen Dogmatik*”, ZStW 105 (1993), s. 697 – 726.
- Kühl Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, München 2008.
- Lackner Karl/ Kühl Kristian/ Heger Martin, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, München 2018.
- Leipold Klaus/ Tsambikakis Michael/ Zöllner Mark A. – Brehmeier-Metz Doris , Strafgesetzbuch AnwaltKommentar, 1. Auflage, Bonn 2011.
- Meraklı Serkan, Ceza Hukukunda Kusur, 2. Baskı, Ankara 2020. (Meraklı, Kusur)
- Meraklı Serkan, “*TCK M. 89 Işığında Taksirli Suçlarda Nitelikli Hallere Yer Verilmesinin Hareketin ve Neticenin Haksızlık İçeriği Bakımından Değerlendirilmesi*”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2, s. 317 – 352. (Meraklı, Taksir)
- Otto Harro, Grundkurs Strafrecht Die einzelnen Delikte, 7. Auflage, Berlin 2005.
- Önder Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

- Önok R. Murat/ Önay Işık, “*Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Halinin Hukukî Niteliği*”, İÜHFİM, 77 (2), 2019, s. 847 – 895.
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray, “*Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/ 2) Hukukî Niteliği*”, DEÜHFD, C. 9, S. 2, İzmir 2007, s. 195 – 222.
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2020. (Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Genel Hükümler)
- Özbek Veli Özer/ Doğan Koray/ Bacaksız Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019. (Özbek/ Doğan/ Bacaksız, Özel Hükümler)
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019. (Özen, Genel Hükümler)
- Özen Mustafa, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri, 4. Baskı, Ankara 2019. (Özen, Özel Hükümler)
- Özgenç İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2019.
- Öztürk Bahri/ Erdem Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Baskı, Ankara 2020.
- Prittwitz Cornelius , “*Grenzen der am Rechtsgüterschutz orientierten Konkretisierung der Geldfälschungsdelikte*”, NStZ 1989, s. 8 – 11.
- Puppe Ingeborg, “*Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten*”, JZ, 1997, 52. Jahrgang, C. 10, s. 490 – 500. (Puppe, Fälschungsdelikten)
- Puppe Ingeborg, “*Die neue Rechtsprechung zu den Fälschungsdelikten — Teil 3*”, JZ 1991, s. 609 – 614. (Puppe, Fälschungsdelikten 3)
- Puppe Ingeborg/ Schumann Kay, Strafgesetzbuch Nomos Kommentar, 5. Auflage, Baden Baden 2017.
- Rengier Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 21. Auflage, München 2020.
- Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, München 2006.
- Roxin Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003.
- Rudolphi Hans – Joachim/ Stein Ulrich, Systematischer Kommentar zum StGB, Band III, 8. Auflage, Köln 2012.
- Ruß Wolfgang, StGB Leipziger Kommentar, Band VI, 12. Auflage, Berlin 2010.
- Satzger Helmut/ Schluckebier Wilhelm/ Widmaier Gunter – Wittig Petra, StGB Kommentar, 2. Auflage, Köln 2014.
- Schönke Adolf/ Schröder Horst – Sternberg – Lieben Detlev, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Auflage, München 2019.
- Schröder Friedrich-Christian, “*Besitz als Straftat*”, ZIS 2007, Band 11, s. 444 – 449.
- Sözüer Adem, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.
- Steinmetz Bernd, Der Echtheitsbegriff im Tatbestand der Urkundenfälschung (§ 267 StGB), Berlin 1991.
- Stratenwerth Günter/ Kuhlen Lothar, Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat, 6. Auflage, München 2011.
- Tekin Engin, Parada Sahtecilik Suçu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş/ Erdem Mustafa Ruhan/ Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 18. Baskı, Ankara 2020.
- Toroslu Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 8. Baskı, Ankara 2015.
- Ünver Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003.
- Vogel Joachim, “*Strafrechtlicher Schutz des Euro vor Geldfälschung – Europäischer Rechtsrahmen und Anpassungsbedarf im deutschen Recht*”, ZRP 2002, s. 7 – 11.
- Wessels Johannes/ Hettinger Michael, Strafrecht Besonderer Teil 1, 40. Auflage, Heidelberg 2016.
- Wohlens Wolfgang, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährdungsdelikte, Berlin 2000.

- Yıldız Ali Kemal, Parada Sahtecilik Suçu, Özel Ceza Hukuku, C. VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
- Yokuş Sevik Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Yurtcan Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, 4. Baskı, Ankara 2019.
- Yüksel Bozkurt Armağan Ebru, “Elektronik Para, Sanal Para, Bitcoin ve Linden Doları’na Hukuki Bir Bakış”, İÜHFİM, C. LXXIII, S. 2, 2015, s. 173 – 220.
- Zafer Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1 – 75, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Zieschang Frank, Die Gefährdungsdelikte, Berlin 1998.

Belgede Sahtecilik Suçlarında İğfal Kabiliyeti

The Deception Ability in Forgery of Document

Recep KAHRAMAN^{*} 

Öz

Belgede sahtecilik suçları, kamu güvenine karşı işlenen suçlardır. Belgede sahtecilik suçlarında hukuksal sonuç doğurmaya elverişli belgedeki gerçek durum gizlenmektedir. Yapılan sahteciliğin suç olarak kabul edilebilmesi için suçun maddi konusu olan belgenin üçüncü kişileri aldatabilecek güce sahip olması aranmaktadır. İğfal kabiliyeti olarak ifade edilebilen aldatma gücü, belgede sahtecilik suçlarının maddi unsurudur. Somut olayda eksikliği halinde suç oluşmaz. Sahtecilik, hileli davranış olarak değerlendirildiğinde, iğfal kabiliyeti de hilenin belli oranda nitelikli olmasıdır. Belgenin iğfal kabiliyetine sahip olup olmadığının bizzat hakim tarafından değerlendirilmesi gerekir. Belgenin muhatabının sahteciliği anlayamaması, iğfal kabiliyetinin varlığını kanıtlamamaktadır. Değerlendirme objektif ölçüte göre yapılmalıdır. Sahtecilik, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça anlaşılmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Resmi ve Özel Belge, Belgede Sahtecilik, İğfal Kabiliyeti, Aldatma Yeteneği, Kamu Güveni.

Abstract

The forgery of document are among the offences against public confidence. In forgery of the document, the real situation in the document that is suitable for legal consequences is hidden. In order for forgery to be accepted as a crime, the document, which is the material subject of the crime, must have the power to deceive third parties. The power of deception, which can be expressed as the deception ability, is the material element of the forgery of document. In the concrete case, the act is not a crime in case of deficiency. When forgery is considered as fraudulent behavior, the deception ability is a certain degree of quality of fraud. Whether the document has the deception ability must be evaluated by the judicial authority. The fact that the person to whom the document is given does not understand that there has been a forgery does not prove the existence of her deception ability. The evaluation should be based on objective criterion. Forgery should not be understood without special investigation.

Keywords: Official and Private Document, Forgery of Document, Deception Ability, Capable of Deception, Public Confidence.

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Maliye Bölümü, rkahraman@erbakan.edu.tr

GİRİŞ

Sahtecilik, gerçeği olduğundan farklı gösteren ve doğru olana aykırı bir yargıya neden olan durumu gerçekleştirmeyi ifade etmektedir.¹ Sahip olunan belirli menfaatleri hedef almasından dolayı sahtecilik fiilleri yaptırma bağlanmaktadır.²

Sahtecilik suçları içerisinde en çok işlenen suç tipi olan belgede sahtecilik suçları, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmının "Kamu Güvenine Karşı Suçlar" adlı dördüncü bölümünde 204 – 212. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu suçlar, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise İkinci kitap "Ammenin İtimadı Aleyhine Cürümler" başlıklı altıncı babının "Evrakta Sahtekarlık" adlı kısmında 339 – 349. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Belgede sahtecilik suçlarında, suçun maddi konusu olan belge iğfal kabiliyetine sahip olmalıdır. Suçun özelliği de dikkate alınarak, suçun maddi unsuru olan aldatıcılık vasfının bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Doktrinde ve yargı kararlarında belgede sahtecilik suçları yeteri kadar işlenmiş olmasına rağmen belgenin iğfal kabiliyeti ayrıca çalışılmamıştır. Bu nedenle kavrama ve uygulanmasına ilişkin farklı değerlendirmeler yapılmaktadır. Çalışmanın amacı, iğfal kabiliyetinin, belgede sahtecilik suçlarındaki önemini ortaya koymak ve somut olayda tespitine yönelik inceleme metoduna katkı sağlamaktır. Amacı gerçekleştirebilmek için doktrin ve yargı kararlarından yararlanılmıştır. Çalışmada belgede sahtecilik suçlarının hukuki konusu, maddi konusu olan belge, belgenin hukuki niteliği, amaca uygun şekilde ele alınmıştır. Daha sonra kavram olarak iğfal kabiliyeti, hukuki niteliği, mevzuatta düzenlenme sorunu, hile ve manevi unsurla ilişkisi; iğfal kabiliyetinin somut olayda tespit edilmesi kapsamlı olarak incelenmiştir.

I. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARINDA KORUNAN HUKUKİ YARAR

Belgede sahtecilik suçlarında, belgenin gerçekliği veya beyanların doğruluğuna olan kamu güveni korunmaktadır.³ Özel hukuk veya kamu hukukunun kanıtlama gücü tanıdığı şeylere karşı olan

1 GÖKCEN, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 11.

2 SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, 2014, s. 2681; Sahtecilik, dar ve geniş anlamda değerlendirilebilmektedir. Geniş anlamda sahtecilik, hilenin suçun unsuru olduğu tüm suçları ifade etmektedir. Dar anlamda sahtecilik ise belgede sahtecilik suçlarında olduğu gibi daha mahsus ve teknik suç tiplerini karşılamaktadır. Hileye başvurularak işlenen tüm suçların sahtecilik olarak kabul edilmesi özellikle kanunilik ilkesinin uygulanmasında ve somut olaydaki fiillerin cezalandırılmasında, failin lehine veya aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle sahtecilik geniş anlamda kullanılmamaktadır. ERMAN, Sahir, Sahtekarlık Cürümleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952, s. 10.

3 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2683; GÖKCEN, s. 135; MALKOÇ, İsmail, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986, s. 1; TANERİ, Gökhan/KAMIŞLI, Gani, Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 575; SEVÜK, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 442; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 714; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 238; MERAN, Necati, Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 486; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi,

güven, kamu güveni olarak ifade edilmektedir.⁴ Toplumun inanma ve bireyin aldatılmama hakkı, kamu güvenini oluşturmaktadır.⁵ Toplumsal yaşamın olağan seyrinde ve barış içinde devamının sağlanabilmesi için kamu güveninin devamı ve korunması zorunludur.⁶

Resmi veya özel belgelerin doğruluğuna ve geçerliliğine yönelik olarak toplum güven duymaktadır.⁷ Bu durumun sebebi, bir durumu tespit etmeleri veya ispat aracı olmaları nedeniyle bu belgelere hukuk düzeni sonuç bağlamaktadır.⁸

Hukuk düzeni, belgelerin doğruluğuna ve gerçekliğine yönelik inancı topluma yüklemektedir.⁹ Belgelere duyulan güven, bireyler için bir çeşit yükümlülük olarak görülmektedir.¹⁰ İlave olarak belgenin içeriği, belli bir kişi, topluluk ya da kamu idaresine ait olan menfaatleri korumaktadır.¹¹ Sahip olunan hakları belgeye bağlanan kişiler, bu haklarının belge sayesinde güvence altına alındığına inanmaktadırlar.¹² Sahtecilik suçunun işlenmesiyle birlikte duydukları bu güven sarsılmaktadır.¹³

II. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARININ KONUSU

Belgede sahtecilik suçlarının maddi konusu belgedir.¹⁴ Resmi ve özel belgede sahtecilik suçlarının işlenebilmesi için; sahte olarak düzenlenmesi, gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi, kullanılması gereken bir belgenin bulunması zorunludur.¹⁵

Belgede sahtecilik suçlarında iğfal kabiliyetini kavrayabilmek bakımından suçun maddi konusu oluşturan belge kavramı üzerinde durmak gerekir.¹⁶ Belge, hukuki sonuç doğurmaya elverişli olayları nakleden veya irade beyanlarını içeren ve bir kimse tarafından oluşturulan her türlü yazılı irade açıklaması olarak tanımlanmaktadır.¹⁷

Ankara, 2020, s. 1036; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 842; ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 901; GÜNGÖR, Devrim, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010, s. 23.

4 KARTAL, Pınar Memiş, Resmi Belgede Sahtecilik, Özel Ceza Hukuku Cilt VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020, s. 85.

5 GÜNGÖR, s. 17.

6 SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 2869.

7 YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 6192.

8 SCHNEIDER, Dirk J. Strafrecht Besonderer Teil III, Jura-Intensiv Verlag, Dinslaken, 2017, s. 11.

9 TOFAHRN, Sabine, Strafrecht Besonderer Teil III Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, Heidelberg, 2019, Rn. 336.

10 ERMAN, s. 12.

11 FREUND, Georg, Urkundenstrafaten, Zweite, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2009, s. 17.

12 PUPPE, Ingeborg, "Urkundenfälschung", Jura 1979, s. 633.

13 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 713.

14 SEVÜK, s. 432.

15 GÖKCEN, s. 47.

16 ÖKMEN, M. Kemal, "Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar ve Manevi Unsur", ABD, 2019/1, s. 461.

17 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2684; SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 496; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1037; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 717; ÖZEN, s. 902.

Belgenin hukuken geçerli, kamu güvenini sarsacak bir ispat aracı olarak kabul edilip, sahtecilik suçunun konusunu oluşturabilmesi için birtakım unsurları bulunmalıdır.¹⁸ Öncelikli olarak belgenin yazılı olması gerekir. Bu şekilde belge içeriğinde yer alan irade beyanı kaydedilmiş olmaktadır.¹⁹ Diğer unsur, belgenin hukuk tarafından korunan bir değerinin ve delil niteliğinin olmasıdır.²⁰ Belge, hukuki bir olayı ya da hakkı ispat etmeye elverişli olmalıdır.²¹ Hukuken korunmaya değer bir içeriğinin bulunmaması halinde yazı, belge niteliğine haiz değildir.²² Son unsur ise belgenin düzenleyeninin belirli olması gerektiğidir. Belgedeki yazı, belli ya da belirlenebilir bir kimsenin eseri olmalıdır.²³ Belgenin kimin tarafından düzenlendiği, imzadan ya da yazının muhtevassından anlaşılabilir.²⁴

Belgede sahtecilik suçlarının konusunu oluşturan belgenin birden fazla fonksiyonu bulunur: Kişinin iradesinin açığa vurulmasında belgenin araç görevini ifa etmesine, irade açıklama fonksiyonu denilmektedir. İrade açıklama fonksiyonu olmayan belge, sahtecilik suçuna neden olmaz.²⁵ Hukuki değeri olmayan olayı kanıtlamaya yarayan yazı, belge sayılmaz. Belgeden söz edilmesi için kağıt üzerinde yer alan yazının içeriğinin hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması, belgenin ispat fonksiyonudur.²⁶ Belge hak doğuruyor veya hakkı değiştiriyor ya da yok olmasına neden oluyorsa hukuki açıdan sonuç doğurduğu kabul edilir. İspat fonksiyonu olmayan belge sahtecilik suçuna neden olmaz.²⁷ Belgeyi düzenleyen kişinin belirlenebilir olması, belgenin garanti fonksiyonunu ifade eder. Belgede bulunan irade açıklamasının kişiye izafe edilebilmesi gerekir. Garanti fonksiyonu olmayan belge sahtecilik suçuna neden olmaz.²⁸

III. BELGEDE SAHTECİLİK SUÇLARINDA İĞFAL KABİLİYETİ

A. Genel Açıklamalar

İğfal kabiliyeti, belgede sahteciliğin başkalarını aldatabilecek şekilde yapılmasıdır.²⁹ 765 sayılı Kanun ve 5237 sayılı Kanun metninde tam anlamıyla yer almamakla birlikte doktrinde ve yargı kararlarında belgede sahtecilik suçlarının oluşumu bakımından aranan bir unsurdur.³⁰

18 KARTAL, s. 89.

19 FREUND, s. 28.

20 SCHNEIDER, s. 14.

21 KÜHL, Kristian, Strafgesetzbuch: Kommentar, 2011, Münih, s. 1326.

22 LANGELS, Harald, Strafrecht Bt 2 Straftaten Gegen Gemeinschaftswerte, Bonn, 2017, s. 73; Hukuken anlamı olmayan bir yazıyı içeren kağıdın ceza normuyla korunması düşünülemez. ERMAN, s. 10.

23 KAZEMİ, Robert, "Sperrvermerk durch Google – Das Aus für das akademische Ghostwriting in Deutschland?" BRJ, 2013/02, s. 96.

24 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1036, s. 1038.

25 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞSIZ, s. 831.

26 FREUND, s. 39.

27 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2683; Belge içeriğinde yer alan konu veya olayın hukuksal alanda etkili olması gerekir. Bu nedenle yok hükmünde sayılan irade açıklamaları belgeye konu edilemez. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1039.

28 KÜHL, s. 1325.

29 BRÜNİNG, Janique, "Übungsfall: Ein Jurist auf Abwegen", ZJS, 2010/1, s. 99.

30 GÖKCEN, s. 114.

Belgede sahtecilik fiili, belgenin sahte veya gerçeğe aykırı olarak düzenlenmesi, gerçek bir belgenin değiştirilmesi şeklinde işlenebilmektedir.³¹ Fiilin suç olarak kabul edilebilmesi için, sahtecilik yapılan suçun maddi konusu olan belgenin iğfal kabiliyetine sahip olması aranmaktadır.³²

B. İğfal Kabiliyetinin Hukuki Mahiyeti

Doktrinde ve yargı kararlarında, belgenin iğfal kabiliyeti yoksa belgede sahtecilik suçlarının oluşmayacağı kabul edilmektedir. Suçun oluşmayacağını savunanların, iğfal kabiliyetinin hukuki mahiyeti konusunda farklı görüşleri bulunmaktadır.

Bir görüşe göre belgede sahtecilik suçlarında iğfal kabiliyetinin varlığı, genel bir suç ögesi niteliğinde olup suçun maddi unsurudur.³³ İğfal kabiliyeti, belgenin zorunlu unsurları dışında ayrı bir maddi unsur olarak değerlendirilmeli ve unsur incelemesinin ayrıca yapılması gerekir.³⁴ Diğer görüşe göre iğfal kabiliyeti ayrı bir unsur olarak değil, belgenin zarar verme olasılığı içerisinde değerlendirilmelidir.³⁵ Doktrinde Erman'a göre sahtecilik suçunda suçun unsuru olan, belgenin belirli menfaatlere zarar verme imkanındır. İğfal kabiliyeti de zarar verme imkanının sebebi olarak görülmeli ve sahtecilik suçunun farklı bir unsuru olarak incelenmemelidir.³⁶ Bu durumun iki ana gerekçesi bulunmaktadır: İlk gerekçeye göre belgede sahtecilik suçlarında korunan hukuki yarar

31 MALKOÇ, s. 2.

32 BROCKHAUS, Matthias, "Die Urkundenfälschung und die Straflosigkeit der „schriftlichen Lüge“ Ein Erklärungsversuch aus historischer Sicht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871", ZIS, 2008/11, s. 563.

33 GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970, s. 624; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Nüfus cüzdanının da bulunması zorunlu olan soğuk mühür izinin fotoğraf üzerinde bulunmaması nedeniyle belgenin iğfal kabiliyeti bulunmayıp suçun unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (Yarg. 11. CD. 14.05.2014, 27484/9340).

34 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704; YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019, s. 142; CENGİZ, Sibel, Evrakta Sahtekarlık Suçları, USA Yayınevi, Ankara, 2007, s. 40; ÖZEN, s. 920; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1050; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 847; KÜHL, s. 1334; GÖKCAN, Hasan Tahsin, "Özel Belgede Sahtecilik Suçu", ABD, 2010/1, s. 224; GÖKCAN, s. 116; BRÜNING, s. 99; ÇAM, Nihat Bozkurt, "Evrakta Sahtekarlık Suçları", ABD, 1989/3, s. 454; ÖKMEN, s. 463; TAŞDEMİR, Kubilay, Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2019, s. 38; YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6199; SEVÜK, s. 431; ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCAN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 736; TELLENBACH, Silvia, Einführung in Das Türkische Strafrecht, Freiburg, 2003, s. 162; FREUND, s. 90; TANERİ, Gökhan, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Sahtecilik Suçları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017, s. 221; LANGELS, s. 73; Sahtecilik suçunu işleyen fail esasen diğer tarafı aldatmaktadır. Hile olmadan sahtecilik suçunun işlenmesi mümkün olmaz. Hilenin de muhatabını aldatabilecek kabiliyete sahip olması gerekir. Bu nedenle belgenin aldatıcı olması sahtecilik suçunun özünde vardır ve suçun maddi unsuruna dahildir. GÜNGÖR, s. 23; Aldatıcılık özelliğinin belgede sahtecilik suçunun özünde var olduğu görüşü doktrinde eleştirilmektedir. Aldatıcılık özelliğinin belgede sahtecilik suçunun özünde var olduğu görüşü kabul edildiğinde, her sahte belgenin aldatıcı olduğu kabul edilmelidir. Oysa belge sahte olmasına rağmen aldatıcı olmayabilir. HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Toplumla Karşı Suçlar, USA Yayınevi, Ankara, 2017, s. 140.

35 ERMAN, s. 223; Benzer görüş için bkz. Belgenin iğfal kabiliyetine sahip olması, sahteciliğin hukuken öneminin olmasıdır. Belgenin garanti altına aldığı menfaatlere ve belgeye duyulan kamu güvenine zarar vermeye elverişli sahtecilik, hukuki açıdan dikkate alınmakta ve yaptırma bağlanmaktadır. TOROSLU, s. 238; İğfal kabiliyeti olmayan hareket kamu güvenine zarar vermeye elverişli değildir. Sahtecilik suçunda kullanılan aracın elverişsizliğine bağlı olarak işlenemez suç ortaya çıkar ve fiil cezalandırılmaz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 141; Benzer görüş için bkz. ASLAN, M. Yasin, "Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları", ABD, 2015/2, s. 162.

36 ERMAN, s. 223.

kamu güveni olduğundan, sahtecilik fiilinin belirsiz sayıda kişileri aldatabilecek kabiliyete sahip olması beklenir. Kişilerin sahip olduğu menfaatlere zarar verme olasılığı bulunmayan sahtecilik, suç olarak kabul edilemez. Bu nedenle sahtecilik suçlarında zarar verme olasılığı varsa belgenin iffal kabiliyetinin varlığı kabul edilebilir.³⁷ İkinci gerekçeye göre somut olayda iffal kabiliyetinin tespiti oldukça zordur. Tespitin yapılamaması durumunda sahtecilik fiillerine ceza verilemeyebilir. Bu nedenle iffal kabiliyetini suçun unsuru kabul etmek yerinde olmaz.³⁸

İffal kabiliyetini suçun maddi unsuru olarak kabul eden çoğunluk görüşüne katılmaktayız. Belgede sahteciliğin belli oranda ağır, yoğun ve ustalıklı yapılmış olması; mağdurun denetleme olanağını ortadan kaldırması, belgenin bir niteliğidir. Belge de suçun maddi unsuru olduğundan, iffal kabiliyetinin suçun maddi unsuru içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

Somut olayda iffal kabiliyetinin bulunmaması halinde failin teşebbüsten dolayı sorumlu olup olmayacağı üzerinde durulmalıdır. Suça teşebbüsün düzenlendiği 5237 sayılı Kanun md. 35'de, işlenmesine kastedilen bir suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlanmasından söz edilmektedir. Sahtecilik yapılan belgenin aldatmaya elverişli olmaması halinde, ortada suçun icrasına başlanması için elverişli bir hareket bulunmamaktadır. Bu nedenle sahteciliğin aldatmaya elverişli olmaması halinde fail teşebbüsten dolayı sorumlu olmamaktadır.³⁹

Belgenin iffal kabiliyeti yoksa sahtecilik suçu oluşmaz. Bu durumda hangi suçların oluştuğu konusunda, doktrinde ve yargı kararlarında farklı ihtimallere göre değerlendirme yapılmaktadır. İlk ihtimale göre dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşup oluşmadığı değerlendirilmelidir.⁴⁰ İkinci ihtimale göre kamu görevlisinin, görevi gereğince düzenlemeye yetkili olduğu resmi belgede sahtecilik fiilinde, belgenin iffal kabiliyeti yoksa görevi kötüye kullanma suçu oluşur.⁴¹ Üçüncü ihtimale göre gerçek bir resmi belgede değişiklik yapılarak sahtecilik fiilinin işlenmesi halinde, belgenin iffal kabiliyeti yoksa resmi belgeyi bozma suçu oluşur.⁴² Yargıtay'a göre sahtecilik suçunun konusu olan belgenin iffal kabiliyeti bulunmadığında, belgenin niteliğine ve faille bağlı olarak farklı suçların işlenebilmesi mümkündür. İlk olarak, belgenin iffal kabiliyeti bulunmasa bile bununla çıkar sağlanması eylemi dolandırıcılık suçunu oluşturur.⁴³ İkinci olarak, iffal kabiliyeti olmayan resmi belgede sahtecilik eyleminde, sahtecilik suçu oluşmamasına rağmen görevi kötüye kullanma suçu oluşmaktadır.⁴⁴

37 ERMAN, s. 249; İffal kabiliyetinin önemini belgenin zarar verme ihtimaliyle açıklayan görüş doktrinde eleştirilmektedir. Sahtecilik suçunun düzenlendiği metinde zarar verme imkan veya ihtimalinden bahsedilmemektedir. Bu nedenle zarar verme ihtimali olan sahtecilik fiilinde, belgenin iffal kabiliyetinin bulunduğu kabul edilir görüşü yerinde değildir. GÖKÇEN, s. 116.

38 ERMAN, s. 222.

39 GÜNGÖR, s. 26.

40 GÖZÜBÜYÜK, s. 634; Benzer görüş için bkz. BRÜNİNG, s. 100; ÇAM, s. 454.

41 TAŞDEMİR, s. 48.

42 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6201; Benzer görüş için bkz. ASLAN, s. 162.

43 Bkz. "Kardeşinin nüfus cüzdanı fotokopisiyle başvurup, onun adıyla sözleşme imzalayarak aldığı cep telefonu hattını kullanarak yaptığı görüşme ücretlerini ödememe eyleminin bütün halinde dolandırıcılık suçunu oluşturduğu gözetilmelidir." (Yarg. 11. CD. 03.10.2007, 3349/6186).

44 Bkz. "Doktor olarak görev yapan sanığın gerçeğe aykırı biçimde düzenlendiği iddia edilen muayene formunda, başlık

İğfal kabiliyetinin eksikliğinden dolayı belgede sahtecilik suçları oluşmamasına rağmen başka suçlarının oluşup oluşmadığının somut olaydaki ihtimallere göre cevaplandırılması gerekmektedir. İlk ihtimale göre sahte resmi veya özel belge düzenlenmesinde ya da gerçek bir resmi veya özel belgenin değiştirilmesinde belgenin iğfal kabiliyeti yoksa failin herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır. İkinci ihtimale göre kamu görevlisinin, görevi gereğince düzenlemeye yetkili olduğu resmi belgede sahtecilik fiilinde (md. 204/2) belgenin iğfal kabiliyeti yoksa sahtecilik suçu oluşmaz. Ancak bu durumda görevinin gereklerine aykırı hareket etmiş olmaktadır. Görevinin gereklerine aykırı hareket ederek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olur ya da kişilere haksız bir menfaat sağlarsa 5237 sayılı Kanun md. 257/1'e göre görevi kötüye kullanma suçundan dolayı sorumlu olur. Üçüncü ihtimale göre resmi veya özel belgede sahtecilik suçu, zimmet, rüşvet gibi bir başka suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmış olabilir. İğfal kabiliyetinin eksikliğine bağlı olarak sahtecilik suçu oluşmasa da amaç suçun unsurları tamam olduğunda fail, 5237 sayılı Kanun md. 247/1'e göre zimmet veya md. 252/1'e göre rüşvet suçlarından dolayı sorumlu olur. Dördüncü ihtimale göre sahte resmi belge veya özel belge düzenlenmesinde ya da gerçek bir özel belgenin değiştirilmesinde belgenin iğfal kabiliyeti yoksa ve fail karşı tarafı aldatma kastıyla hareket ederek yarar sağlarsa 5237 sayılı Kanun md. 157/1'e göre dolandırıcılık suçu oluşmaktadır. Beşinci ihtimale göre gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesi durumunda belgenin iğfal kabiliyeti yoksa 5237 sayılı Kanun md. 205'e göre resmi belgeyi bozma suçu oluşmaktadır. Suçu işleyen kişi kamu görevlisi ise resmi belgeyi bozma suçundan dolayı verilecek ceza artırılır.

C. İğfal Kabiliyetinin Mevzuatta Düzenlenmesi Sorunu

İğfal kabiliyetinin, belgede sahtecilik suçlarının düzenlendiği ceza normunda yer alması gerekli değildir. Normda yer alması halinde ise bu durum, özel bir hüküm ya da koşul olarak değerlendirilmemelidir. Her sahteciliğin suç oluşturmayacağı, bu nedenle her somut olayda aldatmaya elverişliliğin değerlendirilmesi gerektiği şeklinde yorumlanmalıdır.⁴⁵

İğfal kabiliyeti, Türk hukukunun içtihatla yarattığı bir sonuçtur. Kısmen de olsa 5237 sayılı Kanun'da yer almaktadır.⁴⁶ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu md. 204'te yer alan resmi belgede sahtecilik suçu⁴⁷ ile md. 207'de yer alan özel belgede sahtecilik suçunda⁴⁸ belgenin iğfal kabiliyetinin varlığı bazı seçimlik hareketlerde yer almasına rağmen bazılarında ise yer almamaktadır. Madde 204'te yer alan resmi belgede sahtecilik suçunda bir resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi, gerçek bir resmi belgenin

ve içerik bölümlerinde kimi bölümlerin boş bırakıldığı, resmi yazıda bulunması gereken gönderen makam, resmi yazı tarihi, resmi yazı no bölümleri ile raporu düzenleyen doktorun adı-soyadı, kaşesi, sicil numarası ya da onun tarafından tanzim edildiğini gösteren resmi mührün bulunmadığı, belgenin bu hali ile hukuki sonuç doğurmaya elverişli bir belge olmadığı ve resmi belgede sahtecilik suçunun oluşmayacağı anlaşılmakla, sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturacağı gözetilmeden hüküm kurulması kanuna aykırıdır.” (Yarg. 11. CD. 26.12.2016, 12325/8795).

45 TOFAHRN, Rn. 446.

46 YURTCAN, s. 142.

47 Bkz. “Bir resmi belgeyi sahte olarak düzenleyen, gerçek bir resmi belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren veya sahte resmi belgeyi kullanan kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

48 Bkz. “Bir özel belgeyi sahte olarak düzenleyen veya gerçek bir özel belgeyi başkalarını aldatacak şekilde değiştiren ve kullanan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”

başkalarını aldatacak şekilde değiştirilmesi veya sahte resmi belgenin kullanılması ile birlikte suç işlenmiş olmaktadır. Görüldüğü gibi kanun koyucu, gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesinde, değişikliğin başkalarını aldatacak şekilde yapılmasını aramaktadır. Benzer şekilde madde 207'de yer alan özel belgede sahtecilik suçunda da gerçek bir özel belgenin değiştirilmesinde, değişikliğin başkalarını aldatacak şekilde yapılması aranmaktadır.⁴⁹ Sadece belgenin değiştirilmesinde yer almasına rağmen iğfal kabiliyeti, belgede sahtecilik suçlarının tüm seçimlik hareketlerinde bulunması gereken bir niteliktir.⁵⁰

5237 sayılı Kanun md. 204 ve md. 207'de, sahteciliğin resmi veya özel bir belgede değişiklik yapmak suretiyle işlenen şekli bakımından kullanılan "başkalarını aldatacak surette" nitelemesi, resmi veya özel belgede yapılan her değişikliğin belgede sahtecilik kapsamında değerlendirilmesinin önüne geçme amacını taşımaktadır. Kanun koyucu iğfal kabiliyetinin varlığını açık olarak vurgulamak istemektedir.⁵¹

765 sayılı Kanun md. 339'da, evrakta sahtekarlık suçunun işlenebilmesi için belgenin zarar verebilme yeteneğinin olması aranmaktaydı.⁵² 5237 sayılı Kanun'da ise belgenin iğfal kabiliyeti, belgede sahtecilik suçlarının maddi unsuru kabul edildiğinden kanun metninde yer verilmesine gerek görülmemiştir.⁵³ Ancak belgenin iğfal kabiliyeti 5237 sayılı Kanun md. 204'ün gerekçesinde yer almaktadır.

Mukayeseli hukukta, belgede sahtecilik suçlarında belgenin iğfal kabiliyetine sahip olması aranmaktadır. Bazı kanunlarda iğfal kabiliyeti ceza normunda açıkça yer almasına karşın, bazılarında ise farklı ifadelerle düzenlenmektedir. Alman Ceza Kanunu'nda, "Belgede Sahtecilik" başlığını taşıyan md. 267'ye göre *yanıltma amacı* olan sahtecilik cezalandırılmaktadır.⁵⁴ Sahtecilik fiilinin karşı tarafı yanıltma amacını taşıması gerektiği için iğfal kabiliyetine sahip olmayan sahtecilik fiilleri

49 Düzenlemeye yönelik eleştiri için bkz. 5237 sayılı Kanun md. 204'ün gerekçesinde, resmi belgede sahtecilik suçunun tüm seçimlik hareketlerinde aldatmaya elverişlilikten bahsedilmesine rağmen, kavramın yalnızca suçun maddi unsurunu oluşturan hareketin değiştirme olması durumunda aranması açıklanamaz bir çelişki içermektedir. İlave olarak, 765 sayılı Kanun döneminde doktrinde ve yargı kararlarında iğfal kabiliyetinin, belgede sahtecilik suçlarının tüm seçimlik hareketlerinde yer alması gerektiği kabul edilmekteydi. Kanun koyucunun, oluşan tüm içtihadi değerlendirmeleri göz ardı ederek, iğfal kabiliyetinin tüm seçimlik hareketlerde gerekli olduğunun farkında olmasına rağmen kısmen düzenleme yapması, kanun yapma tekniğine de aykırıdır. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1050; İğfal kabiliyetinin yalnızca belgenin değiştirilmesinde düzenlenmiş olması, belgede sahtecilik hükmüne ilişkin ceza normunu tartışmalı hale getirmektedir. Normun belirliliği ilkesi gereğince ya iğfal kabiliyetine ilişkin ifadenin kanundan çıkarılması ya da tüm seçimlik hareketleri kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Değişiklik yapıncaya kadar sanık lehine yorum ilkesinden hareketle iğfal kabiliyeti, tüm seçimlik hareketleri kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 846.

50 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 846; ÖZEN, s. 920; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 725; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1050; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 736; SEVÜK, s. 449; YAŞAR/GÖKCEN/ARTUÇ, s. 6199; TAŞDEMİR, s. 38; KARTAL, s. 105; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Resmi belgenin sahte olarak düzenlenmesi ya da gerçek bir resmi belgenin değiştirilmesi eyleminin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir." (Yarg. CGK. 22.05.2018, 21-38/241).

51 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 725.

52 BERKİN, M. Necmeddin, "Senetlerde Sahtekarlık", İÜHFİM, 1948, Cilt:14, Sayı:3-4, s. 672.

53 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 736.

54 Strafgesetzbuch § 267/1.

cezalandırılmamaktadır.⁵⁵ İsveç Ceza Kanunu'nda, "Sahtecilik Suçları" başlığını taşıyan ikinci bölüm 14. kısım birinci paragrafa göre *kandırma amacı* olan sahtecilik cezalandırılmaktadır.⁵⁶ Sahtecilik suçunun konusu olan belgenin karşı tarafı kandırabilecek kabiliyete sahip olması gerekmektedir.⁵⁷ Fransız Ceza Kanunu'nda, md. 441 – 1'e göre *başkasına zarar verecek nitelikte yapılmış olan* sahtecilik cezalandırılmaktadır.⁵⁸ Suçun işlenebilmesi, belgenin zarar verebilme yeteneğinin olmasına bağlıdır.⁵⁹ İsviçre Ceza Kanunu'nda, "Belgede Sahtecilik" başlığını taşıyan md. 251'e göre *başkasının malvarlığına veya başka haklarına zarar vermek veya başkasına haksız çıkar sağlamak amacıyla* yapılan sahtecilik cezalandırılmaktadır.⁶⁰ Suç tipinde özel kast olarak düzenlenmiş olan zarar verme ya da çıkar sağlama amacının gerçekleşebilmesi için belgenin aldatma kabiliyetine sahip olması aranmaktadır. Danimarka Ceza Kanunu'nda, "Delil Vasıtalarında Sahtecilik" başlığını taşıyan md. 171'e göre belgenin *yanıltma amacıyla* kullanılması cezalandırılmaktadır.⁶¹ Karşı tarafı yanıltma amacını taşıyan belgede sahteciliğin, yanıltabilecek düzeyde hileyi içermesi gerekmektedir.⁶²

D. İğfal Kabiliyeti ve Hile İlişkisi

Belgede sahtecilik suçlarında aranılan iğfal kabiliyeti, esasen ayrılmaz unsur olan hilenin temel özelliğidir.⁶³ Sahtecilik hileyi içermekte olup, belgenin aldatıcı niteliğe haiz olmaması halinde belgede sahtecilik suçu oluşmaz.⁶⁴ Bu nedenle iğfal kabiliyeti olan belgede yer alan hilenin nitelikli olması gerekmektedir.⁶⁵

Belgede sahtecilik suçlarına benzer şekilde dolandırıcılık suçunda da fail, hileli hareketle karşı tarafı aldatmak amacıyla fiili işlemektedir.⁶⁶ Dolandırıcılık suçunun maddi unsuru olan hilenin niteliğinin tespiti, sahtecilik suçlarında gerekli olan iğfal kabiliyetinin anlaşılabilmesine katkı sağlamaktadır.

Dolandırıcılık suçunda, 765 sayılı Kanun md. 503'te hilenin "kandırabilecek nitelikte olması" öngörülmektedir.⁶⁷ 5237 sayılı Kanun md. 157'de ise hilenin bir kimseyi "kandırabilecek nitelikte olması" gerektiğine ilişkin bir ibareye yer verilmemiştir.⁶⁸ Doktrinde ve yargı kararlarında, hileli

55 TOFAHRN, Rn. 338.

56 Brotttsbalken 14 Kapital § 1/1.

57 GÖKCEN, s. 114.

58 Code Pénal Article 441-1.

59 GÖKCEN, s. 26.

60 Strafgesetzbuch § 251/1.

61 Straffeloven § 171/1.

62 GÖKCEN, s. 36.

63 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704.

64 SEVÜK, s. 431.

65 PUPPE, s. 631.

66 ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 713.

67 Bkz. "Bir kişiyi kandırabilecek nitelikte hile ve desiseler yaparak hataya düşürüp onun veya başkasının zararına, kendisine veya başkasına haksız bir menfaat sağlayan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve sağladığı haksız menfaatin bir misli kadar ağır para cezası verilir."

68 Bkz. "Hileli davranışlarla bir kimseyi aldatıp, onun veya başkasının zararına olarak, kendisine veya başkasına bir yarar sağlayan kişiye bir yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası verilir."

hareketin karşı tarafı aldatabilecek niteliğe sahip olmasının gerekli olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. İlk görüşe göre, hileli davranışın karşı tarafı aldatmış olması yeterlidir; ayrıca objektif olarak bu davranışların kandırmaya elverişli olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur.⁶⁹ Hilenin nitelikli olmasının kanunda yer almaması bilinçli bir tercihtir. Günümüz ceza hukuku anlayışında özel hukuk – ceza hukuku hilesi ayrımı önemini kaybetmiştir. Hilenin, ağır, yoğun, ustaca olması; güçlendirmeye yönelik bir dış unsurun eklenmesi; muhatabın denetleme olanağının ortadan kaldırılması aranmamaktadır.⁷⁰ Diğer görüşe göre, failin her davranışı hileli hareket olarak değerlendirilmemeli, hilenin karşı tarafı aldatabilecek düzeyde olması gerekmektedir.⁷¹ Hile, belli oranda ağır ve yoğun olmalıdır. İfade ediliş ve sergileniş tarzı açısından yöneldiği kimsenin denetim yapma imkanını elinden almalıdır.⁷²

Belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının her ikisinde de aldatmaya elverişli bir hareket vardır. İçinde bir kurgu barındırmayan her davranışın belgede sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının maddi unsuru kabul edilmesi halinde, hilenin kapsamı yorum yapılarak amaçsız şekilde genişletilmiş olmaktadır.⁷³

E. İğfal Kabiliyeti ve Manevi Unsur İlişkisi

Belgede sahtecilik, kasten işlenebilen suçlardandır. Failin belli bir saike sahip olması aranmamaktadır.⁷⁴

Doktrinde ve yargı kararlarında failin kastı farklı şekilde yorumlanmaktadır. İlk görüşe göre belgede sahtecilik suçlarında failin kastı, hukuka aykırı hareket etme bilincinin somut olayda bulunmamasıdır.⁷⁵ İkinci görüşe göre belgede sahtecilik, bir hukuki ilişkide veya hukuki bir işlem tesisinde muhatabını aldatmak maksadıyla gerçekleştirilmektedir. Failin kastının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde muhatabını aldatma maksadıyla hareket edip etmediği göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁶ Üçüncü görüşe göre belgede sahtecilik suçlarında failin kastı, zarar verme bilincine sahip olmasıdır. Failin zarar verme kastıyla hareket etmesi gerekli olmayıp, bireylerin ya da kurumların sahip olduğu belirli menfaatlere zarar verme bilincine sahip olması yeterlidir. Fiilin işlenmesiyle birlikte fail, bir zararın meydana gelebileceğini öngörmüş olmalıdır. Öngördüğü neticenin gerçekleşme ihtimali kendisini fiili işlemekten alıkoymamaktadır. Bu durum failin zarar verme bilincine sahip olduğunu göstermektedir.⁷⁷

69 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 871; TOROSLU, s. 184.

70 ŞAHİN, Meral Ekici, Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 230.

71 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 694; ÖZEN, s. 849; TANERİ/KAMIŞLI, s. 79; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. (Yarg. 11.CD. 13.11.2007, 2005/11646, 2007/7773); (Yarg. 15.CD. 16.01.2014, 2012/10599, 2014/479); (Yarg. CGK. 14.02.2017, 2014/15-419, 2017/66); (Yarg. 15.CD. 15.05.2012, 2011/13235, 2012/37096).

72 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 716.

73 MERAN, s. 90.

74 FREUND, s. 80; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 734; ERMAN, s. 92; TANERİ/KAMIŞLI, s. 621; MERAN, s. 511; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1054; GÜNGÖR, s. 28.

75 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1055; Benzer görüş için bkz. GÜNGÖR, s. 32.

76 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 734; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. (Yarg. 11. CD. 11.03.2009, 2006/6061, 2009/2292).

77 ERMAN, s. 92; Benzer görüş için bkz. TANERİ/KAMIŞLI, s. 621; ÖKMEN, s. 468; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Sanık

Belgede sahtecilik suçlarında failin kastını açıklayan görüşlerin tümünün kabul edilebilmesi mümkündür. Belgede sahtecilik suçlarında fail, hukuka aykırı hareket ettiğinin farkında olup, muhatabını aldatma maksadıyla sahtecilik yapmaktadır. İlave olarak sahtecilik fiiliyle birlikte belirli menfaatlere zarar verme bilincine de sahiptir. Kastı açıklayan bu durumların varlığı, suçun maddi konusu olan belgenin iğfal kabiliyetine sahip olmasıyla birlikte somutlaştırılmaktadır.⁷⁸

IV. İĞFAL KABİLİYETİNİN TESPİT EDİLMESİ

A. Genel Açıklamalar

Belgede sahtecilik suçlarında belgenin iğfal kabiliyeti bulunduğu takdirde, gerçek durum nitelikli şekilde gizlendiği için sahtecilik suçu oluşmaktadır.⁷⁹ Belgenin iğfal kabiliyeti bulunmadığı takdirde ise sahtecilik suçu oluşmaz. Bu nedenle belgenin aldatma yeteneğinin olup olmadığının mutlaka araştırılması gerekir.⁸⁰

Belgenin iğfal kabiliyetinin bulunup bulunmadığı öncelikli olarak hakim tarafından değerlendirilmelidir. Hakim, belgenin iğfal kabiliyetine sahip olup olmadığını bizzat kendisi anlamaya çalışır.⁸¹ Benzer görüşü savunan Yargıtay'a göre sahtecilik suçunda iğfal kabiliyetinin tespit edilmesinde, somut olayın değerlendirilmesi hakime bırakılmıştır.⁸² Hakim tarafından belirlenmesinin zorluğu söz konusu olduğunda ve gerekli görüldüğü takdirde bilirkişiye başvurulabilmektedir.⁸³

Mahkemenin sahtecilik konusunda yapacağı değerlendirmenin denetime elverişli olması gerekir. Bu amaçla mahkemenin takdirinin tutanağa kaydı yapılmalıdır. Belge incelenerek, özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve denetime olanak verecek şekilde dosya içine konulması gerekir.⁸⁴

tarafından zarar verme bilinç ve iradesi ile hareket edilmediğinden suç kastından söz edilemeyeceği ve suçun manevi unsur yokluğu nedeniyle gerçekleşmediği gözetilmeden yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” (Yarg. 11.CD. 15.01.2018, 2017/4096, 2018/312).

78 MERAN, s. 506.

79 TELLENBACH, s. 162.

80 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ, s. 846.

81 GÖKCEN, s. 127.

82 Bkz. “Davanın öncelikli ve asıl bilirkişisi mahkeme hakimi olup suça konu nüfus cüzdanındaki sahteciliğin kandırıcılık yeteneği bulunup bulunmadığı gözlemlenip karar yerinde tartışılmadan; hükmü dayanak yapılan Kriminal Polis Laboratuvarının ... tarih..... sayılı raporunda, belge üzerinde basılı olan soğuk mühür izinin mevcut fotoğraf üzerinde bulunmadığının belirtildiği de gözetilmeden, eksik inceleme ile hüküm kurulması yasaya aykırıdır.” (Yarg. 6. CD. 20.03.2006, 7416/2647); Benzer kararlar için ayrıca bkz. (Yarg. 11. CD. 07.05.2008, 722/4674); (Yarg. 11. CD. 10.12.2015, 10275/31725).

83 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 737; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. “Sahteliğin aldatma yeteneğinin olup olmadığının mahkemece değerlendirilmesi amacıyla adli emanette bulunan çek aslının getirilip duruşmada incelenmesi, özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması, aldatma yeteneği bulunup bulunmadığının öncelikle mahkemece değerlendirilmesi, duraksama halinde bu yönde uzman bilirkişiden rapor alınması, aldatma yeteneği ile ilgili değerlendirmenin karara yansıtılması gerekirken, eksik araştırma ile sanık hakkında sahtecilik suçundan mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” (Yarg. CGK. 09.06.2015, 460/198).

84 MERAN, s. 507.

B. İğfal Kabiliyetinin Tespit Edilmesinde Objektif Ölçüt

Belgede sahtecilik suçlarının düzenlendiği ceza normunda ve madde gerekçesinde, iğfal kabiliyetinin tespitine ilişkin bir değerlendirme ölçütü yer almamaktadır.⁸⁵

Doktrin ve yargı kararları ile belgede sahtecilik suçlarının madde gerekçesinde iğfal kabiliyetinin tespitinde objektif ölçütün esas alınması gerektiği kabul edilmektedir.⁸⁶ Madde gerekçesinde objektif ölçüt, *özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılammama hali* şeklinde ifade edilmektedir. Doktrinde objektif ölçüt, *sahteliğin herkes tarafından ilk bakışta anlaşılammaması, beş duyu organıyla anlaşılammaması hali* olarak ifade edilmektedir.⁸⁷ Yargıtay'a göre objektif ölçüt, *sahteciliğin kolaylıkla anlaşılammaması, ilk bakışta fark edilememesi hali* olarak tanımlanmaktadır.⁸⁸

Madde gerekçesinde yer alan özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça sahteciliğin anlaşılammaması, sahte belgenin ilk bakışta dikkati çekmeyecek biçimde düzenlenip, belirli bir kişiyi değil birçok kişiyi aldatabilecek nitelikte olmasıdır.⁸⁹

Sahteciliğin ilk bakışta anlaşılammaması, sahteciliğin mükemmel düzeyde, yalnızca bu tür belgeleri çok iyi tanıyan kimselerin anlayabileceği şekilde olması şeklinde yorumlanmamalıdır. Ortalama düzeyde belirsiz sayıda kişiyi aldatabilecek düzeyde olması yeterlidir.⁹⁰ Buna karşın, kaba ve çok açık şekilde görülebilen, basit bir gözlemlerle fark edilen, pek bariz olan sahtecilik, aldatma yeteneğine haiz değildir.⁹¹ Sahteciliğin ilk bakışta anlaşılma konusu; belgenin niteliği, tedavül özelliği, ibraz edilecek şahısların nitelikleri, belgenin kaynağından araştırılma zorunluluğunun olup olmaması gibi durumlar her belge için somut olaylara göre ayrı ayrı değerlendirilerek belirlenir.⁹²

Madde gerekçesi ve yargı kararlarına göre iğfal kabiliyetinin tespiti yükümlülüğü hakime bırakılmaktadır. Tespitin objektif ölçütlere göre yapılması gerekir. Ancak hakimin, bu tespiti nasıl yapabileceğine yönelik objektif kriterler gerekçede yer almamaktadır. Bu nedenle hakimin iğfal kabiliyetinin tespitinde geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

85 ÖZEN, s. 924.

86 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704; Benzer görüş için bkz. KÜHL, s. 1328; FREUND, s. 91; TOROSLU, s. 238; TANERİ/KAMIŞLI, s. 625; SEVÜK, s. 431; MERAN, s. 506.

87 GÖKCEN, s. 117; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 725; MERAN, s. 506; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 846; YURTCAN, s. 142; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 1050; CENGİZ s. 41; GÜNGÖR, s. 25; TAŞDEMİR, s. 39; ÇAM, s. 454; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 736; TELLENBACH, s. 162; SEVÜK, s. 432; YAŞAR, Osman/GÖKCEN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 6200.

88 Bkz. "Suça konu senette ilgili ekspertiz raporuna senetteki 450.000 rakamlarının sol başına farklı bir kalemlerle (15) rakamları eklenip alacak miktarının yazı ile doldurulduğu, yapılan tahrifatın ilk bakışta kolaylıkla fark edilebileceği cihetle, iğfal kabiliyetine haiz olmadığına açıklanmasına ve mahkemece senet üzerinde yapılan incelemede de rapordaki bulgular saptanıp aynı sonuca ulaşıldığına göre, üzerinde tahrifat yapıldığı ilk bakışta fark edilen senette aldatma gücü objektif ölçülere göre yoktur.". (Yarg. CGK.23.05.2017, 11-22/287). Benzer kararlar için bkz. (Yarg. 11. CD. 05.06.2014, 27271/11081); (Yarg. 11. CD. 22.01.2014, 17723/1298); (Yarg. 11. CD. 04.02.2009, 18875/512). (Yarg. CGK. 21.06.2011, 5-4/136); (Yarg. 11. CD. 22.04.2008, 1723/3577); (Yarg. CGK. 09.10.2012, 8-335/1804); (Yarg. 11.CD. 31.10.2006, 3272/8538).

89 GÖKCEN, s. 117.

90 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704.

91 FREUND, s. 90.

92 ERMAN, s. 221.

Objektif ölçütlerin neler olduğu konusunda büyük bir belirsizlik olduğundan hakim her somut olayı bir bütün olarak kendi içinde değerlendirmesi gerekir. Belgenin objektif olarak aldatma yeteneğine sahip olup olmadığının belirlenmesinde hakim belli bir sırayı takip ederek değerlendirme yapmalıdır. Öncelikli olarak suçun maddi konusu olan belgenin aslı üzerinde araştırma yapılmalıdır. Hakim, suçun maddi konusunu oluşturan belgenin aslını ceza dosyasına getirtmelidir.⁹³ Belgeye ait fiziki nitelikler, içerik, içeriğindeki şekil ve üslup dikkate alınmalıdır.⁹⁴ Tarih, imza, sayı, mühür veya başlık gibi unsurların eksik olması halinde belgenin iğfal kabiliyeti bulunmaz.⁹⁵ Belgede bulunması gereken zorunlu unsurları hakim kendisi incelemeli ve belgenin özelliklerini duruşma tutanağına kaydetmelidir.⁹⁶ Daha sonra uzman kişinin görüşüne başvurulabilir. Hakim tarafından yapılan incelemede iğfal kabiliyetinin tespitine yönelik bilirkişi incelemesine gerek duyulduğunda, konunun uzmanı olmayan kişilerin bilgisine başvurulmasından kaçınılmalıdır.⁹⁷ Herkese göre değişen ve nisbi bir kavram olan aldatma yeteneğinin takdiri, bilimsel konuların dışında kalmaktadır. Bu nedenle bilirkişi raporu, hakimi aydınlatıcı ve ona yardımcı olacak görüş niteliğinde kabul edilmelidir.⁹⁸ Bilirkişi raporunun denetlenebilir olması gerekir.⁹⁹

Yargıtay'a göre belgenin iğfal kabiliyetine sahip olup olmadığı, somut belge üzerinden saptanabileceği için fiili bir sorundur. Bu konudaki bilirkişi düşüncesi mahkemeyi bağlayıcı olmayıp, aydınlatıcı niteliktedir. Aksi düşünce, kanıtları serbestçe değerlendirme ve dolayısıyla vicdani kanıt sistemine dayanan ceza yargılaması hukukundan uzaklaşıp yasal kanıt sistemi ile bütünleşmeye götürecek mahiyettedir.¹⁰⁰

Belge aslının ele geçirilememesi dolayısıyla iğfal kabiliyetinin tespitinin mümkün olmaması hali sanık lehine değerlendirilmelidir.¹⁰¹ Benzer şekilde iğfal kabiliyetinin tespitine yönelik olarak

93 GÖKCEN, s. 124; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Belgede sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığı hususunda takdir yetkisinin hâkime ait olduğu ve fotokopi üzerinde mürekkep, el, baskı gibi izleri görebilmenin çoğu zaman mümkün olmadığı göz önüne alındığında; mahkemece suça konu bono aslının getirtilip denetime olanak verecek şekilde dosya içine konulması gerekirken, fotokopi üzerinde yapılan incelemeyle yetinilmek suretiyle eksik araştırma ile hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır." (Yarg. CGK. 23.05.2017, 11-22/287).

94 YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ, s. 6201.

95 GÖKCEN, s. 123.

96 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, s. 737.

97 TAŞDEMİR, s. 46.

98 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 847; Bilirkişi raporunda teknik terim kullanmaktan kaçınılmalıdır. Kullanılması gerekli olduğunda ise açıklamasının anlaşılır şekilde yapılması gerekir. Raporun bütünü sade olmalıdır. Sahtecilik konusunda karar vermesi gereken hakimi şüpheye sokacak ifadelerden kaçınılması gerekir. Bu nedenle içerisinde yer aldığı dosyadaki bilgilerden bağımsız olarak anlaşılabilir olmalıdır. Benzer sahtecilik durumlarına ilişkin daha önce hazırlanmış bilirkişi raporları varsa, bunların da "önceki bilirkişi raporları" başlığı altında yer alması isabetli olacaktır. Böylece raporu okuyan hakim, inceleme konusu belge hakkında verilen benzer veya farklı görüşlerden haberdar olacaktır. AŞICIOĞLU, Faruk, Adli Belge İnceleme ve Sahtecilik Alanındaki Bilirkişi Raporlarının İncelikleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 50.

99 TAŞDEMİR, s. 40.

100 Bkz. (Yarg. CGK. 27.01.1984. 6-355/34).

101 Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Mahkemece söz konusu belgenin objektif olarak aldatma niteliği bulunup bulunmadığının, özellikleri duruşma tutanağına yazılıp, gerekçede aldatıcılık niteliği irdelenip ne şekilde aldatıcılık niteliğini haiz olduğunun tespitinin mümkün olmaması halinde, şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca, somut olayda; suça konu sahte olan belge aslının ele geçmediği, katılanın sunmuş olduğu suret belge niteliğinde olduğu gözetilmeden, unsurları oluşmayan

bilirkişinin görüşü, sahtecilik yapıldığını tam olarak ortaya koymuyorsa sahtecilik suçundan dolayı ceza verilmemelidir.¹⁰²

Belgenin nasıl düzenlenmesi gerektiğinin mevzuatta yer aldığı durumda, mevzuata aykırı olarak düzenlenmesi halinde belgenin iğfal kabiliyeti bulunmaz.¹⁰³ Bu nedenle belgeler yönünden aldatma yeteneğinin araştırılmasında, ilgili belge türü bakımından uyulması gerekli şekil ve usul kurallarına uyulup uyulmadığının gözetilmesi gerekir.¹⁰⁴

İğfal kabiliyetinin tespitinde, belgenin muhatabı olan kişinin veya mağdurun kişisel özellikleri dikkate alınmamalıdır. Belgenin objektif özellikleri dışında ilgililerin kişisel hatası, bilgisizliği veya dikkatsizliğinden dolayı zarar verme olasılığı ortaya çıkmışsa aldatıcılıktan söz edilemez.¹⁰⁵ Sahte belgenin sunulduğu makam, belgenin sahteliğini anlayamamış olsa bile, sahtecilik esasen normal kontroller sırasında fark edilebilir nitelikte ise iğfal kabiliyeti bulunmamaktadır. Aksi halde subjektif değerlendirme yapılmak suretiyle sahtecilik suçundan hüküm kurulabilirdi. Örneğin gerçeğe aykırı ortaklık durum belgesi hazırlandıktan sonra gerçek ortaklık durumunu gösterir ticaret sicil belgeleriyle birlikte ihale başvurusu yapılmıştır. Ortaklık durum belgesinin gerçeğe aykırı düzenlenip ihaleye sunulması suretiyle gerçekleştirilen özel belgede sahtecilik eyleminde belgenin aldatma yeteneği bulunmamaktadır. İhale dosyasına sunulan ticaret sicil gazetesi örneklerinde ortaklık durum belgesinin gerçek hali bulunmaktadır. İhale başvurusu sırasında gerçek olmayan ortaklık durum belgesiyle birlikte gerçek ortaklık yapısını gösteren ticaret sicil belgelerinin birlikte verilmesi, gerçek olmayan ortaklık durum belgesinin iğfal kabiliyetinin olmadığı kesin kanıttır.

Suçun maddi konusu belgenin fotokopi olması halinde belgenin iğfal kabiliyeti yoktur.¹⁰⁶ Onaysız fotokopiden ibaret belgelerin söz konusu olduğu davalarda, belge aslının temin edilip üzerinde iğfal kabiliyeti yönünden bilirkişi incelemesi veya mahkemece gözlem yapılarak iğfal kabiliyetinin belirlenme imkanı bulunmaz. Bu nedenle sahtecilik suçu, unsurları itibarıyla oluşmaz. Fotokopinin aslı gibi olduğunun onaylanması halinde ise hukuken değer görebileceğinden sahtecilik suçu oluşabilir.¹⁰⁷

suçtan sanığın beraati yerine yazılı şekilde mahkûmiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır. (Yarg. 11. CD. 19.03.2018, 2188/2322); Benzer karar için bkz. (Yarg. 11. CD. 22.01.2008, 8423/117).

102 GÖKCEN, s. 128.

103 GÖKCEN, s. 124.

104 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704.

105 TOFAHRN, s. 66; Benzer görüş için bkz. TANERİ/KAMIŞLI, s. 625; ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, s. 847.

106 BRÜNİNG, s. 99; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Sanıkların, adı belirtilen bankadan tüketici kredisi almak için sunmuş oldukları İ. adına düzenlenen ve sahte olduğu belirtilen maaş bordrosunun fotokopiden ibaret olduğu, belgenin aslının temin edilemeyip, dosyada bulunan fotokopi üzerinde ise iğfal kabiliyeti hususunda inceleme yapılamayacağımmın anlaşılması karşısında; sahtecilik suçunun kurucu unsuru olan aldatma ögesinin somut olayda gerçekleşmediği dikkate alınıp sanıkların atılı suçtan beraatlerine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden yazılı şekilde mahkûmiyetlerine karar verilmesi yasaya aykırıdır." (23. CD. 20.04.2015, 23/738); Benzer kararlar için ayrıca bkz. (Yarg. CGK. 14.10.2003, 232/250); Benzer kararlar için bkz. (Yarg. 11.CD. 30.04.2010, 8387/4962); (Yarg. 11. CD. 06.05.2015, 8317/26078); (Yarg. 11. CD. 30.04.2015, 9903/25892).

107 KÜHL, s. 1333; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. "Onaysız fotokopi niteliğinde olup suret belge özelliğini taşımayan belgeler hukuki sonuç doğurmaya elverişli olmayıp aldatıcılık özelliği bulunmamaktadır." (Yarg. 21.CD. 24.02.2016, 2015/6131, 2016/1633).

Belgede sahtecilik suçlarında belgenin iğfal kabiliyeti suçun unsuru olduğundan somut olayda aldatıcılığın sübut olması gerekir. Aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdiri hakime ait olsa da değerlendirmenin objektif kriterlere göre yapılması gerekir. Maddi gerçeğin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde tespiti bakımından; belgeyi düzenleyen veya değiştiren kişilerin suç tarihinden öncesine ait el yazısı örneklerinin temini ile suça konu belgedeki tahrifatın aidiyeti hususunda resmi kurumdan rapor alınması ve toplanan deliller bütün halinde değerlendirilip sonucuna göre hukuki durumun takdir edilmesi gerekir.

İğfal kabiliyetinin tespitinde belgenin fiziki nitelikleri, içeriği ve içeriğindeki şekil ve üslup birlikte dikkate alınmalıdır. Mahkemece, belgede bulunması gereken başlık, sayı, tarih, ima, mühür gibi zorunlu öğeler incelenmeli, belgenin niteliği ve objektif olarak aldatma gücü olup olmadığı saptanmalıdır. Bu nedenle belgenin iğfal kabiliyetinin tespitinde belge aslının mahkeme tarafından fiziki olarak incelenmesi esas ölçüttür.

Teknik bir incelemeyi gerektiren iğfal kabiliyetinin tespitinde uygulamada genellikle bilirkişi incelemesine başvurulmaktadır. Bilirkişinin raporu doğrultusunda da sahtecilik fiilinden dolayı hüküm kurulmaktadır. Bu durum göstermektedir ki iğfal kabiliyetinin objektif olarak tespitinde bilirkişinin aldanıp aldanmaması hali birincil ölçüt olarak değerlendirilmektedir.

İğfal kabiliyetinin tespiti amacıyla başvuru alan bilirkişinin yorumu, somut olaydan uzak teknik bir incelemedir. Somut olaydan uzaklaşan bilirkişinin, tespitin yapılması sırasında yapacağı değerlendirmelerin çoğunun, eylemi cezasız bırakma tehlikesi bulunmaktadır.

C. Fiili İğfalin Sahtecilik Sayılmaması

Belgenin muhatabının hatasından, dikkatsizlik veya özensizliğinden kaynaklanan aldanma haline “fiili iğfal” denilmektedir.¹⁰⁸ Bu halde belgenin aldatıcı olmasından öte muhatabın kendiliğinden aldanması söz konusudur. Belgedeki eksiklik basit bir incelemeyle anlaşılabilir olmasına rağmen muhatabın dikkatsizliğinden dolayı bu durum anlaşılammamaktadır.¹⁰⁹

Fiili iğfal halinde muhatap, kendi sübjektif yaklaşımı veya değerlendirmesi nedeniyle aldanmaktadır. Oysa belgenin nesnel olarak aldatıcılık yeteneğinin olması ve aldatma keyfiyetinin belgeden objektif olarak anlaşılması gerekir. Muhatabın hatasından, dikkatsizlik ya da özensizliğinden kaynaklanan fiili iğfal, aldatma yeteneğinin varlığını göstermez.¹¹⁰

108 TAŞDEMİR, s. 39.

109 TANERİ, s. 233.

110 SCHÖNKE/SCHRÖDER, s. 2704; Benzer görüş için bkz. Yargıtay. “Resmî belgenin sahtecilik suçunu oluşturabilmesi için, düzenlenen ya da değiştirilen belgenin gerçek bir belge olduğu konusunda kişiyi yanıltıcı nitelikte olması gerekir. Aldatıcılık özelliği suçun temel unsuru olup, özel bir incelemeye tabi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilen belge, sahte belge olarak kabul edilmelidir. Sahteciliğin kişileri aldatacak nitelikte olup olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır. Sahte belgenin ilk bakışta dikkati çekmeyecek biçimde düzenlenip, belirli bir kişiyi değil birçok kişiyi aldatabilecek nitelikte olması ve aldatma gücünün objektif olarak saptanması gerekir. Bu nedenle, memurların bilgisizliği ve ihmalleri nedeniyle kandırıcı yeteneği olmayan belge üzerinde işlem yapması belgeye hukuki geçerlilik kazandırmaz. Daha önceden var olan sübjektif bir bilgi, belge üzerinde var olan aldatma yeteneğini ortadan kaldırıcı etkiye sahip değildir.” (Yarg. CGK.

Belgenin muhatabının eksik inceleme ve araştırma yapması ile sahteciliğin anlaşılabilmesi için belgeyi araştırma ve inceleme yükümlülüğü olan idare, bu yükümlülüğü yerine getirmediğinde, bu durum sanık aleyhine yorumlanmamalıdır.¹¹¹ Örneğin ülke dışındaki bir yükseköğretim kurumundan mezun olunmamasına rağmen sahte diplomayla denklik başvurusunda bulunma halinde, belgenin aldatıcılık özelliğinin bulunmamasıdır. Yükseköğretim mevzuatına göre kamu personelinin, denklik başvurularında diplomanın gerçek olup olmadığını araştırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Kurum tarafından araştırma yapılmadan sahte diplomanın kabul edilmesi halinde sahtecilik suçu oluşmaz.

SONUÇ

Belgede sahtecilik suçlarında, belgenin gerçekliği veya beyanların doğruluğuna olan kamu güveni korunmaktadır. Bir durumu tespit etmeleri veya ispat aracı olmaları nedeniyle belgelere hukuk düzeni sonuç bağladığından, belgelerin doğruluğuna ve geçerliliğine yönelik olarak güven duyulmaktadır. Sahtecilik suçunun işlenmesiyle birlikte kamunun, belli irade açıklamalarına duyduğu bu güven hedef alınmaktadır.

Belgede sahtecilik suçlarının oluşması için sahtecilik yapılan belgenin gerçek olduğu konusunda karşı tarafı yanıltıcı nitelikte olması, iğfal kabiliyetine sahip olması gerekir. Belgenin iğfal kabiliyeti yoksa maddi unsur eksikliğinden dolayı sahtecilik suçu oluşmaz. Bu durumda belgenin niteliğine ve faile bağlı olarak görevi kötüye kullanma suçu, dolandırıcılık suçu veya resmi belgeyi bozma suçu oluşabilir. İlave olarak belgede sahtecilik suçları bir başka suçun işlenmesinde araç olarak kullanılmış olabilir. İğfal kabiliyetinin eksikliğine bağlı olarak sahtecilik suçu oluşmasa da amaç suçun unsurları tamam olduğunda fail, bu suçlardan sorumlu olabilir.

5237 sayılı Kanun'un birçok düzenlemesi çeşitli şekillerde eleştirilmekle birlikte en az tartışma yapılan alanlardan biri, belgede sahtecilik suçlarının yer aldığı bölümdür. Tartışmaların yeterli olmamasına bağlı olarak, belgenin iğfal kabiliyetine ilişkin sahtecilik suçlarının düzenlendiği ceza normunda çelişki bulunmaktadır. Doktrinde ve yargı kararlarında açıkça görüldüğü üzere, iğfal kabiliyetine sahip olmayan belge sahtecilik suçuna neden olmamaktadır. Belgenin aldatıcılık vasfı, sahtecilik suçunun niteliğinde bulunması zorunlu bir unsurdur. İğfal kabiliyetinin sahtecilik suçundaki önemi ortadayken, kanun koyucunun ceza normunda çelişkili ifadeye yer vermesinin izahati bulunmamaktadır. Bu nedenle resmi belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği md. 204 ve özel belgede sahtecilik suçunun düzenlendiği md. 207'de yer alan "başkalarını aldatacak şekilde" ifadesinin çıkartılması gerekmektedir.

İğfal kabiliyetinin yeteri kadar araştırılmaması, duruşma sırasında incelenmemesi ve özelliklerin tutanağa bağlanmaması sıklıkla bozma kararlarına konu yapılabilmektedir. Belgenin iğfal kabiliyetinin tespiti yükümlülüğü hakime ait olmasına rağmen uygulamada, dosyanın mahkemeye intikal etmesiyle birlikte bilirkişiye gönderilmektedir. Bilirkişinin görüşü doğrultusunda da

23.05.2017, 11-22/287).

111 GÖKCEN, s. 128; Benzer görüş için bkz. TANERİ/KAMIŞLI, s. 625.

doğrudan hüküm verilmektedir. İğfal kabiliyetinin ölçütünü doğrudan bilirkişi belirlemektedir. Bu durum, yargılama makamının iğfal kabiliyetinin tespitine yönelik olarak sadece aracılık görevini ifa etmesi şeklinde yorumlanmaktadır. Oysa mahkeme öncelikle sahtecilik suçunun maddi konusu olan belgenin aslını getirterek, belgeye ait fiziki nitelikler, içerik, içeriğindeki şekil ve üslubu dikkate alarak değerlendirme yapmalıdır. Aslı üzerinde yapılan araştırma sonucunda iğfal kabiliyetinin objektif olarak tespit edilemediği teknik bir incelemeye gerek duyulan hallerde bilirkişinin görüşüne başvurulmalıdır.

İğfal kabiliyetinin varlığı, belgeden objektif olarak anlaşılmalıdır. Belgenin objektif özellikleri dışında ilgililerin kişisel hatası, bilgisizliği veya dikkatsizliği dikkate alınmamalıdır. Objektif ölçüt doktrinde ve yargı kararlarında, belgenin çok sayıda kişiyi aldatma yeteneğine sahip olması, ilk bakışta herkes tarafından anlaşılabilmesi, beş duyu organıyla anlaşılabilir olmaması ya da özel bir incelemeye tâbi tutulmadıkça gerçek olmadığı anlaşılabilmesi şeklinde ifade edilebilmektedir. Görüldüğü gibi ifadelerin soyutluğu ve karışıklığı iğfal kabiliyetinin somut olayda tespitinde hakkaniyet dışı kararların verilebilmesine neden olabilmektedir. İğfal kabiliyetinin tespitinde objektif ölçütün dikkate alınması gerekli olmasına rağmen, nasıl yapabileceğine yönelik kriterlerin belirlenmesi gerekmektedir.

Belgede sahteciliğin kişileri aldatabilecek nitelikte olup olmadığı şüpheye yer vermeyecek şekilde saptanmalıdır. Somut olayda belge aslının elde edilememesi ya da bilirkişi incelemesinde iğfal kabiliyetinin varlığının ispatlanamaması durumu failin lehine olacak şekilde değerlendirilmelidir.

KAYNAKÇA

- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- ASLAN, M. Yasin, “Türk Ceza Kanunu’ndaki Düzenlemeler Kapsamında Geniş Anlamda Sahtecilik Suçları”, ABD, 2015/2, s. 147-172.
- AŞICIOĞLU, Faruk, Adli Belge İnceleme ve Sahtecilik Alanındaki Bilirkişi Raporlarının İncelikleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- BERKİN, M. Necmeddin, “Senetlerde Sahtekarlık”, İÜHFİM, 1948, Cilt: 14, Sayı: 3-4, s. 669-699.
- BROCKHAUS, Matthias, “Die Urkundenfälschung und die Straflosigkeit der „schriftlichen Lüge“ Ein Erklärungsversuch aus historischer Sicht bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871”, ZIS, 2008/11, s. 556-564.
- BRÜNİNG, Janique, “Übungsfall: Ein Jurist auf Abwegen”, ZJS, 2010/1, s. 98-104.
- CENGİZ, Sibel, Evrakta Sahtekarlık Suçları, USA Yayınevi, Ankara, 2007.
- ÇAM, Nihat Bozkurt, “Evrakta Sahtekârlık Suçları”, ABD, 1989/3, s. 450-471.
- ERMAN, Sahir, Sahtekarlık Cürümleri, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1952.
- FREUND, Georg, Urkundenstraftaten, Zweite, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2009.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin, “Özel Belgede Sahtecilik Suçu”, ABD, 2010/1, s. 209-236.
- GÖKCEN, Ahmet, Belgede Sahtecilik Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Pulat, Türk Ceza Kanunu Açıklaması, Cilt III, Sevinç Matbaası, Ankara, 1970.
- GÜNGÖR, Devrim, Resmi Belgelerde Sahtecilik Suçu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2010.

- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, USA Yayınevi, Ankara, 2017.
- KARTAL, Pınar Memiş, Resmi Belgede Sahtecilik, Özel Ceza Hukuku Cilt VI, Kamu Güvenine, Kamu Barışına, Ulaşım Araçlarına veya Sabit Platformlara Karşı Suçlar, Onikilevha Yayınevi, İstanbul, 2020.
- KAZEMİ, Robert, "Sperrvermerk durch Google – Das Aus für das akademische Ghostwriting in Deutschland?" BRJ, 2013/02, s. 92-98.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- KÜHL, Kristian, Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, 2011.
- LANGELS, Harald, Strafrecht Bt 2 Straftaten Gegen Gemeinschaftswerte, Bonn, 2017.
- MALKOÇ, İsmail, Uygulamada Belgelerde Sahtecilik Suçları ve Mala Karşı Suçlar, Sevinç Matbaası, Ankara, 1986.
- MERAN, Necati, Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÖKMEN, M. Kemal, "Belgede Sahtecilik Suçlarında Genel Kavramlar ve Manevi Unsur", ABD, 2019/1, s. 459-472.
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- ÖZEN, Mustafa, Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- PUPPE, Ingeborg, "Urkundenfälschung", Jura 1979, s. 630-641.
- SAVAŞ, Vural/MOLLAMAHMUTOĞLU, Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.
- SCHNEIDER, Dirk J. Strafrecht Besonderer Teil III, Jura-Intensiv Verlag, Dinslaken, 2017.
- SCHÖNKE, Adolf/SCHRÖDER, Horst, Strafgesetzbuch: Kommentar, Münih, 2014.
- SEVÜK, Handan Yokuş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ŞAHİN, Meral Ekici, Dolandırıcılık Suçu, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- TANERİ, Gökhan, Uygulamadan Örnek Hükümlerle Sahtecilik Suçları, Savaş Yayınevi, Ankara, 2017.
- TANERİ, Gökhan/KAMIŞLI, Gani, Dolandırıcılık-Sahtecilik-Güveni Kötüye Kullanma Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- TAŞDEMİR, Kubilay, Belgelerde Sahtecilik Suçları, Ankara, 2019.
- TELLENBACH, Silvia, Einführung in Das Türkische Strafrecht, Freiburg, 2003.
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- TOFAHRN, Sabine, Strafrecht Besonderer Teil III Straftaten gegen Gemeinschaftswerte, Heidelberg, 2019.
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa, Yorumlu ve Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt V, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- YURTCAN, Erdener, Yargıtay Kararları Işığında Sahtecilik Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.

La Transparence Administrative en Turquie

Türkiye’de İdari Şeffaflık

Rukiye Mehtap ÖZLÜ* 

Résumé

La transparence administrative est un sujet très sensible vu que le secret fait partie de la vie des groupes, des plus petits aux plus grands, et des sociétés. Le mode de fonctionnement de l’administration consiste à cacher tout genre d’information, ce qui est très inquiétant, car cette politique de confidentialité peut causer des retombés controversés. Pour cette raison, il faut des règles qui s’imposent à l’administration pour atténuer ses secrets et lutter contre la corruption et le déficit démocratique. En Turquie ainsi que dans les États démocratiques et modernes, des travaux réglementaires sont menés afin de tenter de réduire voire même de faire disparaître les secrets en faveur de la transparence administrative. Cette étude explique l’aspect juridique de la transparence administrative dans la législation nationale turque. Dans cette étude sur la transparence administrative, les questions du cadre et des instruments juridiques ainsi que celle du contrôle administratif seront traitées. Cependant, cette étude ne se préoccupe pas de faire une évaluation de la mise en application.

Mots Clés : Transparence administrative turque, cadre juridique, instruments juridiques, contrôle administratif.

Öz

Yönetimde şeffaflık, en küçüğünden en büyüğüne bütün grup ve toplumlarda var olduğu için çok hassas bir konudur. İdarenin tutumu her türlü bilgiyi gizlemekten yana olup bu gizlilik politikası, tartışmalı sonuçlara neden olabileceğinden bu durum, çok endişe vericidir. Bu sebeple idari sırları azaltarak yolsuzluk ve demokrasi eksikliğiyle mücadele etmek için gerekli hukuki düzenlemeler yapılmalıdır. Çağdaş demokratik devletlerde olduğu gibi Türkiye’de de idari şeffaflık lehine gizliliği azaltmak hatta neredeyse ortadan kaldırmak için hukuki düzenlemeler yapılmaktadır. Bu çalışmada, Türk ulusal mevzuatında düzenlenen idari şeffaflığın hukuki boyutu açıklanmaktadır. İdari şeffaflık konusunu ele alan çalışmada, hukuki çerçeve ve araçlar ile idari denetim konuları incelenmektedir, uygulamaya yönelik değerlendirme yapılmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Türk idari şeffaflığı, yasal çerçeve, yasal araçlar, idari kontrol.

INTRODUCTION

La transparence administrative est un sujet très sensible étant donné que le secret accompagne la vie des groupes, des plus petits aux plus grands, et des sociétés. Il s’agit des secrets personnels, secrets

* Dr. Öğr. Üyesi, Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi, mehtap.dolek@gop.edu.tr

de famille, secrets professionnels, secrets bancaires, secrets des sources des journalistes, secrets dans le domaine de la médecine, secrets militaires et secret d'État dans toutes les sociétés. Le secret est inhérent à toute vie humaine, cela s'avère aussi être le cas pour l'administration. Car l'administration est liée au pouvoir et elle s'organise dans une forme de hiérarchie, ainsi elle est spontanément portée au secret. Elle a tendance à estimer que l'information qu'elle détient ne doit pas être divulguée, que les décisions prises doivent être cachées jusqu'au dernier moment. L'attitude de l'administration consiste à cacher tout genre d'information et cette situation est préoccupante.

Il faut des règles qui s'imposent à l'administration pour assurer la transparence puisque la transparence favorise, en premier lieu, une bonne gouvernance publique¹. Elle permet, en effet, la mise en œuvre des principes et des valeurs qui constitue les bases d'une bonne gouvernance, c'est-à-dire d'une action légale, juste et efficace. Elle favorise, en second lieu, l'efficacité de l'administration². Elle permet encore d'éviter que le secret des procédures et des motifs ne crée une défiance nuisible à la réalisation des objectifs poursuivis³. Elle encourage aussi la discussion, la critique et la participation des citoyens dans les affaires administratives.

En Turquie, le secret a vu son champ se réduire voire quasiment disparaître dans certains domaines au profit de la transparence administrative. L'un des aspects les plus intéressants, de ce point de vue, est réglé, c'est le droit d'accès à l'information publique. La publication et la motivation des actes administratifs sont d'autres aspects à prendre en compte. Par ailleurs, il faut préciser qu'il est impossible de parvenir à une complète transparence, car celle-ci peut avoir des effets nuisibles dans tous les pays y compris la Turquie. Il faut notamment assurer l'équilibre entre le respect nécessaire de certains secrets et le besoin de savoir.

En Turquie, le droit à la transparence administrative est relativement récent. L'influence du droit de l'Union européenne (UE) sur l'affaire publique en matière de la transparence administrative est si importante que la Turquie désire adhérer à l'UE depuis 1959. Suite aux exigences européennes et bien sûr aux volontés politiques internes, le législateur a instauré des lois en transposant divers outils en faveur de la transparence administrative. Cette étude vise à mettre en évidence la transparence administrative dans la législation nationale turque. Pour cela ; nous allons, en premier lieu, traiter le cadre juridique et les instruments juridiques dans le domaine de la transparence administrative, puis son contrôle administratif.

I. La transparence dans l'administration publique

La transparence administrative en Turquie peut être traitée en deux parties, l'une est le cadre juridique de la transparence administrative et l'autre réside dans les instruments juridiques au service de la transparence administrative.

1 J-M. Sauvé, "Transparence et efficacité de l'action publique", <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/transparence-et-efficacite-de-l-action-publique>.

2 J-M. Sauvé, *op. cit.*

3 J-M. Sauvé, *op. cit.*

A. Le cadre juridique de la transparence administrative en Turquie

En raison de l'absence d'un code général du droit administratif, les principes généraux de l'action administrative trouvent leur fondement dans les droits garantis par la Constitution de la République turque de 1982.

L'action de l'administration publique turque s'inspire du principe de l'État de droit. L'article 2 de la Constitution de 1982 précise bien que la République de la Turquie est un État de droit démocratique. Les bases de l'État de droit sont la primauté du droit et le respect des droits et des libertés des citoyens. Ce principe contient également le principe de légalité qui répond à la nécessité de conférer une légitimation démocratique à l'action administrative. Cela s'exprime dans l'exercice des pouvoirs publics, de l'imposition, des limitations de l'autorité. Ainsi, les autorités de la puissance publique déploient leurs activités en vertu, et dans les limites du droit. Cela a été expliqué qu'en vertu de l'article 123 de la Constitution : *"l'administration constitue un tout de par son organisation et ses fonctions et elle est régie par la loi"*.

L'action de l'administration publique turque s'inspire aussi du principe d'égalité devant la loi. Ce principe est énoncé dans l'article 10 de la Constitution : *"Tous les individus sont égaux devant la loi sans distinction de langue, de race, de couleur, de sexe, d'opinion politique, de croyance philosophique, de religion ou de confession, ou distinction fondée sur des considérations similaires. Les organes de l'État et les autorités administratives sont tenus d'agir conformément au principe de l'égalité devant la loi en toute circonstance"*. Il en découle le devoir, par l'administration, d'assurer le même traitement à ceux qui bénéficient de son activité, s'ils se trouvent dans la même situation juridique et factuelle.

L'action de l'administration publique turque s'inspire aussi des principes de bonne gouvernance⁴ tels que l'ouverture et la transparence, la participation des citoyens, la responsabilité, l'efficacité, la cohérence⁵. Pourtant, il n'existe pas d'article constitutionnel incluant directement les principes de bonne gouvernance. Cependant, le principe de transparence sur l'action administrative a été reconnu dans la loi n° 5227 du 15.07.2004 concernant les principes fondamentaux de l'administration publique (pas mise en application)⁶ et le projet de loi sur la procédure administrative générale (2008)⁷. La nécessité d'établir ces réglementations, notamment le projet de loi sur la procédure administrative générale, provient de la recherche doctrinale⁸. Néanmoins, il n'y avait pas assez de débats politiques

4 Livre blanc sur la gouvernance européenne, COM (2001) 428 du 25.07.2001.

5 S. S. Boz, C. Yurdaer, Y. Eraslan, "İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.3, 2019, p.522.

6 La loi n° 5227 a fait l'objet d'un veto de l'ancien Président de la République, Ahmet Necdet Sezer qui a insisté sur l'impact néfaste qu'elle pourrait avoir sur l'unité de la République de la Turquie. Celui-ci a notamment jugé potentiellement inconstitutionnels certains transferts de compétences aux collectivités locales et dénoncé les risques présentés par un service public partiellement assumé par des acteurs privés. <https://www.tccb.gov.tr/basin-aciklamalari-ahmet-necdet-sezer/1720/6352/5227-sayili-kamu-yonetiminin-temel-ilkeleri-ve-yeniden-yapilandirilmasi-hakkinda-kanun.html>.

7 Genel İdarî Usul Kanunu Tasarısı, <http://www.idarehukuku.net/mevzuat/Genel-Idar-Usul-Kanunu-Tasarisi.html>.

8 A.Ü. Azrak, "Umumi İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, 1967, Sayı 1-2, pp.66-82; A.Ü. Azrak, "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, İkinci Kitap, pp.821-834; A.Ü. Azrak, "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", *İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 17-18 Ocak 1998), Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, pp.86-

tout au long du processus décisionnel, c'est pourquoi ces réglementations ne sont pas encore mises en application. Bien que ces réglementations ne soient pas en vigueur, il est important d'examiner leurs dispositions pertinentes puisqu'elles réglaient le principe de transparence administrative. Le premier article de la loi concernant les principes fondamentaux de l'administration publique explique que ladite loi établit une administration publique fondée sur la participation, la transparence, les droits de l'homme et les libertés. L'article 5 de ladite loi éclaircit les principes de base de l'établissement et du fonctionnement de l'administration publique. L'article 5-e dispose qu'il faut tenir compte des principes de participation, de transparence, de prévisibilité, de pertinence, de confiance pendant l'accomplissement des services publics. De même, l'article 3 du projet de loi sur la procédure administrative générale énonce que l'administration publique est tenue de respecter les droits de l'homme et de se conformer aux principes d'égalité devant la loi, d'impartialité, d'ouverture et de participation pour parvenir à une bonne gouvernance.

Autrement dit, bien qu'il manque un code général du droit administratif et une loi sur la procédure administrative générale qui réglementent ce principe essentiel, il existe diverses lois, telles que la loi sur le droit à l'information, la loi sur le contrôle et à la gestion de la finance publique, la loi de l'exercice du droit à la pétition, la loi sur la protection de la concurrence, la loi sur le marché public, la loi sur les communications électroniques, la loi des départements, la loi des avocats, la loi sur le notariat, la loi des douanes, la loi sur les radiocommunications et la télévision de Turquie. etc., qui encadrent et disposent des instruments pour installer le principe de transparence dans l'administration publique.

B. Les instruments juridiques de la transparence administrative

Le principe de la transparence sur l'action administrative se réalise à travers plusieurs instruments juridiques prévus par diverses lois.

I. Le droit d'accès à l'information publique

Le droit à l'information au sens large se réfère plutôt à la liberté d'accès aux documents administratifs. Le droit d'accès aux documents administratifs représente le principe général de l'activité administrative visant à favoriser la transparence de l'action administrative. Le droit d'accès aux documents administratifs est lié au caractère démocratique des pays. La transparence garantit une plus grande

91; A. Balkan, "Genel İdari Usul Yasa Tasarısı ve Kamu Yönetimi Etiğine Katkısı" *Kamu Etiği Sempozyum Bildirileri*, C.2, TODAİE Yayınları, Ankara, (25-26 Mayıs-2009), pp.869-888, L. Duran, "İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular", *AİD*, C. 31,S.2, (Haziran-1998) pp.1-14; H. Dursun, "İdari Usul ve Şekil İlkeleri İle Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım (I)", *TİD*, S.454 (Mart-2007), pp.99-128 C. Kanlıgöz, "Katılımcı Demokrasi ya da "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu Üzerine" *AÜHFD*, C.45, S.1-4, 1996, pp.167-183; O. Karahanogulları, "Kamu Reformu Tartışmalarına Metodolojik Bir Bakış", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S. 2, 2004, pp.1-16; Y. Yıldızhan, "Türkiye İdaresinin Yeniden Yapılanması Üzerine Bazı Gözlemler", *Türkiye'de Kamu Yönetimi*, (Editörler: Burhan Aykaç, Şenol Durgun, Hüseyin Yayman), 2. Basım, Nobel Yayınevi, 2012, Mayıs, pp.489-498; TESEV, "Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağı: Tesev Değerlendirme Raporu", http://www.tesev.org.tr/etkinlik/kamu_yon_anasayfa.php.

légitimité et responsabilité de l'administration dans un système démocratique, car il est nécessaire pour les citoyens de connaître le fondement des règles.

Le droit d'accès à l'information publique en Turquie a été réglementé grâce au processus de négociation avec l'UE. L'une des étapes les plus importantes de la Turquie dans sa voie européenne est de légiférer la loi n°4982 sur le droit à l'information. Il s'agit d'un droit qui a été acquis au nom de la gouvernance démocratique. Ainsi, les rapports de la commission d'harmonisation du droit de l'UE et de la commission de justice sur le projet de loi concernant le droit à l'information, précisent que *“le droit à l'information est défini en tant que nécessité de la supériorité de la démocratie et du droit. Le droit à l'information joue un rôle important pour élever le niveau de la confiance des individus envers l'État qui doit assurer une administration plus proche des individus, donner l'autorisation au peuple d'accomplir une mission de contrôle et assurer la transparence”*⁹. Le principal objectif de cette loi est donc d'intégrer les quatre principes de gouvernance qui sont la transparence, la participation, l'efficacité et la cohésion¹⁰. Le programme du gouvernement explique que *“le droit à l'information sera étendu à toutes les parties de la société, afin de lutter contre la “culture du secret” développée inutilement dans l'administration publique et la transparence sera fondamentale dans toutes les affaires et les opérations du secteur public. Ainsi, la confidentialité deviendra une situation exceptionnelle”*¹¹.

La loi sur le droit à l'information énonce les lignes directrices et les procédures permettant à une personne d'exercer le droit d'accès à l'information publique conformément aux principes d'égalité, de neutralité et de transparence qui sont les fondements d'une administration démocratique et transparente¹². Le but de cette loi est de réglementer les principes et les procédures relatifs à l'exercice du droit d'accès à l'information publique conformément aux principes d'égalité, d'impartialité et d'ouverture en tant qu'exigence d'une gestion démocratique et transparente. La loi s'applique aux activités des institutions et organisations publiques ainsi qu'aux organisations professionnelles dotées de la qualité d'établissement public. Ces institutions et organisations sont tenues de prendre les mesures administratives et techniques nécessaires pour mettre à la disposition des demandeurs toute sorte d'informations ou de renseignements et des documents, à l'exception de ceux prévus par la loi.

La demande d'accès à l'information publique doit être adressée à l'institution ou à l'organisation où sont conservés les informations ou les documents demandés, avec une pétition comportant le nom, la signature, l'adresse résidentielle et professionnelle du demandeur ; et si le déposant est une personne morale, la pétition comporte le titre et l'adresse de la personne morale, la signature de la personne autorisée et le certificat d'autorité. Cette demande peut être introduite également sous forme électronique ou par tout autre moyen de communication, à condition que toute autre information

9 Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları (1/632) Dönem: 22, Yasama Yılı :1 T.B.M.M. S. Sayısı: 248.

10 M. Işık, “Avrupa Birliği'nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C.12, S.19, 2010, pp. 39-49.

11 JO n° 24951 du 29.11.2002.

12 Y. Hız, Z. Yılmaz *Açıklamalı Notlu-Gerekçeli Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı Mevzuatı*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2004, p.53; S. Y. Koçak, “Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S.23, 2010, pp.115-125.

permettant d'identifier l'identité et la signature de la personne ou que l'émetteur de la lettre soit légalement identifiable. Ainsi, dans la pétition, les informations ou les documents demandés doivent être clairement indiqués.

Conformément à la loi sur le droit à l'information, les institutions et organisations fournissent au demandeur une copie certifiée conforme du document demandé¹³. En outre, les institutions et les organisations, sur demande, donnent accès aux informations ou documents demandés dans un délai de quinze jours ouvrables.

La question la plus importante concernant le droit d'accès à l'information publique est de déterminer les limites de ce droit. En effet, dans certains cas, le partage de toutes les transactions administratives avec les personnes qui sont les demandeurs d'information peut être néfaste pour conserver l'ordre public¹⁴. Par conséquent, le droit d'accès à l'information publique ne signifie pas le droit d'accéder à toutes les informations et les documents détenus par l'administration¹⁵. Il convient de préciser que le droit d'accès à l'information publique n'est pas un droit absolu. Le droit d'accès à l'information publique peut être limité dans les cas où l'intérêt public est en conflit avec le droit à l'information. La limitation de ce droit doit trouver un équilibre délicat entre l'obligation d'un État transparent de garantir l'exercice du droit d'accès à l'information publique et l'intérêt public¹⁶. Le législateur turc essaie de préserver cet équilibre en disposant les limites du droit d'accès à l'information publique dans la quatrième partie de loi sur le droit à l'information n°4982 (art. 15-28)¹⁷.

2. La publication des actes normatifs et administratifs

La publication des actes normatifs et administratifs se présente comme le volet actif de l'accès à l'information et la transparence. Selon la Constitution turque, les lois, les décrets et les règlements doivent être publiés pour qu'ils entrent en vigueur¹⁸.

Les lois, les décrets présidentiels et les règlements (détaillés dans la loi n°3011 du 24.05.1984) sont obligatoirement publiés au Journal Officiel qui est disponible sous format papier et électronique. Le règlement n° 358 du 22.11.2018¹⁹ instaure les règles et les procédures pour la publication des actes normatifs et administratifs.

13 Selon l'article 10 de la loi n°4982 sur le droit à l'information, cette demande d'information peut parfois être payante.

14 T. Akilhoğlu, "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", *AÜSBFD*, C. 46, S.3-4, 1991, p. 8.

15 C. Kaya, *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Seçkin, 2005, p. 249.

16 C. Kaya, *op. cit.*, p. 254.

17 L'administration refuse l'accès à un document dans le cas où la divulgation porterait atteinte à la protection de l'intérêt public, en ce qui concerne la sécurité publique, la défense et les affaires militaires, la politique financière. Elle refuse aussi l'accès à un document dans le cas où sa divulgation porterait atteinte à la protection des procédures administratives et juridictionnelles, de la vie privée et des intérêts commerciaux d'une personne physique ou morale déterminée y compris en ce qui concerne la propriété intellectuelle.

18 Articles 89 et 104 de la Constitution turque de 1982.

19 JO n° 30604 du 23.11.2018.

Il faut mentionner que tous les actes administratifs ne sont pas obligatoirement publiés au Journal Officiel. Les règlements du Président, des Ministères et des personnes morales de droit public sont publiés dans le Journal Officiel si ces règlements instaurent leurs coopérations, compétences et devoirs, couvrent les dispositions générales de la fonction publique et finalement réglementent l'intérêt public. Cependant, les règlements relatifs à la sécurité nationale ne sont pas publiés²⁰. Les actes administratifs qui ne sont pas l'objet de la publication doivent être annoncés au public par les moyens appropriés. Quant aux actes individuels, ils ne peuvent pas être exécutés avant leur notification à l'administré concerné.

3. La motivation des actes administratifs

La motivation des actes administratifs est également l'un des aspects de la transparence administrative. Elle consiste à mentionner que l'autorité administrative est tenue d'indiquer les motifs de fait et de droit qui en constituent le fondement lorsqu'elle prend des actes administratifs²¹. Il faut rappeler que la motivation des actes administratifs fournit aussi le principe de la légalité qui est un principe fondamental du droit administratif. En effet, l'administration est tenue de respecter la loi. De même, la motivation des actes administratifs doit être cohérente avec la réalité de la décision administrative prise. Ainsi, les éléments de la motivation peuvent concerner soit la légalité soit l'opportunité de l'acte quand il est pris sur la base d'un pouvoir administratif surtout discrétionnaire.

La motivation des actes vise à établir une relation de confiance entre l'administration et l'administré. En effet, elle permet la transparence des décisions administratives et la consultation des documents concernant l'administré. Il faut prendre en compte qu'une relation de confiance entre l'administration et l'administré ne peut être entretenue dans un État dans lequel l'administration appliquerait des décisions sans se justifier. En présentant des motifs, l'administration donne la possibilité au requérant de pouvoir comprendre la décision et présenter un éventuel recours.

En droit turc, la motivation fait partie du principe de cause²². Elle signifie d'indiquer la cause juridique de l'acte administratif dans son texte. Aucun article constitutionnel n'impose aux décisions administratives d'être motivées. Cependant, le projet de loi sur la procédure administrative générale de 2003 qui n'est pas encore entré en vigueur prévoit dans son article 33 la motivation des actes administratifs. Selon cet article, toute action administrative doit être justifiée et les motifs matériels et juridiques doivent être accessibles de façon exprès. En l'absence d'une loi sur la procédure administrative générale qui est mise en application, la motivation des actes administratifs est régie par diverses lois²³.

20 Article 1 de la loi n°3011 du 24.05.1984, JO n°18418 du 01.06.1984.

21 M. Delamarre, T. Paris, *Droit administratif*, Ellipses édition, 2009, p.269.

22 M. Günday, *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2017, p.152; B. Akyılmaz, M. Sezginer, C. Kaya, *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, p.391.

23 La loi sur l'exercice du droit à la pétition, la loi sur le droit à l'information, la loi sur la protection de la concurrence, la loi sur le marché public, la loi sur les communications électroniques, la loi de départements, la loi des avocats, la loi sur le notariat, la loi des douanes, la loi sur les radiocommunications et de la télévision de Turquie, etc.

Il est important de rappeler que l'obligation d'une motivation n'existe que si la norme le prévoit. Ainsi, il n'est pas obligé, en règle générale, d'indiquer les causes qui constituent les bases juridiques et matérielles des actes administratifs dans leurs textes²⁴. D'ailleurs, le Conseil d'État décide que *“les actes administratifs doivent être basés sur une cause juridique spécifique, cela est une règle fondamentale du droit administratif. En outre, même s'il n'y a pas d'obligation légale de mentionner la motivation, conformément à l'article 20 de la loi n° 2577 relative à la Procédure administrative, l'administration est tenue d'informer le tribunal et doit rendre les informations nécessaires en vertu du principe de cause afin de résoudre le litige et de prendre une décision solide”*²⁵. Compte tenu de la situation juridique ambiguë concernant le principe de la motivation des actes administratifs, il est donc nécessaire de disposer des réglementations qui encadrent ce principe en faveur de la transparence administrative.

4. La transparence des finances publiques

Un autre domaine d'application du principe de transparence administrative concerne les finances publiques. Il est important de souligner que la transparence des finances publiques est une composante essentielle de la bonne gouvernance et représente un objectif pertinent pour garantir le développement économique.

La transparence des finances publiques est définie par *“l'information claire du public sur la structure et les fonctions des administrations publiques, les visées de la politique de finances publiques, les comptes du secteur public et les projections budgétaires”*²⁶. La transparence des finances publiques étant une préparation préliminaire permet une politique économique saine et stable. Elle renforce aussi la responsabilité et la crédibilité des autorités, ce qui a pour avantages d'abaisser le coût de l'emprunt et d'inciter un public bien informé²⁷. De plus, elle renforce la légitimité et l'impact des initiatives de lutte contre la pauvreté. Il est nécessaire d'expliquer la terminologie budgétaire et les informations budgétaires à caractère financier et non financier qui doivent être publiquement disponibles en temps utile pour assurer la transparence des finances publiques.

En effet des organisations internationales telles que le Fonds monétaire international²⁸ et l'UE font des travaux importants pour améliorer la transparence des finances publiques. L'influence des réglementations de ces organisations internationales, en particulier le droit de l'UE est extrêmement important dans ce domaine en Turquie. Dans le cadre du chapitre 32 de la négociation européenne

24 M. Günday, *İdare Hukuku, op.cit.*, p.133.

25 Conseil d'État 5. Section, E.1980/492, K.1984/2185, du 10.05.1984; Conseil d'État 5. Section, E. 1981 / 2387, K. 1983 / 3963 du 11.05.1983 ; Conseil d'État 4. Section, E. 2008/7216, K. 2011/7431 du 13.10.2011.

26 G. Kopits et J. Graig, *Transparency in Government Operations*, IMF Occasional Paper, n°158, 1998.

27 İ. Atiyas et Ş. Sayın, *Siyasi Sorumluluk, Yönetmel Sorumluluk ve Bütçe Sistemi: Bir Yeniden Yapılanma Önerisine Doğru*, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı (TESEV) Yayını, 1997, p.29

28 *Le Fonds monétaire international a publié en 1998 un Code de bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques qui a conduit à la mise en place d'un programme facultatif d'évaluations de la transparence des finances publiques, évaluations qui se présentent sous la forme des modules de transparence des finances publiques des Rapports sur l'observation des normes*. Le Fonds monétaire international, *Manuel sur la transparence des finances publiques*, Département des finances publiques, Édition révisée, 2007.

concernant le contrôle financier, le législateur a adopté la loi n° 5018 du 10.12.2003 relative au contrôle et à la gestion de la finance publique²⁹. Cette loi a encadré les principes de la transparence des finances publiques et elle a apporté de nombreux outils juridiques inédits tels que le plan stratégique, le plan de développement, les programmes à court et moyen terme, le plan de financement à moyen terme, le programme annuel, les plans sectoriels et les institutions, le contrôle interne pour le service de l'administration publique turque³⁰. Il faut mentionner surtout l'importance du plan stratégique et du contrôle interne concernant la transparence administrative.

Le plan stratégique est “*un plan des institutions publiques qui consiste en tous les objectifs de moyens et longs termes, aux principes et politiques, aux cibles et priorités, aux critères de performance et aux ressources et méthodes afin de réaliser celui-ci*”³¹. Les personnes morales de droit public sont obligées de préparer leurs plans stratégiques tout en respectant le plan national et le budget de l'État. Le plan stratégique est basé sur la préparation du budget et il faut les approuver avant l'adoption du budget. Ainsi, la loi n°5018 instaure la procédure de la préparation du budget de l'État respectant le principe de transparence dans toutes les étapes.

Les bonnes pratiques en matière de transparence des finances publiques devraient être soutenues par des principes de la responsabilité et de la reddition de comptes. La responsabilité et la reddition de comptes sont des principes importants pour assurer la transparence et celle-ci est une condition sine qua non pour la réalisation de la responsabilité et la reddition de comptes³². Dans ce sens, toutes les nouvelles pratiques mises en œuvre visent à répondre aux exigences de ces principes. L'une de celles-ci est le contrôle interne. Le contrôle interne a été réglementé par le législateur pour réaliser la transparence, la responsabilité et la reddition de comptes dans le domaine de la finance publique. Le contrôle interne peut se définir avec trois principes³³. Premièrement, le contrôle interne est un processus, il s'agit d'un moyen, pas d'une fin, il ne se cantonne pas à un recueil de procédures, mais nécessite l'implication de tous à chaque niveau de l'organisation. Deuxièmement, le contrôle interne doit procurer l'assurance raisonnable (mais non absolue) d'un management et d'une direction respectueuse des lois. Troisièmement, le contrôle interne est adapté à la réalisation effective des objectifs. Selon ce modèle, les articles 63 et suivants de la loi n° 5018 relative au contrôle et à la gestion de la finance publique encadrent le contrôle interne. Selon cette loi, les objectifs de ce contrôle sont définis par les sources publiques de manière efficace, efficiente et économique reflétant la transparence de la finance publique.

29 JO n° 25326 du 24.12.2003.

30 A. Kesik, “Bilgi Çağında Türk Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması I”, A. Nohutçu et A. Balcı (Ed.), *Dünyadaki Gelişmeler Işığında Türk Kamu Mali Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması: 5018 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi ve Yeni Bütçeleme Anlayışının Türkiye’de Uygulanabilirliği*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, p.105; M.K. Mutluer, E. Öner et A. Kesik, *Bütçe Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

31 L'article 3-n de la loi n° 5018.

32 M. Karakaş, “Kamu Mali Yönetiminde Yeniden Yapılanma Aracı Olarak Hesap Verme Sorumluluğu ve Saydamlık”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 2, 2005, p. 298.

33 COSO, *Internal Control: Integrated Framework*, American Institute of Certified Public Accountants, USA, 1994, p. 6.

5. La transparence en matière d'achats publics

Un autre domaine d'application du principe de transparence est celui relatif aux achats publics. La transparence en matière d'achats publics s'impose à tous les acteurs et à toutes les étapes de la commande publique, étant un impératif fondateur du droit des marchés publics et des concessions. Donc ce principe signifie que les pouvoirs adjudicateurs ainsi que les acheteurs, les entreprises candidates ne peuvent rien dissimuler de leurs intentions, de leurs choix et de leurs décisions. C'est ainsi au travers de la mise en œuvre d'une transparence sincère et véritable que le lien de confiance entre le secteur public et le monde économique se trouve renforcé. La transparence en matière d'achats publics doit cependant être utilisée avec mesure. Une mise en œuvre abusive pourrait ainsi conduire à des situations non seulement contraires aux objectifs initialement fixés, mais aussi en confrontation directe avec d'autres principes tels que la concurrence, la confidentialité et le secret des affaires.

En effet, l'UE construit une réglementation riche pour améliorer la transparence en matière d'achats publics. Le chapitre 5 de la négociation européenne concernant l'acquis communautaire porte sur les marchés publics et couvre les mises en œuvre de procédures spécifiques communes aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services publics qui sont réalisés par les institutions publiques de l'Union européenne. Il couvre également les règles en matière de plainte et d'enquête. En effet, le droit européen des contrats publics traduit une approche binaire : il s'agit soit de marchés publics, soit de concessions³⁴. Les effets du droit de l'UE se feraient sentir sur la question de la passation des commandes publiques en Turquie notamment en matière de publicité et de mise en concurrence qui sont des exigences européennes³⁵.

La Turquie a été contrainte de réexaminer sa législation, notamment les dispositions de la loi n° 4734 sur les marchés publics et le droit public des contrats d'approvisionnement adoptée en 2002³⁶, pour être en conformité avec les principes du traité européen de la libre concurrence et de la transparence. Le principe de la transparence est, avec la liberté d'accès et l'égalité de traitement, un des trois piliers

34 Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11.12.2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration et l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L.335 du 20.12.2007, p.31; Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13.07.2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO L. 216 du 20.08.2009 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 sur l'attribution de contrats de concession, JO L.94/1 du 28.03.2014 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dite "secteurs classiques"), JO L. 95/65 du 28.03.2014 ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (dite "secteurs spéciaux"), JO L.94/243 du 28.3.2014.

35 Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE C-121 du 29.04.2000 ; CJCE, 07.12.2000, *Telaustria Verglas GmbH and Telefonadress GmbH V telekomAustria AG*, aff. C-324/98, Rec., p. I-10754.

36 La loi n° 4734 du 04.01.2002 concernant *le marché public* (JO n° 24648 du 22.01.2002) élaborées pour répondre aux besoins des principes de libre concurrence, de la transparence et de l'égalité des candidats en vertu des directives de l'Union européenne.

du droit des commandes publiques. Ce principe qui prévaut dans la loi n° 4734 vise à informer toutes les étapes de passation des achats publics aux parties concernées en annonçant les décisions prises et leurs motivations³⁷. Conformément au principe de transparence défini dans la loi, l'administration est tenue d'évaluer de manière impartiale les appels d'offres³⁸. En outre, ce principe doit être considéré en amont et en aval des procédures de passation relatives à des contrats administratifs³⁹. La transparence, d'une part, c'est en effet la publicité au plus large possible des appels d'offres, afin qu'un maximum de candidats puisse répondre aux procédures. D'autre part, elle est un devoir d'explication et de justification auprès des candidats évincés desdites procédures.

Parmi les procédures de passation des marchés publics prévues dans la loi n° 4734, la procédure avec négociation et la procédure d'attribution directe font exceptions au principe de la transparence⁴⁰. De plus, plusieurs dérogations⁴¹ ont été introduites dans l'article 3 de la loi n°4734. Par conséquent, toute acquisition de biens ou de services relevant du champ d'application dudit article sera exemptée de l'application des dispositions de la loi sur les marchés publics. Cela a été souligné par des rapports réguliers de la Commission sur les progrès accomplis par la Turquie sur la voie de l'adhésion. Le rapport de 2014 précise que *«la législation sur les marchés publics de la Turquie reste non conforme à l'acquis dans un certain nombre d'aspects. Cela comprend de nombreuses dérogations et exemptions du champ d'application de la loi. Les secteurs classiques et les services publics sont formellement soumis à la même loi et aux mêmes procédures, ce qui donne à cette législation un caractère plus restrictif que le secteur prévu par la directive de l'UE. La Turquie doit garantir un cadre juridique plus cohérent pour les concessions et les partenariats public-privé pour accroître la transparence et l'efficacité. Il y a eu diverses allégations d'influence politique sur les marchés publics»*⁴². Conformément aux constats faits dans ce rapport, il est conclu que le législateur devrait réviser les législations sur les marchés publics et sur les concessions pour assurer la transparence.

37 M. Günday, op.cit., p. 199; İ. Giritli, P. Bilgen, T. Akgüner et K. Berk, *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2015, p.1321; B. İsbir, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Turhan, Ankara, 2011, p. 22.

38 İ. Giritli, P. Bilgen, T. Akgüner et K. Berk, *İdare Hukuku*, op. cit.

39 Sezer, "Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, 2002, p.62; M. Günday, p.199; İ. Giritli, P. Bilgen, T. Akgüner et K. Berk, *İdare Hukuku*, op. cit.; B. İsbir, *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, op. cit., p. 22; R. Çağlayan, *İdare Hukuku*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2016, p. 592.

40 B. Akyılmaz, M. Sezginer, C. Kaya, *Türk İdare Hukuku*, op.cit., p.553

41 Le législateur ajoute des exceptions l'une par l'une et au fur à la mesure à l'article 3 de la loi n°4734 par diverses lois qui énoncent les exceptions: L'art. 2 de la loi n° 5148 du 27.4.2004; L'art. 1 de la loi n° 5812 du 20.11.2008; L'art. 21 de la loi n° 5226 du 14.7.2004; L'art. 25 de la loi n° 5312 du 03.03.2005; L'art.79 de la loi n°5737 du 20/2/2008 ; L'art. 24 de la loi n° 5726 du 27.12.200; L'art. 28 de la loi n° 5784 du 09.07.2008; L'art. 1 de la loi n°5812 du 20.11.2008; L'art. 38 de la loi n° 6496 du 13.07.2013; L'art. 31 de la loi n° 5917 du 25.06.2009 ; L'art. 9 de la loi n° 5583 du 22.02.2007; L'art. 31 de la décret-loi n° 638/31 du 03.06.2011; L'art.177 de la loi n° 6111 du 13.02.2011; L'art. 5 de la loi n° 6288 du 31.3.2012 ; L'art. 10 de la loi n° 6461 du 24.04.2013; L'art. 27 de la loi n°6353 du 04.07.2012; L'art 45 de la loi n°6518 du 06.02.2014; L'art. 73 de de la loi n°7033 du 18.06.2017; L'art. 13 de la loi n°7060 du 01.11.2017; L'art. 171 de la décret-loi n°703 du 02.07.2018 ; L'art. 10 de la décret-loi n°702 du 02.07.2018; L'art. 29 de la loi n°7161 du 17.01.2019; L'art.44 de la loi n°7194 du 5.12.2019.

42 Rapport régulier de la Commission sur les progrès accomplis par la Turquie sur la voie de l'adhésion, COM (2014) 700 final-SWD (2014) 307, non publié au JO.

II. Le contrôle de l'action administrative en matière de transparence

Il est important de rappeler que tous les actes et décisions de l'administration peuvent faire l'objet d'un recours judiciaire en vertu de l'article 125 de la Constitution. La compétence du juge administratif se limite au contrôle de la légalité des actes et décisions administratifs et il ne peut en aucun cas être utilisé comme un contrôle d'opportunité. Il ne peut prendre de décision juridictionnelle qui serait de nature à limiter l'exercice de la fonction exécutive si celle-ci s'exerce conformément aux principes et procédures indiqués dans les lois, ou qui aurait elle-même le caractère d'un acte ou d'une décision administrative ou encore aurait pour effet d'annuler le pouvoir d'appréciation de l'administration.

Toutefois, en Turquie il s'agit d'un contrôle administratif pour garantir la transparence administrative exercée soit par l'administration concernée soit par des institutions autonomes.

A. Les procédures internes de plaintes

La Constitution turque dispose dans son article 74 que *“les citoyens et, sous réserve de réciprocité, les étrangers résidant en Turquie ont le droit d'adresser par écrit aux autorités compétentes et à la Grande Assemblée nationale de la Turquie leurs requêtes et plaintes se rapportant à une situation les concernant ou relative à l'administration”*. En y donnant suite, la loi sur l'exercice du droit de pétition⁴³ prévoit une procédure de plaintes à l'intérieur de l'administration. L'autorité qui est compétente pour traiter la plainte a l'obligation d'examiner le problème à tous les points de vue et en toute objectivité.

La plainte ne peut pas être examinée dans ces trois conditions : soit son contenu ne concerne pas un sujet spécifique, soit elle relève de la compétence des autorités juridiques, soit elle ne contient pas le nom, le prénom, la signature du pétitionnaire ni son adresse de travail ou son lieu de résidence.

L'article 74/2 de la Constitution turque dispose que *“le résultat des pétitions qui les concernent est communiqué par écrit et sans retard à leurs auteurs”*. Ainsi, la plainte doit être traitée dans un délai raisonnable. Le mode d'exercice de ce droit est encadré par les réglementations juridiques.

Chaque autorité est censée créer un service de plaintes pour mieux comprendre et gérer les demandes et plaintes des pétitionnaires. Les institutions publiques remodelent leurs pages Web afin d'assurer l'utilisation efficace du droit à l'information.

En effet, si les plaintes sont traitées de manière sérieuse, elles peuvent constituer un instrument de contrôle *a posteriori* et un moyen simple et pratique qui permet d'améliorer le fonctionnement de l'administration et la qualité des services rendus aux usagers.

Quant au contrôle parlementaire, il existe une commission permanente nommée la commission de pétition dans la Grande Assemblée nationale de Turquie. Cette commission a la responsabilité de traiter les requêtes et plaintes se rapportant à une situation les concernant le demandeur ou relative à l'administration. Ainsi, elle contrôle certains aspects particuliers des actions de la législation et

43 JO n°18571 et du 10.11.1984.

du gouvernement. Les décisions des sous-commissions avec les propositions de cette commission permanente sont envoyées aux ministères par l'intermédiaire de la vice-présidence. En plus cette commission peut suivre les activités du ministère concernant la décision finale de cette dernière. Le président de cette commission, le député d'Istanbul, Mihrimah Belma Satir a déclaré que *“depuis 24 juin 2018, 4.804 pétitions ont été envoyées. Certaines des pétitions peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires. Certaines d'entre elles ont vraiment besoin d'une réglementation légale. Nous répondons à toutes ces pétitions et montrons le chemin à suivre si leur domaine ne relève pas de la compétence de cette commission”*⁴⁴.

B. Les institutions responsables pour la garantie du principe de transparence

En effet, il s'agit de deux institutions autonomes, le Comité d'information et d'évaluation et l'Institution de l'Ombudsman, qui sont chargés de garantir les principes de bonne administration tels que la transparence.

I. Le Comité d'information et d'évaluation

Le Comité d'information et d'évaluation est une institution autonome qui a été créée selon l'article 14 de la loi n° 4982⁴⁵ pour garantir le respect du droit à l'information. Ce comité est également autorisé à réglementer les questions liées à l'exercice du droit à l'information.

Normalement toutes les institutions publiques doivent transmettre les informations aux personnes qui demandent des informations dans le cadre de la loi de l'information n°4982. Mais les institutions publiques, parfois, rejettent les demandes de l'information pour diverses raisons. Avant d'aller au tribunal administratif, il s'agit d'un contrôle administratif exercé par le Comité d'information et d'évaluation. Ce Comité est alors chargé de rendre des décisions concernant les requêtes rédigées par une personne physique ou morale. Le demandeur, dont la demande d'information a été rejetée auprès d'une institution publique, peut saisir le Comité d'information et d'évaluation dans les quinze jours suivant la notification négative de la décision prise. La requête doit être formulée dans le cadre de la loi de l'information. Après avoir reçu cette requête, le Conseil doit rendre sa décision dans un délai de trente jours. Les décisions prises par ce Comité ont force obligatoire pour l'administration concernée et le demandeur.

Ce comité doit s'assurer avec ses décisions que l'administration publique fonctionne conformément à la loi n°4982. Cependant, certaines décisions de ce Comité sont surprenantes et discutables⁴⁶ parce

44 Memurlar.net, Entretien avec Mme. Mihrimah Belma Satir. <https://www.memurlar.net/haber/802270/tbmm-dilekce-komisyonuna-ilginc-dilekceler-geliyor.html>.

45 JO n° 25269 du 22.09.2003.

46 Le Comité d'information et d'évaluation, 2014/2704 du 27.11.2014, (le Comité d'information et d'évaluation a rejeté la demande d'information en raison de l'article 25 de la loi concernant la réglementation interne de l'institution concernée.); Le Comité d'information et d'évaluation, 2013/2233 du 19.12.2013 (Le comité a décidé dans cette affaire de rejeter la demande d'information sur l'accord commercial entre la Banque et l'Université concernées en raison de l'article

qu'il interprète de manière large les limites du droit à l'information précisés dans la loi (article 15-28) sans prendre en compte l'article premier de la même loi selon lequel "le but de cette loi est de réglementer les principes et procédures pour l'exercice du droit à l'information par les individus conformément aux principes d'égalité, d'impartialité et de transparence requis par une administration démocratique et transparente".

2. L'Ombudsman

En Turquie, la deuxième institution autonome qui est chargée de garantir les principes de bonne gouvernance, tels que la transparence, est l'Institution de l'Ombudsman.

L'Institution de l'Ombudsman n'est pas une institution inconnue, elle a été beaucoup traitée par la doctrine depuis 1970⁴⁷ bien que son fondement date de 2010. Le législateur a essayé de légiférer une loi concernant l'Institution de l'Ombudsman en 2006. En revanche il n'a pas réussi pour cause de non-conformité à la Constitution⁴⁸. Pour résoudre ce problème, le législateur turc a d'abord changé l'article 74 de la Constitution turque en 2010. Ledit article dispose que "chacun a le droit d'obtenir des informations et de faire appel à l'Ombudsman. L'Ombudsman institué par la loi auprès de la Grande Assemblée nationale de la Turquie examine les plaintes sur le fonctionnement de l'administration". La mise en place, les missions, le fonctionnement de l'institution de l'ombudsman et les mesures à prendre après l'examen, ainsi que les procédures et les principes concernant les qualifications, les élections et les droits personnels de l'Ombudsman et ceux de ses fonctionnaires sont fixés par la loi n° 6328 du 14.6.2012 concernant l'Institution de l'Ombudsman⁴⁹. Cette Institution est administrée et représentée par le Médiateur en chef⁵⁰.

23 de la loi no 4987.) ; Le Comité d'information et d'évaluation, 2005/530 du 29/06/2005; Le Comité d'information et d'évaluation, 2014/1231 du 17.07.2014.

47 T.B. Balta, *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİ Yayınları, Ankara, 1970; Ö. Baylan, *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu, Ankara, 1977; E. Tufan, *Dünyada ve KKTC'de Ombudsman*, Işık, Lefkoşa, 1995; E. Tufan, "Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-4, 2000, pp. 155-180 ; S. Sezen, "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?", *Amme İdaresi Dergisi*, C.34, S.4, 2001, pp.71-96; E. Saygın, "Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gereççeli Kararı Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, Y. 2008, p. 1045-1072; R. Şengül, "Türkiyede Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.14, 2007, pp.126 - 145 ; İ. Ö. Sayan, "Türkiyede Ombudsmanlık Kurumunun Uygulanabilirliği ve Alternatif Denetim Yöntemleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.69, N.2, 2014, pp.333-349.

48 Le législateur a mis en place la loi n°5521 du 15.06.2006. Le président a renvoyé cette loi à l'Assemblée nationale de la Turquie pour rediscuter cette loi. Le législateur a donc refait une autre loi (n°5548 du 28.09.2006) concernant l'Institution de l'Ombudsman et renvoyé au Président pour la publication dans le Journal Officiel. Selon la réglementation, le Président a été obligé de publier cette loi en même temps il a porté plainte devant la Cour constitutionnelle pour contrôler la conformité de cette loi à la Constitution. Le Conseil a suivi les raisonnements du Président et annulé la loi n°5548 du 28.09.2006. (Cour constitutionnelle de Turquie, 25.12.2008, E.2006/140, K.2008/185, JO n° 27190 du 04.04.2009).

49 JO n° 28338 du 29.6.2012.

50 Selon l'article Médiateur en chef est élu par la Grande Assemblée nationale de la Turquie au scrutin secret pour un mandat de quatre ans. Dans les deux premiers tours de scrutin, la majorité des deux tiers des membres qui la composent et dans le troisième tour de scrutin, la majorité absolue des membres qui le composent est nécessaire. Si une majorité absolue n'est pas obtenue au troisième tour, un quatrième tour de scrutin est organisé entre les deux candidats ayant

En vertu de l'article 5 de cette loi, sur plainte, l'Institution de l'Ombudsman est chargée d'examiner, d'enquêter et de faire des recommandations à l'administration en matière de respect de la loi et d'équité dans le sens d'une justice fondée sur les droits de l'homme concernant toutes les actions et opérations ainsi que les attitudes et comportements de l'administration. En veillant à l'état de droit, à la mise en œuvre des principes de bonne gouvernance, l'Institution de l'Ombudsman a commencé ses activités se faisant l'avocat du peuple depuis 2013. Il met en place ses missions pour l'amélioration de la qualité de service de l'administration ; l'établissement de bons principes de gestion, le développement des droits de l'homme, d'assurer la primauté du droit, l'expansion de la culture de défense des droits, et la mise en place d'une administration transparente, responsable et orientée vers les personnes. Ainsi, l'une des plus importantes missions de cette institution est d'avoir une administration plus transparente⁵¹.

L'Institution de l'Ombudsman enquête sur les plaintes des gens contre l'administration. Après une analyse approfondie et impartiale, elle vérifie si la plainte est fondée et elle formule des recommandations à l'intention de l'administration pour régler le conflit. L'administration concernée est libre de suivre ou non les recommandations de cette Institution⁵². De plus, elle n'a aucun pouvoir de décision : elle ne peut ni modifier le droit, ni annuler une décision administrative, ni casser un jugement. Cela rend discutable et critiquable l'efficacité de ce mécanisme de contrôle administratif⁵³. Dans ce contexte, l'Institution recommande des mesures, pour accroître l'impact et l'efficacité de ses décisions depuis 2014 par ses rapports d'activités⁵⁴ : Cette Institution veut contribuer de manière proactive à la sensibilisation et continuer à consolider la confiance de la société civile. Des efforts sont nécessaires pour garantir que l'institution a le droit d'agir de sa propre initiative et de procéder à des contrôles sur place. Des mesures visant à assurer un suivi adéquat des décisions rendues par l'administration ainsi qu'un suivi parlementaire devraient être instaurées par la loi.

CONCLUSION

Au cours de cette étude nous avons essayé de présenter, certes dans la mesure du possible et à la lumière de la doctrine et des textes législatifs, les règles applicables à la transparence administrative

recueilli le plus grand nombre de voix au troisième tour de scrutin, et le candidat qui obtient le plus grand nombre de voix au quatrième tour de scrutin doit être élu.

- 51 Décision de l'Ombudsman, 2017/6491 du 21.02.2018 ; Décision de l'Ombudsman, 2019/5903 du 06.09.2019 ; Décision de l'Ombudsman, 2017/6491 du 21.02.2018 ; Décision de l'Ombudsman, 2015/1999 du 07.08.2015.
- 52 Le rapport de l'activité de 2019 montre que les administrations concernées tiennent de plus en plus compte des recommandations de l'Institution de l'Ombudsman. Le taux de respect des recommandations de cette Institution atteint 77% pour l'année 2019 alors qu'il était 20% en 2013. Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 6 Aylık Faaliyet Raporu Temmuz 2019.
- 53 Ş.M. Karcı, "Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu", *Ombudsman Akademik Dergisi*, S.2, 2015, pp.34-58.
- 54 Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2014 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2015; Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2015 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2016; Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2016 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2017.

en Turquie. Il est nécessaire de rappeler que l'application de ces règles est une autre question et cela n'a pas été évalué dans cette étude.

Le droit à la transparence administrative en Turquie est relativement récent, car la culture traditionnelle de l'administration était plutôt celle du secret. Le temps n'est plus celui où l'administration publique pouvait se retrancher derrière les murs. Les exigences nouvelles de démocratie administrative en Turquie via l'influence européenne, l'obligent à agir davantage en expliquant ses décisions, ses actes et à ouvrir ses dossiers. Cela n'est pas le fruit du hasard, mais le résultat d'une évolution des sociétés démocratiques vers un fonctionnement de plus en plus ouvert de leur administration. Complétant des dispositions anciennes concernant la publication des actes administratifs et normatifs, les réglementations et les outils juridiques inédits tels que le droit à l'information, le droit d'accès à l'information publique, la transparence des finances publiques, la transparence en matière d'achats publics, le contrôle administratif de l'administration qui font désormais partie des libertés publiques en Turquie.

Malgré l'existence des efforts de réglementation juridique de la transparence administrative il y a toujours des critiques et des problèmes non résolus. La difficulté, en premier lieu, de déterminer les objectifs à atteindre est considérée comme l'un des obstacles les plus importants à la transparence administrative, elle a besoin de clarté et d'objectivité. Il est difficile de trouver un équilibre clair et net entre le droit de savoir concernant toutes les affaires publiques et le nécessaire respect de certains secrets. L'obstacle, en deuxième lieu, pour l'encadrement juridique de la transparence administrative est lié à l'absence d'une loi sur la procédure administrative générale qui regroupe l'ensemble de règles administratives et par conséquent qui englobe un cadre juridique lié à la transparence. Il existe, en troisième lieu, certaines ambiguïtés dans les réglementations juridiques régissant la question de la transparence administrative qui prévoient les limites et les exceptions d'une manière assez vaste. Enfin s'il est admis que la transparence administrative est réglementée par la prise de dispositions juridiques à la lumière de ce qui a été expliqué ci-dessus, il convient de souligner que l'application de ce principe dans la pratique doit également être envisagée.

BIBLIOGRAPHIE

- AKILLIOĞLU, T. "Yönetimde Açıklık-Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", *AÜSBFD*, S.3-4, C.46, 1991, pp.1-12.
- AKYILMAZ, B., SEZGİNER, M., KAYA, C. *Türk İdare Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- ATİYAS, İ. ve SAYIN, Ş. *Siyasi Sorumluluk, Yönetel Sorumluluk ve Bütçe Sistemi: Bir Yeniden Yapılanma Önerisine Doğru*, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etütler Vakfı (TESEV) Yayını. 1997.
- AZRAK, A.Ü. "Umumî İdarî Usûl ve Kodifikasyonu Meselesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 33, 1967, S.1-2, pp.66-82.
- AZRAK, A.Ü. "İdarî Usûl ve Yasalaştırılması", *I. Ulusal İdare Hukuku Kongresi*, Ankara, Danıştay Yayınları, 1990, İkinci Kitap, pp.821-834.
- AZRAK, A.Ü. "İdarî Usûlün Kodifikasyonuna İlişkin Sorunlar", *İdarî Usûl Kanunu Hazırlığı Uluslararası Sempozyumu* (Ankara, 17-18 Ocak 1998), Ankara, Başbakanlık Basımevi, 1998, pp.86-91.
- BALKAN, A. "Genel İdarî Usul Yasa Tasarısı ve Kamu Yönetimi Etiğine Katkısı" *Kamu Etiği Sempozyum Bildirileri*, C.2, TODAİE Yayınları, Ankara, 2009, pp.869-888.

- BALTA, T.B. *İdare Hukukuna Giriş*, TODAİ Yayınları, Ankara, 1970.
- BAYLAN, Ö. *Vatandaşın Devlet Yönetimi Hakkındaki Şikâyetleri ve Türkiye İçin İsveç Ombudsman Formülü*, İçişleri Bakanlığı Tetkik Kurulu, Ankara, 1977.
- Bilgi Edinme Hakkı Kanunu Tasarısı ile Avrupa Birliği Uyum ve Adalet Komisyonları Raporları (1/632), Dönem: 22, YasamaYılı: 1, T.B.M.M. (S. Sayısı: 248).
- BOZ, S. S., YURDAER, C., ERASLAN, Y. “İdare Hukuku Boyutuyla İyi Yönetişim İlkesi: İyi İdare”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.27, S.3, 2019, pp.497-532.
- COSO, Internal Control: Integrated Framework, American Institute of Certified Public Accountants, USA, 1994.
- Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, JOCE C-121 du 29.04.2000.
- CJCE, 07.12.2000, *Telaustria Verglas GmbH and Telefonadress GmbH V telekom Autria AG*, aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10754.
- Cour constitutionnelle de Turquie, 25.12.2008, E.2006/140, K.2008/185, JO n°27190 du 04.04.2009.
- Conseil d’État turc, 5. Section, E.1980/492, K.1984/2185, du 10.05.1984.
- Conseil d’État turc, 5. Section, E. 1981 / 2387, K. 1983 / 3963 du 11.05.1983.
- Conseil d’État turc, 4. Section, E. 2008/7216, K. 2011/7431 du 13.10.2011.
- Décision de l’Ombudsman, 2015/1999 du 07.08.2015.
- Décision de l’Ombudsman, 2017/6491 du 21.02.2018.
- Décision de l’Ombudsman, 2019/5903 du 06.09.2019.
- Décision du Comité d’information et d’évaluation, 2005/ 530 du 29.06.2005.
- Décision du Comité d’information et d’évaluation, 2013/2233 du 19.12.2013.
- Décision du Comité d’information et d’évaluation 2014/1231 du 17.07.2014.
- Décision du Comité d’information et d’évaluation, 2014/2704 du 27.11.2014.
- Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services JO L.134 du 30.4.2004, p. 114.
- Directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11.12.2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l’amélioration et l’efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, JO L.335 du 20.12.2007, p.31.
- Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13.07.2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, JO L. 216 du 20.08.2009.
- Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 sur l’attribution de contrats de concession, JO L.94/1 du 28.03.2014.
- Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dite “secteurs classiques”), JO L. 95/65 du 28.03.2014.
- Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26.02.2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l’eau, de l’énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (dite “secteurs spéciaux”), JO L.94/243 du 28.3.2014.
- DURAN, L. “İdari Usulün İlkeleri ve Kapsadığı Konular”, *AİD*, S.2, C.31, 1998, pp.1-14.
- DURSUN, H. “İdari Usul ve Şekil İlkeleri ile Genel İdari Usul Kanunu Ön Tasarısına Eleştirel Bir Yaklaşım (I)”, *TİD*, S.454, 2007, pp.99-128.

- GİRİTLİ, İ., BİLGİN, P. AKGÜNER T., BERK, K. *İdare Hukuku*, 7. Baskı, Der Yayınları, İstanbul, 2015.
- GÜNDAY, M. *İdare Hukuku*, İmaj, Ankara, 2015.
- HIZ, Y., YILMAZ, Z. *Bilgi Edinme ve Dilekçe Hakkı*, Seçkin, Ankara 2004.
- İSBİR, B. *Kamu İhalelerine Katılma Yasağı*, Turhan, Ankara, 2011.
- IŞIK, M. "Avrupa Birliği'nin Yönetişim Anlayışı Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C.12, S.19, 2010, pp.39-49.
- KANLIGÖZ, C. "Katılımcı Demokrasi ya da "İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu Üzerine" *AÜHFD*, C.45, S.1-4, 1996, pp.167-183.
- KARAHANOGULLARI O., "Kamu Reformu Tartışmalarına Metodolojik Bir Bakış", *Hukuk ve Adalet Dergisi*, S.2, 2004, pp.1-16.
- KARAKAŞ, M. "Kamu Mali Yönetiminde Yeniden Yapılanma Aracı Olarak Hesap Verme Sorumluluğu ve Saydamlık", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, S.2, C.10, 2005, pp.291-305.
- KARCI, Ş.M. "Ombudsman Tavsiye Kararları ve Türk Kamu Yönetiminde Uygulanabilme Sorunu", *Ombudsman Akademik Dergisi*, S.2, 2015, pp.34-58.
- KAYA, C. *İdare Hukukunda Bilgi Edinme Hakkı*, Seçkin, 2005.
- KESİK, A. "Bilgi Çağında Türk Kamu Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması I", NOHUTÇU A., BALCI A. (dir.), *Dünyadaki Gelişmeler Işığında Türk Kamu Mali Yönetiminin Yeniden Yapılandırılması: 5018 Sayılı Kanunun Değerlendirilmesi ve Yeni Bütçeleme Anlayışının Türkiyede Uygulanabilirliği*, Beta Yayınları, İstanbul, 2005, pp.95-132.
- KOÇAK, S. Y. "Kamu Yönetiminde Açıklık İçin Bilgi Edinme Hakkı", *Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S.23, 2010, pp.115-125.
- KOPITS G. et GRAIG J. *Transparency in Government Operations*, IMF Occasional Paper, n° 158, 1998.
- Le Fonds monétaire international, *Manuel sur la transparence des finances publiques*, Département des finances publiques, Édition révisée, 2007.
- MUTLUER, M.K., ÖNER, E. et KESİK, A. *Bütçe Hukuku*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Rapport régulier de la Commission sur les progrès accomplis par la Turquie sur la voie de l'adhésion COM (2014) 700 final-SWD (2014) 307, non publié au JO.
- Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2014 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2015.
- Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2015 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2016.
- Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 2016 Yılı Faaliyet Raporu, Ankara, 2017.
- Rapport de l'Activité, Kamu Denetçiliği Kurumu, 6 Aylık Faaliyet Raporu Temmuz 2019.
- SAYGIN, E. "Ombudsmanı Beklerken: Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Denetçiliği Kurumu Kanunu İptaline Dair Gerekçeli Kararı Üzerine Bir İnceleme", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XII, 2008, pp. 1045-1072.
- SAYAN, İ.Ö. "Türkiyede Ombudsmanlık Kurumunun Uygulanabilirliği ve Alternatif Denetim Yöntemleri", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, C.69, N.2, 2014, pp.333-349.
- SAUVÉ, J-M. "Transparence et efficacité de l'action publique", <https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/transparence-et-efficacite-de-l-action-publique>.
- SEZEN, S. "Ombudsman: Türkiye İçin Nasıl Bir Çözüm?", *Amme İdaresi Dergisi*, C.34, S.4, 2001, pp.71-96.
- SEZER, Y. "Kamu İhale Kanunu: Şeffaflık ve Rekabet", *Amme İdaresi Dergisi*, C. 35, S. 4, 2002, pp. 57-82.
- ŞENGÜL, R. "Türkiyede Kamu Yönetiminin Etkin Denetlenmesinde Yeni Bir Kurum: Kamu Denetçiliği Kurumu", *Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S.14, 2007, pp.126-145.

- TESEV, “Kamu Yönetimi Temel Kanunu Taslağı: Tesev Değerlendirme Raporu”, http://www.tesev.org.tr/etkinlik/kamu_yon_anasayfa.php.
- TUFAN, E. *Dünyada ve KKTC’de Ombudsman*, Işık, Lefkoşa, 1995.
- TUFAN, E. “Türkiye İçin Nasıl Bir Ombudsman Formülü”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.1-4, 2000, pp.155-180.
- YILDIZHAN, Y. “Türkiye İdaresinin Yeniden Yapılanması Üzerine Bazı Gözlemler”, AYKAÇ, B., DURGUN, H., YAYMAN, Ş. (dir.), *Türkiye’de Kamu Yönetimi*, 2. Basım, Nobel Yayınevi, 2012, pp.489-498.

Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu

Crime of Directing Suicide in Turkish Criminal Law

M. Emre TULAY^{*} 

Öz

Fail ve mağdurun konu olarak aynı kişide birleştiği intihar eylemi, hukuken cezalandırılabilir nitelikte değildir. Bu nedenle, ayrı ve bağımsız bir kanuni düzenleme olmadıkça, başkasını intihara yönlendiren fail, esasen kişinin yaşam hakkına yönelik bir kötülük gerçekleşirse bile cezasız kalacaktır. Bu durumu önlemek isteyen kanunkoyucu, TCK m. 84'te intihara yönlendirme suçunu ihdas etmiştir. İntihara yönlendirme suçunda; tipik hareketin özelliği ve ölüm neticesinin hukuki niteliği, suç tanımında yer verilen seçimlik hareketlerin, bilhassa yardım etme eyleminin içeriği titizlikle irdelenmesi gereken hususlar olarak göze çarpmaktadır. İhmali surette intihara yardım eyleminin, TCK m. 83'te yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu ile ilişkisi ve bu anlamda garantör kişinin tespiti ve cezai sorumluluğu diğer bir araştırma konusudur. Mağdurun rızasının suçun unsuru olarak öngörüldüğü intihara yönlendirme suçu, ötanaziye katılan kişinin Türk Ceza Hukuku bakımından faillik değerlendirilmesi yönünden de belirleyicidir. Zorunlu bir yasal düzenleme olan TCK m. 84, suçun özel görünüş şekilleri bakımından ise ayrı bir tahlil gerektirir.

Anahtar Kelimeler: İntihar, Bağlılık kuralı, Yardım etme, Garantörsel ihmali suç, Ötanazi

Abstract

Suicide action, in which the perpetrator and the victim are united in the same person as the subject, is not punishable by law. Therefore, unless there is a separate and independent legal regulation, the perpetrator who directs another person to suicide will remain unpunished. The lawmaker, who wanted to prevent this situation, established the crime of directing suicide in Article 84 of Turkish Criminal Code. In the crime of directing suicide; The characteristic of the typical act and the legal nature of the death result stand out as issues that need to be scrutinized carefully. The relationship of the act of negligent aid to suicide with the crime in Article 83 of Turkish Criminal Code and in this sense criminal liability and determination of the guarantor person is another subject of research. The crime of directing suicide, which the consent of the victim is foreseen as the element of the crime, is also determinant in terms evaluation of perpetration of perpetrator participating in euthanasia in Turkish Criminal Law. As a mandatory legal regulation, Article 84 requires a separate analysis in terms of the special appearance forms of crime.

Keywords: Suicide, The rule of accessoriness, Aid, Qualified negligent Offence, Euthanasia

* Dr. Öğr. Üyesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, muhammedtulay@sdu.edu.tr

I. SUÇUN DÜZENLENİŞ AMACI

İntihara yönlendirme suçunun öngörüldüğü TCK m. 84, “Kişilere Karşı Suçlar” bölümü altında yer alır. Yaşam hakkı üzerinde sınırsız tasarruf ve isteğe bağlı olarak kişinin kendi yaşamına son vermesi, ahlaki açıdan olumsuz karşılanmaktadır.¹ Ayrıca Anayasa m. 17’de açık şekilde tanımlanan yaşam hakkının, esasen bir “görev” olduğu vurgulanmakta ve böylece kişinin kendi yaşamını sonlandırma hakkının olmadığı, aksine yaşama devam etme yükümlülüğüne sahip olduğu belirtilmektedir.² Ancak intihar, hukuken tek başına cezalandırmaya elverişli değildir. Çünkü kendi isteğiyle hayatına son veren ya da son vermeye teşebbüs eden kişi, eylemin sahibi olarak fail ve eylemden etkilenen olarak mağdurdur. Kişinin kendi vücudu ise suçun konusudur. Fail ve mağdurun aynı fiilde birleşmesi mümkün olamayacağından, “intihar”ın hukuken cezalandırılması olanak dışıdır.³

Hukuki ve ahlaki değerlendirmeler bir yana, başkasının intihara yönlendirilmesinin kişinin kendi yaşamına son vermesinden daha büyük bir kötülük olduğu açıktır ve haksızlık içeriği daha somuttur. Fakat başkasını intihara yönlendiren kişinin, yaşam hakkının sona erdirilmesini düzenleyen kasten öldürme suçu (TCK m. 81) üzerinden sorumlu tutulması mümkün değildir. Çünkü TCK m. 40/1 gereği, iştirakte cezalandırma için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş fiilin varlığı şarttır. Oysa “intihar”, tek başına haksızlık teşkil eden bir fiil değildir. Bu durumda, ayrı bir kanuni düzenleme yapılmadığı takdirde intihara yönlendiren açısından cezalandırma mümkün olamayacaktır.⁴ O halde intihara

- 1 TCK m. 84 Gereği. Ayrıca bkz. ARTUK, Mehmet Emin, İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme, SÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994, s. 114 vd.; KOCA, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, s. 20. İntihara toplumsal bakış açısının tarihsel olarak analizi için bkz. ERSOY, Uğur, İntihara Yönlendirme Suçu, TBBD, Cilt: 31, Sayı: 136, s. 80 vd.
- 2 SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 159. Ayrıca bkz. AKINCI, Şahin, İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötenazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu, SÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan), 1998, s. 735 vd. Aksi kanaate ÜNVER, Yener, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 60 vd. Alman Hukukunda ise genel kanaat, kişinin yaşam hakkı üzerinde özgür iradesiyle karar verebileceği, bu anlamda yaşamın bir ödev/sorumluluk olarak algılanmasının mevcut hukuk sistemi içinde isabetli olmadığı yönündedir, bkz. Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder), 30. Aufl., München 2019, § 211, Rn. 33 (S/S-ESER/STERNBERG-LIEBEN). Ayrıca Alman Hukukunda ölüm hakkı, yaşam hakkı gibi temel bir hak olarak görülmekte ve bu kanaat anayasal olarak vurgulan insan onuruna dayandırılmaktadır, Boehme-Neßle, Volker, Das Grundrecht auf Suizid, NVwZ 2020, s. 1012.
- 3 FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHFD, Cilt: 43, Sayı: 1, 1993, s. 158; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 152; ÖZEN, Mustafa, İntihara Yönlendirme Suçu, CHD, Cilt: 6, Sayı: 16, s. 33. Kişinin intihara teşebbüs edip hayatta kaldığı durumun ayrı bir normatif düzenlemeyle cezalandırılabilmesi düşünülse de, bu durum kişiyi psikolojik olarak pişmanlığa sevk edecek ve hatta ölüme yönlendirebilecek nitelikte olması bakımından cezanın amacına uygun düşmeyecektir, bkz. KOCA, s. 20; ayrıca bkz. İÇER, Zafer, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), SÜHFD, Cilt: 28, Sayı: 1, 2020, s. 298; ÖNTAN, Yaprak, İntihara Yönlendirme Suçları, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Cilt: II, Ankara 2015, s. 847.
- 4 ARTUK, M.Emin/GÖRKEN, Ahmet/ALŞAHİN, M.Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018, s. 160; ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, Caner A., Ötenazi, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötenazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 111; CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4. Bası, İstanbul 2017, s. 90; EREM, Faruk, Ceza Hukukunda İntihar, Yargıtay Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 4, 1990, s. 491; ARTUK, s. 137; İÇER, s. 302; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 154; ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı Ankara 2018, s. 171; ÖZEN, s. 34; SINAR, Hasan, İntihara Yönlendirme, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul, 2017, s. 67; TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2019, s. 202; TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 39.

yönlendirmenin cezalandırılabilir bir eylem olarak kabulü için özel norma ihtiyaç vardır. Fiilin haksızlığı ve hukuki ihtiyaca binaen kanunkoyucu, intihara yönlendirme suçunu TCK m. 84'te ihdas etmiştir.⁵ İntiharin yaşam hakkını ihlali sebebiyle fiil, hayata karşı suçlar bölümünde tanımlanmıştır.⁶

II. SUÇUN KANUNİ TİP AÇISINDAN İNCELENMESİ

A. FAİL ve MAĞDUR

TCK m. 84'te düzenlenen intihara yönlendirme suçunun faili herkes olabilir.⁷ Fail ile mağdur arası hısımlı ilişkisi, TCK m. 82'den farklı olarak, cezayı ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmemiştir.⁸ Fakat bu suç bakımından, fail ile mağdur arasında özellikle yakın hısımlı ilişkisinin (alt-üst soy, eş) varlığı halinde, kişinin TCK m. 83 hükmüne dayanan faillik durumu da etraflıca irdelenmelidir. Bu mesele, çalışmamızda münhasır bir başlık altında ayrıca değerlendirilmiştir.⁹

Suçun mağduru belirlenmesinde TCK m. 84/4'te yer alan “İşlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan veya ortadan kaldırılan kişileri intihara sevk edenlerle cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur edenler, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar” hükmü doğru şekilde analiz edilmelidir. TCK m. 84/4 gereği, intihara yönlendirilen kişinin algılama yeteneği gelişmemiş, başka deyişle kusur yeteneğinden yoksun kişi olması halinde fiil kasten öldürme olarak kabul edilecektir.¹⁰ Bu anlamda, kendi kusuruyla algılama yeteneğini kaybeden kişi de TCK m. 84/4 kapsamında görülmelidir.¹¹ O halde TCK m. 84'te tanımlanan suçun mağduru ancak kusur yeteneği olan kişidir.¹² Kusur, gerçekleştirdiği davranışı yönlendirme ve bunun hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğidir.¹³ Kusur ilkesinin yansıması olarak,

5 Alman Ceza Hukukunda intihar eylemi, başlıca suç teşkil etmemektedir. Başkasını intihara yönlendiren, azmettiren ya da başkasının intiharına yardım eden fail, bağlılık kuralı doğrultusunda cezasız kalmaktadır, S/S-ESER/STERNBERG-LIEBEN, § 211, Rn. 35. İntihara yardımın belli yasal şartlar altında cezalandırılmasını öngören Alman Ceza Kanunu 217. Maddesi, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından anayasal ilkeler ile uyumadığı gerekçeyle iptal edilmiştir, BVerfG, 26.2.2020, 2 BvR 2347/15.

6 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 90; KOCA, s. 25; ÖZEN, s. 36; SINAR, s. 66.

7 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 88; ERSOY, s. 101; HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2008, s. 151; HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, Ankara 2017, s. 65; İÇER, s. 317; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 155; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 172; ÖNTAN, s. 850; ÖZEN, s. 44; SINAR, s. 66; TOROSLU, s. 38.

8 ERSOY, s. 101; KOCA, s. 27; SINAR, s. 66; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 202.

9 Bkz. II C.

10 TCK m. 84/4'te “...kasten öldürme suçundan sorumlu tutulurlar” denilerek, eylemin öldürme fiili olarak değerlendirileceği ifade edilmiş olmaktadır, Yargıtay 1. CD, 15.1.2020, 2020/117; 4.3.2014, 2014/1248. Ayrıca bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 71; KOCA, s. 27; ÖZEN, s. 44.

11 KOCA, s. 27; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 172; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203.

12 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 89; HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 151; İÇER, s. 310; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 155; ÖNTAN, s. 850; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 172; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203.

13 AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 545; ARTUK, M.Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M.Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 512; DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020, s. 351; KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020, s. 313; ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara

fail açısından kusurun yokluğu durumunda cezasızlık, kusur az ise ceza indirimi öngörülmüştür.¹⁴ Bu hallerde kanunkoyucu tarafından bilinçli bir kullanımla karşılaşılmaktadır. O halde, TCK m. 84/4'te yer verilen ve sadece uygulanacak hükmü değil, intihara yönlendirme suçunun mağduru bakımından da belirleyici nitelikte olan kullanım, algılama yeteneği gelişmemiş olan kişiyi TCK m. 84 dışında bırakmıştır. Algılama yeteneği gelişmiş veya zayıflamış kişi ise TCK m. 84'te belirtilen suçun mağduru olabilecektir.¹⁵ Algılama yeteneği azalmış olan kişinin intihara yönlendirilmesi durumunda, fail hakkında verilecek cezada TCK m. 84'te belirlenen yaptırım aralığında üst sınıra yaklaşılmalıdır.

B. TİPİKLİĞİN MADDİ UNSURLARI

1. Genel Olarak

“Başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmü ile kanunkoyucu, intihara yönlendirme suçunu seçimlik hareketli suç olarak düzenlemiştir.¹⁶ Suç, intihar öncesi ya da sırasında, mağdur nezdinde intihara azmettirme, teşvik etme, intihar kararını kuvvetlendirme veya intihara herhangi bir şekilde yardım etme şeklinde işlenebilir.¹⁷ İntiharın gerçekleşip kişinin ölmesi, suçun oluşumu için aranmamıştır.¹⁸

2. İntihara Yönlendirme Eyleminin Nitelik Yönünden Koşulları

a. Belirli Bir Ağırılıkta Olmalıdır

TCK m. 84'te tanımlanan seçimlik hareketler suçun unsuru iken, intiharın gerçekleşmesiyle kişinin ölümü ancak cezayı ağırlaştırıcı nedendir (TCK m. 84/2). Suç, seçimlik hareketin gerçekleşmesiyle tamamlanır. Böylece intihara yönlendirme suçu, tehlike suçudur. Fakat failin başkasını intihara yönlendirme niteliğindeki hareketi, intihar bakımından yakın ve somut bir tehlike doğurmalıdır. O halde TCK m. 84, bir somut tehlike suçu olarak kabul edilmelidir.¹⁹ Nitekim Yargıtay emsal olayda;

2018, s. 394; ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 417.

14 AKBULUT, s. 540; ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Genel Hükümler, s. 510; ZAFER, s. 417.

15 Karş. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 96.

16 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 89; ERSOY, s. 102; HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 152; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA, s. 28; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 172; ÖZEN, s. 38; SINAR, s. 68; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 203; TOROSLU, s. 38.

17 765 Sayılı TCK döneminde, suçun oluşumu için ikna ve yardımın birlikte gerçekleştirilmesi gerekliydi, bkz. ARTUK, s. 138; EREM, s. 493. Oysa 5237 TCK ile hareket daha geniş şekilde düzenlenmiş ve sorumluluk alanı genişletilmiştir, ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 172; ÖZEN, s. 35.

18 İntiharın gerçekleşmesi 765 sayılı TCK'da temel suçun unsuru iken, 5237 sayılı Kanun döneminde suçun oluşumu için şart koşulmamıştır. Bu şekilde bir yasal düzenleme karşısında, sonuç vermeyen bir intihara yönlendirme eyleminin cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesinin, ceza hukukunun temel prensipleri ile açıklanmasının zor olduğu yönünde TOROSLU, s. 38.

19 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 156; KOCA, s. 26. İntihara yardımın soyut, diğer seçimlik hareketler ile gerçekleştirilen suçun ise somut tehlike suçu olduğu yönünde ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 175. Mevcut yasal

belirli ağırlıkta olmayan, kişi nezdinde intihara yönelik somut bir tehlike teşkil etmeyen, mağdur tarafından ciddiye alınmayan ve herhangi bir intihar girişimine sebep olmayan söylemlerin tipik harekete vücut vermediği kanaatindedir.²⁰

Sonuç olarak; Türk Hukuku uygulaması ve doktrininde hakim görüş, intihara yönlendirme suçu açısından tipik hareketin belirli bir ağırlıkta olması ve somut tehlike doğurması gerektiği yönündedir. Ayrıca, yakın ve somut bir tehlikenin varlığı için, mağdurun fiili davranışlarla intihara yönelmiş olması tespit edilmeli; başka deyişle mağdur, intihar amacıyla en azından icrai hareketler sergilememelidir.²¹

b. Cebir ve Tehdit İçermemelidir

TCK m. 84'te tanımlanan fiil açısından fail, cebir veya tehdit yoluyla kişiyi intihara sevk etmemiş olmamalıdır. Aksi durumda artık intihara yönlendirme değil, kasten öldürme suçundan bahsedilir.²²

TCK m. 84/4'te cebir veya tehdit yoluyla ibaresine rağmen, kişinin hile ile intihara yönlendirilmiş olması da TCK m. 37/2 kapsamında değerlendirilmelidir.²³ TCK m. 84/4 bakımından fail, dolaylı fail olarak kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmalıdır.²⁴

düzenleme karşısında suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı yönünde İÇER, s. 318.

20 Yargıtay 1. CD. 25.10.2018, 2018/4383. Yargıtay, başka bir emsal olayda, babanın kızına karşı sarf ettiği "...canına kıysın" sözünün, kızgınlıkla söylendiği için intihara ilişkin kast taşımadığı ve sanığın beraat etmesi gerektiği görüşünü paylaşmıştır, Yargıtay 1. CD., 13.11.2013, 2013/6272. Oysa burada failin kastı vardır ve fakat mağdur tarafından bu sözlerin ciddiye alınmaması, intihara yönelik herhangi bir harekette bulunulmaması dolayısıyla tipik hareketin gerçekleşmediği kabul edilmektedir. Kararın eleştirisi ve TCK m. 84'ün soyut tehlike suçu olduğundan yola çıkarak yasal değişiklik önerisi için ayrıca bkz. İÇER, s. 321.

21 Yargıtay 1. CD. 25.10.2018, 2018/4383. Kanun metninde yer almasa da, seçimli hareketlerin intihara yönelmesi gerektiği ve ayrıca akim kalan azmettirmenin kanunkoyucu tarafından cezalandırılmadığı, TCK m. 40/1'de tanımlanan bağlilik kuralı da dikkate alındığında, suçun oluşumu için failin intihara yönelik davranışlarda bulunması gerektiği yönünde ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 162; KOCA, s. 26; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 211. Mevcut yasal düzenlemenin ancak mağdurun intihara kalkışması durumunda cezai sorumluluk doğurduğu, aksi halde TCK m. 84 ile düşünce açıklamalarının suç teşkil edeceği ve bunun kabul edilemez olduğu yönünde HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 152; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 66. İntihara yardım eyleminden cezai sorumluluk doğabilmesi için mağdurun en azından intihar teşebbüsünde bulunması gerektiği ve fakat bunun yasa metninde açıkça belirtilmesinin zorunlu olduğu yönünde TOROSLU, s. 39; ÖNTAN, s. 868. Karş. ERSOY, s. 124. TCK m. 84'ten sorumluluğun doğması için mağdurun intihara teşebbüs etmesinin şart koşulmasının, yasal düzenleme karşısında zor olduğu yönünde ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 177.

22 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204. "Sanıkların bizzat tarım ilacını içirmemiş ve tüfeği ateşlememiş olmaları kabul edildiğinde dahi maktulü intihara zorladıklarının kabulü gerektiğinden eylemlerinin cebir veya tehdit kullanmak suretiyle kişileri intihara mecbur etme olduğu ve TCK 84/4. maddesinin yollamasıyla kasten öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmesi gerektiği...", Yargıtay 1. CD, 22.1.2020, 2020/232.

23 İÇER, s. 333; ÖZEN, s. 62; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204.

24 İÇER, s. 333; ÖZEN, s. 62; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204; TOROSLU, s. 41. Alman Hukukunda da, mağdurun eksik iradesine dayanarak intihar eylemine iştirak eden failin, öldürme suçunda mağdurun kendi vücuduna karşı araç olarak kullanılmasından yola çıkılarak dolaylı fail sıfatıyla sorumlu olduğu kabul edilmektedir, S/S-ESER/STERNBERG-LIEBEN, § 211, Rn. 37. Anılan durumda faili "doğrudan fail" olarak değerlendiren görüş için bkz. ÖNTAN, s. 886; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 179; SINAR, s. 85. Somut olayda failin dolaylı fail olmadığı, ancak doğrudan fail olarak da vasıflandırılmayacağı, kendine özgü bir sorumluluk halinin var olduğu görüşünde ÖZEN, s. 52.

Sonuç olarak, TCK m. 84'te tanımlanan seçimlik hareketleri cebir, tehdit ya da hile ile icra eden fail, kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır (TCK m. 84/4). TCK m. 81 çerçevesinde yapılacak değerlendirme bakımından, failin icrai ya da ihmali davranışının yanında mağdurun kendi hayatına son vermek için en azından icrai harekette bulunması, yine TCK m. 81 gereği şarttır.²⁵

3. Seçimlik Hareketler

a. İntihara Azmettirme

TCK m. 84/1'de yer alan seçimlik hareketlerden intihara azmettirme, özel görünümlü iştirak²⁶ örneğidir. Kanunkoyucu, bazen suçta yer alan haksızlığa binaen, esasen genel hükümlere göre çözümlenebilecek bir duruma bizzat suçun unsuru olarak yer vermiştir. Mesela suç örgütüne yardım, TCK m. 220 ve TCK m. 39 hükümleri çerçevesinde değil, bu eylemin suçun unsuru olarak öngörüldüğü TCK m. 220/7'ye göre cezalandırılır. Burada kanunkoyucu, genel hükümlere göre hüküm verilmesinin teknik olarak imkan dahilinde olduğu durumu, haksızlık içeriğini dikkate alarak ayrıca düzenlemeyi tercih etmiştir.²⁷ Failin davranışının genel hükümlere göre cezalandırılmasının mümkün olmadığı hallerle karşılaşıldığında ise, artık özel bir yasal düzenleme yapılmadıkça fail cezasız kalacaktır. Yukarıda değinildiği üzere, intihar eylemi başlıca haksızlık teşkil etmediğinden, intihara azmettiren veya yardım eden kişinin genel iştirak hükümleri çerçevesinde şerik olarak cezalandırılması söz konusu olamayacaktır (TCK m. 40/1). TCK m. 84 bu nedenle ihdas edilmiş bir norm olup, intihara azmettirme eylemi özel görünümlü iştirak düzenlemesine örnek oluşturmaktadır.

İntihara azmettirmenin ayrı bir norm altında düzenlenmesi ve intihara azmettiren fail açısından genel iştirak hükümlerinin uygulama dışı kalması, TCK m. 38'de benimsenen esasların dikkate alınmasına engel değildir.²⁸ Şeriklik türlerinden olan azmettirme, daha önce suç işleme kararı olmayan kişide suç işleme kararı oluşturulması ve böylece kişinin suça yönlendirilmesidir.²⁹ Halihazırda suç işleme kararına sahip kişinin, amaçladığı suçun nitelikli halini veya daha ağır bir neticeyi işlemeye yönlendirilmesi de azmettirme olarak değerlendirilmelidir.³⁰ Bu anlamda hasmını yaralamak isteyen kişide, silahlı yaralama veya öldürme amacının oluşturulması azmettirme olarak nitelendirilir. Keza –başlıca suç teşkil etmese de– kendi vücuda acı veren eylemde bulunmak isteyen kişiyi, yaşamına son vermeye yönlendirmek de intihara azmettirme olarak kabul edilmelidir.³¹

İntihara azmettirme ile intihar arasında nedensel bir ilişkinin varlığının şart olduğu belirtilmektedir.³² Kanaatimizce, somut tehlike suçu olarak düzenlenen ve ölümün suçun unsuru olarak kabul

25 ÖNTAN, s. 850.

26 Kavram hakkında bkz. TULAY, M.Emre, Suç Örgütüne Yardım Etme Suçunun Özel Görünümlü İştirak Olarak Kabul Edilmesi, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018, s. 679 vd.

27 TULAY, s. 679 vd.

28 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 157; TOROSLU, s. 39. Karş. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 173.

29 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 90; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 158; SINAR, s. 69; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 204.

30 Bkz. AKBULUT, S. 719.

31 Karş. AKBULUT, s. 719.

32 ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 173.

edilmediği TCK m. 84 bakımından, nedensellik ilişkisi, başkasına yönelen ve belli ağırlıkta olan seçimlik hareketler ile oluşur. İntihara yönlendirme sebebiyle ölüm meydana gelmişse, ayrıca ölüm ile hareket arasında nedensellik ilişkisi kurmak gerekir ve bu bağ, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç bakımından ayrıca gözetilmesi gereken bir ilişkidir.³³ Fakat bu tahlil seçimlik hareketten değil, suçun niteliğinden (TCK m. 84/2-neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç)³⁴ kaynaklanır.

Son olarak, intihara azmettirmenin ancak icrai davranışla gerçekleştirilebilir olduğu vurgulanmalıdır.³⁵

b. İntihara Teşvik Etme ve İntihar Kararını Kuvvetlendirme

TCK m. 84'te tanımlanan fiil için öngörülen seçimlik hareketlerden olan intihara teşvik etme, intihar amacı taşıyan ve fakat buna ilişkin kesin karar vermemiş olan kişinin intihara sevk edilmesidir.³⁶ İntihar kararının kuvvetlendirilmesi ise, halihazırda bu yönde karara sahip olup, eylemi gerçekleştirme aşamasında tereddüt yaşayan kişiyi cesaretlendirerek amaca yönlendirmek olarak anlaşılmalıdır.³⁷

Kanaatimizce, TCK m. 84'te yer alan seçimlik hareketlerden intihara teşvik ve intihar kararını kuvvetlendirmenin ayrıca belirtilmesi gereksiz olmuştur. Çünkü TCK m. 84'te özel görünümlü iştirak modeli olarak öngörülmüş olsa da “yardım etme” kavramı, niteliği itibariyle “teşvik” ve “kuvvetlendirme” eylemini içine almaktadır.

c. Başkasının İntiharına Herhangi Bir Şekilde Yardım Etme

İntihara yönlendirme suçunun diğer seçimlik hareketi, intihara herhangi bir şekilde yardımdır. Azmettirme başlığı altında değinildiği gibi, TCK m. 84/1'de yer alan intihara yardım etme de, özel görünümlü iştirak örneğidir. İntihara yardım eden fail hakkında TCK m. 39'a dayanarak bir cezalandırmaya gidilemeyeceğinden, TCK m. 84'te ihdas edilen seçimlik hareketler arasında bu eyleme ayrıca yer verilmiştir.

TCK m. 84 bakımından yardım etme eyleminin yorumunda TCK m. 39'daki şeriklik tanımı pek tabii kullanılabilir. İlgili maddede yardım etme eylemi “*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*” şeklinde

33 Yargıtay 1. CD, 25.11.2019, 2019/5135. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçta nedensellik bağı ve objektif isnadiyet için bkz. DOĞAN, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011, s. 124 vd.

34 Bkz. II F.

35 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 163.

36 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 163; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 92; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 160; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 173; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205; TOROSLU, s. 39.

37 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 164; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 92; ERSOY, s. 116; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 65; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 162; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 174; SINAR, s. 74; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205; TOROSLU, s. 39.

ifade edilmiştir. “İntihar” başlı başına suç teşkil etmediğinden, TCK m. 39’daki tanım TCK m. 84’e uygun düştüğü ölçüde yorumlanmalıdır. O halde intihara yardım etme; intihar etme düşüncesi taşıyan kişinin bu kararını kuvvetlendirmek, intiharın nasıl gerçekleştirileceği konusunda kendisine yol göstermek ya da intihar için gerekli araçları sağlamak, intihar öncesi veya sırasında destek vererek eylemin icrasını kolaylaştırmak biçiminde maddi ya da manevi nitelikte olabilir.³⁸

İntihar için temin edilecek aracın somut olayda kullanılmaması halinde dahi, eylem en azından mağdur bakımından bir teşvik ya da kuvvetlendirme etkisi göstereceğinden, failin intihara yardım suçundan sorumlu tutulması gerekir.³⁹

İntihara yardımın icrai davranışla işlenmesi ve bu davranışın doğrudan ölüme sebebiyet vermesi halinde, mesela intihar kararı verip kendisini asmak isteyen kişinin arkadaşına “*Altımdaki sandalyeyi devir*” demesi üzerine failin cezai sorumluluğu ne olacaktır? Doktrinde, anılan ihtimalde artık fail yönünden TCK m. 81 çerçevesinde değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir.⁴⁰ Bu sonuç, TCK m. 84’teki suçta azmettirme ve yardım etmenin seçimlik hareket olduğu, oysa anılan örnekte kişinin “faillik” kapsamında değerlendirilen bir eylem icra ettiği olgusuna ve failin hareket hakimiyetine dayandırılmaktadır.⁴¹ Kanaatimizce; doktrinde paylaşılan görüş isabetlidir. Fakat kanun metninde yer verilen “*herhangi bir şekilde yardım*” tabiri her türlü icrai davranışı da kapsayacak şekilde anlaşılmaya müsaittir. Yasal içeriğin bu noktada fail ve tipik hareket bakımından yanıltıcı olabileceği ifade edilmelidir.

4. İntihara Yönlendirme Suçunda Özel Durum: İkili Ölüm

İki kişinin birlikte intihar girişiminde bulunduğu veya kişinin başkasını öldürdükten sonra intihar etmesi olayına “ikili ölüm”⁴² ya da “çifte (karşılıklı) intihar”⁴³ adı verilmektedir. Her iki kişinin birlikte ölümü halinde, sağ kalan kişi olmadığından zaten cezai sorumluluktan bahsedilmeyecek; diğer ihtimalde de, başkasını vuran kişi kasten öldürme suçunun faili olsa da, hayatına son verdiği için yine cezalandırılabilir bir fail ve eylem söz konusu olmayacaktır. Fakat iki kişinin intihara karar verip birinin hayatta kalması halinde, sağ kalan kişi veya kişiler açısından nasıl bir değerlendirme yapmak gerekir? Şayet karşılıklı olarak bir intihara azmettirme ya da maddi-manevi nitelikte yardım ile intihara yönlendirme söz konusuysa, kanaatimizce hayatta kalan kişi/kişiler TCK m. 84’ten sorumlu olmalıdır. Çünkü TCK m. 84’te tanımlanan seçimlik hareketlerin belirli ağırlıkta olup

38 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 92; ERSOY, s. 116; KOCA, s. 33; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 162; ÖNTAN, s. 853; SINAR, s. 74; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205.

39 EREM, s. 496; KOCA, s. 33; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 175; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 205.

40 ERSOY, s. 79 (103); KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 154; ÖNTAN, s. 854.

41 ERSOY, s. 79 (103); İÇER, s. 311; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 154 vd. (162); KOCA, s. 21. Yargıtay da, fail tarafından intihar fiili üzerinde hakimiyet kurulması halinde kasten öldürmeden hüküm kurulması gerektiği görüşündedir, Yarg. 1. CD. 19.9.2012, 2012/6664; 20.12.2006, 2006/5870.

42 Tanım için bkz. HAKERİ, Hakan/YAĞMUR, Fatih/AKKAYA, Harun/ÜNAL, Esra/SARI, Seyfullah/ERDEM, Feyzullah/DURMUŞ, Berna/BULUĞ, Ufuk, İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, Aralık 2014, s. 36.

43 EREM, s. 502; FISCHER, Thomas, Strafrecht, 66. Aufl., München 2019, § 216, Rn. 5.

somut ve yakın bir tehlike doğurmaya elverişli şekilde sergilenmesi ile suç tamamlanacaktır. Ayrıca kişinin (mağdurun) rızası, suçun tipiklik unsuru içinde yer alır. O halde, karşılıklı rıza ile gerçekleşen ve TCK m. 84/1 kapsamında görülen eylemin faili, intihara yönlendirme suçundan sorumludur.⁴⁴

C. KANUNİ TIP AÇISINDAN GARANTÖR KİŞİNİN FAİLLİK DURUMU

TCK m. 84/1'de irdelenmesi gereken en önemli sorulardan biri, ihmali surette sergilenen yardım eyleminin TCK m. 84 altında değerlendirilmesi meselesidir. Gerekçede, intihara yönlendirmeye yardım eyleminin esasen icrai davranışla gerçekleştirilebilir olduğu, fakat intiharı engellemek bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan kişinin olaya kayıtsız kalarak ihmali davranış sergilemesinin de bu suça vücut vereceği ifade edilmiştir.⁴⁵ Diğer yandan, yardım etme eyleminin niteliği gereği ihmali davranışla gerçekleştirilmesi mümkün olduğuna göre, ihmali surette intihara yardıma da cevaz verilebileceği belirtilmektedir.⁴⁶ Kanunkoyucunun gerekçedeki iradesi yorumlandığında; TCK m. 84/1'de, "intihara yönlendirmeye yardım" açısından bir garantörsel ihmali suç ihdas edildiği söylenebilir. Bu yorum takip edildiğinde, hukuki yükümlülüğün tespiti bakımından TCK m. 83/2'de tanımlanan garantörlüğü doğuran olaylar burada da geçerlidir.⁴⁷ "Herhangi bir şekilde yardım" ibaresinin içeriği sınırlandırılmazsa, cezai sorumluluk alanı son derece genişleyecektir. O halde, intihara yönlendirmeye yardım suçuna ihmali davranışla sebep olabilmek için kişinin, intihar girişiminde bulunan nezdinde kanundan, sözleşmeden ya da öngelen tehlikeli hareketten doğan bir yükümlülüğünün bulunması şarttır. Tüm bunlarla birlikte; mesela aynı yurt odasında kalan K'nın pencereyi açıp hayatına son vermek istemesine kayıtsız kalan oda arkadaşı M'nin TCK m. 84 anlamında sorumluluğu yoktur; çünkü M açısından, K'nın hayatını devam ettirmesine yönelik bir garantörlük söz konusu değildir. Ancak M hakkında, saf ihmali suç mahiyetinde olan TCK m. 98 hükmü uygulanır. Ne var ki M, olaydan haberdar olan yurt sorumlusu veya K'nın velisi olsa, eyleme kayıtsız kalınması TCK m. 84/1 çerçevesinde tartışılmalıdır. Ne var ki, TCK m. 84 gerekçesinin yorumu ile ulaşılan sonuç, esasen görünüşte ihmali suça ilişkin temel esaslarla birlikte yorumlamalıdır. İcrai davranışla işlenebilen bir suçun ihmali

44 Karş. ERSOY, s. 103 vd. İki kişinin anlaşış intihar girişiminde bulunması ve birinin sağ kalması halinde, sağ kalanın -eylemin niteliğine göre- kasten öldürme ya da intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulması gerektiği ve fakat özel bir norm ihdas edilerek cezai sorumluluğun buna göre belirlenmesinin daha isabetli olacağı görüşünde HAKERİ/YAĞMUR/AKKAYA/ÜNAL/SARI/ERDEM/DURMUŞ/BULUÇ, s. 38. Anılan durumda, ilk olarak intihara yönlendirme eyleminde bulunan kişi ölmüş ise, hayatta kalanın cezai sorumluluğu olmayacağı görüşünde ÖZEN, s. 47. Yazarın görüşüne yakın bir tutumun Yüksek Mahkeme'nin bir kararında da benimsendiği görülmektedir. Emsal olayda, intihara azmettirme eyleminde bulunan kişi "fail", bu eylemde kullanılmak üzere ilaç temin eden şahıs ise "mağdur" olarak değerlendirilmiştir, Yargıtay 1. CD, 4.12.2013, 2013/7481. Kararın eleştirisi ve -kanaatimizce isabetli olarak- her iki kişinin de fail olarak sorumlu tutulması görüşünde ERSOY, s. 104. Alman Hukukunda "intihara yönlendirme" eyleminin genel iştirak kuralları çerçevesinde cezalandırılabilir bir eylem olarak görülmemesi karşısında, anılan ihtimalde ölüme yönelen son hareketi yapan failin, Alman Ceza Kanunu m. 216 (Talep üzerine öldürme) suçundan sorumlu olacağı belirtilmektedir, BGHSt 19, 135; FISCHER, § 216, Rn. 5.

45 TCK m. 84 Gerekçesi. İntihara ihmali davranışla yardım eyleminde failin garantör kişi ile sınırlandırılması yönünde, bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 93; İÇER, s. 312; KOCA, s. 34; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 164; ÖZEN, s. 41; SINAR, s. 76. Aksi yönde ÖNTAN, s. 858.

46 İÇER, s. 312.

47 KOCA, s. 34; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 163; ÖZEN, s. 42; SINAR, s. 76. Garantörlüğün sınırları konusunda genel değerlendirme için bkz. HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, s. 123; DEMİRBAŞ, s. 241.

davranışla gerçekleştirildiğinde de cezalandırılabilmesi için normatif bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.⁴⁸ Kanunkoyucu, bu düzenlemeyi TCK Genel Hükümler yerine, özel suç tipinde düzenlemeyi tercih etmiştir. TCK m. 83, m. 88 ve m. 94/5 bunun örnekleridir. TCK m. 84/1'de yer verilen “*herhangi bir şekilde yardım*” ibaresinin, icrai hareketle gerçekleştirilen fiilin ihmali surette işlenmesini de kapsadığı değerlendirildiğinde, eylem kanuni tipe uygun düşecektir. Ancak bu noktada eleştiri ve önerimiz, ihmali hareket icrai harekete eşdeğer kabul edilip cezalandırılacaksa, bunun sınırlarının gerekçede değil, kanun metninde yer alması gerektiğidir.⁴⁹

Kanuni düzenleme bakımından irdelenen durumun yanı sıra, tartışılması gereken diğer sorun ise şudur: İntiharı önlemenin hukuki yükümlülük olduğu durumda fail, başkasının intiharına göz yumuyor, hareketsiz kalıyorsa, ölüm neticesini doğrudan ya da göze alma seviyesinde istiyor demektir. O halde fail hakkında uygulanacak norm bakımından kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi de (TCK m. 83) tartışılmalıdır. Oğlunun intihar girişimini görüp hareketsiz kalan babanın, ölüm neticesini en azından göze aldığı ve böylece TCK m. 83'te tanımlanan tipik hareketin de faili olduğu açıktır. Varılan noktada, baba hakkında hangi hükme dayanılarak hüküm kurulacaktır? Kanaatimizce, her iki norm açısından ihmali hareket ortak unsur iken, mağdurun rızası tipik hareket yönünden TCK m. 84'ü farklılaştırmaktadır. TCK m. 84 açısından eylem, halen mağdurun iradesi çerçevesinde şekillenmektedir. O halde verilen örnekte baba, oğlunun rızası sebebiyle TCK m. 84/1'den sorumlu tutulmalıdır.

D. TİPKLİĞİN MANEVİ UNSURU

İntihara yönlendirme suçu, ancak kasten işlenebilir. Öldürme suçunun aksine, taksirli suça ilişkin özel bir düzenleme öngörülmediğinden, suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir (TCK m. 22/1). Kanuni düzenleme eksikliğinin yanı sıra, kişinin intihara yönlendirilmesi eyleminin, nitelik itibarıyla de taksirli davranışa uygun olmadığını vurgulamak gerekir.

TCK m. 84'te tanımlanan fiilde kastın türü, doktrindeki hakim görüşe göre olası kast da olabilir.⁵⁰ Kanaatimizce, tipikliğin maddi unsurlarında ele alınan şekliyle, eylemin intihara yönelik belli bir ağırlıkta olması koşulunun diğer bir hukuki sonucu, suçun ancak doğrudan kastla işlenebilmesidir.⁵¹ Nitekim alkol alıp eşine sürekli kötü muamelede bulunan, maddi-manevi sorumluluklarını yerine

48 ERBAŞ, Rahime, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul 2019, s. 150; ERSOY, s. 114; HAKERİ, İhmali Suçlar, s. 192 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, Genel Hükümler, s. 411; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 176; ÖZGENÇ, s. 230; ZAFER, s. 266. Garantörsel ihmali suçun kanunda tahdidi olarak değerlendirilmesinin isabetli olmadığı ve bu tutumun kanunilik ilkesiyle de çelişmediği görüşünde TÜRAY, Aras, İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı, Cilt: XVII, (Özel Sayı), 2020, 135 vd. Alman Ceza Hukukunda ise, garantörsel ihmali suçun kanuni bir belirleme olmadan cezalandırılmasının kıyas yasağı ve belirlilik ilkesi özelinde kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği, bu sebeple kanunkoyucunun Ceza Kanunu Genel Hükümlerde madde 13'ü ihdas ettiği belirtilmektedir, bkz. ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003, § 31, Rn. 31.

49 Aynı yönde ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 176; ayrıca bkz. ERBAŞ, s. 148.

50 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 92; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 165; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 178; ÖZEN, s. 42; SINAR, s. 78.

51 Yargıtay, alkol alıp eşine sürekli kötü muamelede bulunan, maddi-manevi sorumluluklarını yerine getirmeyen, onu aldatan faili, eşinin intiharından sorumlu tutmamıştır, Yargıtay 1. CD, 3.5.2012, 2012/3501; ayrıca bkz. ERSOY, s. 125.

getirmeyip onu aldatan ve devamında eşinin intiharı ile sonuçlanan olayda Yargıtay, faili intiharı yönlendirme suçundan sorumlu tutmamıştır.⁵² Karara konu olayla ilgili olarak, kanaatimizce; intiharın TCK m. 84 anlamında şart olmadığı ve failin mağdur eşe karşı süreklilik kazanmış davranışları dikkate alındığında, esasen hareket ve netice arasında nedensellik bağıını da kabul etmek gerekir. Ne var ki, failin intihara yönlendirme suçundan sorumlu tutulmaması, bu suçta olası kastın, yani intiharın göze alınmasının Yargıtay tarafından yeterli görülmediğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, TCK m. 84'te düzenlenen suçun maddi unsurları ile ilgili hükmün uygulanmasında Yargıtay'ın tutumu dikkate alındığında, intihara yönlendirme suçunun ancak doğrudan kast ile işlenebileceği kabul edilmelidir.

E. İntihara Yönlendirme Suçunda Nitelikli Hal

TCK m. 84'te düzenlenen intihara yönlendirme suçu için öngörülen diğer hal, suçun alenen işlenmesidir. TCK m. 84/3'e göre, "*Başkalarını intihara alenen teşvik eden kişi, üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*".

Doktrinde bir görüşe göre, TCK m. 84/3 soyut tehlike suçu olup, ayrıca müstakil bir suç olarak değerlendirilmektedir.⁵³ Oysa ilgili fıkra, hareketin niteliğine ilişkin TCK m. 84/1'den farklı bir düzenleme içermemektedir. Bu nedenle, ilk fıkrada tanımlı seçimlik hareketler açısından yapılan yorumun TCK m. 84/3 bakımından benimsenmesine engel yoktur. Üstelik TCK m. 84/3 bağımsız bir suç olarak kabul edilirse, köprüde intihar etmek isteyen kişiye "*Haydi atla da yolumuza bakalım!*" diyen fail tipik hareket oluşmadığından cezasız kalırken, konserde şarkı sözlerini seslendirirken "*Bu akşam ölürüm, beni kimse tutamaz!*" diyen müzisyenin TCK m. 84/3'ten ceza alması gerekir. O halde, kanaatimizce TCK m. 84/1 bakımından aranan "eylemin belli bir ağırlıkta olması" koşulu, TCK m. 84/3'te de geçerli olmalıdır.⁵⁴ Sonuç olarak, intihara alenen teşvik etme, intihara yönlendirme suçunun nitelikli hali olarak görülmelidir.⁵⁵

Kanunda yer alan "*başkaları*" tabiri, belirsiz sayıda kişi topluluğunu karşılamaktadır.⁵⁶ Fail, elbette aynı fiilde birden fazla kişiyi intihara yönlendirebilir ve bu durumda TCK m. 43/2 gereği TCK m. 84/1'den sorumlu tutulur.⁵⁷ Ama birden fazla kişinin muayyen olmayan sayıda teşekkül etmesi halinde, tipik hareketin özel olarak öngörüldüğü TCK m. 84/3 hükmü uygulanır.

52 Yargıtay 1. CD, 3.5.2012, 2012/3501; ayrıca bkz. ERSOY, s. 125.

53 ÖZEN, s. 58; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 206. Bağımsız bir suç olması bakımından aynı yönde HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 153; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; İÇER, s. 327; ÖNTAN, s. 874; SINAR, s. 73; TOROSLU, s. 40. Bağımsız bir suç olarak kabul edilen alenen intihara teşvik suçunun soyut tehlike suçu olarak öngörülmesinin hukuken isbateli olmadığı yönünde ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 165.

54 Cezalandırılabilir eylem bakımından alenen teşvik eyleminin, başkalarının intihar bakmesine mani olan manevi nitelikteki engellerin kaldırılması şeklinde anlaşılması gerektiği ve haliyle eylemin belli bir ağırlıkta olması gerektiği yönünde bkz. TOROSLU, s. 40.

55 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 94.

56 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 165; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 159; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 174.

57 Bkz. V C.

TCK m. 84/3'te yer alan diğer şart, intihara teşvikin aleni şekilde gerçekleştirilmesidir. Fail tarafından işlenen fiilin, sayısı belirli olmayan kişiler tarafından algılanabilir olması, aleniyet kavramının içeriğini oluşturur.⁵⁸ Kanunkoyucu, başka suç tiplerinde de “aleniyet” kavramına sonuçlar bağlamıştır. Mesela Cumhurbaşkanına hakaret suçu bakımından eylemin alenen gerçekleşmesi cezayı artıran bir nitelikli hal olup (TCK m. 299/2); Yargıtay, herkesin girebileceği ortamı aleniyet için şart koşmuş, emsal olayda baro odasında sarf edilen hakaratimiz ifadeyi alenen hakaret olarak değerlendirmemiştir.⁵⁹ Kanaatimizce, aleniyet kavramına ilişkin bu yorum doğru değildir. Kanunkoyucunun aleniyeti cezayı ağırlaştırıcı hal olarak öngörmesindeki amaç, sayısı belli olmayan kişi topluluğu önünde gerçekleştirilen eylemdeki haksızlık içeriğinin daha yoğun olmasıdır. Bu anlamda, başkalarını intihara yönlendirme eyleminin bir meslek odasında icra edilmesi ile konser alanında ya da trafiğe açık bir karayolunda (mesela köprüde) gerçekleşmesi arasında TCK m. 84/3 yönünden bir fark görülmemelidir.⁶⁰ Tabii olayın yaşandığı yerin, suç işleme anında eylemi aleni kılmaya müsait olması gerekir. Haliyle, konser alanı için ayrılmış bir meydanın konser dışı bir zamanda ve alanda kimse yokken gerçekleştirilmesi durumunda nitelikli halden bahsedilemeyecektir.

TCK m. 84/3'te tanımlanan eylem, ilk fıkrada yer alan seçimlik hareketlerin hepsini kapsamayıp, sadece “teşvik etme”yi karşılamaktadır. Diğer yandan önemle vurgulamak gerekir ki, TCK m. 84/3'ün uygulanabilmesi için intihara teşvikin başkalarına karşı ve aleni şekilde icra edilmesi koşulu somut olayda birlikte var olmalıdır. Aleni olup belirli kişilere yönelen ya da muayyen olmayan sayıda kişiye karşı işlenen intihara teşvik eylemi, TCK m. 84/3 kapsamında değerlendirilmeyecek, fail açısından suçun temel şeklinden sorumluluk doğacaktır.⁶¹ Bu olasılıkta, haksızlık içeriği ve kusurun yoğunluğuna binaen, TCK m. 84/1'de belirtilen ceza haddinde üst sınıra yaklaşılmalıdır.

f. Neticesi Sebebiyle Ağırlanmış Suç

TCK m. 84/1'de tanımlanan suçta intiharın gerçekleşmesi –765 Sayılı TCK'dan farklı olarak– temel suç bakımından kanuni tipe dahil değildir. Başka deyişle, intihara yönlendirme suçunun temel şeklinde kişinin intiharı, yani ölümü aranmaz.

TCK m. 84/2'de, “İntiharın gerçekleşmesi durumunda, kişi dört yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır” hükmüne yer verilmiştir.⁶² Böylelikle 5237 Sayılı TCK'da kişinin intiharı, neticesi sebebiyle ağırlanmış suç örneği teşkil etmektedir.⁶³

58 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 159.

59 “Aleniyetin gerçekleşmesi için olay yerinde başkalarının bulunması yeterli olmayıp, hakaretin belirlenemeyen sayıda kişi tarafından görülme, duyulma ve algılanabilme olasılığının bulunması, herhangi bir sınırlama olmaksızın herkese açık olan yerlerde işlenmesinin gerekmesi karşısında, aleniyet unsurunun oluşmayacağı baro odasındaki sözleri nedeniyle sanık hakkında TCK'nın 299/2. maddesinin uygulanması suretiyle fazla ceza tayini...”, Yargıtay 9. CD, 8.9.2014, 2014/8838. Kararla aynı yönde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 617.

60 Ayrıca bkz. ÖNTAN, s. 874.

61 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 159.

62 Madde metninde yer alan “intiharın gerçekleşmesi” ifadesi, “ölüm” olarak anlaşılmalıdır, İÇER, s. 322; ÖNTAN, s. 871 vd.; SINAR, s. 80. Bu ibareden kastedilenin mağdurun ölümü değil, “intiharın gerçekleşmesi” olarak anlaşılması yönünde ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 177.

63 İÇER, s. 322; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 166; ÖNTAN, s. 872; ÖZEN, s. 57. TCK m. 84/2'nin nitelikli hal olduğu yönünde bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 162; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT,

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için Türk Ceza Kanununun Genel Hükümler kitabında ihdas edilen normda belirtilen yasal şartlar (TCK m. 23), özel suç tipinde gözetilmek zorundadır. TCK m. 23'te “Bir fiilin, kastedilen daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir ” denilerek, daha ağır veya başka netice yönünden sorumluluk için failin kast ya da taksirle hareket etmesi aranmıştır. O halde, intihara yönlendirdiği kişinin intihar etmesi durumunda TCK m. 84/2 hükmünün uygulanabilmesi için meydana gelen ölüm neticesi yönünden failin intiharı istenmiş (doğrudan/olası kast), öngörmüş ama gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmiş (bilinçli taksir) ya da her halükarda öngörülebilir nitelikteki intiharı dikkat ve özen eksikliği sebebiyle öngörememiş olması gerekir.

TCK m. 23 çerçevesinde TCK m. 84/2'yi yorumladığımızda, önemli bir noktaya dikkat çekmek gerekir: Yukarıda değinildiği üzere, TCK m. 84/1'de tanımlanan tipik hareket belirli bir ağırlıkta olmalıdır. Bu bağlamda, ölüm neticesinin (intiharın) fail açısından öngörülebilir olması kaçınılmazdır. Gerçekten, intihara yönelik öngörülebilirliğin imkan dışı olduğu durumda failin eyleminin belirli bir yoğunlukta olması beklenemez. Kaldı ki, ölümü göze almayan ya da öngöremeyen failin TCK m. 84/1'e göre sorumlu olması olanaksızdır. Sonuç olarak; kanaatimizce, intihara yönlendirme suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç şeklinde düzenlenmesi, hukuk tekniği açısından isabetli değildir. Nitekim doktrinde, TCK m. 84'te tanımlanan suçta intiharın gerçekleşmesinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmesi önerisi de dile getirilmektedir.⁶⁴ Kanaatimizce, intiharın suçun unsuru olarak öngörülmesi ve ölümün gerçekleşmemesi halinde failin intihara yönlendirme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması, mevcut düzenlemeye kıyasla daha tutarlı olacaktır.⁶⁵ Böylelikle, eylemin belirli bir ağırlıkta olması kriteri yasal bir dayanağa kavuşacak, intiharın (ölümün) gerçekleşmemesi teşebbüsten kurumu işletilecektir.⁶⁶

III. HUKUKA AYKIRILIK ve KUSURLULUK DEĞERLENDİRMESİ

Haksızlık içinde mütalaa edilen hukuka uygunluk nedenleri ile haksızlık teşkil eden fiil sebebiyle failin kınanabilirliğini etkileyen kusuru kaldıran ya da azaltan nedenler, uygun düştüğü ölçüde tüm suç tipleri açısından incelenmeyi gerektirir. İntihara yönlendirme suçu bakımından özellikle incelenmesi gereken nedenlerin başında, “ilginin rızası” gelmektedir.

s. 94; ERSOY, s. 117; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 176; SINAR, s. 68; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 209. Doktrinde Doğan, TCK m. 84'ün tehlike suçu olarak düzenlenmesinin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğine engel olmadığı ve fakat suçta mağdurun zaten fail tarafından intihara yönlendirildiği, ayrıca ölümün gerçekleşmesinin başka bir netice olarak mütalaa edilemeyeceği, sonuç olarak TCK m. 84/2'nin nitelikli hal olduğu görüşündedir, DOĞAN, s. 111.

64 ERSOY, s. 124; İÇER, s. 314; KOCA, s. 27.

65 Mevcut yasal düzenlemenin eleştirisi ve suçun unsuru ile cezayı ağırlaştırıcı nedene ilişkin benzer ve farklı yönde yasa önerisi için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 177.

66 Doktrinde intiharın objektif cezalandırılabilme şartı olarak öngörülmesi önerisinin yasalaşması durumunda, mağdurun intihar girişiminde bulunması ve fakat ölümün gerçekleşmemesi halinde fail cezasız kalacaktır; çünkü objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlar teşebbüse elverişli değildir. Bu sebeple, “intihar”ın suçun unsuru olarak düzenlenmesi, ceza adaleti açısından daha isabetli görünmektedir.

Ceza hukuku sistematüğinde temel bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası”, TCK m. 26/2’de tanımlanmıştır. Kişinin üzerinde mutlak tasarrufta bulunabileceği bir hakka yönelik geçerli rıza beyanında bulunması halinde failin gerçekleştirdiği eylem, kanuni tipe uygun olsa da haksızlık teşkil etmeyecek ve hukuka uygun olacaktır.⁶⁷ Mesela muayene amacıyla hekime başvuran kişinin, aşı/ iğne vurulması, kendisinden kan alınması, vücut boşluğuna tıbbi alet sokulması gibi, esasen müessir fiil teşkil eden eylemlere gösterdiği rıza TCK m. 26/2 anlamında geçerli olup, hekimin müdahalesini hukuka uygun kılar.⁶⁸

Rıza bakımından önem arz eden diğer husus, kurumun niteliğidir. Kanunkoyucu, bazı suç tiplerinde rızayı hukuka uygunluk nedeni değil, suçun unsuru olarak, yani kanuni tip içinde düzenlemiştir. Mesela TCK m. 141’de tanımlanan hırsızlık suçunda zilyedin rızası suçun unsurudur. Rızanın hukuki niteliği, bilhassa TCK m. 30 hükümlerinin tatbiki açısından önem taşır.⁶⁹

İntihara yönlendirme suçunda “rıza”nın hukuki niteliği ve fiile etkisi nedir? TCK m. 84’te tanımlanan tipik hareketin sahibi fail açısından, intihara yönelen kişinin rızası suçun unsurudur.⁷⁰ Gerçekten, eylemin cebir veya tehditle gerçekleştirilmesi veya kusur yeteneğini haiz olmayan kişi üzerinde tipik hareketin icra edilmesi durumunda artık kasten öldürme suçu söz konusu olacaktır (TCK m. 84/4). İntihara yönlendirme suçunda ise mağdur, son tahlilde intiharını kendi rızası ile istemektedir.

İntihara yönlendirilen kişi bakımından, “rıza” üzerinde düşülen hatanın sonucu ne olacaktır? Mesela hastanın tedaviyi ret ve ölüm üzerinde isteğini ortaya koyan bir beyanı bulunmadığı halde, hekimin rıza üzerinde düştüğü hata sonucu ihmali davranış sergileyip hastanın ölümüne sebep olduğunu düşünelim. Örnek olayda, TCK m. 84’te tanımlanan fiil için mağdurun ölüme yönelik serbest iradesi suçun unsuru olduğundan, unsur yanılığsı (TCK m. 30/1) sebebiyle fiile yönelik kast kalkacak ve fail TCK m. 84’ten değil, TCK m. 30/1 gereği taksirle öldürmeden sorumlu tutulacaktır.

Hukuka uygunluk ve failin kusurluluk değerlendirmesi bakımından, Alman Ceza Hukukunda dolaylı ötanazi halinde hekimi zorunluluk halinden dolayı sorumsuz tutan görüş⁷¹ kanaatimizce isabetli değildir. Çünkü yaşamına son vermek isteyen kişinin, kendi vücuduna yönelen hastalığı/ tehlikeyi hayatına son vererek gidermeyi tercih etmesi ve hekimin buna dayanarak hareket etmesi tehlikeden korunma durumu teşkil etmeyip, zorunluluk halinin şartlarına uyan bir vaka değildir.

IV. ÖZEL BİR İNCELEME: ÖTANAZİNİN CEZALANDIRILABİLİĞİ SORUNU

İntihara yardım kapsamında dikkat çeken ve irdelenmesi gereken diğer bir mesele, “ötanazi” halinde failin cezai sorumluluğudur. Ötanazi, tıbbi verilere göre iyileşme olanağı bulunmayan hastanın, çektiği acıyı dindirmek amacıyla ve kendi rızasıyla ölümü istemesidir.⁷² Hastanın rızasına

67 EKİCİ ŞAHİN, s. 103 vd.

68 Ayrıca bkz. EKİCİ ŞAHİN, s. 189; Hakeri, Tıp Hukuku, s. 158 vd.

69 Ayrıca bkz. AKBULUT, s. 495.

70 Ayrıca bkz. ERSOY, s. 127.

71 Bkz. BGHSt 42, 301. Ayrıca bkz. DUTTGE, s. 189; RENGIER, s. 56.

72 Bkz. AKINCI, s. 738; AKCAN ALAN, Esra. Ötanazi, İÜHF, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 3; HAKERİ, Hakan, Tıp

dayanılarak, onun ölümüne yol açan davranışın icrai olması halinde aktif; hareketsiz kalınarak, ihmali surette gerçekleştirilmesi halinde pasif ötanazi söz konusudur.⁷³ Fakat burada zikredilen ihmali davranışı, çok katı şekilde anlamamak gerekir. Mesela hastanın açık ve ısrarlı talebi üzerine solunum cihazının kapatılması esasen icrai davranış olarak görülse de, sonuç itibarıyla artık tedavinin yürütülmemesinden yola çıkarak ihmali davranış ve haliyle pasif ötanazi örneğidir.⁷⁴ Ayrıca, duyulan acıyı dindirirken tedaviyi yavaşlatan ve dolaylı olarak yaşam süresini kısaltan eylemler, dolaylı ötanazi teşkil etmektedir.⁷⁵

Ötanazi ve açlık grevi gibi kişinin kendi iradesiyle ölümü arzu ettiği durumlar ile intihar, kavramsal olarak farklı ele alınmaktadır.⁷⁶ Nitekim Alman Hukukunda, ötanazi (*Euthanasie*) ve intihar (*Suizid-Selbsttötung*) sadece terimsel açıdan değil, kurumsal ve hukuki sonuçları bakımından da ayrı değerlendirilmektedir.⁷⁷ Alman Ceza Hukukundaki normatif düzenleme karşısında, bugün için aktif ötanazi istisnasız suçtur. Ancak bu durumda fail, Alman Ceza Kanunu m. 211 (*Mord-Cinayet*) veya m. 212'de (*Totschlag-Kasten öldürme*) değil, özel norm niteliğini haiz m. 216'dan (*Tötung auf Verlangen-Talep üzerine öldürme*) sorumlu olacaktır.⁷⁸ Kasten öldürme suçuna nazaran (Alman Ceza Kanunu m. 211 ve m. 212) ayrı bir düzenleme olan ve daha hafif ceza öngörülen m. 216'da tipik hareket bakımından esas, mağdurun (ölenin) rızasıdır.⁷⁹ Fail bakımından bir özgü suç söz konusu olmayıp, suçun faili hekim ya da bir başka kişi olabilir; keza mağdur da hasta kişi olmak zorunda değildir.⁸⁰ Suçun, prensip olarak ancak icrai eylemle işlenebileceği kabul edilmektedir.⁸¹

Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2019, s. 486; ÖMEROĞLU, Ömer, Ötanazi, TBBD, Cilt: 5, Sayı: 2, 1993, s. 188; ÖZEN, Muharrem/EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2010, s. 16; YILMAZ, Ş. Berfin Işık, Ötanazi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 68, 2012, s. 51. Günümüz mevzuat hükümleri çerçevesinde "ötanazi" yerine "ölüme yardım" kavramının kullanılmasının daha isabetli ve kapsayıcı olduğu yönünde ÜNVER, s. 50.

73 ARTUK/YENİDÜNYA, s. 117; AKCAN ALAN, s. 6; HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 486 vd.; ÖMEROĞLU, s. 189; ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 17 vd.; YILMAZ, s. 53.

74 RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 12. Aufl., München 2011, s. 57. Ancak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, anılan eylemi icrai davranış olarak kabul etmiş ve fakat Alman Medeni Kanunu 1901'a dayanarak hukuka uygun olduğunu belirtmiştir, BGH NJW 2010, 2963. Türk Ceza Hukuku doktrininde Ünver, hareketin icrai ya da ihmali olmasının pasif ötanazi açısından bir fark oluşturmadığı, başlanılan tedavinin sonlandırılması veya tedaviye başlanmaması evrelerinin belirleyici olduğu görüşündedir, ÜNVER, s. 54.

75 ARTUK/YENİDÜNYA, s. 118; DUTTGE, Gunnar, Sterbehilfe im Deutschen Recht, ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 188; RENGIER, s. 56.

76 Bkz. ARTUK/YENİDÜNYA, s. 111; AKCAN ALAN, s. 4.

77 DUTTGE, s. 191 vd.

78 DUTTGE, s. 188; LACKNER/KÜHL/KÜHL, § 216, Rn. 3; RENGIER, s. 53. Bu suçun unsuru olan talep, "rıza"dan daha yoğun bir içeriğe sahiptir. Kişi kendi ölümünü ciddi şekilde, ısrarla ve açık bir irade ile ister, bkz. WESSELS, Johannes/HETTINGER, Micheal, Strafrecht Besonderer Teil I, 39. Aufl., Heidelberg 2015, § 2, Rn. 156. Madde metni: "(1) Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçta teşebbüs cezalandırılır".

79 MüKoStGB/SCHNEIDER, § 216, Rn. 1.

80 DUTTGE, s. 189.

81 İhmali davranışla ilgili olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi, hastanın iradesi ön planda olup hareket hakimiyeti hala kendi elindeyse, ölüm kararına katılan hekim bakımından (garantör), intiharın cezalandırılmaması ve somut olayda cezalandırılmayan bir fiile iştirak edilmesinden dolayı artık bir cezai yaptırımın söz konusu olmayacağı kanaatinde, BGHSt NStZ 2019, 666 vd. Ayrıca bkz. FISCHER, § 216, Rn. 6; NK-StGB/NEUMANN/SALIGER, § 216, Rn. 9; WESSELS/HETTINGER, § 2, Rn. 161.

Alman Ceza Hukukunda dolaylı ötanazi, Alman Ceza Kanunu m. 34'e (*rechtfertigender Notstand-hukuku uygunluk nedeni olan zorunluluk hali*) dayanılarak hukuka uygun kabul edilmektedir.⁸² Pasif ötanazi ise, Alman Anayasası m. 2'de (Art. 2 GG) vurgulanan kendi geleceğini özgürce belirleme hakkı (*Selbstbestimmungsrecht*) ve Medeni Kanun m. 1901a doğrultusunda mağdur açısından bir hakka dayanan tasarruf olarak görülmekte ve cezalandırılmamaktadır.⁸³

Alman Ceza Hukukunda, intihar konusunda TCK m. 84'e benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa mağdurun rızasını baz alarak, Alman Ceza Kanunu m. 216'nın, intihara yardım fiilinde uygulanabilirliği düşünülebilir. Ancak iki eylem arasında şöyle bir ayrıma gidilmektedir: Kişinin serbest hareket ve irade hakimiyetine dayanan bir eylemi varsa intihar, başkasının eylem üzerinde fiili hakimiyeti varsa (täterschaftliche Herbeiführung) talep üzerine ölüm söz konusudur.⁸⁴ Son derece soyut ve her somut olayda titizlikle irdelenmeyi gerektiren bu ayrımın faile etkisi gözden kaçmamalıdır. Çünkü eylem intihar olarak yorumlanırsa fail cezasız kalacak, şayet m. 216 kapsamında değerlendirilirse kişi beş yıla kadar hapis cezası alacaktır.⁸⁵

Ötanazinin Türk Hukuku bakımından değerlendirilmesinde ise; failin hareket hakimiyetine sahip olduğu "*aktif ötanazi*" halinde TCK m. 81 hükmü işletilir.⁸⁶ Fakat yukarıda değinildiği üzere, TCK m. 84/1'de yer alan "*herhangi bir şekilde yardım*" ibaresi, kanaatimizce cezai sorumluluğun tayininde

82 BGHSt 42, 301. Ayrıca bkz. DUTTGE, s. 189; RENGIER, s. 56. Karş. MüKoStGB/SCHNEIDER, § 2 16, Rn. 43.

83 BGHSt 37, 376; 11, 111; BGHSt NSZ 2019, 666 vd. Ayrıca bkz. DUTTGE, s. 199; RENGIER, s. 56.

84 FISCHER, § 216, Rn. 3a; NK-StGB/NEUMANN/SALIGER, § 216, Rn. 5; ROXIN, Claus, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NSZ 1987, s. 347. Alman Hukukunda, hem birbirine çok yakın, hem de birbirinden farklı görünen intihar ve talep üzerine öldürme eylemlerinden intihara yardımın suç olarak algılanmamasının nedeni "kişi özgürlüğü/ölme hakkı", talep üzerine öldürmenin suç teşkil etmesinin nedeni ise "insan onurunun dokunulmazlığı" ilkesine dayandırılmaktadır, MüKoStGB/SCHNEIDER, § 216, Rn. 3. Her iki anayasal prensibin esasen birbirini tamamlayan ilkeler olduğu değerlendirildiğinde bu hukuki yorum, Alman Hukuku bakımından da intihara yardım olgusunun çok net olmadığını gösterir.

85 FISCHER, § 216, Rn. 3a; RENGIER, s. 55. İntihar eylemine katılma ile talep üzerine öldürme fiillerinin görünüşte aynı olduğu ve bu yüzden iki tipik hareket arasındaki ayrımın net şekilde ortaya konması gerektiği görüşünde MüKoStGB/SCHNEIDER, § 216, Rn. 2. İntihar ve talep üzerine öldürme arasındaki farkın daha belirgin hale getirilmesi, intiharı temel bir hak olarak yasal statüde vurgulanması konusunda kanunkoyucunun yeni bir düzenleme yapmasının anayasal zorunluluk olduğu yönünde BOEHME-NESSLE, s. 1014.

86 Hasta Hakları Yönetmeliği m. 12'de "*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*" denilmektedir. "Ötanazi Yasası" başlıklı m. 13 hükmü ise şu şekildedir: "(1) Ötanazi yasaktır. (2) Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez". Ayrıca bkz. ARTUK/YENİDÜNYA, s. 140; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 178; ÖZEN, s. 48 vd. Mağdurun rızası üzerine öldürülmesi eyleminde hakim, mevcut yasal düzenlemeler karşısında tasarlayarak öldürme suçundan hüküm kurmalı, TCK m. 62'ye göre cezada takdiri indirimle başvurmalıdır, SOYASLAN, s. 160. Dünya Tabipler Birliği'nin 1987 tarihli Ötanazi Bildirgesi'ni de dikkate alarak, hekim hakkında kasten öldürme suçundan hüküm kurulurken TCK m. 62'nin dikkate alınması yönünde HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 48. Aktif ötanazinin kasten öldürme ile eşdeğer tutulmasını engelleyen bir yasal düzenlemeye ihtiyaç olup, failin öldürme suçuna nazaran daha hafif bir ceza ile cezalandırılması görüşünde ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 33. Doktrinde Ünver'e göre, ölüm neticesine neden olan hareketin üçüncü kişi tarafından mağdurun rızası üzerine bizzat yapılması halinde kasten öldürme, üçüncü kişinin icrai ya da ihmali davranışıyla birlikte mağdur tarafından gerçekleştirilmesi halinde intihara yönlendirme suçu oluşur, ÜNVER, s. 58. Ayrıca yazar, aktif ötanazinin hukuka uygun görülmemesinin nedenini oluşturan TCK m. 26/2 açısından, literatürde tatmin edici bir açıklama yer almadığı, üstelik pasif ötanazi yönünden engel oluşturmadığı dile getirilen rıza kavramının, aktif ötanazi yönünden engel görülmesinin çelişki doğurduğu görüşündedir, ÜNVER, s. 53 vd.

şüpheye sevk eden bir düzenlemedir.⁸⁷ “Pasif ötanazi” halinde ise TCK m. 84/2’den ceza tayin edilmelidir.⁸⁸ Pasif ötanazi durumunda fail konumunda olan hekim açısından, esasen icrai davranışa eşdeğer bir ihmali hareket söz konusu olsa da, burada TCK m. 83’ten farklı olarak, ölüm üzerindeki rıza ön plana çıkmaktadır.⁸⁹ Bu nedenle, Alman Hukukuna benzer bir yasal düzenleme yer almadığı ve hatta mevzuatta ötanazi açık şekilde hukuka aykırı görüldüğü için (bkz. Hasta Hakları Yön. m. 13)⁹⁰, pasif ve dolaylı ötanazi halinde kanaatimizce cezai sorumluluk doğacak⁹¹, fiil üzerinde mağdurun rızası belirleyici olduğundan fail hakkında TCK m. 84 hükmü uygulanacaktır. TCK m. 84’ün tatbiki açısından, somut olayda hekimin garantör konumunda olması, bunun için de hekim ile hasta arasındaki sözleşme ilişkisinin devamı şarttır.⁹²

V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

TCK m. 84/1’de tanımlanan fiil sebebiyle kişi intihar girişiminde bulunmuşsa TCK m. 84/1, intihar gerçekleşirse m. TCK m. 84/2 uygulama alanı bulur.⁹³ 765 Sayılı Kanun aksine ölümün neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç niteliğinde öngörülmüş olmasından dolayı, tek başına TCK m. 84/2’ye teşebbüsten bahsedilemez.⁹⁴ Diğer yandan, yukarıda yer verilen açıklamalar çerçevesinde, intihara yönlendirme suçunda tipik hareketin ancak somut tehlike arz ettiği durumda failin cezalandırılması mümkün olacağından, başkasını intihara yönlendiren ve fakat mağdurun etkilenmediği ya da henüz intihara yönelik bir davranışta bulunmadığı durumda suç oluşmayacak, teşebbüs tartışılmayacaktır. Sonuç olarak TCK m. 84, teşebbüse elverişli görünmemektedir.⁹⁵

87 Karş. ODER, Bertil Emrah, Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 23.

88 CGTİHK m. 82’de yer aldığı gibi “görevin ifası” örneği teşkil etmedikçe, pasif ötanazi halinde hekimin herhangi bir cezai sorumluluğu doğmayacağı görüşünde, bkz. ARTUK/YENİDÜNYA, s. 140; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 164; aynı yönde EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 279; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 178; ÖZEN/EKİCİ ŞAHİN, s. 30; ÖZGENÇ, s. 381. Şartları yasal olarak açıkça öngörülmüş ve tekemmül etmiş durumda iken gerçekleşen ötanazinin cezasız kalması yönünde HAKERİ, Tıp Hukuku, s. 490; ÖMEROĞLU, s. 203; ÜNVER, s. 38. Ötanaziyi hukuka uygun gören bir yasal düzenlemenin, insanların birbirlerini öldürmeme yükümlülüğüne zarar vereceği görüşünde BESİRİ, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBBB, Cilt: 22, Sayı: 86, 2009, s. 202. Şahsiyet hakları bakımından yapılan değerlendirmede; açık iradeye dayansa bile, hastanın gerek içinde bulunduğu sağlık sorunları, gerekse üzerinde rıza gösterilen hakkın yaşam hakkı olması sebebiyle, hastanın kendi ölümü üzerindeki beyanın hukuka uygun olamayacağı görüşünde AKINCI, s. 747 vd.

89 Karş. ATLADI, Barış, Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2008, s. 39; ÖMEROĞLU, s. 199.

90 Resmî Gazete Tarihi: 01.08.1998, Resmî Gazete Sayısı: 23420.

91 Doktrinde *Atladi*’ya göre; hastanın tedaviye yönelik iradesini her zaman serbestçe geri alabileceğine ilişkin düzenlemeyi içeren ve bo konuda pasif ötanaziye ilişkin herhangi bir istisna getirmeyen Biyotıp Sözleşmesi m. 5 hükmü karşısında Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13 geçerliliğini yitirmektedir. Böylece, Türk Hukuku açısından pasif ötanazi, cezalandırılabilir bir eylem olarak mütalaa edilmemelidir, ATLADI, s. 38 vd.

92 Karş. ZAFER, s. 404 vd.

93 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 211.

94 Aksi görüşte KOCA, s. 37; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 167.

95 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 97; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 211. Sonuç olarak aynı yönde ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 178. Temel suç yönünden aynı yönde KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel

Nitelikli hal olarak öngörülen intihara alenen teşvik etme (TCK m. 84/3) eyleminde de, kanaatimizce teşebbüs hükümleri uygulanamaz. Bu nitelikteki davranışın öncesi hazırlık hareketi mahiyetindedir ve cezalandırılmaz.⁹⁶

TCK m. 84/4'te tanımlanan eylem kasten öldürme suçuna vücut vereceğinden, TCK m. 81'e göre yapılacak muhakeme çerçevesinde teşebbüs değerlendirilecektir.⁹⁷

B. İŞTİRAK

Kanunkoyucu, iştirak kavramı içinde yer alan ve şerikliğin türlerini teşkil eden azmettirme ve yardım etmeyi intihara yönlendirme suçunun seçimlik hareketi olarak düzenlemiş ve böylece her iki eylem suçun unsuru halini almıştır. Bu yasal tercihin birinci sonucu olarak; intihara azmettiren veya yardım eden kişi hakkında uygulanacak cezai hükümde, ayrıca TCK m. 38-39 uygulanmayacak, sadece TCK m. 84/1'ye başvurulacaktır.

Şerikliğin ayrı bir norm altında suçun unsuru niteliğini kazanması, Alman Hukukunda “özel görünümlü iştirak (selbständige Täterschaft)” şeklinde adlandırılmaktadır.⁹⁸ Yine Alman Hukukundaki hakim görüşe göre, yasal olarak özel görünümlü iştirak şekline bürünmüş fiile ayrıca şerik olarak katılmak mümkün değildir.⁹⁹ Bu görüş Türk Hukukunda geçerli kılınırsa, TCK m. 84 açısından nasıl sonuçlar doğuracağı analiz edilmelidir. Mesela intihar etmek isteyen kişiye kendisini asmak için urgan veren fail, TCK m. 84/1'den sorumludur. Peki, intihara yardım eden kişiye urganı satan ve sattığı şeyin intiharda kullanılacağını bilen kişinin cezai sorumluluğu ne olacaktır? Anılan görüşe göre, urgan satan kişi de bu durumda TCK m. 84/1'den fail sıfatıyla sorumlu tutulur.

TCK m. 84/1'deki tipik hareket ve buna emsal normatif düzenlemeler (suç örgütüne yardım etme-TCK m. 220/7 gibi), özel görünümlü iştirak modeli teşkil etmektedir. Ancak kanaatimizce, azmettirme ya da yardım eylemini gerçekleştiren kişinin ilgili maddeye dayanılarak fail olarak sorumlu tutulmasında somut olaydaki katkısı dikkate alınmalıdır. Bu anlamda, yukarıda verilen örnekte intihar eden kişiye urgan veren şahsın durumu, intihar bakımından birincil derecede önemlidir ve kişi, artık fail olarak sorumludur. Oysa urganı satan şahsın konumu, intihar açısından ikincil derece önem taşır. Bakıldığında, her iki kişiyi fail kabul etmek ceza adaletine uygun düşmez. O halde, netice bakımından ikincil derecede öneme sahip hareketin sahibi olan kişiyi suça yardım etmeden sorumlu tutmak daha doğrudur. İntiharda kullanılacak urganı –olayı bilerek– satan kişi, şerik sıfatıyla (TCK m. 84/1 ve TCK m. 39) ceza almalıdır. Böylelikle haksızlık içeriğine göre daha az bir ceza verilmesi de mümkün olacaktır. Çünkü kişi hakkında, TCK m. 84/1'e göre tespit edilecek

Hükümler, s. 166. Her ne kadar intihara yönlendirme olarak kabul edilmese de, nitelik itibarıyla benzerlik gösteren ve Alman Ceza Kanunu m. 216'da öngörülen “Talep üzerine öldürme” suçuna teşebbüs mümkün görünmektedir (m. 216/2), ayrıca bkz. RENGIER, s. 53.

96 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 211.

97 Bkz. Yargıtay 1. CD, 15.1.2020, 2020/117; 1. CD, 4.3.2014, 2014/1248. Karş. TOROSLU, s. 41. Ayrıca bkz. ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 168.

98 Kavram için bkz. TULAY, s. 679.

99 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TULAY, s. 680.

temel ceza üzerinden TCK m. 39 uyarınca ceza indirimi yapılacaktır. Paylaşılan bu görüşün, fail açısından lehe sonuç doğurduğu önemle vurgulanmalıdır.¹⁰⁰

Yasal düzenleme dikkate alındığında, intihara azmettirmeye şerik olarak katılmanın kabulü bakımından bir engel görünmemektedir.¹⁰¹ Başkasının intiharına yardım bakımından ise, “*herhangi bir şekilde yardım*” şeklinde öngörülen seçimlik hareketin, ikincil derecede önem taşıyan yardım eylemini de tipik hareket içine aldığı düşünülebilir. Ancak kanaatimizce, TCK m. 84/1 hükmünde yer alan hu ibarenin, intihara yönlendirmeye birincil derecede katkı sunan fail bakımından etkili olduğu değerlendirilmeli ve neticeten ikincil derecede katkıda bulunan kişi intihara yönlendirme suçunda yardım eden olarak kabul edilmelidir.¹⁰²

C. İÇTİMA

İntihara yönlendirme suçu, görünüşte içtima kuralları çerçevesinde de tahlil edilmelidir. TCK m. 43/1’de öngörülen zincirleme suç bakımından ilk olarak; intihara yönlendirme suçunun kasten öldürmeden farklı ve bağımsız bir suç türü olduğu ve bu nedenle TCK m. 43/3’te yer alan istisnai durumun bu suçta söz konusu olmadığı söylenmelidir.¹⁰³

İntihara yönlendirme suçunun zincirleme suça elverişliliğini irdelemek gerekir. Çünkü aynı kişinin farklı zamanlarda intihara yönlendirilmesi halinde; failin, amaçlanan durumu, yani ölümün gerçekleşmemesi üzerine bu eylemi tekrarladığı, bu anlamda tek bir hareketin varlığı değerlendirilmelidir.¹⁰⁴ Bu tür bir eylem, bir nev’i hasmını öldürmek için ateş eden ve fakat yaralanarak hastaneye kaldırılması üzerine, hastaneye giderek mağdurun ölümüne sebebiyet veren failin eylemi gibi düşünülmelidir. Anılan olayda, TCK m. 43/1 veya 43/3 dolayısıyla değil, hareketin tekliği gereği tek bir suçtan ceza verilmelidir.¹⁰⁵

Tek bir fiille birden fazla kişinin intihara yönlendirilmesinde ise aynı nev’iden fikri içtima hükmüne başvurulması mümkündür (TCK m. 43/2). Fakat başkalarının intihara alenen teşviki halinde TCK m. 43/2 gereği değil, doğrudan TCK m. 84/3’e dayanılarak tek ceza verilir.¹⁰⁶

100 Sonuç olarak aynı yönde bkz. ERSOY, s. 129; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 179; ayrıca bkz. TULAY, s. 683; karşı. KOCA, s. 38.

101 Aynı yönde ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 168; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 98.

102 Aynı yönde CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 98.

103 CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 99; SINAR, s. 84.

104 Fiilin zincirleme suça elverişli olmadığı; ancak anılan durumda gerçek içtima hükümlerine göre “hareket” sayısınca ceza verilmesi yönünde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 212. İntihara yönlendirme suçunun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesinin, “aynı suç işleme kararı” kapsamında ve haliyle zincirleme suç içinde değerlendirilmesi gerektiği yönünde, ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 168; ERSOY, s. 131; HAFIZOĞULLARI/KETİZMEN, s. 152; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 67; KOCA, s. 39; ÖNTAN, s. 893; ÖZEN, s. 54; SINAR, s. 83. İntihara yönlendirme suçunda zincirleme suça ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğini kabul etmekle birlikte, suçun kasten öldürmeye yaklaşmasından dolayı TCK m. 84’ün de TCK m. 43/3 içerisinde zikredilmesi gerektiği görüşünde CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 99; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 180.

105 Hukuki görüşe dayanak oluşturan örnek olaya ilişkin değerlendirme bakımından karşı. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 158. Öldürme kastıyla vurulan ve fakat hayatta kalan, akabinde takip edilerek öldürülen kişinin faili hakkında, ayrı bir suç kastı söz konusu olduğu için iki farklı suç oluşacağı yönünde TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 199.

106 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 168.

TCK m. 84/3 üzerinde yapılması gereken diğer bir tartışma, intihara alenen teşvik sonrasında, bu söylemden etkilenen bir veya birden fazla kişinin intiharı halinde ayrıca TCK m. 84/2'nin uygulanabilirliği sorunudur. Doktrinde bir görüş, yasal düzenleme gereği TCK m. 84/2'nin sadece m. 84/1 açısından sonuç doğurduğu yönündedir.¹⁰⁷ Buna göre; alenen teşvik sonucu ayrıca ölüm gerçekleşirse, faile yalnızca TCK m. 84/3 uyarınca ceza verilecektir. Doktrinde paylaşılan aksi kanaate göre ise, başkalarını alenen intihara teşvik eden kişinin eylemi sonucunda ölüm gerçekleşirse fail, öngelen tehlikeli hareketin sahibi olarak artık TCK m. 83 gereği ölüm neticesinden sorumlu tutulacaktır.¹⁰⁸ Başka bir görüşe göre, bu durumda TCK m. 84/3 ve TCK m. 84/1-2 hükümleri birlikte gündeme gelecek ve sorun TCK m. 44 çerçevesinde çözümlenecektir.¹⁰⁹ Kanaatimizce, TCK m. 84/3 neticesinde ölüm meydana gelmesi durumunda fail, kanunen ayrı bir düzenleme yapılmadığı için, sadece TCK m. 84/3'ten sorumlu tutulacak, verilecek cezada üst hadde yaklaşılarak hüküm kurulacaktır.¹¹⁰ Ancak TCK m. 84/1 açısından ceza artırımı öngören kanunkoyucunun, benzer bir düzenlemeyi TCK m. 84/3'te de yapması beklenir.¹¹¹

İçtima konusu altında, TCK m. 84/3 ile Basın Kanunu m. 20 arasındaki ilişki de analiz edilmelidir. Basın Kanunu m. 20'ye göre “*Cinsel saldırı, cinayet ve intihar olayları hakkında, haber vermenin sınırlarını aşan ve okuyucuyu bu tür fiillere özendirebilecek nitelikte olan yazı ve resim yayımlayanlar...*” cezalandırılır. İntihara teşvikin basın-yayın organları araç kullanılarak işlenmesi esasen muayyen olmayan sayıda kişi ile teşvik mahiyetinde olacağından, aynı fiile ilişkin iki norm gündeme gelir. Doktrinde bu konuda Basın Kanunu m. 20'yi özel norm olarak kabul eden görüşün yanı sıra¹¹², sonraki kanun olan TCK m. 84/3'ün uygulanması gerektiği kanaati de yer paylaşılmıştır.¹¹³ Diğer bir görüşe göre ise, fail haber verme amacıyla hareket etmiş ve fakat bu hakkın sınırlarını kasten aşmışsa Basın Kanunu m. 20'den, intihara teşvik amacıyla basın-yayın organını araç olarak kullanmışsa TCK m. 84/3'ten sorumluluk doğmalıdır.¹¹⁴ Kanaatimizce, haber verme hakkının sınırı intihara teşvik eden söylemlerle ve kasten aşılmışsa, artık olaya uyan özel norm Basın Kanunu m. 20 değil, tipik hareketi içeren TCK m. 84/3 olacak ve fail bu norm uyarınca sorumlu tutulacaktır.

VI. GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Hukuken tek başına cezalandırılabilir nitelikte olmayan intihar eylemine iştirak eden kişinin cezalandırılması, bağlılık kuralı gereği (TCK m. 40/1) mümkün değildir. Ancak ihlal ettiği hukuki değerler bakımından, başkasını intihara yönlendirme davranışıyla ortaya çıkan haksızlığın cezalandırılması beklenir. Bu amaçla kanunkoyucu, TCK m. 84'ü ihdas etmiştir.

107 ERSOY, s. 114; SINAR, s. 73; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 212.

108 KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 162.

109 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 168.

110 Benzer yönde SINAR, s. 74.

111 Aynı yönde ERSOY, s. 114; ÖNTAN, s. 892.

112 TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 206.

113 ARTUK/GÖKCEN/ALŞAHİN/ÇAKIR, Özel Hükümler, s. 166; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞIZ/TEPE, s. 174; ÖZEN, s. 59.

114 KOCA, s. 32; KOCA/ÜZÜLMEZ, Özel Hükümler, s. 161; SINAR, s. 73; benzer yönde İÇER, s. 329.

İntihara yönlendirme suçunun faili herkes olabilirken, mağduru ancak kusur yeteneği olan kişidir. Şayet mağdur kusur yeteneğini haiz değilse veya olayı algılama ve yönlendirme yeteneğine fail tarafından son verilmişse, artık kasten öldürme suçuna ilişkin değerlendirme yapılır. TCK m. 84/4'ün açık ifadesi karşısında, kusur yeteneği az olan kişiler halen intihara yönlendirme suçunun mağduru olabilir. Bu ihtimalde uygulanacak yaptırımda ceza üst haddine yaklaşılmalıdır.

İntihara yönlendirme suçu seçimlik hareketli suçtur. Failin cezalandırılması bakımından, kanuni tipte yer alan herhangi bir hareketin gerçekleştirilmesi kanaatimizce tek başına yeterli değildir. Eylemin belli bir ağırlıkta olması ve mağdurun en azından intihar girişiminde bulunması gerekir.

İntihara yönlendirme suçunda, kişinin ölümü suçun oluşumu için şart koşulmamıştır. TCK m. 84/2'de yer alan "*intiharın gerçekleşmesi*" tabiri, ölümün gerçekleşmesi olarak kabul edilmelidir. TCK m. 84/2, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç örneğidir. Fakat eylemin belli ağırlıkta olması ve suçun somut tehlike suçu olarak kabul edilmesi karşısında, intiharın neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç olarak öngörülmesi hukuken isabetsizdir. Kanunkoyucudan beklenen, TCK m. 84'te tanımlı suçta "ölüm"ün temel suçun unsuru olarak düzenlenmesidir. Böylelikle failin cezalandırılabilmesi için mağdurun en azından intihar girişiminde bulunması aranacak, ölüm gerçekleşmezse teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

TCK m. 84/1'de tanımlı seçimlik hareketlerden intihara yardım etme, tartışmalı hususlar barındırmaktadır. Bir kere, yardım etme eyleminin teşvik etme ve kararı kuvvetlendirme eylemlerini de içermesi karşısında, her iki kavramın kanun metninde ayrıca yer alması gereksiz olmuştur. Kanunkoyucu, TCK m. 84'te intihara herhangi bir şekilde yardımın cezalandırılacağını öngörmektedir. Bu ifade, mağdurun intihar kararı üzerine failin hareket hakimiyeti ile mağdurun hayatına son vermesinin de TCK m. 84 kapsamında değerlendirileceği şeklinde anlaşılmaya müsaittir. Ancak intiharda etkili davranış üzerindeki hakimiyet failin elindeyse, TCK m. 81'e göre hüküm kurulması gerekir.

İntihara yardım eyleminin garantör kişi tarafından ihmali davranışla gerçekleştirilebileceği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Gereğede yer alan bu kabul ve sınırlamaya yasa metninde yer verilmesi hukuken doğru olanıdır. Diğer yandan, garantörsel ihmali suç özelliği gösterebilen intihara yardım eyleminde, esasen TCK m. 83'te tanımlı tipik hareketin oluştuğuna da dikkat çekmek gerekir. Mağdurun ölüm üzerindeki rızasının ön plana çıkmasından ötürü, anılan durumda artık TCK m. 84'e göre hüküm kurulacaktır.

Mağdurun kendi yaşam hakkı üzerindeki rızasının suçun unsuru olarak öngörüldüğü intihara yönlendirme suçu, Türk Hukukunda ötanazi bakımından da önemli sonuçlar doğurur. TCK m. 84 ve diğer yasal düzenlemeler karşısında kanaatimizce, hastanın ölüm üzerindeki iradesine binaen hayatına son verilmesi halinde şu değerlendirme yapılmalıdır: İcrai bir davranışla hayata son veriliyorsa (*aktif ötanazi*) TCK m. 81, devam eden hekim-hasta (sözleşme) ilişkisi içinde ihmali davranışla yaşama son veriliyorsa (*pasif ötanazi*) TCK m. 84 hükmü uygulanmalıdır.

İntihara yönlendirme suçunda mağdurun rızası suçun unsuru olarak öngörüldüğü için bu irade üzerinde düşülen hata unsur yanlıgsıdır (TCK m. 30/1). Mağdurun ölümü halinde, fail hakkında TCK m. 84 veya TCK m. 81 gündeme gelmeyecek, TCK m. 85'e göre hüküm kurulacaktır.

İntihara yönlendirme suçu nitelik itibariyle teşebbüse elverişli değildir. Özel görünümlü iştirak örneği gösteren suça şerik olarak katılmak, sergilenen davranışın önem ve etkisine göre mümkün görülmelidir. Suç, TCK m. 43/3'teki istisnalar arasında sayılmadığından zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasına müsaittir. Ancak kanaatimizce, yeni bir kastı doğurmadıkça, intihara yönlendirilen kişinin intihar etmemesi üzerine failin yeniden intihara yönlendirme eylemini gerçekleştirdiği durumda tek fiilin varlığını kabul edip faile tek ceza vermek gerekir. Diğer yandan, TCK m. 43/2'nin uygulanması bakımından, –kanaatimizce suçun nitelikli hali olan– TCK m. 84/3'ün şartlarına dikkat edilmelidir. Eylem alenen intihara teşvik ise, artık TCK m. 84/3 hükmü uygulanır.

KAYNAKÇA

- AKBULUT, Berrin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019
- AKCAN ALAN, Esra. Ötanazi, İÜHFMD, Cilt: LXXI, Sayı: 1, 2013, s. 3-26
- AKINCI, Şahin, İrade Muhtariyeti İlkesi ve Şahsiyet Hakları Açısından Ötanazi, Açlık Grevi ve Ölüm Orucu, SÜHFD, Cilt: 6, Sayı: 1-2 (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan), 1998, s. 733-766
- ARTUK, Mehmet Emin, İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme, SÜHFD, Cilt: 4, Sayı: 1-2, 1994, s. 113-142
- ARTUK, Mehmet Emin/YENİDÜNYA, Caner A., Ötanazi, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 107-140
- ARTUK, M.Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M.Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018
- ARTUK, M.Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, M.Emin/ÇAKIR, Kerim, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018
- ATLADI, Barış, Tedaviyi Ret Hakkının Sınırları Açısından Ölme Hakkı, Güncel Hukuk Dergisi, Şubat 2008, s. 38-40
- BESİRİ, Arzu, Ötanazi ve Yaşam Hakkı, TBBD, Cilt: 22, Sayı: 86, 2009, s. 188-203
- Boehme-Neßle, Volker, Das Grundrecht auf Suizid, NVwZ 2020, s. 1012-1015
- CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Cilt: I, 4. Bası, İstanbul 2017
- DEMİRBAŞ, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2020
- DOĞAN, Koray, Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ankara 2011
- DUTTGE, Gunnar, Sterbehilfe im Deutschen Recht, ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 181-212
- EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012
- ERBAŞ, Rahime, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmal Suçlarda Garantörlük, İstanbul 2019
- EREM, Faruk, Ceza Hukukunda İntihar, Yargıtay Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 4, 1990, s. 490-502
- ERSOY, Uğur, İntihara Yönlendirme Suçu, TBBD, Cilt: 31, Sayı: 136, 2018, s. 75-140
- FEYZİOĞLU, Metin, Açlık Grevi, AÜHFD, Cilt: 43, Sayı: 1, 1993, s. 157-168
- FISCHER, Thomas, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., München 2019

- HAFIZOĞULLARI, Zeki/KETİZMEN, Muammer, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Hayata Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 1, 2008, s. 143-154
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 6. Baskı, Ankara 2017
- HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2019
- HAKERİ, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003
- HAKERİ, Hakan/YAĞMUR, Fatih/AKKAYA, Harun/ÜNAL, Esra/SARI, Seyfullah/ERDEM, Feyzullah/DURMUŞ, Berna/BULUĞ, Ufuk, İkili İntihar Girişimi Durumunda Birinin Hayatta Kaldığı Olgularda Yasal Süreç, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 100, 2014, s. 35-38
- İÇER, Zafer, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), SÜHFD, Cilt: 28, Sayı: 1, 2020, s. 295-347
- KOCA, Mahmut, İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84), CHD, Cilt: 5, Sayı: 12, 2010, s. 19-40
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2020
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2018
- Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., München 2017, (*MüKoStGB/SCHNEIDER*)
- Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch (Kindhauser/Neumann/Paeffgen), 5. Aufl., Baden-Baden 2017 (*NK-StGB/NEUMANN/SALIGER*)
- ODER, Bertil Emrah, Hak ve Özgürlükler Temelinde Ötanazi: Anayasa Hukuku Bakımından Bir Değerlendirme, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 23
- ÖMEROĞLU, Ömer, Ötanazi, TBBD, Cilt: 5, Sayı: 2, 1993, s. 187-205
- ÖNTAN, Yaprak, İntihara Yönlendirme Suçları, Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt: II, Ankara 2015, s. 845-898
- ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı Ankara 2018
- ÖZEN, Muharrem/EKİCİ ŞAHİN, Meral, Ötanazi, Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 4, 2010, s. 15-36
- ÖZEN, Mustafa, İntihara Yönlendirme Suçu, CHD, Cilt: 6, Sayı: 16, 2011
- ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Ankara 2018
- RENGIER, Rudolf, Strafrecht Besonderer Teil II, 12. Aufl., München 2011
- ROXIN, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, München 2003
- ROXIN, Claus, Die Sterbehilfe im Spannungsfeld von Suizidteilnahme, erlaubtem Behandlungsabbruch und Tötung auf Verlangen, NSTZ 1987, s. 345-350
- SINAR, Hasan, İntihara Yönlendirme, Özel Ceza Hukuku, Cilt: II, Kişilere Karşı Suçlar (1), İstanbul, 2017
- SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018
- Strafgesetzbuch Kommentar (Schönke/Schröder), 30. Aufl., München 2019 (*S/S-ESER/STERNBERG-LIEBEN*)
- Strafgesetzbuch Kommentar (Lackner/Kühl), 29. Aufl., München 2018 (*LACKNER/KÜHL/KÜHL*)
- TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/ÖNOK, R.Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara, 2019
- TOROSLU, Nevzat, Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018
- TULAY, M.Emre, Suç Örgütüne Yardım Etme Suçunun Özel Görünümlü İştirak Olarak Kabul Edilmesi, Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Ankara 2018, s. 673-686
- TÜRAY, Aras, İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı, Cilt: XVII, (Özel Sayı), 2020, s. 115-154
- YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN, Gottfried, Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015

ÜNVER, Yener, Türk Ceza Hukuku Açısından Ötanazi, Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötanazi (Derleyen: Prof. Dr. Nur CENTEL), İstanbul 2011, s. 27-69

WESSELS, Johannes/HETTINGER, Micheal, Strafrecht Besonderer Teil 1, 39. Aufl., Heidelberg 2015

YILMAZ, Ş. Berfin Işık, Ötanazi, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 68, 2012, s. 51-59

ZAFER, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2019

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Yapısının ve Yargıçlarının Atanma Usulünün Yüksek Mahkeme Kararları Üzerindeki Etkileri: Yargıç Anthony Kennedy'nin Belirleyici Oya Sahip Olduğu Seçilmiş Çarpıcı Davalar Işığında Gözlem ve Değerlendirmeler

Impact of the Structure of the U.S. Supreme Court and Appointment Procedure of the Justices on the Decisions Rendered: Observations and Considerations in the light of Selected Landmark Cases with Justice Anthony Kennedy having the Swing Vote

Türker ERTAŞ* 

Öz

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeleri, Başkan tarafından aday gösterilmekte ve Senato'nun onayı üzerine atanmaktadır. Yüksek Mahkeme, kendi rızaları ile çekilmedikten veya emekli olmadıktan sonra yaşam boyu görev yapan dokuz üyeden meydana gelmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu yapısı göz önüne alındığında bilhassa Senato'nun ekseriyetinin desteğine sahip bir Başkanın kendi ideolojik ve felsefi görüşüne yakın bir yargıcı Yüksek Mahkeme üyeliği için aday olarak belirlenmesine çok sık rastlanılmaktadır. Cumhuriyetçi başkanlar ile Demokrat başkanların aday gösterip atadığı yargıçların profilleri üzerinden ortaya çıkan Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki muhafazakâr-liberal yargıç ayrımı bilhassa eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin davalarda daha da belirginleşmektedir. Nitekim bu tip davalara ilişkin kararlarda muhafazakâr ve liberal yargıçlar blok olarak aynı safta yer almaktadır. Bu hususta Cumhuriyetçi Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilmesine ve görece muhafazakâr kimliği ile tanınmasına rağmen Anthony Kennedy eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılığa ilişkin konuları ihtiva eden davalarda liberal yargıçların yanında yer alarak Yüksek Mahkeme'nin önemli kararlara imza atmasına vesile olmuştur. Merkez yargıç Anthony Kennedy'nin beklenmedik emekliliği ise Yüksek Mahkeme'deki Yüksek Mahkeme'nin merkez yargıcını kaybetmesi sonucunu doğurarak Mahkeme'deki muhafazakâr-liberal yargıç dengesini değiştirmiştir. Hatta yakın tarihte Yüksek Yargıç Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ve yerine Amy Coney Barrett'in atanması ile Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde sadece üç liberal Yüksek yargıç kalmıştır. Bununla birlikte Anthony Kennedy'nin belirleyici oya sahip olduğu eşcinsel evlilik, kürtaj, idam ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin Yüksek Mahkeme kararları Amerikan anayasal düzeni ve Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi'nin kapsamı açısından dönüm noktası niteliğinde olmuştur. Yine Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığının yansımaları olan bu davalar Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıç-muhafazakâr yargıç yelpazesinin ve merkez yargıç profilinin gözler önüne serilmesi açısından da önem taşımaktadır.

* Arş. Gör. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, turker.ertas@deu.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Amerikan Yüksek Mahkemesi, Amerikan Senatosu, Liberal Yargıç, Muhafazakâr Yargıç, Merkez/Medyan Yargıç, Belirleyici Oy, Anthony Kennedy, Donald Trump

Abstract

Members of the Supreme Court of the United are nominated by the President of the United States and appointed upon the conformation of the Senate. The U.S. Supreme Court consists of nine members who are appointed for life unless they resign or retire. Taking structural considerations into account, it is quite common for a U.S. president who has the support of the majority of the Senate to be inclined to nominate a justice who has similar ideological and philosophical beliefs to her/him. The conservative-liberal divide among the Supreme Court justices is result of their profiles as they are nominated and appointed either by a Republican president or a Democratic president respectively and becomes evident when cases regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action are decided. Conservative and liberal justices at the Supreme Court side as a bloc in decisions belonging to this type of cases. Although nominated by the Republican President Ronald Reagan and known for his relatively conservative profile, Anthony Kennedy sided not with conservative justices but rather with those belonging to the liberal wing of the Supreme Court in cases regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action as he had the swing vote. Thus, he caused such cases to lead to landmark decisions in this regard. The sudden retirement of Anthony Kennedy shifted the conservative-liberal balance within the Court. Recently, the death of the Supreme Court Justice Ruth Bader Ginsburg and the appointment of Amy Barrett Coney as her successor has left only three liberal justices at the Court. Nevertheless, the Supreme Court decisions regarding same-sex marriage, abortion, capital punishment and affirmative action with Justice Anthony Kennedy, who represented the swing vote, has become the landmark cases as to American constitutional order and the scope of the U.S. Bill of Rights. Additionally, these cases reflect the median profile of Anthony Kennedy have great importance as to exposing the political spectrum represented by liberal-conservative justices as well as the one median justice at the Court.

Keywords: Supreme Court of the United States, the U.S. Senate, Liberal Justice, Conservative Justice, Median Justice, Anthony Kennedy, Swing Vote, Donald Trump

GİRİŞ

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin o dönem görevini sürdürmekte olan dokuz yargıcı arasında en uzun süredir görev yapan üyesi Anthony Kennedy, Amerikan Başkanı Donald Trump'a hitaben kaleme aldığı 27 Haziran 2018 tarihli dilekçesinde 31 Temmuz 2018 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere emekli olduğunu veya Yüksek Mahkeme üyeliğinden çekildiğini belirtmiştir¹. Bunun üzerine Başkan Trump, Yargıç Kennedy'nin görevden ayrılması ile boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için 9 Temmuz 2018 tarihinde District of Columbia Temyiz Mahkemesi Yargıcı Brett Kavanaugh'u aday göstermiştir². Amerikan Senatosu Yargıç Kavanaugh'un adaylığını 6 Ekim 2018 tarihinde 48'e

1 Anthony Kennedy'nin emeklilik/görevden ayrılma dilekçesi için bkz. https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/Letter_to_the_President_June27.pdf, (19.11.2018). Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçları on sene görev yapmış olmak kaydıyla 70 yaşından itibaren, on beş sene göre yapmış olmak kaydıyla ise 65 yaşından itibaren emekli olarak görevde iken aldıkları en yüksek maaşlarını almaya devam etme hakkına sahip olmaktadır. Bununla birlikte bu husus emeklilik veya görevden ayrılma akabindeki maaş açısından özellik arz etmekte olup Yüksek Mahkeme yargıçları diledikleri zaman görevlerinden ayrılabilirler. Bkz. Robert Longley, "US Supreme Court Retirement Benefits", **Thought.co**, 4 February 2020, <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>, (19.10.2020).

2 Bkz. Mark Landler and Maggie Haberman, "Brett Kavanaugh is Trump's Pick for Supreme Court", **The New York Times**, 9 July 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/09/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html> (19.11.2018).

karşı 50 oy ile onaylamış ve Brett Kavanaugh, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 114. üyesi olarak görevine başlamıştır³. Yargıç Kennedy, Cumhuriyetçi Parti mensubu olan Başkan Ronald Reagan tarafından atanmasına ve görece muhafazakâr kimliği ile anılmasına rağmen birtakım kritik davalarda Demokrat başkanlar tarafından atanan ve liberal kimlikleri ile ön plana çıkan yargıçlarla aynı safta yer almış ve belirleyici oyun sahibi olmuştur. Yargıç Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki görevinden ayrılması Yüksek Mahkeme'nin toplumsal ve siyasi açıdan ihtilaflı olan davalarda liberal tutumu ile bilinen merkez yargıcını kaybetmesi sonucunu doğurmuştur. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin kürtajdan eşcinsel evliliklere, idam cezasından pozitif ayrımcılığa kadar son dönemde benimsediği içtihatlarında Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları etkili olmuştur⁴.

Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan Ruth Bader Ginsburg'ün Eylül ayında vefat etmesi ve Ginsburg'ün vefatı ile boşalan üyelğe Başkanlık Seçimleri öncesinde muhafazakâr felsefi görüşü ile bilinen Amy Coney Barrett'in atanması ile Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr yargıç sayısı altıya yükselmiştir. Bu husus pek tabii ki Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konulardaki içtihadını değiştirme ihtimalini güçlendirmiştir. Bununla birlikte aşağıda da değineceğimiz üzere esasen muhafazakâr felsefi görüşü ile bilinen Baş Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin bahsettiğimiz konulara ilişkin son dönemde benimsediği içtihatları *stare decisis* ilkesi gereğince destekleme eğilimi söz konusudur. Bu açıdan Yüksek Mahkeme'nin liberal-muhafazakâr yelpazesinin günümüzde 3⁵-1⁶-5⁷ şeklinde olduğunu ve Anthony Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme'nin yukarıda belirtilen konulara ilişkin içtihadını güncel olarak da etkileyebilecek nitelikte olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim Baş Yargıç Roberts'ın *stare decisis* ilkesini gerekçe göstererek esasen karşı oy kullandığı Yüksek Mahkeme'nin son dönem içtihatlarını devam ettirme eğiliminde olması durumunda Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme'nin ilgili içtihatlarına etkisi günümüzde de devam edecektir. Başka bir ifadeyle Anthony Kennedy emekli olmasa idi Ruth Bader Ginsburg'ün vefatının Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin son dönem benimsediği liberal karakterli içtihatları etkileme potansiyeli çok daha az olurdu. Yine 2020 Başkanlık Seçimleri'ni Joe Biden'ın kazanması karşısında Biden'ın başkanlık dönemi içerisinde Yüksek Mahkeme yargıcı atama ihtimali bulunmaktadır. Bu husus Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç dağılımına etki edecek niteliğe sahiptir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadı ile aynı safta yer alarak belirleyici oyuyla alınmış eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin kararlar günümüzde geçerliliğini korumaktadır.

Çalışma esas olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısı, üyelerinin atanma usulü, üye belirlenme sürecinin kurumsal ve anayasal yansımaları ile Anthony Kennedy'nin belirleyici oya sahip olduğu ve halen güncelliğini koruyan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularındaki

3 Bkz. Sheryl Gay Stolberg, "Kavanaugh is Sworn in After Close Confirmation Vote in Senate", **The New York Times**, 6 October 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html>, (19.11.2018).

4 Bkz. Dylan Matthews, "America under Brett Kavanaugh", **Vox**, 5 October 2018, <https://www.vox.com/2018/7/11/17555974/brett-kavanaugh-anthony-kennedy-supreme-court-transform>, (19.11.2018).

5 Sonia Sotomayor, Elena Kagan, Stephen Breyer

6 John Roberts

7 Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh, Amy Coney Barrett

seçilmiş davaların ışığında Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç bloğunun ve dönemseller olarak ortaya çıkabilen merkez/medyan yargıç profiline ilişkinir. Nitekim ekseriyeti liberal yargıçlardan oluşan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi ile muhafazakâr yargıçlardan oluşan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli olan benzer meselelere ilişkin farklı içtihatlar benimseyebilir. Çalışma aynı zamanda bu hususun gözler önüne serilmesini amaçlamaktadır. Yine aşağıda da belirteceğimiz üzere Richard Nixon döneminden beri liberal yargıçların çoğunlukta olmadığı Amerikan Yüksek Mahkemesi yakın tarihte eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin liberal karakteri haiz kararlara imza atmıştır. Amerikan anayasal düzeni açısından milat niteliğinde olan ilgili içtihatlar varlıklarını Anthony Kennedy'ye, daha doğrusu onun belirleyici oylarına borçludur. Bu bağlamda çalışma Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli ve ideolojik boyutu olan konulara ilişkin son dönemde almış olduğu kararlarda Anthony Kennedy'nin rolünü ve önemini ortaya koymayı da amaçlamaktadır. Yine Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Yüksek Mahkeme'nin oluşumunda meydana gelen gelişmeler ve bunun anayasal sonuçları da çalışmada ele alınacaktır.

I. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAPISI VE YÜKSEK MAHKEME YARGIÇLARININ BELİRLENME SÜRECİNİN POLİTİK NİTELİĞİ

A. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NİN YAPISI VE ANAYASAL DÜZEN İÇERİSİNDEKİ KONUMU

1. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Yapısı ve Yüksek Mahkeme Yargıçlarının Atanma Usulü

Amerikan federal yargı sisteminin en üst basamağında bulunan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin varlığı, anayasal düzeyde güvence altına alınmıştır. Nitekim Amerika Birleşik Devletleri'nin günümüzde yürürlükte olan 1787 Anayasası'nın III. maddesinin 1. bölümü, "*Birleşik Devletlerin yargı yetkisi Yüksek Mahkeme'ye ve Kongre'nin muhtelif zamanlarda kuracağı ve atayacağı alt derece mahkemelerine verilmiştir*"⁸. ifadesine yer vermektedir⁹. Nitekim bu hüküm uyarınca Amerikan Kongresi¹⁰, kanunlar aracılığıyla federal mahkemeler ve bölgesel düzeyde temyiz mahkemeleri kurabilir¹¹. Bununla birlikte az önce de belirttiğimiz gibi Amerikan Yüksek Mahkemesi ise anayasal düzeyde bir statüyü haizdir. Başka bir ifadeyle Amerikan Anayasası bir Yüksek Mahkeme'nin varlığını

8 Yazar çalışmada belirtilen Amerikan Anayasası'nın ilgili hükümlerinin, Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarının ve mevzuat hükümlerinin çevirisini bizzat kendisi yapmıştır.

9 Hemen belirtelim 1787 Amerikan Anayasası 4 Mart 1789 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Amerikan Anayasası'nın tam metni için bkz. U.S. Constitution, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (23.01.2019).

10 Amerikan Kongresi, üst kanat olarak bilinen Senato ile alt kanat olarak bilinen Temsilciler Meclisi'nden oluşmaktadır. Kongre nezdinde eyaletlerin temsil edildiği Senato'nun 100 üyesi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle her eyaletin 2 senatörü vardır. Amerikan halkının temsil edildiği Temsilciler Meclisi'nin ise 435 üyesi vardır. Temsilci sayıları eyaletlerin nüfuslarına göre ve yine eyalet bazında belirlenir. Örneğin yaklaşık 700 bin ikamet edeni bulunan Alaska'nın 1, 40 milyon yaşayarı bulunan Kaliforniya'nın 53 temsilcisi vardır.

11 Jenny S. Martinez, "Horizontal Structure" *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012, s. 568.

zorunlu kılmakla birlikte daha düşük seviyedeki federal mahkemelerin kurulması konusunda Kongre'ye bir takdir yetkisi bırakmıştır¹².

ABD'de Yüksek Mahkeme yargıçları da dâhil olmak üzere federal yargıçlar Amerikan Başkanı'nın önerisi ve Amerikan Kongresi'nin üst kanadı olan Senato'nun onayı ile atanmaktadır¹³. Amerikan Anayasası'nın II. maddesinin 2. bölümünün ikinci fıkrası "*Başkan... Yüksek Mahkeme yargıçları ile işbu Anayasa tarafından öngörülmemeyen, kanunlarla kurulacak Birleşik Devletler makamları için bütün görevlileri önerir ve Senato'nun tavsiye ve onayı ile bunların atamalarını yapar.*" hükmünü içermektedir. Görüldüğü üzere Amerikan Anayasası, Yüksek Mahkeme yargıçlarının nitelikleri üzerinde herhangi bir koşul öngörmemekte olup bir kişinin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne atanması için gerekli olan şart başkan tarafından aday gösterilerek Senato'daki çoğunluk oyu tarafından onaylanmaktadır¹⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin dokuz üyesi bulunmaktadır. Amerikan Anayasası, Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısı ile ilgili herhangi bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme üye sayısı Kongre tarafından belirlenebilir. Bununla birlikte bu sayıya 1870'ten beri dokunulmamıştır¹⁵. Nitekim Kongre 1869 senesinde çıkardığı *Judiciary Act of 1869*¹⁶'ın 1. bölümünde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bir baş yargıç ve sekiz üyeden meydana geleceğini hükme bağlamıştır¹⁷. Amerikan Yüksek Mahkeme yargıçları iyi halleri devam ettiği sürece yaşam

12 Mark Tushnet, **The Constitution of the United States of America**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015, s. 121; Louis Fisher ve Katy J. Harriger, **American Constitutional Law**, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016, s. 110; Nitekim Amerikan Kongresi 1789 yılında kabul edilen *First Judiciary Act* ile Yüksek Mahkeme'den daha düşük seviyedeki federal mahkemeleri oluşturmuştur. Tushnet, s. 121.

13 Aalt Willem Heringa, **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 5th Edition, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2019, s. 248; Tushnet, s. 125; Fisher ve Harriger, s. 117; Martinez, s. 568.

14 Vicki C. Jackson ve Mark Tushnet, **Comparative Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press, New York, 2006, s. 501. Amerikan Senatosu anayasal düzlemde sahip olduğu federal yargıçların atanması konusunda Amerikan başkanına tavsiye verme yetkisini resmî olarak kullanmamakta, bununla birlikte yaygın olarak resmî olmayan yollardan başkana tavsiyede bulunabilmektedir. Tushnet, s. 215.

15 Jackson ve Tushnet, s. 501. Bununla birlikte 19. yüzyıl boyunca Yüksek Mahkeme yargıçlarının sayısında bir dalgalanma yaşandığını söylersek yanlış yapmış olmayız. Bunun sebebi Yüksek Mahkeme'den bir alt seviyedeki temyiz mahkemelerinin (U.S. Court of Appeals) her birinin yargı yetkilerini kapsayan yeni çevrelerin (circuit) oluşturulmasıdır. Nitekim yeni bir yargısal çevrenin oluşturulmasını müteakip 1807 senesinde Yüksek Mahkeme'ye yedinci üye eklenmiştir. Birleşik Devletler'in topraklarını Pasifik'e doğru genişletmesinin yansımalarından birisi olarak 1837 senesinde Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı dokuzaya yükseltilmiştir. Amerikan Federal Yargı Sistemi'ne Pacific Circuit'in eklenmesiyle birlikte Yüksek Mahkeme'nin üye sayısı on olmuştur Üç sene sonra ise Kongre Yüksek Mahkeme üye sayısını yediye düşürmüştü ancak hâlihazırda görev yapan yargıçların sayısı hiçbir zaman sekize düşmemiştir. Fisher ve Harriger, s. 111.

16 Bu kanun Circuit Judges Act of 1869 olarak da bilinmektedir.

17 İlgili hüküm için bkz. <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=016/llsl016.db&recNum=79>, (30.01.2019). *Judiciary Act of 1789*, bir baş yargıç ve beş üye yargıçtan oluşan bir Yüksek Mahkeme öngörmüştür. İlgili Kanun Birleşik Devletleri, her birine bir federal yargıç gelecek şekilde on üç bölgeye (districts) ve temyiz davalarına bakmakla görevli olan doğu, orta ve güney şeklinde üç adet çevreye (circuit) ayırmıştır. Bu belirtilen çevrelerde örgütlenmiş mahkemeler (circuit courts) her bir bölgede senede iki kez toplanmaktaydı ve Yüksek Mahkeme'de görev yapan iki yargıç ve ilgili çevreden bir bölge yargıcından oluşmaktaydı. Üç çevreye altı Yüksek Mahkeme yargıcının düşmesi sonucunda her bir Yüksek Mahkeme yargıcı, çevresi içerisinde seyahat ederek temyiz başvurularına bakmakta ve tabiri caizse bir çevreyi gezmekteydi. 1793 senesinde Kongre, her bir çevrede iki yerine bir Yüksek Mahkeme yargıcının görev almasını içeren değişikliği kabul etti. Buna göre artık her bir Yüksek Mahkeme yargıcı sorumlu olduğu çevresini senede bir kez ziyaret edecekti. Judiciary Act of 1801 ise ülkeyi altı çevreye böldü ve on altı adet çevre yargıcı (circuit judge) oluşturarak Yüksek Mahkeme yargıçlarının çevreleri gezmesi usulüne son verdi. Fisher ve Harriger, s. 110-111.

boyu görev yaparlar ve sadece *impeachment* (suçlandırma) usulü ile görevlerinden alınabilirler¹⁸. Bu hususta Yüksek Mahkeme üyelerini suçlandırma yetkisi Temsilciler Meclisi'nde, suçlandırma üzerine yargılama ve suçlu bulma yetkisi ise Senato'dadır¹⁹. Günümüze değin *impeachment* aracılığıyla hiçbir Yüksek Mahkeme yargıcının görevine son verilmemiştir²⁰.

2. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Belirlenme Süreci

Yukarıda da belirttiğimiz üzere Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçları, başkanın önerisi ve Senato'nun onayı üzerine atanmaktadır. Yine ilgili Anayasa hükmünden anlaşılacağı üzere yargıcın atamasını yapan kişi de başkandır. Bununla birlikte atanma sürecinin tamamlanması için başkanın teklif ederek atanması yönünde irade gösterdiği kişinin Senato tarafından onaylanması zorunludur. Başkanın önerdiği adayların Senato tarafından onaylanması hususunda anayasal düzeyde kayda değer herhangi bir zorunluluk veya şart bulunmamaktadır²¹.

Amerikan yürütme organının Yüksek Mahkeme yargıçları ve diğer federal yargıçların atanmasında aday belirleme süreci Adalet Bakanlığı ve Başkanın İdare Ofisi tarafından birlikte idare edilmektedir²². Bu durum ise mahiyeti gereği bir iş bölümünü de beraberinde getirmekte olup Adalet Bakanlığı adayların hukuki felsefeleri de dâhil olmak üzere yeterliliğine odaklanırken Beyaz Saray ise atamanın politik boyutlarını ve sonuçlarını ele almaktadır²³. Bu hususta Amerikan başkanının belirli hukuki felsefelere sahip yargıçların atanmasının politik bir fayda sağlayacağını düşünmesi durumunda bu iki birimin koordineli çalışması pek de uzak bir ihtimal değildir²⁴.

Amerikan Barolar Birliği (*American Bar Association*), federal yargıçların ve Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının aday belirleme ve atanma sürecine müdahil olmaktadır²⁵. Amerikan Barolar Birliği, üyeliği gönüllülük esasına dayanan ve millî düzeyde avukatların temsil edildiği en üst düzey

18 Heringa, s. 248; Tushnet, s. 139; Jackson ve Tushnet, s. 501; Martinez, s. 568. Aslında bu husus tüm federal yargıçlar için geçerlidir. Nitekim Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 1. bölümü uyarınca “*Yüksek Mahkeme ve alt derece mahkeme yargıçları iyi halleri sürdüğü sürece görevde kalır...*” Yine Anayasa'nın II. maddesinin 4. bölümü uyarınca, “*Başkan, Başkan Yardımcısı ve Birleşik Devletler'in tüm kamu görevlileri vatana ihanet, rüşvet, diğer ağır suçlar ve görevi kötüye kullanmakla suçlandırılır ve mahkûm olurlarsa görevlerine son verilir.*”

19 Amerikan Anayasası'nın I. maddesinin 2. bölümünün beşinci fıkrası uyarınca “*Temsilciler Meclisi, ... suçlandırma (impeachment) yetkisini elinde bulundurur.*” Anayasa'nın I. maddesinin 3. bölümünün altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca ise: “*Senato, yapılan tüm suçlandırmaları (impeachments) yargılama yetkisini haizdir. Bu amaçla toplandıklarında senatörler yemin ederler ya da yemin yerine geçen beyanda bulunurlar. Amerika Birleşik Devletler Başkanı yargılandığında, Yüksek Mahkeme Başkanı oturuma başkanlık eder ve hiç kimse mevcut senatörlerin üçte ikisinin oyu olmaksızın suçlu bulunamaz. Suçlandırma (impeachment) yargılamalarındaki karar; görevden alma ile Birleşik Devletler nezdinde güven, itibar ve kazanç gerektiren, gönüllü veya ücretli bir görevden men etmekten öteye gidemez. Bununla birlikte hüküm giyen tarafın iddianameye, davaya, yargılamaya ve cezaya maruz kalması kanun uyarınca söz konusu olabilir.*”

20 Jackson ve Tushnet, s. 501.

21 Henry Paul Monaghan, “The Confirmation Process: Law or Politics?”, *Harvard Law Review*, Vol. 101, No. 6, April 1988, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/785/, (24.01.2020), s. 1203.

22 Tushnet, s. 125.

23 Tushnet, s. 125-126.

24 Tushnet, s. 126.

25 Tushnet, s. 126; Fisher ve Harriger, s. 117.

meslek kuruluşudur²⁶. Amerikan başkanının Yüksek Mahkeme üyeliği için belirlediği aday Senato'ya sunulmadan önce mesleki yeterlilik açısından Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmesine tabi tutulmaktadır²⁷. Bu hususta Amerikan Barolar Birliği, başkan tarafından önerilen federal yargıç adayına *well qualified* (nitelikli), *qualified* (yeterli) ya da *not qualified* (yeterli değil) notlarından birisini vermektedir²⁸.

20. yüzyılın son dönemlerinde Cumhuriyetçi başkanlar Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıçların atanma sürecindeki rolünü sorgulamaya başlamışlardır. Bu hoşnutsuzluğun altında yatan sebep olarak Amerikan Barolar Birliği üyeliğinin gittikçe liberal bir hüviyete bürünmesi, Amerikan Barolar Birliği'nin yaptığı değerlendirmelerin de liyakatten ziyade üyelerin siyasi görüşüne dayanması gösterilmiştir²⁹. Hatta 2001 senesinde Başkan George W. Bush idaresindeki Beyaz Saray, yargıç adayları hakkında Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmesine artık başvurulmayacağını açıklamıştır³⁰. Barack Obama döneminde ise Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıç adayları üzerindeki değerlendirme yapma ve not verme uygulamasına geri dönmüştür³¹. Nitekim Başkan Obama 2009 senesinde federal yargıç adaylarını Senato'ya sunmadan önce Amerikan Barolar Birliği'ne gönderme kararı almıştır³². Donald Trump da George W. Bush gibi Amerikan Barolar Birliği'nin bu resmî işlevine son vermiş ancak Trump döneminde de federal yargıç adayları hakkında Amerikan Barolar Birliği not vermeye devam etmiştir³³. Amerikan Barolar Birliği bu değerlendirmesini ve not verme işlemini, bünyesindeki Federal Yargı Komitesi tarafından yapmaktadır. Yine belirttiğimiz üzere Amerikan Barolar Birliği federal yargıç adayı ile ilgili değerlendirmesini yaparken adayın mesleki yeterliliklerine odaklanmakta olup ideolojisini, felsefi düşüncesini veya siyasi görüşünü dikkate almamaktadır³⁴.

26 Tushnet, s. 126.

27 Tushnet, s. 126. Amerikan Barolar Birliği'nin federal yargıç atanma sürecindeki bu resmi rolü 20. yüzyılın ortalarından itibaren başlamıştır. Tushnet, s. 126. Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin Başkan Truman döneminde yargıç adaylarının mesleki niteliklerini değerlendirmek üzere özel bir komite kurması aynı zamanda atama sürecindeki etkisinin de artmasına sebep olmuştur. Fisher ve Harriger, s. 117.

28 Bkz. Ratings, ABA, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (14.02.2020). Burada *qualified* notu Amerikan Barolar Birliği'nin ilgili federal yargı makamı için adayı yeterli gördüğü ve asgari standartları taşıdığı anlamına gelmektedir. *Not qualified* ise ilgili federal yargı makamı için adayın Amerikan Barolar Birliği tarafından yetersiz bulunduğu demektir. *Well-qualified* notu ise ilgili federal yargı makamı için adayın mesleki birikim ve yeterlik açısından yeterliliğinin üst seviyede olduğu anlamına gelmektedir. Bkz. Susan Navarro Smelcer ve diğerleri, "Bias and the Bar: Evaluating the ABA Ratings of Federal Judicial Nominees", *Political Research Quarterly*, Vol. 65(4), https://www.researchgate.net/publication/228263130_Bias_and_the_Bar_Evaluating_the_ABA_Ratings_of_Federal_Judicial_Nominees, (24.11.2020), s. 828.

29 Tushnet, s. 126.

30 Fisher ve Harriger, s. 117. Bununla birlikte Senato Yargı Komitesi bu dönemde de Amerikan Barolar Birliği'nin değerlendirmelerini dikkate almıştır. Fisher ve Harriger, s. 117.

31 Tushnet, s. 126.

32 Fisher ve Harriger, s. 117.

33 Söz gelimi Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan Yüksek Mahkeme yargıçları Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'a Amerikan Barolar Birliği tarafından nitelikli (*well-qualified*) notu verilmiştir. Gerek Neil Gorsuch gerekse Brett Kavanaugh Amerikan Barolar Birliği Federal Yargı Komitesi tarafından oybirliği ile nitelikli bulunmuştur. Bkz. Ratings of Article III and Article IV Judicial Nominees, American Bar Association, Federal Judiciary, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (19.10.2020).

34 Nitekim Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan üç Yüksek Mahkeme yargıcı da Amerikan Barolar Birliği

B. AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ YARGIÇLARININ BELİRLENME SÜRECİNİN SİYASİ NİTELİĞİ

1. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Atanma Usulünün Siyasi Niteliğinin Anayasal ve Siyasal Temelleri ile Yüksek Mahkeme Üzerindeki Yansımaları

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin atanma sürecinin siyasi niteliği haiz olmasının gerek anayasal/hukuki gerekse siyasi temelleri vardır. Bu hususta bahsetmek istediğimiz ilk etmen Yüksek Mahkeme'nin yargı yetkisi ve anayasa mahkemesi sıfatıyla baktığı davaların niteliğidir. Amerikan Anayasası uyarınca Amerikan Yüksek Mahkemesi ilk derece mahkemesi ve son derece temyiz mahkemesi sıfatlarıyla davalara bakabilmektedir³⁵. Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 2. bölümünün ikinci fıkrası hükmü şu şekildedir:

“Büyükelçileri, diplomatik temsilcileri ve konsolosları ilgilendiren ve bir eyaletin taraf olduğu bütün davalarda Yüksek Mahkeme ilk derece yargı yetkisine sahiptir. Belirtilenler dışında kalan bütün davalarda Yüksek Mahkeme, Kongre'nin belirleyeceği istisnalar ve kurallar kapsamında hem hukuk hem de vakıya ilişkin temyiz yetkisine sahip olacaktır.”

Amerikan Anayasası'nın III. maddesinin 2. bölümünde belirtilen ilk derece mahkemesi ve son derece temyiz mahkemesi sıfatıyla baktığı davalar dışında *writ of certiorari* usulü altında baktığı bir dava türü daha vardır. Kaynağı Amerikan Anayasası değil de bir common law uygulaması olan bu usulde kendisine yapılan başvuruyu kabul etmede Yüksek Mahkeme tam bir takdir yetkisine sahiptir³⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi, 1803 tarihli *Marbury v. Madison* kararından başlayarak Anayasa'daki *üstünlük ibaresine (supremacy clause)* dayanarak kanunların ve başkanlık emirleri gibi yönetsel işlemlerin anayasaya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır³⁷. Anayasaya uygunluk denetimi yapma

tarafından nitelikli notu almıştır. Yine Trump'ın başkanlık döneminde federal yargı mercileri için yapmış olduğu adayların %68,8'inde Amerikan Barolar Birliği nitelikli oyunu vermiştir. Beth A. Williams, “National Review Op-Ed: The Myth Of The Unqualified Trump Judge”, *The United States Department of Justice*, <https://www.justice.gov/opa/blog/national-review-op-ed-myth-unqualified-trump-judge>, (24.11.2020).

35 Amerikan federal yargı sistemi üç aşamalıdır. İlk aşamada ilk derece federal mahkemeler olan bölge mahkemeleri (district court) olup bu mahkemelerin yargı yetkisi kendi bölgeleri ile sınırlıdır. Bu bağlamda ülke 94 bölgeye ayrılmıştır ve bu hususun bir yansıması olarak 94 tane bölge mahkemesi bulunmaktadır. Kaliforniya, Teksas gibi nüfusu büyük eyaletlerde birden fazla bölge ve bunun sonucunda bölge mahkemesi olabilmektedir. İkinci aşamada prensip olarak bölge mahkemelerinin kararlarına karşı başvuru federal temyiz mahkemeleri bulunmaktadır. Federal temyiz mahkemeleri bölgelerin birleşimden oluşan çevreler (circuit) bazında örgütlenmişlerdir. District of Columbia Çevresi de dâhil olmak üzere ülke 12 çevreye bölünmüş olup federal temyiz mahkemelerinin her biri bu çevre nezdindeki federal davalara bakar. Çevreler genelde birden çok eyaletin birleşiminden oluşur. Söz gelimi 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi (*The United States Court of Appeals for the Fifth Circuit*) New Orleans'tadır ve Teksas, Louisiana ve Mississippi eyaletleri bu mahkemenin yargı yetkisi içerisindedir. Bir de konu bakımından federal temyiz mahkemesi vardır. Resmî adı Federal Çevre Temyiz Mahkemesi olan (*The United States Court of Appeals for the Federal Circuit*) ve Washington'da bulunan bu mahkeme patent gibi spesifik konulara ilişkin davalara bakmaktadır. Sonuç olarak toplamda 13 tane federal temyiz mahkemesi vardır. Federal yargı sisteminin üçüncü ve son basamağında ise Amerikan Yüksek Mahkemesi bulunmaktadır. Bkz. Introduction To The Federal Court System, Offices of United States Attorneys, United States Department of Justice, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts#:~:text=The%20federal%20court%20system%20has,appeal%20in%20the%20federal%20system.,> (19.10.2020).

36 Heringa, s. 249; Tushnet, s. 122; Fisher ve Harriger, s. 137.

37 Üstünlük ibaresinin yer aldığı Amerikan Anayasası'nın VI. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca:

yetkisini Anayasa'nın üstünlük ibaresinin yorumuyla kendisinde gören Yüksek Mahkeme, anayasaya uygunluk denetiminin kabul edilebilirlik koşullarını da kendisi belirlemektedir³⁸. Mahkemeye başvurunun bireylere tanınan bir hak olarak görüldüğü ve anayasal veya kanuni düzeyde belirtilen koşulları taşıyan başvuruların kabul edilmesinin zorunlu olduğu temyiz yargılamasından farklı olarak *certiorari* yargılamasında başvurunun takdir yetkisi çerçevesinde kabul edilmesi ya da reddedilmesi söz konusudur³⁹. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin iş yükünün büyük bir kısmını writ of certiorari usulü kapsamında takdir yetkisine dayanarak baktığı davalar oluşturmaktadır⁴⁰. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin bu usul kapsamında kabul ettiği başvurular arasında önemli anayasal, hukuki ve siyasi meseleleri ihtiva eden başvurular da yer almaktadır⁴¹. Özetle, Amerikan Anayasası'nda açıkça öngörülme ve 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davası ile kabul edilen anayasaya uygunluğun yargısal denetimi de *writ of certiorari* usulü kapsamında yapılmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin takdir yetkisine dayanarak baktığı writ of certiorari kapsamındaki davalar genellikle önemli anayasal meseleler barındıran ve toplumun büyük bir kısmını ilgilendiren konulara ilişkin başvurulardan kaynaklanmaktadır⁴². Yüksek Mahkeme yargıçları başvuruyu kabul ederken ortada toplum açısından önemli bir mesele olup olmadığına odaklanmaktadır⁴³. Yüksek Mahkeme belirttiğimiz bu usul kapsamında baktığı davalarda anayasaya uygunluk denetimi yapmakta ve anayasa mahkemesi işlevi görmektedir⁴⁴.

“ *İşbu Anayasa ve bu Anayasa'ya uygun olarak yapılan kanunlar ve Birleşik Devletler'in otoritesi altında yapılan bütün antlaşmalar ülkenin en üstün hukuk normlarıdır; dolayısıyla her eyaletteki yargıçlar eyaletlerin anayasaları ve kanunları aykırı hükümler içerse dahi bunlarla bağlidir.*”

38 Kendisine yapılan başvuruları kabul edip etmeme konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne kanuni düzeyde takdir yetkisi verilmesi ise ilk defa Evarts Act of 1891 ve Judicial Code of 1911 ile olmuştur. Bununla birlikte bu yetkinin asli kaynağı Judiciary Act of 1925 olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kanun ile prensip olarak ilk derece federal mahkemeler olan bölge mahkemeleri kararlarının doğrudan Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından incelenmesi usulüne son verilmiş ve Yüksek Mahkeme'nin kendisine yapılan başvuruları kabul etmede takdir yetkisine sahip olduğu *writ of certiorari* nin kapsamı genişletilmiştir. Bölgelerin birleşiminden meydana gelen çevreler bazında örgütlenmiş üst derece federal mahkemeler olan federal temyiz mahkemelerinin kararlarına karşı yapılan başvuruların kabulü de büyük oranda Yüksek Mahkeme'nin takdir yetkisine bağlanmıştır. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 137; Jonathan Stenberg, “Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court”, *Journal of Supreme Court History*, Vol. 33, Iss. 1, March 2008, <https://www.martindale.com/matter/asr-1628380.pdf>, (19.10.2020), s. 12 vd.

39 Heringa, s. 249.

40 Fisher ve Harriger, s. 137.

41 Fisher ve Harriger, s. 138.

42 Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019, s. 370; Bkz. Fisher ve Harriger, s. 137-138.

43 Fisher ve Harriger, s. 137. Hemen belirtelim Yüksek Mahkeme certiorari yetkisi kapsamında yapılan başvuruları *rule of four* (dört kuralı/dördün kararı) gereğince dokuz üyesinin dördünün oyuyla kabul etmektedir. Tushnet, s. 122; John R. Vile, *A Companion to the United States Constitution and Its Amendments*, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara California, Denver Colorado and Oxford England, 2010, s. 82.

44 Ertaş, s. 417. Hemen belirtelim Amerikan Yüksek Mahkemesi bir kanun hükmünü anayasaya aykırı bulduğu takdirde o kanun hükmünü hukuk düzeninden kaldıracak şekilde iptal etmez. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi ilgili kanunu hükmünün geçersiz olduğunu ilan eder veya ilgili hükmü hükümsüz kılar. Bu husus Yüksek Mahkeme kararlarında *invalidate* ya da *strike down* terimleriyle açıklanmaktadır. Yani ilgili kanun hükmü hukuk düzeninde şekli olarak varlığını sürdürse de uygulanabilme kabiliyetini yitirmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin nihai anayasaya uygunluk denetimi mercii olarak önemli bir işlevinin olması Amerikan başkanlarını da Mahkeme üyeliği için aday belirlerken kendi politik ajandalarıyla aynı doğrultudaki yargıçları tercih etmesine sebep olabilmektedir. Nitekim siyasi yönü de haiz önemli anayasal meseleler hakkında anayasa mahkemesi hüviyetinde karar verme yetkisini haiz olan Yüksek Mahkeme'nin bir üyeliği boşaldığı takdirde atanacak yargıcın dünya görüşü ve hukuki felsefesi, ilgili üyenin ulusal düzeyde ehemmiyet arz eden meseleler hakkında baktığı davalarda Yüksek Mahkeme'nin olası kararlarını pek tabii ki etkilemektedir. Yine Yüksek Mahkeme yargıcının dünya görüşü ve hukuki felsefesi anayasaya aykırılık başvurularının kabul edilebilirlik aşamasında ilgili yargıcın oyu açısından da önem taşımaktadır. Özetle, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin en üst derece federal temyiz mahkemesinin ötesinde aynı zamanda bir anayasa mahkemesi olması ve kendisine yapılan anayasaya aykırılık başvurularını kabul edip davanın esasına girmesi bakımından takdir yetkisinin olması söz konusudur. Bu hususlar karşısında Yüksek Mahkeme'ye yaşam boyu görev yapabilecek bir üye belirleyecek olan Amerikan başkanının, aslında anayasa mahkemesine üye belirliyormuş gibi hareket etmesine ve aday belirleme sürecini bu bağlamda yönetmesine çok sık rastlanılmaktadır.

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin atanma sürecinin siyasi bir niteliğe bürünebilmesinin bir diğer sebebi ise Mahkeme'nin yapısıdır. Şöyle ki yukarıda da belirttiğimiz üzere Yüksek Mahkeme'nin sadece dokuz üyesi vardır ve Yüksek Mahkeme yargıçları yaşam boyu görev yapmak üzere atanır. Yüksek Mahkeme'nin bu yapısı Mahkeme'de bir üyeliğin boşalması durumunda Amerikan başkanına Mahkeme'nin önüne gelmesi toplum açısından önemli veya ihtilafli meselelere ilişkin davalardaki kararını biçimlendirme imkânı vermektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme'nin anayasa mahkemesi işleviyle gördüğü davaların anayasal öneminin yanında siyasi boyutu da olabilmektedir. Özellikle yeniden yapılanma taraftarı olan başkanlar Yüksek Mahkeme'yi kendi miraslarını devam ettirme aracı olarak görebilmektedirler⁴⁵. Bu hususta Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının atanmasına bakıldığında liyakatin sınırlı olarak yer tuttuğu belirtilmektedir⁴⁶. Nitekim başkanın Yüksek Mahkeme üyeliği için aday belirlerken adayın felsefesine ve atanması durumunda Yüksek Mahkeme kompozisyonundaki çeşitliliğe yapacağı etki gibi liyakat ile çok da yakından ilgisi olmayan kıstaslara odaklanması muhtemeldir⁴⁷. Bilhassa Cumhuriyetçi başkanların Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanmasında hukuki felsefe ve ideolojiye daha fazla önem verdikleri belirtilmektedir⁴⁸.

Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının yaşam boyu görev yapabilmeleri, başkanların Yüksek Mahkeme üyeliğine aday belirlerken yaptıkları tercihleri etkilemektedir. Nitekim Amerikan başkanları Yüksek Mahkeme üyeliği için kendi görüşlerini devam ettirebilecek nitelikte gördükleri nispeten genç yargıçları aday gösterebilmektedir⁴⁹. Söz gelimi 40'lı yaşlarında Yüksek Mahkeme'ye atanan bir yargıç yaklaşık 40-45 sene toplumsal ve siyasi açıdan ihtilafli konularda Yüksek

45 Tushnet, s. 130.

46 Tushnet, s. 128. Nitekim 1932 senesinde Yüksek Mahkeme üyeliğine muhafazakâr Başkan Herbert Hoover tarafından ilerici/progresif yargıç Benjamin Cardozo'nun atanmasının 20. yüzyıldaki sadece liyakate dayalı yapılan tek atama olduğu belirtilmektedir. Tushnet, s. 128.

47 Monaghan, s. 1204.

48 Tushnet, s. 130.

49 Tushnet, s. 130.

Mahkeme'nin benimsediği içtihatlarda belirleyici oyun sahibi olabilir. Amerikan Yüksek Mahkemesi üyelerinin nispeten genç yaştaki yargıçlar arasından seçilmelerine örnek vermek gerekirse Douglas Ginsburg, Ronald Reagan tarafından aday gösterildiğinde 41; Joseph Story, James Madison tarafından aday gösterildiğinde 32; Benjamin Curtis ise Millard Fillmore tarafından aday gösterildiğinde 41 yaşındaydı⁵⁰. Donald Trump tarafından aday gösterilen Neil Gorsuch 49, Brett Kavanaugh ise 53 yaşında iken Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde göreve başladılar. Barack Obama tarafından aday gösterilen Sonia Sotomayor ile Elana Kagan ise göreve başladıklarında sırayla 55 ve 50 yaşındaydılar.

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliği atamalarında demografik ve coğrafi temsil unsurunun da yeri önemli olup bunun başlıca sebeplerinden birisi Amerikan başkanlarının yapacakları atamaların politik kazanımlarını dikkate almalarıdır⁵¹. Söz gelimi Yüksek Mahkeme'ye ilk defa; 1916 yılında Louis Brandeis ile Musevi, 1967 yılında Thurgood Marshall ile Afro – Amerikan, 1981 yılında Sandra Day O'Connor ile kadın üye atanmıştır⁵². George W. Bush'un John Roberts ve Samuel Alito'yu ataması ile Yüksek Mahkeme'deki Katolik üye sayısı beşe çıkmıştır⁵³. Sonia Sotomayor'ın Barack Obama tarafından 2009 yılında Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması ile hem her geçen gün önemi artan Hispanik seçmenlerin Yüksek Mahkeme nezdinde temsil edilmeleri sağlanmış, hem de o dönem sayısı bir olan kadın yargıç sayısı ikiye çıkarılmıştır⁵⁴.

Amerikan Yüksek Mahkemesi de dâhil olmak üzere federal yargıçların başkan tarafından aday gösterilerek Senato'nun onayı ile atanması son derece siyasi bir süreci de beraberinde getirmektedir⁵⁵. Aday belirleme sürecinin Amerikan yürütme organı tarafından idaresi, başkanın yargısal atamalar üzerindeki siyasi ajandası ya da menfaatine göre değişebilmektedir⁵⁶. Nitekim bir başkan politik destekçisini ödüllendirmek ve kendisine olan sadakatini devam ettirmek saikiyle ya da kendine yakın kişiler ve danışmanların arasından Yüksek Mahkeme için aday gösterebilir⁵⁷. Yine senatörler de ilk tarihlerden itibaren federal yargıç adaylarının seçiminde etkin rol oynamışlardır⁵⁸. Sonuçta federal yargıçların atanmasında rolü olan Amerikan Başkanı da Senato da siyasi niteliği haiz ve politika belirleyen birimlerdir. Yüksek Mahkeme üyeleri de bu hususta Senato nezdinde lobi faaliyetleri yapabilmektedir⁵⁹. Bunun sebebi Yüksek Mahkeme üyelerinin kendi hukuki ve felsefi görüşüne yakın yargıçları Yüksek Mahkeme'de görmek istemeleridir⁶⁰.

50 Monaghan, s. 1211.

51 Tushnet, s. 129.

52 Tushnet, s. 128. 1993 senesinde dönemin Başkanı Bill Clinton tarafından atanan Ruth Bader Ginsburg de Musevi olup aynı zamanda Yüksek Mahkeme tarihindeki ikinci kadın yargıç idi.

53 Hemen belirtelim Donald J. Trump tarafından atanan Brett Kavanaugh da Katoliktir. Donald J. Trump tarafından atanan Neil Gorsuch ise ailesi tarafından Katolik olarak yetiştirilmiş olmakla birlikte günümüzde Protestan Kilisesi mensubudur.

54 Tushnet, s. 128 – 129.

55 Fisher ve Harriger, s. 117; Tushnet, s. 128.

56 Tushnet, s. 125.

57 Tushnet, s. 129. Nitekim Amerikan tarihinde uzun bir süre boşalan Yüksek Mahkeme üyelikleri için yapılan atamalar patronaj niteliğinde olan atamalar olarak değerlendirilmiştir. Tushnet, s. 129.

58 Fisher ve Harriger, s. 117.

59 Fisher ve Harriger, s. 117. Sözgelimi 1921-1930 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlığı yapmış olan William Howard Taft, Yüksek Mahkeme'ye yargıç adayı belirleme ve atama süreçlerinde atanmasını istediği adaylar lehine lobi faaliyeti yapmıştır. Fisher ve Harriger, s. 117.

60 Sözgelimi 1921-1930 yılları arasında Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlığı yapmış olan William Howard Taft,

Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıçlarının atanma sürecinin siyasi boyutunun Yüksek Mahkeme yargıçlarının bağımsızlıklarına olumsuz bir etki yapıp yapmadığı da başka bir tartışma konusudur. Bilhassa Yüksek Mahkeme yargıçlarının atanma sürecinde Amerikan Kongresi'nin üst kanadı olan Senato'nun rolünün, yargıçların halkın temsilcilerinin görüşlerinden çok da kopuk karar vermemesini sağladığını ve anayasa yargısı/yargısal denetim ile demokratik yönetim arasındaki gerilimi azalttığı söylenebilir⁶¹. Yine Senato'nun onay yetkisinin başkanın atama yetkisi üzerinde önemli bir siyasi denetleme mekanizması olduğunu da belirtebiliriz⁶². Bununla birlikte Yüksek Mahkeme yargıçları ve diğer federal yargıçların atanmasında etkin olan iki organ Amerikan Başkanı ve Senato'nun siyasi niteliği haiz organlar olduğunu göz ardı etmemek gerekir. Yine de Amerikan federal yargısı üst seviyede bağımsız olmasıyla da bilinmektedir⁶³. Her ne kadar federal yargıçlar siyasi etkiye açık bir süreç içerisinde atansalar da atandıktan sonra artık yaşam boyu görev yapabilmeleri ve ancak impeachment usulü ile görevden alınabilmeleri bağımsızlıkları açısından da pek tabii ki bir güvence oluşturmaktadır⁶⁴. Nitekim ABD'nin kurucu babalarından olan Alexander Hamilton *The Federalist Papers*'taki 78. No'lu yazısında yaşam boyu görev yapma kuralının yargı organının diğer organlardan ayrılmasının ve bağımsızlığının sağlanması açısından gerekli olduğunu belirtmiştir⁶⁵.

Anayasaya uygunluk denetimi yapan merciler, denetler ve dengeler (*checks and balances*) sistemi açısından önemli bir işlev görmekle birlikte demokratik meşruiyeti haiz olan yasama organının işleminin anayasaya aykırı olduğunu ilan etme veya bu işlemi iptal etme yetkisi gibi negatif kanun koyucu niteliğinde muazzam bir yetkiye sahiptirler⁶⁶. Bu sebeple anayasaya uygunluk denetimi yapan yargısal mercilerin oluşumlarında demokratik meşruiyeti olan yürütme ve yasama organlarının yetkili kılınması yoluna sıkça gidilmektedir⁶⁷. Bu yöntem ise yargıçların atanma sürecine siyasi bir nitelik katmaktadır⁶⁸. Bu hususta anayasa mahkemesi yargıçlarının Alman anayasal düzenindeki gibi Parlamento'daki nitelikli çoğunluğun oyu ile belirlenmesi usulü benimsenmediği takdirde Amerikan anayasal düzenindeki gibi yüksek mahkeme yargıçlarının hem yürütme hem de yasama organının müdahil olduğu bir süreçle belirlenmesi yoluna gidilebilir. Böyle bir tercih bilhassa yürütme organı ile yasama organı ekseriyetinin farklı siyasi yelpazelere ait olması durumunda denetler ve dengeler sistemi açısından gayet olumludur⁶⁹. Yasama organı çoğunluğu ile yürütme organının aynı ya da

Yüksek Mahkeme'ye yargıç adayı belirleme ve atama süreçlerinde atanmasını istediği adaylar lehine lobi faaliyeti yapmıştır. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 117.

61 Monaghan, s. 1203.

62 Monaghan, s. 1203.

63 Martinez, s. 568.

64 Ertaş, s. 318.

65 Alexander Hamilton, "The Federalist Papers: No. 78 (The Judiciary Department)", **The Federalist Papers**, McLeans Edition, New York, 28.05.1788, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (17.02.2020).

66 Ertaş, s. 360. Bkz. Saikrishna B. Prakash ve John C. Yoo, "The Origins of Judicial Review", **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, 2003, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5220&context=ucdrev>, s. 942.

67 András Sajó, **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999, s. 94.

68 Bkz. Monaghan, s. 1203 vd.

69 Ertaş, s. 361. Bkz. Monaghan, s. 1203. On altı üyesi bulunan Alman Federal Anayasa Mahkemesi yargıçlarının yarısı

benzer siyasi görüşten olmaları durumunda ise aynı şeyi söylemek pek de mümkün değildir. İşte bu noktada anayasa mahkemesi ya da anayasaya uygunluk denetimi yapan merci yargıçlarının yaşam boyu görev yapmasının yargı bağımsızlığını güçlendireceğini söyleyebiliriz. Nitekim azami iki dönem görev yapabilen bir başkan tarafından aday gösterilerek (Senato'nun onayıyla) atanan bir Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcının görev süresi boyunca birkaç başkan görmesi pek de düşük bir ihtimal değildir. Bunun yanında yukarıda da belirttiğimiz gibi yaşam boyu görev yapma kuralı aynı zamanda Amerikan başkanını Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterirken liyakatten çok siyasi görüş ya da dünya görüşü odaklı davranmaya da itebilir. Bu husus pek tabii atanması durumunda Yüksek Mahkeme üyesinin de önüne gelen davada partizan tutum göstermesine yol açabilir.

Amerikan tarihine baktığımızda Senato'nun Yüksek Mahkeme yargıç adaylarını reddetmesi veya oylamamasına hiç de azımsanmayacak sayıda şahit olmaktadır. Bu husus bilhassa 19. yüzyıl açısından geçerlidir. Nitekim Amerikan anayasal tarihinin ilk 105 senesinde Yüksek Mahkeme yargıç adaylarının neredeyse dörtte biri (81 adaydan 20'si) Senato tarafından onaylanmadığı gibi onaylanan yargıçların da onay süreçleri şiddetli tartışmalara sahne olmuştur⁷⁰. Nitekim 19. yüzyıl boyunca Senato, başkan tarafından gösterilen adayları adayın siyasi görüşü, mevcut başkana siyasi muhalefet, yakın tarihte seçilmesi muhtemel yeni başkana aday belirleme imkânı tanıma, baskı gruplarının etkisi, adayın asgari mesleki yeterliliğe sahip olmaması gibi neredeyse akla gelebilecek her muhtemel sebepten ötürü reddetmiş veya bunları oylamaktan imtina etmiştir⁷¹. Bununla birlikte 20. yüzyılda Senato'nun Yüksek Mahkeme üyeliği için gösterilen adaylar üzerindeki belirleyici etkisinin gittikçe azaldığını ve bu hususta Amerikan başkanlarının daha etkin bir konuma geldiğini görmekteyiz⁷². 21. yüzyılda ise sadece Barack Obama tarafından aday gösterilen Merrick Garland'ın Senato tarafından onaylanmadığına şahit olmaktadır. Burada pek tabii o dönem Senato'nun ekseriyetinin Cumhuriyetçilerden oluşması ve Obama'nın ikinci başkanlık döneminin son senesinde olmasının etkisi vardır. Bunun dışında George W. Bush'un John Roberts'ı Yüksek Mahkeme baş yargıçlığına, Samuel Alito'yu da Yüksek Mahkeme yargıçlığına atadığı dönem Senato ekseriyeti Cumhuriyetçilerden; Barack Obama'nın Sonia Sotomayor ile Elena Kagan'ı Yüksek Mahkeme yargıçlığına atadığı dönem ise Senato ekseriyeti Demokratlardan oluşmakta idi. Yine Donald Trump döneminde Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilen Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh ve Amy Coney Barrett ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan bir Senato tarafından onaylanmıştır.

2. Amerikan Yüksek Mahkemesi Yargıçlarının Atanma Sürecinin Siyasi Niteliğine İki Örnek: Robert Bork ve Merrick Garland'ın Adaylıkları

a. Robert Bork'un Adaylık Süreci

Dönemin Amerikan Başkanı Ronald Reagan 1 Temmuz 1987 tarihinde emekli olan Yargıç Lewis Powell yerine Amerikan Temyiz Mahkemesi District of Columbia Çevresi yargıç Robert Heron

Bundestag'ta oylamaya katılan üyelerin üçte ikisi ve her halükarda Bundestag üye sayısının salt çoğunluğu; kalan yarısı ise Bundesrat oylarının üçte ikisi tarafından seçilmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Ertaş, s. 332 – 335.

70 Monaghan, s. 1202.

71 Monaghan, s. 1202.

72 Monaghan, s. 1202-1203.

Bork'u Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğine aday göstermiştir. O dönem Amerikan Senatosu'nun 54 üyesi Demokrat, 46 üyesi ise Cumhuriyetçi idi. İzleyen üç aylık süreçte Bork'un adaylığı üzerine ülke çapında, basın ve Senato odaklı büyük bir mücadele başlamıştır⁷³. Dönemin Demokrat Senatörü Edward Kennedy'nin Bork'un adaylığına ilişkin şöyle bir beyanı bulunmaktadır:

“Robert Bork'un Amerika'sı; kadınların yasa dışı ve sağlıksız kürtajlara zorlanacağı, siyahilerin restoranlarda ayrı köşelerde oturacağı, polislin gece yarısı baskınlarıyla vatandaşların kapısını kıracağı, öğrencilerin evrim teorisi hakkında eğitim alamayacağı, yazarların ve sanatçıların hükümetin isteği üzerine sansüre uğrayacağı ve yargının demokrasimizin kalbi olan bireysel hakları için genelde tek koruyucusu olduğu vatandaşlara Federal mahkemelerin kapanacağını bir ülke olacaktır”⁷⁴.”

Yargıç Bork'un aday gösterilmesi akabinde ülke çapında birçok sivil toplum örgütü kadın hakları, kişi hakları, Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi, kürtaj, özel hayatın gizliliği, ceza hukuku konularındaki söylem ve yazılarına dayanarak Bork'un atanmasına şiddetle karşı çıkmıştır⁷⁵. Nitekim Senato'da gerçekleştirilen Bork'un adaylık sorgulamaları esnasında özel hayatın gizliliği üzerinde durulmuştur⁷⁶. Yine Amerikan Barolar Birliği bünyesindeki Federal Yargı Komitesi'nin dört üyesi Bork için yeterli değil notunu verirken bir üye de nitelikli yerine yeterli notunu vermiştir⁷⁷. Robert Bork Senato bünyesindeki Yargı Komitesi tarafından yapılan sorgulamalarda da çok iyi performans sergileyememiş ve Beyaz Saray'ın kendisini merkezde olan ılıman bir yargıç olarak tanıtmaya girişimi pek de başarılı olmamıştır⁷⁸. Nitekim 6 Ekim'de Senato Yargı Komitesi 5'e karşı 9 oyla Bork'un atanmasının reddedilmesi yönünde karar almıştır. Akabinde 23 Ekim'de Senato Genel Kurulu'nda yapılan ve belirleyici olan oylamada da Yargıç Bork'un Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması 42'ye karşı 58 oyla reddedilmiştir. Oylamada 6 Cumhuriyetçi senatör Bork'un Yüksek Mahkeme üyeliğine atanmaması yönünde oy kullanırken 2 demokrat senatör Bork'un atanması lehine oy kullanmıştır. Bork'un reddedildiği oylama aynı zamanda Senato'nun en açık farkla bir Yüksek Mahkeme yargıç adayını reddettiği oylama olarak da tarihe geçmiştir⁷⁹.

73 Benjamin Pomerance, “What Might Have Been: 25 Years Of Robert Bork on the United States Supreme Court”, **Belmont Law Review**, Vol. 1, 2014, <http://www.belmont.edu/law/academics/review/pdfs/Pomerance.pdf>, (12.03.2020), s. 222 – 223.

74 Pomerance, s. 222.

75 Fisher ve Harriger, s. 119.

76 Fisher ve Harriger, s. 982. Amerikan Yüksek Mahkemesi 1965 senesinde verdiği *Griswold v. Connecticut* kararında evli çiftler de dâhil olmak üzere doğum kontrol uygulamasını suç olarak düzenleyen Connecticut kanuni düzenlemesini Anayasa'ya aykırı bulmuştur. 2'ye karşı 7 oyla alınan kararda Yüksek Mahkeme her ne kadar Anayasa ve ek maddelerde açıkça düzenlenmese de özel hayatın gizliliği hakkının anayasal düzlemde korunduğuna hükmetmiştir. Nitekim kararda Amerikan Anayasası'nın IX. Değişiklik Maddesi'ndeki “*Birtakım hakların Anayasa'da belirtilmiş olması, halkın diğer haklarının reddedilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez*” ifadesine de yer verilmiştir. Yine dava, ilgili hakkın özel hayatın gizliliği yanında XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer bulan kişisel otonomi hakkı kapsamına da girdiğinin teyidi bakımından da önemli bir yere sahip olmuştur. Kararı eleştiren yargıçlardan birisi olan Robert Bork, özel hayatın gizliliği hakkının herhangi bir anayasal temelini olmadığını belirtmiştir. Tushnet, s. 208. Bkz. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, (23.10.2020).

77 Fisher ve Harriger, s. 119.

78 Fisher ve Harriger, s. 119.

79 Linda Greenhouse, “Bork's Nomination is Rejected, 58-42; Reagan Saddened”, **New York Times**, Oct. 24, 1987, <https://>

Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğinden emekli olan ve daha ılımlı bir profil sergileyen Lewis Franklin Powell Jr. yerine aday gösterilen Robert Bork muhafazakar kimliği ile ön plana çıkan bir yargıçtı⁸⁰. Ronald Reagan döneminde 1981 senesinde Sandra Day O'Connor, 1986 senesinde ise Antonin Scalia'nın Yüksek Mahkeme üyeliğine atanması; hâlihazırda Yüksek Mahkeme yargıcı olan William Rehnquist'in de baş yargıçlığa yükseltilmesi göz önüne alındığında Robert Bork'un adaylığı çok kritik görülmüştür⁸¹. Nitekim Warren E. Burger baş yargıçlığındaki Yüksek Mahkeme'nin politik yelpazesinde Yargıç Powell merkezde yer almaktaydı ve Mahkeme'nin kararlarında belirleyici oya (swing vote) sahipti⁸². Bu açıdan Yargıç Bork'un Yüksek Mahkeme üyesi olması birçok önemli kararda Yüksek Mahkeme'nin içtihadını değiştirmesi anlamına gelebilecekti⁸³. Belirttiğimiz bu faktör, Yargıç Bork'un atanmasının Senato tarafından onaylanmamasında büyük bir etken olmuştur. Nitekim bu gelişmelerin akabinde Reagan tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilen daha ılımlı ve merkeze yakın olan Anthony Kennedy'nin atanması oybirliği ile onaylanmıştır⁸⁴.

Ronald Reagan görev süresi boyunca Cumhuriyetçilerin çoğunlukta olduğu bir Senato'nun yanında çoğunluğu Demokratlardan oluşan bir Senato ile de karşı karşıya gelmiştir. Nitekim Senato ekseriyetinin Cumhuriyetçilerden oluştuğu dönemde Reagan, keskin muhafazakar yargıçlardan William Rehnquist'in Yüksek Mahkeme baş yargıçlığına, Antonin Scalia'nın ise Yüksek Mahkeme yargıçlığına atanmasını sağlamıştır⁸⁵. Bununla birlikte Reagan, partisinin Senato'daki çoğunluğu kaybettiği dönemde ise Robert Bork'un atanmasını sağlayamamıştır. Pek tabii Başkan Reagan tarafından aday gösterilerek Senato'nun onayı ile atanan Anthony Kennedy de muhafazakar kimliği ile bilinen bir yargıçtı. Hatta Reagan Kaliforniya valisi iken bir arada çalışmışlardı⁸⁶. Bununla birlikte Kennedy'nin Bork kadar Ronald Reagan'ın ideolojisine bağlı olmadığı da diğer bir gerçektir⁸⁷. Adaylık sürecinde Anthony Kennedy, Anayasada açıkça düzenlenmeyen özel hayatın gizliliği hakkının tanınması konusunda gayet açık sözlü olup üyeliği sırasında verilen Yüksek Mahkeme kararlarındaki görüşleriyle de bu tavrını teyit etmiştir⁸⁸.

b. Merrick Garland'ın Adaylık Süreci

Ronald Reagan tarafından aday gösterilerek atanan ve 1986 senesinden beri görev yapmakta olan Amerikan Yüksek Mahkemesi yargıcı Antonin Scalia 13 Şubat 2016 tarihinde vefat etmiştir. Antonin

www.nytimes.com/1987/10/24/politics/borks-nomination-is-rejected-5842-reagan-saddened.html, (12.03.2020).

80 Fisher and Harriger, s. 119.

81 Fisher and Harriger, s. 119.

82 Fisher and Harriger, s. 119.

83 Fisher and Harriger, s. 119.

84 Aslında Robert Bork'un Senato tarafından onaylanmaması akabinde Başkan Reagan başka bir muhafazakar D.C. Çevresi Temyiz Mahkemesi yargıcı olan Douglas Ginsburg'ü aday göstermiştir. Bununla birlikte Ginsburg'ün Harvard Üniversitesi'nde öğretim üyesi olarak görev yapmakta iken öğrencileri ile birlikte marihuana içtiğinin ortaya çıkması üzerine adaylığı çekilmiş ve merkeze daha yakın konumda olan yargıç Anthony Kennedy aday olarak gösterilmiştir. Fisher ve Harriger, s. 119; Pomerance, s. 225.

85 Tushnet, s. 35.

86 Tushnet, s. 35.

87 Tushnet, s. 35.

88 Fisher ve Harriger, s. 982.

Scalia'nın vefatından kısa bir süre sonra Amerikan Senatosu'ndaki Cumhuriyetçilerin lideri olan Senatör Mitch McConnell, dönemin Amerikan Başkanı Barack Obama tarafından Scalia'dan boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için yapılması öngörülen atamanın Kasım ayında yapılacak başkanlık seçimlerinden galip çıkacak kişi tarafından yapılması gerektiğini belirten bir açıklama yapmıştır. Yine Senatör McConnell pek tabii ki Yüksek Mahkeme üyeliği için aday göstermesinin Amerikan başkanının anayasal yetkisi olduğunu, bununla birlikte ilgili aday üzerinden başkanı denetleme ve adayı onaylamamanın da aynı şekilde Senato'nun salahiyeti dâhilinde olduğunu belirtmiştir⁸⁹. Senatör McConnell'a göre atanacak Yüksek Mahkemesi yargıcını Kasım ayındaki başkanlık seçimleri aracılığıyla Amerikan halkı belirlemeliydi⁹⁰. 23 Şubat 2016 tarihinde ise Senato Yargı Komitesi'nin on bir Cumhuriyetçi üyesi, Senatör McConnell'a bir mektup yazarak Başkan Obama tarafından açıklanan herhangi bir adayı onaylamayacaklarını ve bunun anayasal yetkileri kapsamında olduğunu ifade etmişlerdir⁹¹. Hemen belirtelim o dönem Senatodaki ekseriyet Cumhuriyetçi Parti'nin elindeydi. En son 1895 senesinde Demokrat bir başkanın adayı Cumhuriyetçilerin çoğunlukta olduğu Senato tarafından onaylanmıştı⁹².

Barack Obama 16 Mart 2016 tarihinde D.C. Çevresi Federal Temyiz Mahkemesi Yargıcı Merrick Brian Garland'ı Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliği için aday göstermiştir. Aday gösterildiğinde 63 yaşında olan Garland, Richard Nixon döneminden beri Yüksek Mahkeme üyeliğine aday gösterilen en yaşlı yargıçtı⁹³. Garland dünya görüşü bakımından ılımlı ya da merkezde bilinen bir yargıçtı⁹⁴. Bununla birlikte Garland'ın adaylığının açıklanmasının akabinde Cumhuriyetçi senatörler Garland'ı oylamayacaklarını birer birer açıklamaya başladılar. Söz gelimi Utah Senatörü Orrin Hatch, Merrick Garland'ın düzgün bir insan olduğunu ancak Kasım ayında gerçekleşecek başkanlık seçimleri öncesinde herhangi bir Yüksek Mahkeme adayının Senato tarafından oylanmaması gerektiğini açıklamıştır⁹⁵. Yine Arizona Senatörü ve Senato Yargı Komitesi üyesi Jeff Flake, Garland'ın ancak Kasım ayındaki başkanlık seçimlerinin sonucuna göre oylanabileceğini, hatta seçimi Demokrat

89 Ron Elving, "What Happened With Merrick Garland In 2016 And Why It Matters Now", **National Public Radio**, 29 June 2018, <https://www.npr.org/2018/06/29/624467256/what-happened-with-merrick-garland-in-2016-and-why-it-matters-now?t=158.846.0752621>, (03.05.2020).

90 Karoun Demirjian, "Republicans refuse to budge following Garland nomination to Supreme Court", **The Washington Post**, 16 March 2016, <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2016/03/16/republicans-refuse-to-budge-following-garland-nomination-to-supreme-court/>, (03.05.2016).

91 İlgili mektup için bkz. <https://assets.documentcloud.org/documents/2719115/Senate-SCOTUS-Letter.pdf>, (03.05.2020).

92 Nitekim o dönem Başkan Grover Cleveland, Yargıç Rufus Peckham'ı aday göstermiştir. Scott Bomboy, "The facts about Supreme Court nominations and Senate control", **Constitutional Daily**, 13 August 2014, <https://constitutioncenter.org/blog/the-facts-about-supreme-court-nominations-and-senate-control/>, (03.05.2020); David Savage ve Timothy Phelps, "Obama unlikely to alter Supreme Court ideology with Republican Senate", **Los Angeles Times**, 8 November 2014, <https://www.latimes.com/nation/politics/la-na-court-gop-20141109-story.html>, (03.05.2020).

93 Yargıç Lewis F. Powell Jr. Yüksek Mahkeme üyeliği için Başkan Nixon tarafından 1971 yılında aday gösterildiğinde 64 yaşındaydı. Oliver Roeder, "Merrick Garland Is The Oldest Supreme Court Nominee Since Nixon Was President", **FiveThirtyEight**, 16 March 2016, <https://fivethirtyeight.com/features/merrick-garland-age-supreme-court/>, (10.05.2020).

94 Timothy Noah ve Brian Mohoney, "How liberal is Merrick Garland?", **Politico**, 16.03.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/supreme-court-merrick-garland-220904>, (03.05.2016); Juliet Eilperin ve Mike DeBonis, "President Obama nominates Merrick Garland to the Supreme Court", **The Washington Post**, 16 March 2016, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/president-obama-to-nominate-merrick-garland-to-the-supreme-court-sources-say/2016/03/16/3bc90bc8-eb7c-11e5-a6f3-21ccdbc5f74e_story.html, (03.05.2016).

95 Renee Montagne, "Republican Senator Weighs In On Supreme Court Nomination", **National Public Radio**, 17 March 2016, <https://www.npr.org/2016/03/17/470776592/republican-senator-weighs-in-on-supreme-court-nomination>, (03.05.2020).

aday Hillary Clinton'ın kazanması durumunda yeni başkanın göreve başlayacağı Ocak ayına kadar sürecek total ördek döneminde (*lame-duck session*) Garland'ın Senato tarafından onaylanması gerektiğini belirtmiştir. Senatör Glake, Hillary Clinton tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için aday gösterilecek herhangi birinin Merrick Garland'dan daha liberal olacağını belirtmiştir⁹⁶.

Nihayetinde Merrick Garland'ın Yüksek Mahkeme adaylığı Senato tarafından oylanmamıştır. Garland'ın adaylığı 3 Ocak 2017 tarihinde 114. Kongre Dönemi'nin sona ermesiyle düşmüştür⁹⁷. 8 Kasım 2016 tarihinde yapılan Başkanlık Seçimleri'nden galip ayrılan Donald Trump, Ocak ayında göreve başlamasını müteakip Yüksek Mahkeme üyeliği için 31 Ocak 2017 tarihinde Neil Gorsuch'ı aday göstermiştir. Yargıç Gorsuch 7 Nisan 2017 tarihinde, ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Senato tarafından 45'e karşı 54 oyla onaylanarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 113. üyesi olarak göreve başlamıştır⁹⁸. Bu şekilde Antonin Scalia'nın vefatı öncesi Yüksek Mahkeme'de var olan 4 liberal ve 5 muhafazakâr yargıçlı dağılım, Neil Gorsuch'ın Yüksek Mahkeme üyeliğine atanmasıyla devam etmiştir. Nitekim Richard Nixon'ın başkanlık döneminden bu yana Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde liberal yargıçlar çoğunlukta bulunmamaktadır⁹⁹.

II. ANTHONY KENNEDY'NİN BELİRLEYİCİ OYA SAHİP OLDUĞU ÇARPICI DAVALAR IŞIĞINDA AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ'NDEKİ LİBERAL YARGIÇ – MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DAĞILIMININ ANAYASAL YANSIMALARI VE ANTHONY KENNEDY'NİN EMEKLİLİĞİ SONRASI YÜKSEK MAHKEME'NİN OLUŞUMU

A. ANTHONY KENNEDY'NİN AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİ İÇERİSİNDEKİ KONUMU VE SEÇİLMİŞ ÇARPICI DAVALARDA BELİRLEYİCİ OYLARI (SWING VOTE)

1. Anthony Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki Liberal – Muhafazakâr Dağılım İçerisindeki Yeri ve Yüksek Mahkeme Kararları Açısından Önemi

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısı ve üyelerinin belirlenme sürecinin politik bir yönünün olması Yüksek Mahkeme'deki yargıçlar nezdinde liberal yargıç – muhafazakâr yargıç ayrımını oluşturmuştur. Demokrat başkanlar tarafından atanan yargıçlar liberal profilleri ile tanınırken

96 Megan Cassella ve David Morgan, "Senators say they might confirm Obama's high court pick after election", **Reuters**, 17 March 2016, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-garland-idUSKCN0WJ251>, (10.05.2020); Seung Min Kim and Burgess Everett, "GOP Supreme Court blockade showing early cracks", **Politico**, 03.16.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/kelly-ayotte-to-meet-merrick-garland-220868>, (10.05.2020).

97 Jess Bravin, "President Obama's Supreme Court Nomination of Merrick Garland Expires", **The Wall Street Journal**, 3 January 2017, <https://www.wsj.com/articles/president-obamas-supreme-court-nomination-of-merrick-garland-expires-148.346.3952>, (10.05.2020).

98 Adam Liptak ve Matt Felegenheimer, "Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice", **New York Times**, 7 April 2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supremecourt.html>, (10.05.2020); Robert Barnes ve Ashley Parker, "Neil M. Gorsuch sworn in as 113th Supreme Court justice", **Washington Post**, 10 April 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/gorsuch-to-besworn-in-to-supreme-court-today-in-two-ceremonies/2017/04/10/9ac361fe-1ddb-11e7-ad74-3a742a6e93a7_story.html?utm_term=.f4ad76925b91, (10.05.2020).

99 Jeffrey Toobin, "The Supreme Court After Scalia", **The New Yorker**, 3 October 2016, <http://www.newyorker.com/magazine/2016/10/03/in-the-balance>, (10.05.2020).

Cumhuriyetçi başkanlar daha çok muhafazakâr felsefi ve dünya görüşü olan yargıçları tercih etmektedirler. Bu hususta görev sürelerinin son aylarında olan veya Senatodaki çoğunluğun desteğine sahip olmayan başkanlar görece merkezde yer alan veya ılımlı adaylar önerebilmektedir. Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç yelpazesi, eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin davalarda çok belirginleşmektedir. Nitekim bu tip davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçlar bir arada aynı safta yer almaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Richard Nixon döneminden beri Yüksek Mahkeme'de liberal yargıçlar azınlıktadır. Bununla birlikte Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen üyeleri çoğunlukta olmasına rağmen son dönemde Amerikan Yüksek Mahkemesi eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin davalarda oldukça liberal nitelikli kararlara imza atmıştır. Bunun sebebi söz konusu meselelere ilişkin davaların hepsinde esasen muhafazakâr kimliği ile bilinen bir yargıcın liberal yargıçlarla birlikte yer almasıdır. Bahsi geçen yargıç Anthony Kennedy'dir.

1987 yılında Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeliğinden emekli olan Yargıç Lewis Powell'in yerine aday gösterilerek göreve başlayan Anthony Kennedy, yaklaşık otuz sene Yüksek Mahkeme üyeliği yaparak Mahkeme'nin en uzun süre görevde kalan yargıçlarından birisi olmuştur¹⁰⁰. Yargıç Kennedy görev yaptığı bu süre zarfının büyük kısmında Yüksek Mahkeme'de kritik oylara imza atmasının yanında bilhassa Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme başkanlığının başladığı Ekim 2005 döneminden itibaren deyim yerindeyse Mahkeme'nin *medyan/merkez yargıçı* (*median justice*) haline gelmiş ve çok dikkat çekici kararlarda belirleyici oyun sahibi olmuştur¹⁰¹. Nitekim Yargıç Roberts döneminde üç Yüksek Mahkeme dönemi haricinde Yargıç Kennedy, Mahkeme kararlarında diğer üyelere oranla çoğunluk tarafında daha fazla yer almıştır¹⁰². Görev yaptığı süre boyunca davalarda vermiş olduğu belirleyici oylar sebebiyle Yargıç Kennedy kimsenin en çok sevdiği Yüksek Mahkeme yargıçı da olmamıştır¹⁰³. Merkez yargıç profiliyle Anthony Kennedy Yüksek Mahkeme'nin kürtajın

100 Anthony Kennedy, 30 Kasım 1987 tarihinde dönemin Amerikan Başkanı Ronald Reagan tarafından Yüksek Mahkeme üyeliği için resmi olarak aday gösterilmiş, 3 Şubat 1988 tarihinde Senato'da 0'a karşı 97 oyla onaylanmış ve 18 Şubat 1988 tarihinde de yemin ederek Yüksek Mahkeme üyeliğine başlamıştır. Bkz. Timothy L. Hall, **The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary**, Facts on File, Inc., New York, 2001, s. 414; Anthony Kennedy, Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy>, (12.06.2020); Supreme Court Nominations, (1789-Present), United States Senate, Nominations, <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>, (12.06.2020). Hemen belirtelim 30 Kasım 1987 tarihi Başkan Reagan'ın Yargıç Kennedy'nin adaylığını belirten mektubunun Senato'ya gönderildiği tarihtir. Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme üyeliği adaylığı Reagan tarafından gayri resmi olarak 11 Kasım 1987 tarihinde duyurulmuştur.

101 Andrew Nolan ve diğerleri, **Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court**, Congressional Research Service, 11 July 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45256.pdf>, (13.06.2020), s. 1.

102 Andrew Nolan ve Michael John Garcia, **Justice Kennedy Retires: Initial Considerations for Congress**, Congressional Research Service, 28 June 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10159.pdf>, (13.06.2020), s. 1. Ekim 2007 ve Ekim 2017 Yüksek Mahkeme dönemlerinde en çok çoğunluk görüşünde yer alan yargıç John Roberts olmuştur. Ekim 2014 döneminde ise bu isim Yargıç Stephen Breyer'dir. Bkz. Nolan ve Garcia, s. 1. Hemen belirtelim Amerikan Yüksek Mahkemesi Dönemi Ekim'in ilk Pazartesi günü başlamakta ve bir sonraki yılın Ekim ayının ilk pazartesi gününden önceki Pazar günü sona ermektedir. Yüksek Mahkeme prensip olarak Haziran ayı sonu – Temmuz ayı başından Ekim ayının ilk Pazartesi gününe kadar faaliyetlerine ara vererek tatile girmektedir. Bkz. Supreme Court Procedures, United States Courts, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1#:~:text=By%20law%2C%20the%20U.S.%20Supreme,the%20first%20Monday%20in%20October>, (13.06.2020).

103 Mitchell N. Berman ve David Peters, "Kennedy's Legacy: A Principled Justice", **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2019,

hamile kadınlar için bir hak olduğuna hükmeden 1973 tarihli Roe v. Wade kararındaki içtihadını devam ettirmesi ve eşcinsel haklarına olan desteği ile muhafazakârların tepkisini haiz olurken Bush v. Gore¹⁰⁴, Citizens United v. FEC¹⁰⁵ gibi birçok muhafazakâr karakterli kararda da belirleyici oyun sahibi olarak liberallerin eleştirilerine maruz kalmıştır¹⁰⁶. Yine Yargıç Kennedy'nin Cumhuriyetçi bir başkanın ve çoğunluğu cumhuriyetçilerden oluşan bir Senato'nun mevcut olduğu dönemde emekli olması da liberallerin diğer bir eleştiri konusu olmuştur¹⁰⁷.

Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığının ön plana çıktığı Roberts Mahkemesi Dönemi'nde (Roberts Court Era)¹⁰⁸ Yüksek Mahkeme birçok ideolojik çeşitliliği haiz karara imza atmıştır. Söz gelimi Yüksek Mahkeme Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi uyarınca eyaletlerin tıpkı kadın-erkek evliliklerini tanıdığı gibi aynı koşullar altında eşcinsel evlilikleri de tanıması gerektiğine hükmetmiş; kadının kürtaj hakkına ağır külfet getirdiğine kanaat getirdiği eyalet kanununun geçersiz olduğuna karar vermiş; Guantanamo Koyu'nda tutulanlara birtakım usûli korumalar öngörmüş ve Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'nin eyaletlere kasten öldürme suçu dışında idam cezası öngörmesini yasakladığını belirtmiştir¹⁰⁹. Yüksek Mahkeme aynı zamanda bağımsız şirketlerin seçim kampanyası için harcama yapmalarını kısıtlayan kanun hükümlerini geçersiz kılmış, 1965 tarihli Oy Hakları Kanunu'nun (Voting Rights Act of 1965) birtakım eyaletlerin seçim bölgelerindeki seçim kanunlarının ve oy yöntemlerinin değiştirilmeden önce federal devletin rızasını öngören V. bölümünü federal devlet ilkesi temelinde anayasaya aykırı bulmuş; Anayasa'nın II. Değişiklik Maddesi'nin bireylerin silah bulundurma ve hukuki amaçlar doğrultusunda kullanma hakkını güvence altına aldığına hükmetmiş ve Donald Trump'ın ülkeye belirli ülkelerden yabancıların girişini yasaklayan başkanlık emrinin anayasaya aykırı olmadığı kararını vermiştir¹¹⁰. Belirtilen bütün bu davalarda çoğunluk ve karşı görüşe sahip Yüksek Mahkeme yargıçları sayıları birbirine yakın olacak şekilde bölünmüş ve çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların oluşturduğu blok Anthony Kennedy dışında davadan davaya değişiklik göstermiştir¹¹¹.

https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2968&context=faculty_scholarship, (13.06.2020), s. 312.

104 Bush v. Gore Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi, 2000 Amerikan Başkanlık Seçimleri'nde Florida Eyaleti'ndeki oyların yeniden sayılmasına ilişkin Florida Yüksek Mahkemesi'nin almış olduğu kararı anayasaya aykırı bulmuştu. Nitekim Floridadaki oylamada George Bush Al Gore'dan sadece 537 oy fazla alarak Florida'ya ait 25 ikinci seçmenin/delegenin oyunu kazanmıştır. Florida ikinci seçmenlerinin/delegenin oyunu kazanan George Bush bu şekilde Amerikan başkanlığına seçilmiştir. Karar Stevens, Souter, Breyer ve Ginsburg'ün oylarına karşılık Rehnquist, O'Connor, Scalia, Kennedy ve Thomas'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>, (22.10.2020).

105 Citizens United v. FEC Davası'nda Yüksek Mahkeme şirketlerin ve sendikaların genel bütçelerinden politik içerikli veya bir adayın seçim kampanyası kapsamında olan yayın faaliyetlerini finanse etmesini yasaklayan federal kanunu anayasaya aykırı bulmuştur. Karar Sotomayor, Breyer, Stevens ve Ginsburg'ün oylarına karşılık Kennedy, Roberts, Alito, Scalia ve Thomas'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/index.pdf>, (22.10.2020).

106 Berman ve Peters, s. 312. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>

107 Berman ve Peters, s. 312.

108 Amerikan Yüksek Mahkemesi baş yargıçlarının baş yargıçlık yaptığı dönemler ilgili başyargıcın ismi ile anılmaktadır. Söz gelimi Roberts Court, Rehnquist Court gibi.

109 Nolan ve diğerleri, s. 1.

110 Nolan ve diğerleri, ss. 1-2.

111 Nolan ve diğerleri, s. 2.

Bilhassa Roberts Mahkemesi döneminde Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin merkez yargıcı olarak birçok anayasal ve politik önemi haiz kararda belirleyici oyun sahibi olan Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme içerisinde merkezi bir konumda yer alması yargısal veya anayasal felsefesinin hangi kapsamda değerlendirilebileceği sorusunu beraberinde getirmektedir. Anthony Kennedy'nin merkez yargıç olarak kullandığı oylarda Mahkeme içerisinde bir denge veya uzlaşma sağlama gayesi gütmekten ziyade ilgili davalarda savunduğu ilkelerden hareketle kendisinin bütün olarak liberal veya muhafazakâr olarak değerlendirilemeyeceği sonucunu çıkarmanın daha yerinde olduğu belirtilmektedir¹¹². Nitekim Anthony Kennedy de kendisi için yapılan *swing justice* (belirleyici oya sahip/değişken yargıç) nitelendirmesine katılmayıp değişen şeyin hukuk değil davalar ve olaylar olduğunu belirtmiştir¹¹³.

Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilen ve görece muhafazakâr bir hukuki ve felsefi kimliğe sahip olan Anthony Kennedy'nin politik ve toplumsal yönü olan davalarda diğer muhafazakâr yargıçlarla birlikte yer alması pek de şaşırtıcı değildir. Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz gibi Roberts Mahkemesi Dönemi'nde ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan Amerikan Yüksek Mahkemesi Kennedy'nin belirleyici oyları ile eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi siyasi, toplumsal ve hatta ideolojik niteliği haiz olan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda liberal nitelikli kararlara imza atmıştır. Söz konusu davalar Yargıç Kennedy'nin merkez yargıç kimliğinin en belirgin göstergeleri olmuştur. Bu bağlamda emekliliği öncesi son döneminde Anthony Kennedy'nin liberal yargıçlarla aynı safta yer alarak belirleyici oya sahip olduğu ve anayasal olduğu kadar toplumsal, siyasi ve ideolojik meseleleri ihtiva eden söz konusu meselelere ilişkin davalar incelenerek Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç profilleri ortaya konulmaya çalışılacaktır.

2. Anthony Kennedy'nin Anayasal, Siyasal ve Toplumsal Açından Çarpıcı Meselelere İlişkin Davalardaki Belirleyici Oyları (Swing Vote)

a. Eşcinsel Evlilik: Obergefell v. Hodges (2015)

Anthony Kennedy'nin Demokrat başkanlar tarafından atanan liberal yargıçların yanında yer aldığı ve kararı 4'e karşı 5 oyla alınan önemli davalardan birisi Obergefell v. Hodges¹¹⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Davanın özü eyaletlerin eşcinsel evlilikleri kanuni düzeyde yasaklamalarının Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan “*due process* (hukuki gerekler)” ve “*equal protection* (eşit koruma)” ibarelerine aykırılık teşkil edip etmediğidir¹¹⁵.

112 Nolan ve diğerleri, s. 2-3.

113 Bkz. Kristin M. McGaver, “Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States”, *Minnesota Law Review*, Vol. 101, 2017, <https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2017/02/McGaver.pdf>, s. 1277.

114 576 US _ (2015).

115 Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin 1. fıkrası şu şekildedir: “Birleşik Devletler'de doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçirilmiş ve bu sebeple Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes Birleşik Devletler'in ve ikamet ettikleri eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağımsızlıklarını kısıtlayacak kanun yapamayacağı veya uygulayamayacağı gibi hiçbir eyalet hukuki gerekler olmaksızın kimseyi yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakamayacak; yine hiçbir eyalet kendi yetkisi dâhilinde olan bir kişiyi kanunların eşit

Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin birinci fıkrası federal devleti değil eyaletleri muhatap almaktadır.¹¹⁶ İlgili hükmün birçok hakkın anayasal bağlamda güvence altına alınmasının kaynaklarından biri olduğunu söyleyebiliriz¹¹⁷. Buna göre eyaletlerin usuli güvence ve korumalarla birlikte, ifade özgürlüğü gibi Haklar Bildirgesi'nde listelenen haklar ile evlenme hakkı gibi Anayasa ve değişiklik maddelerinde açıkça belirtilmeyen hakları da sağlamaları esastır.¹¹⁸ Nitekim XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresinin konulma amaçlarından birisi de bireylere eyaletler karşısında federal nitelikli bir koruma sağlamaktır¹¹⁹.

XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki Due Process ibaresinin usuli (procedural) ve maddi (substantive) olmak üzere iki unsuru olduğu belirtilmektedir. Usuli due process ilkesi bireylerin yaşamlarının, özgürlüklerinin veya mülklerinin etkilenebileceği yargılamaların adil olmasını güvence altına almaktadır. Söz gelimi tanıklarla yüzleşme (right to confront witnesses), hızlı bir şekilde yargılanma (right to a speedy trial), jüri huzurunda yargılanma (right to a jury) gibi haklar usuli due processin kapsamındadır¹²⁰. Maddi due process ise özel hayatın gizliliği, evlenme gibi birtakım hakların mahkemeler aracılığıyla korunmasına hizmet eder¹²¹. Bu hakların Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesinde açıkça zikredilmesine gerek yoktur. Amerikan Yüksek Mahkemesi de gerek Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi gerekse de XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibarelerinin Anayasa'da açıkça zikredilmeyen haklar için de koruma sağladığını belirtmiştir¹²². Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer alan due process ibaresi tipik olarak bireylerin mülküne veya özgürlüklerine müdahale edilmesi durumunda uygulanacak usulleri işaret etmekteyken zamanla due process teriminin anlamı gerek yürütme gerek yasama organı işlemlerinin gerekçesiz ve keyfi

korumasından yoksun bırakamayacaktır." Bu hükmün hiçbir eyaletin hukuki gerekler olmaksızın kimseyi yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakamayacağı kısmı due process (hukuki gerekler) ibaresi, hiçbir eyaletin kendi yetkisi dâhilinde olan bir kişiyi kanunların eşit korumasından yoksun bırakamayacağı şeklindeki kısmı ise equal protection (eşit koruma) ibaresi olarak bilinmektedir. Yine aynı maddenin 5. fıkrası "*Kongre uygun gördüğü kanunlar aracılığı ile bu maddenin uygulanmasını sağlar.*" ifadesine yer vermektedir.

116 Amerikan Anayasası'nın V. Değişiklik Maddesi'ndeki "*Hiç kimse... hukuki gerekler olmaksızın yaşamından, özgürlüğünden veya mülkünden mahrum bırakılamaz.*" ibaresi de bir due process ibaresidir. Bununla birlikte ilgili hükmün muhatabı eyaletler değil federal devlettir.

117 Hemen belirtelim Amerikan Anayasası'nın orijinal metninde bir hak ve özgürlükler katalogu yoktur. Bu husus U.S. Bill of Rights (Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi) olarak da bilinen ilk on değişiklik maddesinin kabul edilmesi ve yürürlüğe girmesi ile güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesinde bütün kişi hak ve özgürlüklerinin güvence altına alındığını söylemek zordur. Söz gelimi özel hayatın gizliliği hakkı ilk on değişiklik maddesinde dahi açıkça düzenlenmemektedir. Bununla birlikte Amerikan Anayasası'nın IX. Değişiklik Maddesi'nin "*Anayasa'da belirli hakların sıralanması, halkın sahip olduğu diğer hakların reddedilmesi veya küçümsenmesi anlamına gelmez.*" ifadeli hükmü Haklar Bildirgesi'nde dahi açıkça bahsedilmeyen hakların güvence altına alınması açısından XIV. Değişiklik Maddesi'yle birlikte önemli bir teminatır.

118 Nathan S. Chapman ve Kenji Yoshino, "The Fourteenth Amendment Due Process Clause", **Interactive Constitution Center**, <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-xiv/clauses/701#:~:text=No%20State%20shall%20make%20or,equal%20protection%20of%20the%20laws.> (17.09.2020).

119 Chapman ve Yoshino, aynı eser.

120 Chandra Fitzpatrick, **The 14th Amendment: Transforming American Democracy**, American Bar Association Division for Public Education, Chicago, 2016, https://law.und.edu/_files/docs/faculty/other/14th-amendment-aba-planning-guide.pdf, (17.09.2020) s. 4.

121 Fitzpatrick, s. 4.

122 Chipman ve Yoshino, aynı eser.

olamayacağı şeklinde genişlemiş ve evrime uğramıştır¹²³. Bu şekilde due process terimi usuli güvencelerin ötesinde devlet iktidarına yönelik birtakım maddi sınırlandırmalar da getiren bir hüviyete bürünmüştür¹²⁴.

Amerikan Anayasası'nın ilk on değişiklik maddesinin muhatabı prensip olarak federal devlettir. Bununla birlikte Amerikan Yüksek Mahkemesi XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi bağlamında Bill of Rights'taki tüm bireysel güvenceler olmasa da birçok güvencenin eyaletlere karşı da koruma sağladığına hükmetmiştir. Burada hangi hakların veya güvencelerin eyaletleri de muhatap alacağı Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin takdirindeki bir husustur. Buna göre Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesindeki bir güvence eyaletleri de kapsamına alıyorsa (*incorporated against the states*) federal devlet kadar eyaletler de buna uymak zorundadır. Aksi durumda Anayasa'nın ilk on değişiklik maddesindeki bir hüküm eyaletleri kapsamına almıyorsa ilgili koruma veya güvencenin muhatabı sadece federal devlettir¹²⁵.

Obergefell v. Hodges Davası'nın arka planında Ohio, Michigan, Kentucky ve Tennessee eyaletlerinin eşcinsel evlilik üzerine uyguladıkları yasakların anayasaya aykırı olduğu iddiası yer almaktadır. Nitekim belirtilen eyaletlerin mevzuatları evliliği kadın ve erkek arasında meydana gelen birlik olarak tanımlamaktadır. Başvurucular eşcinsel evliliklere yönelik yasakların XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki hukuki gerekler (due process) ile eşit koruma (equal protection) ibarelerine aykırı olduğunu belirterek buldukları eyaletlerin yargı yetkisi dâhilindeki federal bölge mahkemelerine başvurmuşlardır. Bu hususta her bir ilk derece mahkemesi başvurucuların lehine karar vermesine rağmen 6. Çevre Temyiz Mahkemesi bu kararları bozmuş ve eşcinsel evliliğin yasaklanmasının anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir¹²⁶.

Mesele Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşındığında Mahkeme'nin Demokrat başkanlar tarafından aday gösterilen ve liberal felsefi ve hukuki görüşleriyle bilinen üyeleri Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Elena Kegan ve Sonia Sotomayor idi¹²⁷. Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen üyelerinin sayısı ise beşti. Bu beş üyenin dördü muhafazakâr dünya ve hukuki görüşleriyle bilinen yargıçlar Antonin Scalia, Clarence Thomas, John Roberts ve Samuel Alito idi¹²⁸. Anthony Kennedy

123 Tushnet, s. 246.

124 Tushnet, s. 246.

125 Chipman ve Yoshina, aynı eser.

126 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/576/14-556/>, (17.09.2020), Obergefell v. Hodges, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2014/14-556>, (17.09.2020). Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, (19.09.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

127 Ruth Bader Ginsburg ve Stephen Breyer Başkan Bill Clinton tarafından aday gösterilip atanmışlardır. Elena Kegan ile Sonia Sotomayor ise Başkan Barack Obama tarafından aday gösterilip atanmış Yüksek Mahkeme yargıçlarıdır.

128 Bu üyelerden Antonin Scalia, Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanmıştır. Clarence Thomas, Başkan George Herbert Walker Bush tarafından aday gösterilip atanmıştır. John Roberts ile Samuel Alito ise Başkan George Walker Bush tarafından aday gösterilip atanmıştır. Yine John Roberts, Başkan George W. Bush tarafından Yüksek Mahkeme baş yargıçlığı için aday gösterilmiş ve bu sıfatla ataması yapılmıştır. Hemen belirtelim mevcut Yüksek Mahkeme yargıcının Yüksek Mahkeme başyargıcı olması için de başkan tarafından bu mevki için aday gösterilerek Senato tarafından onaylanması gerekir. Bununla birlikte John Roberts ilk olarak George W. Bush tarafından, emekli olan yargıç Sandra Day O'Connor'ın yerine aday gösterilmiş; Senato onay süreci beklenirken ise baş yargıç William

ise Cumhuriyetçi Başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanmakla birlikte felsefi görüş açısından daha ılımlı veya merkezde bir yargıç profili sergilemekteydi.

Obergefell v. Hodges Davası kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi evlenme hakkının Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin due process ibaresi kapsamında korunan anayasal haklardan birisi olduğuna ve bu hakkın aynı cinsiyete mensup bireyler arasındaki evlenmeyi de barındırdığına hükmetmiştir¹²⁹. Yine Yüksek Mahkeme XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki equal protection ibaresinin de aynı cinsiyete mensup kişilerin evlenmesini güvence altına aldığını belirtmiştir. Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşüne göre XIV. Değişiklik Maddesi'nde yer alan due process ibaresi Anayasa'da sayılan özgürlükleri korumakla birlikte kişi onuru ve otonomisinin merkezinde olduğu birtakım hak ve özgürlükler de due processin korumasına tabidir. Nitekim evlenme hakkı da bu bağlamda Anayasa tarafından güvence altına alınmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre hemcinsler arası evlilik hakkı da farklı cinsler arasındaki evlilik hakkının garanti altına alındığı şekilde anayasal koruma altında olmalıdır¹³⁰. Buna göre XIV. Değişiklik Maddesi eyaletlere tıpkı farklı cinsler arası evlilik gibi eşcinsel evlilikleri tanıma ve düzenleme yükümlülüğü getirmektedir. Kennedy'nin ifadeleri gereğince aynı cinsiyete mensup kişilerin bütün eyaletlerde evlilik hakkından yararlanmaları anayasal bir gereklilik olduğu için eyaletler kanuni düzeyde eşcinsel evliliğe yasaklama getiremezler¹³¹. Nitekim Yüksek Mahkeme kararı, eşcinsel çiftlerin evlilik hakkını bütün eyaletlerde kullanabileceklerinin ve bir eyaletin hemcinsler arası evlilik olduğu için başka bir eyalette gerçekleşen kanuni bir eşcinsel evliliği tanımamasının hukuka aykırı olduğunun altını çizmiştir¹³².

Obergefell v. Hodges kararında Baş Yargıç Roberts ile yargıçlar Scalia, Thomas ve Alito'nun her biri kendi karşı oy gerekçelerini kaleme almıştır. Antonin Scalia ve Clarence Thomas'ın da katıldıkları karşı oy yazısında John Roberts, Anayasa'nın evlilik konusunda herhangi bir hüküm ihtiva etmediğini ve Anayasa'yı kaleme alanların evlilik konusundaki düzenlemeleri eyaletlere bıraktıklarını belirtmiştir. Nitekim her eyalet, kuruluş döneminde evliliği geleneksel ve biyolojik anlamıyla kadın ve erkek arasında meydana gelen birliktelik olarak tanımlamıştır¹³³. Baş Yargıç Roberts, çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların herhangi bir ilke ya da geleneğe dayanmaktan ziyade yargısal politika koyma faaliyetine giriştiklerini belirtmiştir. Roberts'a göre kendisi bir kanun koyucu olsa idi eşcinsel evlilikleri sosyal politika bağlamında ele alabilirdi; lakin bir yargıç olarak çoğunluk görüşüne imza atan yargıçların pozisyonu anayasa hukuku açısından savunulamaz durumdadır¹³⁴. Baş Yargıç

Rehnquist'in vefatı üzerine başkan Bush John Roberts'ın yargıç adaylığını çekmiş ve kendisini baş yargıç aday olarak belirlemiştir. Sandra Day O'Connor'ın yerine ise başkan Bush tarafından Samuel Alito aday gösterilmiştir.

129 Yüksek Mahkeme 1978 yılında verdiği Zablocki v. Redhail Davası (434 U.S. 374) kararında evlenme kararının özel hayatın gizliliği hakkı ile korunan bireysel kararlardan birisi olduğuna hükmetmişti. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 928.

130 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 10-12, (Kennedy, J.). Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşüne göre evliliğe ilişkin kişinin seçim yapma hakkı kişisel otonomi kapsamında olup özgürlük ile evlilik arasında daimi bir bağ vardır. Evliliği sadece farklı cinsiyete mensup bireyler arasında sınırlamak uzun süre doğal karşılanmış olsa da evlilik hakkının temel anlamıyla çelişmektedir. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 12, 17, (Kennedy, J.).

131 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 27-28, (Kennedy, J.).

132 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 28, (Kennedy, J.).

133 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 7, (Roberts, C. J., dissenting).

134 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 10, (Roberts, C. J., dissenting). Yargıç Antonin Scalia da Clarence Thomas'ın katıldığı karşı oy yazısında çoğunluk görüşüne imza atan beş yargıçın esasen yasama yetkisi alanına giren bir

Roberts, evlilik kanunlarının equal protection ibaresini de ihlal etmediğini, çünkü farklı cinsler arası evlilik ile hemcinsler arası evlilik arasında bir ayrım yapmanın geleneksel evlilik kurumunu muhafaza etmede eyaletlerin meşru menfaati dâhilinde olduğunu belirtmiştir¹³⁵.

Özetle, Obergefell v. Hodges Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile eyaletlerin eşcinsel bireyler arasındaki evliliği mevzuatlarında yasaklamalarının Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nde düzenlenen hukuki gerekler (due process) ile eşit koruma (equal protection) ibarelerine aykırı olduğuna hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme evlilik hakkının due process ibaresinde yer alan bireyin özgürlüğünün ve otonomisinin bir parçası olduğunun altını çizmiş, anayasal düzeyde hemcinsler arası evliliklerin farklı cinsler arası evliliklerden farklı bir muamele görmesinin söz konusu olamayacağını belirtmiştir¹³⁶. Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, eyaletlerin eşcinsel evlilikler üzerine belirledikleri yasakların anayasaya aykırı olduğu anlamına gelmektedir. Obergefell v. Hodges kararında Yüksek Mahkeme due process ilkesinin maddi boyutuna odaklanmıştır. Bunun yanında Amerikan Yüksek Mahkemesi, eşcinsel bireylerin evlilik hakkının equal protection ibaresinin de bir sonucu olduğunu vurgulayarak due process ile equal protection ibareleri arasında genel anlamda bir görevdeşlik ve birliktelik olduğunu da gözler önüne sermiştir¹³⁷.

Obergefell v. Hodges Kararı'nda çoğunluk görüşüne imza atan beş yargıç yaklaşık iki sene önce de United States v. Windsor¹³⁸ Davası ile evliliği bir kadın ve bir erkek arasındaki resmî birliktelik olarak tanımlayan federal nitelikteki Evliliğin Korunması Kanunu'nu (Defence of Marriage Act) anayasaya aykırı bulmuştu¹³⁹. Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü, Defence of Marriage Act'in muhatabı Federal Devlet olan Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresine aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁴⁰. Çoğunluk görüşüne göre ilgili kanun, birtakım eyaletlerde resmî evlilik bağı içerisinde bulunan eşcinsel bireyleri evliliğe bağlı federal haklardan mahrum bırakarak eşcinsel evliliklerin onuruna ve eyaletlerin egemenlik yetkilerini kullanmalarına müdahale etmektedir¹⁴¹. Anthony Kennedy'nin ifadelerinde yer bulan çoğunluk görüşü, eyaletlerin

konuda yargısal faaliyette bulduklarını belirtmiştir. Scalia, Anayasa'nın belirlediği birtakım sınırlara uymak kaydıyla eyaletlerin dilediği şekilde kanun yapma yetkilerinin olduğunu vurgulamıştır. Scalia'ya göre halkın, seçilmemiş dokuz yargıç karşısında ikinci plana koyulduğu bir yönetim sistemi demokrasi ilkesiyle bağdaşmaz. Scalia, hak ve özgürlüklere ilişkin siyasi organlara yönelik Anayasa'nın koyduğu sınırlamaların dışında kalan hususların eyaletlerin yetki alanına girdiğini ve bu konularda eyaletlerin veya halkın dilediği şekilde düzenleme yapılabileceğini belirtmiştir. Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pgs. 3, 5, (Scalia, J., dissenting).

135 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 24, (Roberts, C. J., dissenting).

136 Anthony Kennedy'nin kaleme aldığı çoğunluk görüşü uyarınca tıpkı due process ibaresi gibi equal protection ibaresi de eşcinsel birlikteliklerin hukuki düzeyde farklı cinsler arası birliktelikten farklı muamele görmesini yasaklamakta ve evlenme hakkına yönelik dayanaksız sınırlandırmalara cevaz vermemektedir. Nitekim hemcinsler arası birlikteliklerin tanınmaması toplumdaki eşcinsel bireylerin saygı görmemesi ve ikincilleştirilmesi anlamına gelir. Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 22, (Kennedy, J.).

137 Bkz. Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), pg. 20, (Kennedy, J.).

138 United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf>, (19.09.2020), Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

139 Nolan ve diğerleri, s. 7.

140 Bkz. United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), pgs. 20, 25, (Kennedy, J.).

141 Bkz. United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), pg. 21, (Kennedy, J.).

evlilik kanunlarıyla kişilik ve haysiyetleri korunmaya çalışılan bireyleri hor gören ve yaralayan ilgili federal kanunun Anayasa'nın V. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁴².

Obergefell v. Hodges Davası'nda Yüksek Mahkeme kararının eşcinsel evliliklerin Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin koruması altında olduğu şeklinde olmasında en büyük faktör Anthony Kennedy olmuştur. Nitekim hükmün verildiği tarihte Yüksek Mahkeme'nin Kennedy dışındaki sekiz yargıcından Ginsburg, Kagan, Sotomayor ve Breyer liberal; Scalia, Thomas, Roberts ve Alito ise muhafazakâr kimlikleriyle bilinen yargıçlardı ve ilgili davadaki kullandıkları oylar önceden tahmin edilebilirdi. Anthony Kennedy'nin Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilip atanan merkez yargıç olarak ne yönde oy kullanıp Yüksek Mahkeme hükmünü nasıl şekillendireceği daha bir merak konusuydu. Bununla birlikte yukarıda da belirttiğimiz hâlihazırda federal düzeyde eşcinsel evliliklere anayasal güvence sağlayan United States v. Windsor Davası Yargıç Kennedy'nin Obergefell v. Hodges Davası'ndaki görüşü açısından ışık tutucu nitelikteydi. Nitekim United States v. Windsor kararında beş yargıcın imzasının olduğu çoğunluk görüşünde kullanılan dil Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin eşcinsel evlilikler üzerine öngörülen yasaklamaları anayasaya aykırı bulacağıının habercisiydi¹⁴³. Yine de eşcinsel evliliğe getirilen yasaklamaların anayasal durumu gibi Amerikan liberal ile muhafazakâr hukukçular arasında derin görüş ayrılıklarının olduğu bir konuda liberal Yüksek Mahkeme yargıçlarının yanında yer almanın Cumhuriyetçi bir başkan tarafından aday gösterilerek atanan bir yargıç için çok fazla görülebilecek bir durum olmadığını belirtelim. Richard Nixon döneminden beri liberal yargıçların azınlıkta olduğu bir Yüksek Mahkeme yapısı içinde gerek Obergefell v. Hodges gerekse United States v. Windsor Davaları'ndaki kararların liberal eksenli çıkması, Anthony Kennedy'nin merkez yargıç profilinin bir sonucudur. Anthony Kennedy kaleme aldığı çoğunluk görüşünde bireylerin samimi ilişkiler kurmasını özgürlüğün boyutunun içerisinde yer aldığını belirtmiş ve eşcinsel bireylerin evlilik hakkının Birleşik Devletler Haklar Bildirgesi'nden yorum yoluyla çıkarılan haklardan birisi olduğunu teyit etmiştir¹⁴⁴.

b. Kürtaj: *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* (2016)

Anthony Kennedy'nin, belirleyici oyu ile sonucuna doğrudan etki ettiği diğer bir çarpıcı dava *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*¹⁴⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır. 2013 senesinde Teksas Yasama Organı (*Texas Legislature*), Teksas Temsilciler Meclisi kaynaklı bir kanun teklifini kabul etmiştir¹⁴⁶. Kanunun

142 Bkz. *United States v. Windsor*, 570 U.S. ____ (2013), pgs. 25-26, (Kennedy, J.).

143 Fisher ve Harriger, s. 970.

144 Lamparello, eşcinsel bireylerin evlilik hakkının tanınması hususunda Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresinin (equal protection clause) izlenmesinin daha tutarlı bir yol olduğunu belirtmektedir. Lamparello'ya göre Kennedy'nin gerekçesi karşısında çok eşlilerin, uyuşturucu bağımlılarının, intihar taraftarlarının ve satanistlerin yeni keşfedilen haklarının olması söz konusu olabilir. Yazara göre eğer Anayasa nihayetinde bireyin kimliğini güvence altına alıyorsa bahsedilen bireylerin özgürlük kavramının sınırları dâhilinde korunmalarının söz konusu olmadığını kim söyleyebilir? Adam Lamparello, "The Legacy of Anthony M. Kennedy", *Savannah Law Review*, Vol. 2, No. 2, 2015, <https://www.savannahlawschool.org/wp-content/uploads/volume2number2-article01.pdf>, (26.09.2020), s. 302.

145 579 US _ (2016).

146 Hemen belirtelim Teksas Eyalet Yasama Organı (Texas State Legislature) çift meclisli bir yapıyı haiz olup, 31 üyeli Senato ile 150 üyeli Temsilciler Meclisi'nden oluşmaktadır.

anayasaya aykırılığı söz konusu olan bir hükmü, kürtaj işlemini gerçekleştiren doktorlara kürtajın gerçekleştirildiği kliniğin 30 mil çevresindeki bir hastaneden halen geçerli olan hasta kabul izninin (*hospital admitting privileges*) olması zorunluluğu getirmiştir. Anayasaya aykırılığı ileri sürülen diğer hüküm ise kürtaj kliniklerinin Teksas mevzuatı gereğince ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde (*ambulatory surgery center*)¹⁴⁷ olması gereken asgari standartlara sahip olmasını zorunlu kılmaktadır. İlgili hükümlerin anayasa aykırı olduğu gerekçesiyle McAllen ve El Paso'daki kürtaj tesisleri ile bağı olan ve kürtaj uygulayan doktorlar Teksas Eyaleti'ne karşı dava açmıştır. Davacılar bahsi geçen kanun hükümlerinin Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Federal Bölge Mahkemesi anayasaya aykırılığı ileri sürülen iki hükmün yürürlüğü hususunda ihtiyati tedbir kararı vermiştir. Nitekim Bölge Mahkemesi kürtaj kliniklerine getirilen ayakta tedavi merkezlerinin asgari standartlarını karşılama koşulu ile kürtaj yapan doktorlara yönelik öngörülen geçerli bir hasta kabul izninin olması koşulunun ağır bir külfet getirdiğini ve kürtaj yaptırmak isteyen kadınlar açısından kabul edilemez nitelikte bir engel oluşturduğunu belirterek ilgili hükümlerin yürürlüğünü durdurmuştur. 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi ise davacıların, ilgili kanun hükümlerinin kürtaj isteği olan kadınlara önemli ölçüde bir külfet getirdiğini ispatlamada yetersiz kaldıkları gerekçesiyle ihtiyati tedbir niteliğinde olan kararı kısmen de olsa kaldırmıştır¹⁴⁸. Akabinde anayasaya aykırılık iddiası Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır.

İlgili kanunun anayasaya aykırılığı hususunda kararın verildiği tarihte Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sekiz üyesi bulunmaktaydı. Nitekim Yüksek Mahkeme üyesi Antonin Scalia 13 Şubat 2016 tarihinde vefat etmişti. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası kararının verildiği 27 Haziran 2016 tarihinde ise Scalia'nın yerine henüz bir yargıç ataması gerçekleştirilememişti. 3'e karşı 5 yargıcın oyuyla alınan kararda Amerikan Yüksek Mahkemesi, gerek hasta kabul izni koşulunun (*admitting-privileges requirement*) gerekse ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standartlarını karşılama koşulunun (*surgical-center requirement*) kürtaj yaptırmak isteyen kadınların kürtaj imkânlarına erişmelerinde aşırı bir külfet (*undue burden*) getirdiği gerekçesiyle Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'nin birinci fıkrasına aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Thomas ve Alito'nun karşı oyları karşısında Breyer, Kennedy, Ginsburg, Sotomayor ve Kagan'ın çoğunluk oyları ile alınmıştır.

Yargıç Breyer tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşü, gerek hasta kabul izni koşulunun gerekse ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama koşulunun kürtaj merkezlerine erişimi sınırlandırmayı meşrulaştıracak herhangi bir tıbbi fayda sağlamadığının altını çizmiştir¹⁴⁹. Yüksek Mahkeme, eyaletin tıpkı diğer tıbbi uygulamalarda olduğu gibi kürtajda da kürtaj yaptıran bireyin

147 Ayakta tedavi/cerrahi merkezleri teşhis ve önleyici sağlık hizmeti olanakları da olan, prensip olarak bireyin ameliyat olarak aynı gün taburcu edildiği tıp merkezleridir. Ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde göz ameliyatları, kolonoskopi gibi cerrahi operasyonlar uygulanmaktadır. What Is an ASC?. Advancing Surgical Care, <https://www.ascassociation.org/advancingsurgicalcare/asc/whatisanasc>, (20.10.2020).

148 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020); *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, Facts of the Case, Oyez, <https://www.9oyez.org/cases/2015/15-274>, (28.09.2020). Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

149 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.).

güvenliğini azami ölçüde temin edecek şekilde düzenlemeler yapmasında meşru menfaatinin olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Bununla birlikte Yüksek Mahkeme'ye göre her ne kadar eyaletin birtakım meşru menfaatleri gözetebileceği belirtilse de bir kanunun kadına tercihini yapma yolunda önemli bir engel oluşturması durumunda artık meşru amaca ulaşmada bir araç olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır¹⁵¹. Çoğunluk görüşü, anayasaya aykırılığı iddia edilen hükümlerin kadınların sağlığına ilişkin anlamlı denetim yollarını mümkün kılacak şekilde herhangi bir tıbbi fayda sağlamadan Teksas eyaletinde kürtaj isteği olan kadınlara yönelik engelleri muazzam bir şekilde arttırdığının altını çizmiştir¹⁵². Nitekim kayıtlara göz atıldığında, kürtaj kliniklerinin ayakta tedavi/ cerrahi merkezlerinin standardını karşılama koşuluna tabi tutulmasının zaruri ve hastaların yararına olmadığı sonucu çıkmaktadır¹⁵³.

- 150 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.); *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113, 150 (1973). *Roe v. Wade* Kararı'nın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>, (01.10.2020). Kürtajın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi kapsamında özel hayatın gizliliği hakkının bir parçası olarak anayasal düzlemde tanınmasında *Roe v. Wade* Davası'nın büyük bir yeri vardır. 2'e karşı 7 oyla ilgili davada Yüksek Mahkeme Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki due process ibaresi kapsamında olan özel hayatın gizliliği hakkının hamile kadının kürtaj yaptırıp yaptırmama konusundaki tercih özgürlüğünü koruduğuna, bununla birlikte bu hakkın mutlak olmadığına ve kadının sağlığı ve doğum öncesi yaşamının korunması hususlarında kamu menfaati ile dengelenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Davanın arka planında kürtaja sadece hamile kadının hayatının korunması amacıyla tıbbi gereklilik olması durumunda izin veren cezai nitelikteki Teksas kanunlarının anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi vardı. Yüksek Mahkeme'nin kararı, hamileliğin ilk ve ikinci (birtakım sınırlandırmalarla birlikte) üç aylık dönemleri içerisinde kürtajın anayasal bir hak olduğu anlamına geliyordu. Fisher ve Harriger, s. 90, 873.
- 151 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Breyer, J.); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992). *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* kararının tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>, (01.10.2020). Yüksek Mahkeme yukarıda değindiğimiz *Roe v. Wade* kararında kürtajın anayasallığı hususunda üç aylık dönem analizi (trimester analysis) oluşturmuştu. Buna göre hamileliğin ilk üç aylık döneminde hamile kadına danıştıktan sonra doktor herhangi bir resmi müdahale ya da kısıtlama olmaksızın kürtaj yapabilmekte özgürdür. Hamileliğin ikinci üç aylık döneminde eyalet, kadının sağlığını korumak amacıyla kürtaj konusunda düzenleme yapabilecek ancak kürtajı yasaklayamayacaktır. Hamileliğin son üç aylık döneminde ise fetüsün potansiyel yaşamını korumak için hamile kadının sağlığı için zaruri olması dışında eyalet kürtajı yasaklayabilmektedir. Üç aylık dönem analizi *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* kararı ile terkedilerek yerine Yüksek Mahkeme tarafından "aşırı külfet standardı (undue burden standard)" getirilmiştir. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 17. Buna göre bir eyalet düzenlemesi gelişme geriliği olan fetüse (nonviable fetus) sahip olan ve kürtaj isteyen kadına muazzam bir engel getirme amacı ya da etkisi taşıyorsa anayasaya aykırıdır. Bu tür düzenlemeler kürtaj kararı almada kadınlara aşırı yük getirmektedir. Bkz. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833, 877 (1992).
- 152 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 37, (Breyer, J.). Yüksek Mahkeme kararı uyarınca hasta kabul izni koşulunun yürürlüğe girmesi ile üreme çağındaki kadınların kürtaj sağlayıcısına 150 milden fazla mesafede olanların sayısının yaklaşık 86.000'den 400.000'e yükselmesi söz konusudur. Kürtaj kliniklerine olan mesafenin artması başlı başına bir nevi "aşırı külfet" olarak değerlendirilemez. Lakin mesafelerin artması ile herhangi bir etkili sağlık yardımı öngörülmemesi hususları bir arada ele alındığında kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik aşırı yük getirildiği sonucu çıkmaktadır. Nitekim ilgili kanuni düzenleme kliniklerin yaklaşık olarak yarısının kapanması anlamına gelmektedir. Bu husus ise daha az doktor, daha uzun bekleme sürelerine ve daha çok kalabalığa yol açacak niteliktedir. Yine doktorların 30 mil mesafedeki hastanelerden hasta kabul izin belgesi alma talepleri reddedilebilmekte ve bunlar tıbbi yeterliliğin sağlanamaması dışındaki gerekçelerle olabilmektedir. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 25 – 26, (Breyer, J.).
- 153 Esasında anayasaya aykırılık meselesinin ilk olarak ele alındığı Bölge Mahkemesi'nin görüşü olan bu husus Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından da teyit edilmiştir. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 29 – 30, (Breyer, J.). Yine çoğunluk görüşüne göre kayıtlara bakıldığında ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama koşulunun kürtajla bağımlı komplikasyonlar açısından da bir fayda sağlamadığı sonucu çıkmaktadır. Kayıtlara bakıldığında kürtaj tesislerinde gerçekleştirilen kürtajların hastane dışında gerçekleştirilen diğer operasyonlardan çok daha güvenli olduğu sonucu da çıkmaktadır. Nitekim 2001 senesinden 2012 senesine dek Teksas'ta kürtaj kaynaklı gerçekleşen beş ölüm vakası vardır. Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 30, (Breyer, J.).

Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşüne imza atmasının yanında *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* kararında kısa bir farklı gerekçe/mutabık görüş (concurring opinion) yazısı kaleme almıştır. Yargıç Ginsburg, ilgili Teksas kanununun kürtaj yapma izni olan klinik ve doktor sayısının düşmesine yol açacağını belirtmiştir. Teksas Eyaleti söz konusu kısıtlamaların kürtajın komplikasyonlarından korumaya yönelik kadının sağlığını gözeten tedbirler olduğu için anayasal olduğunu belirtmiştir. Hâlbuki Yargıç Ginsburg, kürtajın komplikasyonlarının oldukça nadir olarak ortaya çıktığını ve genelde de tehlikeli olmadığını belirtmiş, doğum da dâhil olmak üzere birçok daha tehlikeli operasyon için ayakta tedavi/cerrahi merkezinin standardını karşılama ile hasta kabul izin koşullarının aranmadığının altını çizmiştir¹⁵⁴. Bu açıdan ilgili kanunun kadınların sağlığını koruma işlevinin olduğunu söylemek pek de mantıklı olmadığı gibi kanun basitçe kürtaj işlemine daha zor erişilmesi sonucuna yol açmaktadır¹⁵⁵.

Karşı görüş yazısında Clarence Thomas, Yüksek Mahkeme'nin hatalı bir karara imza atarak kadınların kürtaj hakkının doktorlar ve klinikler aracılığıyla dolaylı olarak korunmasına imkân tanıdığını belirtmiştir. Hâlbuki prensip olarak davacılar başkalarının anayasal haklarının korunması amacıyla talepte bulunamazlar. Somut olayda ise doktorlar ve klinikler, korunması talep edilen farazi kürtaj hakkının süjesi değildir¹⁵⁶. Yargıç Thomas'a göre çoğunluk görüşü, kanun ile kürtaja yönelik getirilen külfetler ile kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik öngörülen faydaların bir arada ele alındığı bir tür denge ölçütü (*benefits-and-burdens balancing test*) dayanmaktadır ki bu husus *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey* Davası ile getirilen aşırı külfet standardıyla çelişmektedir. Clarence Thomas, Anayasa'nın ne anlama geldiği hususunda belirleyici olan geleneklerin yerine geçecek şekilde uydurma ölçütler (*made-up tests*) öngörmenin meşru olmadığını belirtmiştir. Kanunun tıbbi gerekçesi muğlak olmasına rağmen çoğunluk görüşü bu hususu yasama organının takdirine bırakmak yerine kanunun kürtaj erişimine karşı getirdiği sınırlamanın tıbbi gerekçesini kendisi değerlendirmiştir. Hâlbuki Yargıç Thomas'a göre tıbbi açıdan muğlak olan meseleleri çözme yetkisi yargı organında değil yasama organında olmalıdır. Çoğunluk görüşünün bir yansıması olarak artık bir kanunun anayasaya uygun olması için meşru eyalet menfaati (*legitimate state interest*) ile makul bir ilişkisinden daha fazlası aranacaktır¹⁵⁷.

Baş Yargıç Roberts ve Yargıç Thomas'ın katıldığı diğer karşı görüş yazısını kaleme alan Samuel Alito, davacıların anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanun hükümlerinin kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik aşırı külfet getirdiğini ispatlamada başarısız olduklarını belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme tarafından geçersiz kılınabilmeleri için söz konusu hükümlerin en azından Teksas'ta yaşayan üreme çağındaki kadınların büyük bir kısmını anayasaya aykırı olacak şekilde etkilemesi gerekir. Bunun içinse kanunla yeni getirilen koşulları sağlayan kliniklerin ya gerekli kapasiteden yoksun olmaları ya da üreme çağındaki kadınların büyük bir kısmına hizmet vermek için çok uzun mesafelerde yer almaları gerekmektedir¹⁵⁸. Alito, davacıların bu hususları ispatlamada yetersiz

154 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 1, (Ginsburg, J., concurring).

155 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pg. 2, (Ginsburg, J., concurring).

156 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 1-2, (Thomas, J., dissenting).

157 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pgs. 6-12, (Thomas, J., dissenting).

158 Bkz. *Whole Woman's Health v. Hellerstedt*, 579 US _ (2016), pt. III, pgs. 24-25, (Alito, J., dissenting).

kaldıklarını belirtmiştir. Nitekim davacılar doğrudan kanıt sunmak yerine kanunun kabulü akabinde kapanan kürtaj kliniklerine dikkat çekmiş ve bunların hepsinin ilgili kanun sebebiyle kapandıklarını ima etmişlerdir. Yine davacılar ayakta tedavi/cerrahi merkezlerinde gerçekleştirilen kürtajların eyalet bazında gerçekleştirilen toplam kürtajlara oranının düşüklüğüne vurgu yapmış ve ayakta tedavi/cerrahi merkezi standardını karşılayan tesislerin eyalette yaşayan kadınların taleplerine cevap veremeyecek nicelikte olduğunu belirtmiştir. Alito'ya göre davacılar bu konularda delil sunmakta pek de başarılı olamamışlardır. Alito, anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunun güvenli olmayan kürtaj kliniklerinin kapanması amacı güttüğünün açık olduğunu belirtmiştir¹⁵⁹.

Whole Woman's Health v. Hellerstedt kararı, bir kanunun hangi durumda aşırı külfet getirdiği hususundaki nihai kararın mahkemelerde olduğunun teyit edilmesi açısından önem taşımaktadır¹⁶⁰. Bu şekilde konuyu yasama organının takdirine bırakmak yerine mahkemelerin somut olayda delilleri serbest bir şekilde değerlendirebileceği de teyit edilmiştir¹⁶¹. Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda çoğunluk görüşünün Teksas kürtaj kanununun anayasaya aykırı olduğu şeklinde ortaya çıkmasında kilit rol ve belirleyici oyun sahibi Anthony Kennedy'dir. Nitekim Yüksek Mahkemede Kennedy dışındaki yargıçlardan muhafazakâr kimlikleriyle bilinen Roberts, Thomas ve Alito'nun Teksas kürtaj kanunun ilgili hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu yönünde oy kullanmaları ihtimali yok denecek kadar azdı. Tıpkı Obergefell v. Hodges Davası'nın karşı oy yazısında olduğu gibi Clarence Thomas'ın karşı oy yazısında da öngörülen kısıtların ve sınırlandırmaların yasama organının veya eyaletin takdir yetkisi ile meşru menfaati dâhilinde olduğunun altı çizilmiştir. Yine kararın verildiği tarihte Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan yargıçlar Ginsburg, Breyer, Kagan ve Sotomayor'un da ilgili kanun ile kürtaja getirilen sınırlandırmaları anayasaya aykırı bulacakları tahmin edilebilirdi. Bu hususta o dönem Yüksek Mahkemede ılımlı muhafazakâr veya merkez yargıç kimliği ile ön plana çıkan Anthony Kennedy tıpkı Obergefell v. Hodges Davası'nda olduğu gibi liberal kanattaki yargıçlarla birlikte yer almıştır. Nitekim belirleyici oyu ile Kennedy, Yüksek Mahkeme'nin herhangi bir tıbbi yardım veya fayda öngörmeksizin kadınların kürtaja erişimini zorlaştırdığı gerekçesiyle Teksas kürtaj kanunu hükümlerini anayasaya aykırı bulunarak hükümsüz kılmasını sağlamıştır.

159 Bkz. Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US __ (2016), pgs. 25-26, (Alito, J., dissenting). Alito'nun karşı oy yazısında, anayasaya aykırılığı ileri sürülen kanunun birtakım kürtaj kliniklerinin kapanmasına yol açmakla birlikte kürtaj kliniklerinin başka sebeplerle de kapanabileceği belirtilmiştir. Bu durumlar Teksas'ta 2011 senesinde yürürlüğe giren bir kanun ile kürtaj yaptırımlarına yönelik aile planlama fonundan yardım yapılması usulüne son verilmesi, kürtaja olan rağbetin genel olarak azalması ve doktorların emekli olmasıdır. Bkz. Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US __ (2016), pgs. 27-28, (Alito, J., dissenting).

160 Mary Ziegler, "Liberty and the Politics of Balance: The Undue-Burden Test After Casey/Hellerstedt", **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 52, No. 2, Summer 2017, <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2017/07/Ziegler.pdf>, (04.10.2020), s. 461.

161 Ziegler, s. 461.

c. İdam Cezası: Kennedy v. Louisiana (2008)

Anthony Kennedy'nin Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla aynı safta yer alarak belirleyici oya sahip olduğu diğer bir çarpıcı dava Kennedy v. Louisiana¹⁶²'dir. Patrick Kennedy 8 yaşındaki üvey kızına karşı cinsel saldırı suçundan hüküm giymiştir. Louisiana mevzuatı bölge savcısına 12 yaşından küçük çocuklara cinsel saldırı suçundan hüküm giyenler hakkında idam cezası talep etme yetkisi vermektedir¹⁶³. Savcının talebi jüri tarafından da uygun görülmüş ve Patrick Kennedy idam cezasına çarptırılmıştır. Louisiana Yüksek Mahkemesi (Louisiana Supreme Court) her ne kadar Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Coker v. Georgia (433 U. S. 584) kararı ile yetişkin kadına cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sonucunda çarptırılan idam cezasının anayasaya aykırı olduğuna karar verdiğini belirtse de somut olayda mağdurun bir çocuk olduğunun altını çizerek idam cezası kararını onamıştır¹⁶⁴. Louisiana Yüksek Mahkemesi önüne gelen davada idam cezasına ilişkin bir ulusal mutabakata olup olmadığı ile söz konusu cezasının ölçülü olup olmadığına odaklanmıştır. Nihayetinde de Mahkeme, 1995 senesinden beri beş farklı eyalette daha idam cezası öngören benzer kanunların yürürlükte olduğunu ve çocukların savunmasız mahiyetlerini ve özel olarak korunmaya muhtaç konumlarını göz önüne alarak idam cezasını onamıştır. Hükümlü Kennedy beş eyaletin idam cezasını benimsenmesinin bir ulusal mutabakat oluşturmadığını ileri sürmüş ve Coker v. Georgia kararının mağdurun yaşına bakılmaksızın uygulanması gerektiğinden bahisle Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden anayasaya uygunluk denetimi yapmasını talep etmiştir¹⁶⁵.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın merkezinde neticesinde ölüm gerçekleşmeyen ve çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçundan dolayı verilen idam cezasının Amerikan Anayasası'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ndeki "*Ölçüsüz kefalet öngörülmeceği gibi ölçüsüz para cezası ile zalimane ve olağandışı cezalar verilmeyecektir.*" hükmüne aykırı olup olmadığı hususu vardır¹⁶⁶. Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'nin kasten öldürme dışındaki suçlar için idam cezasını yasakladığına ve söz konusu Louisiana kanun hükmünün

162 554 U.S. 407 (2008).

163 Çocuklara cinsel saldırı suçuna idam cezasını öngören kanuni değişiklik 1995 yılında gerçekleşmiştir ve hükümlü ilgili düzenlemenin yürürlüğe girmesinden sonra idam cezasına çarptırılan ilk hükümlüdür.

164 Nitekim Coker v. Georgia kararı yetişkin bir kadına cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sebebiyle idam cezası verilmesini yasaklasa da cinayet/kasten öldürme dışında bir suçtan ötürü verilen idam cezasının Amerikan Anayasası'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturup oluşturmadığı sorusuna yanıt vermemiştir.

165 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/554/07-343/index.pdf>, (09.10.2020); Kennedy v. Louisiana, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2007/07-343>, (09.10.2020).

166 Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Cornell Law School – Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZO>, (09.10.2020), pg. 1, (Kennedy, J.). Karara/çoğunluk görüşüne ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

anayasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Alito, Scalia ve Thomas'ın karşı oylarına karşı Kennedy, Souter¹⁶⁷, Stevens¹⁶⁸, Ginsburg ve Breyer'in çoğunluk oylarıyla alınmıştır.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın çoğunluk görüşü Anthony Kennedy tarafından kaleme alınmıştır. Çoğunluk görüşü, idam cezasının dar bir kategoride bulunan en ağır suçları işleyen ve kusurlarının yoğunluğu sebebiyle bu cezayı hak eden kişilere karşı öngörülmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁹. Bu bağlamda Yüksek Mahkeme çocuğun ölümü ile sonuçlanmayan veya çocuğun öldürülmesine yardım edilmediği cinsel saldırı suçu sebebiyle hükmedilen idam cezasının Anayasa'nın VIII. ve XIV. Değişiklik Maddelerine aykırı olduğunu belirtmiştir¹⁷⁰. Yüksek Mahkeme'ye göre Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi aracılığıyla eyaletlere uygulama kabiliyeti olan VIII. Değişiklik Maddesi gereğince hükmedilen ceza işlenen suç ile ölçülü olmalıdır¹⁷¹. Nitekim Coker v. Georgia kararındaki cinsel saldırının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ciddi bir ceza gerektirdiği; bununla birlikte moral açıdan ve birey ile kamunun gördüğü zararlar açısından insan yaşamına sebepsiz yere son verilen cinayet/kasten öldürme ile kıyaslanamaz olduğu şeklindeki ifadesini Yüksek Mahkeme yinelemiştir¹⁷². Yüksek Mahkeme'ye göre katil yaşama son vermekte, tecavüzcü ise işlediği suçtan

167 1990-2009 yılları arasında Yüksek Mahkeme yargıcı olarak görev yapan David Souter, Cumhuriyetçi Başkan George H.W. Bush tarafından aday gösterilmiş ve atanmıştır. Bununla birlikte Yargıç Souter zaman içerisinde kullandığı oylar ile Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer almaya başlamıştır. Bu sebeple Souter'in emekliliğini müteakip Barack Obama tarafından Sonia Sotomayor'un aday gösterilip atanması Yüksek Mahkeme içerisindeki liberal – muhafazakâr dengesini değiştirmemiş ve Anthony Kennedy'nin merkez yargıçlığı devam etmiştir. Bkz. Jeff Greenfield, "The Justice Who Built the Trump Court", *Politico Magazine*, 9 July 2018, <https://www.politico.com/magazine/story/2018/07/09/david-souter-the-supreme-court-justice-who-built-the-trump-court-218953>, (10.10.2020); Peter Barker ve Jeff Zeleny, "Souter's Exit to Give Obama First Opening", *New York Times*, 1 May 2009, <https://www.nytimes.com/2009/05/02/us/02souter.html?auth=login-google>, (10.10.2020).

168 Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde 1975-2010 yılları arasında görev yapan John Paul Stevens Cumhuriyetçi Başkan Gerald Ford tarafından aday gösterilip atanmıştır. Her ne kadar ılımlı muhafazakâr bir yargıç profili sergilese de Stevens bilhassa idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konularda Mahkeme'deki liberal yargıçlarla birlikte yer almıştır. John Paul Stevens'in kariyerinin son dönemindeki davalarda ise yoğun bir şekilde Yüksek Mahkeme'deki liberal blokla aynı safta yer aldığını görmekteyiz. Nitekim Yargıç Stevens kariyerinin son on altı senesinde liberal bir yargıç profili sergilemiştir. Garrett Eps, "The Case That Changed John Paul Stevens's Life", *The Atlantic*, 18 July 2019, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/john-paul-stevens-liberal-conservative/594241/>, (10.10.2020). 2010 senesinde emekli olduğunda Yargıç Stevens Yüksek Mahkeme'nin en yaşlı ikinci, en uzun süre görev yapan üçüncü üyesi idi. John Paul Stevens 2019 senesinde doksan dokuz yaşındayken vefat etmiştir. Bkz. Linda Greenhouse, "Supreme Court Justice John Paul Stevens, Who Led Liberal Wing, Dies at 99", *New York Times*, 16 July 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/16/us/john-paul-stevens-dead.html>, (10.10.2020).

169 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 9, (Kennedy, J.).

170 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 9, (Kennedy, J.). Louisiana'nın On üç yaşının altındaki çocuklara yönelik cinsel eylemleri idam cezası ile cezalandırması akabinde Georgia, Montana, Oklahoma, Güney Carolina ve Teksas da kanuni düzenlemelerinde çocuğa yönelik cinsel saldırıya yönelik idam cezası öngörmüşlerdir. Bu eyaletlerden dördü suçlunun daha önce bir cinsel saldırı suçundan hüküm giymesi koşuluyla idam cezasına çarptırılabilmesine hükmederken Georgia ise birtakım ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı halinde çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmektedir. Kırk dört eyalet çocuğa karşı cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmezken federal düzeyde Federal Death Penalty Act of 1994 ile kasten öldürme dışında idam cezası öngörülen suçların sayısı artırılmasına rağmen çocuğa karşı cinsel saldırı suçu bunlardan birisi olmamıştır. Federal düzeyde sadece cinsel istismar veya saldırı sonucunda mağdur hayatını kaybederse suçlu idam cezasına çarptırılabilir. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 12-13, (Kennedy, J.).

171 Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.).

172 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 17, (Kennedy, J.); Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/584/#tab-opinion-1952365>, (14.10.2020).

ötesini yapmadıysa yaşama son vermemektedir¹⁷³. Bu sebeple ağırlığı ve geri dönülemez niteliğinden dolayı nevi şahsına münhasır olan idam cezası nihayetinde insan yaşamına son vermeyen çocuğa karşı cinsel saldırı suçunun faili için ölçüsüz bir yaptırımdır¹⁷⁴. Çoğunluk görüşünde Anthony Kennedy, gelişen moral standartlarla uyumlu olarak birinci derece cinayet ile mağduru çocuk olsa dahi cinsel saldırı suçu arasında bir ayırım yapılması gerektiğini belirtmiştir¹⁷⁵.

Yargıç Kennedy tarafından kaleme alınan çoğunluk görüşüne göre cinsel saldırının çocuğa psikolojik, duygusal ve fiziksel boyutta kalıcı hasar bıraktığı açıktır. Yine cinsel saldırı suçu mağduru çocuğun uzun senelerce yaşayacağı ıstırap göz ardı edilemez. Bununla birlikte anayasal düzlemdeki zalimane, ölçüsüz ve olağandışı ceza yasağı eyaletlere cezalarını medeni standartlar dâhilinde belirlemelerini zorunlu kılmakta olup idam söz konusu olayda işlenen suç açısından ölçülü bir ceza değildir¹⁷⁶. Kennedy, çocuğa karşı cinsel saldırı¹⁷⁷ suçuna idam cezası öngören eyaletlerin sayısı, kasten öldürme dışındaki suçlar için öngörülen idam cezasının tarihsel gelişimi, mevcut kanunlar, yeni düzenlemeler ve 1964 senesinden beri gerçekleştirilen infazlar¹⁷⁸ göz önüne alındığında çocuğa karşı cinsel saldırı suçundan dolayı idam cezası verilmemesi hususunda bir ulusal mutabakat olduğunu belirtmiştir¹⁷⁹.

Kennedy v. Louisiana Davası'nın karşı oy yazısı Samuel Alito tarafından kaleme alınmıştır. Alito, suça ilişkin hareketin kaç defa gerçekleştiğine, failin kaç defa bu suçu işlediğine, suçun ne kadar sadistçe nitelikte olduğuna, ne derece fiziksel ve psikolojik travmanın oluştuğuna ve failin sabıka kaydına bakılmaksızın çocuğa karşı cinsel saldırı suçuna idam cezası öngörmenin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğu sonucuna varmanın kabul edilemez olduğunu belirtmiştir¹⁸⁰. Yargıç Alito, çoğunluk görüşünün çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezası öngörülmemesi hususunda bir ulusal mutabakat olduğu şeklindeki ifadesine katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Alito'ya göre Coker kararında çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçuna ilişkin idam cezası yaptırımını öngörmenin gelişen moral standartlara uygun olup olmadığı hususu açık bırakılmıştır. Nitekim Coker kararı yetişkin kadına karşı cinsel saldırı suçundan hüküm giyme sebebiyle idam cezası uygulanmasının Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu vurgulamıştır. Söz konusu olayda ise böyle bir durum söz konusu değildir¹⁸¹.

173 Hemen belirtelim Yüksek Mahkeme kararında cinsel saldırı suçu için "rape (tecavüz)", cinsel saldırı suçunun faili içinse "rapist (tecavüzcü) ifadeleri kullanılmıştır.

174 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 17, (Kennedy, J.); Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977).

175 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 27-28, (Kennedy, J.).

176 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 24-25, (Kennedy, J.). Yine çoğunluk görüşü çocuğa karşı cinsel saldırı suç için idam cezası öngören eyaletlerin sayısını göz önüne alarak bu hususta bir ulusal mutabakat da olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 15, 38, (Kennedy, J.).

177 Yüksek Mahkeme kararında bu suç "crime of child rape (çocuk tecavüzü)" olarak belirtilmiştir.

178 Louisiana 1964 senesinden beri çocuğa karşı cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezasına hükmü veren ilk eyalettir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 23, (Kennedy, J.).

179 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 23-24, 36 (Kennedy, J.).

180 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 1, (Alito, J., dissenting). Karşı görüş yazısının tam metni için bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), (Alito, J., dissenting), Cornell Law School - Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZD>, (11.10.2020). Karşı görüş/azınlık görüşüne ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

181 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 1-2, (Alito, J., dissenting). Alito'ya göre çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçu için idam cezasının Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturmadığını kabul etmek idamın

Alito, çoğunluk görüşünün dayandığı hususların esasen politikaya ilişkin olduğunu belirtmiştir. Nitekim Yüksek Mahkeme kararındaki argümanlar¹⁸² doğrudan Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'yle ve bu maddedeki zalimane ve olağandışı ceza ibareleriyle ilişkili değildir¹⁸³. VIII. Değişiklik Maddesi suçlanan kişinin haklarını korumaktadır. Yoksa VIII. Değişiklik Maddesi mahkemelere, suç mağdurlarının veya toplumun geniş kısmının menfaatine uygun olmadığı gerekçesiyle eyalet veya federal ceza kanunlarını hükümsüz kılma yetkisi vermemektedir. Çocuğa karşı işlenen cinsel saldırı suçunun yaptırımı olarak idam cezasının kabul edilmesi bağlamında Yüksek Mahkeme'nin dayandığı politikaya ilişkin argümanlar esasen yasama organını ilgilendiren hususlardır¹⁸⁴. Alito, kasten öldürme suçundan hüküm giyerek idam cezasına çarptırılan birisinin çocuğa karşı cinsel saldırı suçunu işleyen herkese oranla moral açıdan daha aşağı seviyede olduğu hususunun da şüpheli olduğunu belirtmiştir¹⁸⁵. Nitekim Alito'ya göre cinsel saldırı suçunun çocuğa ve topluma verdiği vahim sonuçlar ve zararlar göz önüne alındığında Louisiana kanun koyucusunun ve sayıları git gide artan eyaletlerin bu suç için idam cezası öngörmesinin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı bir yönü bulunmamaktadır¹⁸⁶.

Anthony Kennedy'nin çoğunluk görüşünü oluşturan ifadeleri idam cezasının istisnai bir ceza olduğu ve zarar gören değer bakımından çok ağır olmayan durumlar dışında idam cezası öngörülmesinin Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırılık oluşturduğunun altını çizmektedir. Buna göre mağduru çocuk olsa dahi cinsel saldırı suçu sebebiyle idam cezasının kabul edilmesi gelişen moral standartlar açısından VIII. Değişiklik Maddesi bağlamında ölçüsüz ve olağandışı bir ceza anlamına gelmektedir. Nitekim Anthony Kennedy, Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ndeki zalimane ve olağandışı ceza yasağına riayet edilip edilmediği tespit edilirken VIII. Değişiklik Maddesi'nin kabul edildiği 1791 senesindeki değil günümüzde geçerli olan normlar çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁸⁷.

Gerek Anthony Kennedy'nin çoğunluk görüşündeki gerekse de Samuel Alito'nun azınlık görüşünde belirtilen hususlar nihayetinde ceza politikasına, daha açık olmak gerekirse ceza politikasının anayasaya uygunluğuna ilişkindir. Bu bağlamda ileride ekseriyeti liberal yargıçlardan oluşan bir Yüksek Mahkeme'nin idam cezasını istisnasız şekilde Anayasa'nın VIII. Değişiklik Maddesi'ne aykırı bulması mümkün iken çoğunluğu muhafazakâr yargıçların oluşturduğu bir Yüksek Mahkeme yapısı içerisinde de idam cezasının anayasal sınırlarının kasten öldürme suçunun ötesine genişlemesi pek tabii mümkündür¹⁸⁸.

kapsamının genişlemesinden ziyade ilgili kanunların anayasaya uygun olduklarının teyit edilmesi anlamına gelmektedir.

182 Söz gelimi bunlardan birisi çocuğa karşı cinsel saldırı suçu için idam cezası öngörülmesinin failin mağduru öldürmeme kararına olumsuz etki edebileceğidir. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 35, (Kennedy, J.).

183 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 16, (Alito, J., dissenting).

184 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 16, (Alito, J., dissenting).

185 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pgs. 20-21, (Alito, J., dissenting).

186 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 23, (Alito, J., dissenting).

187 Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.). Bu kapsamda yapılan bir incelemedeki kıstas ise öngörülen cezanın ilgili suç tipi açısından uygun ve ölçülü olup olmadığıdır. Bkz. Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), pg. 8, (Kennedy, J.).

188 Hemen belirtelim Amerikan Anayasası'nın V. Değişiklik Maddesi'nde kimsenin bir suçtan dolayı iki kez yaşamına son

d. Pozitif Ayrımcılık: Fisher v. University of Texas (2016)

Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer aldığı ve Anthony Kennedy'nin belirleyici oyuyla şekillenen diğer bir çarpıcı dava Fisher v. University of Texas olarak karşımıza çıkmaktadır. Abigail Fisher'ın Austin şehrinde bulunan Teksas Üniversitesi'ne yaptığı başvuru reddedilmiştir. Teksas Eyaleti'nin kabul ettiği bir düzenleme gereğince eyalet içerisindeki liselerden mezun olanlar içerisindeki en başarılı yüzde onluk dilime giren bireylerin başvuruları Üniversite tarafından kabul edilmektedir. En başarılı yüzde onluk dilime giremeyen bireyler içinse Üniversite'nin bir takdir yetkisi olup bu hususta değerlendirmede göz önüne alınan hususlardan birisi de başvuru sahibinin ırkıdır. Beyaz tenli Amerikan olan Fisher, Teksas Üniversitesi'ne karşı dava açarak Üniversite'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri de göz önünde tutmasının Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresine (equal protection clause) aykırı olduğunu iddia etmiştir. Fisher'a göre Üniversite'nin kabul sürecinde göz önüne aldığı şartlar beyaz tenli Amerikanlar (*caucasian*) nezdinde bir dezavantaj meydana getirmektedir. Bölge Mahkemesi Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul sürecinin anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiş ve 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi de Bölge Mahkemesi'nin bu kararını onamıştır. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne taşınmıştır. Yüksek Mahkeme, 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nin değerlendirmesini yaparken Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul politikasına ilişkin katı inceleme ölçütünü (*strict scrutiny standard*) uygulamadığı gerekçesiyle dosyayı 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'ne geri göndermiştir¹⁸⁹. Federal Temyiz Mahkemesi önüne gelen davada Teksas Üniversitesi'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri de göz önünde bulundurmasının, sadece (*narrowly tailored*) eğitimde farklılığı/çeşitliliği (*educational diversity*) sağlama meşru amacına hizmet ettiği gerekçesiyle katı inceleme ölçütü karşısında anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir¹⁹⁰.

Fisher v. University of Texas Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 3'e karşı 4 yargıcın oyuyla Texas Üniversitesi'nin kabul sürecinin Anayasa'nın eşit koruma ibaresine aykırılık oluşturmadığına

verilmesi veya idam cezası hükmü ile karşı karşıya bırakılmayacağı belirtilmektedir.

189 Kamu işlem veya eylemlerinin anayasaya aykırılığı konusunda inceleme yaparken Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin uyguladığı veya takip ettiği birtakım ölçütler/standartlar vardır. Bu ölçütler inceleme konusu davanın niteliğine göre değişiklik göstermekle birlikte üç tip inceleme ölçütü ön plana çıkmaktadır. Bunlardan makul dayanak (*rational basis*) ölçütüne göre yasama organının amacı meşru ise ve kanun da bu amaca makul ölçüde hizmet ediyorsa kanun anayasaya uygundur. Bu ölçüt 1937 sonrası dönemde çıkarılan ekonomik düzenlemelerin incelenmesinde kullanılmaktadır. Diğer bir ölçüt orta seviye (*intermediate*) ölçüttür. Bu ölçüt uyarınca bir düzenleyici işlem önemli bir amaca hizmet ediyorsa ve bu amacın gerçekleşmesi ile büyük oranda ilişkisi var ise anayasaya uygundur. Bu ölçüt genelde cinsiyet temelli ayrımcılık ve ticari ifadelerle ilgili davalarda uygulanmaktadır. Katı inceleme ölçütü (*strict scrutiny standard*) ise ırk, oy, evlilik gibi konular temelinde kanunların üstün bir kamusal yarar için ayrımcılık yaptığı durumlarda kullanılan, dar yorumun söz konusu olduğu yüksek seviye bir ölçüttür. Bu kategori kimi zaman şüpheli kategori (*suspect category*) diye de anılır. Bu ölçütü geçebilmek için yasama organı veya düzenleyici işlem gerekli bir kamu yararına yönelmiş olmalı ve sadece, mutlak bir şekilde bu yararı gerçekleştirebilecek nitelikte olmalıdır. Fisher ve Harriger, s. 873.

190 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), Syllabus, JUSTIA, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/#tab-opinion-3589817>, (15.10.2020); Fisher v. University of Texas, Facts of the Case, Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2015/14-981>, (15.10.2020); Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>, (15.10.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

hükmetmiştir¹⁹¹. Davanın çoğunluk görüşü yazısı Anthony Kennedy tarafından kaleme alınmıştır. Yargıç Kennedy, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasının ırksal faktörlerin de göz önünde tutulduğu bütüncül değerlendirme sürecinden ziyade lisede öğrenim gördüğü sınıfta %10 dilimine giren en başarılı öğrencilerden birisi olma şartına çok daha fazla dayandığını belirtmiştir. Nitekim Üniversite'ye yani başlayan öğrencilerin dörtte üçünden fazlası bu %10'luk dilim içerisinde gelen bireylerden oluşmaktadır. Hâlbuki başvurucunun bu şarta ilişkin bir anayasaya aykırılık iddiası yoktur¹⁹².

Yüksek Mahkeme'nin kararında Teksas Üniversitesi'nin öğrenci kabul politikasında ırksal faktörleri de göz önüne almasının katı inceleme ölçütünden geçmesi gerektiği vurgulanmıştır. Bu hususta öğrenci kabulünde ırksal faktörlerin de değerlendirmeye alınmasının ulaşılmak istenen kamu yararından öte bir sonucunun olmaması gerekmektedir¹⁹³. Anthony Kennedy, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasında ırksal faktörleri de gözetmesinin başvurucunun iddiası gibi belirli sayıda azınlığa mensup (Asyalı, Hispanik-Latin vb.) bireyin kaydedilmesinden ziyade öğrenciler arasındaki farklılığın (*student body diversity*) bir yansıması olarak eğitim hakkı temelinde imkânlar sağlamak olduğunu belirtmiştir¹⁹⁴. Üniversite, öğrenci kabul politikasının amacının çeşitli fikirlerin sağlıklı bir şekilde müzakere edildiği, farklı kültürlerin paylaşıldığı, farklılığın gittikçe arttığı çalışma yaşamına hazırlanıldığı, geleceğin liderlerinde olması gereken niteliklerin kazandırıldığı bir akademik ortam oluşturmak olduğunu belirtmiştir. Bu hedefler Yüksek Mahkeme'nin daha önceki davalarında onayladığı gerekli (kamusal) yararları (*compelling interests*) yansıtmaktadır¹⁹⁵. Başvurucunun iddiasının aksine Üniversite'nin kabul politikası yoluyla ulaşmaya çalıştığı hedefler somut ve sınırları belirli olan niteliktedir¹⁹⁶.

Anthony Kennedy, Üniversite'nin daha önceki %10 planı ve ırksal faktörlere dayanmayan (*race-neutral*) politikası ile hâlihazırda ırksal azınlığa mensup bireyler açısından yeterli çoğunluğa ulaştığı fikrine de katılmamıştır. Nitekim gerek istatistiki veriler gerekse anekdot niteliğindeki kayıtlar, ırksal faktörlere dayanmayan (*race-neutral*) kabul politikasının öğrenim ortamında farklılığı oluşturma hedefi için yeterli olmadığını göstermektedir¹⁹⁷. Bu açıdan da Yüksek Mahkeme

191 Bahsettiğimiz üzere karar yedi yargıcın oyuyla alınmıştır. Bunun sebebi Antonin Scalia'nın kısa süre önce vefat etmesi ve Elana Kagan'ın da dosya 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nde iken Amerikan Federal Devleti'ni Amerikan Yüksek Mahkemesi'nde temsil eden hukukçu olan Federal Adalet Bakanlığı nezdindeki *Solicitor General* sıfatıyla görev yapmasıydı. Nitekim o dönem Federal Adalet Bakanlığı, dava hakkında hukuki görüş bildirmiştir.

192 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 8-9, (Kennedy, J.).

193 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 10-11, (Kennedy, J.).

194 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 11, (Kennedy, J.). Nitekim Yüksek Mahkeme farklı sosyal yapılardan bireylerin üniversiteye kaydedilmesinin farklı ırklar arası anlayışı geliştireceğini, ırk temelindeki ön yargıların kırılmasına yardım edeceğini, farklı ırklara mensup öğrencilerin birbirini daha iyi anlamalarını teşvik edeceğini belirtmiştir. Nitekim öğrenciler arasındaki farklılık, öğrenme çıktılarına katkı sağlayacağı gibi öğrencilerin çeşitlilik seviyesi gittikçe artan iş yaşamı ve sosyal yaşama daha iyi hazırlanmalarına da yardımcı olacaktır. Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 11, (Kennedy, J.).

195 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 12-13, (Kennedy, J.).

196 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 13, (Kennedy, J.).

197 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 13-15, (Kennedy, J.). Söz gelimi ırksal faktörlere dayanmayan kabul politikasının uygulandığı 2003 senesinde Üniversite'ye kaydolun Afro-Amerikan öğrencilerin kaydolun tüm öğrencilere oranı %4,1 idi. Benzer durumlar Hispanik ve Asyalı-Amerikan öğrenciler açısından da

başvurucunun Üniversite'nin kabul sürecinde ırksal faktörleri göz önüne almasının öğrenim ortamında farklılığı/çeşitliliği oluşturma şeklindeki gerekli kamu yararına çok az katkıda bulunduğu görüşüne katılmamıştır. Nitekim 2003 senesinde Teksas'ta ikamet eden bireylerden Üniversite'ye kabul edilenlerden %11'i Hispanik, %3,5'i ise Afro-Amerikan kökenlidir. Hâlbuki 2007 senesinde Üniversite'ye yeni başlayacak Teksaslı öğrencilerin %16,9'u Hispanik, %6,8'i ise Afro-Amerikan kökenli olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu veriler Üniversite'nin ırksal faktörleri de değerlendirme kapsamına aldığı yeni kabul politikasının anlamlı olduğuna ve sınırlı da olsa Üniversite'de ilk senelerini geçirecek öğrenciler arasında farklılığa/çeşitliliğe katkı sağladığına delalettir¹⁹⁸. Çoğunluk görüşüne göre her durumda öğrenci kabul sürecindeki ırksal değerlendirmenin etkisinin ufak ölçüde olması, sadece belirli bir amaca yönelmiş olan söz konusu uygulamanın başarısız olduğu ve anayasaya aykırılık oluşturduğu anlamına gelmemektedir.¹⁹⁹

Fisher v. University of Texas Davası'nda başvuru Abigail Fisher'ın dayandığı argümanlardan birisi de Üniversite'nin gerekli gördüğü öğrenciler arasında farklılığın sağlanması amacıyla ırksal faktörlerin değerlendirmeye alınmadığı bir kabul politikayla da ulaşılabileceği idi. Anthony Kennedy bu argümana da katılmamıştır. Kennedy, veriler ve kayıtlar ışığında Fisher'ın başvuru yaptığı dönemde diğer alternatif yolların hiçbirisinin Üniversite'nin amacını gerçekleştirmesinde işlevsel olmadığını altını çizmiştir²⁰⁰. Nitekim Üniversite ırksal faktörlerin de değerlendirmeye alındığı başvuru politikasını kabul etmeden önce Hispanik ve Afro-Amerikan başvuru sahiplerinin/öğrencilerin yararlanabileceği yeni burs programları açmış, yerel başvuru merkezleri oluşturmuş, öğrenci kabulüne yönelik bütçesini artırmış ve binin üzerinde öğrenci kabul etkinliği düzenlemiştir. Bununla birlikte bu yöntemlerden hiçbirisi öğrenim ortamında farklılığın sağlanması amacıyla açısından etkili olmamıştır²⁰¹. Sonuç olarak Yüksek Mahkeme, Üniversite'nin öğrenci kabul politikasının sadece öğrenim ortamında farklılığı sağlama meşru amacına hizmet ettiği ve bu şekilde katı inceleme ölçütünden geçtiğini belirterek Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma ibaresi açısından herhangi bir anayasaya aykırılık tespit etmemiştir. Nitekim yükseköğretim ortamında farklılığın sağlanması gibi manevi nitelikli karakteristik unsurlar bir üniversitenin kimliği ve öğretim misyonunun merkezinde yer almaktadır²⁰².

Fisher v. University of Texas Davası'nda hem Samuel Alito hem de Clarence Thomas karşı oy yazısı kalem almışlardır. Clarence Thomas, John Roberts ile birlikte Samuel Alito'nun karşı oy yazısına katılmakla birlikte kısa bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Yargıç Thomas, öğrenci adaylarının başvurularının değerlendirilmesinde ırksal faktörleri de göz önüne almanın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ni ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Yargıç Thomas'a göre Anayasa ırk temelli sınıflandırmaları yasaklamakta olup kamusal makamların vatandaşları ırksal temelli bir kaydın süjesi yaparak ırksal faktörleri külfet ve haklarla ilişkili hale getirmesi küçük düşürücü

geçerliydi. Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 14, (Kennedy, J.). Bu dönemde azınlığa mensup öğrencilerin yalnızlığa ve izolasyon hissine kapıldıkları gözlemlenmiştir. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 14-15, (Kennedy, J.).

198 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Kennedy, J.).

199 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Kennedy, J.).

200 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 15-16, (Kennedy, J.).

201 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 16, (Kennedy, J.).

202 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 19, (Kennedy, J.).

niteliktedir²⁰³. Thomas, ırksal temelli ayrımcılığın eğitimde birtakım yararlar sağladığı şeklindeki “revaçta olan” teorinin Anayasa’nın emredici hükmüne halel getiremeyeceğini belirtmiştir²⁰⁴.

Samuel Alito, Üniversite’nin kabul sürecinde ırksal faktörleri değerlendirmeye almasının hangi yarara hizmet ettiğini tam olarak ifade edemediğini belirtmiştir. Bu hususta Üniversite’nin başlıca argümanı eğitimde farklılığın sağlanması (educational diversity) olmuş, bunun dışında veya bu kapsamda Mahkeme’nin değerlendirmesinde dikkate alabileceği herhangi bir ölçülebilir sava ya da amaca yer verilmemiştir²⁰⁵. Nitekim Üniversite’nin bu husustaki girişimleri değişken, ikna edicilikten uzak ve kimi zaman da samimi değildir. Üniversite ırksal temelli kabul programını (race-based plan) kabul ettiğinde, Afro-Amerikan, Asyalı-Amerikan ve Hispanik öğrencilerin çok az temsil edildiğini ve bu programın amacının sınıflardaki farklılığı ve çeşitliliği geliştirmek olduğunu vurgulamıştır. Bununla birlikte Teksas Üniversitesi, ırksal temelli kabul programının bu durumu iyileştirdiğini gözler önüne serememiştir. Yine Üniversite, kayıt memurlarının söz konusu kabul politikası kapsamında azınlığa mensup öğrencilerin pek az temsil edildiği bölümlere Afro-Amerikan, Asyalı-Amerikan ve Hispanik öğrencilerin kaydını yapıp yapmadıkları hususunda da bir kanıt sunmamıştır. Üniversite’nin söz konusu kabul programını kabul ederken azınlığa mensup öğrenciler için ulaşmak istediği yeterli çoğunluğun ne anlama geldiği tam olarak açıklığa kavuşmamıştır. Nitekim Üniversite tarafından ifade edilen bu yeterli çoğunluk Afro-Amerikan, Asyalı-Afrikan veya Hispanik öğrenciler açısından ne belirli bir sayı ne de yüzde olarak ifade edilmiştir²⁰⁶.

Alito karşı oy yazısında Üniversite’nin neden ırksal faktörlerin de göz önüne alındığı bir öğrenci kabul politikasına ihtiyaç duyduğunu ve söz konusu politika ile amaçladığı hedeflere ne zaman ulaşılmış sayılacağını anlaşılır bir şekilde açıklayamadığını belirtmiştir. Bu bağlamda Teksas Üniversitesi’nin öğrenci kabul politikasının katı inceleme ölçütünden geçmesi mümkün değildir²⁰⁷. Alito’ya göre Üniversite’nin ulaşmak istediği amaçlar takdire şayan nitelikte olmakla birlikte belirgin ve somut olmadığı gibi ırksal faktörlerin göz önüne alınmasında herhangi bir sınırlayıcı prensip de ihtiva etmemektedir. Söz gelimi mahkeme önüne gelen olayda bir önyargının yeterli ölçüde kırıldığını nasıl tespit edecek ya da ırklar arası anlayışın geliştiği kanısına nasıl varacaktır? Üniversite ırk temelli (pozitif) ayrımcılığı sadece birkaç çalışanın ırksal faktörlerin değerlendirmeye alınmasının gerekli olduğu görüşü üzerinden gerekçelendirirse, kanunun sadece hedeflediği spesifik amaca yönelik etki doğurup doğurmadığına (narrowly tailoring) ilişkin bir tahkikat²⁰⁸ da anlamsız hale gelir²⁰⁹. Bu husus da mahkemelerin üniversite yönetimlerinin kararlarına her daim riayet etmeleri ve pozitif ayrımcılık ile ilgili politikaların yargısal denetimden muaf tutulmasını beraberinde getirir²¹⁰.

203 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Thomas, J. dissenting).

204 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Thomas, J. dissenting).

205 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 1, (Alito, J. dissenting).

206 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 2, (Alito, J. dissenting).

207 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Alito, J. dissenting).

208 Katı inceleme ölçütü

209 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pg. 15, (Alito, J. dissenting).

210 Bkz. Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), pgs. 15-16, (Alito, J. dissenting).

Merkezinde ırk temelli pozitif ayrımcılığın Amerikan Anayasası'nın XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki eşit koruma (equal protection) ibaresi karşısındaki niteliği olan Fisher v. University of Texas Davası kararı da Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer almalarına sahne olmuştur. Nitekim siyahi yargıç Clarence Thomas karşı görüşte yar alırken Hispanik kökenli yargıç Sonia Sotomayor çoğunluk görüşüne imza atmıştır. Başka bir ifadeyle Fisher v. University of Texas kararında Yüksek Mahkeme'deki etnik dağılım değil de liberal-muhafazakâr temelli hukuki ve felsefi görüşler etkin olmuştur. Bu hususta da Anthony Kennedy'nin oyu yine belirleyici rol oynamıştır. Nitekim Anthony Kennedy açık bir şekilde yükseköğretim kabul sürecinde ırksal faktörlerin göz önüne alındığı bir pozitif ayrımcılık politikasının katı inceleme ölçütünden geçerek Amerikan Anayasası ile çelişmediğinin ve meşru bir kamusal menfaate hizmet ettiğinin altını çizmiştir. Karşı oy yazısını kaleme alan Samuel Alito ise söz konusu pozitif ayrımcılık politikasına şüphe ile yaklaşmıştır. Nitekim Alito, ilke olarak pozitif ayrımcılık uygulamasına karşı çıkmamakla birlikte dava konusu uygulamanın amaçlanan üstün menfaati gerçekleştirmede muğlak kaldığını vurgulamıştır. Clarence Thomas ise prensip olarak ayrımcılık anlamına gelebilecek her türlü uygulamanın Anayasa'nın XIV. Değişiklik Maddesi ile çelişki oluşturacağını belirtmiştir.

3. Değerlendirme

Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir siyasi düzende Anayasa'nın yargıçlar eliyle şekillendirilmesinin ve uygulanmasının en çarpıcı örneklerinden birisidir. Nitekim halen yürürlükte olan 1787 Amerikan Anayasası, Kıta Avrupası anayasalarında görebileceğimiz pek çok konuyu veya hakkı düzenlememektedir. Anayasa'nın Haklar Bildirgesi olarak anılan ilk on değişiklik maddesinde dahi kişi haklarının tamamı açıkça güvence altına alınmamaktadır. Bunlardan en çarpıcısı belki de özel hayatın gizliliği hakkıdır. Yine Anayasa'da idam cezasının kapsamı veya pozitif ayrımcılık ile ilgili herhangi bir hüküm de bulunmamaktadır. Bu husus aynı zamanda kural koyma yetkisinin sınırları bağlamında federal devletin olduğu kadar eyaletlerin de takdir yetkisini genişletmektedir.

Bir anayasal düzende Anayasa ne kadar kısa ve çerçeve niteliğini haiz olursa yasama organının düzenleyici işlem yapma konusundaki takdir yetkisinin o denli geniş olduğu söylenebilir. Amerikan anayasal düzeni açısından ise böyle bir çıkarım eksik olacaktır. Çünkü Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa niteliği federal ve eyalet yasama organlarına kanun çıkarırken anayasaya aykırı olmama hususunda geniş bir hareket alanı tanırken aynı zamanda yargı organına da bu kanunların anayasa karşısındaki geçerliliklerini belirleme hususunda o denli bir hareket alanı tanımaktadır. Hatta bir hukuk kuralının ne anlama geldiği ve en üst norm anayasa karşısındaki geçerliliği konusunda karar verme yetkisine sahip nihai organın yargı olduğu düşünüldüğünde Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa mahiyeti, Amerikan Yüksek Mahkemesi başta olmak üzere federal yargı mercilerine anayasanın ne anlama geldiği ve kanunların da anayasal mahiyetlerinin bu hükümler karşısında ne olduğu konusunda azımsanmayacak ölçüde bir takdir alanı bahşetmektedir.

Amerikan federal yargı sisteminin en üst basamağında yer alan ve ulusal anayasa mahkemesi işlevi de gören Amerikan Yüksek Mahkemesi, bir kanunun veya yönetsel işlemin anayasaya aykırılığı konusunda

karar verme yetkisini haiz olan nihai yargısal merciidir. Yüksek Mahkeme bir kanunu anayasaya aykırı bulduğunda onu hukuk düzeninden ortadan kaldıracak şekilde iptal edemez. Nitekim böyle bir yetki Amerikan Yüksek Mahkemesi'ne Anayasa ile bahşedilmemiştir. Bununla birlikte Anayasa'nın VI. maddesinin ikinci fıkrasındaki *üstünlük ibaresi (supremacy clause)*²¹¹, 1803 tarihli *Marbury v. Madison* Davası'ndan başlayarak anayasaya aykırı bulunan kanunların mahkemeler tarafından hükümsüz (*strike down*) veya geçersiz (*invalidate*) kılınmasının anayasal temeli olmuştur. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya aykırılık kanaatine varması durumunda bir kanun ülke çapında hükümsüz kılınmakta, başka bir ifadeyle şeklen varlığını sürdürmekle birlikte uygulama kabiliyetini yitirmektedir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin sadece dokuz üyesinin olması ve Yüksek Mahkeme yargıçlarının başkan ve Senato'nun dâhil olduğu bir süreçle yaşam boyu görev yapacak şekilde atanması, yargıçların belirlenme ve atanma sürecini politik bir hüviyete büründürmektedir. Nitekim Amerikan başkanları ve senatörler Yüksek Mahkeme yargıç atamalarını politik ajandalarının bir parçası olarak kullanabilmektedirler. Bu hususa bir örnek vermek gerekirse kamuoyunda *Obamacare* olarak bilinen Patient Protection and Affordable Care Act'in Donald Trump ile Cumhuriyetçi senatör ve temsilciler²¹² tarafından ilga edilme girişimleri 2020 Ekim ayı itibariyle başarılı olamamıştır. Bununla birlikte ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan ve merkez yargıçtan yoksun bir Yüksek Mahkeme'nin Affordable Care Act'i anayasaya aykırı bularak hükümsüz kılması ihtimal dahilindedir.²¹³

Yukarıda incelediğimiz *Fisher v. University of Texas*, *Kennedy v. Louisiana*, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* ve *Oberegfehl v. Hodges*; anayasal olduğu kadar felsefi ve siyasi niteliği haiz ve toplumsal

211 “Bu Anayasa ve bu Anayasa'ya uygun olarak yapılan kanunlar ve Birleşik Devletler'in otoritesi altında yapılan bütün anlaşmalar ülkenin en üstün hukuk normlarıdır; dolayısıyla her eyaletteki yargıçlar eyaletlerin anayasaları ve kanunları aykırı hükümler içerse dahi bunlarla bağlıdır.”

212 Temsilciler Meclisi üyeleri

213 Affordable Care Act'in anayasaya aykırılığı meselesi Yüksek Mahkeme'nin önüne hâlihazırda gelmiştir. National Federation of Independent Business v. Sebelius, Davası'nda 4'e karşı 5 oyla alınan kararda Yüksek Mahkeme bireylere zorunlu sağlık sigortası öngörmenin Kongre'nin anayasal vergi/mali yükümlülük koyma yetkisi dâhilinde olduğuna hükmetmiştir. Karar Roberts, Breyer, Sotomayor, Kagan ve Ginsburg'ün çoğunluk oylarıyla alınmış olup Scalia, Kennedy, Thomas ve Alito karşı oy kullanmışlardır. Görüldüğü üzere Obamacare'in prensip olarak anayasaya aykırı bulunmamasında belirleyici oyun sahibi Baş Yargıç John Roberts olmuştur. Bkz. National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393/case.pdf>, (22.10.2020). 2017 senesinde Donald Trump'ın başkanlık döneminde ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Kongre Affordable Care Act'te bir değişiklik yaparak sağlık sigortası yaptırmayan bireylere öngörülen mali yükümlülüğün miktarını sıfır olarak değiştirmiş, bunun dışında kanunun diğer hükümlerini olduğu gibi bırakmıştır. Başka bir ifade ile Obamacare'in zorunlu sağlık sigortası uygulaması, herhangi bir vergi cezası veya mali yükümlülük olmaksızın devam etmiştir. Mali yükümlülük olmaksızın Affordable Care Act'in zorunlu sağlık sigortası öngören hükmü (individual mandate) ve buna bağlı olarak diğer hükümlerinin anayasaya aykırı olduğu iddiası yakın zamanda Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiş olup California v. Texas adı altında görülen dava henüz sonuçlanmamıştır. Burada Teksas ve birtakım eyaletlerin iddiası sağlık sigortası yaptırmamanın yaptırımı olarak öngörülen vergi cezasının miktarının sıfır olması karşısında ortada Amerikan Anayasası anlamında bir vergi/mali yükümlülüğün olmadığıdır. Bununla birlikte davanın sözlü aşaması (oral argument) 10 Kasım 2020 tarihinde yapılmış olup muhafazakâr yargıçlardan John Roberts ve Brett Kavanaugh Patient Protection and Affordable Care Act'in bütün hükümlerini geçersiz kılmanın Yüksek Mahkeme'nin yetkisi dâhilinde olmadığını dile getirmişlerdir. Özetle, John Roberts ve Brett Kavanaugh'ın ifadelerinden Obamacare'in temel hükümlerinin anayasaya aykırı bulunmayacağı öngörüsünde bulunulabilir. Bkz. Susannah Luthi ve Josh Gerstein, “Supreme Court Appears Wary of Striking Down Obamacare”, Politico, 10 November 2020, <https://www.politico.com/news/2020/11/10/supreme-court-obamacare-kavanaugh-435711>, (29.11.2020); California v. Texas (Oral Argument), Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2020/19-840>, (29.11.2020).

açından da ihtilaflı meseleleri ihtiva eden davalardır. Söz gelimi Amerikan Anayasası'nda pozitif ayrımcılık ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Yine Amerikan Anayasası idam cezasının kapsamı ile ilgili herhangi bir hüküm ifade etmemektedir. Özel hayatın gizliliği hakkı ile bu hakka bağlı bir hak olarak nitelendirilen evlilik hakkı ile özel hayatın bir parçası sayılan kürtaj da Amerikan Anayasası ve değişiklik maddelerinde açıkça düzenlenmemektedir. Bu bağlamda ırk temelli pozitif ayrımcılığın anayasal niteliği ve eşit koruma ibaresine aykırı olup olmadığı; özel hayatın gizliliği hakkının Amerikan Anayasası tarafından güvence altına alınıp alınmadığı ve bunun boyutu; evlilik hakkının özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında Amerikan anayasal düzeninde tanınıp tanınmadığı; eşcinsel evliliklere getirilen yasakların eşit koruma ibaresine aykırı olup olmadığı; yine eşcinsel evliliklerin hukuki gerekler ibaresindeki özgürlüğün bir parçası sayılıp sayılmayacağı; idamın zalimane ve olağandışı bir ceza olup olmadığı Yüksek Mahkeme yargıcının anayasa anlayışına ve anayasayı yorumuna bağlı hususlardır. Anayasa'nın yorumu ise bilhassa belirttiğimiz konulara ilişkin davalarda yargıcın felsefesi veya dünya görüşünden kopuk değildir. Nitekim incelediğimiz davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçların blok halde aynı safta yer almaları bunun bir göstergesidir.

Bilhassa felsefi ve siyasi niteliği haiz ve toplumsal açıdan da ihtilaflı meseleleri ihtiva eden davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal-muhafazakâr yargıç dağılımının önem arz etmesi Mahkeme'nin dönemsel olarak yapısına göre eyalet veya federal yasama organlarını daha önceden anayasaya aykırı bulunmuş olsa dahi hemen hemen aynı kanunları çıkarmaya teşvik edebilmektedir. Söz gelimi 6 muhafazakâr 3 liberal yargıçtan oluşan bir Yüksek Mahkeme kompozisyonunun söz konusu olması durumunda yasama organının ekseriyeti cumhuriyetçilerden oluşan Kentucky Eyaleti'nin Obergefell kararını dikkate almaksızın eşcinsel evliliği yasaklayan bir kanun çıkarması pek muhtemeldir. Çünkü ilgili kanunun Yüksek Mahkeme'nin yeni kompozisyonu tarafından anayasaya aykırı bulunması düşük ihtimaldir. Aksine 5 liberal 4 muhafazakâr yargıcın görev aldığı bir Yüksek Mahkeme'nin söz konusu olması durumunda ise eyalet böyle bir tercihte bulunmayacaktır. Çünkü o kanunun Yüksek Mahkeme tarafından yine anayasaya aykırı bulunup hükümsüz kılınacağı aşikârdır. Nihayetinde Yüksek Mahkeme'nin bir kanunu anayasaya aykırı bulup geçersiz kılması ulusal düzeyde bağlayıcı olmakla birlikte eyalet yasama organlarının benzer içerikte kanun çıkarmasına da engel değildir. Bu hususta da eyaletler Yüksek Mahkeme'deki yargıçların profillerini göz önüne alarak kanun çıkarma ya da çıkarmama yoluna gidebilmektedir.

Şu hususun altını önemle çizmekte fayda vardır ki Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin eşcinsel evlilikleri tanıyan, kürtaja cevaz veren veya idam cezasını tamamen yasaklayan bir eyalet kanununu anayasaya aykırı bularak hükümsüz kılması gibi bir durum söz konusu değildir. Söz konusu meselelerde Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların ayrılmasının temel sebebi, muhafazakâr yargıçların ilgili konularda eyaletlerin takdir yetkisi olduğunun altını çizmesi, liberal yargıçların ise böyle bir durumun Anayasa'da belirtilen ilke ve ibareler karşısında kabul edilemeyeceğini vurgulamasıdır.

Her ne kadar Amerikan Yüksek Mahkemesi başta olmak üzere federal yargıçların belirlenme ve atanma süreci politik mahiyeti haizse de Amerikan federal yargısı bağımsızdır²¹⁴. Başka bir ifadeyle, Amerikan başkanının veya bir senatör ya da temsilcinin bir federal yargıca talimat vermesi veya onu etkilemesi

214 Martinez, s. 568.

söz konusu değildir. Zaten bu sebeple başkanlar federal yargıç atamalarının politik kazanımları üzerine fazlaca yoğunlaşmaktadır. Çünkü yargıç bir kere atandı mı artık siyasi mercilerden talimat alması söz konusu olmayacaktır. Yüksek Mahkeme nezdinde merkez yargıçlık kavramının ortaya çıkması da esasen yargı bağımsızlığının bir sonucudur. Nitekim Ronald Reagan, Anthony Kennedy'nin incelediğimiz davalarda kullandığı oyları bilse veya gerekçelerini okusa muhtemelen hoşnut olmayacaktı. Kaldı ki kendisini aday gösteren başkan iki dönem görev yapabilmesine rağmen bir Yüksek Mahkeme yargıcı yirmi – yirmi beş sene görevde kalabilmektedir. Bu sebeple bir Yüksek Mahkeme yargıcı kullanacağı oyun yönünü belirlerken, yürütme veya yasama organı üyelerinden ziyade kendi dünya görüşü ve anayasa anlayışından etkilenir. Başkanların kendi dünya görüşüne yakın ve politik olarak da kendileriyle aynı çizgide yer alan kişileri aday göstermesinin sebebi budur. Şu hususun da altını çizelim, ister liberal ister muhafazakâr dünya görüşüne sahip olsun Amerikan Yüksek Mahkemesi üyeleri önde gelen hukuk fakültelerinden mezun olmuş, ezici çoğunluğu daha önceden federal temyiz mahkemesi üyeliği yapmış nitelikli ve saygın hukukçulardır. Nitekim Amerikan Barolar Birliği'nin Yüksek Mahkeme yargıç adayları için vermiş olduğu notlar da bunun bir göstergesidir.

Amerikan başkanları Yüksek Mahkeme üyeliği için aday belirlerken kendi felsefesine ve politik kimliğine yakın kişileri aday göstermektedir. Bu husus ise Yüksek Mahkeme nezdinde sırasıyla Demokrat ve Cumhuriyetçi başkanlar tarafından atanan liberal-muhafazakâr yargıç yelpazesini ortaya çıkarmıştır. Felsefi, politik ve ideolojik niteliği haiz ve bu unsurlar bakımından ihtilafli davalarda liberal ve muhafazakâr yargıçlar çoğunlukla aynı safta yer alarak blok halde oy vermektedir. Konuyu yakın tarih açısından ele almak gerekirse 4 liberal yargıca karşı 5 muhafazakâr yargıcın bulunduğu bir Yüksek Mahkeme oluşumu içerisinde felsefi, politik ve ideolojik niteliği haiz ve bu unsurlar bakımından ihtilafli davalarda liberal nitelikli kararların çıkması esasen Mahkeme'nin muhafazakâr kanadında yer alan bir merkez yargıcın varlığı ile mümkün olabilirdi. Nitekim yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere bu yargıç Anthony Kennedy olmuştur.

Özetle, Anayasa tarafından açıkça düzenlenmeyen konularda anayasanın sınırlarını çizen ve kapsamını belirleyen Amerikan Yüksek Mahkemesi, hatta Mahkeme'deki ekseriyettir. Bu hususta merkez yargıçlar bilhassa toplumun keskin şekilde ayrıldığı ihtilafli davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi içtihatlarını doğrudan etkilemişlerdir. Nitekim bu tür davalar liberal ve muhafazakâr yargıçlar arasında geçişkenliğin olmadığı davalardır. Cumhuriyetçi bir başkan tarafından atanan ve esasında muhafazakâr profili ile bilinen Anthony Kennedy anayasal, siyasal ve toplumsal açıdan birtakım çarpıcı nitelikteki davalarda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıçlarla birlikte yer alarak hem federal hem de eyaletler düzeyindeki eşcinsel evliliklerin anayasal korumayı haiz olmasını, kürtaja getirilen kısıtlamaların hükümsüz kılınmasını, idam cezasının kasten öldürme suçu dışında hükmedilmesine cevaz verilmemesi ve ırk temelli pozitif ayrımcılığın Anayasa ile çelişki oluşturmadığının teyit edilmesini sağlamıştır. Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yeni kompozisyonu yukarıda belirttiğimiz konulara ilişkin olası davalarda Mahkeme içtihatlarını değiştirebilecek nitelikte idi. Bu hususta aşağıda üzerinde duracağımız üzere John Roberts'ın rolü ve yeni merkez yargıç olup olmadığı sorunsalı önem kazanmıştı. Ancak Başkanlık seçimlerine iki aydan az bir süre kala Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ve Donald Trump'ın görev süresi dolmadan üçüncü Yüksek Mahkeme yargıcı olarak Amy Coney Barrett'i ataması Mahkeme'deki

muhafazakâr yargıç sayısını bir anda altıya yükseltmiştir. Az sonra üzerinde duracağımız üzere esasen Ginsburg'ün vefatı ile Kennedy'nin emekliliği yukarıda incelediğimiz içtihatlar açısından daha da çok önem kazanmıştır. Nitekim ilgili içtihatların stare decisis ilkesi gereği devam ettirilmesini savunan yeni merkez yargıç John Roberts'ın tavrı karşısında Kennedy emekli olmasa idi Ginsburg'ün vefatı ve yerine Barrett ya da başka bir muhafazakâr yargıcın atanması, Mahkeme'nin yakın tarihteki liberal karakterli kararları açısından pek de etkili olmayacaktı.

B. ANTHONY KENNEDY'NİN EMEKLİLİĞİ SONRASI AMERİKAN YÜKSEK MAHKEMESİNDEKİ LİBERAL-MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DAĞILIMININ ANAYASAL YANSIMALARI VE RUTH BADER GINSBURG'ÜN VEFATI İLE AMY CONEY BARRETT'İN ATANMASININ YÜKSEK MAHKEME'DEKİ LİBERAL-MUHAFAZAKÂR YARGIÇ DENGESİNE ETKİSİ

1. Anthony Kennedy'nin Emekliliği Sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Oluşumu ve John Roberts'ın Kennedy'nin Mirasını Devam Ettirme Eğilimi ile Yeni Merkez Yargıç Olup Olmadığı Meselesi²¹⁵

a. Genel Olarak

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin merkez yargıcının Mahkeme'den ayrılması anlamına gelen Anthony Kennedy'nin emekliliği, önemli anayasal ve politik sonuçlar ile ihtimalleri de beraberinde getirmişti. Anthony Kennedy'den boşalan koltuğa atanan Brett Kavanaugh, muhafazakâr kimliği ile bilinen bir yargıçtı²¹⁶. Nitekim yukarıda incelediğimiz davalarda Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evliliğe ilişkin yasaklamaları, kürtaja getirilen kısıtlamaları ve kasten öldürme suçu dışındaki suçlar için öngörülen idam cezasını anayasaya aykırı bulması Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarının bir sonucudur. Yine Yüksek Mahkeme'nin ırksal temelli pozitif ayrımcılık uygulamasının da anayasaya uygun olarak değerlendirmesinin arkasında Anthony Kennedy'nin belirleyici oyu bulunmaktadır. Brett Kavanaugh'un bu tür davalarda Anthony Kennedy'nin kullandığı oylar ile aynı yönde oy kullanması çok küçük bir ihtimaldi. Bu açıdan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılığa ilişkin eyaletlerin öngörebileceği sınırlandırmalar ya da düzenlemeler Yüksek Mahkeme'nin bir kez daha önüne geldiğinde Brett Kavanaugh'un Anthony Kennedy'den farklı bir tutum sergileyebileceğini tahmin etmek güç değildir.

Anthony Kennedy'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nden ayrılması ve akabinde Brett Kavanaugh'un atanması ile Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr bloğunu John Roberts, Samuel Alito, Clarence Thomas, Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh oluştururken Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan da Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan yargıçlar olmuşlardır. Yüksek Mahkeme'deki bu yeni yargıç dağılımı Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr nitelikli içtihatlarından ziyade liberal karakteri haiz içtihatlarını değiştirmeye ihtimalini de beraberinde

215 Çalışmanın bu bölümünde Anthony Kennedy'nin emekliliği ile Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı arasındaki dönem ele alınmaktadır.

216 Bkz. Dylan Matthews, aynı eser.

getirmişti. Aksi bir durum yukarıda incelediğimiz konulara ilişkin yeni davalarda liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanacak yeni bir merkez yargıcın varlığı ile söz konusu olabilirdi. Bu yargıç sürpriz bir şekilde ve kendisine özgü gerekçesiyle John Roberts olmuştur.

Kennedy'nin emekliliği ve Kavanaugh'un atanması sonrası Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip üyesinin Roberts olabileceği belirtilmekte idi²¹⁷. Günümüzde de Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr kanadında bulunan yargıçlardan merkeze en yakın ya da en ılımlı olarak John Roberts gösterilmektedir. Nitekim Kennedy'nin emekliliği öncesinde dahi Kennedy'den sonra merkeze en yakın yargıç Roberts idi. Bununla birlikte Baş Yargıç Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularına ilişkin verdiği kararlarda Kennedy'nin aksine liberal yargıçlarla birlikte yer almadığı da diğer bir gerçektir. Baş Yargıç Roberts sürpriz bir şekilde 29 Haziran 2020 tarihli *June Medical Services LLC v. Russo* kararı ile Kennedy'nin mirasını devam ettirme eğiliminde olduğunu belli etmiştir. Yine konu itibarıyla Yüksek Mahkeme'nin ideolojik temelli bölündüğü ve liberal yargıçlar ile muhafazakâr yargıçların bir arada blok olarak oy verdiği 29 Mayıs 2020 tarihli *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom* kararında da Baş Yargıç Roberts Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanmıştır.

b. Anthony Kennedy'nin Emekliliği Sonrası Baş Yargıç John Roberts'ın Belirleyici Oya Sahip Olduğu Davalara İki Örnek: June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom

aa. Kürtaj: June Medical Services LLC v. Russo (2020)

*June Medical Services LLC v. Russo*²¹⁸ Davası'nın konusu esasen *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası'nın konusu ile aynıdır. 2014 Haziran ayında Louisiana Eyaleti bir kanun çıkararak kürtaj işlemini gerçekleştiren doktorlara kürtajın gerçekleştirildiği kliniğin 30 mil çevresindeki bir hastaneden halen geçerli olan hasta kabul izninin (*hospital admitting privileges*) olması zorunluluğu getirmiştir. İlgili kanuna karşı birçok doktor ve klinik dava açmış olup, dosya Bölge Mahkemesi'nde iken *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* Davası kararı verilmiştir. Bölge Mahkemesi, *Whole Woman's Health v. Hellerstedt* kararındaki benzer gerekçelerle ilgili kanunun geçersiz olduğuna hükmetmiştir. Anayasaya aykırılık meselesi akabinde 5. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'nde geldiğinde Mahkeme iki davanın konu açısından aynı olmadığını ve davalardaki farklılıkların Bölge Mahkemesi tarafından göz ardı edildiğini belirterek Bölge Mahkemesi'nin kararını bozmuştur. 5. Çevre Temyiz Mahkemesi, kararında ilgili Louisiana kanunu ile hemen hemen hiçbir kürtaj kliniğinin kapanmayacağına ve bu sebeple kanunun kürtaj isteği olan kadınlar açısından aşırı külfet getirmediğini belirtmiştir²¹⁹.

217 Bkz. Ritchie King ve diğerleri, "John Roberts Will Probably Be The Supreme Court's Next Swing Justice", *FiveThirtyEight*, 27 June 2018, <https://fivethirtyeight.com/features/john-roberts-will-probably-be-the-supreme-courts-next-swing-justice/>, (21.10.2020).

218 591 US _ (2020).

219 Bkz. *June Medical Services LLC v. Russo*, 591 US _ (2020), JUSTIA, Syllabus, <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/591/18-1323/#tab-opinion-4267237>, (20.20.2020); *June Medical Services LLC v. Russo*, Facts of the Case, Oyez,

June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla Louisiana kanuni düzenlemesinin anayasaya aykırı olduğu kararını vermiştir. Karar Gorsuch, Kavanaugh, Thomas ve Alito'nun karşı oyları karşısında Roberts, Ginsburg, Sotomator, Kagan ve Breyer'in oyları ile alınmıştır. Görüldüğü üzere konusu hemen hemen aynı olan bir davada dört sene önce muhafazakâr yargıçlarla aynı safta bulunan John Roberts söz konusu davada liberal yargıçlarla birlikte yer almıştır. Yine Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan yargıçlar Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'un kürtaj gerçekleştiren doktorlar için hasta kabul izni şartı getirilmesini anayasaya aykırı bulmaması da dikkat çekicidir.

June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda çoğunluk görüşü Breyer tarafından yazılmıştır. Breyer'in çoğunluk görüşü yazısına Ginsburg, Kagan ve Sotomayor katılmıştır. Roberts ise farklı gerekçe/mutabık görüş yazısı kaleme almıştır. Azınlık görüşünde bulunan yargıçlardan ise her biri kendi karşı oy yazısını kaleme almıştır. Breyer, çoğunluk yazısında Bölge Mahkemesi'nin Whole Woman's Health kararında Yüksek Mahkeme tarafından belirtilen standartları uyguladığını belirtmiştir²²⁰. Breyer, söz konusu Louisiana kanununun kürtaj isteği olan kadına herhangi bir tıbbi yardım ya da yarar sağlamadan önemli ölçüde bir engel getirdiğinin ve bu hususun da kadının anayasal kürtaj hakkı üzerinde ağır bir yük oluşturduğunun altını çizmiştir²²¹.

Baş Yargıç John Roberts'in farklı gerekçe/mutabık görüş yazısı gerçekten çok dikkat çekicidir. Şöyle ki Roberts, farklı gerekçe/mutabık görüş yazısını *stare decisis* ilkesini vurgulayarak kaleme almıştır. Roberts'a göre *stare decisis* ilkesi Yüksek Mahkeme'nin benzer durumlarda aynı yönde karar vermesini gerektirir. Henüz dört sene önce verilmiş Whole Woman's Health v. Hellerstedt kararı karşısında Teksas kanunu ile Louisiana kanunun da benzerlikleri göz önüne alındığında söz konusu Louisiana kanunu anayasaya aykırıdır²²². Nitekim Baş Yargıç Roberts, Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda karşı oy yazısının hala arkasında olduğunu, Yüksek Mahkeme kararının doğru olmadığını ancak Whole Woman's Health kararının doğru ya da yanlış olduğuna bakılmaksızın mevcut olaya uygulanması gerektiğinin altını çizmiştir²²³. Başka bir ifadeyle Baş Yargıç Roberts June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda Yüksek Mahkeme'nin yakın tarihli içtihadının istikrar kazanması

<https://www.oyez.org/cases/2019/18-1323>, (20.10.2020). Kararın tam metni için bkz. https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1323_c07d.pdf, (20.20.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

220 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 17, (Breyer, J.).

221 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 38, (Breyer, J.). Karşı oy yazılarında ise Clarence Thomas kürtajın herhangi bir anayasal dayanağının olmadığını belirtmiştir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 20, (Thomas, J. dissenting). Samuel Alito her ne kadar Teksas kanunu ile Louisiana kanunu hemen hemen aynı olsa da oluşturduğu etkilerin aynı olmadığını altını çizmiştir. Alito'ya göre kürtaj yapan doktorlar için hasta kabul belgesi aranması şartı Teksas Eyaleti'nde meydana getireceği etkiyi Louisiana Eyaleti'nde getirmeyebilir. Bu açıdan Whole Woman's Health kararının bu davada izlenmesi gerekli değildir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 10, (Alito J. dissenting). Gorsuch, dava konusu meselenin politik ve ihtilaflı olduğunu yasama organının takdir yetkisinde olduğunu belirtmiştir. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pgs. 1-2, 21, (Gorsuch, J. dissenting). Kavanaugh ise hâlihazırdaki dokuz Yüksek Mahkeme yargıcından beşinin Whole Woman's Health kararında uygulanan denge ölçütünün (benefits-and-burdens balancing test) karşısında olduğunu vurgulamıştır. Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pgs. 1-2, 21 (Kavanaugh, J. dissenting). Samuel Alito'nun karşı oy yazısında Neil Gorsuch ile kısmi olarak Clarence Thomas ve Brett Kavanaugh da katılmıştır.

222 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 16, (Roberts, C. J., concurring).

223 Bkz. June Medical Services LLC v. Russo, 591 US _ (2020), pg. 2, (Roberts, C. J., concurring).

ve stare decisis ilkesine halel gelmemesi için liberal yargıçların yanında yer almıştır. Pek tabii ki Roberts'ın bu gerekçesi söz konusu davada belirleyici oya sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.

bb. Covid-19 Salgını Dönemi İbadet Özgürlüğünün Kamu Sağlığı Sebebiyle Sınırlanması: South Bay United Pentecostal Church v. Newsom (2020)

Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'deki liberal yargıçlarla birlikte yer alıp belirleyici oyun sahibi olduğu yakın dönemdeki diğer bir çarpıcı dava South Bay United Pentecostal Church v. Newsom²²⁴ olarak karşımıza çıkmaktadır. Amerikan Yüksek Mahkemesi 29 Mayıs 2020 tarihinde 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla Kaliforniya Kilisesi'nin (*United Pentecostal Church*), Kaliforniya valisi Gavin Newsom'ın çıkarmış olduğu yönergenin (*State Guidelines*)²²⁵ Amerikan Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle yapmış olduğu başvuruyu reddetmiştir²²⁶. İlgili yönerge Kaliforniya Eyaleti'ndeki ibadet yerlerinde, kapasitelerinin azami %25'i ya da azami 100 kişi ile toplanılacağını öngörmektedir. Kilise'nin Yüksek Mahkeme'den talebi, söz konusu yönergenin yürürlüğünün durdurulmasıdır²²⁷.

Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr bloğunda yer alan yargıçlar Clarence Thomas, Samuel Alito, Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh çoğunluk görüşüne katılmamışlardır. Kararın bu yönde çıkmasında Yüksek Mahkeme'nin esasen muhafazakâr kanadında yer alan Baş Yargıç John Roberts'ın Yüksek Mahkeme'nin liberal kanadında yer alan Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan ile aynı tarafta yer alması etkin olmuştur. Başka bir ifadeyle South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararında belirleyici oyun sahibi olan yargıç John Roberts'tır.

South Bay United Pentecostal Church v. Newsom Davası'nda çoğunluk görüşünde yer alan yargıçlar herhangi bir görüş yazısı kaleme almamışlardır. Bu hususta Baş Yargıç John Roberts bir farklı gerekçe/ mutabik görüş kaleme almıştır²²⁸. Baş Yargıç Roberts, Valilik yönergesinin Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'deki serbest ibadet ibaresine aykırılık oluşturmadığını, benzer hatta daha katı kısıtlamaların okul, konser, sinema, tiyatro gibi seküler yer ve mekânlar için öngörüldüğünü belirtmiştir. Bu hususta yönerge market, banka çamaşırhane gibi toplu halde yararlanılmayan yerleri kısıtlamadan muaf tutmaktadır. Baş Yargıç Roberts, kamu sağlığının Amerikan Anayasası tarafından güvence

224 590 U. S. ____ (2020).

225 İlgili yönerge COVID-19 Salgını sebebiyle Vali Newsom tarafından 4 Mart 2020 tarihinde Kaliforniya Eyaleti'nde ilan edilen olağanüstü hâl (*state of emergency*) kapsamında çıkarılmıştı. Hemen belirtelim Vali Newsom'ın olağanüstü hâl ilan etmesinin hukuki dayanağı *California Emergency Services Act* isimli bir eyalet kanunudur.

226 Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi "Kongre, bir dinin tesisine ilişkin veya serbest ibadeti yasaklayan; ya da ifade özgürlüğünü, basın özgürlüğünü veya halkın barışçıl bir şekilde toplanma ve şikâyete konu olan bir sorunun düzeltilmesi için kamusal makamlara yazı ile başvurma hakkını kısıtlayan herhangi bir kanun yapmayacaktır." hükmünü ihtiva etmektedir.

227 Amerikan Yüksek Mahkemesi *Cantwell v. Connecticut* Davası kararı ile XIV. Değişiklik Maddesi'ndeki özgürlük kavramının I. Değişiklik Maddesi'ndeki özgürlükleri de kapsadığını belirtmiştir. Bkz. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296, 303, (1940). Kararın tam metni için bkz. <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/#tab-opinion-1936773>, (26.11.2020). Bunun anlamı serbest ibadet ibaresinin ve ibadet özgürlüğünün muhatabının merkezi/ federal devlet yanında eyaletlerin de olmasıdır. Fisher ve Harriger, s. 577.

228 Bkz. *South Bay United Pentecostal Church v. Newsom*, 590 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf, (15.10.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

altına alındığını, bilhassa tıbbi ve bilimsel belirsizliğin söz konusu olduğu durumlarda kamusal makamların halkın sağlığını korumak için birtakım tedbirlere başvurmasının anayasal açıdan meşru olduğunu belirtmiştir²²⁹.

Yüksek Mahkeme yargıçları Thomas ve Gorsuch'ın da katıldıkları²³⁰ karşı oy yazısını kaleme alan Brett Kavanaugh, söz konusu Valilik yönergesi ile seküler işletmeler karşısında ibadet yerlerine ayrımcılık yapıldığını belirtmiştir. Karşı oy yazısına göre ibadet yerlerine uygulanan %25 sınırlaması fabrika, iş merkezi, süper market, lokanta, eczane, alışveriş merkezi gibi seküler işletmelere ve mekânlara uygulanmamaktadır. Kaliforniya Eyaleti'nin uyguladığı bu ayrımcılık ise Anayasa'ya aykırılık oluşturmaktadır. Hâlbuki Başvurucu Kilise, Kaliforniya Eyaleti'nin seküler işletmeler için belirlediği pandemi standartlarına uymaya hazır olduğunu belirtmiştir. Kaliforniya, COVID-19 ile dini müesseselere ayrımcılık yapmadan savaşılabılır. Din ve ibadet özgürlüğü temelli böylesine bir ayrımcılık Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'nin ihlali anlamına gelmektedir²³¹.

Yüksek Mahkeme'nin South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararı, COVID-19 Salgını sürecinde Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğünün sınırları açısından ön plana çıkmaktadır. Yine Yüksek Mahkeme'nin bu kararı, ifade ve ibadet özgürlüğünün kamu sağlığı meşru amacı çerçevesinde sınırlandırılabilirliğinin altının çizilmesi açısından önem taşımaktadır. Kararın başka bir boyutu ise bilhassa kürtaj, idam cezası, pozitif ayrımcılık gibi alanlarda gün yüzüne çıkan Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr-liberal yargıç ayrımının ibadet özgürlüğü/dini müesseselere erişimin sınırlandırılması konusunda da ortaya çıkmış olmasıdır. Bu hususta kararın muhafazakâr kimliği ve felsefi görüşü ile bilinen Baş Yargıç John Roberts'in belirleyici oyu ile alınması dikkat çekicidir²³².

c. Değerlendirme

June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararları Yüksek Mahkeme'nin esasen muhafazakâr kanadında yer alan Baş Yargıç John Roberts'in belirleyici oylarıyla alınmıştır. Söz konusu iki kararda kullandığı oyların yönü Roberts'in Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip yeni merkez yargıç olup olmadığı sorusunu akla getirmekte idi. Yine söz konusu davalarda Trump tarafından aday gösterilip atanan Gorsuch ile Kavanaugh'un kullandığı oylar da

229 Bkz. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Roberts, C. J., concurring).

230 Samuel Alito karşı oya yer almasına rağmen karşı oy yazısına katılmadığı gibi kendisi de herhangi bir karşı oy yazısı kaleme almamıştır.

231 Bkz. South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Kavanaugh, J., dissenting).

232 South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararı akabinde Amerikan Yüksek Mahkemesi, benzer bir konu ihtiva eden Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak Davası'nda da John Roberts'in belirleyici oyu ile aynı yönde bir karara imza atmıştır. Yüksek Mahkeme 24 Temmuz 2020 tarihinde Nevada Valisi Steve Sisolak'ın Nevada Eyaleti'ndeki olağanüstü hâl kapsamında çıkardığı yönerge (*directive*) ile eyaletteki dini müesseselerin kullanımını 50 kişi ile sınırlandırmasının Anayasa'nın I. Değişiklik Maddesi'ne aykırılığı iddiasını ve ilgili yönergenin yürürlüğünün durdurulması talebini 4'e karşı 5 yargıcın oyu ile reddetmiştir. Karar tıpkı South Bay United Pentecostal Church v. Newsom'da olduğu gibi John Roberts, Ruth Bader Ginsburg, Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ve Elena Kagan'ın çoğunluk oylarıyla alınmıştır. Bkz. Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1070_0811.pdf#page=13, (27.11.2020).

söz konusu yargıçların eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık gibi konulara ilişkin muhtemel yeni davalarda kullanacakları oyun rengi hususunda önemli veriler içermektedir.

June Medical Services LLC v. Russo Davası konu olarak Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası ile hemen hemen aynıdır. Bununla birlikte June Medical Services LLC v. Russo kararı verilirken Anthony Kennedy Yüksek Mahkeme'den emekli olmuş yerine Kennedy'den daha muhafazakâr olarak bilinen Brett Kavanaugh atanmıştı. Nitekim gerek Kavanaugh gerekse Gorsuch karşı oy yazılarında kürtaj yapan doktorlara getirilen hasta kabul izni şartının Anayasa'ya aykırı olmadığını belirtmiştir. Bu açıdan ilgili davada John Roberts'ın takındığı tutum çok belirleyici olmuştur. Baş Yargıç Roberts her ne kadar Whole Woman's Health v. Hellerstedt Davası'nda Yüksek Mahkeme'nin yanlış bir karar aldığını ve çoğunluk görüşüne katılmadığını belirtse de stare decisis ilkesi karşısında Mahkeme'nin içtihadının kısa süre içerisinde değişmemesi ve istikrar kazanması adına liberal yargıçlarla aynı yönde oy kullanarak Louisiana kürtaj kanununu anayasaya aykırı bulmuştur. İlgili kararın John Roberts'ın belirleyici oyuyla alındığı hususunda şüphe yoktur. Bununla birlikte Roberts'ın farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında belirttiği hususlar Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarıyla alınan eşcinsel evlilik, kürtaj, idam ve pozitif ayrımcılık konularındaki davalardaki görüşlerinin değişmediği anlamına gelmektedir. Yine de söz gelimi eşcinsel evliliğe yasaklama getiren bir eyalet kanunu Yüksek Mahkeme'nin önüne gelirse Roberts'ın Mahkeme'nin yakın tarihteki içtihadının istikrar kazanması gerekçesiyle yine liberal yargıçlarla birlikte yer alması düşük bir olasılık değildir.

Kaliforniya Eyaleti'ndeki ibadet yerlerinde, kapasitelerinin azami %25'i ya da azami 100 kişi ile toplanılacağını öngören Valilik yönergesinin anayasaya aykırı bulunmaması da John Roberts'ın belirleyici oyuyla olmuştur. Nitekim Roberts farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında Brett Kavanaugh'un aksine genel sağlığın korunması bağlamında ibadet yerlerini fabrika, iş merkezi, süper market, lokanta, eczane, alışveriş merkezi gibi yerlerden farklı değerlendirmiş ve kamu sağlığını korumak adına kamusal makamların ibadet yerlerine birtakım sınırlamalar öngörebileceğinin altını çizmiştir.

June Medical Services LLC v. Russo ve South Bay United Pentecostal Church v. Newsom kararlarını analiz ettiğimizde Anthony Kennedy'nin emekliliği sonrası Yüksek Mahkeme'nin merkeze en yakın muhafazakâr yargıcının John Roberts olduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Donald Trump tarafından aday gösterilip atanan Neil Gorsuch ile Brett Kavanaugh'un siyasi niteliği haiz ve toplumsal açıdan da ihtilafli meseleleri ihtiva eden davalarda kullanacakları oylar hakkında tahminde bulunmak daha kolaydır. Bununla birlikte aşağıda da belirteceğimiz üzere Ruth Bader Ginsburg'ün ölümü ve akabinde Amy Coney Barrett'in atanması ile John Roberts'ın artık Yüksek Mahkeme'nin belirleyici oya sahip merkez yargıcı olduğunu söylemek mümkün değildir. Nitekim böylesine bir durum Yüksek Mahkeme'de 4 liberal ve 5 muhafazakâr yargıç bulunması durumunda söz konusu olabilir.

2. Ruth Bader Ginsburg'ün Vefatının ve Amy Coney Barrett'in Atanmasının Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesine ve Yüksek Mahkeme İçtihatlarına Olası Etkisi

a. Ruth Bader Ginsburg'ün Vefatı ve Amy Coney Barrett'in Atanması Sonrası Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesi

Demokrat Başkan Bill Clinton tarafından aday gösterilip atanan ve 1993 senesinden beri Yüksek Mahkeme yargıçlığı görevini ifa eden Ruth Bader Ginsburg 18 Eylül 2020 tarihinde pankreas kanseri sebebiyle 87 yaşında vefat etmiştir. Yargıç Ginsburg bir süredir sağlık sorunları ile mücadele etmekteydi. Ruth Bader Ginsburg'un vefatı, Yüksek Mahkeme'deki liberal üye sayısının üçe düşmesi anlamına gelmektedir. Yine Ginsburg'un vefatı ile Donald Trump'a dört yıllık başkanlık döneminde üçüncü kez Yüksek Mahkeme yargıcı belirleme fırsatı geçmiştir.

Ruth Bader Ginsburg 2018 senesinde iki kez kanser tedavisi görmüş Kasım 2019'da ise yüksek ateş ve enfeksiyon sebebiyle hastaneye kaldırılmıştır. Senatör McConnell, 2016 senesinde Merrick Garland'ın adaylık sürecinde gösterdiği tutumun aksine Yargıç Ginsburg'un vefat etmesi durumunda Başkan Trump tarafından gösterilecek Yüksek Mahkeme üyesi adayının Senato'da oylanmasını destekleyeceğini açıklamıştır²³³. Senato'da azınlıkta bulunan Demokratların lideri Chuck Schumer ise Ginsburg'dan boşalan üyeliğin doldurulması için yeni başkanlık seçimlerinin beklenmesi gerektiğini belirten bir açıklama yapmıştır²³⁴. Nitekim Ruth Bader Ginsburg vefat ettiğinde Amerikan Başkanlık, Temsilciler Meclisi ve Senato (1/3 oranında – 33 üyesi için²³⁵) seçimlerine iki aydan daha az bir süre kalmıştı. Ginsburg'un vefatı akabinde Senator McConnell'in Başkan Trump'ın Yüksek Mahkeme üyeliği için aday göstermesi halinde bunu oylayacaklarını açıklamasına karşılık olarak Schumer ise Başkanlık Seçimleri'nden önce Senato'nun Trump tarafından belirlenecek bir aday onaylaması durumunda Yüksek Mahkeme'nin yapısında değişikliğe gidilmesi sinyalini verecek şekilde her ihtimalin masada olduğunu belirten bir açıklama yapmıştır²³⁶.

233 Carl Hulse, "Why Republicans Will Sidestep Their Garland Rule for the Court in 2020", *New York Times*, 29 November 2019, <https://www.nytimes.com/2019/11/29/us/politics/senate-supreme-court-garland.html>, (03.05.2020).

234 Brooke Singman, "Schumer: Ginsburg vacancy should not be filled until 'we have a new president'", *Fox News*, 19 September 2020, <https://www.foxnews.com/politics/schumer-says-ginsburg-vacancy-should-not-be-filled-until-we-have-a-new-president>, (21.10.2020). Şubat 2016'da Antonin Scalia'nın vefatı üzerine boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için Barack Obama Merrick Garland'ı aday gösterdiğinde Senatör Schumer ekseriyeti Cumhuriyetçilerden oluşan Senato'ya Garland'ı oylamasını tavsiye etmiştir. Miriam Valverde, "Chuck Schumer flip-flops on confirming Supreme Court justices in a presidential election year", *Politifact*, 22 September 2020, <https://www.politifact.com/factchecks/2020/sep/22/charles-schumer/chuck-schumer-flip-flops-considering-supreme-court/>, (21.10.2020).

235 Hemen belirtelim 2020 Senato Seçimleri 35 üyelik için yapılmıştır. Bunun sebebi olağan 33 senatör seçimine ilaveten istifa eden Georgia Senatörü Johnny Isakson ve vefat eden Arizona Senatörü John McCain'den boşalan üyelikler için de iki özel seçim yapılmasıdır.

236 John L. Dorman, "Chuck Schumer: If GOP tries to fill Ginsburg's seat, 'nothing is off the table next year'", *Business Insider*, 19 September 2020, <https://www.businessinsider.com/chuck-schumer-senate-democrats-republicans-supreme-court-ginsburg-vote-mcconnell-2020-9>, (21.10.2020). Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısında Demokratların inisiyatif dâhilinde bir değişikliğin mümkün olması için Demokratların Temsilciler Meclisi'nin yanında Senato'da da çoğunluğunu sağlaması gerekmektedir. Yüksek Mahkeme nezdinde böylesine yapısal bir değişiklik Başkan Franklin Roosevelt döneminde söz konusu olmuştur. Roosevelt 1929 Büyük Buhran sonrası 1930'ların başında uygulamaya koyduğu *New Deal (Yeni Düzen)* kapsamında Kongre aracılığıyla veya bizzat yürürlüğe soktuğu ekonomik reformlarının, ekseriyeti muhafazakâr yargıçlardan oluşan Yüksek Mahkeme'den dönmemesi için o dönem görev yapan ve emekli olmayı reddeden 70 yaşın üzerindeki her bir Yüksek Mahkeme yargıcı için bir üye atamasını öngören 1937 tarihli *Judicial Procedures Reform Bill of 1937*'e ön ayak olmuştur. Bu kanun teklifi ile Roosevelt Yüksek Mahkeme'ye altı yeni üye atama imkânına sahip oluyordu. Bununla birlikte asgari ücret, sosyal güvenlik ve National Labor Relations Act'e ilişkin Yüksek Mahkeme kararlarının *New Deal* yönünde çıkarak Roosevelt'i memnun etmesi ve Yüksek Mahkeme'nin muhafazakâr

Donald Trump 29 Eylül 2020 tarihinde Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ile boşalan Yüksek Mahkeme üyeliği için kadın yargıç Amy Coney Barrett'ı aday göstermiştir. Barrett muhafazakâr kimliği ve dünya görüşü ile bilinen bir yargıçtır. Aday gösterildiğinde 7. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi üyesi olan 48 yaşındaki Barrett evli, yedi çocuk annesi ve katoliktir. Amerikan Barolar Birliği Amy Coney Barrett'a en yüksek notu olan nitelikli (well-qualified) notunu vermiştir²³⁷. Amy Coney Barrett'ın bir dönem Antonin Scalia'nın yanında raportör olarak çalıştığı ve onun görüşlerinden etkilendiği, hatta Scalia'nın Barrett'ın akıl hocası olduğu belirtilmektedir²³⁸.

Amy Coney Barrett 29 Eylül 2020 tarihinde Donald Trump tarafından aday gösterildiğinde Cumhuriyetçilerin 53 senatörü varken Demokratların 45 senatörü vardı. Bağımsız olan Maine Senatörü Angus King ile Vermont Senatörü Bernie Sanders siyasi olarak Demokrat Parti'ye yakındı. Yine iki Cumhuriyetçi senatör 3 Kasım 2020 seçimlerinde yeni başkan belirlenmeden bir Yüksek Mahkeme adayına oy vermeyeceklerini açıklamışlardır. Bu kişiler Maine Senatörü Susan Collins ve Alaska Senatörü Lisa Murkowski'di idi²³⁹. Bununla birlikte Senatör McConnell, başkanlık seçiminden önce Yargıç Barrett'ı oylamak istediklerini ve bu hususta da Barrett'ın onaylanması için gerekli oy sayısına sahip olduklarını belirtmişti²⁴⁰. Nitekim 51 senatörün müspet oyu Barrett'ın Yüksek Mahkeme yargıcı olarak atanması için yeterliydi.

Amerikan Senatosu Başkanlık Seçimleri'ne yaklaşık bir hafta kala 26 Ekim 2020 tarihinde Amy Corey Barrett'ı 48'e karşı 52 oyla onaylamıştır. Oylamada Demokrat senatörler ve bağımsız iki senatör hayır oy kullanırken Susan Collins haricindeki bütün Cumhuriyetçi senatörler evet oyu kullanmıştır²⁴¹. Bu şekilde Donald Trump tarafından aday gösterilen Yüksek Mahkeme yargıçlarının tamamının oylamasında Senato'daki Cumhuriyetçiler ve Demokratlar neredeyse blok olarak aynı yönde kullanmış oldu²⁴². Garland'ın adaylık sürecinde Başkanlık seçimlerine yaklaşık sekiz ay kaldığı gerekçesiyle Senato'nun oylama yapmaması gerektiğini belirten Mitch McConnell, seçimlere

yargıçlarından Willis Van Devanter'in emekli olacağını açıklaması ile ilgili kanun teklifi tabiri caizse rafa kaldırılmıştır. Nitekim Başkan Roosevelt gelişmeler karşısında Yüksek Mahkeme'yi hâlihazırdaki atama usulü ile şekillendirme imkânını elde etmişti. Bkz. Fisher ve Harriger, s. 1076-1078; "How FDR Lost His Brief War on the Supreme Court", **Constitution Daily – National Constitution Center**, 5 February 2020, <https://constitutioncenter.org/blog/how-fdr-lost-his-brief-war-on-the-supreme-court-2>, (25.11.2020).

237 Bkz. Standing Committee On the Federal Judiciary, Ratings – 116th Congress https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/government_affairs_office/webratingchart-trump116.pdf?logActivity=true, (21.10.2020).

Bununla birlikte Trump tarafından aday gösterilen diğer Yüksek Mahkeme üyeleri Neil Gorsuch ve Brett Kavanaugh'un aksine Amerikan Barolar Birliği'nin ilgili Federal Komitesi bu kararı oy birliği ile değil nitelikli çoğunluk ile (substantial majority) almıştır. Kalan üyeler ise Barrett'a yeterli (qualified) notunu vermiştir.

238 Michael Term, "Originalism, Catholicism and a job as his clerk: Amy Coney Barrett is Antonin Scalia's heir, intellectually and spiritually", **Chicago Tribune**, 26 September 2020, <https://www.chicagotribune.com/nation-world/ct-nw-amy-coney-barrett-antonin-scalia-clerk-20200926-63kstl67ebcvjkfgvuwetbsrlq-story.html>, (21.10.2020).

239 Russell Berman, "Suddenly, Amy Coney Barrett Might Not Have the Votes", **The Atlantic**, 3 October 2020, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/10/supreme-court-trump-covid/616608/>, (21.10.2020).

240 Tom McCarthy, "Top Senate Republican says he has the votes to confirm Amy Coney Barrett", 15 October 2020, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/oct/15/amy-coney-barrett-supreme-court-senate-votes-republican>, (21.10.2020).

241 Bkz. "Roll Call Vote 116th Congress – 2nd Session", United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00224, (25.11.2020).

242 Nitekim Neil Gorsuch 45'e karşı 54, Brett Kavanaugh da 48'e karşı 50 senatörün oyuyla onaylanmışlardır.

yaklaşık bir hafta kala Senato'nun Barrett'ı oylayarak onaylamasına ön ayak olmuştur. Yine son dönem Demokrat Parti ile Cumhuriyetçi Parti arasında artan siyasi gerilim Barrett'ın onaylanması ile başka bir boyut kazanmıştır. Nitekim hem Senatoda hem de Temsilciler Meclisi'nde çoğunluğu elinde bulunduran Demokrat Parti'nin Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yapısına ilişkin reform öngören bir kanun teklifi sunması işten bile değildir²⁴³.

b. Amy Coney Barrett'ın Atanmasının Amerikan Yüksek Mahkemesi İçerisindeki Liberal-Muhafazakâr Yargıç Dengesine ve Yüksek Mahkeme İçtihatlarına Etkisine Güncel Bir Örnek: Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo (2020)

Amy Coney Barrett'ın Senato tarafından onaylanarak Yüksek Mahkeme yargıcı olarak atanması gerek Mahkeme'nin oluşumu gerekse de içtihatları açısından önem taşımaktadır. Nitekim Barrett'ın Amerikan Yüksek Mahkeme üyesi olması, Mahkeme'nin Anthony Kennedy'nin belirleyici oylarının sonucunda kabul ettiği liberal karakteri haiz içtihatlarını değiştirebileceği anlamına gelmektedir. Hatta bu bağlamda Yüksek Mahkeme'den muhafazakâr karakterli kararlar çıkması için John Roberts'ın oyuna dahi ihtiyaç duyulmayacaktır²⁴⁴. Yukarıda da belirttiğimiz gibi Roberts, Yüksek Mahkeme'nin son dönem benimsediği liberal karakteri haiz içtihatlarını stare decisis ilkesi gereğince devam ettirme eğilimindedir. Barrett'ın atanması ile Yüksek Mahkeme'deki muhafazakâr üye sayısı altıya yükselmiştir. Bu durum ise Yüksek Mahkeme nezdindeki liberal-muhafazakâr dengesinin muhafazakâr yargıçların lehine değişmesi anlamına gelmektedir.

Amy Coney Barrett'ın Yüksek Mahkeme'ye atanmasının Mahkeme içtihatlarına yansımaya yakın tarihli bir örnek, konu itibarıyla South Bay Pentecostal Church Davası ile benzer olan ancak Mahkeme'nin bu kez farklı bir tutum sergilediği Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo²⁴⁵'dur. Davanın arka planında Demokrat New York Senatörü Andrew Cuomo'nun çıkardığı bir kararname (*executive order*) ile COVID-19 Pandemisi önlemleri kapsamında ibadet yerlerinin kullanımını 10 ila 25 kişiyle sınırlandırmasının Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'nde

243 Kasım 2020 sonu itibarıyla Joe Biden, 306 ikinci seçmen kazanarak Amerikan Başkanı seçilmiştir. Yine Cumhuriyetçi Parti'nin 206 temsilci kazanmasına karşın Demokrat Parti 222 temsilci kazanmıştır. Yani Temsilciler Meclisi'nde var olan Demokrat ekseriyeti 2020 Seçimleri itibarıyla de devam edecektir. Bu hususta 3 Kasım 2020 Senato Seçimleri sonucunda Cumhuriyetçilerin 50 senatörüne karşılık Demokratların 46 senatörü bulunmaktadır. Demokrat Parti'nin siyasi görüşüne yakınlığı bilinen iki senatörün varlığını da göz önüne aldığımızda 5 Ocak 2021'de iki senatörlük için yapılacak olan Georgia 2. Tur Senato Seçimleri'nin önemi artmıştır. Nitekim bu iki seçimi de Demokrat Parti adaylarının kazanması durumunda Senatoda 50-50 şeklinde bir dağılım ortaya çıkacak, bu durumda da aynı zamanda Senato başkanı olan ve oyların eşit olduğu durumlarda belirleyici oy hakkına sahip olan Kamala Harris sayesinde Demokrat Parti siyasi ajandasını Kongre'den geçirebilecektir. Hemen belirtelim Senato seçimlerinde eyaletlerin tamamına yakını tek turlu çoğunluk sistemini (*first-past-the-post*) benimserken Georgia iki turlu çoğunluk sistemini benimsemektedir. Buna göre ilk turda hiçbir aday kullanılan geçerli oyların salt çoğunluğunu elde edemezse en çok oyu alan iki aday ikinci tur seçime gitmektedir. 2020 senesinde Georgia Eyaleti için iki senatör seçiminin bir arada yapılmasının sebebi ise bunlardan birisinin olağan senatör seçimi diğeri ise Cumhuriyetçi Senatör Johnny Isakson'un 31 Aralık 2019 itibarıyla istifası sebebiyle yapılan senatör seçimi olmasıdır.

244 Leah Litman ve Melissa Murray, "Shifting from a 5-4 to a 6-3 Supreme Court Majority could be Seismic", 25 September 2020, *The Washington Post*, https://www.washingtonpost.com/outlook/trump-ginsburg-conservative-supreme-court-majority/2020/09/25/17920cd4-fe85-11ea-b555-4d71a9254f4b_story.html, (21.10.2020).

245 592 U. S. ____ (2020).

düzenlenen serbest ibadet ibaresine aykırılık oluşturduğu iddiası vardır²⁴⁶. Kararname gereğince ibadet yerlerinin kullanımı COVID-19 vakalarının yoğunluğuna göre belirlenen ve kırmızı bölge (*red zone*) ilan edilen muhitlerde 10 kişi; turuncu bölge (*orange zone*) ilan edilen bölgelerde ise 25 kişi ile sınırlandırılmıştır²⁴⁷. Yine kararname, eyalet tarafından *gerekli (essential)* ilan edilen işletmelerin diledikleri kadar sayıda kişiyi alabileceklerini öngörmektedir²⁴⁸. Yüksek Mahkeme 4'e karşı 5 yargıcın oyuyla ilgili kararnamenin Amerikan Anayasası'nın I. Değişiklik Maddesi'ne aykırı olduğunu hükmetmiştir. Karar Roberts, Breyer, Sotomayor ve Kagan'ın karşı oylarına karşılık Thomas, Alito, Gorsuch, Kavanaugh ve Barrett'in çoğunluk oylarıyla alınmıştır²⁴⁹.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo kararında kırmızı bölgeler açısından akupunktur işletmeleri, kamp alanları, kimya ve mikro elektrik fabrikaları, nakliye işletmeleri gibi işletme ve yerlerin gerekli kategorisinde değerlendirilmeleri veya herhangi bir kişi limiti ile sınırlandırılmamaları karşısında ibadet yerlerinin kişi sayısı ile sınırlandırılması ayrımcı bir muamele olarak görülmüştür. Yüksek Mahkeme'ye göre bu ayrımcı muamele turuncu bölgelerde daha da belirgindir. Şöyle ki bu bölgelerde gerekli kategorisine dâhil edilmeyen işletmeler dahi kendisinden faydalanacak azami kişi sayısını belirlemede bir serbestiye sahipken dini müesseselerin kullanımı ise 25 kişi ile sınırlandırılmıştır²⁵⁰. Çoğunluk görüşüne göre mağazalar, fabrikalar ve okullar da virüsün yayılması ve bulaşması için elverişli yerlerdir²⁵¹.

Yüksek Mahkeme, söz konusu valilik kararnamesi ile dini müesseselere getirilen sınırlandırmaların genel uygulama kabiliyetinden yoksun ve olağan nitelikte olmaması nedeniyle katı inceleme ölçütüne tabii tutulması gerektiğini belirtmiştir. Bu açıdan da ibadet yerleri için öngörülen sınırlandırmaların sadece (*narrowly tailored*) Pandemi'nin yayılmasını önleme meşru amacına hizmet ettiği hususu şüphelidir. Şöyle ki ilgili sınırlandırmalar Yüksek Mahkeme'nin önüne gelen COVID-19 kapsamındaki sınırlandırmalardan çok daha katıdır²⁵². Nitekim ibadet yerlerinin kullanımı bakımından çok daha az sınırlayıcı tedbirler ile virüsün yayılması pek tabii önlenebilir²⁵³. Yine Anayasa'ya aykırılığı ileri söz konusu sınırlandırmalar I. Değişiklik Maddesi'nde güvence altına alınan ibadet özgürlüğü açısından telafisi mümkün olmayan bir zarar çıkarabilecek niteliktedir. Nitekim ibadet yerlerini sadece 10 kişi ile sınırlamak gerek Hıristiyan gerekse Musevi inancına mensup kişileri dini inançlarının bir gereği olan toplu halde bizzat ibadetten yoksun bırakacaktır. Yine New York Eyaleti de ibadet yerleri için öngörülen sınırlandırmaların virüsün yayılmasını önlediğine hizmet ettiği hususunu kanıtlayamamıştır²⁵⁴.

246 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf, (27.11.2020). Karara ilişkin atıflar ilgili kaynak esas alınarak yapılacaktır.

247 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1; Lisa L. Colangelo, "Yellow, Orange and Red: How New York's COVID-19 Microclusters Work", *Newsday*, 24 November 2020, <https://www.newsday.com/news/health/coronavirus/micro-clusters-yellow-orange-red-zones-long-island-new-york-1.50073089>, (27.11.2020).

248 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Per Curiam).

249 Hemen belirtelim çoğunluk görüşü belirli bir yargıç adına değil de anonim olarak Yüksek Mahkeme adına, kararda belirtildiği şekilde *per curiam* olarak kaleme alınmıştır.

250 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Per Curiam).

251 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Per Curiam).

252 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 3-4, (Per Curiam).

253 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 4, (Per Curiam).

254 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 4, (Per Curiam).

Yüksek Mahkeme kararına göre Mahkeme üyeleri sağlık uzmanı değildir ancak Pandemi dönemlerinde dahi Anayasa askıya alınmaz. I. Değişiklik Maddesi'nin merkezinde olan serbest ibadet de bu kapsamdadır. Yüksek Mahkeme'ye ilgili kararnamenin anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle başvuru yapıldıktan sonra Vali Cuomo'nun dava konusu müesseselerin bulunduğu muhitleri turuncu bölgeden sarı bölgeye geçirmesi ve bu suretle ilgili müesseselerin maksimum kapasitelerinin %50'sine kadar kişi alabileceği hususu da Yüksek Mahkeme'nin kararını değiştirmemiştir. Çoğunluk görüşüne göre valinin takdir yetkisi dâhilinde olan ilgili muhitlerin yeniden turuncu bölgeye geçirilme ihtimali karşısında ki başvuruçuların ibadet özgürlükleri halen tehdit altındadır²⁵⁵. Nitekim Yüksek Mahkeme I. Değişiklik Maddesi'ni ihlal ettiği gerekçesiyle ilgili kararname hükümlerinin yürürlüğünü durdurmuştur²⁵⁶.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Trump tarafından atanan yargıçlar Gorsuch ve Kavanaugh, söz konusu kararnamenin yürürlüğünün durdurulması yönünde oy kullanmakla birlikte her biri kendi farklı gerekçe/mutabık görüş yazısını kaleme almıştır. Gorsuch farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında, olağanüstü dönemlerde dahi resmî makamların I. Değişiklik Maddesi'ni göz ardı edemeyeceğini belirtmiştir. Gorsuch'a göre ortada meşru bir kamu yararı yoksa ve olabilecek en az sınırlayıcı araca başvurulmamışsa I. Değişiklik Maddesi gereğince, kamu görevlileri en azından seküler faaliyetler için öngörmedikleri kısıtlamaları ibadet için de öngöremezler²⁵⁷. Söz konusu davada da bu husus göze çarpmaktadır. Nitekim kırmızı ve turuncu bölge ilan edilen muhitlerde ibadet yerleri için getirilen kişi sınırlaması yüzlerce kişilik kapasitesi olan katedraller için dahi geçerlidir. Yine dava konusu kararname COVID-19 Pandemisi önlemleri kapsamında sosyal mesafe, maske kullanımı, pencerelerin ve kapıların açık tutulması, şarkı söylemenin yasaklanması gibi önlemler getirmeksizin ibadet yerlerine erişimi sınırlandırmaktadır²⁵⁸. Gorsuch, Vali Cuomo'nun hırdavat dükkânı, akupunktur işletmesi, sigorta acentesi gibi yerleri gerekli listesine alarak bu mekânların kullanımında herhangi bir kişi sınırı getirmemesine karşılık olarak ibadet yerleri için böylesine bir kısıtlama öngörülmesinin ayrımcı bir niteliği haiz olduğunun ve I. Değişiklik Maddesi karşısında kabul edilemeyeceğinin altını çizmiştir²⁵⁹. Kavanaugh da farklı gerekçe/mutabık görüş yazısında, ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması bakımından Vali Cuomo tarafından çıkarılan kararnamenin South Bay Pentecostal Church kararına konu olan Vali Newsom'ın yönergelerinden çok daha ağır olduğunun altını çizmiştir²⁶⁰. Yine Gorsuch gibi Kavanaugh da söz konusu kararnamenin sosyal mesafe ve maske gerekliliklerine bakılmaksızın yüzlerce kapasiteli katedraller ve sinagoglar açısından da uygulama alanı bulduğunu belirtmiştir²⁶¹. Kavanaugh, söz konusu kararnamenin dini müesseselere seküler müesseseler karşısında ayrımcılık uyguladığını ve bunun da I. Değişiklik Maddesi bağlamında kabul görmediğini belirtmiştir²⁶².

255 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 6, (Per Curiam).

256 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 7, (Per Curiam).

257 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Gorsuch, J., concurring).

258 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Gorsuch, J., concurring).

259 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Gorsuch, J., concurring).

260 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 1-2, (Kavanaugh, J., concurring).

261 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Kavanaugh, J., concurring).

262 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 2, (Kavanaugh, J., concurring).

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Baş Yargıç John Roberts'ın kendisinin ayrı bir karşı oy yazısı kaleme aldığını görmekteyiz. Roberts söz konusu dava açıldıktan sonra Vali Cuomo'nun ilgili ibadet yerlerinin bulunduğu alanların bölgesini/rengini değiştirdiğinin altını çizmiştir. Roberts, bu koşullarda kararnamenin ilgili hükümlerinin yürürlüğünün durdurulmasına gerek olmadığını belirtmiştir²⁶³. Roberts, ibadet yerlerine girişin 10 ila 25 kişi ile sınırlandırılmasının aşırı nitelikte bir önlem olduğunu ve I. Değişiklik Maddesi'nin ihlali anlamına gelebileceğini ancak bunun gerekliliğinin kamu sağlığı ile ilgili resmî görevlilerin uzmanlık alanı içinde olduğunu belirtmiştir²⁶⁴. Baş Yargıç'a göre Vali'nin ilgili ibadet yerlerinin bulunduğu muhitlerin bölgesini/rengini değiştirmesi karşısında acil nitelikte bir yürürlüğü durdurma kararı verilmesinde bir yarar kalmamıştır. Roberts'ın ifadesiyle yürürlüğü durdurma kararı verilmesi "*Vali'ye zaten yapmadığı bir şey hususunda ne yapmaması gerektiğini söylemektir*"²⁶⁵.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Stephen Breyer, Sonia Sotomayor ile Elena Kagan'ın da katıldıkları bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Breyer, anayasaya aykırılık iddiasına daha önceden bakan Bölge Mahkemesi'ne sunulan kanıtlar ve tanıkların beyanları göz önüne alındığında söz konusu Valilik kararnamesinin bilimsel dayanağının ve epidemiyolojik amacının olduğunu belirtmiştir. Nitekim Bölge Mahkemesi yürürlüğü durdurma talebini reddetmiştir. Akabinde ise başvurucular 2. Çevre Federal Temyiz Mahkemesi'ne itiraz etmişlerdir. Federal Temyiz Mahkemesi de ihtiyati tedbir kararı niteliğindeki yürürlüğü durdurma talebini kabul etmemiş ve davanın esası hakkındaki duruşmasını 18 Aralık tarihine ertelemiştir. Böylesine bir durum içerisinde kararnamenin yürürlüğünün durdurulması uygun değildir²⁶⁶.

Yargıç Breyer, karşı oy yazısında Yüksek Mahkeme'ye başvuru yapıldığı sırada başvurucuların ibadet yerleri olan bir kilise ile iki sinagogun bulunduğu Brooklyn ile Queens'in ilgili muhitlerinin kırmızı ve turuncu bölgeden çıkarılarak sarı bölgeye alındığının altını çizmiştir. Bu sebeple de yürürlüğü durdurma kararı verilmesine gerek yoktur. Eğer bu muhitler ileride turuncu veya kırmızı bölgeler içerisine yeniden alınırsa böyle bir durumda Yüksek Mahkeme'ye yeniden başvurmaya engel bir durum bulunmamaktadır²⁶⁷. Yine Breyer COVID-19 Pandemisi sebebiyle ulusal düzeyde 12 milyon Amerikan'ın enfekte olduğunun, bunlardan 250 bininin vefat ettiğini ve bu vefatlardan 26 bininin New York Eyaleti'nde olduğunun altını çizmiştir. Yine yeni vaka sayıları da Pandemi başladığından bu yana en yüksek seviyelerdedir. Bilim insanları ve doktorlar COVID-19 virüsünün kapalı ve toplu halde kullanılan ortamlarda daha hızlı yayıldığının altını çizmektedir. Ortada tıbbi ve bilimsel belirsizliğin bulunduğu durumlarda resmî makamların takdir yetkisi geniş olmalıdır²⁶⁸.

Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Sonia Sotomayor da Elana Kagan'ın katıldığı bir karşı oy yazısı kaleme almıştır. Sotomayor South Bay kararının Pandemi döneminde

263 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Roberts, C.J., dissenting).

264 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Roberts, C.J., dissenting).

265 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 1-2, (Roberts, C.J., dissenting).

266 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 2-3, (Breyer, J., dissenting).

267 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Breyer, J., dissenting).

268 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pgs. 3-5, (Breyer, J., dissenting).

resmî görevlilerin ne şekilde işlem ve eylemlerde bulunacağı konusunda açık standartlar belirlemişken Yüksek Mahkeme'nin görüşünü değiştirmesinde haklı bir sebep olmadığını belirtmiştir²⁶⁹. Yine Sotomayor virüsün kapalı ve toplu halde kullanılan yerlerde daha hızlı bir şekilde yayıldığını ve bu açıdan da Valilik kararnamesinin toplu halde kullanılan seküler mekânlar ile ibadet yerleri arasında bir ayırım yapmadığını da belirtmiştir. Nitekim New York Eyaleti'ndeki konser salonları, sinemalar ve spor salonları tamamen kapatılırken ibadet yerlerinin sınırlı da olsa kullanımı devam etmiştir²⁷⁰.

South Bay Pentecostal Church ve Calvary Chapel Dayton Valley davalarının konusuyla benzer bir konuyu ihtiva etmesine rağmen Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda farklı yönde bir karar çıkmasının başlıca sebebi Yüksek Mahkeme'de Ruth Bader Ginsburg'ün yokluğu ve Amy Coney Barrett'in varlığıdır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi South Bay Pentecostal Church v. Newsom kararı ile ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması, Yüksek Mahkeme'deki liberal ve muhafazakâr yargıçların blok olarak aynı yönde oy kullandığı davalara ilişkin konular arasına eklenmişti. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo ise hem bu hususun teyit edilmesi hem de Amy Coney Barrett'in Yüksek Mahkeme içtihatlarına olası etkilerinin gözler önüne serilmesi açısından önem taşımaktadır. Nitekim Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo Davası'nda Amerikan Yüksek Mahkemesi, Amy Coney Barrett'in etkisi ile COVID-19 Salgını dönemi ibadet yerlerine erişimin sınırlandırılması konusundaki içtihadını değiştirmiştir.

c. Değerlendirme

Ruth Bader Ginsburg'ün Eylül ayındaki vefatı ve Başkanlık seçimlerine yaklaşık bir hafta kala yerine Amy Coney Barrett'in atanması Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal-muhafazakâr yargıç dengesini derinden etkilemiştir. Şöyle ki Ginsburg vefat etmese idi ya da Joe Biden'ın başkanlık döneminde vefat etse idi Yüksek Mahkeme'deki ideolojik eksensiz dağılım 4-1-4 şeklinde olacaktı. Nitekim John Roberts, June Medical Services LLC v. Russo Davası'nda kullandığı sürpriz belirleyici oy ile Yüksek Mahkeme'nin yakın geçmişte Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları ile benimsediği liberal karakterli içtihatlarını devam ettirme tutumu içinde olduğunu belli etmişti. Bu husus Yüksek Mahkeme'nin yeni bir merkez yargıcının olduğu anlamına da gelmekteydi. Bununla birlikte Ginsburg'ün vefatı ve Barrett'in atanması ile Yüksek Mahkeme'deki liberal-muhafazakâr yargıç dengesinin muhafazakâr eksensiz kaybolduğunu söyleyebiliriz. Bu husus pek tabii Anthony Kennedy'nin belirleyici oyu ile benimsenen eşcinsel evlilik, kürtaj, idam cezası ve pozitif ayrımcılık konularındaki Yüksek Mahkeme içtihatlarının değişebileceğinin de sinyalidir. Yine altı muhafazakâr üç liberal yargıcın bulunduğu güncel Yüksek Mahkeme kompozisyonunda ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli meselelere ilişkin davalar açısından Gorsuch, Kavanaugh ve Barrett'in profillerini de göz önüne alırsak merkez yargıçlık veya belirleyici oy gibi kavramların da öneminin pek kalmadığını söyleyebiliriz.

269 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 1, (Sotomayor, J., dissenting).

270 Bkz. Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), pg. 3, (Sotomayor, J., dissenting).

Amy Coney Barrett'ın atanma süreci de tıpkı Robert Bork ile Merrick Garland'ın adaylık süreçleri gibi Yüksek Mahkeme aday belirleme ve atama sürecinin siyasi niteliği haiz olduğunun diğer bir örneğidir. Bu süreç Amerikan siyasi tarihi açısından pek çok çarpıcı olaya sahne olmuştur. Merrick Garland'ın Senato tarafından oylanmamasında asli etken olan Senatör McConnell'in Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı sonrası izlediği tutum çok tartışmalıdır. Yine Chuck Schumer'in Başkanlık seçimlerine çok az bir süre kala Trump'ın Yüksek Mahkeme'ye bir yargıç ataması durumunda Yüksek Mahkeme'nin yapısının değiştirilmesini de ima edecek şekilde tüm seçeneklerin masada olduğu yönündeki demeci de çok çarpıcıdır. 2021 senesi Amerikan siyaseti ve bunun bir parçası olan Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin kompozisyonu açısından neler getirecek bunu pek tabii ki bilemeyiz. Ancak şu husus bir gerçektir ki bir dönem başkanlık yapmış ve girdiği iki seçimde de ülke genelindeki oy oranı açısından rakibinin gerisinde kalmış birisi Yüksek Mahkeme'nin yaşam boyu görev yapacak dokuz üyesinden üç tanesini belirlemiştir.

Ruth Bader Ginsburg'ün vefat etmesi ve akabinde Amy Coney Barrett'ın atanması, Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Sonia Sotomayor ile birlikte en liberal üyesini kaybederek yerine görev yaptığı dönemde Yüksek Mahkeme'nin en muhafazakâr yargıçlarından birisi olan Antonin Scalia'nın akıl hocası olduğu muhafazakâr bir yargıcın atanması demektir. Bu husus halen hayatta olan Anthony Kennedy'nin emekliliğinin Yüksek Mahkeme oluşumundaki etkisini daha da ön plana çıkarmıştır. Şöyle ki Kennedy emekli olmasa idi Ginsburg'ün vefatı akabinde Kavanaugh'un ya da Barrett'ın Trump tarafından atanması durumunda Yüksek Mahkeme'nin üç liberal yargıç bir merkez yargıç dört muhafazakâr yargıç ve Yüksek Mahkeme'nin son dönem ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda benimsediği içtihatlarını stare decisis ilkesi gereğince devam ettirme eğiliminde olan bir muhafazakâr yargıç olacaktı. Nitekim Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı öncesinde Yüksek Mahkeme'nin vermiş olduğu ve yukarıda incelediğimiz kararlar Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki liberal yargıç-muhafazakâr yargıç bloğunu ve dönemsel olarak ortaya çıkabilen merkez/medyan yargıç profilini gözler önüne sermektedir.

SONUÇ

Amerika Birleşik Devletleri, anayasanın yargıçlar eliyle şekillendirilmesinin ve tatbik edilmesinin en çarpıcı örneklerinden birisidir. Bu hususta en önemli aktör ise federal yargı sisteminin en üst basamağındaki Amerikan Yüksek Mahkemesi'dir. Amerikan Anayasası'nın çerçeve anayasa niteliği karşısında özel hayatın gizliliği, evlilik²⁷¹ gibi Anayasa'da düzenlenmeyen yeni hakların tanınması; yine idam cezasının kapsamı²⁷², pozitif ayrımcılık, kürtaj gibi Anayasa'nın herhangi bir hüküm ihtiva etmediği konularda federal düzeydeki veya eyalet düzeyindeki düzenlemelerin geçerlilikleri gibi anayasal meselelerde Amerikan Yüksek Mahkemesi asli rol oynamaktadır²⁷³.

271 Söz gelimi evlilik hakkı 1949 Alman Anayasası'nın 6. maddesinin birinci fıkrasında "evlilik ve aile, devletin özel koruması altındadır." hükmü ile güvence altına alınmaktadır.

272 Söz gelimi 1949 Alman Anayasası 102. maddesinde, 1815 Hollanda Anayasası ise 114. maddesinde idam cezasını açıkça yasaklamaktadır.

273 Bu önemli rol pek tabii ki tüm anayasa mahkemeleri veya anayasaya uygunluk denetimi yapan merciler açısından geçerlidir.

Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin yaşam boyu görev yapma hakkına sahip dokuz üyesinin olması ve üyelerinin başkan ile Senato'nun rol oynadığı bir süreçle atanması, Yüksek Mahkeme'ye yargıç belirleme ve atama sürecini siyasi bir mahiyete büründürmektedir. Nitekim Mahkeme kompozisyonunda Demokrat başkanlar tarafından aday gösterilen liberal yargıç ile Cumhuriyetçi başkanlar tarafından aday gösterilen muhafazakâr yargıç yelpazesi söz konusudur. Kürtaj, pozitif ayrımcılık, eşcinsel evlilik, idam cezası gibi siyasi, felsefi ve hatta ideolojik niteliği olan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda Yüksek Mahkeme'deki liberal kimliği haiz yargıçlar ile muhafazakâr kimliği haiz yargıçlar blok olarak aynı yönde oy kullanmaktadır.

Üye tam sayısının üçte biri için iki senede bir yapılan Amerikan Senatosu seçimleri ile dört senede bir yapılan Amerikan Başkanlık seçimleri sonuçlarının Yüksek Mahkeme üyeleri başta olmak üzere atanacak federal yargıçların profillerine ve yukarıda belirttiğimiz birtakım konulara ilişkin federal mahkeme içtihatlarına azımsanmayacak ölçüde etkisi vardır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin Anayasa'nın yorumlanması ve uygulanmasında nihai yetkili mercii olduğu göz önüne alındığında bu etki aslında anayasanın ne anlama geldiği hususunu da kapsamaktadır. Nitekim başkanlar kendi dünya görüşüne yakın kişileri Yüksek Mahkeme'ye aday göstermekte, ekseriyeti başkanla aynı siyasi görüşü paylaşan Senato ise bu adaylığı kolayca onaylamaktadır. Merrick Garland ve Robert Bork örneklerinde olduğu gibi Senato'nun ekseriyetinin desteğinden yoksun ve ikinci başkanlık döneminin son diliminde olan başkanın gösterdiği adayların Senato tarafından onaylanmamaları o kadar da düşük bir ihtimal değildir.

Cumhuriyetçi başkan Ronald Reagan tarafından aday gösterilip atanan ve görece muhafazakâr yargıç profili ile ön plana çıkan Anthony Kennedy, yukarıda belirttiğimiz toplumsal ve siyasi açılardan ihtilafli meselelere ilişkin davalarda belirleyici oyun sahibi olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin liberal karakteri haiz çarpıcı kararlara imza atmasına vesile olmuştur. Anthony Kennedy'nin 2018 senesinde emekli olması ve yakın tarihte Ruth Bader Ginsburg'ün vefatı ise Yüksek Mahkeme'nin ilgili davalardaki içtihatlarını etkileyecek niteliktedir. 3 Kasım 2020 Başkanlık Seçimleri öncesi Senato'nun Amy Coney Barrett'in atanmasını onaylaması sonucunda Amerikan Yüksek Mahkemesi'ndeki muhafazakâr yargıçların sayısı altıya çıkmış, liberal yargıçların sayısı ise üçe düşmüştür. Bu gelişme ise hukuki gerekler (due process), eşit koruma (equal protection), olağandışı ve zalimane ceza yasağı gibi Anayasa'da düzenlenen ibarelerin kapsamı ile özel hayatın gizliliği, evlilik gibi Anayasa'da açıkça düzenlenmeyen hakların koruma alanı ile ilgili son dönem Yüksek Mahkeme içtihatlarını değiştirebilecek niteliktedir. 3 Kasım 2020 tarihinde yapılan Başkanlık Seçimleri'ni kazanan Demokrat Joe Biden'in dört senelik görev süresi boyunca Yüksek Mahkeme'ye üye belirleyip belirleyemeyeceği hususu ve bunun liberal bir üyeliğin mi yoksa muhafazakâr bir üyeliğin mi boşalması üzerine gerçekleşeceği de merak konusudur. Nitekim bu husus da bahsettiğimiz Yüksek Mahkeme içtihatlarının benzer olaylar ve davalar karşısında devam etmesi ya da etmemesi açısından önem taşımaktadır.

Yaklaşık elli senedir liberal yargıçların azınlıkta bulunduğu Amerikan Yüksek Mahkemesi son dönemde eşcinsel evliliklerin anayasal güvence altında olduğuna hükmetmiş, kürtaj yaptırmak isteyen kadınlara yönelik eyaletler tarafından öngörülen kısıtlamaları Anayasa ile bağdaşmaz nitelikte bulmuş,

kasten öldürme dışındaki suçlar için idam cezası öngörülmesinin Anayasa karşısında mümkün olmadığına hükmetmiş ve üniversitelerin öğrenci kabul sürecinde ırk temelli pozitif ayrımcılık yapmasının Anayasa'ya aykırı olmadığına hükmetmiştir. Amerikan anayasal düzeni açısından milat olarak nitelendirilebilecek ve konusu itibariyle liberal yargıçlar ile muhafazakâr yargıçların blok halde oy kullandığı bu çarpıcı içtihatların benimsenmesi Anthony Kennedy'nin belirleyici oyları sayesinde olmuştur. Gerçekten de esasen muhafazakâr dünya görüşü ile bilinen bir yargıcın eşcinsel evliliği ve kürtajı anayasal hak veya özgürlüğün bir parçası olarak nitelendirmesi nadir görülebilecek bir durumdur. Anthony Kennedy'nin emekliliği ile Yüksek Mahkeme, Roberts Mahkemesi döneminde ideolojik ve siyasi yönü bulunan ihtilafli konularda liberal tutumuyla bilinen bir merkez yargıcını kaybetmiştir. Bununla birlikte Kennedy'nin emekliliği ilgili içtihatların Amerikan anayasal düzeni açısından önemini veya yerini değiştirmemiştir. Yine söz konusu ilgili içtihatlar günümüzde halen geçerliliğini korumaktadır. Özetle, Anthony Kennedy'nin merkez yargıç profili ve belirleyici oyları ile Amerikan anayasal düzeni açısından kaybolmayacak izler bırakarak emekli olduğunu söyleyebiliriz.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar

- Ertaş, Türker. **Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki Modern İlişkiler**, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, 2019.
- Fisher, Louis ve Katy J. Harriger. **American Constitutional Law**, 11th Edition, Carolina Academic Press, Durham/North Carolina, 2016.
- Fitzpatrick, Chandra. **The 14th Amendment: Transforming American Democracy**, American Bar Association Division for Public Education, Chicago, 2016, https://law.und.edu/_files/docs/faculty/other/14th-amendment-aba-planning-guide.pdf, (17.09.2020).
- Hall, Timothy L. **The Supreme Court Justices: A Biographical Dictionary**, Facts on File, Inc., New York, 2001.
- Heringa, Aalt Willem. **Constitutions Compared: An Introduction to Comparative Constitutional Law**, 5th Edition, Intersentia, Cambridge/Antwerp/Chicago, 2019.
- Jackson, Vicki C. ve Mark Tushnet, **Comparative Constitutional Law**, 2nd Edition, Foundation Press, New York, 2006.
- Martinez, Jenny S. "Horizontal Structure" **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, (Ed. Michel Rosenfeld and Andras Sajó), Oxford University Press, Oxford, 2012.
- Sajó, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**, Central European University Press, Budapest, 1999.
- Tushnet, Mark. **The Constitution of the United States of America**, 2nd Edition, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2015.
- Vile, John R. **A Companion to the United States Constitution and Its Amendments**, 5th Edition, Praeger, Santa Barbara California, Denver Colorado and Oxford England, 2010.

II. Bilimsel Makaleler

- Berman, Mitchell N. ve David Peters, "Kennedy's Legacy: A Principled Justice", **Faculty Scholarship at Penn Law**, 2019, https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2968&context=faculty_scholarship, (13.06.2020), s. 312-384.

- Bombay, Scott “The facts about Supreme Court nominations and Senate control”, **Constitutional Daily**, 13 August 2014, <https://constitutioncenter.org/blog/the-facts-about-supreme-court-nominations-and-senate-control/>, (03.05.2020).
- Chapman, Nathan S. ve Kenji Yoshino. “The Fourteenth Amendment Due Process Clause”, **Interactive Constitution Center**, <https://constitutioncenter.org/interactive-constitution/interpretation/amendment-xiv/clauses/701#:~:text=No%20State%20 shall%20 make%20or,equal%20protection%20 of%20the%20laws>, (17.09.2020).
- Hamilton, Alexander. “The Federalist No. 78(The Judiciary Department)”, **The Federalist Papers**, McLeans Edition, New York, 28.05.1788, , <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (17.02.2020).
- Lamparello, Adam. “The Legacy of Anthony M. Kennedy”, **Savannah Law Review**, Vol. 2, No. 2, 2015, <https://www.savannahlawschool.org/wp-content/uploads/volume2number2-article01.pdf>, (26.09.2020), s. 301-338.
- McGaver, Kristin M. “Getting Back to Basics: Recognizing and Understanding the Swing Voter on the Supreme Court of the United States”, **Minnesota Law Review**, Vol. 101, 2017, <https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2017/02/McGaver.pdf>, s. 1247-1286.
- Monaghan, Henry Paul. “The Confirmation Process: Law or Politics?”, **Harvard Law Review**, Vol. 101, No. 6, April 1988, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/785/, s. 1202-1212, (24.01.2020).
- Nolan, Andrew ve Michael John Garcia. **Justice Kennedy Retires: Initial Considerations for Congress**, Congressional Research Service, 28 June 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/LSB10159.pdf>, (13.06.2020).
- Nolan, Andrew, Kevin M. Lewis ve Valerie C. Brannon, **Justice Anthony Kennedy: His Jurisprudence and the Future of the Court**, Congressional Research Service, 11 July 2018, <https://fas.org/sgp/crs/misc/R45256.pdf>, (13.06.2020).
- Pomerance, Benjamin. “What Might Have Been: 25 Years Of Robert Bork on the United States Supreme Court”, **Belmont Law Review**, Vol. 1, 2014, <http://www.belmont.edu/law/academics/review/pdfs/Pomerance.pdf>, (12.03.2020), s. 221-266.
- Prakasht, Saikrishna B. ve John C. Yoo. “The Origins of Judicial Review”, **The University of Chicago Law Review**, Vol. 70, 2003, <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5220&context=uclev>, s. 887-982
- Smelcer, Susan Navarro, Amy Steigerwalt ve Richard L. Vining, Jr. “Bias and the Bar: Evaluating the ABA Ratings of Federal Judicial Nominees”, **Political Research Quarterly**, Vol. 65(4), https://www.researchgate.net/publication/228263130_Bias_and_the_Bar_Evaluating_the_ABA_Ratings_of_Federal_Judicial_Nominees, (24.11.2020), s. 827–840.
- Stenberg, Jonathan. “Deciding Not to Decide: The Judiciary Act of 1925 and the Discretionary Court”, **Journal of Supreme Court History**, Vol. 33, Iss. 1, March 2008, <https://www.martindale.com/matter/asr-1628380.pdf>, (19.10.2020), s. 1-16.
- Ziegler, Mary. “Liberty and the Politics of Balance: The Undue-Burden Test After Casey/Hellerstedt”, **Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review**, Vol. 52, No. 2, Summer 2017, <https://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/sites/10/2017/07/Ziegler.pdf>, (04.10.2020), s. 421-468.

III. Makaleler

- Barker, Peter ve Jeff Zeleny. “Souter’s Exit to Give Obama First Opening”, **New York Times**, 1 May 2009, <https://www.nytimes.com/2009/05/02/us/02souter.html?auth=login-google>, (10.10.2020).
- Barnes, Robert ve Ashley Parker. “Neil M. Gorsuch sworn in as 113th Supreme Court justice”, **Washington Post**, 10 April 2017, https://www.washingtonpost.com/politics/courts_law/

- gorsuch-to-besworn-in-to-supreme-court-today-in-two-ceremonies/2017/04/10/9ac361fe-1ddb-11e7-ad74-3a742a6e93a7_story.html?utm_term=.f4ad76925b91, (10.05.2020).
- Berman, Russell. “Suddenly, Amy Coney Barrett Might Not Have the Votes”, **The Atlantic**, 3 October 2020, <https://www.theatlantic.com/politics/archive/2020/10/supreme-court-trump-covid/616608/>, (21.10.2020).
- Bravin, Jess. “President Obama’s Supreme Court Nomination of Merrick Garland Expires”, **The Wall Street Journal**, 3 January 2017, <https://www.wsj.com/articles/president-obamas-supreme-court-nomination-of-merrick-garland-expires-148.346.3952>, (10.05.2020).
- Cassella, Megan ve David Morgan. “Senators say they might confirm Obama’s high court pick after election”, **Reuters**, 17 March 2016, <https://www.reuters.com/article/us-usa-court-garland-idUSKCN0WJ251>, (10.05.2020).
- Colangelo, Lisa L. “Yellow, Orange and Red: How New York’s COVID-19 Microclusters Work”, **Newsday**, 24 November 2020, <https://www.newsday.com/news/health/coronavirus/micro-clusters-yellow-orange-red-zones-long-island-new-york-1.50073089>, (27.11.2020).
- Demirjian, Karoun. “Republicans refuse to budge following Garland nomination to Supreme Court”, **The Washington Post**, 16 March 2016, <https://www.washingtonpost.com/news/powerpost/wp/2016/03/16/republicans-refuse-to-budge-following-garland-nomination-to-supreme-court/>, (03.05.2016).
- Eilperin, Juliet ve Mike DeBonis. “President Obama nominates Merrick Garland to the Supreme Court”, **The Washington Post**, 16 March 2016, https://www.washingtonpost.com/world/national-security/president-obama-to-nominate-merrick-garland-to-the-supreme-court-sources-say/2016/03/16/3bc90bc8-eb7c-11e5-a6f3-21ccdbc5f74e_story.html, (03.05.2016).
- Elving, Ron. “What Happened With Merrick Garland In 2016 And Why It Matters Now”, **National Public Radio**, 29 June 2018, <https://www.npr.org/2018/06/29/624467256/what-happened-with-merrick-garland-in-2016-and-why-it-matters-now?t=158.846.0752621>, (03.05.2020).
- Eps, Garrett. “The Case That Changed John Paul Stevens’s Life”, **The Atlantic**, 18 July 2019, <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/07/john-paul-stevens-liberal-conservative/594241/>, (10.10.2020).
- Greenfield, Jeff. “The Justice Who Built the Trump Court”, **Politico Magazine**, 9 July 2018, <https://www.politico.com/magazine/story/2018/07/09/david-souter-the-supreme-court-justice-who-built-the-trump-court-218953>, (10.10.2020).
- Greenhouse, Linda. “Bork’s Nomination is Rejected, 58-42; Reagan Saddened”, **New York Times**, Oct. 24, 1987, <https://www.nytimes.com/1987/10/24/politics/borks-nomination-is-rejected-5842-reagan-saddened.html>, (12.03.2020).
- Greenhouse, Linda. “Supreme Court Justice John Paul Stevens, Who Led Liberal Wing, Dies at 99”, **New York Times**, 16 July 2019, <https://www.nytimes.com/2019/07/16/us/john-paul-stevens-dead.html>, (10.10.2020).
- “How FDR Lost His Brief War on the Supreme Court”, **Constitution Daily – National Constitution Center**, 5 February 2020, <https://constitutioncenter.org/blog/how-fdr-lost-his-brief-war-on-the-supreme-court-2>, (25.11.2020).
- Hulse, Carl. “Why Republicans Will Sidestep Their Garland Rule for the Court in 2020”, **New York Times**, 29 November 2019, <https://www.nytimes.com/2019/11/29/us/politics/senate-supreme-court-garland.html>, (03.05.2020).
- John L. Dorman, “Chuck Schumer: If GOP tries to fill Ginsburg’s seat, ‘nothing is off the table next year’”, **Business Insider**, 19 September 2020, <https://www.businessinsider.com/chuck-schumer-senate-democrats-republicans-supreme-court-ginsburg-vote-mcconnell-2020-9>, (21.10.2020).
- Kim, Seung Min and Burgess Everett. “GOP Supreme Court blockade showing early cracks”, **Politico**, 03.16.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/kelly-ayotte-to-meet-merrick-garland-220868>, (10.05.2020).

- King, Ritchie, Oliver Roeder ve Amelia Thomson-DeVeaux, "John Roberts Will Probably Be The Supreme Court's Next Swing Justice", **FiveThirtyEight**, 27 June 2018, <https://fivethirtyeight.com/features/john-roberts-will-probably-be-the-supreme-courts-next-swing-justice/>, (21.10.2020).
- Landler, Mark and Maggie Haberman. "Brett Kavanaugh Is Trump's Pick for Supreme Court", **The New York Times**, 4 July 2018, <https://www.nytimes.com/2018/07/09/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html> (19.11.2018).
- Liptak, Adam ve Matt Felegenhimer. "Neil Gorsuch Confirmed by Senate as Supreme Court Justice", **New York Times**, 7 April 2017, <https://www.nytimes.com/2017/04/07/us/politics/neil-gorsuch-supremecourt.html>, (10.05.2020).
- Litman, Leah ve Melissa Murray. "Shifting from a 5-4 to a 6-3 Supreme Court majority could be seismic", 25 September 2020, **The Washington Post**, https://www.washingtonpost.com/outlook/trump-ginsburg-conservative-supreme-court-majority/2020/09/25/17920cd4-fe85-11ea-b555-4d71a9254f4b_story.html, (21.10.2020).
- Longley, Robert. "US Supreme Court Retirement Benefits", **Thought.co**, 4 February 2020, <https://www.thoughtco.com/us-supreme-court-retirement-benefits-3322414>, (19.10.2020).
- Luthi, Susannah ve Josh Gerstein. "Supreme Court Appears Wary of Striking Down Obamacare", Politico, 10 November 2020, <https://www.politico.com/news/2020/11/10/supreme-court-obamacare-kavanaugh-435711>, (29.11.2020).
- Matthews, Dylan. "America under Brett Kavanaugh", **Vox**, 5 October 2018, <https://www.vox.com/2018/7/11/17555974/brett-kavanaugh-anthony-kennedy-supreme-court-transform>, (19.11.2018).
- McCarthy, Tom. "Top Senate Republican says he has the votes to confirm Amy Coney Barrett", 15 October 2020, **The Guardian**, <https://www.theguardian.com/us-news/2020/oct/15/amy-coney-barrett-supreme-court-senate-votes-republican>, (21.10.2020).
- Montagne, Renee. "Republican Senator Weighs In On Supreme Court Nomination", **National Public Radio**, 17 March 2016, <https://www.npr.org/2016/03/17/470776592/republican-senator-weighs-in-on-supreme-court-nomination>, (03.05.2020).
- Noah, Timothy ve Brian Mohoney. "How liberal is Merrick Garland?", **Politico**, 16.03.2016, <https://www.politico.com/story/2016/03/supreme-court-merrick-garland-220904>, (03.05.2016).
- Roeder, Oliver. "Merrick Garland Is The Oldest Supreme Court Nominee Since Nixon Was President", **FiveThirtyEight**, 16 March 2016, <https://fivethirtyeight.com/features/merrick-garland-age-supreme-court/>, (10.05.2020).
- Savage, David ve Timothy Phelps. "Obama unlikely to alter Supreme Court ideology with Republican Senate", **Los Angeles Times**, 8 November 2014, <https://www.latimes.com/nation/politics/la-na-court-gop-20141109-story.html>, (03.05.2020).
- Singman, Brooke "Schumer: Ginsburg vacancy should not be filled until 'we have a new president", **Fox News**, 19 September 2020, <https://www.foxnews.com/politics/schumer-says-ginsburg-vacancy-should-not-be-filled-until-we-have-a-new-president>, (21.10.2020).
- Stolberg, Sheryl Gay. "Kavanaugh Is Sworn In After Close Confirmation Vote in Senate", **The New York Times**, 6 October 2018, <https://www.nytimes.com/2018/10/06/us/politics/brett-kavanaugh-supreme-court.html>, (19.11.2018).
- Term, Michael. "Originalism, Catholicism and a job as his clerk: Amy Coney Barrett is Antonin Scalia's heir, intellectually and spiritually", **Chicago Tribune**, 26 September 2020, <https://www.chicagotribune.com/nation-world/ct-nw-amy-coney-barrett-antonin-scalia-clerk-20200926-63kstl67ebcvjkfgvuwetbsrlq-story.html>, (21.10.2020).

- Toobin, Jeffrey. "The Supreme Court After Scalia", **The New Yorker**, 3 October 2016, <http://www.newyorker.com/magazine/2016/10/03/in-the-balance>, (10.05.2020).
- Valverde, Miriam. "Chuck Schumer flip-flops on confirming Supreme Court justices in a presidential election year", **Politifact**, 22 September 2020, <https://www.politifact.com/factchecks/2020/sep/22/charles-schumer/chuck-schumer-flip-flops-considering-supreme-court/>, (21.10.2020).
- Williams, Beth A. "National Review Op-Ed: The Myth Of The Unqualified Trump Judge", **The United States Department of Justice**, <https://www.justice.gov/opa/blog/national-review-op-ed-myth-unqualified-trump-judge>, (24.11.2020).

IV. Amerikan Yüksek Mahkemesi Kararları

- Bush v. Gore, 531 U.S. 98 (2000), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/531/98/case.pdf>, (22.10.2020).
- California v. Texas (Oral Argument), Oyez, <https://www.oyez.org/cases/2020/19-840>, (29.11.2020).
- Calvary Chapel Dayton Valley v. Sisolak, 591 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1070_0811.pdf#page=13, (27.11.2020).
- Cantwell v. Connecticut, 310 U.S. 296, (1940), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/296/#tab-opinion-1936773>, (26.11.2020)
- Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. 310 (2010), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/558/08-205/index.pdf>, (22.10.2020).
- Coker v. Georgia, 433 U. S. 584, 598 (1977), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/433/584/#tab-opinion-1952365>, (14.10.2020).
- Fisher v. University of Texas at Austin, 579 U.S. ____ (2016), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/14-981/case.pdf>, (15.10.2020).
- Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/381/479/>, (23.10.2020).
- June Medical Services LLC v. Russo, 591 US ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/18-1323_c07d.pdf, (20.20.2020).
- Kennedy v. Louisiana, 554 U. S. ____ (2008), Cornell Law School – Legal Information Institute, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/07-343P.ZO>, (09.10.2020).
- National Federation of Independent Business v. Sebelius, 567 U.S. 519 (2012), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/567/11-393/case.pdf>, (22.10.2020).
- Obergefell v. Hodges, 576 U.S. ____ (2015), https://www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf, (19.09.2020).
- Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey, 505 U.S. 833, (1992), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/>, (01.10.2020).
- Roe v. Wade, 410 U. S. 113, (1973). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/410/113/>, (01.10.2020).
- Roman Catholic Diocese of Brooklyn v. Cuomo, 592 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf, (27.11.2020).
- South Bay United Pentecostal Church v. Newsom, 590 U. S. ____ (2020), https://www.supremecourt.gov/opinions/19pdf/19a1044_pok0.pdf, (15.10.2020).
- United States v. Windsor, 570 U.S. ____ (2013), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/570/12-307/case.pdf>, (19.09.2020).
- Whole Woman's Health v. Hellerstedt, 579 US _ (2016), <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/579/15-274/>, (28.09.2020).

V. Diğer Kaynaklar

- Amerikan Anayasası'nın tam metni, U.S. Constitution, <https://www.law.cornell.edu/constitution/index.html>, (23.01.2019).
- Anthony Kennedy, Supreme Court of the United States, <https://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx#AKennedy>, (12.06.2020)
- Anthony Kennedy'nin Emeklilik Dilekçesi, https://www.supremecourt.gov/publicinfo/press/Letter_to_the_President_June27.pdf, (19.11.2018).
- Introduction To The Federal Court System, Offices of United States Attorneys, United States Department of Justice, <https://www.justice.gov/usao/justice-101/federal-courts#:~:text=The%20federal%20court%20system%20has,appeal%20in%20the%20federal%20system.,> (19.10.2020).
- Judiciary Act of 1869, <http://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llsl&fileName=016/llsl016.db&recNum=79>, (30.01.2019).
- Ratings, American Bar Association, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (14.02.2020).
- Ratings of Article III and Article IV Judicial Nominees, American Bar Association, Federal Judiciary, https://www.americanbar.org/groups/committees/federal_judiciary/ratings/, (19.10.2020).
- “Roll Call Vote 116th Congress – 2nd Session”, United States Senate, https://www.senate.gov/legislative/LIS/roll_call_lists/roll_call_vote_cfm.cfm?congress=116&session=2&vote=00224, (25.11.2020).
- Standing Committee On the Federal Judiciary, Ratings – 116th Congress https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/government_affairs_office/webratingchart-trump116.pdf?logActivity=true, (21.10.2020).
- Supreme Court Nominations (1789-Present), United States Senate, Nominations, <https://www.senate.gov/legislative/nominations/SupremeCourtNominations1789present.htm>, (12.06.2020).
- Supreme Court Procedures, United States Courts, <https://www.uscourts.gov/about-federal-courts/educational-resources/about-educational-outreach/activity-resources/supreme-1#:~:text=By%20law%2C%20the%20U.S.%20Supreme,the%20first%20Monday%20in%20October,> (13.06.2020).
- What Is an ASC?, Advancing Surgical Care, <https://www.ascassociation.org/advancingsurgicalcare/asc/whatisanasc>, (20.10.2020).

Kamu Hizmetine Özgülenen* Taşınmazlarda Ecrimisil Sorunu: İdareler Arası Ecrimisil Uyuşmazlıklarına İlişkin Danıştay Kararlarının Düşündürdükleri

The Claim Mesne Profits for Use of Public Properties Allocated to Public
Service: Legal Considerations of the Council of State Decision-making
on Mesne Profits Claim Against Public Entities

Nuray SÜMER** 

Öz

Kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların işgali halinde taşınmazı kullanma menfaatinin iadesi olan ecrimisil talep ve cebren takip ve tahsil yetkisinin, işgalcinin idare olması durumunda kullanımı hususu tartışmalıdır. Taşınmazın kamu hizmetinde kullanımı halinde işgal eden idareler lehine olmak üzere taşınmazın maliki bulunan idarelerin ecrimisil talep yetkisi sınırlandırılmıştır. Bu çalışmada idarelerin “zorunlu” kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla diğer idarelere ait taşınmaza el atması halinde, 2886 sayılı Kanun’un 75. maddesine dayanarak ecrimisil tahakkuku kamu malları rejimi ile sınırlı olarak inceleme alanı bulacaktır.

* Kamu malları teorisinde özgüleme (tahsis), “bir devlet malını umumun faydalanmasına koyan veya bir amme hizmetine bağlayan, diğer tabirle hususi emlakı orta malı veya hizmet malı kategorisine koyan veya amme hizmetinin vastası haline getiren bir idari tasarruf” olarak ifade edilmektedir. Bkz. ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966, s. 1340. Buna göre, kamu malı hukuka uygun olarak fonksiyonu belirlenerek özel düzen ve tertibe tabi tutulması gerekir. Şekli olarak tahsis işlemi, bir malın özgülenmesi bakımından yeterli değildir. İlgili malın fiili olarak idari faaliyette kullanılması gerekmekte olup, aksi halde söz konusu mal kamunun özel malı statüsündedir. Bkz. GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin, Bursa 2019, s. 850. Halbuki bu makalenin başlığında başvuru “özgüleme” terimi, şekli ve fiili tahsisi içeren bir muhteviyatı haiz değildir. Kamu tüzel kişilerine ait olan taşınmazların başka idareler tarafından şekli tahsis işlemi gerçekleştirilmeden doğrudan kamu hizmetinde kullanılması, bir nevi idarelerin taşınmaza “el atma”sı söz konusudur. İdari yargının bu konu hakkındaki uyuşmazlıklarda “el atma” terimini kullanmaktan kaçınması ve bunun altında yer alan gerekçeler bu çalışma kapsamında irdelenmiştir. Bu açıdan makalenin bütünü dikkate alınarak makalenin başlığında “el atma” kavramı yerine, özgüleme ifadesine yer verilmiş; özgüleme ifadesinin ise yalnızca “fiili tahsisi” içeren muhtevası ile irdelemesi gereğine dikkat çekilmiştir. Şekli tahsis işlemi gerçekleştirilmeden, doğrudan malın fiili olarak tahsisinin isabetliliği ise “Değerlendirme” başlığı altında değerlendirilmiştir.

** Arş. Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, nuray.sumer@marmara.edu.tr

Anahtar Kelimeler: Ecrimisil, Kamu Hizmeti, 2886 Sayılı Kanun, Devlet İhale Kanunu.

Abstract

The authority to claim mesne profits is a controversial issue in case of occupation of the public domain or natural resources towards public authorities. This power may be restricted in the public service use by the administration under the legal precedents. This article explores the remuneration of the administration's mesne profits against the public authorities, which detains the public land unlawfully in the use of "compulsory" public service, applied by the Council of State under the Law Numbered 2886.

Keywords: Mesne Profit, Public Service, Law Numbered 2886, Public Procurement Law.

I. GİRİŞ

Genel bütçe kapsamında yer alan kamu idarelerine¹ ve Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün yönetiminde yer alan mazbut vakıflara ait taşınmazlara hukuki dayanağı bulunmaksızın el atılması halinde, el atma ile elde edilen kullanma menfaatinin iadesi olan ecrimisil² talep etme yetkisi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun³ hükümlerine göre takip ve tahsil yetkisi tanınmıştır.⁴ Söz konusu idarelerin yanı sıra, özel düzenlemeler ile genel bütçe kapsamında yer almayan Belediyeler⁵ ile İl Özel İdareleri⁶ de taşınmazlarının işgali halinde 2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil talep ve cebren tahsil yetkisini haizdir. Bu halde özel hukuk hükümleri uyarınca talep edilen ve hukuki niteliği tartışmalı⁷ olan ecrimisilin aksine,⁸ taşınmazı işgal edilen idareler bu işgal dolayısıyla taşınmazı kullanmamaktan kaynaklı olarak "her halde" zarara uğramakta ise de kanuni düzenleme ile "idarelerin işgal dolayısıyla herhangi bir zarara uğraması veya taşınmazı kullanan gerçek veya tüzel kişilerin kusuru" aranmamaktadır.⁹

- 1 Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, m. 4/e, 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrolü Hakkında Kanun. Bu atıftan sonra metin içerisinde "5018 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.
- 2 İSTEMİ, Mehmet, Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukuki Dayanağı – Ecrimisil Sorunu, TBB Dergisi, S. 1998/1, ss. 38-72.
- 3 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, RG. 28.7.1953, Sayı: 8469. Bu atıftan sonra metin içerisinde "6183 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.
- 4 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, RG. 16.12.1984, S. 18607., m. 75. Bu atıftan sonra metin içerisinde "2886 sayılı Kanun" olarak anılacaktır.
- 5 5393 sayılı Belediye Kanunu, m. 15. Söz konusu düzenleme, anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi önünde tartışılmış ve hukuka uygun bulunmuştur. Karar için bkz. AYM, E. 2010/77, K. 2011/163, T. 08.12.2011, RG. 25.01.2012/28184.
- 6 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu, m.7 /3.
- 7 Özel hukukta ecrimisilin hukuki dayanağı konusu tartışmalıdır; ecrimisilin haksız fiil hukukuna dayandıran görüşler olduğu gibi, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde menfaatin iade edilmesine ilişkin görüşler de yer almaktadır. Bu konuda detaylar için bkz. İSTEMİ, ss. 38-39.
- 8 Ecrimisilin hukuki dayanağının haksız fiil sorumluluğuna dayandırılması dolayısıyla ecrimisil talebi için füzuli şağilin "kusuru" ve bu fiil dolayısıyla uğranılan "zararın" varlığı aranmaktadır. Kötü niyetli zilyedin geri verme yükümlülüğüne ilişkin bkz. OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz, 20. Bası, İstanbul 2017, ss.121-130. Kanun koyucunun öngördüğü özel düzenleme ile kamu hukukunda ecrimisil taleplerini özel hukuk kapsamı dışında değerlendirme ihtiyacı duyduğu iddia edilebilir. Nitekim 2886 sayılı Kanun'un 75. maddesine ilişkin yasa tasarısında Hazine'nin ecrimisil talebi, dava açma koşuluna bağlanmış idi; ancak yasalaşan metinden bu şart kaldırılmıştır. Bkz. 2886 sayılı Kanun, m. 75/1.
- 9 2886 sayılı Kanun, mad. 75/ 1, son cümle.

2886 sayılı Kanun uyarınca idarelerin ecrimisil talep yetkisi bazı durumlarda sınırlandırılmıştır. Söz konusu durumlar pozitif hukukta açıkça düzenlenmiştir.¹⁰ Danıştay, idareler arası ortaya çıkan ecrimisil uyuşmazlıklarında, taşınmaz maliki olan idareler arasında herhangi bir ayrıma başvurmaksızın ve dahası pozitif hukukta aranan kıstasları uygulamaksızın işgal edilen taşınmazın yalnızca “kamu hizmetinde kullanımı”na ilişkin kritere başvurarak değerlendirmelerde bulunmaktadır. Buna göre Yüksek Mahkeme, idareler arasında bir ayrıma başvurmaksızın doğrudan ecrimisil talebine konu olan taşınmazların – kimi zaman “zorunlu” ibaresine yer vererek kimi zaman yer vermeksizin – kamu hizmetinde kullanılması halinde, ecrimisil tahakkukunu hukuka aykırı olarak değerlendirmektedir. İdari yargı, idarenin başka bir idareye ait olan taşınmazı kamu hizmetinde kullanması halinde füzuli şağil addedilemeyeceğine ve 2886 sayılı Kanun’un 75. maddesinin uygulama alanı bulamayacağına hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme’nin pozitif hukukta ecrimisil talep ile takip ve tahsili konusunda yer verilen düzenlemeleri – bilinçli olarak veya değil – esnek yorumlama eğiliminin ardında yatan hukuki mülahazalar sorgulanmaya veya en azından dikkat çekilmeye değerdir.

Kamu taşınmazlarında ecrimisil konusunun geniş muhteviyatı dolayısıyla müstakil bir çalışmaya konu olabileceği dikkate alındığında,¹¹ bu çalışma kapsamında idarelerin kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla¹² diğer idarelere ait taşınmazlara el atması halinde, 2886 sayılı Kanun’un 75. maddesine dayanarak ecrimisil tahakkuk ettirebilmesi kamu malları rejimi ile sınırlı olarak inceleme alanı bulacaktır.

Belirtmek gerekir ki bu çalışma oldukça farklı temellerde de ortaya konulabilir. Örneğin kamu hizmeti teorisi çerçevesinde zorunlu kamu hizmeti kavramı ekseninde tartışılabilir. Bu yaklaşım, ecrimisil konusunun teorik çerçevede ele alınmasını zaruri kılmaktadır. Bir başka açıdan bu çalışma, ecrimisil müessesesinin hukuki niteliği irdelenerek de ortaya konulabilir. Buna göre, ecrimisilin kamu malından yararlanma rejiminin bir türü olarak değerlendirilmesi ile ilgili taşınmazın kamu hizmetinde kullanımı halinde fiili tahsisin gerçekleştiği ve *de facto* durumun Danıştay kararları ile *de iure* bir hale büründüğü iddia edilebilir. Söz konusu yaklaşım ciddi tartışmalara zemin hazırlamak amacıyla ilgi çekici dahi bulunabilir. Ancak bu ve bunun gibi teorik tartışmalar ile meselenin izahı, henüz açıklığa kavuşturulmamış ve bu yönüyle adeta “bulanık” addedilebilecek bu konunun daha da bulanıklaştırılması sonucunu doğurur. Zira kamu idareleri aleyhine tahakkuk ettirilen ecrimisil

10 Söz konusu istisnalar, çalışmanın devam eden başlığı altında yer verilecektir. Tekerrürden kaçınmak amacıyla burada ayrıca belirtilmemiştir. Bkz. “II. Pozitif Hukukta İdareler Arası Ecrimisil Tahakkuku”.

11 Bu konu hakkında yazılan monografiler için bkz. OKAN, Ufuk; İNAL, Nurdoğan, Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye, Seçkin, 5. Bası, Ankara; AYDIN, Murat, Hazine Taşınmazlarında Ecrimisil, Adalet, Ankara, 2014.; KARAKOÇ Yusuf, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin, Ankara 2005; KATIPOĞLU, Yılmaz, Kamu Hukukunda Ecrimisil, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.; mahalli idarelerin ecrimisil talep etme yetkisi için bkz. DEMİRTAŞ, Fatma, Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil ve Yargısal Denetimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2019.

12 Belirtmek gerekir ki ilgili taşınmazın idarenin özel hukuka tabi işlemlerinde kullanılması halinde ecrimisil tahakkuku hususu bu çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır. Örneğin elbirliği ile mülkiyet rejimine tabi taşınmazın Belediye tarafından “iş merkezi” olarak kullanılması halinde Hazine’nin hissesine tekabül eden kısma ilişkin ecrimisil tahakkuk ettirebileceği hakkında bkz. Danıştay 10. D., E. 2001/4196, K. 2004/3809, T. 13.4.2004. (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

müessesesi oldukça sık mevzuat değişikliklerine konu olmakta ve idari yargının da bu gelişmeleri takibi zorlaşmaktadır. Bu sebeple bu çalışma, yalnızca taşınmazların idareler tarafından işgali halini ve bu işgal sırasında ilgili taşınmazın kamu hizmeti faaliyetine özgülenmesi durumunda ecrimisil tahakkuku meselesini konu almaktadır. Yukarıda yer verilen tartışmaların bu konuya odaklanmayı zorlaştıracağı düşüncesi ile bu yaklaşımdan kaçınılmıştır.

Bu kapsamda bu çalışmada öncelikli olarak pozitif hukuk açıklığa kavuşturularak, mevzuat temelli belirsizliklerin ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Nitekim bu hususu açıklığa kavuşturmak amacıyla ayrıca çalışmanın son kısmında pozitif hukukta karşılaşılabilecek ihtimaller dahilinde bir tablo oluşturulmuştur. İkinci kısımda ise, Danıştay'ın kararlarında başvurduğu “zorunlu” kamu hizmeti kavramının yargı kararlarında başvurulan mahiyeti değerlendirilecektir. Üçüncü kısımda ise, yüksek yargının gösterdiği yaklaşımın isabetliliği ilk bölümde ortaya konulan pozitif hukuk ışığında tartışılacaktır. Belirtmek gerekir ki bu çalışma bir sonuç kısmı içermemektedir. Yukarıda ele alındığı üzere konunun oldukça farklı eksenlerde tartışılabilme kapsamı ve yeni tartışmalara hazırlayacağı zemin dikkate alınarak bu çalışmanın “son”landırılması arzu edilmemiştir. Bu sebeple “Değerlendirme” başlığına yer verilerek bu konu hakkındaki düşünceler ortaya konulmuştur.

II. POZİTİF HUKUKTA İDARELER ARASI ECRİMİSİL TAHAKKUKU

Birbirlerinin taşınmazlarına ihtiyaç duyan idareler, taşınmazlarının mülkiyetini devredebileceği gibi¹³, kamu hizmetinin devamı müddetince bilhassa geçici nitelikteki ihtiyaçlarda mülkiyet devri öngörmeksizin ilgili taşınmazı bedelli veya bedelsiz olarak tahsis ile veya finansal kiralama yoluyla¹⁴ kullandırabilirler.¹⁵ İdareler arasında mülkiyet devri öngörülmezsizin gerçekleştirilen tahsisler, doğrudan kanun ile öngörülebilir veya karşılıklı anlaşma suretiyle gerçekleştirilebilir.¹⁶

Uygulamada ise idarelerin birbirlerinin taşınmazlarına ihtiyaç duyması halinde söz konusu usullere başvurmaksızın doğrudan taşınmazı kullanması sorunu ortaya çıkmaktadır. Kanun koyucu, bu ihtimaller dahilinde taşınmazın maliki olan idareye bu haksız işgal dolayısıyla taşınmazı kullanan kişilerden ecrimisil talep etme hak ve yetkisi öngörmüştür. 2886 sayılı Kanun'un ilgili düzenlemesine göre:

13 Bu konuda ilgili yasal düzenlemeler için bkz. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, m. 30 ve 5018 sayılı Kanun, m. 45: “Taşınır Taşınmaz Edinme. 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu, herhangi bir ayırım gözetmeksizin bütün idareler bakımından genel mal devri usulünü düzenlemektedir. (İstisnalar için bkz. KAPLAN, Gürsel, “Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan, Sayı: 2004/1-2, ss. 167-188.) Kamu kaynaklarının etkili, ekonomik ve verimli bir şekilde elde edilmesi ve kullanılmasını, hesap verebilirliği ve mali saydamlığı sağlamak üzere çıkartılan 5018 sayılı Kanun ise, genel yönetim kapsamındaki kamu idarelerinin taşınmaz mallarının birbirlerine veya köy tüzel kişiliklerine devir ve tahsisini konu edinmektedir.

14 5018 sayılı Kanun, m. 47: “Taşınmaz Tahsisi”.

15 Belirtmek gerekir ki bu çalışma kapsamında idareler arası mal devri veya tahsis incelenmemektedir. Mal devri veya tahsis gerçekleştirilmeksizin diğer idarelerin taşınmazları kullanımı halinde, yargı kararları ile tespit edilen “2886 sayılı Kanun uyarınca ecrimisil tahakkukuna engel bir hal olarak değerlendirilen kamu hizmetlerinde kullanım” kriteri irdelenmektedir. Bu sebeple bu hususta ayrıntılı bilgiye yer verilmemiştir.

16 GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin, Bursa 2019, s. 881.

“Devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz malları, özel bütçeli idarelerin mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar ve Vakıflar Genel Müdürlüğü ile idare ve temsil ettiği mazbut vakıflara ait taşınmaz malların, gerçek ve tüzelkişilerce işgali üzerine, fuzuli şağilden, ... idareden taşınmaz ve değerlendirme konusunda işin ehli veya uzmanı üç kişiden oluşan komisyonca tespit tarihinden geriye doğru beş yılı geçmemek üzere tespit ve takdir edilecek ecrimisil istenir.”¹⁷

Bu kapsamda devlet tüzel kişiliği, Vakıflar Genel Müdürlüğü, özel bütçeli idareler mülkiyetlerinde¹⁸ yer alan taşınmazların diğer gerçek veya tüzel kişiler tarafından fiili olarak kullanılması halinde¹⁹, bu idareler ecrimisil talep ile kamu gücü kullanarak takip ve tahsil yetkisini haizdir.²⁰ Bu düzenleme kapsamında yer almayan Belediyeler ile İl Özel İdareler de kendilerine ait taşınmazların işgali halinde özel düzenleme ile bu düzenlemeye yapılan atıf sebebiyle ecrimisil talep etme hak ve yetkileri bulunmaktadır.²¹

Hazine'ye ait taşınmazlar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerin diğer idareler tarafından işgali halinde ecrimisil talebine ilişkin usul ve esaslar, Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik ve Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir.²² Söz konusu Yönetmelikler, belirli idarelere ait taşınmazlara²³ ilişkin ecrimisil tahakkuku konusunda düzenlemeler içermektedir. Buna karşın Vakıflar Genel Müdürlüğü, özel bütçeli idareler ile diğer kanunlarda 2886 sayılı Kanun'a atıf yapılan diğer idarelere ait taşınmazlardan hukuki dayanağı bulunmayan her türlü yararlanma halinde, 2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil talebi konusunda sessiz kalmaktadır. Söz konusu idarelerin kapsam dışında bırakılması yasal düzenlemenin daraltılmasına yol açacağından, mezkûr Yönetmelikler kapsamında belirlenen usul ve esasların bu idareler bakımından da uygulama alanı bulacağı değerlendirilmektedir.²⁴

17 2886 sayılı Kanun, mad. 75.

18 Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazlar bakımından da söz konusu husus geçerlidir. Diğer idarelerin “hüküm ve tasarrufu altında” terimi isabetli olmadığından bu açıklamaya ayrıca metin içerisinde yer verilmemiştir.

19 Bu fiili kullanım, “imar affı” olarak nitelendirilen usuller aracılığıyla hukuka uygun hale getirilmiş olsa dahi, bu durum idarenin izni dışında ve fiili hakimiyeti altında bulunduğu bahisle söz konusu süreçte bireyin fuzuli şağil olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmemektedir. Detaylar için bkz. ÇAKIR, Hüseyin Melih, Yapı Kayıt Belgesi, Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sonbahar 2018, C.5, S. 2, ss. 55-56.

20 Ödenmeyen tazminatın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun'a göre tahsil edileceği öngörülmektedir. Bkz. 2886 sayılı Kanun, m. 75.

21 5393 sayılı Belediye Kanunu, m. 15/1 ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanun, m. 7/3.

22 Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik, R.G.10.10.2006, S.26315, m. 11/2 ve Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, R.G.19.06.2007, S.26557, mad. 84-89.

23 Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, Hazine'ye ait olan taşınmazlar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ilişkin düzenlemeler içermekte iken; Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik ise Hazine'ye ait olan taşınmazlar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlere ilişkin ecrimisil talep ve 6183 sayılı Kanun kapsamında takip ve tahsiline ilişkin düzenleme içermektedir.

24 Bu çalışma kapsamında yapılan karar incelemelerinde karşılaşılan tek örnek, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün idaresi altında yer alan mazbut vakıflara ait taşınmazın, İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından tahsis bulunmaksızın kullanımı halinde Danıştay, Yönetmelik'in 11. maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde değerlendirilerek ecrimisil talebini reddeden kararıdır. Bkz. Danıştay 10. D., E. 2016/6064, K. 2017/3315, T. 20.6.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.). Ancak Danıştay, söz konusu kararında 2886 sayılı Kanun'u değil, yalnızca Yönetmelik hükmünü temel olarak Vakıflar Genel Müdürlüğü'nün bu istisnalardan olmadığına karar vermiştir.

Dolayısıyla bu Yönetmelik'te ecrimisil tahakkukuna ilişkin açıkça yer verilmeyen idarelerin de taşınmazlarının diğer idareler tarafından kullanımı halinde ecrimisil tahakkuku önünde hukuki bir engel bulunmamaktadır.

2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil talep etme yetkisi, bazı idareler bakımından ve bazı haller ile sınırlandırılmıştır. Söz konusu sınırlandırmalardan ilki, Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik ile belirlenmiştir. Buna göre,

“Hazineye ait taşınmazlar ile Devletin hüküm ve tasarrufu altındaki yerler için genel bütçe kapsamındaki kamu idarelerinden ecrimisil alınmaz.”²⁵

Bu kapsamda devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan idarelerin, devlet tüzel kişiliğe ait taşınmazları hangi amaçla kullanıldığından bağımsız olarak izin alınmaksızın kullanması halinde ecrimisil talep edilmemektedir. Mezkûr Yönetmelik ile ecrimisil tahakkukuna engel teşkil eden istisna, “Hazine’ye ait taşınmazlar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler”in “genel bütçe kapsamındaki idareler”²⁶ tarafından izinsiz kullanımı olarak belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin önceki halinde “genel yönetim kapsamındaki idareler” yer alırken, 14.08.2014 tarih ve 29088 sayılı Resmî Gazete’de yayınlanan Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile “genel bütçe” şeklinde kapsamı daraltılmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki genel yönetim kapsamında yer alan idareler düzenlemesinin mevcut olduğu tarihte dahi idari yargının genel yönetim kapsamında yer alan idarelere de ecrimisil tahakkukunu uygun bulduğu kararlarına rastlamak mümkündür.²⁷

2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil talep yetkisine ilişkin getirilen ikinci sınırlandırma ise, izinsiz kullanılan taşınmazın “kamu hizmetinde kullanımı” halidir. 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği’ne göre:

“Kamu kurum ve kuruluşları tarafından; kuruluş kanunlarıyla verilen ve yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetleri doğrultusunda Hazine taşınmazları üzerinde izinsiz olarak yapılan sosyal, kültürel, sportif ve benzeri amaçlı tesislerin ticari amaca konu edilmemesi ve tahsis veya devir talebinde bulunulması ve bu talebin Yetkili İdarece uygun görülmesi halinde ecrimisil takibatı yapılmaz.”²⁸

25 Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik, m. 11/2, son cümle.

26 Bkz. Danıştay 10. D., E. 2011/10630, K. 2014/410, T. 28.1.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.); Danıştay 10. D., E. 2012/3876, K. 2014/388, T. 28.1.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.). Söz konusu kararlarda yer verilen karşı oy gerekçesinde, Hazinesin taşınmazını kullanan belediyelerin genel yönetim kapsamında yer alan idarelerden olduğundan bahisle ecrimisil tahakkuk ettirilemeyeceği hususu ise dile getirilmiştir.

27 Diğer taraftan özel düzenleme ile geçiş hükmü öngörülerek, genel bütçe kapsamı dışında kalan ancak genel yönetim kapsamında yer alan idarelerin söz konusu taşınmazlarının izinsiz kamu hizmetlerinde kullanılması halinde, bu maddenin yürürlüğünden itibaren ecrimisil talep edilmeyecektir. Bkz. Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik, Geçici m. 2. (Yönetmeliğin yürürlük tarihi dikkate alınarak söz konusu maddenin uygulama kabiliyeti kalmadığından bahisle bu husus yalnızca dipnotta dikkatinize sunulmaktadır.)

28 Hazine Taşınmazlarının İdareleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine dayanılarak hazırlanan 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği, Resmî Gazete Tarihi: 20.08.2011, Resmî Gazete Sayısı: 28031, mad. 5/6. (Vurgu yazara aittir.)

Bu kapsamda yalnızca Hazine'ye ait taşınmazların ve genel bütçe kapsamında yer almayan diğer kamu tüzel kişileri tarafından asli ve sürekli faaliyetlerinin ifası amacıyla ve belirli faaliyetler dışında kullanımı halinde yetkili İdare tarafından uygun görülmesi kaydıyla ecrimisil tahakkuk ettirilmez.²⁹ İlgili düzenlemede yer verilen idarelere³⁰ ait taşınmazların maliki bulunan idare tarafından uygun görülmek kaydıyla diğer idarelerin kamu hizmetinde izin almaksızın kullanması hali ecrimisil tahakkukuna engel teşkil etmektedir.

III. DANIŞTAY'IN ECRİMİSİL TAHAKKUKUNDA BAŞVURDUĞU TAŞINMAZIN KAMU HİZMETİNDE KULLANIMI KRİTERİ

Danıştay, kamu idareleri arasında bir ayırım gözetmeksizin bu idarelere ait taşınmazların diğer idareler tarafından kamu hizmetinde kullanılması durumunu, istikrar arz etmemekle birlikte³¹ ecrimisil tahakkukuna engel bir hal olarak değerlendirmektedir. Buna göre, yüksek yargı kimi zaman “zorunlu kamu hizmeti”, kimi zaman ise yalnızca “kamu hizmeti” kavramına başvurarak taşınmaz üzerinde idari faaliyetlerin³² görülmesi halinde faaliyeti görmekle yükümlü idarenin fuzuli şağil addedilemeyeceğinden bahisle ecrimisil tahakkukunun hukuka aykırı olduğuna hükmetmektedir. Yüksek Mahkeme'nin kararlarında başvurduğu ve kimi zaman da açıklığa³³ kavuşturduğu “zorunlu” kamu hizmetlerinin, yine kararlarda belirtilen bu kamu hizmetlerinin neler olduğu ortaya konularak “zorunlu kamu hizmeti” kavramının muhtevası sorgulanacaktır.

29 336 sayılı Millî Emlak Genel Tebliği, m. 5/6.

30 Kaldı ki söz konusu Tebliğ'in 2. maddesinde, Tebliğ'in kapsamı dikkate alındığında da ilgili düzenlemenin Hazine'ye ait mallar ve devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan mallara ilişkin olduğu açıkça görülecektir. Bkz. 336 sayılı Millî Emlak Genel Tebliği, m. 2.

31 Bkz. Belediye'nin kanunla kendisine verilen görevlerden olan “balıkçı barınağı ve yat limanı” olarak kira süresinin bitiminden sonra kullanmaya devam etmesi üzerine tahakkuk ettirilen ecrimisilin iptal talebine ilişkin uyumsuzlukta kamu hizmetinde kullanımının ecrimisil tahakkukuna engel teşkil etmeyeceğini belirterek iptal talebinin reddinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Danıştay 10. Daire, E. 2004/1382, K. 2007/277, T. 2.2.2007 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020.); Bir diğer kararında belediye ve Hazine'nin müşterek mülkiyetinde bulunan taşınmazın, belediye tarafından “spor sahası” olarak kullanılması dolayısıyla Hazine'nin kendi payına tekabül eden kısmı için ecrimisil tahakkukunda Yüksek Mahkeme, herhangi bir tartışmaya girmeksizin Hazine'nin ecrimisil talep edebileceği ön kabulü ile ecrimisil tutarı konusunda değerlendirmelerde bulunmuştur. Danıştay 10. Daire, E. 2005/9100, K. 2007/1765, T. 10.4.2007 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020.); Bir diğer kararda ise, idarenin kamu hizmetinde kullanımına ilişkin olmamakla birlikte idarenin yetkisi alanında kaldığından bahisle ilgili taşınmazı kullanım konusunda ecrimisil tahakkuku konusu tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, söz konusu alanın “ana arter düzenlemesi sonucu yol fazlası” olduğundan bahisle İstanbul Büyükşehir Belediyesi'nin yetki alanında kalmasının ecrimisil tahakkukuna engel teşkil etmeyeceğine karar vermiştir. Danıştay 10. Daire, E. 2004/2218, K. 2007/255, T. 31.1.2007 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020).

32 Danıştay'ın kararlarında teknik olarak idari faaliyetler ayırımına başvurmadığı görülmektedir. Örneğin kolluk faaliyeti kapsamında ele alınacak faaliyetler, kamu hizmeti olarak nitelendirilmektedir. Bkz. KARAHANOGULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2015, s. 79.

33 Diğer taraftan, Danıştay'ın kararlarında zorunlu kamu hizmetine ilişkin “bir paragraflık” açıklamaya yer vermesi dikkat çekicidir.

A. DANIŞTAY'IN “ZORUNLU” KAMU HİZMETİ AÇIKLAMASI

İdari faaliyetlerin konusunu teşkil eden kamu hizmeti, kamu tüzel kişisi veya onun gözetimi altında özel hukuk kişisi tarafından toplumun ortak ve genel ihtiyaçlarının karşılamak amacıyla gerçekleştirilen siyasi organlar tarafından kamuya yararlı olduğu kabul edilen devamlı ve sürekli faaliyetlerdir.³⁴ Maddi olarak toplumun ortak gereksinimlerinin karşılanmasına ilişkin bu faaliyetler, organik açıdan idare veya idarenin gözetim ve denetimi altında gerçekleştirilir.³⁵ Danıştay, ecrimisil tahakkukunda bir kriter olarak kamu hizmeti literatüründe³⁶ daha önce yer verilmeyen “zorunlu kamu hizmeti”³⁷ şeklinde bir kavrama başvurmuştur. Yüksek Mahkeme tarafından başvuru zorunlu kamu hizmeti kavramının mahiyeti nedir? Söz konusu faaliyetler, “yerine getirilmez ise toplumsal kargaşaya sebebiyet verecek nitelikte faaliyetler”³⁸ olarak değerlendirilebilir mi? Bu soruya öncelikli olarak Danıştay’ın kararlarında başvurduğu mevzuat temelinde ve ardından kararlara konu olan uyuşmazlıklar çerçevesinde cevap aranacaktır.

İdareler arası ecrimisil uyuşmazlıklarında Danıştay zorunlu kamu hizmeti kavramını,

“(k)anun koyucu, bazı mahalli kamu hizmetlerini kanun ile zorunlu kamu hizmeti halinde düzenleyebilir”

şeklinde belirttikten sonra³⁹, bu kavramın muhtevasını taşınmazı işgal eden idarenin görev ve yetkilerini düzenleyen mevzuat çerçevesinde ele almaktadır. Uyuşmazlıkların önemli oranda devletin

34 DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Ders Notları, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1982, s. 303; ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, s. 13.; Kamu hizmeti teorileri için bkz. Karahanoğulları, 2015.; AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2018, ss. 523-526.; GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Turhan, Ankara, 2018, ss. 642-648., GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj, Ankara, 2017, s. 332.

35 Belirtmek gerekir ki kamu hizmeti teorisi bu çalışmanın kapsam ve sınırlarını aşacağından bu teoriye ayrıntılı olarak yer verilmemiş; genel ifadeler ile yetinilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dipnot 36’da yer verilen eserler.

36 Karahanoğulları, 2015; TAN, Turgut, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1991, C. 8, ss. 233-259.; ULUSOY, Ali, Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri, Amme İdaresi Dergisi, C. 31, S. 2, 1998, s. 21 vd.; ULUSOY, Ali, Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları, in Ali Ulusoy (Ed.), Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, Liberte Yayınları, 2001, ss. 1-22.; BİLGİN, Pertev, Kamu Hizmeti Hakkında, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, 1980, s. 113 vd.; ÖZAY, İl Han, Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmetleri Anlayışı: ‘Çok Yaş’a ya da ‘A Tes Amour, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, 1998, S. 1-4, ss. 293-295; OZANSOY, Cüneyt, Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, Ankara 2000, ss. 33-36.

37 Yüksek yargının daha önce istisnai olarak bazı kararlarında zorunlu kamu hizmeti kavramına başvurduğu görülmektedir. Örneğin, yolcu taşımacılık faaliyetinin zorunlu kamu hizmeti olması hakkında bkz. Danıştay 15. D., E. 2015/3029, K. 2017/6821, T. 21.11.2017 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020); tıpta uzmanlık eğitiminin yürütmesinin zorunlu kamu hizmeti olduğu hakkında bkz. Danıştay 1. D., E. 2005/534, K. 2006/545, T. 29.5.2006 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020.).

38 Onar, kamu hizmeti kriterini üç esasta toplamaktadır: bunlardan biri de ihtiyacın cevapsız kalması durumunda kamu düzeninin sarsılacağıdır. Onar, C. I, s. 37.

39 Kararlar için bkz. Danıştay 10. D., E. 2016/15901, K. 2018/958, T. 1.3.2018; Danıştay 10. D., E. 2016/13773, K. 2018/959, T. 1.3.2018; Danıştay 10. D., E. 2016/5114, K. 2018/309, T. 5.2.2018; Danıştay 17. D., E. 2015/3380, K. 2016/3246, T. 26.4.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T. 30.3.2015; Danıştay 10. D., E. 2016/5036, K. 2018/56, T. 23.1.2018; Danıştay 17. D., E. 2015/3782, K. 2016/3595, T. 12.5.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T.

hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya Hazine'ye ait taşınmazların, bilhassa mahalli idarelerden olan belediyeler tarafından kullanımı dolayısıyla ortaya çıktığı gözlemlenmektedir.⁴⁰ Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, zorunlu kamu hizmeti tanımını 5393 sayılı Belediye Kanunu açısından yapmakta ve şu şekilde bir ayrıma tabi tutmaktadır:

“...Yasa'nın 14. Maddesi'nin (a) bendinde yer alan hizmetlerin zorunlu kamu hizmeti niteliğinde olduğu ve belediye yönetimlerinin bu kamu hizmetlerini gereği gibi yapmak zorunda oldukları kuşkusuzdur. Diğer yandan (b) bendinde yer alan hizmetlerin ise zorunlu olmamakla birlikte yapılması için belediyeye yetki verilen hizmetlerden olduğu yani ihtiyari kamu hizmeti niteliği taşıdığı açıktır.”

Danıştay tarafından 5393 sayılı Belediye Kanunu'nun 14. maddesi kapsamında zorunlu kamu hizmeti olarak nitelendirilen faaliyetler incelendiğinde, bu faaliyetlerin “yerine getirilmez ise toplumsal kargaşaya sebebiyet verecek mahiyeti değerlendirilmelidir. Mezkûr düzenlemenin (a) bendinde düzenlenen ortak ve genel ihtiyaçların tamamının toplumsal kargaşaya sebebiyet verecek nitelikte bulunduğu iddia edilemez. Bu bend kapsamında imar, su kanalizasyon, konut, zabıta, itfaiye, acil yardım, ambulans gibi faaliyetlerin toplumsal yaşam için zaruri olduğu; buna karşın turizm ve tanıtım, ağaçlandırma gibi ihtiyaçların bu ihtiyaçlara kıyasen “daha az zaruri” olduğu iddia edilebilir.⁴¹ Diğer taraftan (b) bendinde yer verilen okul binalarının tadilatı, deprem kuşağında yer alan ülkemiz bakımından “ihtiyari”⁴² nitelikte bir ihtiyaç olarak değerlendirilemez. Buna göre Danıştay'ın mevzuat temelinde ortaya attığı faaliyetlerin, kamu hizmetinin maddi kriteri bakımından “zaruri ortak ve genel bir ihtiyaç” nitelemesi isabetli olmayacaktır.

İkinci bir aşama olarak, “zaruri kamu hizmetleri, toplumda yerine getirilmez ise kargaşa doğuracak nitelikte bulunan faaliyetler midir?” şeklinde yöneltilen soruya yargının zaruri kamu hizmeti olarak nitelendirdiği faaliyetler, öncelikle uyumsuzluklar ortaya konularak ve faaliyeti gören kişinin hukuki niteliği dikkate alınarak cevap aranacaktır.

Uyumsuzluklardan ilki, Hazine'ye ait olan taşınmazın Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'na intifa hakkı suretiyle tahsis edildiği ve İstanbul Büyükşehir Belediyesi tarafından ise taşınmazın bir kısmının çevre ve çevre sağlığı hizmetinin ifası için çöp içerisinde bulunan zararlı gazın çevreye olan etkilerini bertaraf etmek ve halk sağlığını korumak amacıyla X1 Gaz Yakma Tesisleri olarak kullanılması

30.3.2015 (Söz konusu kararların tamamına www.lexpera.com adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

40 Bkz. Danıştay 10. D., E. 2016/15901, K. 2018/958, T. 1.3.2018.; Danıştay 10. D., E. 2016/13773, K. 2018/959, T. 1.3.2018.; Danıştay 10. D., E. 2016/5114, K. 2018/309, T. 5.2.2018.; Danıştay 17. D., E. 2015/3380, K. 2016/3246, T. 26.4.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T. 30.3.2015.; Danıştay 10. D., E. 2016/5036 K. 2018/56 T. 23.1.2018.; Danıştay 17. D., E. 2015/3782 K. 2016/3595 T. 12.5.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T. 30.3.2015 (Söz konusu kararların tamamına www.lexpera.com adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

41 Ayrıca belirtmek gerekir ki bent kapsamında sayılan faaliyetler arasında yalnızca teknik anlamıyla bir edim sunma faaliyeti olan kamu hizmeti değil; aynı zamanda kolluk faaliyetlerine de yer verilmektedir. Danıştay'ın kararlarında idari faaliyetler konusunda geniş anlamıyla kamu hizmeti terimine başvurduğu yukarı belirtilmiş idi. Bkz. 37.nolu dipnot.

42 Zorunlu kavramının karşıtı olarak ihtiyari kavramı tercih edilmiştir.

karşılığında tahakkuk ettirilen ecrimisilin iptaline ilişkindir.⁴³ Danıştay, *çevre, çevre sağlığı, temizlik ve katı atık* konularının Belediye'ye yüklenen zorunlu kamu hizmetlerinden olduğunu belirterek, ilgili taşınmazın gaz yakma deposu olarak kullanılması karşılığında ecrimisil tahakkuk ettirilmesini hukuka aykırı bulmuştur.

Bir diğer uyuşmazlık, Hazine'ye ait taşınmazın bir kısmının İstanbul Belediye Başkanlığı'na bağlı müstakil kamu tüzel kişisi olan İETT Genel Müdürlüğü tarafından İETT harekât amirliği, otobüs peronları, otobüs durakları ve sahası olarak izinsiz bir şekilde kullanımı üzerine tahakkuk ettirilen ecrimisilin iptaline ilişkindir.⁴⁴ Danıştay, davacı İETT Genel Müdürlüğü'nün Belediye'ye yüklenen "zorunlu kamu hizmeti" niteliğindeki *ulaşım faaliyetinin* ifası için taşınmazı kullandığını belirttiikten sonra, bu durumun mevzuatta belirtilen usullerin dışına çıkılması sonucunu doğurmayacağını vurgulamış; 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği uyarınca yetkili idarenin uygun bulması hükmüne yer vermiştir. Buna karşın Yüksek Mahkeme, İETT Genel Müdürlüğü aleyhine tahakkuk ettirilen ecrimisilin taşınmazın otobüs durağı ve sahası olarak kullanılması dolayısıyla fuzuli işgalci olarak nitelendirilmeyeceğini belirterek hukuka aykırı bularak, ilk derece mahkemesi tarafından verilen davanın reddi kararını bozmuştur. Danıştay 10. Dairesi'nin hukuki olarak ulaştığı sonuç değişmemekle birlikte hemen hemen aynı tarihlerde tesis edilen (yaklaşık bir ay sonra) kararlarından birinde, "idareler arası taşınmazların kullanımına ilişkin usul ve esasları" kararında belirtmesine karşın; diğerinde idareler arası taşınmaz kullanımına ilişkin usul ile ilgili bir belirleme yapmadan doğrudan faaliyetin niteliği dolayısıyla ecrimisilin iptalini hukuka uygun bulması dikkat çekicidir.

Bir başka uyuşmazlıkta, Hazine'ye ait Büyükçekmece Gölü doldurulmak suretiyle kazanılan taşınmazın, Belediye tarafından prefabrikayı inşa edilerek kültür ve sanat ile meslek ve beceri kazandırma hizmetlerine yönelik olarak ticari bir gaye güdülmeksizin yapılan resim atölyesi olarak kullanılması üzerine ecrimisil tahakkukunun iptaline ilişkindir.⁴⁵ Danıştay, kültür ve sanat, mesleki beceri kazandırma faaliyetlerinin Belediye'ye tahmil edilen zorunlu kamu hizmetlerinden olduğunu belirterek, bu faaliyetin ifası dolayısıyla ecrimisil tahakkukunu hukuka aykırı bulmuştur.

Bir başka uyuşmazlık ise, Aydın ilinde devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyıların Belediye tarafından şemsiye ve şezlong alanı olarak kullanılmak suretiyle işgal edilmesi dolayısıyla Hazine tarafından ecrimisil tahakkukunun iptaline ilişkindir.⁴⁶ Aydın 2. İdare Mahkemesi, kıyıların sahipsiz mal niteliğinde olduğunu ve halkın yararlanmasına tahsis edildiğini; bu tahsisi engelleyecek veya sınırlandıracak her türlü yararlanmanın izne dayanması gerektiğini; Belediye'nin Milli Emlak Genel Müdürlüğü'ne başvurarak tahsisinin sağlanması gerektiğini; Belediye'nin ise izinsiz kiraya vererek kullanmakta olduğunu belirterek, yararlanma karşılığında 2886 sayılı Kanun uyarınca

43 Danıştay 10. D., E. 2016/15901, K. 2018/958, T. 1.3.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.); aynı konuya ilişkin aynı yönde karar için bkz. Danıştay 10. D., E. 2016/13773, K. 2018/959, T. 1.3.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020).

44 Danıştay 10. D., E. 2016/5114, K. 2018/309, T. 5.2.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.).

45 Danıştay 10. D., E. 2016/5036, K. 2018/56, T. 23.1.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.).

46 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, E. 2000/1200, K. 2002/848, T. 22.11.2002 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.). Aynı doğrultuda karar için bkz. Danıştay, 6. D., E. 1999/2291, K. 1999/138, T. 11.3.1999.; E. 1998/865, K. 1999/1147, T. 3.3.1999 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

ecrimisil tahakkukunu hukuka uygun bulmuştur. Temyiz üzerine inceleyen Danıştay 6. Dairesi ise, Belediyelerin kanunla zorunlu kamu hizmeti olan kendilerine ait “ılcaları işletmek, deniz hamamları ve her nevi yıkama müesseseleri açmak, açılmasına ruhsat verilenlere nezaret etmek” yükümlülüğü bulunduğunu belirterek kıyılara ilişkin anayasal düzenleme dikkate alınarak Belediyelere, “*halk plajları açmak, işletmek ve bunlardan halkın eşit, düzenli ve sağlıklı bir şekilde yararlanmalarını sağlamak, toplumun ortak ve medeni gereksinimlerini karşılamak*” görevini belirterek kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, Danıştay 6. Dairesi’nin kararı doğrultusunda “kamu hizmeti” nedeniyle şemsiye ve şezlong kiralayan Belediye’nin fuzuli şağil addedilemeyeceğine karar vererek karar kesinleşmiştir. Belirtmek gerekir ki kıyılar ile ilgili özel bir düzenleme söz konusudur. 5393 sayılı Belediye Kanunu’nun 79. maddesi uyarınca, belediye veya büyükşehir belediyesi sınırları içerisinde yer alan ve deniz, akarsu ve gölden doldurma suretiyle kazanılan alanlar, Kıyı Kanunu ve ilgili mevzuata uygun olarak kullanılmak şartıyla Maliye Bakanlığı tarafından belediyelerin, büyükşehirlerde büyükşehir belediyelerinin tasarrufuna bırakılır. Buna göre, söz konusu alanlar Maliye Bakanlığı tarafından belediye veya büyükşehir belediyelerine tahsis halinde idarelerin bu taşınmazı kullanımı hukuka uygundur. Yukarıda yer verilen söz konusu uyuşmazlıklara konu alanlarda Maliye Bakanlığı tarafından tahsisin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaksızın hüküm tesis edilmesi kanaatimizce eksik inceleme dolayısıyla hukuka aykırıdır.⁴⁷

Bir diğer uyuşmazlıkta ise, diğerlerinden farklı olarak Belediye’ye ait olan taşınmazın, bir başka Belediye tarafından *belediye hizmet binası* olarak kullanılması dolayısıyla malik Belediye tarafından ecrimisil tahakkuk ettirilmiştir. Danıştay, taşınmazın kanun tarafından verilen zorunlu kamu hizmetinin ifası amacıyla kullanılması dolayısıyla 2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil tahakkukunu hukuka aykırı bulmuştur.⁴⁸ Belediye hizmet binası olarak kullanılmasına ilişkin karardan bir diğerinde ise Danıştay, 2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisili iptal etmiş ise de davalının özel hukuk hükümleri çerçevesinde ecrimisil talep edebileceğine hükmetmiştir.⁴⁹

Söz konusu kararlar ışığında idari yargının faaliyetlerin niteliğini değerlendirirken başvurduğu “zorunlu kamu hizmeti”nin muhtevasının “yerine getirilmez ise toplumsal kargaşaya sebebiyet verecek faaliyetler” olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği sorusuna, yukarıda yer verilen idari yargıya konu olan uyuşmazlıkların mevzuatı ve yine uyuşmazlıklara konu olan idari faaliyetler ekseninde olumsuz cevap vermek isabetli olacaktır.

47 Söz konusu düzenlemeye ilişkin olarak bir başka Danıştay kararında bu hususa dikkat çekilmiştir. Danıştay 10. D., E. 2014/149, K. 2014/2620, T. 22.04.2014 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020).

48 Danıştay 17. D., E. 2015/3380, K. 2016/3246, T. 26.4.2016; Aynı yönde kararlar için bkz. Danıştay 17. D., E. 2015/3782, K. 2016/3595, T. 12.5.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T. 30.3.2015. (Söz konusu kararların tamamına www.lexpera.com.tr adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

49 Danıştay 17. D., E. 2015/3380, K. 2016/3246, T. 26.4.2016 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

B. “ZORUNLU KAMU HİZMETİ” KAVRAMININ MUHTEVASI: KAMU HİZMETİNE TAHSİSİN ZORUNLULUĞU (MU?)

Her ne kadar Danıştay, kamu hizmetleri arasında zorunlu şekilde bir ayrıma başvurmuş ise de Yüksek Mahkeme'nin bu ayırım ile kamu hizmetinin zorunluluğunu değil, taşınmazın 'kamu hizmetine tahsisinin zorunluluğu' şeklinde bir mülahazada bulunduğu iddia edilebilir mi? Bu sorunun iki boyutu bulunmaktadır: taşınmaz maliki olan idarenin ilgili taşınmaza ihtiyaç duymaması ve diğer idare tarafından idari faaliyetin ancak ilgili taşınmazda görülmesinin zorunluluğudur. Bu soru, uyumsuzluğa konu olan kararlar ışığında öncelikle teorik olarak ve ardından uyumsuzluk konusu olan somut idari faaliyet konuları ekseninde değerlendirilecektir.

İdareler arası ecrimisil taleplerine ilişkin Danıştay kararlarına konu olan uyumsuzluklar yukarıda yer verilen kararlar incelendiğinde görüleceği üzere yüksek bir oranı devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan veya Hazine'nin özel taşınmazlarına ilişkindir.⁵⁰ Buna göre, Danıştay'ın söz konusu yaklaşımı “taşınmazın herhangi bir kamu hizmetine hukuki veya fiili olarak tahsis edilmemiş veya tahsis edilmekle birlikte tahsis amacıyla bağdaşır nitelikteki faaliyetlerde (sahipsiz mal niteliğinde bulunan taşınmazlar bakımından) kullanılması ve işgal eden diğer idare tarafından da bu taşınmazın kamu hizmetine tahsisinin zorunlu olması dolayısıyla bu ayrıma başvurduğu iddia edilebilir mi?”⁵¹ Uyumsuzluk konusu taşınmaz, maliki olan idare tarafından henüz hukuki ve fiili bir tahsise konu olmaması dolayısıyla idarenin özel malı veya niteliği gereği sahipsiz mal statüsündedir. Bu taşınmazı kullanan idare ise, kanunla kendisine verilen asli ve sürekli görevlerini yalnızca idareye ait olan söz konusu taşınmazda ifa edebilir.

Teorik olarak bu yaklaşım, ikinci bir aşamada ihtilaflara konu olan taşınmazın kullanım amacı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Belediye'nin “İETT hareket amirliği, otobüs peronları, otobüs durakları ve sahası yapmak amacıyla”⁵² devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazı izinsiz kullanımı, trafik aksı ve otobüs durağının yer aldığı mevki dikkate alındığında zorunlu bir ihtiyaç olarak nitelendirilebilir ise, bu takdirde belediye tarafından kullanımı halinde taşınmaz maliki olan idarenin ecrimisil tahakkuku hukuka aykırı hale gelecektir.⁵³ Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyıların, şemsiye ve şezlong kiralanan üzere belediye tarafından izinsiz kullanımında, belediyelerin kıyıları dışında bir yerde bu faaliyeti yerine getirmesi mümkün olmadığından ve dahası kıyılarından yararlanmak ancak bu halde mümkün olabileceğinden bahisle ecrimisil tahakkuku hukuka aykırı olacaktır.⁵⁴

50 Bkz. “A. Danıştay'ın Zorunlu Kamu Hizmeti Açıklaması”.

51 Belirtmek gerekir ki kararlara konu olan uyumsuzluklarda yargı, bu konuda herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır. Bu halde doğrudan bu sonuca ulaştıracak bir veri yer olmadığından bahisle ortaya atılan bu iddia yalnızca kamu malları teorisi çerçevesinde “bir ihtimal” olarak tartışılabilir niteliktedir.

52 Danıştay 10. D., E. 2016/5114, K. 2018/309, T. 5.2.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.).

53 Bu husus, yalnızca bu “taşınmazın kullanımının zorunluluğu” kıstasına bağlı olarak değerlendirilmektedir. Halbuki, “Sonuç Yerine” başlığı altında irdeleneceği üzere, tek başına söz konusu şartların varlığının ecrimisili hukuka aykırı kılmayacağı kanaatindeyiz.

54 “1580 sayılı Belediye Kanunu'nun 1. maddesinde, Belediyenin, beldenin ve belde sakinlerinin mahalli mahiyette müşterek ve medeni ihtiyaçlarını tanzim ve tasviye ile mükellef hükmi şahsiyet olduğu belirlendikten sonra; 15. maddenin 56. fıkrasında, belediyeye ait ılıcaları işletmek, deniz hamamları ve her nevi yıkama müesseseleri açmak, açılmasına ruhsat

Bu uyuşmazlıklar ışığında Danıştay'ın “zorunlu kamu hizmeti kavramını, ilgili taşınmazın kamu hizmetine tahsisinin zorunluluğu olarak değerlendirip değerlendirmedeği” sorusunun cevabı olumlu ise de diğer uyuşmazlıklar bakımından bu sorunun cevabının doğrudan olumlu olduğu iddia edilemez. Şöyle ki davaya konu olan bir uyuşmazlıkta, Hazine'nin özel malının Belediye tarafından “hizmet binası”⁵⁵ olarak kullanılması dolayısıyla ecrimisil tahakkuk ettirilmiştir. Belediye'nin “hizmet binası” olarak kullandığı taşınmazın hangi faaliyete özgü olduğu karar metninden anlaşılamamaktadır. İlgili taşınmazın hizmet binası olarak kullanılmasını zaruri kılan ihtiyaç söz konusu değil ise, fuzuli şağil olan idarenin taşınmazı kullanımını meşru kılan tahsisinin zorunluluğuna ilişkin gereklilik ortadan kalkacaktır.

Sonuç olarak her ne kadar uyuşmazlık konularının bir kısmı bakımından zorunlu kamu hizmetinin, tahsisin zorunluluğu muhtevasını içerdiği; bir kısmı bakımından ise bu muhtevayı haiz olup olmadığının faaliyetin yanı sıra somut olayın özellikleri uyarınca ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Mezkûr Danıştay kararlarının bu değerlendirmeye imkân verecek bilgi içermemesi bu konuda yapılacak argümanları da temelsiz kılacaktır. Bu sebeple doğrudan “zorunlu kamu hizmeti, kamu hizmetine tahsisin zorunluluğudur” şeklinde bir iddia isabetli olmayacaktır.

IV. DEĞERLENDİRME

Taşınmazın ilgili idare tarafından asli ve sürekli görevlere tahsisinin gerek doğrudan faaliyetin niteliği gereği gerekse somut olayın özelliklerine göre zorunluluğu kabul edilse dahi idareler arası taşınmazların devir veya tahsisinde öngörülen usul ve esaslara aykırılık ne şekilde değerlendirilmelidir?

verilenlere nezaret etmek, belediyelerin görevleri arasında sayılmıştır. Anayasanın 43. maddesinde, kıyıların Devletin hüküm ve tasarrufu altında olduğu hükmü yer almakta; 3621 sayılı Kıyı Kanunu'nun 5. maddesinde de Anayasanın anılan hükmüne-paralel bir düzenlemeyle kıyıların, Devletin hüküm ve tasarrufu altında herkesin eşit ve serbest olarak yararlanmasına açık olduğu kurala bağlanmış bulunmaktadır. Sözü edilen Yasa maddelerinden anlaşılacağı üzere halk plajları açmak, işletmek ve bunlardan halkın eşit, düzenli ve sağlıklı bir şekilde yararlanmalarını sağlamak, toplumun ortak ve medeni gereksinimlerini karşılamak, belediyelerin görevleri arasında bulunmakta, güneşlenen ve denize girenlere belli bir ücret karşılığında da olsa şemsiye ve şezlong kiralınması faaliyetinin toplumun kıyılardan yararlanması amacına yönelik olduğu görülmektedir. ... yukarıda açıklandığı üzere gördüğü kamu hizmeti nedeniyle şemsiye ve şezlong kiralayan belediyenin bu faaliyetinin işgal, kendisinin de fuzuli şağil olarak nitelendirilerek ecrimisil tahakkuk ettirilmesi hukuka uygun bulunmadığından...” DİDDK, E. 2000/1200, K. 2002/848, T. 22.11.2002 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020) ; Benzer şekilde “halk plajları açmak, işletmek ve bunlardan halkın eşit, düzenli ve sağlıklı bir şekilde yararlanmalarını sağlamak, toplumun ortak ve medeni gereksinimlerini karşılamak belediyelerin görevleri arasındadır. Güneşlenen ve denize girenlere belli bir ücret karşılığında da olsa hizmet verilmesi faaliyetinin toplumun kıyılardan yararlanması amacına yönelik olduğunda duraksama bulunmamaktadır. Öte yandan, devletin özel mülkiyetinde veya hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmaz mallardan ecrimisil alınabilmesi, taşınmazın 2886 sayılı Yasadaki tanıma uygun olarak işgal edilmesi koşuluna bağlıdır, Belediyenin kamu hizmeti faaliyetinin işgal, kendisinin de fuzuli şağil olarak nitelendirilerek ecrimisil tahakkuk ettirilmesi mümkün bulunmamaktadır.” Danıştay, 6. D., E. 1999/2291, K. 1999/138, T. 11.3.1999; Danıştay 6.D., E. 1998/865, K. 1999/1147, T. 3.3.1999 (Söz konusu kararlara www.lexpera.com.tr adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

Belirtmek gerekir ki hukuka uygunluk değerlendirmesi, yalnızca yukarıda ileri sürülen “kamu hizmetine ilgili taşınmazın tahsisinin zorunluluğu”na bağlı olarak değerlendirilmektedir. Halbuki, “Sonuç Yerine” kısmında irdeleneceği üzere, tek başına söz konusu şartların varlığının ecrimisili hukuka aykırı kılmayacağı kanaatindeyiz.

55 Danıştay 17. D., E. 2015/3380, K. 2016/3246, T. 26.4.2016; Danıştay 17. D., E. 2015/3782, K. 2016/3595, T. 12.5.2016.; Danıştay 17. D., E. 2015/435, K. 2015/971, T. 30.3.2015 (Söz konusu kararlara www.lexpera.com.tr adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

Açıktır ki idarelerin birbirlerinin taşınmazlarına ihtiyaç duyması halinde uygulanacak usul ve esaslar pozitif hukukta belirlenmiştir.⁵⁶ Mülkiyet devri suretiyle taşınmaza duyulan ihtiyaç idareler arası mal devri usulü ile giderilebileceği gibi, tahsis değişikliğiyle dönüşüm⁵⁷ suretiyle de mülkiyet devri öngörülmezsizin ilgili taşınmazdan doğrudan kanun hükmüyle veya kanuni düzenlemenin yer olmadığı hallerde ise karşılıklı anlaşarak faydalanılabilir.

Hazine'nin özel malları veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerler, yetkili idare tarafından uygun görülme kaydıyla ve ticari amaca tahsis edilmemek kaydıyla diğer idareler tarafından asli ve sürekli faaliyetlerini yerine getirmek amacıyla kullanılabilir ve bu halde ilgili düzenleme dolayısıyla ecrimisil tahakkuk ettirilmez.⁵⁸ Yukarıdaki uyuşmazlıklarda açıkça görüldüğü üzere taşınmazın maliki bulunan idarelerin taşınmazın kullanımını uygun bulmadığı, hatta bu sebeple kullanım menfaatinin karşılığı olarak ecrimisil tahakkuk ettirdiği ve bu ecrimisil işlemlerinin de davaya konu olduğu dikkate alındığında, füzuli şağil olan idare bu usullere riayet etmemiştir.

Söz konusu usullere uyulmaksızın idarelere ait taşınmazların diğer idareler tarafından kamu hizmetinde kullanılması halinde ecrimisil tahakkukunun hukuka uygun bulunduğuna ilişkin Danıştay kararları bu yaklaşımın kritiği bakımından ortaya konulmalıdır.

2019 yılında tesis edilen Danıştay kararına konu olan uyuşmazlıkta⁵⁹, Hazine'ye ait taşınmaz izinsiz olarak Belediye tarafından işgal edilerek, Belediye'nin yasalarla görevli kılındığı "otopark faaliyeti"ni gerçekleştirmek amacıyla Söke Spor Kulübüne kiralanmıştır. Hazine, izinsiz kullanım dolayısıyla Belediye aleyhine ecrimisil tahakkuk ettirmiştir. Davaya konu olan uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, işgalcinin Belediye değil; Söke Spor Kulübü olduğunu belirterek kararı iptal etmiştir. Bu kararın temyizi üzerine ise Danıştay 10. Dairesi, ilk derece mahkemesi kararında belirtilen gerekçe konusunda Belediye'nin ilgili dönemde taşınmazın kullanımını karşılığında bedel aldığını vurgulayarak, bu durumun Belediye'nin işgalci olmadığı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Yüksek Mahkeme, ilgili taşınmazda Belediye'nin kanunlarla görevli kılınan *otopark* faaliyetini yerine getirdiğini; ancak bu durumun kendisine mevzuata uygun hareket etme yükümlülüğünden kurtarmadığını belirterek, bu usullere uyulmadan taşınmazı kullanmanın hukuka aykırı olduğunu ve anılan dönem için ecrimisil tahakkukunu hukuka uygun bulmuştur. Yüksek Mahkeme'nin genel yaklaşımdan sapma gösteren bu kararının, taşınmazın Belediye tarafından zorunlu kamu hizmetine özgülenmekle birlikte, Belediye'nin bu faaliyeti özel hukuk tüzel kişisine sözleşme ile gördürmesi sonucunda kira ve işgaliye adı altında "bedel" alıyor olmasının, idarenin sahibi olmadığı taşınmaz üzerinden haksız kazanç elde etmesi şeklinde bir yaklaşımın sonucu olduğu iddia edilebilir mi? Şayet söz konusu yaklaşım benimsenmekte ise, ecrimisil tahakkukunda başvuru olan "kamu hizmeti"

56 Detaylı bilgi için bkz. II. Pozitif Hukukta İdareler Arası Ecrimisil Tahakkuku.

57 Gözler, s. 881.

58 336 sayılı Milli Emlak Genel Tebliği, mad. 5/6: "Kamu kurum ve kuruluşları tarafından; kuruluş kanunlarıyla verilen ve yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetleri doğrultusunda Hazine taşınmazları üzerinde izinsiz olarak yapılan sosyal, kültürel, sportif ve benzeri amaçlı tesislerin ticari amaca konu edilmemesi ve tahsis veya devir talebinde bulunulması ve bu talebin Yetkili İdarece uygun görülmesi halinde ecrimisil takibatı yapılmaz." Ayrıca bu çalışma içerisinde ikinci başlık altında değerlendirmeler için bkz. II. Pozitif Hukukta İdareler Arası Ecrimisil Tahakkuku.

59 Danıştay 10. D., E. 2018/1949, K. 2019/1139, T. 12.2.2019 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020.).

kriterinin temelinde taşınmazı kullanan idarenin “ticari bir faaliyette bulunmaması” olduğu iddia edilebilir. Danıştay’ın kararının tesisinde Belediye’nin taşınmazı sözleşme ile özel hukuk tüzel kişisine kullandırmasının ve sonucunda bir gelir elde etmesinin etkin bir rol oynayıp oynamadığı karar metninden anlaşılammaktadır. Ancak bu yaklaşımın Danıştay’ın yukarıda zikredilen bir başka uyuşmazlıkta başvurulmadığı görülmektedir. Şöyle ki Yüksek Mahkeme, Belediye’nin devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kıyılarda yine kendisine kanunlarla tahmil edilen görevin ifası amacıyla izinsiz olarak kıyıları işgal suretiyle şezlong ve şemsiye kiralamasını hukuka uygun bulmuş; bu sebeple ecrimisil tahakkukunu hukuka aykırı değerlendirmiştir.⁶⁰ Söz konusu kararda Belediye’nin şemsiye ve şezlong kiralaması faaliyetinin özel hukuk tüzel kişisi tarafından mı gördürülmekte olduğu, yoksa doğrudan emanet usulü ile görmekte olduğu anlaşılammakla birlikte; Belediye’nin bu faaliyetin sonucunda bir “kazanç” elde ettiği açıktır. Yukarıdaki yaklaşım uygulanır ise, Danıştay’ın Belediye’nin kendisine ait olmayan bir taşınmaz üzerinden elde ettiği bu kazancı da “haksız bir kazanç” olarak değerlendirerek bu faaliyet dolayısıyla işgal edilen taşınmaz için ecrimisil tahakkukunu hukuka uygun bulması gerekir idi.⁶¹

Danıştay’ın idareler arasında taşınmazların kullanımına ilişkin usul ve esasların uygulanmaması dolayısıyla ecrimisil tahakkukunu hukuka uygun bulduğu bir başka kararı ise, Hazine’ye ait olan taşınmazın izinsiz olarak Belediye tarafından “F1 şubesi”⁶² olarak kullanılmasına ilişkindir. Yüksek Mahkeme, Belediye Kanunu kapsamında ulaşım gibi kentsel alt yapı faaliyetinin kamu hizmeti olduğunu vurgulamakla birlikte, taşınmazın kamu hizmetinde kullanımının,

“(b)ir idareye kanunla verilmiş olan bir kamu hizmetinin yerine getirilmesi sürecinde, mevzuatta öngörülen usullerin dışına çıkması olanağı tanımadığı da kuşkusuzdur. İdareler, kanuni yönetim ilkesi gereği olarak, kanunla kendilerine yüklenen görevleri, kanunun çizdiği sınırlar ve öngörüldüğü usuller çerçevesinde yerine getirmek zorundadırlar.”

şeklinde usul ve esaslara uygunluğunu belirterek, Tebliğ’de öngörülen idareler arasında kamu hizmetine tahsis usulünü örnek göstermektedir.⁶³ Kanaatimizce idareler arasında ilgili taşınmaza geçici olarak ihtiyaç duyulması halinde, kanunla öngörülmedikçe veya taşınmaz maliki idare rıza

60 DİDDK, E. 2000/1200, K. 2002/848, T. 22.11.2002; Danıştay 6. D., E. 1999/2291, K. 1999/138, T. 11.3.1999.; E. 1998/865, K. 1999/1147, T. 3.3.1999 (Söz konusu kararlara www.lexpera.com.tr adresinden erişim sağlanmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

61 Bu kararda uyuşmazlık konusu taşınmazın sahihsiz mal niteliğinde bulunan “kıyılar” olmasının bu yaklaşımdan sapma gösterecek bir niteliği bulunup bulunmadığı ise ayrı bir sorudur. Kıyıların Hazine’ye ait bir taşınmaz olmayıp; yalnızca devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunmasının (T.C. Anayasası, mad. 43.) kıyılarından yararlanma sonucu elde edilecek gelirin sahibini salt Hazine olmaktan çıkartır mı? Yasal düzenlemelerin bu konuda açık hükümlere yer vermesi dolayısıyla söz konusu iddia, pozitif düzenlemeler uyarınca asılsız ise de bu iddia ortaya atılarak “düşünülmesi” gereken bir alanın varlığına dikkat çekilmek amaçlanmıştır.

62 Söz konusu karar çerçevesinde, Danıştay’ın atf yaptığı ve vurguladığı Belediye Kanunu’nun 14. maddesinin “ulaşım gibi kentsel alt yapı faaliyeti” dikkate alındığında, Belediye tarafından işgal edilen taşınmazın kullanım amacı olarak belirtilen F1 Şubesi’nin Karayolları Taşıma Yönetmeliği uyarınca taşımacılık faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere Belediye tarafından yetki belgelerinin bir türü olan F1 yetki belgesinin verildiği yer olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Karayolları Taşıma Yönetmeliği, mad. 14/5.a.

63 Danıştay 10. D., E. 2016/4428, K. 2018/234, T. 30.1.2018 (www.lexpera.com.tr, Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

göstermedikçe malın tahsisinde değişiklik yapılamaz.⁶⁴ Nitekim *Gözler* de tahsis değişikliği yoluyla dönüşüm usulünde malın sahibi idare tarafından rızanın mevcut bulunmaması durumunu tahsise engel olarak değerlendirmektedir.⁶⁵ Aksi halde söz konusu eylem hukuka aykırı olur.

Buna karşın Danıştay, yukarıda izah olunan mezkûr kararlar dışında, genel yaklaşım itibarıyla taşınmazın kamu hizmetine tahsisinin idareler arasında herhangi bir ayırım yapmaksızın ecrimisil tahakkukuna engel teşkil ettiğine hükmetmektedir. Danıştay'ın yetkili İdare uygun bulmamasına karşın bu konuda yer alan usul ve esasları “ihmal” suretiyle, taşınmazın “zorunlu” kamu hizmetinde kullanıldığından bahisle ecrimisil tahakkukunun hukuka aykırı bulunmasına ilişkin yaklaşımı ne şekilde değerlendirilebilir? Taşınmazın hukuka aykırı kullanımı dolayısıyla tahakkuk ettirilen ecrimisilin hukuki niteliğinin ve dolayısıyla hukuki dayanağının ortaya konulmasının bu tartışmaya ışık tutacağı değerlendirilmektedir.⁶⁶

Ecrimisil, bir haksız fiil alacağı mıdır, yoksa idare hukuku sahasında cereyan eden bir idari eylem sonucu tesis edilen bir idari işlem midir? Ancak belirtmek gerekir ki 2886 sayılı Kanun uyarınca talep edilen ecrimisilin hukuki niteliği konusunda doktrinde de tartışma söz konusudur. Bu noktada ecrimisil talep ile bu alacağın takip ve tahsiline ilişkin esaslar, hukuki niteliğinin belirlenmesinde önem arz etmektedir. Kanun koyucu ecrimisil alacağının 6183 sayılı Kanun çerçevesinde takip ve tahsilini düzenlemiştir; ancak söz konusu atıf, bu alacağa doğrudan kamu alacağı niteliği kazandırmamaktadır.⁶⁷ 2886 sayılı Kanun öncesinde, ecrimisil alacağı ilgili dönemde yürürlükte bulunan Tahsili Emval Kanunu'na göre tahsil edilmekte idi.⁶⁸ Tahsili Emval Kanun'a yapılan atıflar, 6183 sayılı Kanun uyarınca kamu alacaklarından biri olarak değerlendirilmektedir.⁶⁹ Ancak alacağın takip ve tahsil usulü tek başına alacağın hukuki niteliğinin tespiti bakımından yeterli olmadığı değerlendirilmektedir.

İkinci bir aşamada, ecrimisilin dayanağı olan eylem veya işlemin hukuki niteliğinin tespiti, bu alacağın da hukuki niteliğini tespit bakımından esas alınabilir. Yargıtay, kamu idarelerinin taşınmazlarının işgali karşısında seçimlik hakkı bulunduğunu; 2886 sayılı Kanun kapsamında ecrimisil talep edebileceği gibi, doğrudan doğruya adli yargı yoluyla el atmanın önlenmesi ve ecrimisil talep edebileceğine hükmetmiştir.⁷⁰ Buna göre:

“Diğer taraftan 2886 Sayılı Yasanın 75nci maddesi ile getirilen bu imkânın bir zorunluluk olarak yorumlanması doğru değildir. Hazinenin, ecrimisil isteyebilmesi için genel mahkemeye

64 Gözler, s. 883.

65 Gözler, s. 883.

66 Hiç kuşkusuz söz konusu tartışma bu çalışmanın kapsamını aşacaktır. Burada kısaca idareler arasında ecrimisil tahakkukuna ilişkin giriş mahiyetinde değerlendirmelerde bulunulacaktır.

67 ÜSTÜN, Gül Fiş, *İdare Hukuku Boyutuyla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu*, Oniki Levha Yayıncılık, 2013, ss. 13-17.; CANDAN, Turgut, *Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun*, Yetkin, Ankara, 2018, ss. 17-18.

68 2490 sayılı Arttırma, Eksiltme ve İhale Kanunu, m. 67.

69 6183 sayılı Kanun, m. 2.

70 YHGK, E. 2004/1-120, K. 2004/96, T. 25.02.2004 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.10.2020); ÜNAL, Nurdoğan / ÖZLEYEN, Emine, *Haksız Fiili Tazminatı Ecrimisil*, Seçkin, Ankara, 2019, ss. 100-107.

*dava açma zorunda olmaması, bu konuda idari işlem düzenleme ve böylece sorunun idari yargıda çözümlenmesi zorunluluğu olarak düşünülmemelidir. Somut olayda sadece ecrimisil isteği yer almamış onun yanında, elatmanın önlenmesi ve yıkım isteğiyle birlikte haksız eylemlerden kaynaklanan bir tazminat istenmiştir. Hazine seçimlik hakkını kullanarak, idari bir karar almadan, idari bir işlem yapmadan, 75 inci maddede sözü edilen komisyonu oluşturmadan ihbarname ya da ihtarname düzenlemeden ve bunu şağıle tebliğ etmeden kısaca, idari yargı yolunu tercih etmeden doğrudan doğruya genel mahkemede dava açmış ise, mahkeme gerekli araştırma ve soruşturmayı yaparak bir karar vermek zorundadır.*⁷¹

Yüksek Mahkeme, “2886 sayılı Kanun uyarınca talep edilen ecrimisilin idari işlem olduğunu” ve “idari yargıda dava konusu edilmesi gerektiğini”; buna karşın adli yargıda 2886 sayılı Kanun’a başvurmadan da doğrudan alacağını dava yolu ile tahsil imkanını haiz olduğunu belirtmektedir. Yargıtay, her iki halde de ecrimisili “*haksız eylemden kaynaklanan bir alacak*” olarak nitelendirmektedir.⁷² Bu yaklaşım ile değerlendirdiğimizde, ecrimisil alacağının hukuki niteliği “haksız fiil” olmakla birlikte, hukuki dayanağının 2886 sayılı Kanun olması halinde söz konusu işlem idari işlem; doğrudan adli yargıda açılacak tazminat şeklinde talep halinde ise genel hükümler dairesinde haksız fiil alacağı olduğu ortaya çıkacaktır. Söz konusu yorum idari işlem teorisi bakımından anlaşılması güç tartışmalara zemin hazırlayacak niteliktedir. Şöyle ki, haksız fiil sorumluluğu *ipso iure* idare hukuku sahası dışında cereyan eder.⁷³ Bu sebeptir ki idarelerin haksız fiil niteliğindeki eylemleri adli yargının alanına dahildir. İdarenin herhangi bir işlem yapmaksızın hukuka aykırı şekilde taşınmaza el koyma anlamına gelen fiili yol⁷⁴, idarenin haksız fiil eylemlerinden biridir. İdarenin başka bir idarenin taşınmazına öngörülen usullere uyulmaksızın el koymasının da haksız fiilin bir türü olan fiili yol olarak addedilir ise, adli yargının alanına dahil olması gerekir. O halde Yargıtay’ın yaklaşımını ne şekilde değerlendirmek gerekir? Yargıtay’ın 2886 sayılı Kanun’da yer verilen düzenlemeyi, kanun koyucunun haksız fiil niteliğindeki idarenin bu eylemlerinin açıkça idari yargının alanına dahil edilmesi yönündeki iradesinin bir sonucu olduğu iddia edilebilir. Bu kapsamda kural olarak adli yargının alanına dahil olması beklenen idarenin söz konusu eylemleri, yasal düzenleme ile idari yargının alanına dahil edilmiştir. Kural olarak Yargıtay’ın yaklaşımı ile “ecrimisil alacağı bir haksız fiil alacağı ise”, 6183 sayılı Kanun uyarınca haksız fiil alacakları, mezkûr Kanun kapsamında kamu alacaklarının dışında bırakıldığından ecrimisil amme alacağı sayılmamaktadır.⁷⁵ Ancak yine

71 Ibid. (Vurgu yazara aittir.)

72 Ibid.

73 Haksız fiilin idare hukukundaki sınırını idari eylem teşkil eder. İdarenin eylemi, “idari eylem” niteliğinde değil ise bu halde haksız fiilden söz edilebilir. Ayrım için bkz. ŞEKER, Gülseven, İdare Hukukunda Fiili Yol ve Bu Teorinin Türkiye’de Uygulanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, ss. 40-45.; İdari eylem, idarenin tutum ve davranışlarının yasal veya genel düzenleyici işlemler ile bağlantılı olması ya da genel anlamdan “idari işlev’e ilişkin olması idari eylem niteliği kazandırır. DURAN, Lütfi, “Yargıtay’ın Kamu Hukukuna Değın Kararları Üzerine Mülahazalar (II)”, Amme İdaresi Dergisi, C.18, S:3, 1985, s.49.

74 Detaylı açıklama için bkz. Gözler, s. 1054-1055; ÖZCAN, Emrah, Fiili Yol, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.; YILDIZ, Hayrettin, Fransız Hukuku’nda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulanması, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 8, S.2, ss. 330-336.

75 6183 sayılı Kanun, mad. 1.

Yargıtay'ın yaklaşımı ile yasal düzenlemenin bu işlemleri aynı zamanda idari yargı alanına dahil ederek bu kuralın bir istisnasını teşkil ettiği iddia edilebilir.

Danıştay, ecrimisilin hukuki niteliği veya hukuki dayanağına ilişkin tartışmalara değinmeksizin idarelerin başka bir idarenin taşınmazına el koyma eylemlerine ilişkin uyuşmazlıkları idare hukuku sahasına dahil etmekte ve idari yargı tarafından çözümlenmektedir. Hatta Danıştay, 2886 sayılı Kanun uyarınca tahsil edilen ecrimisil alacağını “kamu alacağı” olarak nitelendirmektedir.⁷⁶ Doktrinde de 2886 sayılı Kanun'un özel düzenlemesinin ecrimisil alacağını idari işlem niteliğini kazandırdığı ileri sürülmektedir.⁷⁷ Bu halde Danıştay'ın ecrimisilin hukuki niteliğinin idare hukuku sahasında cereyan eden bir idari eylem sonucu tesis edilen bir idari işlem olduğu iddia edilebilir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın aksine kamu hukukunda tahsil edilen ecrimisilin hukuki niteliğinin kamu alacağı ve bu alacağın tahsiline yönelik düzenlenen ihbarnamelerin bir idari işlem olduğu genel yaklaşımı haizdir.⁷⁸ İdarelerin başka bir idarenin taşınmazını usule aykırı bir şekilde el koyarak kamu hizmetinde kullanımı haksız fiil niteliğinde değerlendirilmemektedir.

İdarelerin eylemlerini haksız fiil olarak nitelendirmemesinin bir sonucu olarak söz konusu eylemler sonucunda tesis edilen ecrimisilin bir idari işlem olarak kabulü ile Danıştay bu işlemin unsurları üzerinden yargısal denetim yapmaktadır. Ecrimisilin idari işlem olduğunun kabulü ile birlikte, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararlarında çoğu kez ilgili mevzuatta öngörülen usul ve esasların “farkında” olduğunu adeta “ima etmek” suretiyle; mezkûr esasların uygulanmamasının tek başına iptal edilebilirlik yaptırımına sebep olmayacağını kabul ederek, esasa etkili olmayan bir şekil sakatlığı⁷⁹ olarak değerlendirdiği ileri sürülebilir mi? Hiç kuşkusuz söz konusu kararlarda bu ve benzeri sonuçlara yol açacak herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir. Burada idare hukuku bakımından olası argümanlara başvurularak bu yaklaşımı tahlil etmek gerekmektedir. Bu ihtimal dahilinde, yetkili idare tarafından uygun bulunma şartının esasa etkili olmayan şekil unsuruna inhisarı kabul edilebilir nitelikte midir? Yetkili idarenin, diğer idarenin taşınmazı kullanımının uygunluğuna ilişkin değerlendirmesi, mülkiyet hakkının kullanımını içeren esasa etkili bir unsurdur. Taşınmaz maliki idare, mülkiyetinde yer alan taşınmazları haksız müdahalelere karşı koruma ve mülkiyet hakkının doğal sonucu olarak taşınmazı kullanma hakkını haizdir.⁸⁰ Bu hakkın kullanımı ise, diğer idare tarafından açıktır ki engellenmektedir. Bu sebeple yalnızca esasa etkili bir şekil

76 Danıştay 6. D., E. 1996/4906, K. 1997/1518, T. 20.3.1997; DİDDK, E. 1997/246, K. 1997/445, T. 3.10.1997; Danıştay 6. Daire E. 1997/633, K. 1997/6162, T. 25.12.1997; Danıştay 10. Daire E. 2001/4096, K. 2004/4061, T. 26.4.2004; Danıştay 10. Daire E. 2003/2045, K. 2005/5748, T. 5.10.2005; Danıştay 10. Daire, E. 2001/4096, K. 2004/4061, T. 26.4.2004. (Söz konusu kararlara www.lexpera.com.tr adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020)

77 Karakoç, ss. 48-50.

78 Aksi görüş için bkz. DÖNMEZ, Recai, Vergi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir 2006, s. 233.

79 Ayrıntılı olarak bkz. AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Bası, Ankara 2020, s. 450 vd.; YILDIRIM, Turan, İdari İşlemler, in Turan Yıldırım, İdare Hukuku, Oniki Levha, Güncelleştirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2019, ss. 375-377.; SANCAKTAR, Oğuz/ ÖNÜT, Lale Burcu/ DOĞAN, Eser Us, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin, Ankara, 2019, ss. 288-289.; GÖÇGÜN, Muhammed, İdari İşlemin Konu Unsuru, Oniki Levha, İstanbul, 2018, ss. 36-38;

80 Kamu hukuku yaklaşımı ile mülkiyet hakkının sağladığı haklar konusunda bkz. ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, Sulhi Garan Matbaası, 1976. Mülkiyet hakkının insan hakları boyutuyla değerlendirmesi için bkz. GEMALMAZ, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, 2. Bası, İstanbul.

sakatlığı olarak değerlendirmek isabetli değildir. Nitekim *Gözler* müdahalenin mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin olduğunu şu şekilde dile getirmektedir:

*“(h)er kamu kişinin ... sahip olduğu mallar üzerinde mülkiyet hakkı vardır. Dolayısıyla bir kamu tüzel kişinin diğer bir kamu tüzel kişinin mülkiyetinde bulunan bir malı, onun rızası hilafına, kendi ihtiyaçlarına tahsis etmesi mülkiyet hakkının ihlali niteliğindedir.”*⁸¹

Bu halde ‘esasa etkili olmayan usul sakatlığı’ argümanı bir cevap değeri taşımamaktadır. O halde Danıştay’ın kararlarında gösterdiği bu yaklaşım mucip bir sebebe istinat ettirilmelidir. Danıştay’ın pozitif hukukta öngörülme veya belirli idareler bakımından öngörülse dahi mevcut usullerin bertarafı sonucu ecrimisil tahakkuk ettirilmesinin hukuka aykırı bulunduğuna ilişkin yaklaşım, ecrimisil taleplerini anayasal dairede bir sınırlandırma mı, yoksa anayasal sınırlardan bir kaçınma girişimi midir?⁸² Danıştay, ecrimisil taleplerinin hukuka uygunluğunu değerlendirirken;

*“(m)adde hükümüne göre fuzuli şağilin gerçek veya tüzelkişi olabileceği belirtilmiş ise de hangi gerçek veya tüzel kişinin fuzuli şağil kabul edileceği bir diğer ifade ile fuzuli şağilin tanımını yapılmamıştır. Bu nedenle fuzuli şağilin tanımı ve kimlerin fuzuli şağil olarak kabul edileceği yönetmelik, tebliğ vb. alt düzenleyici işlemler ve buralarda hüküm yoksa yargısal içti-hatlarla belirlenmektedir.”*⁸³

Bu halde Yüksek Mahkemenin yalnızca anayasal dairede bir mütalaada bulunduğu iddia edilebilir mi? Halbuki fuzuli şağil kanunda tanımlanmamış ise de bu düzenleme uyarınca çıkartılan genel düzenleyici işlemler fuzuli şağil tanımına yer vermektedir. 2886 sayılı Kanun’un 75. maddesine dayalı olarak çıkartılan Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik ve bu yönetmeliğe dayanılarak çıkartılan 336 sayılı Millî Emlak Genel Tebliği uyarınca fuzuli şağil açıklanmıştır. Buna göre;

“(k)usurlu olup olmadığına bakılmaksızın, Hazine taşınmazının zilyetliğini, Yetkili İdarenin izni dışında eline geçiren, elinde tutan veya her ne şekilde olursa olsun bu malı kullanan veya tasarrufunda bulunduran gerçek veya tüzel kişileri”

olarak izah olunmuştur.⁸⁴ Gerçek ve tüzel kişiler ifadesinin ilk bakışta yalnızca özel hukuk kişilerini kapsamına aldığı düşünülse dahi, bu hüküm tüzel kişilerin hukuki niteliği konusunda bir belirleme içermemektedir.⁸⁵ Dahası söz konusu Tebliğ, Hazine’ye ait taşınmazların diğer idareler

81 *Gözler*, s. 883.

82 SOWELL, Thomas, *Judicial Activism Revisited*, Standford University Hoover Institution, 1989, s. 3.

83 Karşı oy yazısında başvurduğu ifadeler için bkz. D. 10.D., E. 2013/7905 K. 2014/2914 T. 13.5.2014; 10. D., E. 2011/10630, K. 2014/410, T. 28.1.2014; 10. D., E. 2012/3876, K. 2014/388, T. 28.1.2014; Danıştay 10. D., E. 2009/11712 K. 2014/387, T. 28.1.2014; Danıştay 10. D., E. 2014/549, K. 2014/1569, T. 18.3.2014 (Söz konusu kararlara [www. lexpera.com.tr](http://www.lexpera.com.tr) adresinden ulaşılmıştır. Erişim Tarihi: 09.10.2020.)

84 Hazine Taşınmazlarının İdaresi Hakkında Yönetmelik, mad. 4/1, e ve 336 sayılı Millî Emlak Genel Tebliği, m. 4/1, ç.

85 Aynı doğrultuda bkz. Demirtaş, s. 52.

tarafından kullanımı halinde ticari amaca konu edilmemesi ve yetkili idarenin izin vermesi kaydıyla ecrimisil tahakkuk edilmeyeceğini özel olarak düzenlemiştir.⁸⁶ Mezkûr düzenlemenin mefhum-u muhalifinden, kapsam dışında bırakılan idarelere ait taşınmazların belirtilen faaliyetler dışında kullanımı halinde ecrimisil tahakkuk ettirilebileceği iddia olunabilir.⁸⁷ Bu halde idari yargının ilgili mevzuat sınırları içerisinde hareket ettiğini düşünmek isabetli olarak değerlendirilmeyebilir.

Diğer taraftan Danıştay'ın söz konusu yaklaşımının ardında bir an için kamu hizmetinin sürekliliği ilkesine⁸⁸ halel getirmemek olduğu düşünülebilir ise de ecrimisil tahakkukunun faaliyetin devamına engel bir niteliği bulunmadığından bahisle bu iddia da isabetli olmayacaktır. 2886 sayılı Kanun uyarınca talep edilen ecrimisil, ilgili taşınmazın doğrudan tahliye edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Kanun koyucu, ecrimisil ve tahliye başlığı altında tahliyeyi ayrı bir bent halinde düzenlemiştir. Buna göre,

“İşgal edilen taşınmaz mal, idarenin talebi üzerine, bulunduğu yer mülkiye amirince en geç 15 gün içinde tahliye ettirilerek, idareye teslim edilir.”⁸⁹

Taşınmazı işgal edilen idare, bu işgal dolayısıyla ecrimisil talebinde bulunabilir; ancak ecrimisil talebi doğrudan tahliye talebini içermemektedir. İlgili taşınmazın tahliyesi için idarenin ayrıca talebinin bulunması gerekir. Bu talep ayrı bir idari işlem olduğundan ecrimisile mündemice değildir. Bu sebeple Yüksek Mahkeme tarafından ecrimisil talebinin hukuka uygunluğuna ilişkin yapılacak değerlendirmenin kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi çerçevesinde bir dayanağının da bulunduğu iddia edilemez.⁹⁰

V. SONUÇ YERİNE

Yukarıda Danıştay kararları ışığında kamu tüzel kişilerinin mülkiyetinde veya devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan taşınmazların işgali halinde taşınmazı kullanma menfaatinin iadesi olan ecrimisil talep ve cebren takip ve tahsil yetkisinin işgalcinin idare olması durumunda kullanımı hususu tartışılmıştır. İdareler arasında ecrimisil tahakkuku konusunda pozitif hukukta sınırlandırmalar açıkça düzenlenmesine karşın; Danıştay, bu sınırlandırmalardan biri olan “kamu hizmetinde kullanım” kriterini, genel bir sınırlandırma sebebi olarak kabul etme konusunda genel yaklaşımı haizdir. Buna göre, yüksek yargı idareler arasında herhangi bir ayrıma başvurmaksızın ve idareler arasında öngörülen usul ve esaslar uygulanmaksızın,

86 336 sayılı Millî Emlak Genel Tebliği, mad. 5/6

87 Kuşkusuz söz konusu Tebliğ, bu iddianın ortaya atılması bakımından yeterli addolunmayabilir. Bu noktada yasal düzenlemeler ışığında ecrimisil hak ve yetkisi tanınan idarelerin, kamu gücü kullanım yetkisini bu konuda pozitif düzenleme olmadığından bahisle inkâr etmek hukuka aykırı olacaktır.

88 Süreklilik ilkesine ilişkin açıklamalar için bkz. TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, ss.405-407., ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2019, ss.158-159.; ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018, ss.292-293.

89 2886 sayılı Kanun, mad. 75/4.

90 Aksi görüş için bkz. Karakoç, s. 82.

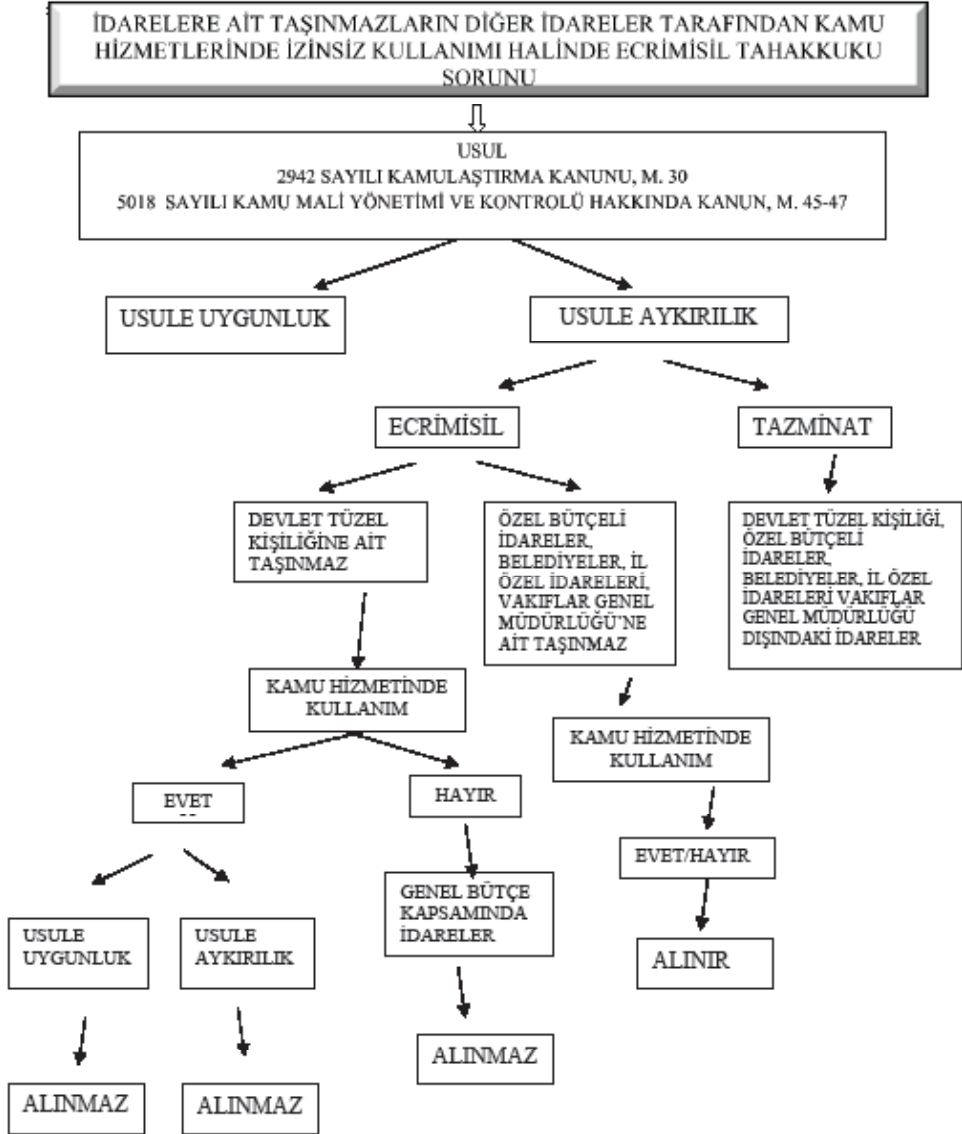
taşınmazı işgal eden idarenin bu taşınmazı kamu hizmetinde kullanması halinde ecrimisil talep edemeyeceğine hükmetmektedir.

Bu çalışmada Danıştay'ın söz konusu yaklaşımının altında yatan hukuki mülahazalar yüksek yargının kararları ışığında sorgulanmaya veya en azından dikkat çekilmeye çalışılmıştır. İdareler arası ecrimisil tahakkukunda öngörülen usul ve esasların bertarafı sonucunu doğuran bu yaklaşımın isabetliliği tartışmaya açıktır.

KAYNAKÇA

- AKYILMAZ, Bahtiyar; SEZGİNER, M. / KAYA, Cemil, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 4. Bası, Ankara, 2020.
- AKYILMAZ, Bahtiyar / SEZGİNER, Murat / KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 9. Bası, Ankara 2018.
- ASLAN, Zehreddin, (Ed.) Açıklamalı ve İçtihatlı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Seçkin, Ankara, 2019.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin, Ankara, 2018.
- AYDIN, Murat, Hazine Taşınmazlarında Ecrimisil, Adalet, Ankara, 2014.
- BİLGİN, Pertev, "Kamu Hizmeti Hakkında", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Mart 1980.
- CANDAN, Turgut, Açıklamalı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun, Yetkin, Ankara, 2018.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, Adalet Yayınevi, 2019.
- ÇAKIR, Hüseyin Melih, "Yapı Kayıt Belgesi", Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sonbahar 2018, C.5, S. 2, ss. 15-92.
- DEMİRTAŞ, Fatma, Türk Hukukunda Mahalli İdarelerin Taşınmazlarında Ecrimisil ve Yargısal Denetimi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2019.
- DÖNMEZ, Recai, Vergi Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2006.
- DURAN, Lütfi, "Yargıtay'ın Kamu Hukukuna Değın Kararları Üzerine Mülahazalar (II)", Amme İdaresi Dergisi, C.18, S:3, 1985, ss.43-58.
- GEMALMAZ, Burak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, Beta, 2. Bası, İstanbul.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, C. II, Ekin, 3. Baskı, Bursa, 2019.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, İdare Hukuku, C. I, Turhan, 12. Baskı, Ankara, 2018.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj, 11. Baskı, Ankara, 2017.
- İSTEMİ, Mehmet, "Kullanma Menfaatinin İadesi Talebinin Hukuki Dayanağı – Ecrimisil Sorunu", TBB Dergisi, S. 1998/ 1, ss. 38-72.
- KAPLAN, Gürsel, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri ve Yargısal Denetimi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan, Sayı: 2004/1-2, s. 167-188.
- KARAHANOĞULLARI, Onur, Kamu Hizmeti (Kavram ve Hukuksal Rejim), Turhan Kitabevi, 3. Bası, Ankara, 2015.
- KARAKOÇ, Yusuf, Kamu Malları Hukukunda Ecrimisil Kurumu, Yetkin, Ankara 2005.
- KATIPOĞLU, Yılmaz, Kamu Hukukunda Ecrimisil, İstanbul Kültür Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- OĞUZMAN, M. Kemal; SELİÇİ, Özer; OKTAY – ÖZDEMİR, Saibe; Eşya Hukuku, Filiz, İstanbul 2017.
- OKAN, Ufuk; İNAL, Nurdogan, Kamu Taşınmazlarında Ecrimisil ve Tahliye, Seçkin, 5. Bası, Ankara.

- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. I, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C. II, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1966.
- OZANSOY, Cüneyt, “Kamu Hizmetinde İdeolojik Boyut”, 2000 Yılında İdari Yargı Sempozyumu, Ankara, Danıştay Yayınları, 2000, ss. 33-36.
- ÖRÜCÜ, Esin, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı Mülkiyet Hakkının Sınırlandırılması, Sulhi Garan Matbaası, 1976.
- ÖZAY, İl Han, “Türkiye’deki Klasik Kamu Hizmetleri Anlayışı: ‘Çok Yaşa’ ya da ‘A Tes Amour’”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 56, 1998, S. 1-4, ss. 293-295.
- ÖZCAN, Emrah, Fiili Yol, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2009.
- SANCAKTAR, Oğuz/ ÖNÜT, Lale Burcu / DOĞAN, Eser Us, İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin, Ankara, 2019, ss. 288-289.
- SEZER, Yasin, “Kamu Mallarında Ecrimisil”, Danıştay Dergisi, S. 34, Y. 2004, s. 5-23.
- SOWELL, Thomas, Judicial Activism Revisited, Standford University Hoover Institution, 1989.
- ŞEKER, Gülseven, İdare Hukukunda Fiili Yol ve Bu Teorinin Türkiye’de Uygulanması, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- TAN, Turgut, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kamu Hizmeti Yaklaşımı”, Anayasa Yargısı, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1991, C. 8, ss. 233-259.
- TAN, Turgut, İdare Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.
- ULUSOY, Ali, “Kamu Hizmeti Anlayışında Yeni Yönelimler: Avrupa Yapılanmasının Kamu Hizmeti Teorisine Etkileri”, Amme İdaresi Dergisi, C. 31, S. 2, 1998, s. 21 vd.
- ULUSOY, Ali, “Yeni Anayasal Durumda Kamu Hizmeti ve Kamu Hizmetlerinin Görülüş Usülleri Kavramları”, in Ali Ulusoy (Ed.), Hukuk-Ekonomi Perspektifinden Uluslararası Tahkim ve Kamu Hizmeti, Ankara, Liberte Yayınları, 2001,ss. 1-22.
- ULUSOY, Ali, İdari Yargılama Hukuku, Yetkin, Ankara, 2020.
- ÜNAL, Nurdoğan / ÖZLEYEN, Emine, Haksız Fiili Tazminatı Ecrimisil, Seçkin, Ankara, 2019.
- ÜSTÜN, Gül Fiş, İdare Hukuku Boyutuyla 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun Uygulamalarında Görev Sorunu, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013.
- YILDIZ, Hayrettin, “Fransız Hukuku’nda Fiili Yolun Yeni Hukuki Rejimi ve Fiili Yolun Türkiye Uygulaması”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2018, C. 8, S.2, ss. 330-336.
- YILDIRIM, Turan, İdari İşlemler, in Turan Yıldırım (Ed.), İdare Hukuku, Oniki Levha, Güncelleştirilmiş 7. Bası, İstanbul, 2019, ss. 293-411.



i İdarelerin diğer idarelere ait taşınmazları izinsiz kullanımı halinde ecrimisil tahakkuk yetkisinin pozitif hukuk ışığında incelenmesi: II. Bölüm Matrisi.

Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukukunda Yalan Tanıklık Suçu

Perjury in Criminal Law of the United States

Ahmet ÖZDEMİR 

Öz

Amerika Birleşik Devletleri Ceza Hukukunda federal düzeydeki suçlar, Birleşik Devletler Kanunu'nun "Suçlar ve Ceza Yargılaması" adlı 18. başlığı altında düzenlenmiştir. Federal suçlar arasında yer alan yalan tanıklık suçuna ilişkin hükümler ise 79. bölüm altındaki 1621-1623 maddeleri arasında yer almaktadır. Bu düzenlemelerden ilki olan "Genel Yalan Tanıklık Suçu" (m. 1621), yetkili bir mahkeme, kurul, memur ya da şahıs huzurunda gerçekleştirilen resmi işlemlerde yapılan yalan tanıklığı yasaklamaktadır. 1623. madde ile düzenlenmiş olan "Adli Süreçlerde Yalan Tanıklık Suçu", ancak bir Birleşik Devletler Mahkemesi veya büyük jüri huzurunda ya da bu mahkeme ve jüri önünde yapılacak bir yargılamaya bağlı olarak yürütülen süreçlerde işlenebilir. Madde 1622'de ise, başkasının yalan tanıklık suçunu işlemesi için teşvik edilmesi ya da kışkırtılması olarak tanımlanabilecek "Yalan Tanıklığa Teşvik Suçu" düzenlenmektedir. Çalışmamızda, bu suçlar, Amerikan Yüksek Mahkemesi ve diğer alt derece mahkemeleri kararları ışığında, aralarındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konularak önem arz eden unsurları itibariyle incelenecek ve daha sonra bu suçlara karşı yapılabilecek savunma imkânları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tanıklık, Tanık İfadesi, Gerçeğe Aykırı Beyan, Yalan Tanıklık, Yalan Tanıklığa Teşvik.

Abstract

In the United States Criminal Law, federal-level offenses are regulated under the 18th chapter titled "Crimes and Criminal Proceedings" of the United States Code. The provisions on perjury, which are among the federal crimes, are situated in the articles 1621-1623 under section 79. The first of these arrangements, "Perjury Generally" (m. 1621), prohibits false testimony in official proceedings and before a competent tribunal, committee, officer, or person. Secondly, "Perjury in a Judicial Context" which is regulated by article 1623, can only be committed before or ancillary to a proceeding before a United States Court or grand jury. Finally, article 1622 regulates the "Subornation of Perjury" which can be defined as encouraging or provoking someone to commit the crime of perjury. In our study, these crimes will be examined in terms of their important elements by revealing their similarities and differences in the light of the decisions of the American Supreme Court and other lower courts, and then the defense possibilities that can be made against these crimes will be emphasized.

Keywords: Testimonial, Witness Statement, False Statement, Perjury, Subornation of Perjury.

* Arş. Gör., Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ahmetozdemir@gantep.edu.tr

Giriş

Tanıklık, hukuki bir olayın aydınlatılarak çözüme kavuşturulmasına, ceza muhakemesinde ise maddi gerçeğin bütünüyle ortaya çıkarılmasına yardımcı olan bir kurumdur. Uyuşmazlığın konusunu teşkil eden maddi vakıanın aslına uygun şekilde aydınlatılması için, geçmişte yaşanan olayı temsil eden ve olayın canlandırılmasını sağlayan ispat araçları olarak delillere ihtiyaç duyulur. Tanık beyanı, ispat kurallarındaki farklılığa rağmen, ceza muhakemesinde olduğu gibi diğer tüm muhakeme dallarında da maddi meselenin çözümü bakımından önem arz eden müşterek bir delil türüdür.¹

Tarihin her döneminde en çirkin suçlardan biri olarak görülen yalan tanıklık yapmanın cezası, Hammurabi Kanunları uyarınca ölümdü.² Musa Kanunları (Mosaic Code) da, yalan tanıklık yapılmamasına ilişkin bir öğüt içermektedir.³ Benzer şekilde, yalan tanıklık yapmak İncil'de de açık bir biçimde yasaklanmıştır.⁴ Yalan tanıklığın bu derece kötü bir davranış olarak görülmesi şaşırtıcı değildir. Yalan tanıklık, adil ve etkili bir adalet yönetimini ciddi şekilde tehdit etmektedir. Yalan beyanda bulunulması nedeniyle bir birey mülkiyetini, özgürlüğünü hatta yaşamını kaybedebilmektedir.⁵ Gerçekten bir toplumda masum insanların tutuklanması adaletsizlik yaratan bir durumdur ve hiçbir koşulda hoş görülemez. Benzer şekilde, suç işlemiş kişiler uydurma suçlamalar veya yalan beyanlar nedeniyle tutuklandığında, toplumun ceza adaleti sistemine duyduğu güven sarsılabilir. Yargı sistemiyle alay etmek olarak nitelendirilebilecek olan yalan tanıklık, kontrol edilmediğinde anarşiye dahi yol açabilir.⁶

Yalan tanıklık yapan kimse, jüriye yanlış bilgiler vererek ya da sahte deliller sunarak uyuşmazlık konusu ile ilgili maddi gerçeği ortaya çıkarılması amacını engeller. Yargılamada jüri, tanıkların ve tanık ifadelerinin güvenilirliğine itimat ederek bir karara varmak durumundadır. Yalan tanıklık, bu güvenilirliği yok eder ve böylece jürinin bir karara varmasını zorlaştırarak, yanlış tespit ve kararlara neden olabilir.⁷ Özellikle de rüşvet, irtikâp ve adaletin engellenmesi gibi kamu görevlilerinin yolsuzluğuna ilişkin suçların yalan tanıklık yöntemiyle üstü kapatılabilmekte ve bu durum kamu güveninin zayıflamasına yol açabilmektedir.⁸ Gerçekten devletin her kademesi ve kolu, yeminli ifade veren bir tanığa güvenmek durumundadır. İdari süreçlerin bir bütün içerisinde yürütülmesi, büyük ölçüde yemin altında yapılan açıklamaların doğruluğuna bağlıdır. Bu nedenle, yalan tanıklık, adalet yönetimini ve devletin düzgün işleyişini bozabilir. Dolayısıyla, yalan tanıklık suçu, özel şahıslara olduğu kadar hukuk sisteminin bütünlüğüne de önemli zararlar veren ciddi bir suçtur.⁹ Sayılan

1 Neslihan Göktürk, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), 2016, s.348-349.

2 Bennett L. Gershman, "The Perjury Trap", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.129, 1981, s.636.

3 John M. Scheb/ John M. Scheb II, *Criminal Law and Procedure*, Cengage Learning, Seventh Edition, 2010, s.362.

4 İncil'deki yalan tanıklığı yasaklayan bazı hükümler için bkz. Richard H. Underwood, "False Witness: A Lawyer's History of The Law of Perjury", *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol: 10, No: 2, 1993, s.222.

5 Gershman, "The Perjury Trap", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.129, 1981, s.636.

6 Michael Oliver Foley, "Police Perjury: A Factorial Survey", Doctoral Thesis, The City University of New York Graduate Faculty in Criminal Justice, 2000, s.31.

7 Perjury: The Forgotten Offense, s.364.

8 Gershman, s.636.

9 Mark Hsen/Anna Fasano/Saunders McElroy, "Perjury", *American Criminal Law Review*, Vol.55, 1537 (2018), s.1537;

tüm bu hallerde, adaletin yanlış yönde tecelli etme tehlikesi, bireylerin haksız şekilde suç isnadına maruz kalması, kamu vicdanına zarar verebileceği gibi, bireylerin hukuka ve adalete duyduğu güvenin zedelenmesine yol açabilir. İşte bu nedenlerle, adalet sisteminin işleyişini tehlikeye uğratan bir fiil olarak ortaya çıkan yalan tanıklık, suç politikası gereği cezalandırılmaya layık bir fiil olarak görülmelidir.¹⁰

Eski İngiliz hukuku yargıçları, hukukun bütünlüğünü ve adalet yönetimini korumak için teamül hukukunda aslında kabahat niteliğinde filler olan rüşvet, yalan tanıklık, tutuklamaya direnme, adaleti engelleme, suçu gizleme ve firar gibi bir dizi suç yaratmayı gerekli görmüştür. Buna ek olarak, yargıçların mahkemelerin saygınlığını, otoritesini koruyabilmesi ve adli görevlilere saygı duyulmasını sağlayabilmeleri için “mahkemeye saygısızlık” kavramı geliştirilmiştir. Tüm bu suçlar, Amerika Birleşik Devletleri (ABD)’nde çağdaş ceza hukukunun önemli bir parçası olmaya devam etmektedir. Kamu yönetimine ve adalet yönetimine karşı işlenen bu suçlar, özellikle kamu güvenini zedeleyen, hükümetin ve adalet sisteminin düzenli işleyişini bozan eylemlerin cezalandırılması için önemli bir araçtır¹¹.

ABD Ceza Hukukunda federal düzeydeki suçlar, Birleşik Devletler Kanunu’nun “Suçlar ve Ceza Yargılaması” adlı 18. başlığı altında düzenlenmiştir. Federal suçlar arasında yer alan yalan tanıklığa ilişkin hükümler ise 79. bölüm altındaki 1621-1623 maddeleri arasında yer almaktadır¹². Birleşik Devletler Ceza Hukukunda idari ve adli işlemlerde yeminli olarak yalan beyanda bulunmak farklı suç tipleri kapsamında ele alınmıştır. Bu düzenlemelerden ilki olan *Genel Yalan Tanıklık Suçu (Perjury Generally, m. 1621)*, yetkili bir mahkeme, kurul, memur ya da şahıs huzurunda gerçekleştirilen resmi işlemlerde yapılan yalan tanıklığı yasaklamaktadır. 1623. madde ile düzenlenmiş olan *Adli Süreçlerde Yalan Tanıklık Suçu (Perjury in a Judicial Context)* ise, ancak bir Birleşik Devletler mahkemesi veya büyük jüri huzurunda ya da bu mahkeme ve jüri önünde yapılacak bir yargılamaya bağlı olarak yürütülen yargısal süreçlerde işlenebilir. Üçüncüsü ise, başkasının genel veya adli süreçlerde yalan tanıklık suçunu işlemesi için teşvik edilmesi ya da kışkırtılması olarak ifade edilen *Yalan Tanıklığa Teşvik Suçu’na (Subornation of Perjury, m. 1622)* ilişkin fiilleri cezalandırmaktadır¹³.

Bahsi geçen üç farklı yalan tanıklık suçunda da beyanda bulunan kişinin yeminli olarak kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunması, ortak bir unsur olarak yer almaktadır. Ancak bu suçlar, diğer

Tristan Breedlove. “Perjury” *American Criminal Law Review*, 46 (2), 2009, s. 899.

10 İçer Zafer, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (1), 2012, s. 180.

11 Scheb/Scheb II, s.358. İngiliz ve Amerikan hukukunda yalan tanıklığın bir suç haline gelmesi konusundaki tarihsel süreç hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Comments, “Perjury: The Forgotten Offense”, *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 65, No. 3, 1974, s.361-363.

12 ABD’deki tüm eyaletlerde yalan tanıklık yapılmasını suç olarak düzenleyen ayrı yasalar da bulunmaktadır. Örneğin, Kaliforniya eyaletinde, gerçeği söylemeye yemin eden kişinin “kasten ve yeminine aykırı olarak, yanlış olduğunu bildiği herhangi bir esaslı meseleyi ifade etmesi” durumunda yalan tanıklık suçundan sorumlu olacağı belirtilmiştir. (West’in Ann. Cal. Ceza Kanunu § 118. West’s Ann. Cal. Penal Code § 118), Scheb/Scheb II, s.363.

13 Charles Doyle, “False Statements and Perjury: An Overview of Federal Criminal Law”, May 11, 2018, s.6; Hsen/Fasano/McElroy, s.1538. İlgili düzenleme için bkz. <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-1/chapter-79> (Erişim Tarihi: 02.06.2020).

unsurları, cezalandırılabilme şartları, ispat kuralları ve bu suçlara karşı yapılabilecek savunmalar bakımından önemli farklılıklar arz etmektedir. Aşağıda bu suçlar, aralarındaki benzerlik ve farklılıklar ortaya konularak, Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) ve diğer alt derece mahkemeleri kararları ışığında, önem arz eden unsurları itibarıyla incelenecek ve daha sonra bu suçlara karşı ileri sürülebilecek savunma imkânları üzerinde durulacaktır.

I. Genel Yalan Tanıklık Suçu (Perjury Generally, U.S.C. m.1621)

A. Genel Olarak

Yalan tanıklık, yalancı şahitliği önlemek ve cezalandırma yoluyla kişileri yalan ifade vermektan caydırmak için öngörölmüş bir suç tipidir¹⁴. Madde 1621'e göre, ABD Hukuku'nun yemin ettirme yetkisi tanıdığı yetkili bir mahkeme, kurul, görevli veya kişi önünde yemine aykırı şekilde kasten (bilerek ve isteyerek) gerçeğe aykırı yazılı veya sözlü beyanda bulunulması ya da bilgi verilmesi durumunda yalan tanıklık suçu oluşur.¹⁵ Belirtmek gerekir ki m. 1621'deki düzenleme, yukarıda ifade ettiğimiz üç yalan tanıklık suçu arasından en geniş kapsamlı olanıdır¹⁶.

Yalan tanıklık suçunun oluşumu bakımından, suça konu ifadenin Birleşik Devletler sınırları içerisinde verilmiş olması ile Birleşik Devletler dışında verilmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur. Ayrıca, yalan tanıklık suçu, sözlü beyanda bulunmak suretiyle işlenebileceği gibi yazılı beyanda bulunularak da işlenebilmektedir. Suçun bu işleniş şekilleri m. 1621'in 1. ve 2. fıkralarında ayrı ayrı düzenlenmiş olduğundan seçimlik hareketli bir suç söz konusudur. Maddede suçun yaptırımını olarak 5 yıla kadar hapis ve/veya adli para cezası olarak öngörölmüştür.

Yalan tanıklık suçunun faili herkes olabilir. Suçun kanuni tanımında kullanılan "her kim (whoever)" terimi, bireyleri (gerçek kişileri) kapsadığı gibi şirketler vb. gibi tüzel kişileri de içine almaktadır. Genel bir kural olarak, tüzel kişiler, çalışanlarının, görevlilerinin ve temsilcilerinin yetkileri kapsamında ve kısmen de olsa tüzel kişinin menfaatine yönelik olarak işledikleri suçlardan dolayı sorumludur. Ancak, uygulamada tüzel kişiler nadiren 1621. madde uyarınca mahkûm edilmekte, genellikle, m. 1001'de düzenlenen "hile ve yanlış beyan" suçundan sorumlu tutulmaktadır¹⁷.

Amerikan Yüksek Mahkemesi, vermiş olduğu kararlarda yalan tanıklık suçunun unsurlarını şu şekilde sıralamaktadır:

(1) Yetkili mahkeme huzurunda verilen yeminli bir ifade bulunmalı,

14 United States v. Snyder, 428 F.2d 520, 522 (9th Cir. 1970).

15 1952 yılında Amerika Hukuk Enstitüsü, hakimlerden, hukukçulardan ve hukuk profesörlerinden oluşan bir komisyon kurmuş ve bu komisyon, 1962'de Model Ceza Kanunu'nu (Model Penal Code) yayınlamıştır. ABD eyaletlerini Amerika Birleşik Devletleri ceza kanunlarını standartlaştırma konusunda teşvik etmek ve onlara yardımcı olmak için tasarlanmış bir model yasa olan Model Ceza Kanunu'nun 241. maddesinde de yalan tanıklık, "herhangi bir resmi işlemde yemin altında, sanığın doğru olmadığını bildiği gerçeğe aykırı ve esaslı bir beyanda bulunması" olarak tanımlanmıştır.

16 Hsen/Fasano/McElroy, s.1538.

17 Doyle, s.7.

- (2) Birleşik Devletler hukukunun yemin ettirilmesine cevaz verdiği bir durum olmalı,
- (3) Gerçeğe aykırı bir tanıklık yapılmalı,
- (4) Bu tanıklık dava konusu olay bakımından esaslı olmalı,
- (5) Yalan tanıklık yapma kastıyla hareket edilmelidir¹⁸.

B. Yetkili Mahkeme, Kurul, Görevli veya Şahıs Önünde İfade Verilmesi

Amerikan mahkemeleri, m. 1621'de yer alan "yetkili mahkeme, kurul, görevli veya şahıs" ifadesini, kişi ya da kurumun yasal yetkisi dâhilinde hareket ettiği sürece, oldukça geniş bir perspektifte değerlendirmektedir. Örneğin, kendi yetkisi kapsamında hareket eden jüri, bu madde kapsamında yetkili bir mahkemedir. Ancak jüri, görev süresini aşarsa veya yetkisi dışında bir soruşturma yürütürse, yetkili bir yargı organı olarak kabul edilmez. Benzer şekilde, kongre komitesi de meşru bir yasama amacı dışında hareket etmedikçe veya yeterli çoğunluktan (nisaptan) yoksun olmadıkça yetkili mahkeme sayılır. Ancak mahkemenin dava konusu maddi olay nedeniyle görevli mahkeme olmaması, beyanda bulunulan bu mahkemenin yalan tanıklık suçunun oluşumu açısından "yetkili mahkeme" sayılmasına gölge düşürmez. Yargılamaya konu suç, kusurlu/hatalı bir iddianameye dayanmakta ise ya da daha sonra bu suç Anayasaya aykırı bulunsa dahi yine de mahkemenin yetkisizliğinden bahsedilemez¹⁹. Görüldüğü üzere, bu gibi durumlarda yalan tanıklık yapan kişi yetkisiz bir mahkeme önünde beyanda bulunduğunu ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

C. Yemin Verdirilmiş Olması (Oath)

Bir kimsenin m. 1621'de düzenlenen suçtan sorumlu tutulabilmesi için, sanığın yanlış ifade veya bilgi verdiği yemin altında olduğuna dair kanıtlar aranmaktadır. Ancak bunun için, yeminin belirli bir şekilde verdirilmiş olmasına gerek yoktur²⁰.

Bir tanığın yeminli olarak ifadesinin alınabilmesi için, Amerikan Hukuku'nun yemin ettirilmesine cevaz verdiği bir durum olması gerekir. Ancak yemin verdirmeye yetkisinin mutlaka Anayasadan veya kanundan kaynaklanmasına gerek yoktur. Maddede yer alan yemin şartı, yemin verdirmeye yetkisinin idari bir kural veya düzenlemeden (yönetmelik, genelge vs.) kaynaklandığı durumlarda bile yerine getirilmiş olur. Belirtmek gerekir ki, yemin verdirmeye yetkisini veren idari kural veya düzenlemenin hukuka uygun olarak konulmuş olması gerekir²¹. Bununla birlikte, hiçbir yetki dayanağı bulunmadan verdirilen bir yemin nedeniyle yalan tanıklık suçundan mahkûmiyet kararı verilemeyecektir²².

18 United States v. Chaplin, 25 F.3d 1373, 1377 (7th Cir. 1994); United States v. Dumeisi, 424 F.3d 566, 582 (7th Cir. 2005).

19 Hsen/Fasano/McElroy, s.1539-1540.

20 Breedlove, s.904; Erin Choi/James Kachadoorian/Nathaniel Porter, "Perjury", *American Criminal Law Review*, 53 (4), 2016, s.1596.

21 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1596.

22 Breedlove, s.904; Melissa Gohlke/Mikaela Cavalli, "Perjury". *American Criminal Law Review*, 49 (2), 2012, s.1085.

D. Gerçeğe Aykırılık (Falsity)

M. 1621'de düzenlenen yalan tanıklık suçundan hüküm verilebilmesi için yapılan tanıklığın gerçeğe aykırı olması gerekir. Sanığın, ifadesine başvurulduğu sırada ifadesinin gerçeğe aykırı olduğunu bilip bilmediğine dair değerlendirme jüri tarafından yapılmaktadır²³.

Geçmiş yıllarda, yapılan tanıklığın gerçek dışı olduğu, iddia makamı tarafından ancak doğrudan kanıtlarla²⁴ ispat edilebilmekteydi. Ancak son yıllarda artan eğilime göre mahkemeler, gerçeğe aykırılığın doğrudan kanıtlarla ispat edilemeyeceği durumlarda, ikna edici nitelikteki dolaylı (ikinci dereceden) kanıtların da yeterli olabileceğine karar vermektedir. Tanığın gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu konusunda şüpheye düşüldüğü hallerde, kişi yalan tanıklık suçundan mahkûm edilmemelidir²⁵.

Yüksek Mahkeme, Bronston/Birleşik Devletler kararında²⁶, verilen ifadenin gerçekte doğru olduğu durumlarda, ifade yanlış yönlendirici/aldatıcı olsa bile, bu ifadenin m. 1621 uyarınca yalan tanıklık sayılmayacağına hükmetmiştir. Karara konu olayda, iflas talebinde bulunan bir film yapım şirketinin başkanı olan Samuel Bronston, iflas davasındaki duruşmasında İsviçre'de banka hesabı olup olmadığına ilişkin soruya gerçeğe uygun bir şekilde "hesabı olmadığı" yönünde cevap vermiştir. Gerçek şu ki, Bronston beş yıl boyunca İsviçre'de bir banka hesabına sahipti. Ancak duruşma sırasında herhangi bir kişisel hesaba sahip değildi, kendisine ait hesabı duruşmadan önce kapatmıştı. Bu yüzden verdiği cevap aslında doğrudu. Ardından Bronston'a İsviçre'de daha önce hiç hesabının bulunup bulunmadığı sorulduğunda, bu kez ifadesinde "şirketine ait" böyle bir hesabın olduğunu söylemiştir. Belirtmek gerekir ki, Bronston'un cevabı, İsviçre'de (kendisine ait) banka hesabı olup olmadığına ilişkin soruya verilen bir cevap niteliğinde değildi. Bu ikinci soruya da "hayır" şeklinde cevap vermiş olsaydı, yalan tanıklık suçundan hüküm giymesi doğru olurdu. Yine de, cevabı Bronston'un İsviçre'de hiçbir zaman kişisel hesabı olmadığı şeklinde yanlış yorumlayan ilk derece mahkemesi, bu cevaba dayanarak Bronston hakkında m. 1621'i ihlal ettiği gerekçesiyle mahkûmiyet hükmü vermiştir. Kararı inceleyen Yüksek Mahkeme, Bronston'un cevaplarının samimi olmadığı ama bu cevapların sorulardan kaçınmak için ustalıkla hesaplanarak verilen cevaplar olduğu; gerçekte doğru, ancak ihtiyacı karşılamayan cevaplardan kaynaklanan problemlerin, yalan tanıklık suçuna ilişkin federal bir kovuşturma ile değil, "sorgulayıcının keskinliği" ile çözülmesi gerektiği kararını vermiştir²⁷.

23 Gohlke/Cavalli, s.1087.

24 Amerikan ceza hukuku sisteminde doğrudan ve dolaylı deliller olmak üzere iki tür delil bulunmaktadır. Doğrudan delil, genellikle açıklama ya da çıkarım gerektirmeyen delillerdir. Örneğin; görgü tanığı ifadeleri, bir itiraf veya bir silah. Dolaylı deliller ise, genellikle ima veya çıkarım yoluyla bir gerçek hakkında fikir veren şeylerdir. Örneğin, bir suç mahallinin görünümü, bir suçla irtibat veya bağlantı olduğunu gösteren tanık ifadesi, suç faaliyeti hakkında fikir veren fiziksel bir delil. https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/evidence/(Erişim Tarihi:11.07.2020)

25 Gohlke/Cavalli, s.1087.

26 Bronston v. United States, 409 U.S. 352, 362 (1972).

27 Stuart P. Green, "Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements", *Hastings Law Journal*, Vol.53, 2001, s.176-177; Robert G. Morvillo/Christopher J. Morvillo, "Untangling the Web: Defending a Perjury Case", *SECRETS & LIES*, Winter 2007, Vol. 33, No. 2, s.9-10. Aynı yönde karar için bkz. *United States v. Shotts*, 145 F.3d 1289, 1299 (11 th Cir. 1998).

Dolayısıyla, yalan tanıklık suçlamasının kabul edilebilmesi için savcıların özenli ve net bir sorgulama yapıldığını ortaya koyarak, sanığın soruların anlamının ve verdiği cevaplardaki yanlışlığının farkında olduğunu ispat etmeleri gerekir²⁸. Görüldüğü üzere, sorgulayıcının kesin sorular sorması yalan tanıklık suçundan mahkûmiyet için önemli bir husus olarak kabul edilmektedir. Mahkemeler de istikrarlı bir şekilde belirsiz/müphem bir sorunun yalan tanıklık suçuna ilişkin bir mahkûmiyetin dayanağı olamayacağına karar vermektedir²⁹.

E. Beyanın Esaslı Olması (Materiality)

M. 1621 uyarınca bir kimseyi yalan tanıklık suçundan sorumlu tutabilmek için, verilen yalan beyanın sonuca etkili, diğer bir deyişle, esaslı olması gerekir. Yalan beyan, karar vericinin tahkikatı açısından önemli bir hususa ilişkin olması halinde, “esaslı” beyan olarak kabul edilir. Bir başka ifadeyle, verilen yanlış beyanın mahkemenin konuya/davaya ilişkin değerlendirmesini etkileyebilme olasılığı bulunmalıdır³⁰.

Yanlış olarak verilen bir ifadenin mahkemede görülen herhangi bir konuyu çözüme kavuşturmaması, o ifadenin yalnızca bu sebeple önemsiz sayılmasına yol açmaz. Dolayısıyla, verilen beyanın ceza davasındaki suçlamalarla ilgisi olmasa bile, o beyanın önemli bir delilin güvenilirliğini artırma veya delili şüpheyeye düşürme eğiliminde olması durumunda da mahkemeler bu tür beyanların esaslı olduğuna karar vermektedir. Doğru beyanların esas davayla ilgili kabule şayan delillerin bulunmasına yol açacağı durumlarda, bunu engelleyen yanlış ifadelerin esaslı olduğu kabul edilmektedir³¹. Eğer ifade doğru olarak verilmiş olsaydı başka suçlar veya kişiler hakkında yeni soruşturmalar açılması ihtimali bulunuyorsa, bu ifadeler de esaslı sayılabilecektir³².

Beyanın esaslı olup olmadığı değerlendirilirken, yalan beyanın verildiği makam da dikkate alınır. Bir yargı mercisinin davadaki yetkisi ne kadar fazlaysa, o merci önünde verilen beyanın da o kadar esaslı olduğu kabul edilir³³. Belirtmek gerekir ki, söz konusu beyanın karar verici makam tarafından alınmamış olmasının, o ifadenin esaslı olup olmaması üzerinde bir etkisi yoktur³⁴.

Verilen yalan beyanın esaslı olduğunu ispat etme yükümlülüğü ise iddia makamına yani devlete aittir³⁵. Ancak beyanın davaya gerçek (aktüel) etkisinin kanıtlanması gerekli değildir; potansiyel etkilerin makul bir şekilde gösterilmesi yeterlidir³⁶.

28 Roger W. Shuy, *The Language of Perjury Cases*, Oxford University Press, 2011, s.14.

29 Gohlke/Cavalli, s.1089.

30 Shuy, s.11; Choi/Kachadoorian/Porter, s.1603.

31 Gohlke/Cavalli, s.1091; Breedlove, s.911.

32 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1604.

33 Breedlove, s.911.

34 Doyle, s.9.

35 Gohlke/Cavalli, s.1091.

36 Breedlove, s.911.

Geçmişte Amerikan mahkemeleri, bir tanığın ifadesinin önemli olup olmadığını “hâkim” tarafından tespit edilmesi gereken bir konu olduğuna karar vermektedir. 1990'lara gelindiğinde bazı mahkemeler, esaslılığın yalan tanıklık suçunun bir unsuru olduğu için, bu unsurun gerçekleştiğinin makul bir şüphenin ötesinde kanıtlandığının “jüri” tarafından belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkeme de *United States v. Gaudin* kararında³⁷, Amerikan Anayasası'nın sanığa, jüri tarafından yargılandığı suçun tüm unsurlarından suçlu bulunmasını (tüm unsurların kanıtlanmasını) talep etme hakkı verdiğini; bu nedenle diğer unsurlar gibi verilen yalan beyanın esaslı olup olmadığı hakkındaki kararı jürinin vermesi gerektiğine hükmetmiştir³⁸.

Beyanın esaslı olması, belki de yalan tanıklık suçunun unsurlarından en sorunlu olanıdır. Bir ifadenin eğer nihai kararı verecek makamın kararını etkileyebilme kabiliyeti varsa, bu ifade genellikle esaslı kabul edilmektedir. Ancak mahkemeler, yalan tanıklığın esaslı olarak kabul edilebileceği tek bir standart koymak yerine somut olayın niteliğine göre çeşitli durumlarda verilen ifadeleri esaslı kabul edebilmektedir³⁹.

F. Yalan Tanıklık Yapma Kastı (Intent)

Yalan tanıklık suçunun ana ögesini, yemin altında esaslı bir ifadede kasıtlı bir yalan beyanda bulunmak oluşturmaktadır⁴⁰. Yalan tanıklığın konusu, yemin altındayken verilen sıradan bir gerçeğe aykırı ifade değildir. Gerçekten *United States v. Dunnigan* kararında⁴¹ belirtildiği üzere, maddi olayın esasıyla ilgili olarak, yeminli bir şekilde ve ancak yalancı şahitlik yapma kastıyla hareket ederek gerçeğe aykırı ifade veren kimse m. 1621 hükmünü ihlal etmiş olur. Gerçeğe aykırı ifadenin kafa karışıklığı, hata veya yanlış hatırlama sonucu verilmiş olması durumunda ilgili kişi bu suçtan dolayı sorumlu tutulamaz⁴². Yüksek Mahkeme aynı yöndeki bir başka kararında, esaslı bir konu ile ilgili olarak yemin altında gerçeğe aykırı bir şekilde tanıklık eden kişinin, kafa karışıklığı, hata veya yanlış hatırlamadan ziyade kasten hareket ederek yalan tanıklık suçunu işleyebileceğine işaret etmiştir⁴³.

M. 1621 hükmü, sadece kişinin kasten yanlış beyan verdiği veya yanlışlık hakkında bilgi sahibi olmasına rağmen onayladığı ifadeleri hakkında uygulanır. Bu nedenle, bir kimsenin m. 1621'de düzenlenen suçtan yargılanabilmesi için, yalan tanıklık kastıyla/niyetiyle hareket ettiğinin ve ifadenin yanlış olduğunu bildiğinin makul bir şüphenin ötesinde kanıtlanması gerekir⁴⁴.

Yalan tanıklık suçuna yer veren bazı eyalet düzeyindeki ceza kanunları da (örneğin, Teksas Ceza Kanunu⁴⁵) sanığın ifadesini “aldatma kastı” ile verdiğinin kanıtlanmasını aramaktadır. Çünkü

37 *United States v. Gaudin*, 515 U.S. 506 (1995).

38 *Scheb/Scheb II*, s.363.

39 *Doyle*, s.15.

40 *United States v. Dowdy*, 479 F.2d 213, 230 (4th Cir. 1973).

41 *United States v. Dunnigan*, 507 U.S. 87, 94 (1993)

42 *Shuy*, s.11.

43 *United States v. Whiting*, 522 F.3d 845, 849 50 (8th Cir. 2008).

44 *Choi/Kachadoorian/Porter*, s.1597.

45 *Vernon'un Tex. Penal Code Ann. § 37.02 (a)*.

Common Law'da yalan tanıklık, özel kastla işlenen bir suçtur. Yargulamada sanığın bu özel kastının kanıtlanmasına ihtiyaç duyulması, bir kimsenin hazırlıksız olarak dikkatsizce ya da düşüncesizce verdiği ifadeler nedeniyle bu suçtan mahkûm olma olasılığını ortadan kaldırmaktadır⁴⁶.

Son olarak, mahkemenin vereceği hükümde “yalan tanıklık kastının” varlığı konusunda özel bir tespite yer verilmesi gerekir. Mahkeme, herhangi bir açıklama yapmaksızın bu unsurun bulunduğu kanaat getirildiğini iddia edemeyecektir⁴⁷.

G. İki Tanık Kuralı (Two-Witness Rule)

Yalan tanıklık, kanıtlanması en zor suçlardan biridir. Bu suçtan dolayı bir kimseyi mahkûm etmenin doğasında var olan zorluk, iki tanık kuralıyla daha da artırılmaktadır⁴⁸. İki tanık kuralı, yalan söylediği iddia edilen tanığın beyanına karşı iki tanık olmadıkça yalan tanıklık suçunun ispat edilemeyeceğini ifade eden kuraldır. Dolayısıyla, bir tanık ifadesinin yalan olduğunu tespit edebilmek için Anglo-Sakson hukukunda kabul edilen iki tanık kuralına riayet edilmesi gerekir⁴⁹. İki tanık kuralının temelinde, eşit derecede dürüst iki tanığın (kişinin) geçmişte meydana gelmiş aynı olayı farklı hatırlayabilecekleri ihtimali nedeniyle, yalan tanıklığa ilişkin bir mahkûmiyetin tamamıyla “bir yemine karşı bir yemine (an oath against an oath)” dayanmaması gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁵⁰.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde 17. yüzyılın ortalarına kadar, yalan tanıklık suçunun ispatlanmasında bu sayısal ve dini temelli kanıt sistemi olan iki tanık kuralı benimsenmişti. Bu kural, bir ifadenin gerçek olup olmadığını, niteliği veya ikna ediciliğinden ziyade, lehindeki veya aleyhindeki yemin sayısına bakılarak belirlenmesi anlamına gelmekteydi⁵¹. Bununla birlikte bu kural, zaman içinde sanığın yemini aleyhinde iki tanığın veya bir yeminli tanık ve onu destekleyici diğer delillerin yeterli görülmesi şekilde değiştirilmiş ve bu değişiklikle günümüze kadar gelmiştir⁵².

Dolayısıyla bu kurala göre, bir ifadenin yalan olduğundan bahisle o ifadeyi veren kimse hakkında yalan tanıklık suçundan hüküm verilebilmesi için o ifadeye karşı yalnızca bir tanığın yeminli ifadesi tek başına yeterli değildir. Sanığın yeminli ifadesinin yalan olduğunun tespiti, ancak bu ifadeye karşı iki bağımsız tanığın veya bir tanığın ifadesinin yanında onu destekleyici diğer delillerin bulunması halinde mümkündür⁵³. Aslında bu bakımdan teknik olarak, “iki tanık kuralı” yanlış bir adlandırmadır, çünkü bu kural yalan ifade aleyhindeki bir tanığa ek olarak ya ikinci bir tanığın ifadesini ya da bağımsız

46 Scheb/Scheb II, s.363.

47 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1597.

48 Scheb/Scheb II, s.363.

49 Gohlke/Cavalli, s.1095.

50 Weiler v. United States, 323 U.S. 606, 609, 65 S.Ct. 548, 89 L.Ed. 495 (1945).

51 Richard M. Adams, “Criminal Law: Contradictory Statements under Oath as Grounds for Perjury in the Federal Courts”, Michigan Law Review, Vol. 53, No. 8 (Jun., 1955), s.1168.

52 Lester B. Orfield, “Proof of Perjury and the Two Witnesses Requirement in Federal Criminal Cases”, 17 Sw L.J. 1963, s.227 vd.

53 Scheb/Scheb II, s.363; Breedlove, s.914.

bir ispat değerine sahip başka bir delilin bulunmasını aramaktadır⁵⁴. Gerçekten, zorunlu olarak ikinci bir tanığın ifadesini şart koşmayan, ikinci tanık yerine birinci tanığın ifadesini destekleyen yan delilleri de kabul eden bu kuralın “iki tanık kuralı” olarak isimlendirilmesi yerinde olmamıştır.

İki tanık kuralının koşulları destekleyici diğer delillerle sağlanmışsa, bu deliller yalan tanıklık kovuşturmasına dayanak teşkil eden ve yeminli ifade vermiş olan tek tanığın ifadesini güçlendirmeli ve güvenilir olmalıdır⁵⁵. Ancak yalan tanıklık yaptığı iddia edilen kişinin beyanı aleyhinde ileri sürülen tanığın hafızasını tazelemek için kullanılan bir belge bu destekleyici delil şartını sağlamayacaktır. Ancak bir tanığın ifadesinin yanında, bu kimsenin düzenlemiş olduğu ve ifadesini doğrulayan ticari kayıtlara ilişkin bir belgenin bu kapsamda bağımsız bir “destekleyici delil” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁵⁶.

Amerikan basınında büyük yankı uyandıran “ImClone Systems⁵⁷ Skandalı” olarak bilinen olayda, ImClone şirketinin üretmiş olduğu Erbitux isimli kanser ilacının Amerikan Gıda ve İlaç İdaresi⁵⁸ tarafından reddedilmesi yani ilacın piyasada satışına onay verilmemesinden kısa bir süre sonra ImClone şirketi hisseleri büyük bir düşüş (%16) yaşadı. ImClone’da hisseleri olan ünlü TV programcısı Martha Stewart, Merrill Lynch adlı yatırım bankasındaki brokeri Peter Bacanovic tarafından kendisine bilgi sızdırılması üzerine bu düşüşten hemen önce tüm hisselerini elden çıkararak büyük bir zarardan kurtulmuştu. Yaşanan bu olay üzerine Stewart ve Bacanovic hakkında içerden bilgi ticareti (insider trading) vb. suçlamalar nedeniyle SEC⁵⁹ tarafından soruşturma başlatıldı⁶⁰.

Stewart ile birlikte çeşitli suçlardan yargılanan Bacanovic, söz konusu suçların yanında soruşturma sürecinde verdiği ifadeler nedeniyle ayrıca yalan tanıklık suçundan (m. 1621) da yargılandı. Bacanovic, SEC’te verdiği ifadesinde 27 Aralık 2001 sabahı Stewart’ın asistanı Ann Armstrong’a bir mesaj bırakarak güncel ImClone hisse fiyatını söylediğini ve Stewart’ın kendisini aramasını istediğini ancak Armstrong’a ImClone’un hisselerinin düşmeye başlayacağını söylediğini hatırlamadığını belirten yalan bir beyandan dolayı mahkûm edilmiştir. Davada Bacanovic’in SEC’te yalan ifade verdiğini ispat etmek için iddia makamınca iki parça kanıt sunulmuştur. Bunlardan ilki, Bacanovic’in Stewart ile ImClone hakkında konuşmak istediğini ve ImClone’un hisselerinin düşeceğini düşündüğünü söylediğine ilişkin Armstrong’un ifadesi; ikincisi ise, Armstrong’un Stewart’a gönderdiği, “Peter Bacanovic ImClone’un hisselerinin düşmeye başlayacağını düşünüyor” şeklindeki mesaj kayıtlarıydı.

Bacanovic, hakkında yalan tanıklık suçundan verilen mahkûmiyet kararını, herhangi bir delille desteklenmemiş olan yalnızca bir tanığın (Ann Armstrong) ifadesine dayandırıldığı gerekçesiyle

54 Morvillo/Morvillo, s.12. Bu yönde karar için bkz. United States v. Maultasch, 596 F.2d 19, 25 n. 9 (2d Cir. 1979).

55 Hsen/Fasano/McElroy, s.1552; Doyle, s.9.

56 Breedlove, , s.915.

57 ImClone Systems Incorporated, onkoloji alanında biyolojik ilaçlar geliştirmeye adanmış bir biyofarmasötik şirkettir.

58 Food and Drug Administration (FDA)

59 The U.S. Securities and Exchange Commission (Amerika Birleşik Devletleri Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu, ABD’de menkul kıymetler ve borsaları denetleyen bir kuruluştur.)

60 SEC’in hazırlamış olduğu şikâyet metni için bkz. <https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18169.htm> (Erişim Tarihi:16.07.2020)

yüksek mahkemeye taşımıştır. Bacanovic, öne sürülen mesaj kayıtlarının Armstrong'un ifadesinden yeterince bağımsız bir delil niteliğinde olmadığını, çünkü bu iki delilin de tek bir ortak kaynaktan elde edildiğini, dolayısıyla kurulan mahkûmiyet hükmünde iki tanık kuralına riayet edilmediğini ileri sürmüştür. Kararı inceleyen Yüksek Mahkeme, (ticari kayıtlara ilişkin bir delil olarak kabul edilen) telefon ve mesaj kayıtlarının, iki tanık kuralının şartlarını sağlayan, bağımsız bir ispat değeri olan "destekleyici delil" niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Mahkemeye göre, söz konusu telefon kayıtları, tanığın ifadesi sayesinde ileri sürülebilmüş bir delil olmasına rağmen, bu kayıtların delil olarak kabul edilebilirliği mesajları yazan kişinin (Armstrong) aynı zamanda tanık olarak ifade vermiş olmasına bağlı değildir. Ayrıca bu mesaj kayıtları, onun hafızasını tazelemek için kullanılmadığı gibi, iki yıldan da fazla bir zaman geçtikten sonra vermiş olduğu ifadenin de kaynağı değildir. Bu nedenle, bu mesaj kayıtlarının güvenilirliği ve sağlamlığı, onları yazan kişinin hafızasından ziyade, yazıldığı zamandaki koşullardan kaynaklanmaktadır⁶¹.

II. Adli Süreçlerde Yalan Tanıklık Suçu (Perjury in a Judicial Context, U.S.C. m. 1623)

A. Genel Olarak

Adli süreçlerde yalan tanıklık suçu (m. 1623), m. 1621'deki gibi daha kapsamlı yalan tanıklık hükümlerinde yer alan Anglo-Sakson hukukunun bazı genel yasa tekniklerinden imtina edilerek yürürlüğe koyulmuştur⁶². Böylece, yalan tanıklık suçuna ilişkin adli kovuşturmaları kolaylaştırmak ve federal mahkemeler ve jüriler huzurunda yapılan tanıklığın güvenilirliğini arttırmak amaçlanmıştır⁶³. Bu amaçla, ileride daha ayrıntılı değineceğimiz üzere, genel yalan tanıklık suçunun aksine adli süreçlerde yalan tanıklık suçu, çelişkili iki ifade olması durumunda, bunlardan birinin yanlış olduğunun kanıtlanması aranmadan mahkûmiyet hükmü kurulmasına izin vermektedir. Yine burada m. 1621'de aranan iki tanık kuralına yer verilmediği gibi, m. 1621'de kullanılan ve daha iddialı bir ifade olan "isteyerek" yerine m. 1623'de yalnızca "bilerek" ifadesi tercih edilmiştir⁶⁴.

Mahkemeler, "yeni" yalan tanıklık suçu olarak da ifade edilen⁶⁵ adli süreçlerde yalan tanıklık suçunu, "*saniğin (1)bilerek (2)yanlış, (3)sonuca etkili (esası) bir beyanı, (4)yeminli olarak 5)Amerika Birleşik Devletleri'ndeki herhangi bir mahkeme veya büyük jüri önünde veya bunlara bağlı süreçlerde vermesi*" şeklinde suçun unsurlarını da açık bir şekilde göstererek tanımlamaktadır.⁶⁶

61 United States v. Stewart, 433 F.3d 273, 317 (2d. Cir. 2006).

62 Hsen/Fasano/McElroy, s.1540; Doyle, s. 11.

63 Dunn v. United States, 442 U.S. 100, 107 (1979).

64 Doyle, s. 11.

65 Richard H. Underwood, "Perjury! The Charges and the Defenses", *Duquesne Law Review*, Vol.36, 1998, s.719.

66 United States v. Brugnara, 856 F.3d 1198, 1209 (9th Cir. 2017).

B. Yetkili Mahkeme veya Jüri Huzurunda İfade Verilmesi ya da Delil Gösterilmesi

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere genel yalan tanıklık suçunda yeminli ifade, yetkili bir mahkeme huzurunda verilmiş olabileceği gibi, bu ifade yetkili bir kurul, görevli veya kişi huzurunda verilmiş de olabilir. Oysa adli süreçlerde yalan tanıklık suçunda ise yeminli beyanın, mutlaka bir Amerikan mahkemesi veya büyük jüri huzurunda ya da bu mahkeme ve jüri önünde yapılacak bir yargılamaya bağlı olarak yürütülen yargısal süreçlerde verilmiş olması gerekir⁶⁷. Örneğin, bir avukatın ofisinde duruşma hazırlığı çerçevesinde yapılan görüşme, böyle bir yargısal süreç olarak kabul edilemez. Mahkeme ya da jüri yargılamalarına yardımcı yargısal süreçler ifadesi, medeni hukuk davaları ile ilgili tanık ifadesinin alınması yanı sıra, kefalet duruşmaları, yetkisizlik duruşmaları (mahkemenin yetkili olup olmadığına ilişkin duruşma), denetimli serbestlik tedbirinin geri alındığı duruşmalar ve bazı delillerin değerlendirme dışında tutulup tutulmamasına ilişkin duruşmalar gibi çeşitli ceza davalarıyla ilgili yargısal süreçleri kapsamaktadır⁶⁸.

Adli süreçlerde yalan tanıklık suçu, devam eden bir davanın duruşması sırasında ya da diğer aşamalarında yeminli bir ifade verildiği durumlarda gündeme gelebilir. Örneğin bir olayda, rüşvet suçuna ilişkin bir soruşturma yürüten savcı, görevi kötüye kullandığından şüphelenilen bir hâkimi dinlenilmesi için büyük jüri huzuruna çağırır. Bu hâkimin yakın zamanda büyük bir organize suç figürüyle bir barda uzun bir konuşma yaptığı, polislin fiziki takibi sırasında tespit edilmiştir. Büyük jüri huzurunda sorgulanan ve fiziki takipten habersiz olan hâkim, ifadesinde bu toplantının önemli ayrıntılarını reddederek gerçeğe aykırı beyanda bulunmuştur. Dolayısıyla, burada hâkim hakkında adli süreçlerde yalan tanıklıktan suçundan ayrıca soruşturma açılması gerekecektir⁶⁹. Genel yalan tanıklık suçu ise, ABD yasalarının yemin edilmesine cevaz verdiği konularda, idari süreçler (örneğin, SEC tanıklığı), kongreyle ilgili tanıklık ve noter tasdikli tanık beyanları da dâhil olmak üzere geniş bir yelpazeyi kapsamına almaktadır⁷⁰. Bu iki suç tipi arasındaki farkın ortaya konması açısından bir başka örnek olarak *United States/Dumeisi* kararı gösterilebilir. Söz konusu kararda, Dumeisi'nin göçmenlik işlemleri sırasında yalan beyanda bulunması genel yalan tanıklık suçu kapsamında; jüri huzurunda yalan beyanda bulunması ise adli süreçlerde yalan tanıklık suçu kapsamında değerlendirilmiştir⁷¹.

Genel yalan tanıklık suçunun coğrafi erişiminin m. 1623'te yer alan suçtan daha fazla olduğu (yargısal süreçlerle sınırlı olmadığından) söylenebilirse de⁷² suçun işleniş şekli açısından m. 1623 daha geniş kapsamlı bir hükümdür. Şöyle ki, bir kimse maddi meseleyle ilgili olarak yalnızca yeminli bir şekilde gerçek olmadığına inandığı esaslı bir beyanda bulunduğu veya böyle bir beyanı onayladığında genel yalan tanıklık suçundan sorumlu olmaktadır. Bununla birlikte, adli süreçlerde yalan tanıklık suçunda yemin eden bir tanık bilerek esaslı konularda gerçeğe aykırı bir beyanda bulunduğu bu suçtan sorumlu olacağı gibi; gerçeğe aykırı olduğunu bildiği ve esaslı bir yalan beyan içeren herhangi

67 Underwood, "Perjury!..."s.719.

68 Doyle, s.13.

69 Gershman, s.625.

70 Morvillo/Morvillo, s.9.

71 *United States v. Dumeisi*, 424 F.3d 566 (7th Cir. 2005).

72 Underwood, "Perjury!..." s.719.

bir kitap, kâğıt, belge, kayıt, bant vb. gibi diğer maddi deliller kullandığında da bu suçu işlemiş olacaktır⁷³.

C. Yemin Verdirilmiş Olması

İfadesi alınan tanığa yemin verdirilmiş olması, hem “genel” ya da “eski” yalan tanıklık suçu olarak ifade edilen m. 1621, hem de “yeni” yalan tanıklık suçu olarak da nitelenen m. 1623’de suçun unsuru oluşturmaktadır⁷⁴. Tekrar belirtmek gerekir ki, genel yalan tanıklık suçu açısından bu yeminin belirli bir şekilde verdirilmiş olmasına gerek yoktur. Üstelik suç bakımından yemin verdirme yetkisi idari bir kural veya düzenlemeden kaynaklansa bile, yemin şartı sağlanmış olur. Ancak adli süreçlerde yalan tanıklık suçunda yeminin uygun olup olmadığının tespiti noktasında, Yüksek Mahkeme, Kongre’nin yeminli ifadeler açısından m. 1623’ün m. 1621 kadar geniş olmasını amaçlamadığından bahisle, m. 1623’ün yeminli “yazılı” tanık ifadelerinden (deposition) daha az resmi ifadeleri kapsayamayacağına hükmetmiştir. Ancak yerel mahkemeler, adli süreçlerde yalan tanıklık suçu kapsamındaki bu formalite gerekliliğini farklı şekilde yorumlayabilmektedir⁷⁵.

D. Gerçeğe Aykırılık

M. 1623’de düzenlenen adli süreçlerde yalan tanıklık suçundan hüküm verilebilmesi için verilen beyanın gerçeğe aykırı olması gerekir. Yüksek mahkeme, yanıltıcı, ancak gerçekte doğru olan bir ifadenin, m. 1623’e ilişkin bir mahkûmiyete dayanak oluşturamayacağı görüşündedir. Benzer şekilde, verilen yanlış ifade, kafa karışıklığı, hata veya yanlış hatırlama neticesinde ortaya çıkmış bir ifade olmamalıdır. Ayrıca verilen bu ifade, tanığın yanlış olduğunu bildiği bir ifade olmalıdır. Bu husus, tanığın ifadenin yanlış olduğu gerçeğini kasten bilmezlikten geldiği veya bu gerçekten habersizmiş gibi davrandığına dair kanıtlarla ispat edilebilecektir⁷⁶.

Öte yandan, gerçekten belirsiz veya yanıltıcı olan bir soru, bir kimsenin böyle bir soruyu yanlış bir şekilde yanıtlama niyetinde olduğunu göstermeyeceği gibi, yalan tanıklık suçu açısından da herhangi bir dayanak oluşturamaz. Ancak tanığın soruyu anlaması ve yine de yanlış cevaplaması durumunda, sorunun belirsiz olmasının bir önemi yoktur⁷⁷.

E. Beyanın Esaslı Olması

Adli süreçlerde yalan tanıklık suçundan bir kimseyi sorumlu tutabilmek için, verilen yalan beyanın sonuca etkili, diğer bir deyişle, esaslı olması gerekir. Yanlış beyan, dava veya soruşturma sonunda verilecek karar açısından önemli bir hususa ilişkin olması halinde, “esaslı” beyan olarak kabul edilir.

73 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1608.

74 Underwood, “Perjury!...”, s.719.

75 Hsen/Fasano/McElroy, s.1542-1543.

76 Doyle, s.13-14.

77 United States v. Strohm, 671 F.3d 1173, 1178 (10th Cir. 2011).

Bir başka ifadeyle, verilen yanlış beyanın mahkemenin davaya ilişkin değerlendirmesini etkileyebilme olasılığı bulunmalıdır⁷⁸.

F. Kast

Genel yalan tanıklık suçundan farklı olarak, adli süreçlerde işlenen yalan tanıklık, mutlaka “kasten” yanlış beyanda bulunmuş olmakla sınırlı değildir. Adli süreçlerde yalan tanıklık suçunda sadece sanığın beyanda bulunduğu sırada ifadesinin gerçeğe aykırı olduğunu bilmesi aranmaktadır. Önceden gerçeğe aykırı beyanda bulunmak yönünde bir kastı olmayan sanığın, dinlenmesi sırasında yalan ifade vermesi bu suçu oluşturmaktadır⁷⁹. Dolayısıyla, hem m. 1621 hem de m. 1623 bir niyet unsuru gerektirir, ancak bunun seviyeleri farklılık arz etmektedir. Genel yalan tanıklık suçu önceden oluşmuş yalan tanıklık yapma kastıyla birlikte ifadenin yanlış olduğu bilgisini (*willfulness and knowledge of falsity*) gerektirirken; adli süreçlerde yalan tanıklık suçu ise, sadece verilen ifadenin yanlış olduğu bilgisini (*knowledge of falsity*) gerektirmektedir⁸⁰. Gerçekten, m. 1621’de kullanılan ve daha iddialı bir ifade olan “isteyerek (willfully)” yerine m. 1623’de yalnızca “bilerek (knowingly)” ifadesine yer verilmiştir.

G. İki Tanık Kuralı

Daha önce ifade edildiği üzere, bir ifadenin yalan olduğundan bahisle o ifadeyi veren kimse hakkında genel yalan tanıklık suçundan hüküm verilebilmesi için o ifadeye karşı yalnızca bir tanığın yeminli ifadesi tek başına yeterli olmamaktadır. Bu tanığın ifadesine ek olarak ya bir başka tanığın aynı yönde ifadesi ya da destekleyici diğer deliller aranmaktadır. Ancak adli süreçlerde yalan tanıklık suçunda, genel yalan tanıklık suçunun aksine, iki tanık kuralı olarak adlandırılan bu ispat şartı aranmamıştır. Buna bağlı olarak, karşılıklı olarak tutarsız iki tanık beyanı olması durumunda, bunlardan birinin gerçeğe aykırı olduğunun destekleyici diğer delillerle kanıtlanmasına ihtiyaç duymadan, bu suçtan dolayı hüküm kurulabilmektedir⁸¹.

Gerçekten, m. 1621’in aksine, m. 1623’de makul şüphenin ötesinde bir kanıtın mahkûmiyet için yeterli olduğu, illaki belirli sayıda tanık, belge ya da başka bir delilin gerekmediği açıkça belirtmektedir. Madde metninde bu şekilde bir dil kullanılmasının amacına uygun olarak, mahkemeler de iki tanık kuralını m. 1623’e ilişkin davalarda uygulamamaktadır⁸².

78 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1603.

79 Gohlke/Cavalli, s.1086.

80 Hsen/Fasano/McElroy, s.1543.

81 Doyle, s.11.

82 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1607.

H. Tutarsız İfadeler (Inconsistent Statements, U.S.C. m. 1623 (c))

Eski Amerikan davalarında, sanığın çelişkili ifadeleri nedeniyle bu ifadelerden birinin yalan olduğu sabit olmadığı sürece yalan tanıklık suçundan hüküm giyemeyeceğine dair common law ilkesine uyulmuştur. Modern hükümler ise, iki çelişkili ifadeden hangisinin yalan olduğunun tespit edilmesine ilişkin kovuşturmaları gereksiz kılmaktadır. Örneğin, New York Ceza Kanunu⁸³ iki ifadeden hangisinin yanlış olduğunu belirlenememesinin, yalan tanıklık suçuna ilişkin bir kovuşturmayı engellemeyeceğini açıkça düzenlemiştir⁸⁴.

Genel yalan tanıklık suçu (m. 1621) ve adli süreçlerde yalan tanıklık suçu (m. 1623) arasındaki önemli farklardan biri de tutarsız ifadelere ilişkindir. Bir sanığın m. 1621 veya 1623 (a) yer alan suçlardan mahkûm edilebilmesi için verilen ifadenin gerçeğe aykırı olduğunun kanıtlanması gerekir. Bununla birlikte, m. 1623 (c) uyarınca bir mahkûmiyet kararı verilebilmesi ifadenin yanlış olduğunun değil, sadece sanık tarafından verilen ifadelerin birbiriyle uzlaşmayacak şekilde tutarsız olduğunun kanıtlanması yeterlidir. Dolayısıyla, iddia makamı sanığın ifadelerinin birbiriyle çelişkili olduğunu kanıtlamak zorundadır. Ancak ifadelerden hangisinin gerçekten yanlış olduğunun ispatlanması gerekmez⁸⁵.

Madde 1623 (c) uyarınca bir mahkûmiyet kararı verilebilmesi için, aşağıdaki unsurların her birini makul bir şüphenin ötesinde kanıtlanması gereklidir. Bunlar; 1) sanığın yemin altında olması, 2) iki veya daha fazla ifade vermiş olması, 3) ifadelerin birbirine aykırı şekilde tutarsız olması 4) ifadelerin her birinin çözülmesi gereken sorun açısından esaslı olması ve 5) bu yeminli ifadelerin yasal sınırlar içerisinde verilmiş olmasıdır⁸⁶. Çelişkili ifadeler ile ilgili kabul edilen bu standartlar, m. 1623'e ilişkin davalarda iki tanık kuralının uygulanmaması ile birlikte, bu hükmün konulması ile kongrenin esas amacının yalancı tanıklığa ilişkin kovuşturmaları kolaylaştırmak olduğu iddiasına güçlü bir destek sağlamaktadır⁸⁷.

III. Yalan Tanıklığa Teşvik Suçu (Subornation of Perjury, U.S.C. m. 1622)

A. Genel Olarak

Davaya katılan kişilerin şahitlerini yalan tanıklık yapmaları için teşvik etmeleri veya onların yalan ifade vermelerine müsaade etmeleri yeni bir olgu değildir. Genel bir ifadeyle, yalan tanıklığa teşvik, yeminli olarak dinlenecek olan bir tanıktan yanlış veya yanıltıcı ifadeler temin edilmesine anlamına gelmektedir⁸⁸. Common law hukuk sistemine göre de, yalan tanıklığa teşvik, bir kişinin yalancı

83 McKinney's N.Y. Penal Law § 210.20.

84 Scheb/Scheb II, s.365.

85 Breedlove, s.910.

86 United States v. Porter, 994 F.2d 470,473 n.4 (8th Cir. 1993)

87 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1609.

88 Carissa Hessick, "Prosecutorial Subornation of Perjury: Is the Fair Justice Agency the Solution We Have Been Looking For", *South Dakota Law Review*, Vol.47, 2002, s. 256.

şahitlik yapması için kışkırtılmasıdır. Eyalet kanunları da common law sisteminde olduğu gibi genellikle yalan tanıklığı bu şekilde tanımlamaktadır⁸⁹.

Yalan tanıklığa teşvik suçu, bir kişinin yalan tanıklık yapması için teşvik edilmesini yasaklamaktadır: “Her kim başkasını yalan tanıklık suçunu işlemesi için teşvik ederse, beş yıla kadar hapis ve/veya para cezası ile cezalandırılır.” Bu suç temelde iki unsurdan oluşmaktadır: İlk olarak, teşvik edilen kişi tarafından bir yalan tanıklık suçunun işlenmesi; ikinci olarak, sanık tarafından gerçekleştirilen bir ikna veya teşvik eyleminin varlığı. Teşvik edilen kişinin m. 1621 veya m. 1623 uyarınca işlediği bir yalan tanıklık suçu, yalan tanıklığa teşvik suçuna ilişkin verilecek mahkûmiyet kararını destekleyecektir⁹⁰; ancak yönlendirilmiş bir yalancı şahitlik eyleminin ispatı, bu suç için gerekli bir unsurdur⁹¹.

Federal hukuk, yalan tanıklığa teşvik suçunu ayartılan tanığın yemin altında kasıtlı olarak yanlış bir beyanda bulunduğu kanıtlanmasına bağlı tutmuştur. Bu suça ilişkin bir kovuşturmanın başarılı olabilmesi için, tanığın yemin altında yalan beyan vermesi, tanığın beyanının yanlış olduğunu bilmesi, sanığın tanığı yalan ifadeye teşvik etmesi ve sanığın, teşvik ettiği ifadenin yanlış olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, eğer kişinin suç işleme kastı kanıtlanamazsa, beraat kararı verilmesi gerekir⁹².

Savcılar da yalan tanıklığa teşvik suçunun faili olabilmektedir. Belirtmek gerekir ki, yalnızca bir kimseye kasıtlı olarak yalan tanıklık yaptıran savcılar değil, aynı zamanda tanığın yanlış veya yanıltıcı bir şekilde ifade verdiğinin farkına varmasına rağmen onu düzeltmeyen savcılar da yalan tanıklığa teşvik suçunu işlemiş olur. Bazı savcılar, sahte delil oluşturmak ve diğer kolluk görevlileriyle gizlice anlaşarak sahte tanık ifadeleri üretmek gibi fiiller ile de yalan tanıklığa teşvik suçunu işleyebilmektedir⁹³.

Kural olarak, yalan tanıklığa teşvik suçundan dolayı hüküm verilebilmesi için, yalan tanıklık suçunun işlenmiş olması zorunludur. Eğer yalan tanıklığa teşvik suçuna esas teşkil eden yalan tanıklık suçuna ilişkin mahkûmiyet üst derece mahkemesince bozulursa, teşvik suçuna ilişkin hüküm de aynı şekilde bozulmalıdır⁹⁴. Ancak bazı durumlarda teşvik edilen kişi, yaptığı tanıklığın gerçeğe aykırı olduğunun farkında olmayabilir. Örneğin, masum bir tanık aracılığıyla sahte bir belgenin sunulmasına neden olan kişi de, bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilecektir. Çünkü yalan tanıklığa teşvik suçu, yalan tanıklık suçundan farklı bir suç olduğundan, teşvik eden (suborner) ve yalan tanıklık yapan (perjurer) kişiler suç ortağı değildir⁹⁵.

89 Scheb/Scheb II, s.365.

90 Tennessee Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olayda, bir avukat yasadışı yollarla viski satmakla suçlanan dört müvekkilini yalan beyanda bulunmaya teşvik etmiştir. Bu olayda avukat, dört müvekkili yalan tanıklık suçundan (öncül suç) mahkûm edildikten sonra kovuşturulmuş ve hakkında yalan tanıklığa teşvik suçundan hüküm kurulmuştur, Scheb/Scheb II, s.365.

91 Doyle, s.17.

92 Attorneys and Subornation of Perjury, 26 *Maine Law Review*, 297 (1974), s.1.

93 Hessick, s. 256.

94 *United States v. Hairston*, 46 F.3d 361, 376 (4th Cir. 1995).

95 *United States v. Walser*, 3 F.3d 380, 388 (11th Cir. 1993).

ABD'de de yalan tanıklığa teşvik suçundan nadiren ceza davası açılmaktadır, bu tarz fiiller genellikle adaletin engellenmesi suçu⁹⁶ kapsamında değerlendirilmektedir. Çünkü bu suçta yalan tanıklığa teşvik suçunun aksine, yalan tanıklık suçunun işlenmiş olması (teşvik edenin başarısı) bir ön koşul olarak aranmamaktadır⁹⁷. Son olarak belirtmek gerekir ki, yalan tanıklığa teşvik suçuna ilişkin yargılamalarda fiziksel bir zorlama (baskının) varlığının kanıtlanması gerekmez⁹⁸.

B. İki Tanık Kuralı

Yalan tanıklığa teşvik suçuna ilişkin yargılamalarda da bu suça esas teşkil eden yalan tanıklık suçunun işlendiğinin "iki tanık kuralı" ile ispat edilmesinin gerekip gerekmeyeceği hususuna da değinmek gerekir. Şöyle ki, bir teşvik (yönlendirme) sonucu işlendiği iddia edilen yalan tanıklık suçu m. 1621 kapsamına girmekteyse, iki tanıkla ispat kuralına riayet edilmesi gerekir⁹⁹. Ancak yönlendirme sonucu yapıldığı ileri sürülen yalan tanıklık, m. 1623 kapsamına girmekteyse iki tanıkla ispat kuralının karşılanmasına gerek yoktur. Böyle bir durumda, yalnızca bir tanığın ifadesi, yalan tanıklığa teşvik suçunun ispatlanması için yeterli olabilecektir¹⁰⁰.

Ayrıca, yalancı şahitlik yapılmasına ilişkin gizli anlaşma, yalan tanıklık suçunun işlenip işlenmediğine bakılmaksızın kovuşturulabilir bir eylem olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla iki tanık kuralı, bu tarz gizli anlaşmaya dayanan kovuşturmalarda da geçerli değildir¹⁰¹.

IV. Yalan Tanıklık Suçuna Karşı Yapılabilecek Savunmalar

A. Genel Olarak

Yemin altındayken tam anlamıyla doğru ve yasal gerçeğe uygun bir ifade veren kimse yalan tanıklık suçundan mahkûm edilemez. Bu nedenle, tanıklığın gerçekte doğru olduğuna ilişkin savunma, işlendiği iddia edilen yalan tanıklık suçuna karşı yapılabilecek en temel savunmadır¹⁰². Bundan başka, yalan tanıklık suçundan yargılanan kimselerin öne sürebileceği çeşitli savunma olanakları da bulunmaktadır. M. 1621 ve 1623 uyarınca sanıkların veya sanık müdafilerinin ileri sürebileceği savunmalar büyük ölçüde benzerlik arz etmektedir. Bu haller, aşağıda kısaca incelenecektir.

96 Obstruction of justice. 18 U.S.C. § 1503: Her kim adalet yönetimini etkilemeye, engellemeye veya geciktirmeye (sürüncemede bıraktırmaya) çalışırsa...

18 U.S.C. § 1512 (b): Her kim, bir başkasının resmi bir işlemdeki ifadesini değiştirmesi için ikna eder ve bu amaçla ifadesini etkileme girişiminde bulunursa...

97 Doyle, s.17.

98 *United States v. Heater*, 63 F.3d 311, 320 (4th Cir. 1995), *cert. denied*, 116 S.Ct. 796 (1996).

99 *United States v. Gross*, 511 F.2d 910, 915 (3d Cir.), *cert. denied*, 423 U.S. 924 (1975).

100 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1608.

101 *United States v. Silverman*, 745 F.2d 1386, 1395 (11th Cir. 1984).

102 Scheb/Scheb II, s.366.

B. Vazgeçme (Recantation)

Bir tanık, yemin altında yalan beyanda bulunduktan sonra, bazen ifadesinden vazgeçmekte ya da önceki ifadesinin yanlış olduğunu kabul ederek gerçeği söyleyebilmektedir. Adli süreçlerde yalan tanıklık suçu açısından 1623. maddenin (d) bendinde, yalan beyan yargılamanın seyrini önemli ölçüde etkilemediği takdirde, aynı mahkeme veya jüride devam eden yargılama süreci içerisinde bir vazgeçme savunması (recantation defense) imkânı sunulmaktadır¹⁰³.

Beyandan vazgeçme ya da yanlış tanıklığın düzeltilmesi genel yalan tanıklık suçu açısından ise, kabul edilebilir bir savunma olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, bu davalarda da mahkemeler sanıkların yalan tanıklık kastlarının olmadığını ispatlamaları için ifadelerinden vazgeçmelerine ya da ifadelerini düzeltmelerine imkân tanımaktadır. Ayrıca, ifadeden vazgeçme veya ifadeyi düzeltme, açıkça tanığın başlangıçtan beri yalan beyanda bulunma niyetinin olmadığını gösterdiği takdirde, mahkemeler sanığın lehine hüküm kurabilmektedir¹⁰⁴.

Vazgeçme savunmasının kabul edilmesinin temelinde, adli soruşturmaların ve yargılamaların esas amacının maddi gerçeği tespit etmek olması yatmaktadır. Bu nedenle, verilen yalan beyandan herhangi bir kimse zarar görmediği sürece, kanunların bireyleri yalan tanıklıkla suçlanma korkusuna kapılmadan gerçeğe aykırı beyanlarını düzeltmeye teşvik etmesi gerekir¹⁰⁵.

C. Avukatın Hukuki Yardımı (Assistance of Counsel)

Yalan tanıklık yaptığı iddia edilen bir kimse, bir avukat tarafından temsil edilme hakkını kullanmadığı hallerde dahi, m. 1621 ve 1623'de düzenlenen suçlar nedeniyle kovuşturmaya tabi olabilmektedir. Jüri huzuruna çıkarılan bir tanık, ifade vermeden önce tavsiye için bir avukata başvurma hakkına sahip olabilir. Ancak hükümetin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi, yani bireyi bir avukatın hukuki yardımından yararlandırmaması, o kimseye yalan tanıklık yapma hakkı vermemektedir. Mahkeme kararlarında da jüri önünde tanıklık yapmadan önce sanığa Miranda uyarılarının¹⁰⁶ yapılmamasının yalan tanıklık suçundan yargılanmasına engel olmayacağına hükmedilmektedir¹⁰⁷.

Tanık olarak dinlenecek kişi, ifade vermeden önce bir avukatın tavsiyesini aldığı anda ise farklı bir standart uygulama alanı bulmaktadır. İfadenin avukatın yönlendirmesi sonucu fesada uğratılmış bir iradeyle verilir verilmediğini belirlemek için, avukatın tanığa doğru bir şekilde tavsiyede bulunmadığına dair deliller dikkate alınmalıdır. Ancak belirtmek gerekir ki, avukat-müvekkil ilişkisi,

103 Morvillo/Morvillo, s.11; Gohlke/Cavalli, s.1098.

104 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1610; Breedlove, s.917-s.918.

105 Scheb/Scheb II, s.366.

106 Miranda uyarılarının yapılması gerekliliği, Yüksek Mahkeme'nin 1966 yılında vermiş olduğu *Miranda v. Arizona* (384 US 436) kararından gelmektedir. Miranda davasında Yüksek Mahkeme, sanığın sessiz kalma, bir avukata danışma ve sorgu sırasında bir avukat hazır bulundurma, yoksulsa kendisine bir avukat tayin edilmesi hakları konusunda bilgilendirilene kadar bir gözaltı sorgusu bağlamında polis tarafından sorgulanamayacağına karar vermiştir. https://www.law.cornell.edu/wex/miranda_warning (Erişim Tarihi: 27.07.2020)

107 Breedlove, s.919.

müvekkile avukatının uydurduğu kurguyu yemin altında anlatma hakkı ya da yetkisi vermemektedir. Gerçekten m. 1623 uyarınca mahkûmiyet için sadece gerçeğe aykırılık hakkında bilgi sahibi olunması yeterli olup, aldatma kastının bulunması gerekli değildir. Bu nedenle, özellikle m. 1623'ün ihlaline ilişkin kovuşturmalarda sanık tarafından avukatının kendisine yalan tanıklık yaptırdığına ilişkin bir savunma muhtemelen başarısız olacaktır¹⁰⁸.

D. Aynı Fiilden Dolayı İki Kez Yargılanmama (Double Jeopardy)

Aynı fiilden dolayı iki kez yargılanmama savunması, yalan tanıklık suçuna ilişkin mahkûmiyetleri engellemez. Bir sanık, herhangi bir aşamasında yalan tanıklık yaptığı iddia edilen yargılamanın sonucuna bakılmaksızın yalan tanıklık suçundan ayrıca yargılanabilir¹⁰⁹.

Sanığın yargılandığı bir davada tanık kürsüsüne girerek tanık olarak beyanda bulunma hakkı asla yalan beyanda bulunma hakkını içermez. Dolayısıyla verilen yalan ifade, sanığın yargılandığı esas suçla yakından ilişkili fiillerle bağlantılı olsa bile, sanık bu yalan ifadeden dolayı ayrıca kovuşturulabilecektir¹¹⁰.

Son olarak belirtmek gerekir ki, yargılama konusu asli suç hakkında ceza yaptırımını yerine ticaret yasağı, para cezası vb. gibi seçenek yaptırımlar uygulanmış olması da kişinin yalan tanıklığa teşvik suçundan yargılanmasını engellemeyecektir. Çünkü bu durumda da aynı fiilden dolayı iki kez yargılanma yasağını ihlal edilmiş olmayacaktır¹¹¹.

E. Yalan Tanıklık Tuzağı (Perjury Trap)

Uygulamada bazı mahkemeler tarafından “yalan tanıklık tuzağı” olarak adlandırılan kavram, yargılandığı suçtan tanık olarak dinlenecek olan sanığın yalan tanıklık suçunu işlemesi için büyük jürinin kasıtlı olarak kullanılması anlamına gelmektedir.¹¹² Bir başka ifadeyle, savcının sanığı daha önce işlenmiş bir suçtan ötürü suçlamaktan ziyade yalan tanıklık suçunu işlemesini sağlamak amacıyla onu büyük jüri huzuruna getirmesi durumunda yalan tanıklık tuzağından bahsedilir¹¹³.

İşte, bir kimse soruşturmanın yürütülmesine yardım etmek amacıyla değil de yalan tanıklık yapması için bir fırsat yaratmak amacıyla jüri huzuruna çağrıldığında, kendisini bir “yalan tanıklık tuzağı” içerisinde bulmaktadır¹¹⁴. Bu gibi durumlarda, tuzağa düşürülerek yalan tanıklık suçunu işleyen kişi, yalan tanıklık tuzağı savunması yaparak sorumluluktan kurtulmaya çalışmaktadır. Bu savunmada, cevabın doğru olduğu veya sorulan sorunun yalan cevap verilemeyecek kadar belirsiz bir soru

108 Hsen/Fasano/McElroy, s.1558.

109 Gohlke/Cavalli, s.1100.

110 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1612.

111 Hsen/Fasano/McElroy, s.1559.

112 Gershman, s.624.

113 Billy Joe McLain, “Debunking The Perjury Trap Myth”, *Texas Law Review*, Mar 2010, Vol. 88 Issue 4, s. 883.

114 Gohlke/Cavalli, s.1101.

olduğunu iddia etmek yerine, tamamen farklı bir açıdan yaklaşarak odak noktası tanığın ruhsal durumundan “sorgulayanın motivasyonuna” kaydırılır¹¹⁵. Dolayısıyla, bu savunmanın başarısı, büyük jürinin geleneksel soruşturma işlevlerini ne derece yerine getirdiğine bağlı olarak değişmektedir. Bu ihtimal, jürinin tanığı soruşturmaya alakasız bir konuda yalan ifade elde etmek için çağırması durumunda yüksekken; jürinin sorgusu, yargılama konusu suçlarla ilgili ise savunmanın başarılı olması mümkün değildir¹¹⁶.

Daha önce ifade edildiği üzere, bir kimsenin yalan tanıklık suçundan mahkûm edilebilmesi için verilen ifadenin “esaslı” olması gerekmektedir. Bu nedenle soruşturmaya ilgili olmayan bir konuda verilen yalan ifadenin “önemsiz” olduğu kanıtlanarak da başarılı bir savunma yapılabileceğinden, yalan tanıklık tuzağı savunmasına gerek olmadığı da ileri sürülmektedir¹¹⁷.

F. ABD Anayasası’nın Ek 5. Maddesi (Fifth Amendment)

ABD Anayasası’nın ek 5. maddesi, bireylere hem cezai hem de hukuki davalarla ilgili birtakım haklar bahşetmektedir. Ceza davalarında, ek. 5. madde büyük jüri hakkını garanti altına alır, aynı fiilden dolayı iki kez cezalandırılmayı yasaklar ve kişiye kendi aleyhine tanıklık etmeme muafiyeti (susma hakkı) sağlar¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki, bir kimsenin, bu muafiyetler altındayken vermiş olduğu gerçeğe aykırı ifadeleri nedeniyle yargılanmasına bir engel yoktur. Ek 5. maddeyle sağlanan muafiyet, sanığı ancak geçmişte işlenen suçlar nedeniyle yapılabilecek kovuşturmaya karşı koruyabilir; bu madde adalet yönetiminin işleyişini bozabilecek yalan beyanlara karşı herhangi bir koruma sağlamamaktadır. Genel bir ifadeyle, Ek 5. madde, kişiye mahkemeye itaatsizlik olarak değerlendirilme riski olmadan susma hakkı verir, ancak kişiye yalan beyanda bulunma hakkı vermez¹¹⁹.

Sanık susma hakkı yerine konuşmayı ve mahkemeyi kandırmayı tercih ettiğinde ise, ek 5. madde artık onu korumayacaktır. Bununla birlikte, sanık, söz konusu yalan tanıklığın susma hakkına sahip olduğu bir cezai meseleyle yakından ilişkili olduğunu ortaya koyabilirse, ek 5. madde savunmasını başarılı bir şekilde ileri sürebilecektir. Ayrıca Yüksek Mahkeme, ek 5. madde haklarına ilişkin bazı önemli ihlallerin, yalan tanıklık suçlaması için bile yapılan tanıklığı geçersiz hale getirebileceğini belirtmiştir¹²⁰.

Sonuç

Amerikan Ceza Hukuku sisteminde adli ve idari işlemlerde yeminli olarak yalan beyanda bulunmak veya bir kimseyi yalan tanıklık yapmaya teşvik etmek farklı suç tipleri kapsamında düzenlenmiştir. Bunlardan ilki olan *Genel Yalan Tanıklık Suçu (m. 1621)*, yetkili bir mahkeme, kurul, memur ya da şahıs huzurunda gerçekleştirilen resmi işlemlerde yapılan yalan tanıklığı düzenlemektedir. 1623.

115 Morvillo/Morvillo, s.10.

116 Choi/Kachadoorian/Porter, s.1613-1614.

117 McLain, s.892.

118 https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment (Erişim Tarihi: 20.07.2020)

119 Gohlke/Cavalli, s.1102.

120 Breedlove, s.922.

madde ile düzenlenmiş olan *Adli Süreçlerde Yalan Tanıklık Suçu* ise yalnızca mahkeme veya büyük jüri huzurunda ya da bu mahkeme ve jüri önünde yapılacak bir yargılamaya bağlı olarak yürütülen adli süreçlerde işlenebildiğinden daha dar kapsamlı bir hükümdür. *Yalan Tanıklığa Teşvik Suçu (m. 1622)* ise bir kimsenin gerçeğe aykırı tanıklık yapması için teşvik edilmesini cezalandırmaktadır.

Beyanın yemin altındayken verilmiş olması ve beyanın gerçeğe aykırı olması bu üç yalan tanıklık suçu için de ortak unsurlar olarak göze çarpmaktadır. Ayrıca bu suçların herhangi birinden hüküm kurulabilmesi için verilen yalan beyanın esaslı olması gerekmektedir. Beyanın esaslı olmasından kasıt ise, verilen yalan beyanın sonuca etkili, diğer bir deyişle, karar vericinin tahkikatı açısından önemli bir hususa ilişkin olmasıdır.

Genel yalan tanıklık suçunda, bir kimse yeminli bir şekilde gerçeğe aykırı olduğunu bildiği esaslı bir beyanda bulunduğu bu suçtan dolayı sorumlu olmaktadır. Bununla birlikte, adli süreçlerde işlenen yalan tanıklık suçu, esaslı konularda yalan beyanda bulunarak ya da gerçeğe aykırı olduğunu bilinen bir ifade içeren maddi delillerin mahkemeye sunulması suretiyle de işlenebilmektedir. Dolayısıyla, suçun işleniş biçimi açısından adli süreçlerde yalan tanıklık suçunun daha kapsayıcı bir hüküm olduğu söylenebilir.

Genel yalan tanıklık suçu ve adli süreçlerdeki yalan tanıklık suçu, manevi unsur açısından da birbirinden ayrılmaktadır. Genel yalan tanıklık suçunda önceden oluşmuş yalan tanıklık yapma yani aldatma kastıyla birlikte ifadenin gerçeğe aykırı olduğu bilgisini gerektirirken, m. 1623'de sadece tanıklık yapıldığı sırada verilen ifadenin gerçeğe aykırı olduğu bilgisi aranmaktadır.

Genel yalan tanıklık suçunun kanıtlanması bakımından “iki tanık kuralı” olarak adlandırılan özel bir ispat sistemi kabul edilmiştir. Bu kurala göre, bir ifadenin yalan olduğundan bahisle o ifadeyi veren kimse hakkında yalan tanıklık suçundan hüküm verilebilmesi için o ifade aleyhinde yalnızca bir tanığın yeminli ifadesi tek başına yeterli olmamaktadır. Sanığın yeminli ifadesinin yalan olduğunun tespiti, ancak bu ifadeye karşı iki bağımsız tanık ifadesi veya bir tanığın ifadesinin yanında onu destekleyici diğer deliller bulunması halinde mümkündür. Yargısal süreçlerde işlenen yalan tanıklık suçunda ise, genel yalan tanıklık suçu için aranan iki tanık kuralına yer verilmemiştir. Yalan tanıklığa teşvik suçu bakımından ise doğal olarak, ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir. Teşvik sonucu işlendiği iddia edilen yalan tanıklık suçu m. 1621 kapsamına girmekteyse, iki tanıkla ispat kuralına riayet edilmesi gerekirken, m. 1623 kapsamına girmekteyse iki tanıkla ispat kuralı aranmayacaktır.

Genel yalan tanıklık suçu ile adli süreçlerdeki yalan tanıklık suçu arasındaki önemli farklardan biri de tutarsız ifadelerle ilişkindir. Kural olarak, bir kimsenin m. 1621 veya 1623'de yer alan suçlardan mahkûm edilebilmesi için verilen ifadenin gerçeğe aykırı olduğunun kanıtlanması gerekir. Bununla birlikte, adli süreçlerde yalan tanıklık suçuna ilişkin m. 1623'ün (c) bendinde özel bir hükme yer verilmiştir. Bu istisnai nitelikteki hükme göre, mahkûmiyet kararı verilebilmesi bir ifadenin yanlış olduğunun değil, sadece sanık tarafından verilen ifadelerin birbiriyle uzlaşmayacak şekilde tutarsız olduğunun ispatlanması yeterlidir.

Söz konusu yalan tanıklık suçlarında sanıkların veya müdafilerinin öne sürebileceği savunmalar büyük ölçüde paralellik arz etmektedir. Beyanın gerçek olduğu, vazgeçme, yalan tanıklık tuzağı vb. gibi savunma olanakları bulunmaktadır. Örneğin, m. 1623'ün (d) bendinde açıkça bir yalan tanıklıktan vazgeçme savunması imkânı tanınmaktadır. Verilen gerçeğe aykırı ifade, yargılamayı önemli ölçüde etkilememiş ve gerçeğe aykırılığın ortaya çıkacağı henüz aşikâr olmamışsa, kişi bu beyanını gerçeğe uygun bir şekilde düzelterek sorumluluktan kurtulma olanağına sahiptir. Vazgeçme savunması, genel yalan tanıklık suçu açısından ise olumlu ya da kabule şayan bir savunma değildir. Ancak mahkemeler, gerçeğe aykırı ifadeden vazgeçilmesini veya bu ifadenin gerçeğe uygun şekilde düzeltilmesini, "sanığın en başından beri yalan tanıklık yapma niyetinin olmadığı" şeklinde yorumlayarak sanık lehine hüküm verebilmektedir.

Kaynakça

- Adams, Richard M.**, "Criminal Law: Contradictory Statements under Oath as Grounds for Perjury in the Federal Courts", *Michigan Law Review*, Vol. 53, No. 8 pp. 1165-1177, Jun., 1955.
- Attorneys and Subornation of Perjury**, *Maine Law Review*. Vol. 26, 297, 1974.
- Breedlove, Tristan**, "Perjury", *American Criminal Law Review*, 46 (2), pp. 899-925, 2009.
- Doyle, Charles**, "False Statements and Perjury: An Overview of Federal Criminal Law", May 11, 2018.
- Choi, Erin/Kachadoorian, James/Porter, Nathaniel**, "Perjury", *American Criminal Law Review*, 53 (4), pp. 1591-1617, 2016.
- Comments**, "Perjury: The Forgotten Offense", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 65, No. 3 (Sep., 1974), pp. 361-372, 1973.
- Foley, Michael Oliver**, "Police Perjury: A Factorial Survey", Doctoral Thesis, The City University of New York Graduate Faculty in Criminal Justice, , 2000.
- Gershman, Bennett L.**, "The "Perjury Trap"", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol.129, pp.624-700, 1981.
- Gohlke, Melissa/ Cavalli, Mikaela**, "Perjury", *American Criminal Law Review*, 49 (2), pp. 1079-1106, 2012.
- Göktürk, Neslihan**, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20 (1), ss. 347-410, 2016.
- Green, Stuart P.**, "Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements", *Hastings Law Journal*, Vol.53, pp. 157-212, 2001.
- Hessick, Carissa**, "Prosecutorial Subornation of Perjury: Is the Fair Justice Agency the Solution We Have Been Looking For", *South Dakota Law Review*, Vol.47, pp. 255-281, 2002.
- Hsen, Mark/Fasano, Anna/McElroy, Saunders**, "Perjury", Vol. 55, *American Criminal Law Review*, pp.1537-1564, 2018.
- İçer, Zafer**, "Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 18 (1), ss.179-226, 2012.
- McLain, Billy Joe**, "Debunking The Perjury Trap Myth", *Texas Law Review*, Vol. 88 Issue 4, pp. 883-896, Mar 2010.
- Morvillo, Robert G./Morvillo, Christopher J.**, "Untangling the Web: Defending a Perjury Case", *SECRETS & LIES* Vol. 33, No. 2, pp. 8-15, Winter 2007.
- Orfield, Lester B.**, "Proof of Perjury and the Two Witnesses Requirement in Federal Criminal Cases", 17 *Sw L.J.* 227, 1963.
- Scheb, John M./Scheb II, John M.**, *Criminal Law and Procedure*, Cengage Learning, Seventh Edition, 2010.

Shuy, Roger W., *The Language of Perjury Cases*, Oxford University Press, 2011.

Underwood, Richard H.; “False Witness: A Lawyer’s History of The Law of Perjury”, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol: 10, No: 2, 1993.

Underwood, Richard H., “Perjury! The Charges and the Defenses”, *Duquesne Law Review*, Vol.36, 1998.

https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/evidence/(Erişim Tarihi:11.07.2020)

https://www.law.cornell.edu/constitution/fifth_amendment (Erişim Tarihi: 20.07.2020)

<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-79> (Erişim Tarihi: 02.06.2020).

https://www.law.cornell.edu/wex/miranda_warning (Erişim Tarihi: 27.07.2020)

<https://www.sec.gov/litigation/complaints/comp18169.htm> (Erişim Tarihi:16.07.2020)

<https://www.nytimes.com/2008/08/01/business/01insider.html> (Erişim Tarihi: 29.06.2020)

Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Kişilere İlişkin Tutulan Kayıtlar Üzerine Bir İnceleme

An Analysis of the Records Regarding Persons in the General Information Collection (GBT) System

Bilal OSMANOĞLU* 

Öz

Bu çalışma Genel Bilgi Toplama (GBT) sisteminde kişilere ilişkin kayıt tutulmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS) ve Türk Anayasası'na uygunluğunu incelemeyi hedeflemektedir. Kişisel veriler, 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin (108 sayılı Sözleşme) 2. maddesinde kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler olarak tanımlanmıştır. Bu bağlamda yakalama emri, ceza kovuşturma bilgisi veya kimi suçlardan mahkûmiyet hükümlerinin tutulması, kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelmektedir. Kişisel veriler, özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır. Özel yaşama saygı hakkı ise AİHS'in 8. maddesi ile Türk Anayasası'nın 17. ve 20. maddeleri kapsamında korunmaktadır. O halde GBT sisteminde söz konusu maddelere uygun bir şekilde kayıt tutulması gerekmektedir. Bu sebeple GBT sistemi, yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük testlerine tabi tutulmuştur. GBT sisteminin yasal dayanağı olan Bilgi Toplama Yönergesi, "Hizmete özel" olması nedeniyle Resmî Gazete'de yayımlanmamıştır. Ayrıca sisteme işlenen mahkûmiyet hükümleri kişinin ölümüne kadar silinmemektedir. Bu iki durum, GBT sisteminin söz konusu testlerden geçememesinin en önemli iki nedenidir.

Anahtar Kelimeler: Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemi, Bilgi Toplama Yönergesi, Kişisel veri, Özel yaşama saygı hakkı, Yasallık, Meşru amaç, Demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük.

Abstract

This study aims to analyze the compliance of the records regarding persons in the General Information Collection (GBT) system with the European Convention on Human Rights (ECHR) and the Turkish Constitution. Personal data is defined as any information relating to an identified or identifiable individual in article 2/1-a of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (Convention 108). In this context, recording of apprehension warrant, criminal prosecution information, or convictions provision for certain crimes means the processing of personal data. Personal data is part of the right to respect for private life. The right to respect for private life is protected by article 8 of the ECHR and articles 17 and 20 of the Turkish Constitution. Therefore, it is necessary to keep a record under the said articles in the GBT system. For this reason, the GBT system has been subjected to the

* Arş. Gör., Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, osmanoglu@tau.edu.tr

legality, legitimate aim, and necessary in a democratic society and proportionality tests. The Information Gathering Directive, which is the legal basis of the GBT system, was not published in the Official Gazette because it is “restricted data”. Also, the records of convictions on the system are not deleted until the death of the person. These two cases are the two most important reasons why the GBT system cannot pass the tests in question.

Keywords: General Information Collection (GBT) system, Information Gathering Directive, Personal data, Right to respect for private life, Legality, Legitimate aim, Necessary in a democratic society and proportionality.

GİRİŞ

Günümüzde kişisel veriler, büyük miktarda verilerin toplanmasına, işlenmesine ve depolanmasına izin veren yeni teknikler nedeniyle daha önce hiç olmadığı kadar çok ve farklı kaynaklarca işlenmektedir¹. Kişisel verileri işleyen kimi zaman kamu makamları kimi zaman özel hukuk kişileri olmaktadır. Kamu makamları bu verileri, ekseriyetle kamu düzeni ve kamu güvenliği gibi nedenlerle işlemektedir ancak bu durum, verilerin işlenmesini doğrudan meşru kılmamaktadır. Zira kişisel verilerin, hangi gerekçelerle işleneceğine, hangi alanlarda kullanılacağına ne kadar saklanılacağına ve ne şekilde silineceğine ilişkin hem uluslararası sözleşmeler hem de anayasal hükümler ve kanuni düzenlemeler bulunmaktadır². Bu veriler ister kamu makamları ister diğer süljeler tarafından işlensin söz konusu düzenlemelerde belirtilen sınırlamalara uyulmak zorundadır. Aksi bir yaklaşım temel insan haklarını ihlal edecektir. Bu çalışmanın konusunu, kamu makamlarından polis ve jandarma tarafından bir ceza soruşturması veya kovuşturmasıyla ilgili bilgilerin tutulduğu Genel Bilgi Toplama (GBT) sistemi oluşturmaktadır. GBT sisteminde kayıp kişiler, çalınan, kaybedilen ya da gasp edilen ateşli silahlar, motorlu taşıtlara ilişkin bilgiler ve daha birçok farklı konuda kayıt tutulmaktadır. Ancak biz çalışmamızı, bir ceza soruşturması ve kovuşturmasına bağlı olarak kişilere ilişkin tutulan kayıtlar ile sınırladık. Zira bu kayıtlar, kişilerin özel yaşama saygı hakkına ilişkindir ki bu hak hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) hem de Türk Anayasası tarafından korunmaktadır.

Kamu makamlarınca birçok farklı şekilde kişisel veriler tutulmaktayken özel olarak GBT sistemini ele almamızın birkaç temel nedeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki söz konusu sistemin, “*Hizmete özel*”

- 1 Franziska **Boehm**, Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level, Springer, Heidelberg, 2012, s. 19; Stephen J. **Schulhofer**, “An International Right to Privacy? Be Careful What You Wish For”, International Journal of Constitutional Law, C. 14, Sa. 1, 2016, s. 241 (238-261); Şeyma **Sert**, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 89.
- 2 Dünya çapında ilk veri koruma kanunu 1970 yılında Almanya'nın Hessen Eyaleti'nde; ilk ulusal veri koruma kanunu 1973 yılında İsveç'te kabul edilmiştir. 1981 yılında bünyesinde tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi 108 sayılı Sözleşme'nin kabul edildiği Avrupa Konseyi ise Avrupa düzeyinde veri koruma haklarının geliştirilmesi konusunda en önemli aktör olmuştur. Bkz. Alexander **Genz**, Datenschutz in Europa und den USA, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2004, s. 9, 10; **Boehm**, s. 20. Konuya ilişkin ilk içtihatlar incelendiğinde ise Alman Federal Anayasa Mahkemesinin 15.12.1983 tarihli “Nüfus Sayımı” kararı öne çıkmaktadır. Mahkemenin kişisel verilerin korunmasını, insan onuru ve kişilik hakkı kapsamında değerlendirdiği bu karar, birçok ülkedeki kişisel verilere ilişkin yasama faaliyetlerinde dikkate alınmıştır. Bkz. Mesut Serdar **Çekin**, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yay., 2020, s. 6-7.

olduğu gerekçesiyle vatandaşların erişimine kapalı bir yönergeye göre yürütülmesidir. Dolayısıyla vatandaşlar kendileri hakkında hangi nedenlerle ne zaman ve ne kadar süreyle veri tutulacağını öngörememektedir. İkinci olarak bu gizli yönergeye göre, kimi suçlardan dolayı hükmedilmiş ceza mahkûmiyeti bilgileri, kişinin ölümüne kadar saklanmaktadır. Bu bilgiler ise güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmaları gibi alanlarda kullanılmaktadır. Daha açık bir deyişle bir kişinin gençken işlediği bir hırsızlık suçu, yıllar sonra karşısına çıkabilmektedir ki bu mahkûmiyet hükmü adli sicil kaydından uzun zaman önce silinmiş olsa dahi. Bu durum, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi bakımından ciddi sakıncalar doğurmaktadır. Çalışmamız iki ana bölümden oluşmaktadır.

İlk bölümde GBT sistemi ele alınmaktadır. Bu bağlamda sistemin ortaya çıkışı ve işleyişi genel olarak ortaya konulduktan sonra sistemde tutulan kişilere ilişkin bilgilerin hukuki niteliği açıklanmaktadır. Ardından GBT sisteminde form açma ve kapama konuları incelenmektedir. Bu bölümde son olarak GBT sisteminin, adli sicil kaydı sistemi ve Ulusal Yargı Ağı Projesi Sistemi (UYAP) ile benzerlikleri ve farklılıkları üzerinde durulmaktadır.

İkinci bölüme ise genel hatlarıyla özel yaşama saygı hakkı üzerinde durularak başlanmaktadır. Daha sonra GBT sisteminde kişilere ilişkin tutulan kayıtların, bu hakka bir müdahale teşkil edip etmediği açıklanmaktadır. Çalışmanın devamında ise söz konusu kayıtların, AİHS ve Türk Anayasası'nda korunan özel yaşama saygı hakkını ihlal edip etmediği incelenmektedir. Bu kapsamda konu sırasıyla yasallık, meşru amaç ve demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük testleri açısından irdelenmektedir. Bu sırada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ve Türk Anayasa Mahkemesinin (AYM) benzer konulardaki içtihatlarına yer verilmekte ve AYM'nin GBT sistemine ilişkin daha önce vermiş olduğu iki karar ele alınmaktadır. Bu testlere ilişkin alt bölümlerden her biri görüşümüzün açıklanması ile tamamlanmaktadır.

I. Genel Bilgi Toplama Sistemi

Genel bilgi toplama (GBT), polis ve jandarma tarafından haklarında yakalama emri, tutuklama kararı yahut yurt dışına çıkış yasağı düzenlenmiş olan kişilerin kayıtlarını tutmak suretiyle yakalanmalarını sağlamak ve yakalanmış olsalar da haklarında yargı yerlerince kovuşturma yürütülenlere ilişkin kayıtların işlenmek suretiyle istihbari bilgi toplamak amacıyla yürütülen sistemdir³. Karşılaştırmalı hukukta da benzer sistemler kullanılmaktadır⁴.

3 Bkz. ve krşl. İbrahim Çiçek, "GBT (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, Sa. 88, Aralık 2013, s. 45; Necmettin Aydın, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 171 (169-193) (Erişim: <http://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerIII/126.pdf>, ET: 29.11.2019).

4 Birleşik Krallık'ta GBT benzeri bir veri ağı ve kullanım amacı olan "PNC (The Police National Computer) Veritabanları" kullanılmaktadır. Bu sistemde hüküm giymiş veya yakın zamanda tutuklanmış kişilere ilişkin bilgiler bulunmaktadır. PNC, önceki tüm tutuklama ve mahkûmiyetlerden, parmak izi ve DNA bağlantılarına kadar çok detaylı bilgiler içermektedir. Öte yandan PNC sistemine, GBT sistemine olduğu gibi, çalıntı, kayıp veya suça karıştığına inanılan araçlara ilişkin bilgiler de işlenmektedir. Bkz. Marshall Daniel/ Thomas Terry, *Privacy and Criminal Justice*, Palgrave Macmillan, 2017, s. 102 vd. Birleşik Krallık'taki tüm polis kuvvetleri, Mayıs 2017 itibarıyla 12,2 milyondan fazla kişisel kayıt, 62,6 milyon araç kaydı ve 58,5 milyon sürücü kaydı barındıran PNC'ye erişebilmektedir. Bkz. Alexander Babuta, *Big Data and Policing: An Assessment of Law Enforcement Requirements, Expectations and Priorities*, RUSI Occasional Papers, Eylül 2017, s. 9 (Erişim: https://rusi.org/sites/default/files/201709_rusi_big_data_and_policing_babuta_web.pdf, son

GBT kayıtları İçişleri Bakanlığına bağlı Kaçakçılık İstihbarat, Harekât ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı (KİHBİ) tarafından çıkartılmış 29.03.2005 tarih ve B05KDH-73-23-71 sayılı KİHBİ Bilgi Toplama Yönergesi'ne göre tutulmaktadır. Şahıs bilgi formu açmaya, soruşturmayı yapan İlçe veya Şube Bilgi Toplama Birimi yetkilidir⁵. Söz konusu Yönerge ise “*Hizmete Özel*” gizlilik derecesini taşıdığı için Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır⁶. Öte yandan Danıştay, Bilgi Toplama Yönergesi'nin hukuka aykırı olduğundan bahisle açılan iptal davasını “*Emniyet makamlarının istihbari nitelikte bilgi toplamaları, adli soruşturma sonuçlarını kaydetmeleri ve bu bilgileri arşivleyip bilgi fişi düzenlemelerine ilişkin usul ve esasları belirleyen dava konusu yönergede mevzuata ve hukuka aykırılık bulunmamakta*” ifadeleriyle reddetmiştir⁷.

Bilgi Toplama Yönergesi'nin yasal dayanağını, Yönerge'nin 3. maddesine göre; 3152 sayılı İçişleri Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un (İçişleri Teşkilat Kanunu) 13/c bendi⁸ ve 33.

E.T: 07.11.2020). Öte yandan Birleşik Krallık'ta 2002'deki bir cinayet vakası soruşturmasında kolluk kuvvetlerinin, başka bir gücün yerel sistemlerinde tutulan bilgilere doğrudan erişememesinin yarattığı sıkıntılardan hareketle 2010 yılında ulusal bir bilişim sistemi daha kurulmuştur. Kısaca PND (The Police National Database) olarak adlandırılan bu sistem, Birleşik Krallık'ta yerel olarak tutulan istihbarat ve diğer bilgilerin ulusal düzeyde paylaşılmasına ve bunlara erişilmesine imkân sağlamaktadır. PND'nin temel amacı, çocukları ve savunmasız insanları korumak, terörizme karşı koymak ve ciddi ve organize suçları önlemek olarak gösterilmektedir. Sisteme şu ana kadar 3,5 milyar veri işlenmiş ve aylık ortalama 20 milyon veri işlenmeye devam edilmektedir. Bkz. <https://www.data1ynx.net/case-studies/police-national-database/>, son E.T: 07.11.2020.

Fransa'da ise suçların ortaya çıkarılması, bu suçlara ilişkin delillerin toplanması ve faillerinin aranmasını kolaylaştırması için STIC (le système de traitement des infractions constatées) olarak kısaltılan yine GBT benzeri bir veri tabanı kullanılmaktadır. Bu sistemde belli suçlardan dolayı haklarında ceza soruşturması başlatılan kişilere ilişkin isim, doğum tarihi ve yeri, adres, meslek gibi bilgiler ile suçlandıkları suçlara ilişkin yer ve tarih bilgileri yer almaktadır. Büyük bir ceza davasına ilişkin olarak sisteme işlenen veriler kural olarak 20 yıl saklanmakla birlikte, suçun ciddiyeti ve failin suç tarihindeki yaşı gibi hallerde bu süre 5 ila 40 yıl arasında değişebilmektedir. Mağdurlara ilişkin bilgiler ise en fazla 15 yıl süreyle saklanmaktadır. STIC'ye polis, jandarma ve gümrük görevlileri ile adli kolluk yetkisi ile donatılmış diğer kişiler erişebilmektedir. Bkz. AİHM, *Brunet/Fransa Kararı*, B. No: 21010/10, KT: 18.09.2014, par. 11-15.

5 **Çiçek**, *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 45.

6 AYM, *Bülent Kaya Kararı*, B. No: 2013/2941, KT: 11.05.2016, par. 19 (çalışmada kullanılan tüm AYM bireysel başvuru kararlarına, <https://kms.kaysis.gov.tr> adli internet adresinde erişime açılmakla birlikte Ekim 2019'dan beri erişime kapalıdır. Bu hususta ayrıca bkz. Naciye Betül Haliloğlu, “Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 36, Sa. 2, 2019, s. 356, dn. 17 ve s. 375, dn. 115 (349–400). Bahsi geçen internet adresi son olarak 10.11.2020 tarihinde kontrol edilmiş ve Bilgi Toplama Yönergesi'nin halen erişime kapalı olduğu görülmüştür. Bu sebeple çalışmada, Bilgi Toplama Yönergesi'nin maddelerine doğrudan atıfla yer verildiği takdirde, ilgili maddelere açıkça yer veren eser veya yargı kararlarına atıf yapılacaktır.

7 Danıştay 10. D., K. 2006/7450 ve T. 27.12.2006 (karar için bkz. **Çiçek**, *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 45). Öte yandan Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9. maddesi ile 16/b bendinin iptali ve yürütülmesinin durdurulması istemiyle açılan davada ise Danıştay, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27. maddesine öngörülen koşulların bu aşamada gerçekleşmediği anlaşıldığından yürütmenin durdurulması isteminin reddine karar verirken; iptal istemine ilişkin bir belirleme yapmamıştır. Bkz. Danıştay 10. D., E. 2015/1649, T. 30.09.2015 (www.kazanci.com).

8 3152 sayılı Kanun m. 13: “*Kaçakçılık İstihbarat, Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığının görevleri şunlardır... c) Suç işleyip ele geçmeyen kişilerin, çalınan veya kaybedilen motorlu taşıtların, ateşli silahların, kimliği ispata yarayan her türlü belgelerin kayıtlarını tutarak güvenlik kuvvetlerine bildirmek, görevli kuruluşlarla ilgili kuvvetleri arasında koordinasyon sağlamak.*”

maddesi⁹, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu'nun (PVSK) Ek 7. maddesi¹⁰ ve 17.12.1983 tarihli Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin (Jandarma Teşkilat Yönetmeliği) 42/e-f bentleri¹¹⁻¹² oluşturmaktadır¹³. Ayrıca, Bilgi Toplama Yönergesi'nin 2559 sayılı PVSK'nın "Durdurma ve Kimlik Sorma" başlıklı 4/A maddesine¹⁴ de dayandığı ifade edilmiştir¹⁵. Aşağıda ilk önce GBT sistemi ele alınacak, ardından söz konusu madde ve bentlerin, Bilgi Toplama Yönergesi'ne gerçekten dayanak oluşturup oluşturmadığı incelenecektir.

Emniyet birimlerinin böyle bir veri tabanı oluşturmasının amacı Bilgi Toplama Yönergesi'nin 1. maddesinde, "*Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere; güvenlik kuvvetleri ile görevli kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak suretiyle, suç işlemesi sebebiyle aranmasına karar verilen, kaybolan, yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan, kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişilerin kayıtlarının tutulmasının esas ve usullerini*" düzenlemek olarak ifade edilmiştir¹⁶.

Bilgi Toplama Yönergesi'nin 7. maddesine göre adli makamlarca verilen yakalama emri ve yokluğunda tutuklama kararı¹⁷ ile arananlar ve yakalanmış olsalar da Yönerge'nin 9/b maddesinde sayılan suçları işleyenler¹⁸ hakkında bilgi formu düzenlenmektedir. Ayrıca sistemde; kayıp kişiler hakkındaki bilgiler, belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılanlar (kamu hizmetlerinden men edilenler) ile ilgili bilgiler, çalınan, kaybedilen veya gasp edilen, ateşli silahlar, motorlu taşıtlar ve her türlü kimliği ispata yarayan belgelerle ilgili bilgiler, İçişleri Bakanlığınca sistemde aranması uygun görülen askeri suçlular, askerlik şubelerince periyodik olarak, mülki makam aracılığı ile güvenlik kuvvetlerine gönderilen askeri suçluları gösterir listeler, Cumhuriyet Başsavcılıklarınca soruşturma

9 3152 sayılı Kanun m. 33: "*Bakanlık, kanunla yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve diğer idari metinlerle düzenlemekle görevli ve yetkilidir.*"

10 2559 sayılı PVSK Ek m. 7: "*Polis, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğine dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak, emniyet ve asayiş sağlama üzere, ülke seviyesinde ve sanal ortamda istihbarat faaliyetlerinde bulunur, bu amaçla bilgi toplar, değerlendirir, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırır. Devletin diğer istihbarat kuruluşlarıyla işbirliği yapar.*"

11 Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nin m. 42: "*Jandarma; emniyet ve asayiş sağlamak, kamu düzenini korumakla yükümlü olup, bu görevlerini iki şekilde yürütür.*

...

(e) *Eski hükümlülerin, sabıkalı ya da şüpheli ve serserilerin, iş ve ilişkilerini araştırır. Belirli zaman aralıklarıyla çevrelerinde gizlice soruşturur ve elde ettiği bilgileri kayıtlara geçirerek; toplumun emniyet ve asayiş yönünden, gerekli önlemleri alır. Bu gibi/erin suç işlemesini önler. Jandarmanın bu konuya ilişkin görevleri bir yönergede gösterilir.*

(f) *Suç faili olarak aranan kişilerin, izlenmesi ve ele geçirilmesi amacıyla gerekli teşkilatı kurar, kayıtlarını tutar, diğer kamu kurum ve kuruluşlarıyla işbirliği sağlar. Bu konuyla ilgili ayrıntılar, bir yönergeyle düzenlenir."*

12 Bilgi Toplama Yönergesi'nde Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'nden söz edilmekle birlikte yönetmeliğin ismi Jandarma Teşkilatı Görev ve Yetkileri Yönetmeliği'dir. Bununla birlikte 21.01.2017 tarihinde Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Yönetmeliği isimli başka bir yönetmelik Resmî Gazete'de yayımlanmış ve 1983 tarihli Yönetmeliği yürürlükten kaldırmıştır.

13 AYM, Bülent Kaya, par. 19.

14 2559 sayılı PVSK m. 4/A/1-c: "*Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek*".

15 Çiçek, Terazi Hukuk Dergisi, s. 45.

16 Aydın, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 172.

17 Türk hukukunda kaçaklar dışında, kişinin yokluğunda tutuklama kararı verilememektedir (CMK m. 248/5).

18 Bilgi Toplama Yönergesi 9/b maddesi uyarınca sanığı yakalanmış olsa dahi hakkında bilgi formu açılacak suç türleri için bkz. İbrahim Çiçek, Adli Sicil ve Adli Arşiv Kaydının Silinmesi, 3. Baskı, Seçkin Yay., 2013, s. 250-253.

talebi, aleyhinde suç duyurusu, şahsi başvuru vb. sebeplerle re'sen dava açılanlar hakkında yapılacak işlemler de işlenmektedir¹⁹. Ancak bu çalışmada esas itibarıyla kişiler hakkında bir ceza soruşturması başlaması nedeniyle tutulan kayıtlarla sınırlı olarak bir inceleme yapılacaktır.

Tutulan bu bilgi formlarının ne şekilde kullanıldığı İçişleri Bakanlığının KİHBİ Dairesi Başkanlığının AYM'ye hitaben gönderdiği 11.06.2015 tarihli ve 1962 sayılı yazıda şu şekilde belirtilmiştir²⁰: “GBT sistemine kaydı yapılan bilgilerin, kolluk kuvvetlerine suç ve suçlularla mücadele çalışmalarında istihbarat kaynağı olarak, idarenin vatandaşlarla ilgili yürüttüğü iş ve işlemlerde (silah ruhsatı, sürücü belgesi ve pasaport verilmesi, kamu hizmetlerinden men cezalarının takibi) kullanıldığı, bunun yanı sıra 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesinde ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği gereği, bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatlarında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutuk evlerinde çalıştıracakları personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemleri için kullanıldığı ifade edilmiştir. İlgili program esas olarak İçişleri Bakanlığına bağlı kolluk birimlerince kullanılmakla birlikte, ayrıca Başbakanlık ve Maliye Bakanlığı bünyesinde bulunan birimler ile yapılan protokoller gereği bilgi paylaşımı yapılmaktadır”.

4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun (BEHK) yürürlüğe girmesiyle birlikte Bilgi Toplama Yönergesi'nin 16/c-6. bendinde değişiklik yapılmış ve böylelikle herkes GBT sisteminde kendisi hakkında herhangi bir kayıt olup olmadığını, Valilik veya Kaymakamlığa bir dilekçe ile başvurmak suretiyle öğrenebilme imkanına kavuşmuştur²¹. Ancak aranan kişilerle ilgili bilgi kaydı verilmemektedir. Bilgi Edinme Değerlendirme Kurulunun (Kurul) bir kararına konu olan olayda, GBT sisteminde şahsına ait bir bilgi formu oluşturulup oluşturulmadığını öğrenmek amacıyla Beşiktaş İlçe Emniyet Müdürlüğüne başvuran bir kişi, talebinin Bilgi Toplama Yönergesi'nin 16/c-6. bendi gerekçe gösterilerek reddedilmesi üzerine konuyu Kurula taşımıştır. Kurul da 4982 sayılı BEHK'nın kamu kurum ve kuruluşlarına *bilgi verme yükümlülüğü* yükleyen 5. maddesinden²² söz ettikten sonra talep edilen bilginin BEHK'nın istisna hükümleri kapsamında olmadığını vurgulamış ve başvuru sahibine GBT sisteminde şahsına ilişkin bilgilerin sunulması gerektiğine oybirliği ile karar vermiştir²³.

19 İbrahim Çiçek, G. B. T (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi, hukukmedeniyeti.org, 17.11.2015 (Erişim: <https://www.hukukmedeniyeti.org/haber/6099/gbt-kaydinin-silinmesi-ibrahim-cicek-c-savcisi/>, ET: 14.11.2019).

20 AYM, *Bülent Kaya*, par. 19.

21 Çiçek, *Terazi Hukuk Dergisi*, s. 46.

22 Kurum ve kuruluşlar, bu Kanunda yer alan istisnalar dışındaki her türlü bilgi veya belgeyi başvuranların yararlanmasına sunmak ve bilgi edinme başvurularını etkin, süratli ve doğru sonuçlandırmak üzere, gerekli idarî ve teknik tedbirleri almakla yükümlüdürler.

23 <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/isteyen-gbt-sine-ulasabilecek-21195728>, ET:14.11.2019.

A. GBT Sistemindeki Bilgilerin Hukuki Niteliği

GBT sistemine kişilerin, kimlik bilgileri ile haklarındaki yakalama emirleri, yurt dışına çıkış yasağı kararları ve derdest kovuşturma bilgileri ile kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri işlenmektedir. Bu verilerin hukuki niteliğinin belirlenmesinde, Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanan 28.01.1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (=108 sayılı Sözleşme) önemli bir yer tutmaktadır. Zira Türkiye, 108 sayılı Sözleşme'yi 28.01.1981 tarihinde imzalamış olup 18.02.2016 tarihinde Sözleşme'nin onaylanmasının uygun bulunduğu dair Kanun 29628 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır²⁴. Anayasa'nın 90/5. fıkrası²⁵ gereği usulüne göre yürürlüğe konulmuş bu Sözleşme, kanun hükmündedir²⁶. 108 sayılı Sözleşme'nin "*Tanımlar*" başlıklı 2/1-a bendi, *Kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi hakkındaki tüm bilgilerin kişisel veri olduğu* belirtmektedir.

Kişisel veri, aynı şekilde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun (KVKK) "*Tanımlar*" başlıklı 3/1-d bendinde de *Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi* olarak tanımlanmıştır. Ancak KVKK'nın 28/1-ç bendi²⁷ nedeniyle çalışmanın konusu olan GBT sisteminde kişilere ilişkin tutulan kayıtlar, bu Kanun hükümlerinin uygulama alanı dışında kalmaktadır²⁸. Bu konuda Avrupa Birliği hukuku içinde 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR²⁹) ve özellikle polis ve ceza adaleti otoritelerine yönelik 2016/680 sayılı Direktif³⁰ önemli düzenlemeler olarak dikkat çekmektedir. İç hukukta yapılacak mevzuat çalışmalarına rehberlik etmesi beklenen bu

24 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/02/20160218.htm>, son ET: 07.11.2020.

25 Anayasa m. 90/5: "*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*"

26 İnsan haklarına güvence getiren bütün uluslararası sözleşmelerin, yasalar karşısında öncelikle uygulanması gerektiği hakkında bkz. Sibel **İnceoğlu**, "Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yay. 2013, s. 9.

27 KVKK m. 28/1-ç: "*Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.*"

28 Polis, jandarma ve istihbarat teşkilatının önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetleri kapsamında işledikleri kişisel verilerin KVKK'nın koruma kapsamında olmadığı yönünde bkz. Turan **Atlı**, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2019, s. 15. Bu alanın tümüyle veri koruma ilkelerinin dışında bırakılmasının önemli hak ihlallerini beraberinde getirme tehlikesi yaratacağı yönünde bkz. Elif **Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019, s. 333. Öte yandan söz konusu bendin iptali için açılan davada AYM'nin değerlendirmeleri için bkz. AYM, E. 2016/125, K. 2017/143 ve T. 28.09.2017, par. 152-162.

29 General Data Protection Regulation. Tüzüğün Türkçe çevirisi için Murat Volkan **Dülger**, Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı, 6. Baskı, Seçkin Yay., 2020, s. 532-626.

30 Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data, and repealing Council Framework Decision 2008/977/JHA (Erişim: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN>, ET: 27.03.2020).

Tüzük ve Direktifi incelemenin, müstakil bir çalışmanın konusu olacağı kanaatindeyiz³¹. Bu sebeple ilgili bölümlerde Direktif'e yollama yapmak üzere bu noktada; mevzuatımızda, kişisel verilerin, kolluk ve adli birimlerce suçların önlenmesi, soruşturulması, kovuşturulması veya cezaların infazı amacıyla işlenmesine ilişkin bir düzenlemenin bulunmamasının önemli bir eksiklik olduğunu belirtmekle yetiniyoruz³².

AYM tarafından kişisel veri kavramının, kimliği belirli veya belirlenebilir olmak şartıyla bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda bireyin adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir³³.

Mahkeme, GBT sisteminde kişilere ilişkin tutulan kayıtları konu alan *Bülent Kaya* kararında, söz konusu bilgileri kişisel nitelikte veri kabul etmiştir³⁴. Kanaatimizce de kimlik bilgilerinin yanında yakalama emri, tutuklama kararı, yurt dışına çıkış yasağı ve derdest ceza yargılamasına ilişkin verilerin işlendiği bir sistem olan GBT sisteminde yer alan bilgiler, kişisel veri niteliğindedir. AİHM, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin kararlarını AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde vermektedir³⁵. Bu sebeple çalışmanın ikinci bölümünde özel yaşama saygı hakkı kapsamında GBT sisteminde kişilere ilişkin tutulan kayıtlar incelenecektir.

B. GBT Uygulamasının Hukuki Niteliği

GBT uygulaması, kolluk görevlilerinin şehir merkezleri, eğlence yerleri, havalimanları veya ulaşım araçları gibi kamuya açık alanlarda bulunan veya oradan geçmekte olan kişilerin kimlik bilgileri üzerinden GBT sistemine kayıtlı bilgilerinin sorgulanmasına verilen isimdir³⁶. Bir kolluk görevlisinin bu sorgulamayı yapabilmesi için öncelikle kişiyi durdurması, ardından kimlik bilgilerini

31 2016/679 sayılı Tüzük hakkında detaylı bilgi için bkz. Murat Volkan **Dülger**, "Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması", *Yaşar Hukuk Dergisi*, C. 1, Sa. 2, Temmuz 2019 (71-174). Ayrıca Tüzüğü konu eden yüksek lisans çalışması için bkz. Onur Doğan **Yörüük**, "(AB) 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Doğrultusunda Kişisel Verilerin Korunması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Haziran 2019.

2016/680 sayılı Direktif'in detaylı incelemesi için bkz. Gülşah **Bostancı Bozbayındır**, "Avrupa Birliği Ceza Hukuku'nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sa. 2018/2, 2018 (51-104).

32 Bu husus, Avrupa Komisyonu'nun 29.05.2019 tarihli Türkiye 2019 Raporu'nda (s. 31) da belirtilmiştir. Rapora erişim için bkz. <https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-turkey-report.pdf>, ET: 26.03.2020.

33 AYM, E. 2013/122, K. 2014/74 ve T. 09.04.2014.

34 AYM, *Bülent Kaya*, par. 54

35 Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Handbook on European Data Protection Law*, Lüksemburg, 2018, s. 275; **Bostancı Bozbayındır**, s. 56.

36 Benzer yönde bkz. **Aydın**, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 181.

öğrenmesi gerekmektedir. Durdurma, bir yerden başka bir yere gitmekte olan kişinin geçici bir süre bekletilmesidir³⁷. PYSK'nın 4/A/1 fıkrasında, durdurmanın hangi amaçlarla yapılabileceği belirtilmiştir³⁸. Bu amaçlar ile GBT sistemine işlenmiş bilgiler birlikte düşünüldüğünde, GBT uygulaması yapılmasındaki amaç, “*Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek*” olarak ön plana çıkmaktadır. Bu noktada söz konusu amacın, GBT uygulamasını, adli kolluk faaliyeti olarak nitelendirmeyi gerektirip gerektirmediği belirlenmelidir.

Türk hukukundaki adli kolluk ve idari kolluk ayrımı, organik anlamda değil, fonksiyonel anlamdadır. Zira hem adli kolluk görevleri hem de idari kolluk görevleri aynı teşkilat ve personel tarafından yerine getirilmektedir³⁹. Fonksiyonel ayrıma göre adli kolluk, bir suçla ilişkin olarak yürütülen faaliyetlerin genelini yürüten kolluğa verilen isim iken; idari kolluk, herhangi bir suçla ilgili olmayıp genel olarak kamu düzeninin sağlanmasına yönelik yürütülen faaliyetleri icra eden kolluğu nitelendirmek için kullanılan isimdir⁴⁰. Ancak faaliyetlerin aynı personel tarafından yürütülmesi ve görevlerin hızlıca birinden diğerine dönüşebilmesinden kaynaklanan nedenlerle bu ayrımı yapmak her zaman kolay olmamaktadır⁴¹. Örneğin, bir idari kolluk faaliyeti niteliğinde olan önleme aramasının, bir adli kolluk faaliyeti olan adli aramaya döndüğü olaylarla karşılaşılabilir. Bu tür olaylarda ayrım, önleme aramasına tabi tutulan kişi üzerinde somut bir suç şüphesinin belirginleşip belirginleşmediğinden hareketle yapılmaktadır⁴². Bize göre bu kıstas, bir GBT uygulamasının bir adli kolluk faaliyeti mi yoksa bir idari kolluk faaliyeti mi olduğu ayrımında da dikkate alınabilir. Şöyle ki somut bir suç şüphesi olmaksızın kolluğun, hakkında yakalama emri olan belirsiz sayıda kişiyi yakalamak amacıyla yaptığı “rutin” GBT uygulamasının idari kolluk faaliyeti; buna karşın bir ceza soruşturması sonrası yakalanan şüpheli hakkında veya belli bir şüphelinin yakalanması için suç yerindeki kişiler hakkında GBT sorgusu yapılmasının adli kolluk faaliyeti olarak nitelendirilmesinin isabetli olacağı

37 Feridun **Yenisey**, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2019, s. 296.

38 PYSK m. 4/A: “Polis, kişileri ve araçları; a) Bir suç veya kabahatin işlenmesini önlemek, b) Suç işlendikten sonra kaçan failerin yakalanmasını sağlamak, işlenen suç veya kabahatlerin faillerinin kimliklerini tespit etmek, c) Hakkında yakalama emri ya da zorla getirme kararı verilmiş olan kişileri tespit etmek, ç) Kişilerin hayatı, vücut bütünlüğü veya malvarlığı bakımından ya da topluma yönelik mevcut veya muhtemel bir tehlikeyi önlemek, amacıyla durdurabilir.”

39 Bahtiyar **Akyılmaz**, Murat **Sezginer**, Cemil **Kaya**, *Türk İdare Hukuku*, 12. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2020, s. 586.

40 Ramazan **Çağlayan**, *İdare Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2019, s. 278.

41 **Çağlayan**, s. 278-279; Ender Ethem **Atay**, *İdare Hukuku*, Seçkin Yay., 2018, s. 334.

42 “*Genç Sulh Ceza Mahkemesi'nin 14.4.2008 gün ve 2008/138 Sayılı önleme araması kararına istinaden jandarma görevlilerince 22.4.2008 günü, saat 18.00 sıralarında samğin sevk ve idaresinde bulunan pikap olarak tabir edilen aracın durdurulduğu, yapılan ilk aramada aracın kasasında jeneratör ve bir adet dürbünün bulunması üzerine karakol komutanının talimatıyla 150 metre kadar ileride bulunan karakol bahçesine çekildiği, burada yapılan 2. aramada ilk aramada bulunan jeneratör ve dürbün dışında suç unsuru olabilecek herhangi bir eşyanın bulunmadığı, aracın durdurulmasından yaklaşık 2-3 saat sonra, samğin helikopter pistinde bekletildiği ve araçta bulunan diğer şahısların da karakol binasında bulunduğu sırada yapılan 3. aramada suça konu patlayıcı madde düzeneğinin bulunduğu olayda; yapılan ilk aramadan sonra araçta dürbün ve jeneratörün bulunması ve samğin ağabeyinin silahlı terör örgütü üyesi olduğu bilgisinin edinilmesi üzerine **saukla ilgili suç şüphesi ve emarelerinin ortaya çıkması sebebiyle** 5271 Sayılı C.M.K.nun 2/e, 161 ve 2559 Sayılı pvsk'nun Ek 6. maddeleri uyarınca derhal Cumhuriyet savcısına olayı haber verip Cumhuriyet savcısının emri doğrultusunda soruşturma işlemlerine başlanılması gerekirken usulüne uygun adli arama emri veya kararı alınmadan mevcut önleme araması kararına istinaden 2. ve 3. aramanın yapılması, 3. aramanın samğin aracın yanında bulunmadığı sırada gerçekleştirilmesi ve önleme aramasına istinaden yapılan aramanın en kısa sürede gerçekleştirilmesi gerekirken samğin 2-3 saat bekletilmesi açıkça hukuka aykırı olup bu arama sonucunda elde edilen delillerin hükme esas alınması da mümkün değildir” (kalinlaştırma tarafımızdan yapılmıştır) Bkz. E. 2013/9-841, K. 2014/513, T. 25.11.2014 (www.kazanci.com).*

kanaatindeyiz⁴³. Buna göre uygulamada “tarama” ismi de verilen GBT uygulamasını, bir idari kolluk faaliyeti olarak değerlendirmektediriz. Bu yaklaşım, adli kolluğun, Cumhuriyet savcısının emir ve talimatları doğrultusunda görevini yerine getiren kolluk türü olduğuna ilişkin CMK’nın 160/2. fıkrasında yer alan düzenleme⁴⁴ ve öğretiden⁴⁵ görüşlerle uyumlu olacaktır⁴⁶. Zira bahsi geçen GBT uygulamalarına, Cumhuriyet savcılarının herhangi bir dahli olmamaktadır.

Önemle belirtelim ki GBT uygulaması yapılması için bir kişinin durdurma işlemine tabi tutulması, kolluk görevlisinin, durdurulacak kişinin hakkında yakalama emri verildiği konusunda tecrübesine ve içinde bulunulan durumdan edindiği izlenime dayanan makul bir sebebin bulunduğunu tespit etmesine bağlıdır (PVSK m. 4/A/2). Makul sebep, eğitilmiş bir kolluk mensubuna PVSK’nın 4/A/1. fıkrasında belirtilen durdurma sebeplerinden en az birinin gerçekleşmiş olduğunu göstermelidir⁴⁷. Ancak ne tür halin, bir kişi hakkında yakalama emri verildiğini göstereceğini kestirmek güçtür⁴⁸. Öte yandan Bilgi Toplama Yönergesi’ne göre, adli soruşturma nedeniyle yakalanan kişilerin serbest bırakılmadan önce başka suçlardan dolayı aranan kişilerden olup olmadıklarının araştırılması, bu hususta ayrıca ve özellikle bir emir verilmesini gerektirmeyen, rutin olarak yapılması gereken işlemlerdendir⁴⁹.

C. GBT Sisteminde Form Açma

Bilgi Toplama Yönergesi’nin 4. maddesinde, güvenlik kuvvetleri tarafından suç işleyen kişiler ile çalınan, kaybedilen veya gasp edilen eşyalar ve kimlik belgeleriyle ilgili bilgilerin Yönerge’de belirtilen esas ve usullere göre kayıt altına alınması işlemine *form açma* ismi verilmektedir. Ancak bu başlık altında, çalışmanın kapsamı ile sınırlı olarak yalnızca *suç işleyen şahıslara* ilişkin form açma işlemi anlatılacaktır.

43 Karayolu üzerinde yapılan rutin kimlik kontrolünün idari kolluk faaliyeti, buna karşın bir suçlunun yakalanması amacıyla yapılan kimlik kontrolünün ise adli kolluk faaliyeti olduğu yönünde bkz. Çağlayan, s. 279. Kolluk görevlisinin yolda kimlik kontrolü yapmasının kolluk eylemi niteliğinde olduğu yönünde bkz. Kemal Gözler, İdare Hukuku, C. II, 3. Baskı, Ekin Yay., 2019, s. 578. MOBESE izlemelerinin kullanıma bağlı olarak idari nitelikte veya adli nitelikte olabileceği yönünde bkz. Halid Özkan, “Mobese İzleme ve Kayıtlarının ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sa. 30, Nisan 2016, s. 69-72 (63-103).

44 CMK m. 160/2: “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.”

45 Akyılmaz/ Sezginer/ Kaya, s. 587; Çağlayan, s. 278; Atay, s. 334.

46 Öte yandan Danıştay, yargı kararı ile kaldırılan gıyabi tutuklama kararının, GBT sisteminden silinmesinin sağlanmasının, emniyet birimleri yönünden idari bir görev olduğu gibi, Cumhuriyet savcıları yönünden de yargılama fonksiyonu dışındaki idari bir göreve ilişkin olduğu kanaatine varmıştır. Bkz. Danıştay 10. D., E. 2006/6131, K. 2008/4559, T. 18.06.2008; Danıştay 10. D., E. 2007/1376, K. 2007/4756, T. 17.10.2007 (www.kazanci.com).

47 Yenisey, s. 296.

48 Yüz tanıma teknolojilerinin, hakkında yakalama emri olan kişilerin tespit edilmesinde kullanılabileceği yönündeki görüş için bkz. Zafer İçer, Elif Dönmez, “Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları”, Ceza Hukuku Dergisi, Sa. 43, Ağustos 2020, s. 438 (421-461).

49 Yargıtay CGK, E. 2002/4-255, K. 2002/383, T. 12.11.2002 (www.kazanci.com).

GBT sistemine bilgi girişi, esas itibarıyla bir suç işleyen kişi hakkında yakalama emri düzenlenmesi nedeniyle yapılmaktadır. Yakalama emri ilk olarak gereğinin yapılması için soruşturmayı yapan yer güvenlik kuvvetlerine (polis veya jandarmaya) gönderilmektedir⁵⁰. Yakalama emri kendisine ulaşan birim, *karar takip formu* oluşturduktan sonra bu formu bilgi toplama birimine göndermektedir. Bilgi toplama birimi de bu formda yazılı bilgilere ve suç tipine (Yönerge'nin 9/b maddesine girip girmemesine) göre kişi hakkında *bilgi formu* açmak suretiyle yakalama emrinin kaydını yapmaktadır⁵¹. GBT sisteminin çalışmadığı durumlarda en seri muhabere vasıtalarıyla aynı işlemler yapılmaktadır (m. 10/b-1c).

Önemle belirtilmelidir ki Yönerge'nin 9/b maddesine giren suçları işleyen kişiler hakkında yakalama emri olmasa dahi soruşturmanın başlaması sonrası karar takip formu oluşturulmakta ve kovuşturmaya geçilmesi halinde de bilgi formu açılmaktadır⁵². Dolayısıyla bu kişiler hakkında kamu davasının açılmaması halinde bilgi formu düzenlenmemekte ve genel bilgi toplama programına herhangi bir veri girişi yapılmamaktadır⁵³. Öte yandan bu kişiler hakkında, dosya henüz soruşturma evresinde iken yakalama emri dolayısıyla bilgi formu açıldıysa; yakalama emrinin yerine getirilmesi ile *form düşümü* uygulanmakta ancak kovuşturmaya geçilmesi ile yeniden bilgi formu açılmaktadır.

D. GBT Sistemindeki Bilginin Silinmesi

Bilgi Toplama Yönergesi'nin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesinde, bilgi formunun iptal edilmesi, formun açılmasına neden olan suç tipine göre iki farklı şekilde tanımlanmıştır. Buna göre form iptali hem Yönerge'nin 9/b maddesine girmeyen suçlardan açılan bilgi formlarının kişilerin yakalanmaları halinde tasniften çıkarılarak imha edilmesi anlamına gelirken hem de 9/b maddesine giren suçlardan açılan bilgi formlarının iptal koşulları oluştuğunda tasniften çıkarılarak iptal evrakı ekinde arşive alınması anlamına gelmektedir. İptaller, bilgi toplama birimleri tarafından re'sen veya söz konusu kişi veya vekilinin yazılı müracaatı üzerine yapılmaktadır.

Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesi kapsamına girmeyen suçlardan açılan bilgi formunun iptal edilmesinin (imha edilmesinin) en temel şekli, hakkında bilgi formu açılan kişinin yakalanması ile olmaktadır. Ayrıca Cumhuriyet savcılığı tarafından hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilenlere ilişkin kayıtlar, bu kararın kesinleşmesi sonrası iptal edilmektedir. Yine hakkında kayıt açılmasına neden olan suç tipinin, kanun değişikliği ile suç olmaktan çıkartılması da bir form iptali nedenidir. Öte yandan her yıl sonunda, KİHBİ Daire Başkanlığı tarafından veri tabanında kaydı olan

50 **Aydın**, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 176.

51 **Aydın**, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 176.

52 Kamu davasının açılmasıyla birlikte sanık hakkında daha önce oluşturulan karar takip formunun ikinci bölümü (isnat edilen suç, suçun ne zaman ve nerede işlendiği, şüpheli/sanık hakkında tutuklama kararı verilmiş ise bu kararı veren mahkeme ve kararın tarih ve sayısı ile iddianamenin tarih ve sayısı ve iddianamenin verildiği mahkemenin adını içeren) Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından doldurularak, bir sureti ilgili yer polis veya jandarma birimine gönderilmektedir. Bu yer bilgi toplama birimi de davanın esas numarasını alarak sanık karar takip formundaki bilgiler doğrultusunda sanık hakkında bilgi formu düzenleyerek veri girişini sağlamaktadır. Bkz. **Aydın**, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 176.

53 **Aydın**, "Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması", s. 176.

kişilerin bilgileri, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bilgileri ile karşılaştırılarak ölmüş olduğu halde kaydı olanların tespiti yapılmakta ve bu kişiler ilgili güvenlik kuvvetlerine bildirilerek haklarındaki kayıtların silinmesi sağlanmaktadır⁵⁴.

Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesi kapsamına giren bir suçun işlenmesi nedeniyle açılan bilgi formu, kişi hakkında bir yakalama emri olmasına veya kovuşturma aşamasına geçilmiş olmasına göre farklı iptal koşullarına tabi tutulmaktadır. *Yakalama emri varsa*; kişinin yakalanması ile *form düşümü* işlemi uygulanmaktadır. Form düşümü, bilgi formuna "YAKALANDI" kaşesi vurulmak suretiyle kişinin, yakalanacak kişiler arasından çıkartılması ve hakkındaki bilgi formunun da (imha edilmemesi ancak) tasnife alınmasıdır (m. 4). *Kovuşturma evresine geçildiyse*; formun açılmasına neden olan suçtan dolayı kişi hakkında; beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, davanın düşmesi⁵⁵ veya dava zaman aşımı nedeniyle davanın ortadan kaldırılmasına karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi ile birlikte hakkındaki bilgi formu (yine imha edilmeksizin) tasnife alınmaktadır (m. 16/b-1). Ancak söz konusu madde kapsamına giren suç tipini işleyen çocuk ise beş sene içinde bu suç türlerinden birini tekrar işlemediği takdirde hakkında oluşturulan bilgi formu tamamen silinmektedir (imha edilmektedir). Öte yandan sanık hakkında, af, şartlı tahliye, adli sicil kaydının silinmesi, cezanın paraya çevrilmesi, tecil edilmesi ve ceza zamanaşımı kararı verilmesi bilgi formunun iptal edilmesinde dikkate alınmamaktadır (m. 16/c-1). Öte yandan Yönerge'de çalışma konumuz kapsamında olmadığından, incelenmesine gerek duyulmayan başkaca iptal halleri de sayılmıştır⁵⁶.

54 **Çiçek**, Terazi Hukuk Dergisi, s. 47.

55 Yönerge'de 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu ve 5271 sayılı CMK uyarınca mahkemeye hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi ve sonrasında açıklanması geri bırakılan hükmün ortadan kaldırılarak, davanın düşmesine karar verilmesi halinde de tutulmakta olan kayıtların iptali yapılacağı belirtilmiştir (m. 16/b-5).

56 "2) Bu Yönergenin yürürlüğü tarihinden önce açılan kayıtlarla ilgili kovuşturmayla yer olmadığı kararı verilmiş ve kararın kesinleşmiş olması halinde bilgi formları iptal edilir.

3) Yurtdışında suç işleyip hakkında kayıt tutulandan, kesinleşmiş yargı kararı bulunmayanlarla ilgili olarak; Emniyet Genel Müdürlüğü İnterpol-Europol – Sirene Daire Başkanlığı aracılığı ile yargı kararlarına ulaşılmaması talep edilerek, yargı kararına erişilemediği cevabı alınanların, adli sicil kayıtları da yoksa kayıtları iptal edilir.

4) Bu Yönerge'nin 9/b maddesinde yazılı suçlardan, hüküm giymiş olanların ölümleri veya mahkemelerde gaiplik kararı verilmesi halinde açılmış olan bilgi formları iptal edilir.

Her yıl sonu itibarıyla, KİHBİ Daire Başkanlığı tarafından veri tabanında kaydı olan şahısların bilgileri, Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü bilgileri ile karşılaştırılarak; kaydı olupda ölmüş olanların tespiti yapıp, ilgili güvenlik kuvvetlerine bildirilerek, kayıtların silinmesi sağlanır.

5) 23 Nisan 1999 tarihine kadar işlenen suçlar nedeniyle haklarında, 4616 sayılı Kanun gereği kamu davasının ertelenmesi kararı verilenlerin, ertelenmiş kamu davasının ortadan kaldırılmasına karar verilmesi halinde tutulmakta olan kayıtları iptal edilir.

6) Zorla kız kaçırma veya ırza geçme olayında kayıt altına alınan samığın mağdur ile evlenmesi halinde, varsa olaya karışmış diğer sanıklar dahil olmak üzere açılmış bilgi formları iptal edilir. (Cezanın zaman aşımı süresi içinde erkek tarafından kaynaklanan haksız boşanma halinde yeniden bilgi formu açılarak tasnife alınır.)

7) Aşağıda yazılı;

(a) 5607 Sayılı Kanunun 6. maddesinin 1. fıkrasından,

(b) 3298 Sayılı Kanunun 4. maddesinin 2 ve 5. fıkralarından,

(c) 2313 sayılı Kanuna muhalefetten hakkında bilgi formu açılan kişinin yargılanması sonucu; ekim için izin belgesi almasına rağmen izin belgesinde belirtilen alandan fazla yerde ekim yapmaktan dolayı hüküm giyenlerin,

(d) 2863 sayılı Kanuna muhalefetten haklarında bilgi formu açılan şahıslardan Kanunun 65. maddesi (b) bendinden hüküm giyenlerin;

Kesinleşmiş yargı kararlarının güvenlik kuvvetlerine ulaşması halinde bilgi formları iptal edilir."

Dikkat edilirse Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesi kapsamında yer alan suçlardan dolayı mahkûmiyet hükmü kurulması halinde GBT sisteminde oluşturulan formlar, hiçbir şekilde iptal edilmemektedir. Bu durumun özel yaşama saygı hakkı kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığı ikinci bölümde incelenecektir.

E. GBT ve Adli Sicil Kaydı

GBT sisteminde, haklarında bir yakalama emri olan veya kovuşturma yürütülenlere ilişkin bilgilerin tutulduğunu açıklamıştık. Adli sicil ise adli sabıkların belgelenmesi, güvenilir bir şekilde işlenmesi amacıyla kurulan sistem olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷. Adli sicil kayıtları, kesinleşmiş ceza ve güvenlik tedbirlerine mahkûmiyete ilişkin bilgilerin işlenmesiyle oluşturulmaktadır (5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m. 1). Bu bilgiler, hakkında Türk mahkemeleri veya yabancı ülke mahkemeleri tarafından kesinleşmiş ve Türk hukukuna göre tanınan mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtlarına ilişkindir (5352 sayılı Kanun m. 2).

Kesinleşmiş mahkûmiyet kararları dışında, kamu davasının açılmasının ertelenmesine ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin kararlar ancak bir soruşturma veya kovuşturmayla bağlantılı olarak mahkeme, hâkim veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından istenmesi halinde verilmek üzere işlenmektedir (5352 sayılı Kanun m. 6/1). Ayrıca karşılıksız yararlanma suçunda etkin pişmanlıktan yararlanması dolayısıyla şüpheli, sanık veya hükümlü hakkında verilen kararlar da adli sicilde bunlara mahsus bir sisteme işlenmektedir (5352 sayılı Kanun m. 6/2).

Adli sicildeki bilgiler *a) Cezanın veya güvenlik tedbirinin infazının tamamlanması, b) Ceza mahkûmiyetini bütün sonuçlarıyla ortadan kaldıran şikayetten vazgeçme veya etkin pişmanlık, c) Ceza zamanaşımının dolması, d) Genel af hallerinde*, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne silinerek arşiv kaydına alınmaktadır (5352 sayılı Kanun m. 9/1). Ayrıca bu bilgiler, ilgilinin ölümü üzerine tamamen silinmektedir (5352 sayılı Kanun m. 9/2). Öte yandan Türk vatandaşı hakkında yabancı mahkemeden verilmiş ve kesinleşmiş olan mahkûmiyet kararının, Türk hukuku bakımından doğurduğu hak yoksunluklarına ilişkin olarak Cumhuriyet savcısının istemi üzerine, mahkemece verilen kararlar ise kesinleştiği tarihten itibaren mahkûmiyet kararında belirtilen sürenin geçmesiyle Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğüne adli sicil kayıtlarından çıkartılarak arşiv kaydına alınmaktadır (5352 sayılı Kanun m. 9/3).

Adli sicilden silinip arşiv kaydına alınan bilgilerden, 5237 sayılı TCK'da yer alan suçlara ilişkin mahkûmiyetler, kaydın arşive alınma koşullarının olduğu tarihten itibaren *beş yıl* geçmesiyle tamamen silinmektedir. Anayasa'nın 76. maddesi⁵⁸ ve TCK dışındaki kanunlarla ilgili bir hak yoksunluğuna neden olan mahkûmiyetler bakımından ise kaydın arşive alınma koşullarının

57 Çiçek, Adli Sicil ve Adli Arşiv Kaydının Silinmesi, s. 34.

58 Anayasa m. 76/2: "...taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler."

oluştığı tarihten itibaren; *yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması*⁵⁹ koşuluyla onbeş yıl; *yasaklanmış hakların geri verilmesi kararı alınması koşulu aranmaksızın otuz yıl* geçmesiyle tamamen silinmektedir. Ayrıca bu bilgiler, ilgilinin ölümü üzerine de tamamen silinmektedir (5352 sayılı Kanun m. 12/1). Öte yandan fiilin kanunla suç olmaktan çıkarılması halinde, talep aranmaksızın bu suçtan mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları; kanun yararına bozma veya yargılamanın yenilenmesi sonucunda verilen beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının kesinleşmesi halinde önceki mahkûmiyete ilişkin adli sicil ve arşiv kayıtları tamamen silinmektedir (5352 sayılı Kanun m. 12/2-3). Akıl hastalığı nedeniyle hükmedilen güvenlik tedbirlerine ilişkin kayıtlar ise infazın tamamlanmasıyla tamamen silinmektedir (5352 sayılı Kanun m. 12/4).

Görüldüğü üzere kanun koyucu, TCK'da yer alan suçlarla ilgili mahkûmiyet kayıtları ile diğer kanunlardan kaynaklı mahkûmiyetlere ilişkin adli arşiv kayıtlarının silinmesi arasında süre bakımından bir farklılığa gitmiştir. Halbuki AYM'nin 2011 yılında bu maddeyle ilişkin verdiği iptal kararından önce Kanun'da "*Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir.*" ifadesi yer almaktaydı. AYM bu maddeyi, "*Kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkûmiyet kararına ilişkin kaydın kişinin ölümüne kadar ya da seksen yıl süreyle muhafaza edilmesi, Anayasa'nın 5. ve 17. maddelerinde belirtilen kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır.*" gerekçesi ile iptal etmiştir⁶⁰. Bu iptal kararından sonra 6290 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12. maddesi bugünkü halini almıştır. Bu karar aşağıda incelenecek olan GBT sistemindeki bilgilerin silinmesine ilişkin düzenlemeler açısından büyük önem arz etmektedir.

F. GBT ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)

Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP), teknolojik gelişmeleri kullanarak Adalet Bakanlığı merkez ve taşra teşkilatının, bağlı ve ilgili kuruluşlarının, adli ve idari tüm yargı ve yargı destek birimlerinin donanım ve yazılım olarak iç otomasyonunu ve benzer şekilde bilgi otomasyonu sistemlerini kurmuş kamu kurum ve kuruluşları ile dış birim entegrasyonunu sağlayan bir bilişim sistemidir⁶¹.

2992 sayılı Adalet Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun'a 2001 yılında eklenen 22/a maddesiyle Bilgi İşlem Daire Başkanlığı kurulmuş ve *Bakanlık merkez ve taşra teşkilâtı ile bağlı kuruluşların ilgili birimleriyle iş birliği yaparak bilgi işlem sistemini kurmak* bu daire başkanlığının görevleri arasında sayılmıştır. Böylelikle yasal dayanağı oluşturulan UYAP'ın kullanımı her geçen gün artmış ve 01.09.2008 tarihinden itibaren

59 5352 sayılı Kanun m. 13/A/3: "*Yasaklanmış hakların geri verilmesi için, hükümlünün veya vekilinin talebi üzerine, hükmü veren mahkemenin veya hükümlünün ikametgâhının bulunduğu yerdeki aynı derecedeki mahkemenin karar vermesi gerekir.*"

60 AYM, E. 2008/44 ve T. 20.01.2011. Öte yandan Alman Anayasa Mahkemesinin, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının, kişisel verilerinin korunmasını da içerdiği yönündeki kararı için bkz. **İçer/ Dönmez**, s. 444.

61 <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>, ET: 28.11.2019.

tüm ülkeyi kapsayacak şekilde kullanılmaya başlanmıştır⁶²⁻⁶³. Bugün yargı birimlerince UYAP üzerinden; Adli Sicil Bilgi Sistemi'nden sabıka kayıtları, MERNİS⁶⁴'ten nüfus kayıtları ve Adres Kayıt Sistemi'nden adres kayıtları, POLNET⁶⁵'ten ehliyet kayıtları, Merkez Bankasından döviz kurları, TAKBİS⁶⁶'ten tapu ve kadastro kayıtları otomatik olarak anında alınabilmektedir⁶⁷. Bu doğrultuda 2012 yılında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'na (CMK) 38/A maddesi eklenmiş ve her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde UYAP'ın kullanılacağı belirtilmiştir.

Tüm adli birimlerin UYAP sistemine geçişinin tamamlandığı 01.09.2008 tarihinden sonra çıkarılan yakalama emirleri bu sistem üzerinde oluşturulmuş ve bu kapsamda 01.09.2008 tarihinden önce çıkartılan ve GBT sisteminde kayıtlı mahkeme ve Cumhuriyet Başsavcılığı yakalama emirleri UYAP Bilişim Sisteminde bulunan yakalama emirleri ile karşılaştırılarak uyumlu hale getirilmiştir⁶⁸. Ayrıca KİHBİ-UYAP bütünleşmesi çalışmaları kapsamında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun⁶⁹ 07.07.2011 tarihli 4 No'lu Genelgesi ve İçişleri Bakanlığının 29.07.2011 tarihli "UYAP Bilgi Sisteminin Kullanılması" konulu Bakanlık Onayı ile kolluk birimlerine, 01.01.2012 tarihinden itibaren mahkeme ve Cumhuriyet Başsavcılıklarınca verilen yakalama emirlerini tek bir sistem üzerinden sorgulama imkânı sağlanmıştır⁷⁰.

Sonuç olarak kolluk birimleri GBT sistemini kullanmaksızın UYAP üzerinden kişiler hakkında yakalama emri olup olmadığını sorgulayabilmektedir. Öyle ki Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesinin çıkardığı bir genelgede⁷¹ de "...arama ve yakalama bilgilerinin doğru ve güncel olarak UYAP sisteminde bulunduğu ve KİHBİ sistemi ile UYAP arasında entegrasyon sağlandığından KİHBİ sisteminde bilgi girilmesine ihtiyaç kalmamıştır." ifadesi kullanılmıştır. Bu sebeplerle UYAP ile tüm adli bilgilere ulaşabilen kolluk birimlerinin, ayrı bir veri tabanı tutmaması gerektiği ve GBT sisteminin kaldırılması gerektiği iddia edilmiştir⁷².

62 <http://www.adalet.gov.tr/02082016-Tarihli-Basin-Aciklamasi>, ET: 28.11.2019.

63 UYAP sistemine dahil olan ceza mahkemeleri, infaz kurumları, denetimli serbestlik müdürlükleri için bkz. <https://www.uyap.gov.tr/Isletime-Gecis-ve-Yayginlastirma>, ET: 28.11.2019.

64 Merkezi Nüfus İdaresi Sistemi (MERNİS), tüm Ahvali Şahsiye (Doğum, ölüm, ehliyet, velayet, vesayet, evlenme, boşanma, nesep ve mirasla ilgili) bilgilerini elektronik ortama aktaran ve bu bilgilerde meydana gelen her türlü değişikliğin anlık olarak işlenebildiği bir sistemdir. Bkz. <https://www.nvi.gov.tr/genel-olarak-mernis>, ET: 28.11.2019.

65 Polis Bilgi Sistemi (POLNET), Emniyet Teşkilatı tarafından yürütülen hizmetlere bilişim desteği oluşturan pasaport, araç tescil, sürücü, silah ruhsat işlemleri gibi bazı işlemlerin yapılabilirdiği bir bilgi sistemidir. Bkz. <https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojileri/projeler>, ET: 28.11.2019.

66 Tapu ve Kadastro Bilgi Sistemi (TAKBİS), ülke genelinde mülkiyet bilgilerinin bilgisayar ortamına aktarılması suretiyle bir sistemdir. Bkz. <https://www.tkgm.gov.tr/tr/sayfa/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis>, ET: 28.11.2019.

67 <https://www.uyap.gov.tr/Genel-Bilgi>.

68 <http://www.adalet.gov.tr/02082016-Tarihli-Basin-Aciklamasi>.

69 Kurulun ismi, 2017 tarihli 6771 sayılı Kanun ile Hakimler ve Savcılar Kurulu olarak değiştirilmiştir.

70 <http://www.kihbi.gov.tr/kihbi-uyap-ulusal-yargi-agi>, ET: 28.11.2019.

71 03.08.2008 gün ve B.03.0.BİD.0.00.00.02/1888/2874 sayılı "Kaçakçılık ve İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Dairesi Başkanlığı (KİHBİ) Entegrasyonu Kapsamında Sistem Dışı Yakalama ve Tutuklama Bilgisinin UYAP Sistemine Dahil Edilmesi" hakkındaki Genelge. Genelge için bkz. Çiçek, Terazi Hukuk Dergisi, s. 47.

72 Çiçek, Adli Sicil ve Adli Arşiv Kaydının Silinmesi, s. 256-257.

Gerçekten başta yakalama emirleri olmak üzere GBT sistemine işlenen diğer birçok bilgiye UYAP ile entegrasyonu tamamlanmış olan sistemler (örneğin silah ruhsatı için POLNET) üzerinden ulaşılabilmektedir. Ancak Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesinde sayılan suçlar için açılan bilgi formları iptal koşulları oluşsa dahi imha edilmemektedir (Bilgi Toplama Yönergesi m. 4). Ayrıca bazı suçlara ilişkin mahkûmiyet kayıtları ise (adli sicil kayıtları silinse dahi) silinmemektedir. Bu nedenle UYAP'ta olmayan bazı bilgiler GBT sistemi içinde yer almaya devam edebilmektedir. Bu durumun Anayasa'ya uygunluğu aşağıda inceleneceğinden şimdilik, GBT sistemine gerek kalmadığı yönündeki eleştiriye, UYAP'ta olmayan bazı bilgilerin GBT sisteminde olması dolayısıyla katılmadığımızı belirtmekle yetiniyoruz.

II. Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Genel Bilgi Toplama

A. Özel Yaşama Saygı Hakkı

Özel yaşam, eksiksiz ve tüketici bir tanım getirme imkânı bulunmayan geniş bir kavramdır⁷³. Bu kapsamda özel yaşam, en başta herkesin istenmeyen bütün müdahalelerden uzak kendine özel bir ortamda yaşama hakkına, yani mahremiyetine işaret etmektedir. Ancak günümüzde hakkın, mahremiyet kavramıyla sınırlandırılması kabul edilmemektedir⁷⁴. Bu sebeple AİHM, özel yaşamı dinamik bir şekilde yorumlamakta, sosyal ve teknolojik gelişmeleri dikkate alarak kavramın kapsamını değiştirmekte ve genişletmektedir⁷⁵. Gerçekten kapsamına giren haklara ilişkin tüketici bir liste oluşturmanın mümkün olmadığı özel yaşam kavramı, bireyin sosyal dış dünya ile olan ilişkisini⁷⁶, meslek yaşamını⁷⁷ ve ticari faaliyetlerini⁷⁸ de içine almaktadır⁷⁹.

AİHM içtihatları incelendiğinde özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde, bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi kavramının, temel alındığı anlaşılmaktadır⁸⁰. Bu bağlamda bu hak, bireyin, kendine özel bir ortamda yaşama hakkından ibaret olmayıp, aynı zamanda

73 AİHM, *Niemietz/Almanya Kararı*, B. No: 13710/88, KT: 16.12.1992, par. 29; AİHM, *Pretty/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 2346/02, KT: 29.04.2002, par. 61; AİHM, *Peck/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 44647/98, KT: 28.01.2003, par. 57; AİHM, *Bédat/İsviçre Kararı*, B. No: 56925/08, KT: 29.03.2016, par. 72 (çalışmada kullanılan tüm AİHM kararlarına <https://hudoc.echr.coe.int/> internet adresinden erişilmiştir); AYM, *Serap Tortuk Kararı*, B. No: 2013/9660, KT: 21.01.2015, par. 31; AYM, *Halime Sare Aysal Kararı*, B. No: 2013/1789, KT: 11.11.2015, par. 45; AYM, *Mehmet Kurt Kararı*, B. No: 2013/2552, KT: 25.02.2016, par. 47. Ayrıca bkz. Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 24.

74 AYM, *Serap Tortuk Kararı*, B. No: 2013/9660, KT: 21.01.2015, par. 31.

75 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 24.

76 AİHM, *Niemietz/Almanya*, par. 29; AİHM, *Botta/İtalya Kararı*, B. No: 21439/93, KT: 24.02.1998, par. 32; AİHM, *Von Hannover/Almanya (No.2) Kararı*, B. No: 40660/08 60641/08, KT: 07.07.2012, par. 95; AİHM, *Bărbulescu/Romanya Kararı*, B. No: 61496/08, KT: 05.05.2017, par. 71; AYM, *Serap Tortuk*, par. 31.

77 AİHM, *Fernández Martínez/İspanya Kararı*, B. No: 56030/07, KT: 12.06.2014, par. 110; AİHM, *Barbulescu/Romanya*, par. 71; AİHM, *Antovic ve Mirkovic/Karadağ Kararı*, B. No: 70838/13, KT: 28.11.2017, par. 42.

78 AİHM, *Satakunnan Markkinapörssi Oy ve Satamedi/Finlandiya Kararı*, B. No: 931/13, KT: 27.06.2017, par. 130.

79 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 24.

80 AİHM, *Pretty/Birleşik Krallık*, par. 61; AİHM, *Koch/Almanya Kararı*, B. No: 497/09, KT: 19.07.2012, par. 51. Bu hususta ayrıca bkz. AYM, *Bülent Kaya*, par. 46.

hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da içermektedir⁸¹. Gerçekten söz konusu bilgilerin, kişinin rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması bu hakkın kapsamındadır⁸².

Özel yaşama saygı hakkı, AİHS'in "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Maddenin ikinci fıkrası ise bu hakka ilişkin sınırlama ölçütlerine, hakkın ne şekilde sınırlandırılabilirliğine ve sınırlamaların sınırına ilişkindir. Bu bakımdan özel yaşama saygı hakkının, mutlak bir hak olmayıp sınırlandırılabilir bir hak olduğu belirtilmelidir⁸³.

Özel yaşama saygı hakkı, AİHS'in aksine Türk Anayasası'nda birden fazla maddede vücut bulmaktadır. Bunlardan ilki "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığını taşıyan 17. madde iken; ikincisi ise "Özel hayatın gizliliği" başlığını taşıyan 20. maddedir. Herkesin "yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip" olduğunu belirten 17. maddede, herhangi bir sınırlama hükmü bulunmamaktadır. Ancak mutlak bir hak olmayan özel yaşama saygı hakkı, 17. madde bakımından, hakkın doğasından kaynaklanan sınırlar ile Anayasa'nın 13. maddesinde⁸⁴ yer alan güvence ölçütleri dikkate alınarak sınırlandırılmaktadır⁸⁵⁻⁸⁶.

Anayasa'nın 20. maddesine göre "Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." Maddenin ikinci fıkrasında kişilerin üstü, özel kağıtları ve eşyalarının aranması ile bunlara el konulmasına ilişkin sınırlama sebepleri ve sınırlamanın şekli açıklanmaktadır. Üçüncü fıkra kişisel verilerin korunmasına ilişkindir: "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir." Fıkranın devamında, kişilerin kendileriyle ilgili veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesi veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmenin de bu kapsamda olduğu belirtilmiştir. Fıkra ayrıca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebileceği hüküm altına alınmıştır. AYM de bireyin kişisel verilerinin korunmasına dair hukuksal menfaatini mahremiyet hakkı kapsamında, 20. maddede değerlendirmektedir⁸⁷. Ancak görüldüğü üzere bu maddede de arama ve elkoyma hariç, özel sınırlama nedenleri yer almamaktadır. Bu sebeple AYM, bu maddenin de doğasından

81 AİHM, Koch/Almanya, par. 51; AYM, Bülent Kaya, par. 46.

82 AYM, Serap Tortuk, par. 32.

83 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 151; AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, B. No: 2013/2187, KT: 19.12.2013, par 35.

84 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 laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

85 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 151, 152.

86 "Anayasa'nın 17. maddesinde, manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkı açısından herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da, Anayasanın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir." Bkz. AYM, Sevim Akat Eşki, par. 33.

87 AYM, Bülent Kaya, par. 48.

kaynaklanan bazı sınırlar ile Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri dikkate alınarak sınırlanabileceğini belirtmiştir⁸⁸.

B. Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Genel Bilgi Toplama Sisteminin İncelenmesi

GBT sistemine işlenen kayıtlar, bir yakalama emri veya yurt dışına çıkış yasağına ilişkin olabileceği gibi derdest ceza davasına veya kişi hakkında kesinleşmiş mahkeme hükmüne ilişkin olabilmektedir. Bu kayıtlardan Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesine girmeyen suç tiplerine ilişkin kayıtlar, hakkında yakalama emri olan kişinin yakalanması ile iptal (imha) edilmektedir. Ancak söz konusu fıkra kapsamında yer alan kayıtlar ise kişi hakkında yakalama emri olması halinde kişinin yakalanması ile; yakalama emri olmaması halinde ise hükmün kesinleşmesi ile tasnife alınmakta ancak imha edilmemektedir. Öte yandan bu suçlarla mahkûmiyet hükümlerine ilişkin kayıtlar ise ne tasnife alınmakta ne de imha edilmektedir⁸⁹. İlk bölümde bu kayıtların kişisel veri niteliğinde olduğunu belirlemiştik⁹⁰.

AİHM, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin kararlarını AİHS'in 8. maddesi çerçevesinde vermektedir⁹¹. Ayrıca belirtelim ki AİHM, mahkûmiyet hükmü bilgilerinin, kamuya açık bilgiler olsalar dahi zaman geçtikçe ilgili kişi dışındaki herkes tarafından muhtemelen unutulmuş ve bu bağlamda geçmişe çekildikçe kişinin özel hayatına saygı hakkının bir parçası haline gelen bilgiler olduğunu belirtmektedir⁹². Mahkeme, bir kişinin özel yaşamına ilişkin verilerinin kaydedilmesini ve saklanmasını, daha sonra bu bilgilerin kullanılmış olup olmadığına bakmaksızın özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak değerlendirmektedir⁹³. Bununla birlikte kamu makamlarınca tutulan kişisel verilerin, özel yaşama saygı hakkı kapsamında kalıp kalmadığının belirlenmesinde; bu bilgilerin hangi kapsamda elde edildikleri ve tutuldukları, verilerin türü, kullanıldıkları ve işlendikleri şeklin ve bunlardan çıkarılabilecek sonuçların dikkate alınması gerekmektedir⁹⁴. GBT sisteminde verilerin, kişilerin ceza soruşturması ve kovuşturmaları ile ilgili bilgiler olduğu ve bu bilgilerin, güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanılacak nitelikte olduğu birlikte düşünüldüğünde; GBT sisteminde söz konusu kişisel verilerin tutulmasının ve belirtilen şekillerde kullanılmasının, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu kanaatindeyiz⁹⁵.

88 “Anayasa'nın 20. maddesinde, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir”. Bkz. AYM, *Hayriye Özdemir Kararı*, B. No: 2013/3434, KT: 25.06.2015, par. 51.

89 AYM, *Bülent Kaya*, par. 55.

90 Bkz. “GBT Sistemindeki Bilgilerin Hukuki Niteliği” başlığı.

91 Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Handbook*, s. 275; **Bostancı Bozbayındır**, s. 56.

92 AİHM, *M.M./Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 24029/07, KT: 13.11.2012, par. 188.

93 AİHM, *Leander/İsveç Kararı*, B. No: 9248/81, KT: 26.03.1987, par. 48; AİHM, *Amann/İsviçre Kararı*, B. No: 27798/95, KT: 16.02.2000, par. 69; AİHM, *S. ve Marper/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 30562/04, KT: 04.12.2008, par. 67; AİHM, *Aycaguer/Fransa Kararı*, B. No: 8806/12, KT: 22.06.2017, par. 33.

94 AİHM, *Leander/İsveç Kararı*, B. No: 9248/81, KT: 26.03.1987, par. 48. Ayrıca bkz. AYM, *Bülent Kaya*, par. 53.

95 Benzer yönde bkz. AYM, *Bülent Kaya*, par. 55; **Haliloğlu**, s. 366-367. AYM'nin ceza yargılamasına dair bilgilerin, kamu kurumlarıyla paylaşılması ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmasının özel hayata saygı hakkına bir müdahale teşkil

Türk hukuku bakımından özel yaşama saygı hakkına sınırlama getiren bir müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde; AİHS'in 8/2. fıkrası, Anayasa'nın 17. ve 20. maddeleri ile genel olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesi dikkate alınmalıdır.

AİHS'in 8/2. fıkrası şu şekildedir: “*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.*” Buna göre özel yaşama saygı hakkına yönelik bir müdahalenin, Sözleşme'ye aykırı olmaması için; a) yasa uyarınca olması, b) fıkra'da gösterilen meşru amaçlardan birini taşıması, c) demokratik bir toplumda gerekli olması gerekmektedir⁹⁶.

Yukarıda belirttiğimiz üzere Anayasa'nın 17. ve 20. maddelerinde herhangi bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Buna karşın sınırlamanın şekli konusunda bize yol gösteren Anayasa'nın 13. maddesi şu şekildedir: “*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.*” AYM, bu madde ışığında temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin, Anayasa'ya uygun olması için şu şartları aramaktadır: a) kanunla yapılma, b) demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama, c) hakkın özüne dokunmama.

Daha önce iç hukukumuz bakımından kanun hükmünde olduğunu belirttiğimiz 108 sayılı Sözleşme ile kişisel verilerin, ne şekilde tutulup muhafaza edileceğine ilişkin önemli kriterler getirilmektedir. Sözleşme'nin “*Verilerin niteliği*” başlıklı 5. maddesinin 1/a bendine göre otomatik bilgi işleme konu teşkil eden kişisel nitelikteki veriler: (a) *Meşru ve yasal yoldan elde edilmeli ve işleme tabi tutulmalıdır;* (b) *Belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli ve bu amaca aykırı şekilde kullanılmamalıdır;* (c) *Uygun ve elverişli olmalı ve kaydedildikleri amaca göre aşırı olmamalıdır;* (d) *Doğru ve icabında güncel olmalıdır;* (e) *İlgili kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmelidir.*” Öte yandan Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin emniyet birimleri tarafından kişisel nitelikteki verilerin kullanılmasını düzenlemeye yönelik R(87) 15 sayılı Tavsiye Kararı'nda, kişisel verilerin emniyet birimlerince toplanmasının ancak somut bir tehlike ya da belli bir suçun cezalandırılmasıyla sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir (2 no.lu prensip). Tavsiye Kararında ayrıca, söz konusu verilerin, polislerin iç hukuktan ve uluslararası hukuktan doğan yükümlülükleri çerçevesinde yasal görevlerini yerine getirmeleri için gerekli olan veriler olması; gerekli olmaması halinde silinmeleri için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği ifade

ettiğine ilişkin diğer kararları için bkz. AYM, *Fatih Sarıman Kararı*, B. No: 2014/7256, KT: 27.02.2019, par. 61; AYM, *Turgut Duman Kararı*, B. No: 2014/15365, KT: 29.05.2019, par. 62. Öte yandan sayılı Kanun'un 60. maddesiyle 657 sayılı Kanun'un devlet memurluğuna alınma şartlarını düzenleyen 48. maddesine eklenen “Güvenlik soruşturması ve/veya arşiv araştırması yapılmış olmak” hükmü AYM'nin E. 2018/73, K. 2019/65, T. 24.07.2019 sayılı kararıyla iptal edilmiştir (normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/).

96 Arslan Öncü, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, s. 151.

edilmiştir (3 ve 7 no.lu prensipler). Verilerin silinmesi bakımından dikkate alınması gereken kriterler arasında ise başta beraat olmak üzere, hakların iadesi, zamanaşımı ve af kararlarına dikkat çekilmiştir. Bu düzenlemeler ışığında AİHM de kişisel verilerin kötüye kullanılmasını önlemek için güvenceler sağlanması gerektiğini ve bu güvencelere, verilerin polisin kullanımına sunulduğu durumlarda daha fazla ihtiyaç duyulduğunu belirtmektedir⁹⁷. Mahkeme, bu bağlamda, verilerin toplanma amacıyla orantılı olarak tutulmasına ve sınırlı depolama sürelerinin belirlenmesine özel önem vermektedir⁹⁸.

Sonuç olarak özel yaşama saygı hakkı kapsamındaki bir müdahale; bir yasal dayanağa sahip olmalı (yasallık), meşru amacı olmalı, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olmalı, ölçülülük ilkesine aykırı olmamalı, demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalı, hakkın özüne dokunmamalı, laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmamalıdır. Bu kapsamda, GBT sistemini ve Bilgi Toplama Yönergesi'nin özel yaşama saygı hakkına getirdiği müdahaleyi; yasallık, meşru amaç ile demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ve ölçülülük bakımından incelenmesini gerekli gördük⁹⁹.

Aşağıdaki ilk olarak her bir teste ilişkin bilgi verilerek başlanacak, bu sırada AİHM ve AYM'nin konuya ilişkin benzer içtihatlar geliştirmeleri nedeniyle mahkemelerin yaklaşımları bir arada verilecektir. Ardından AYM'nin GBT sistemi ve Bilgi Toplama Yönergesi'ne ilişkin kararlarına yer verilecek ve en son kendi görüşümüz açıklanacaktır. Bu noktada önemle belirtelim ki AİHM ve AYM, ilk testi geçemeyen bir müdahaleyi ikinci veya üçüncü teste tabi tutmayı gerekli görmeksizin müdahalenin ilgili hak ve özgürlüğü ihlal ettiğine karar vermektedir¹⁰⁰. Ancak konunun bütün yönleriyle incelenmesinde yarar gördüğümüz için mahkemelerden farklı bir tutum benimseyerek GBT sistemini tüm testlere tabi tutacağız.

I. Yasallık

Bir temel hak ve özgürlüğe yönelik müdahalenin hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde ilk ölçüt yasallık testidir¹⁰¹. Yasal temeli olmayan bir müdahalenin diğer ölçütleri karşılayıp karşılamadığına bakılmaksızın meşru olmadığı ifade edilmelidir. Bu sebeple AİHS'in 8. maddesi ile güvence altına alınan özel yaşama saygı kapsamında yapılacak bir müdahalenin de mutlaka bir yasaya dayanması gerekmektedir¹⁰². AİHS'in 8/2. fıkrasında yer alan "yasa" terimi, maddi anlamda

97 AİHM, *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, par. 103; AİHM, *B.B./Fransa Kararı*, B. No: 5335/06, KT: 17.12.2009, par. 61; AİHM, *M.K./Fransa Kararı*, B. No: 19522/07, KT: 18.04.2013, par. 35. Ayrıca bkz. Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, *Handbook*, s. 277.

98 AİHM, *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, par. 107 vd. Ayrıca bkz. AİHM, *B.B./Fransa*, par. 61; AİHM, *M.B./Fransa Kararı*, B. No: 22115/06, KT:17.12.2009, par. 53.

99 AİHM ve AYM de özel yaşama saygı hakkında ilişkin bir müdahale aynı testlerden geçirmektedir. Bkz. **Arslan Öncü**, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 153. Ayrıca bkz. AYM, *Emin Aydın Kararı*, B. No: 2013/2602, KT: 23.01.2014, par. 47.

100 AİHM'in pozitif yükümlülükler bakımından yasal dayanak yoksunluğu tespit etse dahi doğrudan 8. maddenin ihlaline karar vermediğini söylenmelidir. Bkz. **Arslan Öncü**, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 154.

101 Abdurrahman **Eren**, *Anayasa Hukuku Ders Notları – Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku*, On İki Levha Yay., 2018, s. 356.

102 AİHM, *Fadeyeva/Rusya Kararı*, B. No: 55723/00, KT: 09.06.2005, par. 95; AİHM, *Bykov/Rusya Kararı*, B. No: 4378/02,

yasayı ifade etmekte olup kanunun yanında, kanun hükmünde kararname ya da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi, tüzük, yönetmelik ve yargı içtihadı da bu yasa teriminin kapsamındadır¹⁰³. Buna karşın Türk hukukunda Anayasa'nın 13. maddesinde doğrudan "kanun" ibaresi kullanıldığından, özel yaşama saygı hakkına müdahalenin mutlaka kanun ile yapılması gerekmektedir. Aksi halde müdahale, Anayasa'ya aykırı olacaktır¹⁰⁴.

Öte yandan hem AİHM hem de AYM, müdahalenin yasal bir dayacağının bulunup bulunmadığı konusunda yalnızca şekli bir inceleme ile yetinmemekte; yasanın niteliğini de dikkate almaktadır¹⁰⁵. Gerçekten AİHM yasanın, öngörülebilir ve erişilebilir olmasını ve hukukun keyfi kullanımına karşı güvence içermesini aramaktadır¹⁰⁶. AYM de yasadın belirlilik ve erişilebilirlik niteliklerini taşımasını beklemektedir¹⁰⁷.

Aşağıda AYM'nin konuya ilişkin kararından bahsedilecek, ardından Bilgi Toplama Yönergesi'nin yasallık bakımından değerlendirilmesine geçilecektir.

a. AYM'nin Yaklaşımı

AYM, 5237 sayılı TCK'nın 215. maddesinde yazılı suçtan dolayı açılan GBT kaydına ilişkin kaydın silinmesi talebinde bulunan ancak bu talebi reddedilen başvurucuya ilişkin *Bülent Kaya* kararında, Bilgi Toplama Yönergesi'ni kanunilik bağlamında incelemiştir¹⁰⁸. Kararda ilk olarak, kişisel verilerin kaydedilmesine ve kullanılmasına ilişkin olarak yapılacak bir değerlendirmede, süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği, bütünlüğü ve imhası konusundaki prosedürlere ilişkin, muhataplarının yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını sağlayacak *açık ve detaylı kuralların* belirlenmesinin temel oluşturduğu vurgulanmıştır¹⁰⁹. Bu kuralların esas itibarıyla kanunla belirlenmesi gerektiği; ancak sınırlamaya ilişkin temel çerçevenin kanunla konulduktan sonra özellikle *uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntıların*, düzenleyici işlemlere bırakılmasının da mümkün olduğu ifade edilmiştir. Şüphesiz söz konusu düzenleyici işlemlerin, muhataplarca ulaşılabilir olmaları ve içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlatacak nitelikte ve açıklıkta olmaları gerekmektedir¹¹⁰.

KT: 10.03.2009, par. 82.

103 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 154. AİHM'in yasayla öngörülmüş olma kavramına Türk hukukundakine göre daha geniş bir anlam verdiği hakkında bkz. Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yay. 2013, s. 26.

104 AYM, *Halime Sare Aysal*, par. 6.

105 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 154, 155; İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 29-31.

106 AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 5947/72, KT: 25.03.1983, par. 86-88; AİHM, *Malone/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 8691/79, KT: 02.08.1984, par. 66-68. AİHM, *Karabeyoğlu/Türkiye Kararı*, B. No: 30083/10, KT: 07.06.2016, par. 66-68.

107 AYM, *Halime Sare Aysal*, par. 62; AYM, *Bülent Kaya*, par. 62; AYM, *Hayriye Özdemir*, par. 56.

108 AYM, *Bülent Kaya*, par. 64-78.

109 AYM, *Bülent Kaya*, par. 64; Aynı yönde bkz. AİHM, *M.M./Birleşik Krallık*, par. 199.

110 AYM, *Bülent Kaya*, par. 70; Benzer yönde bkz. AYM, *Halime Sare Aysal*, par. 66.

AYM, bu veriler ışığında Bilgi Toplama Yönergesi'ne ilişkin yaptığı incelemede, ilk olarak Yönerge'nin belli başlı maddelerine yer vermek suretiyle Yönerge'de amaç, kayıt tutma, kayıt silme gibi hususların ayrıntılı olarak düzenlendiğini belirlemiştir. Ardından, ilk bölümde yer verdiğimiz, Yönerge'nin hangi normlara dayalı olarak düzenlendiğini açıklayan 3. maddeyi incelemiştir. Bu bağlamda 3152 sayılı Kanun'un 13/1-c bendinin, Yönerge'ye genel olarak temel oluşturduğu ancak "*yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler*" hakkında bir hüküm içermediği, Kanun'un bu kişiler bakımından bir dayanak teşkil etmediği ifade edilmiştir¹¹¹. Bununla birlikte polise ülke genelinde istihbari faaliyette bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırma yetkisi veren 2559 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesinin, bir bütün halinde Yönerge'nin kanuni dayanağını oluşturduğu belirlenmiştir¹¹². Sonuç olarak müdahalenin, kanunilik şartını sağladığı kanaatine varılmıştır.

b. Görüşümüz

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi müdahalenin yasallık testini geçebilmesi AİHM bakımından "yasal" bir dayanağının bulunmasına, Türk hukuku bakımından ise "kanuni" bir dayanağının bulunmasına bağlıdır. Bu bakımdan GBT Yönergesi, önce şekli anlamda ardından maddi anlamda yasallık testine tabi tutulacaktır.

GBT kayıtları, İçişleri Bakanlığına bağlı KİHBİ Daire Başkanlığı tarafından çıkartılan Bilgi Toplama Yönergesi'ne göre tutulmaktadır. Bu bakımdan yasal bir dayanağın bulunması şartı şekli olarak karşılanmaktadır. Konuyu "kanunilik" bakımından ele aldığımızda, bu Yönerge'nin; 3152 sayılı İçişleri Teşkilat Kanun'un 13/c bendine ve 33. maddesine, 2559 sayılı PVSK'nın Ek 7. maddesine ve Jandarma Teşkilat Yönetmeliği'nin 42/e-f bentlerine dayanılarak hazırlandığı belirtilmektedir (Bilgi Toplama Yönergesi m. 3). O halde söz konusu kanun maddelerinin, Bilgi Toplama Yönergesi'ne dayanak oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir.

İçişleri Teşkilat Kanunu'nun 13/c fıkrasının konumuzu ilgilendiren kısmı, "*Suç işleyip ele geçmeyen kişilerin ... kayıtlarının tutulması*" kısmıdır. Yönerge'ye göre, söz konusu kişilere ilişkin kayıtların (Yönerge'nin 9/b maddesi kapsamında yer alan bir suç değil ise) kişilerin "ele geçmeleri" halinde silindiği de göz önüne alınırsa, 13/c fıkrasının, hakkında yakalama emri olan kişilere ilişkin kayıtların tutulmasına bir temel oluşturduğu kabul edilebilir. Buna karşın Bilgi Toplama Yönergesi'nde yer alan "*yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler*" hakkında kayıt tutulacağına ilişkin düzenleme, bu Kanun'da kendisine bir temel bulamamaktadır. Dolayısıyla Yönerge'nin, bu kişiler bakımdan 3152 sayılı Kanun'un 13/c bendinde bir dayanağının bulunmadığı söylenmelidir. Aynı Kanun'un 33. maddesi ise İçişleri Bakanlığına yerine getirmekle yükümlü oldukları hizmetleri; tüzük, yönetmelik, tebliğ, genelge ve idari metinlerle düzenleme yetkisi vermektedir. Madde, İçişleri Bakanlığına yönerge çıkarma yetkisi verse dahi Bilgi Toplama Yönergesi'nin kapsamı ve sınırı konusunda herhangi bir

111 AYM, *Bülent Kaya*, par. 76.

112 AYM, *Bülent Kaya*, par. 77.

hüküm içermemektedir. Sonuç olarak Yönerge’de söz edilen “*yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler*” hakkındaki kayıtlar, 3152 sayılı Kanun bakımından kanuniliği karşılamamaktadır¹¹³.

Bilgi Toplama Yönergesi’nin dayanağı olduğu iddia edilen diğer kanun maddesi, PVSK’nın Ek 7. maddesidir. Maddede polise; emniyet ve asayişini sağlamak üzere, ülke seviyesinde istihbarat faaliyetlerinde bulunma, bu amaçla bilgi toplama, değerlendirme, yetkili mercilere veya kullanma alanına ulaştırma ve diğer istihbarat kuruluşlarıyla iş birliği yapma yetki ve görevi verilmiştir. AYM’nin “*yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler*” bakımından da kanunilik şartını taşıdığını belirttiği bu madde, gerçekten de polise bilgi toplama ve kullanım alanına ulaştırma yetkisi vermektedir. Ancak Kanun’da bu bilginin; kimlere ilişkin ve hangi esaslar gözetilerek toplanacağına, toplandıktan sonra kimler tarafından ve hangi koşullarda kullanılacağına veya nasıl ve ne süre ile saklanacağına ilişkin bir belirleme bulunmamaktadır. Halbuki AYM, konuya ilişkin genel ilkeleri ortaya koyduğu sırada bu ve benzeri hususların, açık ve detaylı olarak belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹¹⁴. Bu noktada, söz konusu belirlemenin, Yönerge’de açık ve detaylı olarak yapıldığı söylenebilir. Ancak bu hususlar, basitçe *uygulama koşulları ve prosedürel ayrıntılardan* ibaret değildir ki düzenleyici işlemlere bırakılmasının mümkün olduğu kabul edilsin. Kanun’da belirtilen bilgi toplama yetkisini, bu ölçüde geniş kabul etmek, bu madde kapsamında polise her türlü bilgiyi tutma yetkisi vermektedir. Bu durumun, bir hukuk devletinde kabul edilebilir olamayacağı açıktır.

Kanaatimizce Yönerge’de *yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişilere* ilişkin tutulan kayıtların, ne 3152 sayılı İçişleri Teşkilat Kanunu’nun 13/c bendinde ne 33. maddesinde ne de 2559 sayılı PVSK’nın Ek 7. maddesinde kanuni bir temeli bulunmaktadır. Bu bakımdan söz konusu kayıtlar, diğer ölçütler incelenmeksizin doğrudan özel yaşama saygı hakkını ihlal etmektedir¹¹⁵.

AYM’nin, *Bülent Kaya* kararında yaptığı genel açıklamalarda, hukuk kurallarının; erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olması gerektiğini belirtmesine rağmen Bilgi Toplama Yönergesi’ni bu yönlerden incelememiş olması dikkat çekicidir¹¹⁶. Zira söz konusu Yönerge, daha önce de belirtildiği üzere, *Hizmete Özel* olduğu gerekçesiyle Resmî Gazete’de yayımlanmamıştır. Diğer bir deyişle vatandaşların, kendi kişisel verilerinin tutulmasını düzenleyen mevzuata erişme ve dolayısıyla kuralları öğrenme imkânları bulunmamaktadır. Öyle ki tarafımızca Bilgi Toplama Yönergesi’ne erişmek için bilgi edinme başvurusunda bulunulmuştur. Ancak başvurumuz “*söz konusu yönerge “gizli” ibaresi yer aldığından; mahkemelerin isteği üzerine veya kurumların yazılı başvuruları doğrultusunda paylaşılması mümkündür*” gerekçesiyle reddedilmiştir. Halbuki, vatandaşların belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi gerekmektedir¹¹⁷. Gerçekten AİHM, Rusya’da kamu makamlarınca yayımlanmamış ve halka açık olmayan bir bakanlık

113 Benzer yönde bkz. **Aydın**, “Genel Bilgi Toplama Yönergesi ve GBT Uygulaması”, s. 178-179.

114 AYM, *Bülent Kaya*, par. 64.

115 Öte yandan Yönerge’ye dayanak gösterilen Jandarma Teşkilat Yönetmeliği’ni incelenmesine, yönetmeliklerle hak ve özgürlüklere ilişkin bir sınırlama yapılamayacak olması nedeniyle gereksinim duyulmamıştır.

116 Benzer yönde bkz. **Haliloğlu**, s. 375.

117 AİHM, *Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık*, par. 86-88; AİHM, *Malone/Birleşik Krallık*, par. 66-68; AİHM, *Rotaru/Romanya Kararı*, B. No: 28341/95, KT: 04.05.2000, par. 55; AİHM, *Amann/İsviçre* par. 76 ve 80.

emri ile oluşturulan “Gözetim Veri Tabanı” (Сторожевой контроль) sisteminde¹¹⁸, vatandaşlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme ihlal kararının gerekçesinde, kişilerin, bilgilerinin hangi gerekçelerle işleneceği, hangi makamın emriyle bu işlemin gerçekleştirileceği, ne kadar süreceği, bu verilerin depolanması ve kullanılması için prosedürlerin ne olduğu ve bu bilgilerin kötüye kullanılmaması için ne tür kontrol ve garantilerin var olduğu konularında bilgi sahibi olmalarının mümkün olmadığına dikkat çekmiştir¹¹⁹.

Erişebilir olmayan bir düzenlemenin, öngörülebilir olduğundan veya hukukun keyfi kullanımlarına karşı bir güvence içerdiğinden evleviyetle söz edilemeyecektir. Sonuç olarak Bilgi Toplama Yönergesi yasallık testini geçememektedir¹²⁰.

2. Meşru Amaç

Temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabilmesi kişiler için tek başına yeterli bir güvence teşkil etmemektedir¹²¹. Yasama organının, bir hak ve özgürlüğü kanunla dahi olsa haklı (meşru) bir sebep olmaksızın sınırlaması AİHS ve Anayasa'ya aykırıdır¹²². Bu durumun önüne geçmek adına günümüzde anayasalar genellikle sınırlama sebeplerini de belirlemektedir¹²³. Gerçekten de 1982 Anayasası (2001 değişikliğinden sonra) temel hak ve hürriyetlerin, *özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilceğini* belirtmektedir. Buna karşın Anayasa'nın 17. ve 20. maddesinde özel yaşama saygı hakkına ilişkin, arama ve elkoyma hariç, bir sınırlama sebebi öngörülmemiştir. Bununla birlikte AİHS'in 8/2. fıkrasında söz konusu hakka ilişkin bir müdahalenin, “...ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması...” amaçlarından birini taşıması gerektiği belirtilmiştir¹²⁴.

118 Bu veri tabanına, insan hakları aktivistleri ve aşırılık yanlısı faaliyetlere karıştığı iddia edilen diğer kişiler hakkında bilgiler işlenmektedir. Veri tabanında adı geçen bir kişi, bir tren veya uçak bileti satın aldığıında, İç Ulaştırma Bakanlığı otomatik bir bildirim almaktadır. Bkz. AİHM, *Shimovolos/Rusya Kararı*, B. No. 30194/09, KT: 21.06.2011, par. 7.

119 AİHM, *Shimovolos/Rusya*, par. 69-70.

120 Benzer yönde bkz, AYM, *Bülent Kaya (Engin Yıldırım Karşı Oy Gerekeşi)*, par. 13; AYM, *Bülent Kaya (Serruh Kaleli, Alparslan Altan ve Erdal Tercan Karşı Oy Gerekeşi)*, par. 33, 34.

121 Fazıl **Sağlam**, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:506, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1982, s. 115; **Eren**: s. 356.

122 **İnceoğlu**, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, s. 27.

123 Kemal **Gözler**, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, 2018, s. 314.

124 İki madde arasındaki belirgin farkın “ülkenin ekonomik refahı” sınırlama ölçütü olduğu söylenebilir. Esasen söz konusu sınırlama ölçütü AİHS'te de sadece 8. maddede yer almaktadır. AİHM kararları incelendiğinde, bu sınırlama ölçütünün taraf devletler tarafından esasen çevresel kirliliğe ilişkin davalarda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Ayrıca, kimi ev ve iş yeri arama ve belgelere el koyma davalarında da bu sınırlama ölçütüne rastlanmaktadır. Bkz. **Arslan Öncü**, “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, s. 158, 159.

a. Mahkemenin Yaklaşımı

AYM, 1990 yılında üç ayrı hırsızlık suçundan dolayı ağır para cezası ile cezalandırılıp söz konusu cezaları ertelenen başvurucaya ilişkin E.Ç.A. kararında¹²⁵, GBT sistemini meşru amaç yönünden incelemiştir. Söz konusu kararda, GBT sistemine *terör, kaçakçılık, devlet güvenliğine karşı işlenen suçlar ve yüz kızartıcı suçların sanıkları ile ilgili dava bilgileri kaydedildiğini* belirtildikten sonra *uygulamanın suç ve suçlularla mücadele bağlamında kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik meşru bir amaç taşıdığı* saptanmıştır¹²⁶. Mahkeme benzer şekilde *Bülent Kaya* kararında da sisteme belirli suçlardan yargılanan kişiler hakkında derdest dava bilgilerinin kaydedildiği ve söz konusu bilgilerin, güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmasında kullanıldığını dikkate alarak uygulamanın kamu düzeni ve güvenliğinin temini şeklindeki meşru temelleri içerdiği kanaatine varmıştır¹²⁷.

b. Görüşümüz

Bilgi Toplama Yönergesi'nin amacı, ilk bölümde açıkladığımız üzere, Yönerge'nin ilk maddesinde yer almaktadır¹²⁸. Ayrıca, *Bülent Kaya* kararında, İçişleri Bakanlığı KİHBT Daire Başkanlığının AYM'ye gönderdiği yazıda GBT sisteminde yer alan bilgilerin ne şekilde kullanıldığı açıklanmıştır. Buna göre; GBT sistemine kaydı yapılan bilgiler; "*kolluk kuvvetlerine suç ve suçlularla mücadele çalışmalarında istihbarat kaynağı olarak, idarenin vatandaşlarla ilgili yürüttüğü iş ve işlemlerde (silah ruhsatı, sürücü belgesi ve pasaport verilmesi, kamu hizmetlerinden men cezalarının takibi) kullanıldığı, bunun yanı sıra 26/10/1994 tarihli ve 4045 sayılı Güvenlik Soruşturması, Bazı Nedenlerle Görevlerine Son Verilen Kamu Personeli İle Kamu Görevine Alınmayanların Haklarının Geri Verilmesinde ve 1402 Numaralı Sıkıyönetim Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun ile Güvenlik Soruşturması ve Arşiv Araştırması Yönetmeliği gereği, bakanlıklar ile kamu kurum ve kuruluşlarının gizlilik dereceli birim ve kısımları ile yurtdışı teşkilatlarında ve askeri, emniyet, istihbarat teşkilatlarında ve ceza infaz kurumu ve tutuk evlerinde çalıştıracakları personelin güvenlik soruşturması ve arşiv araştırması işlemleri için*" kullanılmaktadır¹²⁹. Buna göre söz konusu bilgilerin, esas itibarıyla *kamu düzeni ve güvenliğinin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesine yönelik meşru bir amaç taşıdığı* kabul edilebilir¹³⁰.

125 AYM, E.Ç.A. Kararı, B. No: 2014/5671, KT: 07.06.2018.

126 AYM, E.Ç.A., par. 50.

127 AYM, *Bülent Kaya*, par. 79.

128 Bilgi Toplama Yönergesi m. 1: "*Bu Yönerge'nin amacı; İçişleri Bakanlığı Kaçakçılık İstihbarat Harekat ve Bilgi Toplama Daire Başkanlığı ile il, ilçe ve şube güvenlik kuvvetlerinde kurulan bilgi toplama, büro ve kısımlarının görev, yetki ve sorumluluklarını ve çalışma esaslarını, Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğüne, Anayasa düzenine ve genel güvenliğe dair önleyici ve koruyucu tedbirleri almak üzere; güvenlik kuvvetleri ile görevli kuruluşlar arasında koordinasyon sağlamak suretiyle, suç işlemesi sebebiyle aranmasına karar verilen, kaybolan, yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan, kamu haklarından yararlanmaları konusunda sınırlama getirilen kişilerin kayıtlarının tutulmasının esas ve usullerini düzenlemektir.*"

129 AYM, *Bülent Kaya*, par. 19.

130 Benzer yönde bkz. **Haliloğlu**, s. 378.

3. Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük

Özel yaşama saygı hakkına sınırlama getiren bir müdahalenin, yasallık ve meşru amaç testleri dışında, ayrıca demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük testini de geçmesi gerekmektedir. Demokratik bir toplumda gerekli olma ve ölçülülük, esasen iki ayrı kriter olmakla birlikte aralarında çok sıkı bir bağ bulunmaktadır¹³¹. Bir hak veya özgürlüğün özüne dokunan bir sınırlama hem demokratik toplum düzeninde gerekli olma hem de ölçülülük ilkesine evleviyetle aykırı olacaktır¹³². Öze dokunma bir hak veya özgürlüğün kullanımını durdurma ya da aşırı derecede güçleştirme anlamına gelmektedir¹³³.

Öze dokunma yasağını ihlal etmeyen müdahaleler yönünden, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. AİHM, buradaki gereklilik kavramını, mutlak gerekli gibi kesin ve güçlü bir nitelendirme anlamında ele almamaktadır. Bununla birlikte kavram, kabul edilebilir ya da makul terimlerinin esnekliğini de içermemektedir¹³⁴. Demokratik toplum ise çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik ilkelerine dayanan toplumdur¹³⁵. Bu bakımdan bir hak veya özgürlüğün sınırlandırılması, çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik ilkelerine dayanan bir toplumun zorlayıcı bir ihtiyacı karşılamıyorsa demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbir olarak değerlendirilmeyecektir. Zorlayıcı toplumsal bir ihtiyaçtan söz edilmesi müdahalenin alınabilecek en son önlem olma gerekliliğini ifade etmektedir¹³⁶. Bu nedenle getirilen sınırlamanın yalnız ölçüsü değil, aynı zamanda koşulları, nedeni, yöntemi ve sınırlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamını da demokratik toplum düzeni kavramı içinde değerlendirilmektedir¹³⁷. Öte yandan AİHM, bir yandan bir ülkenin koşullarını en yakından bilen olmaları dolayısıyla o ülkenin yetkili makamlarının, zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacın olup olmadığını en uygun şekilde tespit edecek olan taraf olduğunu belirtmekte; diğer yandan AİHS'e taraf tüm ülkeler bakımından geçerli bir asgari standart aramaktadır. Bu sebeple AİHM, söz konusu ihtiyaç baskının olup olmadığının ispatını taraf devlete yüklemektedir¹³⁸.

Ölçülülük ise temel hak ve özgürlüklerin sınırlanma amaçları ile bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan araç arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır¹³⁹. Diğer bir deyişle ölçülülük denetimi,

131 Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 160; AYM, *Bekir Coşkun Kararı*, B. No. 2014/12151, KT: 04.06.2015, par. 53.

132 AYM, *Bekir Coşkun*, par. 50. Ayrıca bkz. Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 19. Basım, Yetkin Yay., 2019, s. 118.

133 AYM, *Abdullah Öcalan Kararı*, B. No: 2013/409, KT: 25.06.2014, par. 73; AYM, *Fatih Taş Kararı*, B. No: 2013/1461, KT: 12.11.2014, par. 92, 93.

134 Feyyaz Gölcüklü / Şeref Gözübüyük, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, Turhan Kitabevi, 2002, s. 378; İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 32; Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", s. 159.

135 AİHM, *Handyside/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 5493/72, KT: 07.12.1976, par. 49; AYM, *Abdullah Öcalan*, par. 93; AYM, *Fatih Taş*, par. 92-93.

136 AYM, *Bekir Coşkun*, par. 51.

137 AYM, *Serap Tortuk*, par. 46; AYM, *Murat Atılğan Kararı*, B. No: 2013/9047, KT: 07.05.2015, par. 37; AYM, *Bülent Kaya*, par. 81.

138 İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 32.

139 AYM, *Abdullah Öcalan*, par. 73. Ayrıca bkz. İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", s. 38.

ulaşılacak istenen amaçtan hareketle seçilen aracın denetlenmesidir¹⁴⁰. Bu denetim, seçilen aracın, hedeflenen amaç bakımından *elverişli, gerekli ve orantılı* olup olmadığının değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁴¹. Elverişlilik, kullanılan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye uygun olmasına; gereklilik, sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşmak bakımından gerekli olmasına; orantılılık, araç ile amaç arasında bir dengenin kurulmasına işaret etmektedir¹⁴². Bu bakımdan seçilen aracın; bir yandan ilgili hak veya özgürlüğe daha az zarar verebilecek diğer yandan da hedeflenen amacı yerine getirebilecek nitelikte bir önlem olması gerekmektedir¹⁴³. Sınırlandırmayla ulaşılabilecek genel yarar ile temel hak ve özgürlüğü sınırlandırılan bireyin kaybı arasında adil bir denge kurulmasına özen gösterilmelidir¹⁴⁴. Ayrıca müdahalenin haklılığı için kamu makamlarının gösterdiği gerekçeler konuyla ilgili ve yeterli olmalıdır¹⁴⁵.

a. Mahkemenin Yaklaşımı

AYM, *Bülent Kaya* kararının “Demokratik Toplum Düzeninde Gerekli Olma ve Ölçülülük” başlığı altında; ölçüte ilişkin genel bilgiler verdikten¹⁴⁶ sonra GBT sisteminin meşru temeller içerdiği ve ilgili bilgilerin toplanma, paylaşım, kullanım ve silinmesine ilişkin hususların ayrıntılı olarak düzenlendiğini ifade etmiştir¹⁴⁷. Halbuki bu iki husus, kanunilik ve meşru amaç testine ilişkindir. Devamında Mahkeme, söz konusu bilgilerden tespit edilen amaç dışında yararlanıldığına ilişkin herhangi bir iddianın bulunmadığını belirterek başvuruya konu müdahalenin, demokratik bir toplumda gerekli ve ölçülü olduğu kanaatine varmıştır¹⁴⁸.

AYM, hırsızlık suçundan dolayı 1990 yılında hüküm giyen ve bu hükme ilişkin kayıtların GBT sisteminden silinmesi için 2006 yılında Emniyet Genel Müdürlüğüne (EGM) başvuru yapan ancak talebi, Bilgi Toplama Yönergesi'nin (yukarıda açıklanan) hükümleri nedeniyle kabul görmeyen başvuruya ilişkin *E.Ç.A.* kararında; GBT sistemindeki bilgilerin toplanması, paylaşılması,

140 AYM, *Bekir Coşkun*, par. 53, 54.

141 AYM, *Abdullah Öcalan*, par. 97; AYM, *Bekir Coşkun*, par. 54; AYM, *Sebahat Tuncel Kararı*, B. No: 2012/1051, KT: 20.02.2014, par. 84; AYM, *Fatih Taş*, par. 92, 93; AYM, *Ahmet Temiz Kararı*, B. No: 2013/1822, KT: 20.05.2015, par. 64. Ayrıca bkz. **Özbudun**, s. 114. Kanada, Almanya ve İsrail hukukunda da ölçülülüğün bu üç unsurdan oluştuğu yönünde bkz. Saadet **Yüksel**, *Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü*, Alfa Yay., İstanbul, 2015, s. 227; Kanada Yüksek Mahkemesi tarafından benimsenen ölçülülüğün, AİHM'in Sözleşme'yi yorumlama anlayışını yakından takip ettiği yönünde bkz. Aharon **Barak**, *Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations*, İbraniceden İngilizceye çev. Doron Kalır, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, s. 188-189.

142 AYM, *Serap Tortuk*, par. 47; AYM, *Murat Atılgan*, par. 38; AYM, *Bülent Kaya*, par. 82. Ölçülülük ilkesinin alt unsurları bakımından bkz. **Sağlam**, s. 113-117.

143 AİHS, *Nada/İsviçre Kararı*, B. No: 10593/08, KT: 12.09.2012, par. 183; AİHM, *Maskhadova ve Diğerleri/Rusya Kararı*, B. No: 18071/05, KT: 06.06.2013, par. 236-238; AYM, *Ahmet Temiz*, par. 64.

144 AYM, *Marcus Frank Cerny Kararı*, B. No: 2013/5126, KT: 02.07.2015, par. 73; AYM, *Bülent Polat Kararı*, B. No: 2013/7666, KT: 10.12.2015, par. 104, 107; AYM, *Serap Tortuk*, par. 44, 48; AYM, *E.Ç.A.*, par. 51; AYM, *Hacer Kahraman Kararı*, B. No: 2013/7935, KT: 20.04.2016, par. 80.

145 AİHM, *Marcus Frank Cerny*, par. 83; AYM, *E.Ç.A.*, par. 50.

146 AYM, *Bülent Kaya*, par. 80-87.

147 AYM, *Bülent Kaya*, par. 88.

148 AYM, *Bülent Kaya*, par. 90, 91.

kullanılması ve silinmesine ilişkin ayrıntılı düzenlemelerin olduğunu ve kişisel verilerin ceza hukuku ile koruması¹⁴⁹ nedeniyle bu bilgilerin amacı dışında kullanılması veya ifşa edilmesini önleyecek yasal güvencenin mevcut olduğunu belirtmiştir¹⁵⁰. Ayrıca somut olayda bu hususların dışına çıkılmadığı ve başvuruçunun özel yaşamı ve çalışma hayatı bakımından olumsuz sonuçların ortaya çıktığına ilişkin somut olgulara dayalı herhangi bir delilin başvuruçunun tarafından ortaya konulmadığı ifade edilmiştir. Bu bağlamda müdahalenin demokratik toplumda gerekli ve ölçülü olma kriterini taşıdığı kanaatine varılmıştır¹⁵¹.

Bu noktada belirtilmelidir ki Mahkemenin her iki kararda da müdahaleyi, gerçek anlamda, bir demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük testine tabi tuttuğu söylenememektedir.

b. Görüşümüz

Bu bölümde GBT sisteminde kişilere ilişkin yakalama emirlerinin, ceza kovuşturma bilgilerinin ve ceza mahkûmiyet hükümlerinin tutulmasının, zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik en son çare olup olmadığı belirlenmelidir. Bu noktada sisteme çok sayıda suç tipine ilişkin mahkûmiyet hükmünün, herhangi bir kıstas gözetilmeksizin işlenmesi ve kaydın, hakkında hüküm kurulan kişinin ölümüne kadar saklanması ön plana çıkmaktadır. Zira 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 359. maddesinde belirtilen vergi kaçakçılığı suçundan 430 sayılı Tevhidi Tedrisat Kanunu kapsamına giren suçlara; TCK'da yer alan hırsızlık suçundan genel güvenliğin kasten tehlikeye sokulması suçuna kadar çok sayıda suça ilişkin ceza kovuşturması bilgilerinin hangi zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan dolayı sisteme işlendiği yahut bu bilgilerin kişinin ölümüne kadar sistemde saklanmasının hangi zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın karşılanmasına yönelik son çare olduğu anlaşılmalıdır.

GBT sisteminin ölçülülük testi açısından ise elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı noktalarından incelenmesi gerekmektedir. GBT sisteminin elverişlilik değerlendirmesi; sisteme, kişilere ilişkin bilgilerin işlenmesinin kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesinde uygun bir yöntem olup olmadığından belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Sisteme hakkında yakalama emri bulunan kişilere veya Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesine giren bir suça ilişkin kovuşturma aşamasına geçilmiş kişilere ilişkin bilgiler işlenmektedir. Konuyu yakalama emirleri açısından ele alırsak; emniyet kuvvetlerinin, hakkında yakalama emri olan kişileri bu sistem aracılığı ile görmesinin, bu kişilerin yakalanmasına yardım ettiği ve bu suretle GBT sisteminin, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi bakımından uygun bir yöntem olduğu kabul edilebilir. Konuyu belli suçlara ilişkin derdest dava bilgilerinin ve mahkûmiyet kayıtlarının işlenmesi açısından ele aldığımızda ise; emniyet kuvvetlerince söz konusu bilgilerin işlenmesi, ne o suça ilişkin olarak kamu düzeninin korunmasına bir yarar sağlamakta ne de (zaten kayıt suç işlendikten sonra işlendiği için) o suçun işlenmesini önlemektedir. Ancak bir suçtan mahkûm olan kişinin, daha sonra kamu düzenini bozmaya veya bir başka suç işlemeye yönelmesi ihtimalinde bu bilgi istihbari açıdan faydalı olabilir.

149 TCK'nın 136. maddesinde, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak başkalarına vermek yaymak veya ele geçirmek suç olarak düzenlenmiştir.

150 AYM, E.Ç.A., par. 53, 54.

151 AYM, E.Ç.A., par. 55.

Yine de sistemde söz konusu bilgilerin tutulmasının hedeflenen amaca uygun olduğu, yakalama emirlerine ilişkin bilgilerin tutulmasında olduğu kadar sarıh bir şekilde söylenememektedir.

GBT sisteminin AİHS ve Anayasa'ya uygunluğunun belirlenmesi, sistemin kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesi amacına ulaşmak için gerekli olduğunun tespitini de gerektirmektedir. Bu noktada UYAP'ın varlığı önem kazanmaktadır. Zira “*GBT ve Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi (UYAP)*” başlığında açıkladığımız üzere, 2012 yılından beri mahkeme ve Cumhuriyet Başsavcılıklarınca verilen yakalama emirlerinin doğrudan UYAP üzerinden sorgulanması mümkün hale gelmiştir¹⁵². Öyle ki Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Dairesinin ilgili başlıkta yer verilen genelgesinde de yakalama bilgilerinin doğru ve güncel olarak UYAP sisteminde bulunduğundan dolayı GBT sistemine bilgi girilmesine ihtiyaç kalmadığı belirtilmiştir. Bu bakımdan GBT sisteminde kişilere ilişkin yakalama emirlerinin tutulmasının, en azından 2012 yılından sonra, gerekli olma koşulunu taşımadığı söylenmelidir¹⁵³. Öte yandan UYAP başlığında da ifade ettiğimiz üzere; Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesine giren suçlara ilişkin mahkûmiyet kayıtları silinmediği için bu bilgiler, UYAP'ta bulunmamakta iken GBT sisteminde yer alabilmektedir. Ancak bu bilgilerin tutulmasının, kamu düzeni ve suç işlenmesinin engellenmesi amacı bakımından ne ölçüde elverişli olduğu tartışmalı iken, söz konusu amaçların gerçekleştirilmesi bakımından gerekli olduğu söylenemeyecektir.

GBT sistemini, orantılılık ölçütü bakımından incelendiğinde, sisteme kişiler hakkında hangi bilgilerin işlendiği ve bu bilgilerin ne kadar süre ile tutulduğu hususlarının göz önüne alınması gerekmektedir.

İlk olarak GBT sisteminde bilgi formu açılmasının, bir suçtan dolayı en azından soruşturmanın başlamasına bağlı olduğu söylenmelidir. Diğer bir deyişle kişilerin bir ceza soruşturmasını gerektirmeyen faaliyetleri (toplum açısından ne kadar tehlikeli olursa olsun) bilgi formu açılmasına imkân vermemektedir. Bilgi formu açılması için ya bir yakalama emri bulunmalı ya da Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesinde yer alan suç tiplerinden biri nedeniyle kovuşturma aşamasına geçilmelidir. Buna göre bir kişi hakkında yakalama emri yoksa bilgi formu açılması, belli bir suç tipini işlediği iddiasıyla hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş olmasını gerektirmektedir. Veri sahibinin suçla ilgisine ve derecesine bağlı olarak sınıflandırılmaya gidilmiş olması yönüyle GBT sisteminin orantılı olma ölçütünü taşıdığı kabul edilebilir¹⁵⁴. Ancak Yönerge'nin 9/b maddesinde TCK ve diğer kanunlarda yer alan çok sayıda suç tipi bulunmaktadır¹⁵⁵. Söz konusu suçlar arasında kanunda öngörülen ceza alt sınırı bakımından bir ayrıma gidilmemiştir¹⁵⁶. Gerçekten

152 <http://www.kihbi.gov.tr/kihbi-uyap-ulusal-yargi-agi>, ET: 28.11.2019.

153 Çiçek, Terazi Hukuk Dergisi, s. 47.

154 2016/680 sayılı Direktif'in 6. maddesinde, üye devletlerin, uygulanabildiği durumlarda ve mümkün olduğu ölçüde, veri sahiplerinin farklı kategorilerdeki kişisel verileri arasında veri sorumluları tarafından net bir ayırım yapılmasını sağlayacakları belirtilmektedir. Bu kategoriler şu şekildedir: a) bir suç işlediğine veya işlemek üzere olduğuna inanılması için kendisi ile ilgili önemli gerekçeler olan kişiler, b) bir suçtan hüküm giymiş olan kişiler, c) bir suçun mağdurları veya belirli gerçeklerin bir suçun mağduru olabileceklerine inanılmasına sebep olan kişiler, d) bir suçla bağlantılı soruşturmada veya devamındaki kovuşturmada tanıklık yapmak üzere çağrılacak kişiler, suçla ilgili bilgi verilebilecek kişiler veya (a) ve (b) bentlerinde belirtilen kişilerden birinin iletişimde veya işbirliği içinde olduğu kişiler gibi suçun diğer tarafları.

155 Öyle ki maddeye, kapsam içinde yer alan suçları yazmak yerine kapsam dışındaki suçlar yazılsa idi daha az sayıda suç tipinin belirtilmesi gerekebilirdi.

156 Cinsel suçtan hüküm giyen kişilere ilişkin oluşturulan veri tabanlarına ilişkin değerlendirmeler için bkz. AİHM, B.B./

bu suç tiplerinin hangi kıstaslar dikkate alınarak seçildiği anlaşılamamaktadır. Yönerge'nin 9/b maddesinde çok sayıda suç tipinin yer alması, neredeyse tüm suç tiplerine ilişkin kovuşturma bilgileri ile mahkûmiyet kayıtlarının tutulmasına neden olmaktadır. Bu bakımdan sistemin orantılı olmadığı kanaatindeyiz. Gerçekten AİHM de kişilere ilişkin bilgilerin veri tabanlarında saklanması konusunda, organize suç veya cinsel saldırı gibi ciddi suçlar ile hafif suçlar arasında ayırım yapılması gerektiğini belirtmektedir¹⁵⁷.

Orantılılık testinde göz önünde tutulması gereken ikinci husus, GBT sisteminde tutulan bir bilginin ne kadar süre ile tutulacağı ve ne şekilde silineceğidir¹⁵⁸. AİHM, *M.K./Fransa* kararında, kişisel verilerin 25 yıllık bir süre için saklanması pratikte belirsiz bir şekilde tutulması anlamına geleceğini belirterek müdahaleyi orantısız olarak değerlendirirken¹⁵⁹; *B.B./Fransa* ve *M.B./Fransa* kararlarında, 20 ve 30 yıllık azami süreleri, sadece cinsel suçlara ilişkin mahkûmiyet hükümlerinin tutulması ve verilerin, belirtilen sürelerden önce (suçun niteliği, failin suçu işlediği sıradaki yaşı, o zamandan beri geçen süre, kişinin mevcut kişiliği gibi hususları dikkate alarak) saklanması gerekli görülmemesi ve veri sahibinin talebi üzerine silinebilmesini göz önüne alarak müdahalenin orantılı olduğuna karar vermiştir¹⁶⁰. Mahkeme, şiddet içermeyen protestolara katıldığı için kamu makamlarınca kişisel verileri işlenen başvurucaya ilişkin *Catt/Birleşik Krallık* kararında ise verilerin, azami saklanma süreleri belli olmaksızın, yalnızca işlendikten (en az) 6 yıl sonra gözden geçirilerek saklanmaya gerek görülmeyenlerin silinmesinin sağlanabilmesini, bunun gerçekten etkili bir şekilde yapıldığına dair somut bir veri sunulamamasını da dikkate alarak, yeterli görmemiş ve müdahalenin ölçüsüz olduğuna karar vermiştir¹⁶¹.

GBT sistemine baktığımızda, yakalama emrine ilişkin bilgiler, yakalamanın icra edilmesi sonrası sistemden silinmektedir. Bu yönüyle bir sorun görünmemektedir. Ancak Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesine giren suçlara ilişkin kayıtlar, ilgili suçtan mahkûmiyet hükmü kurulması halinde silinmemektedir. Ayrıca af, adli sicil kaydının silinmesi veya ceza zaman aşımı kararı verilmesi de söz konusu bilgi formunun iptal edilmesini sağlamamaktadır. AYM'nin kararlarında, GBT sistemine ilişkin bu durumu değerlendirmemesi oldukça ilgi çekicidir. Halbuki "GBT ve Adli Sicil Kaydı" başlığı altında yer verdiğimiz üzere, Mahkeme, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun 12/1. fıkrasında yer alan "*Arşiv bilgileri, ilgilinin ölümü üzerine ve her halde kaydın girildiği tarihten itibaren seksen yılın geçmesiyle tamamen silinir.*" fıkrasını iptal etmiştir¹⁶². Mahkeme, konuyu Anayasa'nın 5. maddesi¹⁶³ ve

Fransa ve AİHM, *M.B./Fransa*.

157 AİHM, *M.K./Fransa*, par. 41. Suçun ciddiyetine ve/veya niteliğine göre ayırım yapıp yapılmadığının bu bağlamda değerlendirilecek hususlardan olduğu yönünde bkz. AİHM, *Aycaguer/Fransa Kararı*, B. No. 8806/12, KT: 22.06.2017, par. 43.

158 2016/680 sayılı Direktif'te kişisel verilerin saklanma süresine ilişkin kesin bir sınırlamaya gidilmemiştir. Bununla birlikte Direktif'in 5. maddesi, üye devletlerin kişisel verilerin silinmesi için veya kişisel verilerin depolanması ihtiyacının periyodik olarak gözden geçirilmesi için uygun zaman sınırlamaları getireceklerini belirtmektedir. Bu durumun verilerin saklanma süresine ilişkin uyumlaştırmayı oldukça güçlendirdiği eleştirisi için bkz. **Bostancı Bozbayındır**, s. 76.

159 AİHM, *M.K./Fransa*, par. 45-47.

160 AİHM, *B.B./Fransa*, par. 66-70; AİHM, *M.B./Fransa*, par. 58-62.

161 AİHM, *Catt/Birleşik Krallık Kararı*, B. No: 43514/15, KT: 24.01.2019, par. 119-120, 126-127.

162 AYM, E. 2008/44 ve T. 20.01.2011.

163 Anayasa m. 5: "*Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini,*

17. maddesi¹⁶⁴ kapsamında değerlendirmiş ve kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkûmiyet kararına ilişkin kaydın ölümüne kadar ya da 80 yıl süreyle muhafaza edilmesinin, “*kişinin maddi ve manevi varlığının geliştirilmesi ilkesi ve cezaların ıslah edici olma amacı*” ile bağdaşmadığını belirtmiştir. Açıkçası AYM’nin, benzer bir değerlendirmeyi GBT sistemine ilişkin olarak da yapması beklenirdi¹⁶⁵. Gerçekten bir kolluk görevlisinin, bir kimsenin hayatının herhangi bir zaman diliminde işlediği bir suçtan dolayı kesinleşen mahkûmiyet hükmünü görebilmesinin, hem 17. madde hem de 20. madde bakımından orantısız bir müdahale olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda, Bilgi Toplama Yönergesi’nde, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu’nun “Adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi” başlıklı 12. maddesi temel alınarak bilgi formlarının iptaline ilişkin düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir¹⁶⁶.

SONUÇ

GBT sistemine kişilerin, kimlik bilgileri ile haklarındaki yakalama emri, yurt dışına çıkış yasağı kararı ve derdest kovuşturma bilgileri ile kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri işlenmektedir. Türkiye tarafından imzalanıp usulüne göre yürürlüğüne konulmuş olan 108 sayılı Sözleşme, Anayasa’nın 90/5. fıkrası gereğince kanun hükmündedir. Bu Sözleşme’de yer alan kişisel veri tanımına göre, GBT sisteminde kişilere ilişkin tutulan kayıtların, kişisel veri niteliğinde olduğuna ilişkin bir şüphe bulunmamaktadır. Bu bilgiler, güvenlik taramaları ve güvenlik soruşturmalarında kullanılmaktadır. Kanaatimizce GBT sisteminde söz konusu kişisel verilerin tutulması ve belirtilen şekillerde kullanılması, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmaktadır.

GBT kayıtları, İçişleri Bakanlığına bağlı KİHBİ Daire Başkanlığı tarafından çıkartılan Bilgi Toplama Yönergesi’ne göre tutulmaktadır. Bu bakımdan GBT sistemi, *şekli anlamda* yasal bir dayanağı olma ölçütünü karşılamaktadır. Öte yandan söz konusu Yönerge, 3152 sayılı İçişleri Teşkilat Kanunu 13/c bendine ve 33. maddesine, 2559 sayılı PVSK Ek 7. maddesine ve Jandarma Teşkilat Yönetmeliği’nin 42/e-f bentlerine dayanılarak hazırlanmıştır. İlgili Kanun maddeleri incelendiğinde GBT sisteminde yakalama emirlerine ilişkin tutulan kayıtlara ilişkin kanuni dayanağın bulunduğu ancak “*yakalansalar dahi bazı suçları işlemiş olan kişiler*” hakkında tutulan kayıtların, herhangi bir kanuni temelinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre söz konusu kayıtlara ilişkin olarak *şekli anlamda* dahi kanuni bir dayanağı olma ölçütü karşılanmamaktadır. Ayrıca Bilgi Toplama Yönergesi “*Hizmete özel*” olduğu gerekçesiyle Resmî Gazete’de yayımlanmamış olup vatandaşların erişimine kapalıdır. Bu bakımdan GBT sistemi, *maddi anlamda* yasallık ölçütünü de karşılamamaktadır.

GBT sisteminin elverişlilik değerlendirmesi; sisteme, kişilere ilişkin bilgilerin işlenmesinin kamu düzeni ve suç işlenmesinin önlenmesinde uygun bir yöntem olup olmadığının belirlenmesini zorunlu

Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır.”

164 Anayasa m. 17: “Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

165 Benzer yönde bkz. Özge Sırma Gezer, “E.Ç.A. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararının İncelenmesi”, Fasikül Dergisi, Sa. 11, Şubat 2019, s. 198 (187-198).

166 Bilgi Toplama Yönergesi’ndeki verilerin silinme zaman ve koşullarına ilişkin dayanak bir kanuni düzenleme bulunmadığı yönünde bkz. İl Han Özyay, “İdari Kolluk – Adli Kolluk”, İUHF Mecmuası, C. 71, Sa. 1, 2013, s. 954-956 (947-962).

kılmaktadır. Sisteme ya hakkında yakalama emri bulunan kişilere ya da Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesine giren bir suça ilişkin kovuşturma aşamasına geçilmiş kişilere ilişkin bilgiler işlenmektedir. Konuyu yakalama emirleri açısından ele alırsak; emniyet kuvvetlerinin, hakkında yakalama emri olan kişileri bu sistem aracılığı ile görmesinin, bu kişilerin yakalanmasına yardım ettiği ve bu suretle GBT sisteminin, kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi bakımından uygun bir yöntem olduğu kabul edilebilir. Konuyu belli suçlara ilişkin derdest dava bilgilerinin ve mahkûmiyet kayıtlarının işlenmesi açısından ele aldığımızda ise; ne o suça ilişkin olarak kamu düzenine bir yarar sağlandığı ne de (zaten kayıt suç işlendikten sonra tutulduğu için) o suçun işlenmesini önlediği söylenebilmektedir. Ancak bir suçtan mahkûm olan kişinin, daha sonra kamu düzenini bozmaya veya bir başka suç işlemeye yönelmesi ihtimalinde bu bilgi istihbari açıdan faydalı olabilir. Yine de sistemde söz konusu bilgilerin işlenmesinin hedeflenen amaca uygun olduğu, yakalama emirlerine ilişkin bilgilerin işlenmesinde olduğu kadar sarih bir şekilde söylenememektedir.

Yakalama bilgilerinin doğru ve güncel olarak UYAP sisteminde bulunduğu göz önüne alındığında GBT sisteminde kişilere ilişkin yakalama emirlerinin tutulmasının gerekli olma koşulunu taşımadığı söylenmelidir. GBT sistemi bu yönüyle özel yaşama saygı hakkını ihlal etmektedir.

Öte yandan bilgi formu açılması için ya bir yakalama emri bulunmalı ya da Bilgi Toplama Yönergesi'nin 9/b maddesinde yer alan suç tiplerinden biri nedeniyle kovuşturma aşamasına geçilmelidir. Buna göre bir kişi hakkında yakalama emri yoksa bilgi formu açılması için belli bir suç tipini işlemiş olmasından dolayı hakkında kovuşturma aşamasına geçilmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla ilk bakışta GBT sisteminde sınırlı sayıda bilgi tutulduğu ve sistemin bu yönüyle orantılı olma ölçütünü taşıdığı düşünülebilir. Ancak Yönerge'nin 9/b maddesinde TCK ve diğer kanunlarda yer alan çok sayıda suç tipi bulunmaktadır ki bu suç tiplerinin hangi kıstaslar dikkate alınarak belirlendiği de anlaşılammaktadır. Ayrıca bu madde kapsamındaki suçlara ilişkin kayıtlar, ilgili suçtan mahkûmiyet hükmü kurulması halinde ömür boyu tutulmaktadır. Bize göre kişinin belli bir tarihte aldığı herhangi bir mahkûmiyet hükmüne ilişkin kaydın, ölümüne kadar muhafaza edilmesi; özel hayata saygı hakkını ve kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkını ihlal etmekte ve cezaların ıslah edici olma amacı ile bağdaşmamaktadır. Bilgi Toplama Yönergesi'nde, 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu'nun "Adli sicil ve arşiv bilgilerinin silinmesi" başlıklı 12. maddesi temel alınarak bilgi formlarının iptaline ilişkin düzenlemeye gidilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz** Bahtiyar/ **Sezginer** Murat/ **Kaya** Cemil, Türk İdare Hukuku, 12. Baskı, Savaş Yay., Ankara, 2020.
- Arslan Öncü** Gülay, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi – 8, Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, Ocak 2019.
- Atay** Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin Yay., Ankara, 2018.
- Atlı** Turan, "Kişisel Verilerin Önleyici, Koruyucu ve İstihbari Faaliyetler Amacıyla İşlenmesi", Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, Sa. 1, 2019.
- Avrupa Birliği Temel Haklar Ajansı ve Avrupa Konseyi, Handbook on European Data Protection Law, Lüksemburg, 2018.

- Babuta** Alexander, Big Data and Policing: An Assessment of Law Enforcement Requirements, Expectations and Priorities, RUSI Occasional Papers, Eylül 2017 (Erişim: https://rusi.org/sites/default/files/201709_rusi_big_data_and_policing_babuta_web.pdf, son E.T: 07.11.2020).
- Barak** Aharon, Proportionality: Constitutional Rights and Their Limitations, İbraniceden İngilizceye çev. Doron Kalır, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- Boehm** Franziska, Information Sharing and Data Protection in the Area of Freedom, Security and Justice, Towards Harmonised Data Protection Principles for Information Exchange at EU-level, Springer, Heidelberg, 2012.
- Bostancı Bozbayındır** Gülşah, “Avrupa Birliği Ceza Hukuku’nda Polis ve Ceza Adaleti Otoritelerine Yönelik 2018/680 Sayılı Direktif: Kişisel Verilerin Ceza Adalet Mekanizmalarında Korunmasına Getirilen Standartlar ve Direktife Yönelik Eleştiriler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sa. 2018/2, 2018 (51-104).
- Çağlayan** Ramazan, İdare Hukuku Dersleri, 7. Baskı, Adalet Yay., Ankara, 2019.
- Çekin** Mesut Serdar, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 3. Baskı, On İki Levha Yay., 2020.
- Çiçek** İbrahim, “GBT (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, Sa. 88, Aralık 2013.
- Çiçek** İbrahim, Adli Sicil ve Adli Arşiv Kaydının Silinmesi, 3. Baskı, Seçkin Yay., 2013.
- Çiçek** İbrahim, G. B. T (Genel Bilgi Toplama) Kayıtlarının Silinmesi, hukukmedieniyeti.org, 17.11.2015, Erişim: <https://www.hukukmedieniyeti.org/haber/6099/gbt-kaydinin-silinmesi-ibrahim-cicek-c-savcisi/>, ET: 14.11.2019.
- Dülger** Murat Volkan, “Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması”, Yaşar Hukuk Dergisi, C. 1, Sa. 2, Temmuz 2019 (71-174).
- Dülger** Murat Volkan, Bilişim, Kişisel Verilerin Korunması ve İnternet İletişimi Mevzuatı, 6. Baskı, Seçkin Yay., 2020.
- Eren** Abdurrahman, Anayasa Hukuku Ders Notları – Genel Esaslar Türk Anayasa Hukuku, On İki Levha Yay., 2018.
- Genz** Alexander, Datenschutz in Europa und den USA, Deutscher Universitäts-Verlag, Wiesbaden, 2004.
- Gölcüklü Feyyaz/ Gözübüyük Şeref**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Gözler** Kemal, İdare Hukuku, C. II, 3. Baskı, Ekin Yay., 2019.
- Gözler** Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, 2018.
- Haliloğlu** Naciye Betül, “Yargılamaya ve Mahkûmiyete İlişkin Verilerin Genel Bilgi Toplama (GBT) Sisteminde Tutulması: Anayasa Mahkemesinin Bülent Kaya ve E.Ç.A. Kararlarının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Değerlendirilmesi”, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 36, Sa. 2, 2019 (349–400).
- İçer Zafer/ Dönmez Elif**, “Yüz Tanıma Teknolojilerinin Önleyici Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Süreçlerindeki Kullanımı ve Sınırları”, Ceza Hukuku Dergisi, Sa. 43, Ağustos 2020 (421-461).
- İnceoğlu** Sibel, “Anayasa ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi İlişkisi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yay., 2013.
- İnceoğlu** Sibel, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi”, in: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, 3. Baskı, Beta Yay., 2013.
- Küzeci** Elif, Kişisel Verilerin Korunması, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2019.

Marshall Daniel/ Thomas Terry, Privacy and Criminal Justice, Palgrave Macmillan, 2017.

Özay İl Han, “İdari Kolluk – Adli Kolluk”, İUHF Mecmuası, C. 71, Sa. 1, 2013 (947-962).

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 19. Basım, Yetkin Yay., 2019.

Özkan Halid, “Mobese İzleme ve Kayıtlarının ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ceza Hukuku Dergisi, Sa. 30, Nisan 2016 (63-103).

Sağlam Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları No:506, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Basın ve Yayın Yüksek Okulu Basımevi, Ankara, 1982.

Schulhofer Stephen J., “An International Right to Privacy? Be Careful What You Wish For”, International Journal of Constitutional Law, C. 14, Sa. 1, 2016 (238-261).

Sert Şeyma, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Seçkin Yay., Ankara, 2019.

Sırma Gezer Özge, “E.Ç.A. Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararının İncelenmesi”, Fasikül Dergisi, Sa. 11, Şubat 2019 (187-198).

Yenisey Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Seçkin Yay., Ankara, 2019.

Yörük Onur Doğan, “(AB) 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Doğrultusunda Kişisel Verilerin Korunması”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir Ekonomi Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Haziran 2019.

Yüksel Saadet, Anayasa Yargısında İbadet Özgürlüğü, Alfa Yay., İstanbul, 2015.

İnternet Kaynakları

<http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/>

<http://www.adalet.gov.tr/02082016-Tarihli-Basin-Aciklamasi>, ET: 28.11.2019.

<http://www.hurriyet.com.tr/gundem/isteyen-gbt-sine-ulasabilecek-21195728>, ET:14.11.2019.

<https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/sites/near/files/20190529-turkey-report.pdf>, ET: 26.03.2020.

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://hudoc.echr.coe.int/>

<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>

<https://www.datalynx.net/case-studies/police-national-database/>, son E.T: 07.11.2020.

<https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojileri/projeler>, ET: 28.11.2019.

<https://www.nvi.gov.tr/genel-olarak-mernis>, ET: 28.11.2019.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>

<https://www.tkgm.gov.tr/tr/sayfa/tapu-ve-kadastro-bilgi-sistemi-takbis>, ET: 28.11.2019.

<https://www.uyap.gov.tr/>, ET: 28.11.2019.

Schmitt ve Kelsen'in Görüşleri Ekseninde Anayasanın Koruyuculuğu Tartışması *

Debate on the Constitutional Guardianship in the Context of Schmitt's and Kelsen's Views

Gözde TÜRKELİ ** 

Öz

Elinizdeki çalışmada günümüz hukuk düşüncesine büyük katkıları olan ve kuramlarıyla güncel hukuki meseleleri halen etkilemeye devam eden iki önemli hukukçunun, Hans Kelsen ve Carl Schmitt'in "Anayasanın koruyuculuğunu kim üstlenmelidir?" sorusu etrafında yürüttükleri polemik ele alınmaktadır. Weimar Cumhuriyeti'nde anayasa yargısı sistemi bulunmamakla birlikte, anayasa yargısının meşruiyeti ve gerekliliği üzerine ikili arasında oldukça zengin ve yoğun bir tartışma yaşanmıştır. Polemiği başlatan 1931 tarihli "Anayasanın Koruyucusu" metninde Schmitt, Anayasa Öğretisi adlı çalışmasındaki görüşlerine dayanarak anayasayı varoluşsal bir temelde ve asli kurucu iktidarın aldığı politik kararların kurucu niteliği açısından açıklamaktadır. Bu bağlamda Schmitt'in anayasa kavramı politik olanla sıkı bir ilişki içerisinde. Kelsen'in normativist pozitivist kuramı ise anayasayı normlar hiyerarşisinin üstünde konumlanan temel bir norm ve kapalı bir normlar sistemi olarak ele almaktadır. Schmitt'in eleştirilerine karşılık Kelsen "Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?" metnini kaleme almıştır. Kelsen anayasanın koruyuculuğu rolünü üstlenebilecek mercii olarak anayasa mahkemesini, Schmitt ise devlet başkanını önermektedir. Elinizdeki çalışmada her iki düşünürün politik olanla kurduğu karşıt ilişki üzerinden kuramları karşılaştırılarak anayasal uyumsuzluklara ilişkin görüşleri incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hans Kelsen, Saf Hukuk Kuramı, Carl Schmitt, Anayasa Yargısı, Anayasanın Koruyuculuğu.

Abstract

This study explores the debate on the question of "Who should be the guardian of the constitution" carried out by two prominent jurists, Hans Kelsen and Carl Schmitt, whose theories have made a great contribution to the legal thought of our times and continue to have an impact on current legal issues. Despite the absence of a constitutional jurisdiction system in the Weimar Republic, these two jurists of the Weimar-era engaged in an intense and complex debate on the legitimacy and necessity of the constitutional review. In the text of "The Guardian of the Constitution" of 1931, which initiated the polemic, based on his earlier work entitled

* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı doktora programı kapsamında alınan "Türkiyede Hukuk Devleti Problemlerine Giriş" dersi için hazırlanmış ödev metninin yayım için genişletilmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

** Arş. Gör., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, gozde.turkeli@ozyegin.edu.tr

“Constitutional Theory”, Schmitt approaches to the constitution on an existential basis and accentuates the founding nature of the political decisions taken by the original constituent power. In this context, Schmitt’s concept of the constitution is in close relation with the political. On the other hand, Kelsen’s normative positivist theory defines the constitution as a basic norm above the hierarchy of norms and as a closed system of norms. Kelsen responded to Schmitt’s criticism by his article called “Who Should Be the Guardian of the Constitution?”. While Kelsen proposes the Constitutional Court (*Staatsgerichtshof*) for the role of guardian of the constitution, Schmitt propounds the president (*Reichspräsident*) for this role. This article will compare the opposing approaches of Kelsen and Schmitt to the concept of the political and analyse their respective views on the constitutional conflicts.

Keywords: Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Carl Schmitt, Constitutional Review, Constitutional Guardianship.

GİRİŞ

“Anayasanın koruyucusu kimdir” tartışması Hans Kelsen’in 1929 tarihli “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi”¹ adlı makalesindeki tezlerine kadar geriye götürülebilecek, esasen 1931 yılında Hans Kelsen ve Carl Schmitt arasında yürütülen bir polemğin ürünüdür. Modern anayasa kavramı, anayasanın işlevleri, anayasal düzenin oluşum süreci, hukuk-devlet ikiliği tartışması ve olağanüstü halde hukuk normlarının denetimi gibi birçok başlık bu tartışmanın zengin içeriğini göstermektedir. Weimar Cumhuriyeti’nin krizlerle dolu siyasi tarihi ve anayasal düzen tartışmaları, her iki düşünür arasındaki polemige damgasını vurmuştur.

Schmitt’in Hans Kelsen’in “Genel Devlet Teorisi” ve “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi” metinlerine atıf yaparak kaleme aldığı “Anayasanın Koruyucusu” (1931)² metni polemige başlatan ilk yapıt olarak anılmaktadır. Kelsen’in aynı yıl kaleme aldığı “Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?” (1931)³ metni Schmitt’e cevap mahiyetindedir. Polemige esas bu iki metinden önce Kelsen’in 1929 tarihli “Anayasa Yargısının Doğası ve Gelişimi” makalesi ve Schmitt’in 1925 tarihli “Reich Başkanı ve Weimar Anayasası” ve 1929 tarihli “Anayasanın Koruyucusu Olarak Yüksek Mahkeme” yazıları aynı bakış açısı ve tezlerle kaleme alınan çalışmalar olarak sıralanabilir.

Elinizdeki çalışmada bu polemigin teorik arka planını çizmek adına öncelikle politik unsurlardan arındırılmış kuramıyla Hans Kelsen’in normatif hukuk sistemi ve Carl Schmitt’in politik realizm başlığında değerlendirilebilecek hukuk kavrayışı karşılaştırılmaktadır. Carl Schmitt’in Kelsen’in normativizmini eleştirdiği Siyasi İlahiyat ve Anayasa Öğretisi kitaplarının yanı sıra Kelsen’in demokrasi üzerine tezleri ve Saf Hukuk Kuramı adlı temel yapıtı da konuyla bağlantılı yönleriyle

1 Hans Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication” [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. s. 22-78.

2 Carl Schmitt, “The Guardian of The Constitution” [Orijinal: *Der Hüter der Verfassung*], Trans. Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge University Press, 2015, s. 79-124; 125-173.

3 Hans Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen’s Reply to Schmitt” [Orijinal: *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*] Trans. Lars Vinx, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 174-221.

incelenmektedir. Hukuk düşüncesine normativist pozitivist bir anlayış kazandırarak kendisinden önceki pozitivist ekolden ayrılan Hans Kelsen ile desizyonist veya realist politik çizgide kabul edilen Carl Schmitt arasındaki yaklaşım farklılığı ve her iki hukukçunun kullandığı kavramlar (egemen, devlet, hukuk, anayasa normları vb.), anayasanın koruyuculuğu tartışmasını aydınlatmaya imkan tanıyan bir çerçevede, konuyla bağlantılı yönleriyle bu makalede ele alınacaktır.

I. SCHMITT VE KELSEN ARASINDAKİ KURAMSAL KARŞITLIK

A. Schmitt'in Realist Politik Çizgisi

Carl Schmitt, eserleri politik felsefe, hukuk felsefesi ve anayasa dogmatığı açısından pek çok çalışmaya konu olan, özellikle güncel hukuk tartışmalarında olağanüstü hal kavramı üzerine yazdığı tezlerine sıklıkla başvurulmuş önemli bir hukukçu ve düşünürdür. 1888 yılında Plettenberg'te doğan düşünür, çoğunluğu Protestan olan Almanya'da Katolik bir işçi ailesinden gelmektedir. Hukuk eğitimine pozitivist çizginin hakim olduğu Berlin Friedrich-Wilhelm Üniversitesi'nde başlaması, Münih'te devam etmesi ve eğitimini nihayetinde dönemin neo-Kantçı düşünce merkezlerinden biri olan Strasbourg Üniversitesi'ne geçerek tamamlaması etkilendiği düşünce geleneği açısından anlamlıdır⁴. Schmitt, yaşadığı döneme hakim olan hukuki pozitivist düşünceye, parlamentarizme ve liberal düşünce geleneğine karşı bir cepheyi temsil etmektedir. Yazdıkları Thomas Hobbes, Jean Bodin, Carl von Clausewitz, G.W.F. Hegel, J.J. Rousseau ve ardılı Giorgio Agamben, Chantal Mouffe gibi birçok isimle birlikte farklı tartışma başlıkları altında anılmaktadır⁵.

Schmitt 1910 yılından 1978 yılına kadar onlarca eser kaleme almıştır. 1920li yıllarda Diktatörlük (*Die Diktatur*, 1921), Siyasi İlahiyat (*Politische Theologie*, 1922), Parlamenter Demokrasinin Krizi (*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923) adlı ilk önemli eserlerini sunan hukukçu, kısa zamanda Almanya'nın entelektüel çevrelerinde bilinen bir isim olurken, 1930'lu yıllarda Weimar'ın somut güncel sorunlarına yönelik görüşleri ve politik tavrıyla öne çıkmıştır. 1933 yılında yükselen Nazi Partisi'ne aktif destek vermiş, bu dönemde çeşitli komisyonlarda yer almış ve hatta kendisine “Kronjurist” (baş hukukçu) unvanı verilmiştir⁶. Nazilere doğrudan desteğinin 1933-

4 Bu dönemde Neo-Kantçı düşüncenin merkezleri olarak Heidelberg, Freiburg ve Strasbourg Üniversitesi anılmaktadır. Schmitt'in 1907-1910 yılları arasında tekabül eden öğrencilik yıllarında Neo-Kantçı düşüncenin etkisinde olması ve Strasbourg Üniversitesi'nde eğitimini tamamlaması anlamlıdır. I. Dünya Savaşı'nın kaotik ortamıyla birlikte düşünce dünyası üzerindeki bu etki kaybolur ve “somut durum”, “somut tehlike” olarak da ifade ettiği çatışma kavramından hareketle olguları ele almaya başlar. Devlet ve hukuk arasındaki ilişkiyi de bu çatışma hali üzerinden tanımlamaya başlar. Ayrıntılı bilgi için bkz. Funda Günsoy, “Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi”, *Felsefe Arkivi*, S: 46, 2017/1, s. 50-51, 56; Joseph W. Bendersky, *Theorist for the Reich*, New Jersey, Princeton University Press, 1983, s. 9, 16, 19.

5 Ertan Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015, s. 28-30, 42; Ayşe Eylem Erkipçak, Hasanhan Taylan Erkipçak, “Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen'e Karşı”, *Pasajlar: Sosyal Bilimler Dergisi*, ISSN: 2267-4181, Y:1, S:1, Ocak 2019, s. 98. Schmitt'in parlamentarizme ilişkin eleştirileri için ayrıca bkz. *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010, s. 22-23, 25 vd.

6 Funda Günsoy Kaya, *Felsefe ile Teoloji Kavşağında Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan*, İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2010, s. 15-16. Schmitt'e 22 Nisan 1933'te Nasyonal Sosyalist hareketle iş birliği yapması için davet mektubu yollayan kişi

1936 yıllarıyla sınırlı olduğu düşünülecek olursa, Schmitt'in hayatının geri kalan dönemine ve diğer yapıtlarına gölge düşüren bu yafta ile yaşadığı belirtilebilir⁷. Schmitt'in Nazi iktidarına desteği, 1935 Eylülünde çıkarılan anti-semitik Nürnberg Yasaları'na Alman kanı ve onurunu esas alan bir ulusal hukuk, "özgürlüğün anayasası" diyecek boyuttaydı⁸. Ancak yıllar sonra, 1945'te, aktif destek verdiği yıllara karşın, "Nazi bakterisinden içtiğini ama etkilenmediği"ni bir savunma olarak dile getirmiştir⁹.

Schmitt hukukun hiçbir zaman salt hukukun konusu olarak ele alınamayacağını savunan, daha açık bir ifade ile hukukun kurulma sürecini hukuku aşan politik olayla birlikte ele alan bir hukukçudur¹⁰. Hukuk, hem hukuku aşan politik bir karar anını hem de normları içermektedir. Schmitt'e göre, hukukun sadece normatif boyutu ile kavranabilmesi mümkün değildir. Normativist pozitivizm olağan bir işleyişi ve pozitif hukuku esas alarak hukuki düzeni salt normatif bir biçimde ele almaktadır; ayrıca bu yaklaşımda egemenlik kavramı sorunu tartışılmamaktadır. Schmitt'e göre ise hukuki düzenin tesisinde "karar alma" önce gelmektedir. Schmitt'in 1920'lerdeki eserlerinin desizyonist (kararcı) olarak değerlendirilmesi bu tezi nedeniyledir¹¹. Bir sınır-kavram olarak egemenliği ele alan Schmitt, egemenliğin olağanüstü halle birlikte düşünülebileceğini ve bu olağanüstü halde karar almanın egemenin varoluşunun göstergesi olduğunu yazar¹². Olağandışı durumda var olabilen, olağandışı durumda karar verebilen ve olağan durumu sona erdirebilen "egemen"dir¹³. Modern anayasal gelişim devlet iktidarının sınırlandırılması ve bireylerin özgürlüklerinin korunmasını esas

ise Martin Heidegger'dir. Bkz. Bendersky, a.g.e., s. 203.

- 7 Schmitt'in 1934 tarihli bir makalesi, Hitler'in 1934 yılında "Uzun Bıçaklar Gecesi" üzerine yaptığı bir konuşmasından hareketle hazırlanmıştır. I. Dünya Savaşı'nın sonlarına doğru liberal bir hukuk anlayışıyla Alman Meclisi'nin Bağımsız Sosyalist Parti'nin örgütlenmesi ve faaliyetlerini engellemediğini, bu anlamıyla "devlet düşmanları"na gereken "cevabı" ve cezaı vermediğini yazmıştır. Nazilere verdiği aktif desteğin ürünü olan bu makalede Schmitt, "Führer'in en üst düzey yargıç olarak hukuku en kötü suistimallere karşı koruyacağını" belirtmiş, temel hak ve özgürlükler üzerine kurulu anayasaların adeta "Vatan Hainlerinin Magna Cartası" olarak nitelenebileceğini belirtmiştir. Bkz. Carl Schmitt, "Führer Hukuku Korur"[1934], *Deutsche Juristen Zeitung*, Çev. Toros Güneş Esgün, 27.02.2017, <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur>, Çevrimiçi, 26.11.2019. 1934 tarihli "Devlet, Hareket ve Halk" adlı eseri de bu dönemin bir ürünüdür. Nazi iktidarının ateşli bir savunucusu olduğu dönemi yansıtan ve rejimin uygulamalarına hukuki bir meşruiyet sağlayan bu metinlerden birkaç yıl sonra, Schmitt 1937'de oportünist bir Katolik ve partinin ırkçı saf ideolojisi ile uyumsuzlukları olduğu gerekçesiyle partiyle ilişkili kritik konularından tasfiye edilir. Yalnızca savaş sonuna kadar Berlin Üniversitesi'ndeki derslerini devam ettirmesine izin verilir. Bkz. Günsoy Kaya, a.g.e., s. 17. 1934'ten sonra parti içinde Schmitt'e karşı yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. Bendersky, a.g.e., s. 222-227.
- 8 Bu ifadelerin yer aldığı yazısı için bkz. Carl Schmitt, "The Constitution of Freedom" [*Die Verfassung der Freiheit, Deutsche Juristen-Zeitung* 40 (1935): 1133-35], *Weimar: A Jurisprudence of Crisis*, Eds. Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, The University of California Press, 2001, s. 323-325.
- 9 Bendersky, a.g.e., s. 228-229, 264.
- 10 Kardeş, *Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı*, s. 24-25. Benzer tespiti anayasal süreçlerle "politik olan"ın zorunlu ilişkisi üzerinden vurgulayan yazar için bkz. Ulrich K. Preuss, "Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi", *Carl Schmitt'in Meydan Okuması*, Der. Chantal Mouffe, İstanbul, İletişim Yayınları, 2019, s. 223.
- 11 Schmitt'in Weimar dönemi ve sonrasındaki eserleri için üç teorik uğrağın öne çıktığı söylenebilir. Çalışmanın asıl konusundan uzaklaşmamak adına bunlara sadece değinmekle yetinilecektir. Bunlar desizyonizm (kararcılık), politik olan kavramı (siyasal kavramı) ve somut düzen düşüncesidir. Bkz. Ulaş Karadağ, "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut-Düzen'e", *Hukuk Kuramı*, C:5, S:2, Mayıs - Ağustos 2018, s. 1-2. Somut düzen fikri, 1934'ten sonra Nazilere verdiği aktif desteğin etkisiyle birlikte daha çok anılan dönemidir. Bkz. Karadağ, a.g.e., s. 7; Toros Güneş Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", *DTCF Dergisi*, 58/1, 2018, s. 909.
- 12 Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat - Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm -*, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 3. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010, s. 13, 17-18.
- 13 Kardeş, a.g.e., s. 103-105.

almaktadır ve Schmitt'in ifadesiyle egemeni "bertaraf etme" eğilimindedir. Oysa egemen anayasal düzenin askıya alınmasına karar verebilecek merciidir. Bu nedenle nihai karar mercii olarak devletin bir ayağı hukuki alanda, bir ayağı ise hukuki düzenin dışında yer almak zorundadır¹⁴. Schmitt, normativist pozitivizme karşı çıkarak karar almanın normdan önce geldiğini ve hukuk normlarının istisna olarak görülen politik kararları (hukuk-dışı alanı) sınırlandıramayacağını savunur.

Liberal anlayışın şekillendirdiği modern hukuk düşüncesinde hukukun politikadan ayrıştırılması ve politik belirlenimden bağımsız bir şekilde ele alınması genel kabul görmektedir. Bununla birlikte Schmitt hukuk ve siyaset arasındaki ilişkiye eğilerek hukuki düzenin nasıl oluştuğuna ilişkin tezler geliştirmiştir. Schmitt, karar almaya yaptığı vurgu ve politik olan kavramına yüklediği anlam ile hukuki kurumları ve anayasal süreçleri politik karakterleriyle birlikte ele almaktadır. Kendi ifadesiyle "(...) *siyasal varoluşu soyut düzenler ve norm dizileri yönetmez; siyasal varoluştaki insanları ve kurumları yöneten daima başka gerçek insanlar ve kurumlardır*" ve bu politik bakıştan hareketle, ahlakın, hukukun, ekonominin ve normların hakimiyeti de somut bir politik realizme dayanmaktadır¹⁵.

Schmitt'in realist politik çizgide değerlendirilmesinin sebebi, onun egemenlik kavramına ve anayasal sorunlara rasyonalist düşünceden veya idealist yaklaşımdan farklı olarak somut, varoluşsal açıdan yaklaşmasıdır. Realist politika düşüncesinde çatışma ve savaş, politikanın ve insanın eylem alanının temel bir özelliğidir¹⁶. Hobbes'un Leviathan'ından sıklıkla atıflar yapan Schmitt'in, Bonn yıllarından (1922-1928) itibaren güç, çatışma ve somut duruma vurgu yapan realist politik bir çizgiye yöneldiği belirtilmektedir¹⁷. Diğer taraftan bu politik realizmin muhafazakar nitelikte olduğu Schmitt'in özellikle Donoso Cortes, de Maistre ve de Bonald etkisinde kalmasından anlaşılabilir¹⁸.

Schmitt politik düşüncenin gerçeklikle ilişkisini, modern anlamda savaş fenomenini partizan teorisine bağlayarak ortaya koymaktadır. Bu realist çizgide politika kavramı tekil ve tekrarlanamaz olan "olay" a referansla belirlenmekte, politik deneyimler ile teori arasındaki dolayım sağlanmaktadır¹⁹. Görüleceği üzere tekil durumlara karşı alınan tutum, bu realist çizginin bir başka özelliğidir. Olaylar ve somut durumlar üzerine düşünür kendisine taraf belirlemektedir. Diğer taraftan politik ilişkilerin fikirlerle yönetilmesi ve düzenlenmesi düşüncesine, Kantçı gelenekte görülen "*idelerin şeyler alanını düzenlemesi*" fikrine politik realizmde karşı çıkmaktadır²⁰.

Schmitt politikanın "devlet" tanımı üzerinden anlaşılmasını eleştiren düşünürler arasında yer almış; devleti merkeze alan politika anlayışlarına karşı "politika" ve "politik olan" kavramları arasında ayrımlar geliştiren isimler arasında değerlendirilmiştir²¹. Schmitt 1927 tarihli "Siyasal Kavramı"

14 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 14-15.

15 Carl Schmitt, *Siyasal Kavramı*, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006, s. 93.

16 Kardeş, *a.g.e.*, s. 42.

17 Bendersky, *a.g.e.*, s. 86. Hobbes'un Leviathan'ından etkilenerek devlet üzerine eserler veren Schmitt'in, aynı etki ile bambaşka sonuçlara ulaşan Franz Neumann'ın karşısında hukuk ve devleti nasıl ele aldığı için ayrıca bkz. Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", s. 906 vd.

18 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 42-55. Schmitt'in düşüncesini etkileyen kaynaklar için ayrıca bkz. Kardeş, *a.g.e.*, s. 281-293.

19 Kardeş, *a.g.e.*, s. 42.

20 Kardeş, *a.g.e.*, s. 43.

21 Ateş Uslu, *Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş*, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2017, s. 18-19. Uslu, Schmitt'in

kitabında bu tezlerine yer vermiştir. Kitapta, devlet kavramını siyasal kavramıyla birlikte ele alan ve “Genel Devlet Kuramı” kitabıyla *politik olan/siyasal olan devlete ait olandır* savını savunan Georg Jellinek'e gizli bir gönderme yaptığı belirtilmektedir²². Schmitt için devletin doğası üzerinden politikayı tanımlama çabası yersizdir; zira “politik olan” kavramı “devlet” kavramından önce gelmektedir²³. Ona göre, politik olan eylem ve saikler dost ile düşman arasında yapılan ayrıma göre açıklanabilir ve politik olanı belirleyen şey, dost ile düşman arasındaki yoğunluk derecesidir. Dost-düşman ayrımı bir içerik sunmaz; düşman, varoluşsal anlamıyla başka bir varlık ve yabancısıdır; varoluşsal bir karşıtlık üzerinden tanımlanır ve dost-düşman ayrımı bir kategori olarak ayrışmanın en uç yoğunluk derecesidir²⁴. Schmitt bu ayrım ile siyasete ilişkin bir karşıtlık kategorisi yaratarak devletin hareket alanını belirlemeye çalışır. Ona göre bağımsız ve güçlü bir devlet, dost ve düşman ayrımını yapma kudretine sahip olan devlettir ve ancak bu devlet politikayı ve şiddet tekeli elinde tutabilir. Devletin varlığını sürdürebilmesi potansiyel tehlikelere karşı dost-düşman ayrımını yapabilecek kapasitede politik bir güç ve homojen bir birlik olmasına bağlıdır²⁵. Her politik birlik bir dışlamayı gerektirmektedir; bu tezler düşünürün 1929 tarihli Anayasa Öğretisi'nde halkın varoluşsal siyasal birliği olarak tanımlanan devlet kavramının anlaşılması açısından da elzemdir²⁶.

Politik realist bir düşünür olarak Schmitt'te, politik düzenin kurulumu mekanla da ilişkilidir. Bu bağlamda anayasal sorunları tartışırken Schmitt, Kelsen'in normativist yaklaşımından ayrılarak Almanya'nın somut koşulları ve tarihsel bağlamını da dikkate alarak düşünür. Mekanın düzeni, fikirlerin düzenini de öncelemektedir; bu anlamıyla liberal politik eleştirilerdeki mekandan kopukluk realist hatta görülmemektedir. Diğer taraftan şunu da eklemek yerinde olacaktır ki, politik bir teori kendisini insan ilişkilerinin iyi olmasına dayandıramaz. Bu düşünce geleneğinde karşılıklı ilişkiler, çatışma ve etkilenme belirleyicidir²⁷.

tezleri üzerine sol entelektüel cenahta yapılan ayrımları ise şu şekilde özetlemektedir: “Schmitt ve onu takip eden Chantal Mouffe gibi düşünürler, buradan yola çıkarak, devletle özdeşleştirilen “politika” ile daha kapsayıcı olan “politik”/“siyasal olan” kavramı üzerine bir ayrım yapmayı gerekli görürler. Jacques Ranciere ([1990] 2016: 71-72) ise politika ve politik olan arasındaki ayrımı daha farklı bir şekilde yapar. Ona göre polis eşitsizlikler içeren topluma ve bunun içinde ortaya çıkan kurumsal yapılara tekbül eder, politika “özgürleşim” (emansipasyon) ile, başka bir deyişle, kendi konumunu karşısındakiyle eşit hale getirme çabasına bağlı olan bir özgürleşme hali ile tanımlanır. Politik olan ise polis ve politika'nın, kurumsal/ eşitsizlikçi yapılar ile eşitlik çabasının karşılaşma alanıdır.” a.e.

22 Aykut Çelebi, “Sunuş”, Carl Schmitt, **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006, s. 12-13.

23 Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 39-40. Politik olanla devletin ayrılığına işaret etmekle birlikte Schmitt'in, devleti öne çıkaran bir hukukçu olduğu, temelde devletin neden toplumdan farklı ve onun üstünde bir yerde konumlanması gerektiğini Labandçı çizgiyi takip ederek tartıştığı da savunulmaktadır. Karşılaştırmak için bkz. Çelebi, “Sunuş”, s. 12-13. Schmitt'in Laband'ın öğrencisi olarak yürütme organının başının devletin birliğini temsil ettiği tezi bakımından ondan etkilendiğini ancak Laband'ın hukuk ve siyaset arasında yaptığı keskin ayrımı devam ettirmeyerek kendi hukuk düşüncesini oluşturduğu tespiti için ise bkz. Preuss, **a.g.e.**, s. 226.

24 Schmitt, **Siyasal Kavramı**, s. 47, 50.

25 Schmitt, **a.e.**, s. 65.

26 Ece Göztepe, “Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'”, **İÜHFİM**, C: LXXIII, S: 1, 2015, s. 134, 136-137.

27 Kardeş, **a.g.e.**, s. 43; Preuss, **a.g.e.**, s. 227-228.

B. Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı

1881 doğumlu Avusturyalı hukukçu Hans Kelsen ise, hukuk kuramının en önemli isimlerinden biri olarak anılmaktadır. 1911 yılında Viyana Üniversitesi'nde akademik hayatına başlayan Kelsen, 1919 yılında profesör unvanını almış ve I. Dünya Savaşı'nın sona ermesinden sonra kurulan Avusturya Cumhuriyeti'nin anayasa hazırlık çalışmalarında görev almıştır. Ayrıca Kelsen, Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin kurucularından olup, mahkemenin bugünkü haline gelmesinde önemli katkılara sahiptir. 1920'de tüm partilerin temsil edildiği bir ulusal danışma kurulu (*Nationalrat*) tarafından Kelsen Anayasa Mahkemesi'ne üye olarak seçilmiş, 1921'de "hayat boyu görev kaydı"yla atanmış, ancak görevini siyasal baskılar nedeniyle 1930 yılına kadar sürdürebilmiştir²⁸. Kelsen'in birçok açıdan Jellinek'in izinden gittiği ve Anayasa Mahkemesi konusunda da ondan etkilendiği belirtilmelidir²⁹.

Yahudi bir aileden gelen ve sosyal demokrat olarak nitelenen düşünür, yükselen aşırı sağ siyaset nedeniyle önce Avusturya'dan Almanya'ya göç etmiş, daha sonra ise 1933'te Nazilerin iktidara gelmesiyle birlikte Almanya'dan ayrılmıştır³⁰.

Hayatı ve politik içerikteki yazıları düşünüldüğünde Kelsen'de özgürlük, kurucu öneme sahiptir³¹. Demokrasinin doğası ve değeri üzerine kaleme aldığı 1920 tarihli eserinde belirttiği üzere, ona göre demokratik düşünce mutlak gerçek ve değerlere yaslanmayan, farklı doğruların da toplumsal yaşamda geçerli olabileceğini esas alan bir değer rölativizmi içermektedir. Bu anlayışa göre, mutlakçı ve otokratik eğilimlere karşı parlamenter demokrasi siyasal partilerin çatışan menfaatlerini ve farklı görüşlerini uzlaştırdıkları bir sistemdir ve çoğunluk hakimiyetine dayalı olmakla birlikte azınlıkların varlığını da teminat altına almaktadır³². Politik anlamda çoğulculuk, buna bağlı olarak da parlamenter demokrasi zorunlu kabul edilmektedir³³.

Kelsen, felsefi temelde ise neo-Kantçı bir ekolü temsil etmektedir. "Reine Rechtslehre" adını taşıyan ve Türkçeye "Saf Hukuk Kuramı" olarak çevrilen kitabının, Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi'nde yaptığının hukuk alanındaki karşılığı olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir³⁴. Kitabın 1934

28 Hristiyan Sosyal Parti tarafından bir "anayasal reform" yapılması ve bunun bir devamı olarak 1930'larda Kelsen'in mahkemeden azli için baskı yapıldığı yazılmaktadır. Ayrıca Roman Katolik Avusturya'daki hakim geleneğe karşı Kelsen'in sosyal demokrat tavrı ve başı çektiği bazı mahkeme kararlarının rahatsızlık yarattığı belirtilmektedir. Bkz. Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 218; Birden Güngören Bulgan, **Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı**, 2. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 193-194; Lars Vinx, "Introduction", **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 7.

29 Georg Jellinek'in 1885 tarihinde "Avusturya için Bir Anayasa Mahkemesi" başlıklı bir yazı kaleme aldığı, bu yazıda Avusturya'daki İmparatorluk Mahkemesi'nin anayasa mahkemesi gibi yetkilere sahip olmasını savunduğu, anayasa mahkemesi gibi işleyen bir mahkeme olmaksızın anayasal düzenin bir hukuk devleti sayılmayacağını savunduğu görülmektedir. Öncü bu çalışmaya ilişkin bilgiler için bkz. Güngören Bulgan, **a.g.e.**, s. 195-196, 201.

30 Engin Arıkan, "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVII, S:2, 2020, s. 419.

31 Hans Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çev. Yasin Uysal, Ankara, Dost Kitabevi, 2019, s. 12 vd.

32 Kelsen, **Demokrasi: Doğası & Değeri**, s. 26, 28-30, 58. Ayrıca bkz. Arıkan, **a.g.e.**, s. 432-433.

33 Kardeş, **a.g.e.**, s. 241.

34 Bonnie Litschewski Paulson, Stanley L. Paulson, "Sunuş – Kelsen'in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine", Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 178-179. Düşünürün görüşlerinin Spinoza'dan

tarihli ilk baskısı, özellikle Kelsen'in daha sonra yaptığı değişiklikler göz önüne alındığında yazarın normativist teorisinin en “saf” versiyonu sayılmaktadır³⁵. Düşünürün demokrasi üzerine yazıları ve değer rölativizmine ilişkin görüşleri ile saf hukuk kuramı arasında bir paralellik olduğu, değer yargılarından arınmış bir hukuk kuramı oluşturmayı hedeflediği belirtilmektedir³⁶.

Daha önceki eserlerinde temellerini atmakla birlikte, en önemli yapıtı olarak görülen “Saf Hukuk Kuramı”nda Kelsen hukukun kapsamını ahlak, sosyoloji, politik unsurlar ve doğa bilimlerinden arınmış olarak belirlemeye çalışmaktadır. Düşünür, hukuku tüm politik ideolojilerden ve politikadan uzak tutarak ele almaya ve “etik-politik değer yargılarından tümüyle arınmış” bir hukuk analizi yapmaya yönelir³⁷. Hukuka odaklanmış bilişi amaçlayan, saf bir kuram karakterize edilmektedir. Bu noktada Kelsen hukukun ne olması gerektiğiyle veya hukuk politikasının sorunlarıyla ilgilenmemektedir. Onun kuramında hukuk, vazedilmiş yani yapılmıştır; yasa (*Gesetz*) ise “setzen” fiilinden türetilmiş bir nominatiftir. Bu anlamıyla hukuk doğal hukukçu anlayışta görüldüğü gibi mutlak bir değer sunmamaktadır, hukukun rölatif bir değeri vardır³⁸.

Kelsen, “Sein-Sollen” (*olan-olması gereken*) arasındaki karşıtlığı neo-Kantçı bir anlayışla yorumlamakta³⁹ ve yazarın saf hukuk kuramı çerçevesinde hukuku tanımlama çabası iki aşamadan oluşmaktadır: Kitabın ilk bölümünde “Hukuk ve Doğa” başlığına yer vererek hukuk ile doğa arasındaki ilişkiyi ele almakta, hukukun doğal olandan olduğu kadar diğer ideal fenomenlerden de ayrıldığını ileri sürmektedir⁴⁰. Kelsen, bu girişle, kendisinden önceki hukuki pozitivist kuramla arasına mesafe koymakta ve “norm” temelli sisteminin ilk tuğlasını atmaktadır. Doğa bilimlerinin konusu olgular ve “olan”lar iken, hukukun konusu insanların davranışlarını düzenleyen cebri bir sosyal sistemdir; bu sistem ise “normlar”dan ve “olması gerekenler”den oluşur⁴¹. Hukuki bilişin konusu *olması gerekenler*dir ve olması gerekenleri tayin eden normlardır⁴². İkinci olarak ise, “Hukuk ve Ahlak” başlığına yer vermekte, hukuk ve ahlak arasındaki birlikteliği savunan doğal hukuk anlayışını eleştirmektedir⁴³. Hukukun ahlakın bir parçası olduğu ve her normun birer hukuk kuralı olarak bir anlamda ve belirli bir dereceye kadar ahlaki (*adil*) olduğu anlayışı Kelsen’de reddedilmektedir. Onun saf hukuk kuramı, her şeyden önce hukuki pozitivistin kuramıdır; olması gereken (sollen) ahlaki bir ilkeye veya yasaya

hareketle değerlendirilebileceğine ilişkin görüş için ayrıca bkz. Cemal Bali Akal, “İrade Norm Yaradır mı?”, **Hukuk Nedir?**, Ankara, Dost Yayınları, 2017, s. 141-142.

35 Kitabın İngilizce çevirisini yapan Paulson’ın aktardığı bilgilere göre, Kelsen’in neo-Kantçı düşünceleri özellikle bu kitabın ilk baskısının çıktığı 1934 yılında görülmekteyken; 1934 sonrasında Kelsen ampirist kavramları kullanmaya başlar. 1960’tan sonra, Saf Hukuk Kuramı’nın omurgasını oluşturan bölümlerden vazgeçerek hukuktaki “irade” kuramının unsurlarına yönelmiştir. Bkz. “(İngilizceye) Çevirenlerin Önsözü”, **Saf Hukuk Kuramı**, s. xi.

36 Arıkan, **a.g.e.**, s. 433; Akal, **a.g.e.**, s. 137-138.

37 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 1-2, 18-19, 65.

38 Bu tespit için bkz. Kardeş, **a.g.e.**, s. 228.

39 Paulson & Paulson, “Sunuş”, s. 181-182; Kardeş, **a.g.e.**, s. 230-231.

40 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 1-7.

41 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 123.

42 Kardeş, **a.e.**, s. 227.

43 Kelsen, **a.e.**, s. 13-19.

değil, normların normatif düzende öngörüldüğü şekliyle, normlar hiyerarşisindeki usul ve zincire uygun şekilde olmasına dayanmaktadır⁴⁴.

Kelsen statik norm sistemine tabii olan ahlak normlarından farklı olarak, hukuk normlarının dinamik norm sistemine dayandığını ve sadece belli bir usule-kurala uygun olarak çıkarıldığı için geçerli olduğunu belirtir. Statik karakterdeki ahlak normlarında temel norm alt normların içeriğini belirlemekten, hukuk normlarında temel normun (*Grundnorm*'un) tamamen biçimsel ve dinamik karakteri gereği alt normların içeriğini belirlemesi söz konusu değildir. Tüm alt normlar, toplumsal olgulardan hareketle belirlenmeyen, insan eylemiyle yaratılmayan bir temel norma (varsayılan bir başlangıç noktasına) geçerliliklerini borçludur ve bu temel norm tüm hukuk sisteminin birliğini sağlamaktadır. Ancak "Grundnorm"un ilahi bir irade, doğa veya salt akıl yoluyla elde edilen bir içeriği bulunmamaktadır⁴⁵.

Son olarak, saf hukuk kuramının belkemiği, hukuk sisteminin dışında kendini konumlandırmayan, hukuk sistemiyle özdeş bir devlet kabulüdür⁴⁶. Kelsen'de hukuk ve devlet bir arada ele alınır ve ortak bir kapsamdadır. Ona göre geleneksel hukuk ve siyaset teorisi işlevsel açıdan hukuk ile devlet arasında düalist bir ayırım olduğunu savunmaktadır; zira geleneksel kuramda da görüldüğü üzere, devlet hukuktan farklı bir kişilik olarak ele alındığında hukuk kendini yaratan ve hukuka tabi olan devleti meşrulaştırıcı bir işleve sahip olmaktadır⁴⁷. Oysa "bilişin nesnel birliği" sağlandıktan sonra bu düalizm dağılmaktadır; "haklı-adil hukuk kuralları" değil, pozitif hukuk, devleti meşrulaştırmamaktadır. Zira her devlet ("*Staat*") bir hukuk devletidir ("*Rechtsstaat*")⁴⁸. Burada kullandığı "Rechtsstaat" kavramı ile belirli bir içeriğe referansla, başka bir deyişle bireysel hak ve özgürlükler, organların işleyişine ilişkin hukukilik ilkesi ve demokratik katılım süreçlerine ilişkin belli kurumları içeren bir hukuk sistemine sahipliği değil, Kelsen mantıksal açıdan kendi içinde tutarlı bir hukuk sistemine sahip olmayı kastetmektedir. Hukuk sistemine sahip olmayan bir devlet olamaz. Bu kavrayışla, hukuk tıpkı devlet gibi insan davranışlarını cebri bir sistemle tanımlayan bir sistemdir; bu sistem ahlaki olarak herhangi bir şey önermez veya içermez⁴⁹. "Egemenlik" hukuki-yasal düzenle dağıtılmıştır ve diğer her sorunun cevabı bu öncülü takip etmektedir. Nihayetinde normatif biliş açısından hukuk normlarının hiyerarşik bir düzen içinde yer alması ve bir normun diğer üst normdan türemesi ile hukukun geçerliliğinin sağlanması yeterlidir. Bu noktadan hareketle Kelsen aynı hukuk sistemi içerisindeki normların çelişmesi halini; norma aykırı norm, anayasaya aykırı yasa veya yasaya aykırı yönetmelik açısından mantıksal çelişkinin var olup olmadığını tartışmaktadır⁵⁰.

44 Kelsen, *a.e.*, s. 14-15, 40-41. Ayrıca bkz. Joseph Raz "Kelsen'in Temel Norm Kuramı", Çev. Şule Şahin Ceylan, *AÜHFD*, S:62/4, 2013, s. 1172-1173.

45 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 67-70.

46 Josef Isensee, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", *Anayasa Teorisi*, Lale Yayıncılık, 2014, s. 231.

47 Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 122-123.

48 Kelsen, *a.e.*, s. 132.

49 Kelsen, *a.e.*, s. 133.

50 Kelsen, *a.e.*, s. 88-93.

C. Her İki Kuramın Karşılaştırılması

Schmitt ve Kelsen'in Weimar dönemi Almanya'sına (1919-1933) ilişkin hoşnutsuzlukları vardı ancak gerekçeleri farklılaşmaktaydı. Schmitt açısından Weimar Anayasası'nın liberal yapısı ve parlamentoda yer alan güç odaklarının çıkar çatışmaları sorun teşkil etmektedir. Depolitizasyon süreçlerinin yerini politik karar alma mekanizmalarının alması gerektiğini düşünmektedir. Kelsen açısından ise anayasal düzenin politik unsurları rahatsızlık kaynağıydı. Hukuk dışı unsurlar sorun yarattığından her şeyden önce normla açıklanabilir bir hukuk kuramı inşa etmek gerekliliğine işaret etmektedir⁵¹.

Schmitt'in Kelsen'in normativizmine eleştirileri, ilk olarak Siyasi İlahiyat kitabındaki görüşleri ile ortaya çıkmıştır⁵². Schmitt'e göre Kelsen "egemenlik mit"ini eleştirmek isterken norm temelli bir metafizik yaratmıştır. Siyasi İlahiyat'ta Schmitt Kelsen'in egemenlik meselesine yaklaşımını şu şekilde açıklamaktadır:

*"(...), devlet, hukuki düzenin ne yaratıcısı ne de kaynağıdır; tüm bu tasarımlar, Kelsen'e göre, üniform ve [devletle] özdeş hukuki düzenin farklı öznelde canlandırılması, hipostazasyonu ve çoğaltılmasıdır. Devlet, yani hukuki düzen, nihai bir atf noktasına ve nihai bir temel norma atf yapan bir atf sistemidir. Devlet içinde geçerli olan hiyerarşik düzen, yetkilerin ve hakların merkezi bir noktadan en alt basamaklara doğru yayılması üzerine kuruludur. En üstün güç, bir kişide veya sosyo-psikolojik bir güç kompleksinde değil, aksine, yalnızca norm sistemi birliğinde içkin olan egemen düzenin kendisindedir."*⁵³

Yukarıda alıntılıdığımız pasajdan görüleceği üzere, Kelsen'in teorisindeki *monizm* Schmitt'in eleştirilerinin hedefi olmaktadır. Sosyolojik metot ve hukuk metotlarının düalizmi yerine, Kelsen'de monist bir metafizik söz konusudur. Böylece Schmitt'e göre, hukuk düzeni ve aynı zamanda devlet, hukukileştirilerek sosyolojik olan her şeyden arındırılır⁵⁴. Kelsen'in sisteminde normlar hiyerarşisinin en üstünde *Grundnorm* (temel norm) yer almaktadır; alt normların geçerliliği bir üst norma bağlıdır. Normun normla türetilmesi yeterlidir. Buradan bir adım ileriye gittiğimizde ise, bütün bu sistem içerisinde devlet, hukuki açıdan müşterek *Grundnorm* olan anayasa ile özdeşir⁵⁵. Devletin hukuki düzenin üstünde veya onun dışında bir varlığı yoktur; Kelsen'in hukuk ve devlet arasında kurduğu özdeşlik bu sistemin işleyişindeki ön kabuldür. Politik düzenin meşruiyetine ilişkin tartışma bu açıdan Kelsen'de hukuki bir çerçevede kalınarak çözümlenmeye çalışılır⁵⁶.

Kelsen, politik meselelere uzak bir düşünür olmamakla birlikte, saf hukuk kuramını oluştururken kitabının hem 1934 tarihli önsözünde hem de ilk satırlarında politikanın bilinçli bir şekilde hukuktan

51 Kardeş, a.e., s. 231-232.

52 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 23-26.

53 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 26.

54 a.e.

55 a.e.

56 Günsoy Kaya, a.g.e., s. 128. Bu konuda Akal, Kelsen'deki devlet-hukuk özdeşliği düşüncesinin iradeci pozitivistler tarafından ileri sürüldüğünü ve yanlış anlaşıldığını belirtmektedir. Akal, Grundnorm'un "*Hukukun saf hukuk kuramını da içeren, saf olmayan hukukilik*" olduğunu ve piramidin dışında kaldığını yazmaktadır. Eleştiriler için bkz. Akal, a.g.e., s. 136-137.

dışlandığını, “*hukuk biliminin politikadan ayrılması*”nın gerekliliğini yazmaktadır⁵⁷. Kelsen bu bilinçli tercihi ile iki şeyi amaçlamaktadır: Birincisi, hukuk ve devleti bir bütün olarak ele almak, ikincisi ise hukukleştirilmiş devletle (sınırlandırılmış bir otoriteyle) demokrasiyi gerçekleştirmektedir⁵⁸.

Schmitt ise, politikadan yalıtılmış bir hukuk düşüncesine karşı çıkmaktadır. Schmitt, hukukun ve devletin farklı olgular olduğunu ortaya koymakta; Kelsen’in özdeşliğinin egemenlik ve dolayısıyla “asli kuruculuk” kavramlarını açıklayamadığını ileri sürmektedir. Kelsen’in şemasında devlet norm üreten bir hukuk uygulayıcısı iken, üretilen normun kapsamı da daralmaktadır⁵⁹. Schmitt açısından önemli olan “Sollen”den (olması gereken) “Sein”a (olana) geçişin nasıl sağlandığı sorusuna verilecek yanıtır. Kelsen’in teorisinde normun yürürlükte olduğu olağan bir hukuk düzeninin varlığı esas alınmaktadır. Normun verili düzende nasıl tesis edildiği veya içeriğinin nasıl şekillendirildiği açıklanmamaktadır⁶⁰. Oysa Schmitt’e göre, hukuku ortaya çıkaran irade başlangıçtaki bir “politik karar”a dayanmaktadır. Düşünür, Kelsen’deki norm ve Grundnorm’un karşısına *karar almanın somut, maddi ve varoluşsal karakterini* çıkarmaktadır. Bu anlamıyla Kelsen’deki soyut evrenselliğin yerine Schmitt’te somut koşullara bağlı varoluşsallığa, tekilliğe yapılan bir vurgu vardır. Saf hukuk teorisi açısından “arızı” olarak görülen tüm öğeler aslında Schmitt’e göre hukukun kurucu ilkeleridir⁶¹.

Aşağıda yer alan karşılaştırma tablosu, her iki düşünür-hukukçu arasındaki kuramsal farkları kanaatimizce isabetli bir şekilde göstermektedir⁶²:

KELSEN	SCHMITT
<ul style="list-style-type: none"> • Bilimsel çerçeve • Normal durum • Biçimsellik (Schmittyen anlamda) • Yasallıktan kaynaklanan meşruiyet • Normlar • Yasallık • Soyut evrensellik • Kesinlik • İyimserlik 	<ul style="list-style-type: none"> • Politik bağlam • Olağandışı durum • Maddilik • Yasallıktan bağımsız bir meşruiyet alanı • Kararlar • Supra-legalite • Somut varoluşsallık • Risk • Kötümserlik

Tablo için bkz. Kardeş, Schmitt’le Birlikte Schmitt’e Karşı, s. 239.

Tablodaki özellikleri kısaca sıralamak gerekirse, Kelsen’de hukuk normunun içeriği açısından adalet düşüncesiyle kurulan bağ koparılmış ve doğal hukuktan bir kopuş yaşanmıştır. Aynı şekilde Kelsen

57 Kelsen, “Yazarın Önsözü”, *Saf Hukuk Kuramı*, s. xxi.

58 Kardeş, *a.g.e.*, s. 227. Akal ise Kelsen’in hukuk biliminin konusunu sınırlarken hayatı yok saymadığını, hayatı yok sayan despotik kuramları eleştirdiğini; bunu da rölativizme işaret eden ve amaçsallık karşıtı yöntemiyle yaptığını yazmaktadır. Bkz. Akal, *a.g.e.*, s. 138-139.

59 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240. Ayrıca bkz. Kelsen, *Saf Hukuk Kuramı*, s. 132-133.

60 Raz, *a.g.e.*, s. 1074.

61 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240.

62 Kardeş, *a.g.e.*, s. 239.

hukuku doğal bir fenomenden ziyade “norm”lardan oluşan hiyerarşik bir geçerlilik sistemiyle tanımlamaktadır. Saf hukuk kuramı, bu anlamda hukuku “bilimsel bir çerçevede” ele alır; kuramın saflığı hukuki bilişin dışında kalan tüm unsurların saf dışı bırakılmasıyla sağlanır⁶³. Schmitt'te ise politik bir bağlam söz konusudur. Hukuk, hukuk biliminin saflaştırılmasıyla kavranamaz; hukuk politik kararlar ve – yazarın daha sonraki metinlerinde görüleceği üzere – hukuku bir dolayım olarak oluşturan “somut düzen” fikriyle birlikte alınabilir. Diğer taraftan Kelsen'in saf hukuk kuramı, olağan ve işleyen bir hukuk düzeni fikrini esas almaktadır. Schmitt'te ise, hukuk düzeni istisna ile birlikte kavranabilir; rasyonel bir hukuk sistemi oluşturmak için olağanüstü durumun dışlanması tümelin yüzeysel bir şekilde düşünülmesine yol açar. Oysa istisna “*tümeli yoğun bir tutkuyla düşünür*”⁶⁴. Yazdığı metinlerde hukukun (ve anayasal düzenin) nasıl oluştuğu sorusu hukuku oluşturan bir zamansal-mekansal aralıktan bahsedilerek, hukuki düzeni inşa eden güçlerin politik karakteri üzerinden cevaplanmaktadır⁶⁵. Schmitt'in teorisinde normatifliğe yer olmadığı söylenemez, bununla birlikte normatifliği kuran bir ön-alan vardır. Hiçbir norm, kaos halinde uygulanamayacağından hukuk normlarının işlerliği için öncelikle bir düzenin oluşturulması, daha açık bir ifade ile devletin birlik ve düzeninin sağlanması gerekmektedir. Hukukun inşasının politik bir karar anına dayandığını özetlemesi bakımından, kanaatimizce bu noktada kendisinin “*egemen, olağanüstü hale karar verendir*” formülasyonu hatırlanmalıdır⁶⁶.

Schmitt, Siyasal Kavram'ında yazdığı üzere, Machiavelli, Hobbes ve Fichte'nin siyaset felsefelerinde ortak bir yan görür; ona göre üç düşünür de “güvenliğe muhtaç insanlara” genellikle korku salan/kötümser gelen ve olası bir düşmanın somut varlığını göz önünde bulunduran bir realizme sahiptir. Hobbes'un düşünce geleneğini bu açıdan sahiplenen Schmitt insan doğasının karşıtlıklar üzerine kurulu ve çatışmacı dünyasını tasvir etmesi sebebiyle kötümser olarak nitelenirken; Kelsen, kişisel hayatındaki durumun aksine, teorisinde saf rasyonalizmin savunusunu yapmasıyla ve politik düzene ilişkin dinamikleri teoriden dışlayan yanıyla iyimser kalmaktadır⁶⁷.

Schmitt'in realizminde otorite figürünün (politik karar merciinin) hukuk normlarını vazetmesi açısından kurucu niteliği esas alınırken; Kelsen'in saf kuramında formel bir hukuk sistemi ve tüm normların üstünde bir Grundnorm yer almaktadır⁶⁸. Kardeş'in belirttiği şekliyle Schmitt, karar almayla birlikte tarihsel-toplumsal politik süreçlerin hepsinin plastik özelliğine bir gönderme yaparken, Kelsen bu süreçlerin üstünde/dışında bir Grundnorm tanımlamaktadır⁶⁹.

63 Kelsen'in kişisel görüşleri veya hayata bakışından ziyade oluşturmaya çalıştığı bu saf kuram, hukuk biliminin bakışı ve mesleğe ilişkin profesyonel bir benimseme olarak da açıklanmaktadır. Raz, *a.g.e.*, s. 1170, 1172-1173, 1191.

64 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 22.

65 Preuss, “Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi”, s. 224.

66 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 13.

67 Preuss'a göre Schmitt, insan doğasını doğuştan iyi veya kötü olarak görmemekle birlikte, politik realizminde insanı dinamik ve çatışmacı bir varlık olarak ele aldığından kötümser bir düşünür olarak anılmaktadır. Bkz. Preuss, *a.g.e.*, s. 228. Schmitt'in Hobbes ve Machiavelli'nin yanı sıra kendi teorisinin neden *kötümser* olarak addedildiğine ilişkin açıklamaları için bkz. Schmitt, *Siyasal Kavramı*, s. 85-86.

68 Kardeş, *a.g.e.*, s. 240; Isensee, *a.g.e.*, s. 232-233.

69 Kardeş, *a.g.e.*, s. 226, 241.

Kelsen'in kuramı, anayasanın temel bir üst norm olarak tanınması, alt-üst norm ilişkisinin ortaya konması ve özellikle anayasaya aykırı normlar açısından iptal edilebilirlik bahsini hukuk düşüncesine kazandırmasıyla önemli bir yer teşkil etmektedir. Diğer taraftan günümüz dünyasında hukuk düzenleri açısından yoğun bir şekilde yaşanan kriz hali, politik belirsizlikler ve güvenlik ihtiyacı nedeniyle değişen hukuki yaklaşım ve daralan özgürlükler çemberi "istisna hali" kuramının detaylı bir analizini yapan Schmitt'i tekrar ele almayı gerektirmektedir. Ayrıca Schmitt'in genelgeçer demokrasi tanımlarına getirdiği eleştirilerin önemine de işaret edilmelidir. Kanaatimizce, temkinli bir Schmitt okuması, yazarın Nazilerin iktidarda olduğu dönemde *Kronjurist* ünvanı ile aldığı görevleri ve savunduğu fikirleri göz ardı etmemekte; ancak diğer taraftan kendisinin pozitivist kurama ve liberal hukuk geleneğine yönelttiği esaslı eleştirileri tartışmayı da zorunlu kılmaktadır.

2. ANAYASANIN ANLAMI VE GÜVENCE ALTINA ALINMASINA İLİŞKİN POLEMİK

A. Schmitt'in Anayasa Öğretisi

Schmitt, Siyasi İlahiyat ve Anayasa Öğretisi'nde ortaya koyduğu üzere, verili normların oluşumunu ve hukukun olağanüstü dönemlerdeki uygulamasını ifşa etmeye çalışmaktadır. Anayasanın varlığı ve korunması meselesi, her iki düşünürün karşıt kuramsal çerçevelerinin bir sonucu olarak farklı görüşleri savunmalarına sebep olmuştur. Liberal hukuk devletinin bütün devlet sistemini hukukileştirilmiş bir prosedür olarak kavraması Schmitt'in politik realist teorisiyle çatışan noktadır⁷⁰. Olağan hukuk düzeni ve olağan işleyişi esas alan Kelsen'in anayasanın korunmasına ilişkin görüşlerini Schmitt yetersiz bulmaktadır. Bu noktada onun demokrasi kavrayışı da savunulamaz durumdadır; Schmitt için anayasal düzen ve demokrasi kavrayışı politik olanla ilişkilidir⁷¹.

Schmitt'in 1929 tarihli Anayasa Öğretisi kitabı, anayasalara ilişkin özgün bir sistem kurma denemesidir⁷². Bu kitapta Schmitt, anayasanın varoluşsal zeminine dayalı maddi tanımı ile normatif tanımını ayırarak kavramları ele alır. Bu ayırım *mutlak anayasa* ve *görelî anayasa* kavramları üzerinden açıklanmaktadır. Loughlin'e göre, Schmitt'in anayasa kavramı üzerine bu analizi, kamu hukukunun temellerini kavrayabilmek açısından önemli iki anayasa kavramını yani "*devletin anayasası*" ve "*hükümet makamının anayasası*" kavramları arasındaki farkı anlamaya yardımcı olmaktadır⁷³. Bu ayırımın genellikle "*anayasa*" ile "*anayasa metni*" olarak Türkçede kullanıldığını da belirtmek gerekir⁷⁴.

70 Göztepe, "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", s. 148.

71 Kardeş, a.g.e., s. 241; Preuss, a.g.e., s. 227. Schmitt'in demokrasi kavrayışı için Kelsen'e yönelttiği eleştiriler için ayrıca bkz. Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 46.

72 Isensee, "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", s. 225.

73 Martin Loughlin, *Kamu Hukukunun Temelleri*, Çev. Dilşad Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Ankara, Dipnot Yayınları, s. 182.

74 Isensee, a.g.e., s. 225; Göztepe, a.g.e., s. 139-140; Preuss, a.g.e., s. 224 vd.

Görelî anayasa kavramı, anayasaların tarihsel gelişim süreci içerisinde yazılı hale gelmesi ve yazılı anayasaların “anayasa” olarak nitelenmesiyle ortaya çıkan modern eğilime işaret etmektedir. Anayasa biçimsel yönüyle yazılı bir metin olarak ele alınmaktadır. Bu eğilimin bir sonucu olarak, anayasa kavramı Schmitt’in deyişle “görelileşme”ye başlamış ve zaman içerisinde bireysel temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir hükümler bütünü olarak algılanmıştır⁷⁵. Bireysel anayasa hukuku olarak da tanımlanabilecek bu hükümler, Schmitt’e göre, “*ipso facto*” ydu; yani sadece anayasa metninde yer verildiği, yazılı olduğu için anayasal hüküm olarak görülmekteydi. Oysa bu tarz hükümler bir devletin anayasası için asli niteliğe sahip değildir; yalnızca “statüter” anlam taşırlar⁷⁶. Başka bir deyişle, anayasaya dahil edildiği için anayasal hüküm niteliği kazanmışlardır. Bir toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyebilmek için bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmesi, devlet memuriyetine ilişkin haklar veya üniversitelere ilişkin düzenlemeler bu tarz “yasalar”dan sayılabilir⁷⁷. Anayasaya normativist anlamda bakmakla yasaların içeriği ve düzenlediği alanlar gözetilmeksizin bu hükümler anayasal hüküm olarak “asli” nitelikte kabul edilebilir. Ancak bu şekli anayasa kavramı, anayasayı yazılı yasalar dizisine indirgemektedir⁷⁸.

Schmitt’e göre, yaygın kullanımının aksine, mutlak anayasa kavramı “devletin anayasası” olarak adlandırılabilir ve halkın siyasi birliğine göndermede bulunan metindir⁷⁹. Sadece şekli bakımından değil maddi bir içerikle de tanımlanan, yani esasa ilişkin koşulu da olan bir kavramdır. Bu noktada Schmitt, varoluşsal anlamıyla anayasanın devletle ilişkisini kurar; tam bir siyasi birlik ve düzen koşulunu esas alır. Buna karşın ideal anlamda anayasa ise, “kapalı bir normlar sistemi”dir; maddi-somut bir birliği değil, ideal-düşünsel bir birliği ifade eder. Anayasanın normatif boyutu ile maddi-varoluşsal boyutu birlikte ele alındığı takdirde Schmitt’e göre gerçek bir anayasal düzen ve hukuki işlerlikten bahsedilebilecektir⁸⁰.

Yukarıdaki ayrımı biraz daha açmak gerekirse; mutlak anayasa, temel yasal düzenleme olarak veya başka bir ifade ile daha yüksek ve asli(*ultimate*) normların birleşik ve kapalı sistemi olarak tarif edilebilmektedir⁸¹. Bu yaklaşım, metinde açıkça anılmasa da Kelsen’in anayasayı ele alış biçimidir. Anayasa, bu ideal anlamıyla devletin işleyişine normatif bir çerçeve çizer ancak Schmitt’e göre, anayasayı bu şekilde tanımlamak devleti sadece şekli bir hukuk düzenine dönüştürmektedir. Schmitt, klasik anayasacılık öğretisine karşı çıkarak devleti hukuk düzeniyle eşitleyen ve modern devleti aklın ve adaletin egemenliği gibi soyutlamalarla tarif eden yaklaşımı sorunlu bulmaktadır; burjuva *Rechtsstaat* kavramının savunucularının belirttiği gibi, anayasanın kapalı ve saf bir normlar sistemi olarak devleti tanımlaması söz konusu değildir⁸². Bir anayasa, anayasa yapma kapasitesinden (güç veya otoritesinden) türediğinde ve bu anayasa yapıcı gücün iradesi tarafından kurulduğunda

75 Loughlin, a.g.e., s. 182.

76 Carl Schmitt, *Constitutional Theory* [1928], Çev. Jeffret Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008, s. 67, 69.

77 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 67.

78 Loughlin, a.g.e., s. 182; Emre Zeybekoğlu, “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, *İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi*, İstanbul, 2009, s. 145.

79 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59. Bu kavrama ilişkin ayrıca bkz. Zeybekoğlu, a.g.e., s. 140-141, 145.

80 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 59.

81 Schmitt, a.e., s. 62.

82 Loughlin, a.g.e., s. 183; Zeybekoğlu, a.g.e., s. 146.

geçerlidir. Bu irade ise emrin kaynağı olarak var olan bir güce/otoriteye aittir. Normların tersine, bu irade varoluşsal bir oluşumdur, onun gücü varlığında yer almaktadır. Normlar kendi kendisine kurulmadığından, anayasayı saf normatif boyutuyla incelemek de sorunlu bir bakış açısıdır⁸³.

Schmitt'in Kant'ın izinden giden ve devletin kuruluşunu rasyonel olarak temellendiren liberal düşünürlerden ayrıldığı, akla(ratio) karşılık iradeye(voluntas) dayalı bir siyaset felsefesi geleneğini izlediği görülmektedir⁸⁴. Anayasanın varoluşsal temeli ve onu önceleyen siyasi irade, Hobbes'un "*Auctoritas non veritas facit legem*" (Yasayı yapan hakikat değil otoritedir) sözünü akla getirmekte ve kanımızca Siyasi İlahiyat'ta vurguladığı desizyonist tavrını⁸⁵ anayasa teorisine de taşımaktadır.

Schmitt'e göre, anayasa yapıcı güçlerin aldığı temel politik kararlar normların inşasında belirleyicidir; anayasal düzenin karakteristiği bu kararlarla şekillenir. Preuss'un belirttiği üzere "*Anayasa, anayasa-öncesi siyasi tözü, yani anayasal düzenin siyasi kararlarını içerir*"⁸⁶. Demokrasilerde halkın kararı, monarşilerde ise hükümdarın kararı bu kurucu niteliğe sahiptir. Politik kararlar Weimar Anayasası için de temel teşkil etmektedir. Demokrasiyi seçme kararı, Alman halkının bir halk olarak bilinçli siyasi varlığının erdemi sayesinde ulaştığı bir karardır⁸⁷. Bu karar anayasanın giriş bahsinde "*Alman halkı bu anayasayı yapmıştır*" deyişinde ve 1. maddenin 2. fıkrasında "*Devlet otoritesi kaynağını halktan alır*" hükmünde ifadesini bulmaktadır. Aynı şekilde 1. maddenin 1. fıkrasında yer alan "*Alman Devleti bir cumhuriyettir*" hükmü, monarşiye karşı cumhuriyet kararına işaret eden hükümdür. Bu tür hükümler, anayasal hükümler değildir. Hatta çerçeve hüküm ve temel ilkeler de değildir. Bununla birlikte dikkat edilmeyecek kadar önemsiz veya basit de değildir. Yazılı yasalar ve normlar dizisi-yığını olmaktan çok daha fazlasıdır⁸⁸. Alman halkının siyasi var oluş biçimini sağlayan somut politik kararlardır ve tüm anayasal hükümlerin temelini oluştururlar⁸⁹.

Schmitt, Weimar Anayasası'nın görelî anayasa anlayışına uygun olarak yorumlandığını ancak bu anayasanın siyasi varoluşuna ilişkin karakteri öne çıkarmak gerektiğini yazmaktadır. Weimar Anayasası'nın temelini oluşturan siyasal kararlar cumhuriyet, parlamenter demokrasi, federal bir devlet yapılanması, kuvvetler ayrılığı ve temel haklar ile donatılmış bir hukuk devleti ilkesi olarak sıralanmaktadır⁹⁰. Weimar Anayasası'nın 76. maddesinde aranan nitelikli çoğunluğu sağlayarak yasama organının anayasanın (*Verfassung*) kendisini değil ancak anayasa metnini (*Verfassungsgesetz*), yani anayasayı oluşturan politik kararlara göre ikincil ve görelî nitelikteki anayasal hükümleri değiştirmesi söz konusu olabilir. Her ne kadar, şekli olarak bakıldığında 76. madde yasama organına anayasa metnini tamamıyla değiştirme yetkisi vermekteyse de Schmitt'e göre anayasanın kendisi

83 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 62-63, 76-77. Ayrıca bkz. Loughlin, *a.g.e.*, s. 183.

84 Zeybekoğlu, *a.g.e.*, s. 146; Esgün, "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", s. 913.

85 Schmitt, *Siyasi İlahiyat*, s. 38-39, 55.

86 Preuss, *a.g.e.*, s. 224.

87 Anayasaya kimliğini kazandıran Alman halkıdır; – ki halk ile ulus birlikte kullanılmaktadır metinde – burada etnik veya kültürel anlamda bir birlikten ziyade, politik eylemin birlik imkanı olarak siyasi varoluşa ilişkin halkın/ulusun bilinçli bir isteğinden bahsedilmektedir. Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 65, 127.

88 Schmitt, *Constitutional Theory*, s. 77-78; Loughlin, *a.g.e.*, s. 186.

89 Schmitt, *a.e.*, s. 78. Ayrıca bkz. Göztepe, *a.g.e.*, s. 140-141.

90 Schmitt, *a.e.*, s. 78, 126.

76. maddedeki çoğunluk sağlanarak değiştirilemez. Schmitt'in tam da bu noktada vurguladığı şey, anayasanın özünü oluşturan siyasal kararların sıradan bir anayasa maddesi gibi hukuki prosedüre uyarak değiştirilmesi, askıya alınması veya ortadan kaldırılmasının mümkün olmamasıdır⁹¹. Başka bir ifadeyle anayasa (“mutlak anayasa”), halkın siyasal birliğinin kurucu karar ve tercihlerine dayandığından, bu asli kararların değiştirilebilmesi asli kurucu iktidar tarafından mümkündür⁹². Buna göre, Reichstag'ın üçte iki çoğunluk kararıyla Alman cumhuriyeti bir mutlak monarşiye veya bir Sovyet cumhuriyetine dönüştürülemez. Burada Schmitt, hukuk düşüncesinde Lolme ve Blackstone'dan bu yana bütün gücü üzerinde topladığı sıklıkla söylenen İngiliz parlamentosu anlayışının ve bu anlayışla ele alınan diğer parlamentoların bir kafa karışıklığına neden olduğunu belirtir. İngiliz parlamentosunun çoğunluk kararı İngiltere'yi bir Sovyet devletine dönüştürmeye yetmeyecektir. Aksini savunmak sadece formel bir düşünme biçimini yansıtmayacak; aynı şekilde politik ve hukuki açıdan yanlış da olacaktır. Parlamentodaki çoğunluk değil, sadece tüm İngiliz halkının iradesi bu köklü değişikliği gerçekleştirebilir⁹³.

Schmitt'in anayasa değişikliklerinin sınırına ilişkin yazdıkları ve anayasalardaki değiştirilemez maddelere ilişkin tezleri, daha sonra, 1949 tarihli Federal Alman Anayasası'nın 79. maddesi 3. fıkrasındaki değiştirilemez ilkelerin hazırlanmasına fikren öncülük etmiş sayılabilir⁹⁴. Zira Weimar Anayasası'nın sonunu hazırlayan koşullar düşünüldüğünde, demokratik araçlarla demokrasinin ortadan kaldırılması deneyimlenmiş; bu açıdan anayasanın kimliğinin korunması ve anayasal düzenin teminatı için Federal Alman Anayasası'nın anayasanın değiştirilmesini düzenleyen 79. maddesinin üçüncü fıkrasına bir hüküm konulmuştur. Anayasanın siyasi özü ve temel ilkelerini oluşturan bu maddeler, federe devlet teşkilatlanması, eyaletlerin yasamaya esasen katılması ilkesi, insan onur ve haysiyetinin korunması, hukukun üstünlüğü, demokrasi, anayasal devlet ve sosyal devlet ilkelerinin yanı sıra direnme hakkı olarak belirlenmiş ve bu esaslara ilişkin anayasa değişikliği yapmak yasaklanmıştır. Böylece Schmitt'in anayasa ve anayasa metni arasında yaptığı ayırım, dolaylı olarak da olsa federal anayasada normatif bir temele kavuşmuştur⁹⁵.

Görüleceği üzere Schmitt, anayasayı yapan güç olarak “halk”tan bahsetmekte ve halkın anayasanın kimliği hakkında belirleyici bir konumu olduğunu düşünmektedir; halk anayasadan önce oluşan politik bir birlik olarak devlette somutlaşır. Anayasal birlik ve düzen, yasalar, kurallar ve normlardan ibaret araçlara değil, devletin siyasi varlığına (önceden kurulmuş, homojen bir iradeye) dayanmaktadır⁹⁶. Bu nedenle Weimar Cumhuriyeti'nin birliği Weimar Anayasası'ndaki 181 maddeye ve bunların geçerliliğine değil, “*Alman halkının siyasi varlığına*” dayanmaktadır.

91 Isensee, **a.g.e.**, s. 226.

92 Göztepe, **a.g.e.**, s. 141.

93 Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 79-80. Bu başlığın devamı niteliğindeki açıklamaları için bkz. Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. 57-58.

94 Göztepe, **a.g.e.**, s. 141-142; Preuss, **a.g.e.**, s. 234-237.

95 Preuss, **a.e.**

96 Schmitt, **Constitutional Theory**, s. 65. Schmitt'te halkın varoluşunu esas alan tözsel bir hak anlayışının esas olduğu ve bu hak üzerine kurulu bir hukuk düşüncesi oluşturduğu da ifade edilmektedir; bu yaklaşımın 1934'e doğru Nazi siyasetine dayanak oluşturduğu yazılmıştır. Eleştiriler için bkz. Esgün, “Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet”, s. 913 vd.

Schmitt'e göre, Alman halkının iradesi, varoluşsal bir gerçeklik olarak, bireysel anayasa hukukunun belirlilikten yoksun, bağlantısız ve çelişkili tüm sistematığının ötesinde siyasi birliği ve kamu hukuku terimlerindeki birliği inşa etmektedir. Weimar Anayasası geçerlidir; çünkü Alman halkı anayasaya bu özelliği katmıştır⁹⁷. Üstelik yeni bir düzenin kurulmasını sağlayan halkın politik birliği sadece anayasa oluşturulurken değil, sürekli olarak anayasada varlığını sürdürür; gizil bir potansiyel olarak adeta uyku halindedir⁹⁸. Anayasanın yaslandığı politik ilkelerin ortadan kaldırılması ise devrim veya karşı-devrim niteliğinde bir girişim anlamına gelir⁹⁹.

Schmitt, anayasa kavramından devletin siyasi birliği ve bekasını sağlayan devletin anayasasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Anayasanın devletin varoluşsal temellerini oluşturan bir maddi içeriği olduğunu ve bu anlamıyla anayasa değişikliklerinin de bir sınırı olduğunu savunmuştur. Sonuç olarak anayasa, şekli bir kapalı normlar sistemi olarak ele alınmamış, anayasayı görelileştiren eğilimlere karşı "*devletin siyasi birliğine şekil veren varoluşsal bir olgu*" olarak ifade edilmiştir¹⁰⁰.

B. Anayasanın Koruyuculuğu Meselesi

Weimar Cumhuriyeti'nin anayasal düzeninde, anayasaya aykırı yasaların denetimini sağlayacak Anayasa Mahkemesi niteliğinde herhangi bir yargısal mekanizma öngörülmemiştir. Ancak federal (Reich) ve federe (Länder) devletler arasındaki uyuşmazlıklara bakması için kurulan Devlet Yüksek Mahkemesi'nin (*Staatsgerichtshof*) yetkilerinin anayasa yargısı niteliğine kavuşması için dönüştürülmesi fikri oldukça canlı bir tartışma ortamı yaratmıştır. Bu tartışmanın yürütülmesinde henüz 1920'lerde Avusturya'da kurulan anayasa yargısı sisteminin payı vardır. Dönemin hukukçuları ve siyasetçileri Devlet Yüksek Mahkemesi'nin anayasaya aykırı yasaları iptal edebilme yetkisini ve "Avusturya çözümü"nü tartışmaktadır¹⁰¹.

Hans Kelsen, 1928 yılında Alman Kamu Hukukçuları Derneği tarafından düzenlenen yıllık toplantıda, ona göre çok daha çekimser olan Heinrich Triepel ile birlikte, anayasal denetim için anayasa mahkemesine duyulan ihtiyacı vurgulamıştır. Anayasa mahkemesinin kurumsal yapısına ilişkin birçok teknik hukuk problemini de sunumunda ele alan Kelsen, önerilerinde yargıç olarak görev yaptığı Avusturya Anayasa Mahkemesi modelinden etkilenmiştir. Kelsen'in önerilerinde normlar hiyerarşisinin benimsenmesi kritik bir önem taşır; en üst norm olan anayasadan hareketle anayasa yargısının yetkilerini temellendiren Kelsen, anayasa yargısının hukuki yaptırımını olmaksızın anayasanın ikinci sınıf bir hukuki düzenleme olarak kalacağını savunur¹⁰². Bu toplantıdaki görüşleri olumlu etkiler yaratan Kelsen'e karşılık olarak ise Carl Schmitt 1931 tarihli Anayasanın Koruyucusu metnini yazmıştır.

97 Schmitt, a.e., s. 65, 76-77.

98 Anayasa yapıcı güç, hiçbir yasal biçim ve usulle sınırlı değildir; eşyanın tabiatı gereği her zaman vazgeçilmez olan bu kapasite kendisinde görülmektedir. Bkz. Schmitt, a.e., s. 127-128; Preuss, a.g.e., s. 224, 233.

99 Isensee, a.g.e., s. 226.

100 Loughlin, a.g.e., s. 186-187.

101 Vinx, "Introduction", s. 6-7.

102 Vinx, a.g.e., s. 7-9.

I. Devlet Başkanı Formülü

Schmitt, Anayasanın Koruyucusu (*Der Hüter der Verfassung*) metninde Kelsen'in tümdengelim yöntemi ve alt-başlıklandırmasını hedef alarak, düşünürü metin içinde adını anmaksızın eleştirmektedir¹⁰³. Anayasal güvencelerin nasıl sağlanabileceğine ilişkin farklı görüşleri eleştirirken kendi görüşünü de belirtmektedir. Anayasanın koruyuculuğunun Alman Devlet Yüksek Mahkemesi (*Staatsgerichtshof*) tarafından yürütülmesi fikrinin Weimar ulusal meclisinde birtakım yanlış yorumlarla Amerika'daki Supreme Court'un özel konumu ve işlevinden hareketle ileri sürüldüğünü, ancak Supreme Court'un konsepti ve konumunun Kıta Avrupası sistemine sosyal ve politik açıdan taşınamayacağını belirtmektedir¹⁰⁴. Schmitt'e göre anayasanın korunması tartışması, her şeyden önce devlet ve onun devamlılığına ilişkin bir sorundur¹⁰⁵. Bu bağlamda, Schmitt'in anayasanın koruyucusu kim olacaktır sorusuna verdiği yanıt şaşırtıcı olmayacaktır: Anayasanın koruyuculuğunu, devlet başkanı (*Reichspräsident*) üstlenmelidir. Anayasal güvencelerin devamlılığı açısından nihai karar alıcı merci siyasi birliği temsil eden Reich başkanıdır¹⁰⁶.

Devlet başkanı yanıtının düşünürün içinde bulunduğu somut gerçeklikle ve anayasa kavramını ele alma biçimiyle sıkı bir ilişkisi vardır. Zira Schmitt Weimar Cumhuriyeti'nin çözülüş sürecini deneyimleyen biri olarak, Weimar Anayasası'nın liberal niteliğinden ve ona göre sosyalistlerin etkinliğine izin veren yapısından rahatsız olmakla birlikte anayasal sistemin çözülüşünü engellemek adına, devlet bünyesindeki tüm çatışma ve çıkar odaklarının üzerinde bir "tarafsız güç" arayışına girmektedir. Parlamentoda siyasi partilerin çıkar savaşları ve kurumsal bölünmelerine karşı devletin devamlılığını sağlayarak tehlikeleri bertaraf edebilecek, yasama, yürütme ve yargı organı dışında bir güç arayışı onu devlet başkanının anayasayı koruyacak misyonda olduğu düşüncesine yöneltmiştir¹⁰⁷. Halk tarafından seçilen Reich başkanının işlevlerinden biri Reichtag'a karşı bir dengeleyici güç olabileceği düşüncesidir; Weimar Anayasası'nın pozitif hukukuna göre, devlet başkanının bu konumu tarafsız, tahkim edici, düzenleyici ve koruyucu bir güç doktrininin geliştirilmesiyle mümkün olabilir¹⁰⁸. Burada sosyal ve ekonomik çıkar gruplarının çoğulculuğuna karşı, devlet başkanı parti politikalarından bağımsız ve tarafsız bir konumdadır; halkın siyasi birliğini koruyan ve Weimar anayasasının dayandığı demokratik ilkelerle uyumlu olan bir yapıdadır¹⁰⁹.

Görüleceği üzere Schmitt'te devlet başkanı, halkın politik birliğini ve anayasal düzen açısından kurucu nitelikteki politik fikirlerin ruhunu koruyabilecek yegane birleştirici güçtür. Ayrıca devlet

103 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 94, 109-110, 123.

104 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 79-80.

105 Kardeş, **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**, s. 241.

106 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 167 vd.

107 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 150-151. Ayrıca bkz. Kardeş, **a.g.e.**, s. 244. Preuss, **a.g.e.**, s. 233, 246-247. Weimar'ın istikrarsız rejimi ve çoklu siyasal çıkarları temsil eden parlamento yapısına makalenin kapsamı nedeniyle ayrıca yer verilememiştir. Katolik, merkez sağ, monarşist, sol liberal ve komünist partilerinin koalisyon kurma çabalarına sahne olan bu dönemin siyasi krizleri ve gelişmeleri için ayrıca bkz. Göztepe, **a.g.e.**, s. 132-134.

108 Schmitt, "The Guardian of the Constitution", s. 157-160, 167.

109 Schmitt, **a.e.**, s. 172-173.

başkanı, anayasal güvenceleri uygulamak adına Weimar Anayasası'nın 48. maddesinde düzenlenen olağanüstü yetkilerini aktif bir şekilde kullanarak anayasal düzeni güvence altına almalıdır¹¹⁰.

2. Anayasa Mahkemesinin Koruyuculuğu

Schmitt'e karşılık Kelsen "Anayasanın Koruyucusu Kim Olmalıdır?" (*Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*) metninde Devlet Yüksek Mahkemesini/Anayasa Mahkemesini (*Staatsgerichtshof*) koruyuculuğa aday mercii olarak belirtmiştir. Kelsen'e göre, anayasanın asli fonksiyonu hukuk yaratma faaliyetini ve sürecini, bir başka deyişle yasama organının faaliyetini düzenlemek iken¹¹¹, bir diğer önemli fonksiyonu otoritenin sınırlanması için getirdiği güvencedir: "Anayasanın siyasi fonksiyonu, gücün kullanımına hukuki sınırlar koymaktır."¹¹² Devletin bazı eylemlerinin, özellikle parlamento veya hükümet tarafından gerçekleştirilenlerin anayasallığını denetleyecek bir organ yaratılacaksa, bu kontrol yetkisi kontrole tabi tutulacak organlardan birine verilemez. Kelsen, anayasaya aykırı yasalar çıkarabilecek parlamentonun veya siyasi gücü temsil eden devlet başkanının anayasanın koruyucusu olamayacağını savunmaktadır. O, "hiç kimse kendi davasının yargıcı olamaz" ilkesiyle anayasanın doğrudan ihlaline karşı koruma sağlayan bir bağımsız mekanizmaya duyulan ihtiyacı açıklamaktadır¹¹³. Anayasanın güvence altına alınması bu anlamda yasal/hukuki sınırların aşılmayacağına ilişkin bir garanti sağlamaktadır. Herhangi bir mercii anayasanın getirdiği sınırlamaların dışına çıkarak hareket etmemesi ve hukukun korunması adına yargıçların rolü esas alınmalıdır¹¹⁴.

Kelsen'e göre bir hukuk düzeninde, anayasanın güvence altına alınabilmesi için hem önleyici hem de baskılayıcı tedbirlerin uygulanması gereklidir. Anayasa yargısı maddi güvenceler olarak da anılan baskılayıcı tedbirler kapsamında değerlendirilir ve anayasaya aykırı yasaların iptal edilebilirliği bu kapsamda bir yetkidir¹¹⁵.

Kelsen, bağımsız bir mahkemenin anayasallık denetimi açısından önemini vurgularken; Schmitt'in devlet başkanına atfettiği rolde Benjamin Constant'ın anayasal monarşilere ilişkin tezlerinden etkilendiğini, monarkın "pouvoir neutre" (tarafsız güç) rolünü demokratik cumhuriyetlere taşımaya

110 Weimar Anayasası madde 48/II: "Alman Reich'ında kamu güvenliği ve düzeni büyük ölçüde ortadan kalkmışsa ya da tehlike altındaysa, Cumhurbaşkanı kamu güvenliğinin ve düzeninin yeniden tesisi için gerekli olan tedbirleri alabilir; gerekirse silahlı güçlerin yardımıyla duruma müdahale edebilir. Bu amaçla Cumhurbaşkanı, Anayasa'nın 114, 115, 117, 118, 123, 124 ve 153. maddelerinde güvence altına alınan temel hakları geçici olarak, tamamen ya da kısmen yürürlükten kaldıracaktır". Çeviri için bkz. Göztepe, a.g.e., s. 146.

111 Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, s. 79.

112 Kelsen, "Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt", s. 175.

113 Kelsen, "Who Ought to be The Guardian of The Constitution?", s. 174-175. Kelsen, Schmitt'e karşılık yazdığı bu metinden birkaç yıl önce 1929'daki bir makalesinde yasa yapıcıların anayasaya uygun olmayan eylemlerini iptal etmek için kamu otoritelerinden bağımsız ve yasama dışında bir organa ihtiyaç olduğunu, bunun da Anayasa Mahkemesi olabileceğini yazmıştır. Bkz. Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication" [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], s. 45.

114 Gerd Roellecke, "Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması", Çev. Atilla Erkal, **Anayasa Teorisi**, Lale Yayıncılık, 2014, s. 511.

115 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 76; Erkipçak & Erkipçak, a.g.e., s. 105-106.

çalıştığını yazmıştır¹¹⁶. Schmitt “Anayasanın Koruyucusu” makalesinde hem devlet başkanını yasama ve yürütme organının yanında tarafsız bir güç olarak tasvir etmiş hem de Weimar Anayasası’nın 48. maddesindeki olağanüstü yetkileri genişletici bir yorumla ele alarak başkanın pozisyonunu güçlendirmek istemiştir¹¹⁷. Kelsen, Schmitt’in tezini monarşik anlayışın günümüze taşınan bir görünümü olarak ele almakta ve devlet başkanına biçilen tarafsız rolü eleştirmektedir. Demokratik bir cumhuriyet için hukuki bir denetim sağlayamayacak olan devlet başkanı, ideolojik bir karakter taşımaktadır ve anayasal düzenin hukuki açıdan korunmasına hizmet etmesi mümkün değildir¹¹⁸.

Schmitt’in ateşli bir şekilde yürüttüğü polemik, Kelsen’de teknik, metodik ve ölçülüdür¹¹⁹. Kelsen’e göre anayasanın güvence altına alınmasına ilişkin yasal – politik talep parlamento ve hükümet gibi anayasal organların davranışlarını kontrol eden, hukukun üstünlüğü anlayışıyla uyumlu bir talep olmalıdır. Anayasa mahkemesinin pozitif yasa koyucu olan parlamentonun faaliyetlerini denetlemesi mümkündür, zira anayasa yargısı da “negatif yasama”dır¹²⁰. Kelsen “negatif yasama” ile özgün bir tasvir yapmaktadır: Anayasaya aykırı yasanın iptali, yasa yapmanın tersten gerçekleştirilmesinden başka bir şey değildir; iptal yetkisi ile anayasa mahkemesinin bir genel norm yaratma yetkisi olduğu kabul edilmelidir¹²¹. Bu savı ile Kelsen, kuvvetler ayrılığı düşüncesinden uzaklaşmadığını, sert bir kuvvetler ayrılığı yerine yasama fonksiyonunu parlamento ve anayasa yargısı arasında dağıtan bir “kuvvetler bölüşümü”nü benimsediğini belirtmiştir. Anayasa yargısı, yasamanın alanına müdahale etmemekte, düşünürün geliştirdiği normlar hiyerarşisi teorisi çerçevesinde üst norm olan anayasanın korunmasını ve devletin ilgili tüm eylem ve işlemlerinin bu üst norma uygunluğunu sağlamaktadır¹²².

Kelsen azınlıkların haklarının korunması ve demokrasi teorisi üzerine yazdıkları açısından da Anayasa Mahkemesi’nin varlığını savunur. Kelsen’e göre, çoğunluğun hakkı kavramı zorunlu olarak azınlığın varlığını ve bir anlamda azınlığı korumanın mümkün olduğunu içermektedir. Azınlıkların korunması, tüm parlamenter demokrasilerin anayasalarında benimsediği, daha açık bir ifade ile modern anayasalarda yer verilen temel hak ve özgürlüklerin temel işlevidir. Parlamenter sistemin işlemleri için elverişli bir uzlaşma ortamı, azınlığın çoğunluğun iradesini kabul etmesi ancak azınlığın

116 Schmitt’in *Constant ve pouvoir neutre* üzerine tespitleri için bkz. Schmitt, “The Guardian of The Constitution”, s. 150-154, 157, 160.

117 Bu noktada bir parantez açarak, şu bilgiye yer vermek faydalı olacaktır: Schmitt 1932’de yayımlayacağı “Kanunilik ve Meşruiyet” adlı kitabında, 48. maddedeki olağanüstü yetkileri ile devlet başkanının kamu güvenliği ve düzeninin tehlikeye girmesi nedeniyle “gerekli” gördüğü her tedbiri alabileceğini ve bu bakımdan başkanın olağan kanun koyucu olan Reichstag’a karşı fiiliyatta kuvvetli bir üstünlüğü olduğunu yazacaktır. Olağan kanun koyucunun yapamayacağı şeyleri devlet başkanı ve icra komiseri tedbirler ve kararnamelerle yapabilecektir. Bkz. Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 84-89.

118 Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution?”, s. 179-180 vd. Bununla birlikte, Kelsen’e Anayasa Mahkemesi’nin anayasallık denetimini gerçekleştirebilmesi için hangi özelliklere sahip olması gerektiğini açıklayamadığı eleştirisi yöneltilmiştir. Bkz. Roellecke, **a.g.e.**, s. 511.

119 J. G. Allen, “Reviews”, **The Modern Law Review Limited**, Vol. 81, Issue: 2, 2018, MLR, s. 361.

120 Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 47; Kelsen, “Who Ought to be The Guardian of The Constitution?”, s. 193-194.

121 Turhan, **a.g.e.**, s. 117-118.

122 Kelsen, “The Nature and Development of Constitutional Adjudication”, s. 23-25, 46.

da ezilmemesi ile mümkündür¹²³. Bu nedenle parlamento ve devlet başkanı gibi politik mücadelenin içindeki bir kurum veya makam, azınlıkların hak ve özgürlüklerini ihlal edebilir¹²⁴.

Kelsen'e göre, sadece yasalar değil, tüm yasa biçimindeki işlemlerin (bu kapsamda olağan ve olağanüstü dönem kararlarının) de Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenmesi gerekmektedir¹²⁵. Anayasa mahkemesine iptal başvurusu yapabilecekler arasında federal devletlerde federe devlet, parlamentoda siyasi olarak azınlık olanlar ve anayasa yargısı bünyesinde kurulan savcılık makamları sayılmıştır. Azınlıklara tanınan bu imkan ile anayasa değişikliklerinde nitelikli çoğunluk aranması ve belirli bir usul gözetilmesi azınlık haklarını koruyabilecektir. Kelsen'e göre bu yargısal denetim, toplumun ve siyasal yaşamdaki çoğulculuğun da bir güvencesidir¹²⁶.

Kelsen'in anayasa yargısı üzerine görüşleri ve Schmitt'e yönelttiği eleştirilerin teorik boyutu genel hatlarıyla bu şekilde özetlenebilir. Kelsen'in anayasa yargısı için çizdiği çerçeve özellikle II. Dünya Savaşı sonrasındaki çağdaş anayasal düzenlemelere ilham kaynağı olmuş ve anayasal güvencelerin bir teminatı olarak Anayasa Mahkemelerinin gerekliliğine işaret etmiştir¹²⁷. Ancak Devlet Yüksek Mahkemesi'nin anayasal düzeni korumada üstlenmesi gereken aktif rol, özellikle Weimar'ın siyasi tarihinde gerçekleşme imkanı bulamamıştır¹²⁸. Weimar Cumhuriyeti'nde "kamu düzeni ve güvenliği"ni sağlamak adına başvuru olan 48. maddedeki olağanüstü hal yetkileri anayasaya aykırı bulunarak iptal edilememiştir.

3. Weimar Anayasasının Çözülüşü ve Genel Bir Değerlendirme

Anayasanın kim tarafından korunabileceğine ilişkin bu polemikten yaklaşık bir sene sonra yaşanan siyasi gelişmeler Weimar Anayasası'nın çözülmesine neden olmuş ve 1933'te devlet başkanı Hindenburg'un Hitler'i şansölye olarak ataması ile sona ermiştir¹²⁹.

Nazilerin 1933'ten sonraki anayasaya aykırı uygulamaları düşünüldüğünde onlara yol gösteren ve "örnek" teşkil eden 20 Temmuz 1932 tarihi bir dönüm noktası olarak anılmalıdır. Zira 17 Temmuz 1932'de Hamburg'un işçi mahallesi olan Altona'da NSDAP'nin paramiliter örgütlerinin provokasyonu ile silahlı çatışmalar yaşanmış, 20 Temmuz 1932 tarihinde ise bu yaşananlar gerekçe gösterilerek devlet başkanı Hindenburg tarafından olağanüstü hal kararnamesi ile Prusya eyalet hükümeti görevden alınmış ve şansölye Franz von Papen "federal hükümet komiseri" olarak

123 Kelsen, **Demokrasi: Doğası&Değeri**, s. 55-56, 58.

124 Arıkan, **a.g.e.**, s. 436.

125 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 49. Anayasaya uygunluk denetimi açısından Kelsen'de tartışılan diğer norm türleri için ayrıntılı bkz. Mehmet Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı", **Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar**, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017, s. 120-122.

126 Kelsen, "The Nature and Development of Constitutional Adjudication", s. 71; Ayrıca bkz. Erkipçak & Erkipçak, **a.g.e.**, s. 105; Turhan, "Hans Kelsen'e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı", s. 103-105, 127.

127 Savaş sonrası Batı Almanya ve İtalya Anayasaları anayasa yargısını anayasallık denetimi için benimsemiştir. 1970lerde İspanya ve Portekiz Anayasaları da aynı sisteme geçmişlerdir. Dahası için bkz. Turhan, **a.g.e.**, s. 94-95.

128 Mehmet Cemil Ozansü, "Yeni Hukuk", **Gündoğdu**, Y:1, S:9, Ocak 2019, s. 22-23.

129 Vinx, **a.g.e.**, s. 4-5.

atanmıştır. Anayasadaki federatif yönetim ilkesini ihlal eden (Bkz. Weimar Anayasası, m.5) bu atama ile demokrat sol partilerin çoğunluğu elinde bulundurduğu Prusya Eyalet Meclisi'ne karşı bir darbe yapılmıştır. Aynı gün yayımlanan bir diğer olağanüstü hal kararnamesi ile sıkıyönetim ilan edilmiş ve temel hak ve özgürlükler askıya alınmıştır. Nasyonal sosyalist hareketin yükselişinde bir dönüm noktası olarak anılan bu olay "Prusya Darbesi" (*Preussenschlag*) olarak Weimar siyasi tarihinde anılır¹³⁰. Prusya'daki federe hükümetin askıya alınmasıyla yetkilerini kaybeden Alman Sosyal Demokrat Parti, söz konusu atamayı Devlet Yüksek Mahkemesi önüne götürür ancak Anayasa Mahkemesi'nin rolünü üstlenmesi beklenen yüksek mahkeme, federal komiser atamasını anayasaya aykırı bulmaz. Mahkeme, devlet başkanının Prusya'daki yürütme gücünü ele geçirmesini kamu güvenliğini sağlamaya yönelik bir tedbir olarak haklı bulur ve bu nedenle federal hükümetin Prusya'nın idari aygıtı üzerindeki geçici kontrolüne müdahale etmeyi reddeder. Anayasa aykırı bulunan husus ise yalnızca Prusya'nın federal düzeyde temsil edilmemesidir¹³¹.

Anayasanın koruyuculuğu tartışmasında devlet başkanının anayasanın koruyucusu sıfatına sahip olması gerektiğini savunan Schmitt, "Prusya Reich'a Karşı" davasında Reich'ı ve federal hükümeti temsil eden hukukçular arasında yer almıştır. Üstelik Schmitt'e göre, devlet başkanının 48. maddeye dayanarak kullandığı bu olağanüstü yetki, anayasanın federatif yönetim ilkesini dokunulmaz olarak nitelemeyi engellemektedir¹³². Kelsen ise bu yüksek mahkemenin kararının Weimar Anayasası'nın anayasal güvenceler bakımından yetersiz yapısından kaynaklandığını, 48. maddenin olağanüstü yetkilerinin devlet başkanına hukuken sınırlandırılmamış bir çerçeve çizdiğini ve sağlam temelleri olan uygun bir Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilseydi bu sonucun önlenilebileceğini yazmıştır¹³³.

Görüleceği üzere, Schmitt genel anlamıyla anayasal kriz durumlarına işaret ederek maddi anayasayı koruyacak bir yüksek siyasi merciyi savunurken; Kelsen hukuk düzeni içerisinde hukuki bir mekanizma arayışındadır¹³⁴. Hukuki düzenlemeye konu olan ancak aynı zamanda siyasal bir karaktere de sahip olan konular, Kelsen'e göre hukuki bir uyumsuzluk olarak ele alınabilir ve yargısal yollarla çözülebilir¹³⁵.

Schmitt açısından ise, liberal anayasalar anayasaların politik bağlamlarını gözden kaçırmakta ve liberal doktrin, anayasal güvenceleri sadece yargısal çözümlere havale ederek yetersiz bir koruma öngörmektedir. Devletin birliği, politik toplumun kendi varoluşuna ilişkin irade birliğini yansıtır ve bu irade söz konusu topluluğun maddi zararına çalışan liberal bir anayasanın sınırlılıklarıyla bağlı

130 Ozansü, "Yeni Hukuk", s. 23-25; Mehmet Cemil Ozansü, "Sunuş", Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. xxvii-xxviii.

131 Ozansü, "Sunuş", s. xxix-xxx; Vinx, **a.g.e.**, s. 4; Colin Storer, **Weimar Cumhuriyeti'nin Kısa Tarihi**, İstanbul, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2019, s. 221-222.

132 Schmitt'in daha sonra "Kanunilik ve Meşruiyet" kitabında, devlet başkanının kendisini Weimar Anayasası 48. maddeye dayanarak aynı anayasanın 5. maddesi ile bağlı saymayabileceği tezini yazdığı belirtilmelidir. Bkz. Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, s. 92-93.

133 Vinx, **a.g.e.**, s. 5.

134 Kardeş, **a.g.e.**, s. 242; Roellecke, **a.g.e.**, s. 511.

135 Turhan, **a.g.e.**, s. 130.

olamaz¹³⁶. Bu nedenle anayasanın güvence altına alınması tartışmasında, devletin siyasi birliğinin hukuki formu ve varoluş belgesi olarak ele alınan anayasanın politik bağlamı gözden kaçırılmamalıdır.

Schmitt'e göre, anayasaya aykırılık tartışmalarını, sadece hukuk içerisinde çözmeye çalışmak, bu problem alanları genellikle siyasal bir içerikle yüklü olduğundan mümkün değildir. Aksi halde siyasal bir içeriği de olan bu alanlar, hukuk kavramında bir "patlamaya" (*expansion*) yol açmaktadır. Bu noktada normativist yaklaşım hukuk kuramını saflaştırmak istese de siyasetin hukuksallaşması değil, hukukun siyasallaşması karşımıza çıkacaktır¹³⁷. Bu tespiti anayasa yargısı alanına taşıyarak ifade etmek gerekirse; anayasal ve dolayısıyla siyasal karaktere sahip uyumsuzlukların koruyuculuğunu Anayasa Mahkemesi'ne vermek, mahkemeyi siyasal olarak aktif davranmak zorunda bırakacaktır¹³⁸. Mahkeme biçiminde örgütlenmesi, bu yargı etkinliğinin siyasal niteliğini yok edemeyecektir. Göztepe'nin somut bir örnekle açıkladığı üzere, vatana ihanet niteliğindeki suçlar, bir bakan veya cumhurbaşkanının görevleriyle ilgili suçlardan yargılanmasına ilişkin "hukukileştirilmiş" prosedürler, bu davanın politik – siyasi karakterini ortadan kaldıramayacaktır¹³⁹. Anayasal uyumsuzluklar da Schmittyen bakışla anayasa mahkemesinin yetkisine bırakılamayacaktır.

SONUÇ

Hans Kelsen'in ve Carl Schmitt'in fikir ürettikleri konular aynı olmakla birlikte farklı konum ve önceliklerle anayasanın güvence altına alınması meselesine yaklaştıkları görülmektedir. İki düşünürün de anayasal bir düzeni ve politik olan unsurları ele alma biçimleri birbirinden oldukça farklıdır. Politik realist bir düşünür olan Schmitt'in anayasanın koruyucusu olarak devlet başkanını önermesi, diktatöryal yönetimlere zemin hazırlayan bir öneri olarak ilk bakışta değerlendirilebilir. Ancak modern dönemin Hobbes'u olarak nitelenen düşünürün genel olarak devletin siyasi varoluş krizleri üzerine düşünürken ve özelde Weimar Cumhuriyeti'nin çözümünü deneyimlerken bir hukukçu olarak çözüm üretme çabasına girdiği görülmektedir. Hukuku, normatif alanı önceleyen bir zamansal-mekansal aralığa işaret ederek politik bağlamda ele alan düşünür, anayasayı bu siyasi varoluşun maddi bir temeli olarak tarif etmektedir. Schmitt'te anayasanın güvence altına alınması, politik bir varoluş sorunudur. Bu noktada anayasal düzenin nasıl kurulduğu ve normatif düzene nasıl geçildiği irdelenmektedir.

Kelsen'in teorisinde ise normun yürürlükte olduğu olağan bir hukuk düzeninin varlığı kabul edilmekte ve hukuk-devlet özdeşliği üzerine varsayılan bir hukuk devleti anlayışı esas alınmaktadır. Anayasal düzenin ve normatif hukuk sistemin nasıl tesis edildiği veya içeriğinin nasıl belirlendiği açıklanmamaktadır. Bu bakımdan Kelsen'de olağan bir hukuk düzeninin normatif tutarlılığını sağlamak adına yapılan bir yöntem tartışması ağırlıktadır.

136 Allen, a.g.e., s. 361.

137 Schmitt, "The Guardian of The Constitution", s. 90-91.

138 Erkipçak & Erkipçak, a.g.e., s. 107.

139 Göztepe, a.g.e., s. 148.

Schmitt, hukuka genelyaklaşımına yer verdiğimiz üzere, anti-liberal bir düşünür olarak Kelsen'in liberal çizgisi ve normativist pozitivizmine karşı Alman yasa koyucunun devletin devamlılığı ve işlerliğini sağlamak adına alması gereken tedbirleri, anayasanın maddi içeriğine yaptığı vurguyla sağlayan bir safta yer alır. Kendisini Alman kamu hukukunun son temsilcisi olarak tanımlayan düşünür, Weimar döneminde yaşanan politik kriz nedeniyle devletin anayasal güvencelerle devamlılığının sağlanması adına olağanüstü hal yetkilerini kullanması gerekliliğine işaret etmiştir. Kuşkusuz, Schmitt'te devlet başkanının Weimar Anayasası'nın 48. maddesinden hareketle kullanabileceği olağanüstü yetkiler ve bu yetkilerle anayasal koruma fikri tehlikeli bir yan taşımaktadır. Üstelik Weimar deneyimine bakıldığında, devlet başkanının tarafsız bir konumda olmadığı, başkanın Weimar anayasasının kimliğini koruyan bir rolü üstlenmediği ve çıkardığı kararnamelerle Nazilerin iktidara gelmesinin önünü açtığı görülmektedir. Bununla birlikte, Schmitt anayasal güvencelerin korunması ve maddi içeriğinin devamlılığı açısından anayasalara "değiştirilemez maddeler" in getirilmesi gerektiğini göstermiş, "Anayasa Öğretisi" metninde "anayasa" ve "anayasa metni" arasındaki farkı vurgulamıştır. Yasama organı cumhuriyeti bir monarşi veya hukuk devletini bir Sovyetlere dönüştürme imkanına nitelikli çoğunlukları sağlasa dahi sahip değildir. Anayasayı değiştirme kapasitesi ve asli kurucu iktidar Schmitt'in politik realist çizgisinde tartışılan temel başlıklardandır. Anayasaya kimliğini kazandıranın halk olduğunu belirten Schmitt, bu politik birliğin oluşturduğu karar anlarından daha sonraki yapıtlarında Nomos-Gesetz ayrımı yaparak, yasaları ve normatifliği oluşturan bir maddi koşul olarak "Nomos"a ulaşmaktadır.

Kelsen ise demokratik yönetimlerdeki çoğunlukçu anlayıştan ziyade azınlıkların tarafında yer alan bir kuramcı olarak, politik tercih ve yönelimlerini "Demokrasi: Doğası ve Değeri" olarak Türkçeye çevrilen 1929 tarihli kitabında açıklamış ancak buradaki tespitlerini "saf hukuk kuramı"nın inşasında dışarıda bırakmıştır. Hukuk kuramını bilinçli olarak hukuki bilişin dışında kalan tüm alanlardan ve özellikle politikadan arındırmaya çalışmıştır. Kelsen'in savunduğu anayasa yargısı sistemi ise, benimsediği biçimsel anayasa kavramı ile doğrudan ilgilidir. Normlar hiyerarşisi, Kelsen'in normatif hukuk sisteminin omurgasını oluşturmakta ve yargısal bir mekanizma eliyle anayasallık denetiminin teorik gerekçelendirmesini sunmaktadır. Kelsen anayasayı diğer yasa, yönetmelik, tüzük vb. normların üzerinde tanımlayan hiyerarşisi nedeniyle anayasa yargısının denetimine imkan tanıyan mantıksal bir bütünlük inşa etmiş ve bu bilişsel-normatif tutarlılık günümüz demokrasilerine hakim olmuştur.

Günümüzde kanaatimizce, gerek temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından gerekse anayasaya aykırı norm denetimi açısından Anayasa Mahkemelerinin işlevi ve rolü yadsınamaz bir öneme sahiptir. Bu önemli tarihsel gelişime katkı sunan isimlerin başında Hans Kelsen gelmektedir. Bununla birlikte anayasanın korunması açısından Kelsen'in anayasal düzeni kuran iradeyi dışlayan ve dışarıda bırakan kuramı, anayasal ihtilafların ve sorunların çözümüne tek başına yeterli bir cevap sunmakta yetersiz görünmektedir. Kelsen'in saf kuramı ile sunduğu çerçeve toplumsal bir sözleşme/uzlaşma metni olan anayasayı tüm sosyolojik unsurları ve politik karakterinden soyundurmaktadır.

"Schmitt'le birlikte Schmitt'e karşı" düşünmek gerekirse, devlet başkanının anayasanın koruyucusu olarak önerilmesi otoriter yönetimlere kapı aralayan bir formüldür; özellikle de güvenlik

politikalarının hukuki güvencelerin önüne geçtiği, yürütmenin güçlendirildiği ve istisna hali uygulamalarının çoğaldığı demokrasilerin son yirmi yılında. Ancak her anayasanın bir siyasi programın ürünü olduğu, yazılı olmasa dahi bazı temel ilkeler üzerine kurulu olduğu ve varoluşsal anlamıyla bazı kesimleri siyasi düşman olarak tanımladığı da bir gerçekliktir. Bu gerçekliğin kabulü, anayasal sorunların çözümünde toplumsal dinamiklerin belirleyici rolüne açık olmayı ve liberal hukuk doktrinini varsaydığı tarafsızlık ve hukukilik perdesini sıyırmayı gerektirmektedir. Weimar Cumhuriyeti'nde yaşanan siyasi krizlerden bugünün tartışmalarına bakıldığında şu sorular akla gelmektedir: Anayasal sistemin krize girdiği dönemlerde, anayasa mahkemelerinin hukukilik denetimi hala devam edebilecek midir? Siyasi kararlar hukukileştirilmek istenirken, hukukun kendisi siyasallaşabilecek midir? Anayasa yargısı kamuoyunda etki yaratacak anayasal sorunlarda siyasal bir tercihte bulunmadan saf hukuki bir gerekçelendirme yapabilecek midir? Bu ve devamındaki sorular hala tartışılmaya ve tüketilmeye muhtaçtır.

KAYNAKÇA

- Akal, Cemal Bali; "İrade Norm Yaratır mı?", **Hukuk Nedir?**, Ankara, Dost Yayınları, 2017, s. 136-142.
- Allen, J. G.; "Reviews", **The Modern Law Review Limited**, Vol. 81, Issue 2, MLR, 2018.
- Arıkan, Engin; "Kelsen'in Saf Hukuk Kuramı ve Ötesi", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XVII, S:2, 2020, s. 417-446.
- Bendersky, Joseph W.; **Theorist for the Reich**, New Jersey, Princeton University Press, 1983.
- Erkıpçak, Ayşe Eylem, Hasanhan Taylan Erkıpçak; "Carl Schmitt'in Sisteminde Anayasanın Koruyucusu: Schmitt Kelsen'e Karşı", **Pasajlar: Sosyal Bilimler Dergisi**, ISSN: 2267-4181, Y:1, S:1, Ocak 2019, s. 95-111.
- Esgün, Toros Güneş; "Leviathan'ın Hayaletleri: Schmitt ve Neumann'da Hukuk ve Devlet", **DTCF Dergisi**, 58/1, 2018, s. 905-930.
- Göztepe, Ece; "Bir Klasik Eser Olarak Carl Schmitt'in 'Anayasa Öğretisi'", **İÜHFİM**, C: LXXIII, S: 1, 2015, S. 129-180.
- Günsoy, Funda; "Hristiyan Epimetheus: Bir Carl Schmitt Biyografisi", **Felsefe Arkivi**, S: 46, 2017/1, s. 41-70.
- Günsoy Kaya, Funda; **Felsefe ile Teoloji Kavşağında Schmitt ve Strauss'ta Politik Olan**, Paradigma Yayıncılık, 2010.
- Isensee, Josef; "Anayasanın Devleti (Anayasal Devlet)", **Anayasa Teorisi**, Lale Yayıncılık, 2014, s. 209-285.
- Karadağ, Ulaş; "Schmitt'in Uğrakları Üzerine: 'Kararcılık'tan 'Somut-Düzen'e", **Hukuk Kuramı**, C:5, S:2, Mayıs - Ağustos 2018, s. 1-10.
- Kardeş, Ertan; **Schmitt'le Birlikte Schmitt'e Karşı**, İstanbul, İletişim Yayınları, 2015.
- Kelsen, Hans; **Demokrasi: Doğası & Değeri**, Çev. Yasin Uysal, Ankara, Dost Kitabevi, 2019.
- Kelsen, Hans; **Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, 2016.
- Kelsen, Hans; "The Nature and Development of Constitutional Adjudication" [*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929], **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 22-78.
- Kelsen, Hans; "Who Ought to be The Guardian of The Constitution? Kelsen's Reply to Schmitt", Trans. Lars Vinx, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 174-221.

- Loughlin, Martin; **Kamu Hukukunun Temelleri**, Çev. Dilşad Çiğdem Sever – Kıvılcım Turanlı, Ankara, Dipnot Yayınları, 2017.
- Ozansü, Mehmet Cemil; “Sunuş”, Carl Schmitt, **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016, s. vii-xxxii.
- Ozansü, Mehmet Cemil; “Yeni Hukuk”, **Gündoğdu**, Y:1, S:9, Ocak 2019, s. 20-25.
- Paulson, Bonnie Litschewski, Stanley L. Paulson; “Sunuş – Kelsen’in Hukukbilimdeki Yeri Üzerine”, Hans Kelsen, **Saf Hukuk Kuramı**, Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul, Nora Kitap, Kasım 2016, s. 161-196.
- Preuss, Ulrich K.; “Siyasi Düzen ve Demokrasi: Carl Schmitt ve Etkisi”, **Carl Schmitt’in Meydan Okuması**, Der. Chantal Mouffe, Çev. Hivren Demir Atay, Hakan Atay, İstanbul, İletişim Yayınları, 2019, s. 221-252.
- Raz, Joseph; “Kelsen’in Temel Norm Kuramı”, Çev. Şule Şahin Ceylan, **AÜHFD**, S: 62/4, 2013, s. 1169-1193.
- Roelleck, Gerd; “Anayasanın Kurumsal Olarak Korunması”, Çev. Atilla Erkal, **Anayasa Teorisi (Verfassungstheorie)**, Ed. Otto Depenheuer – Christoph Grabenwarter, Çev. Ed. İlyas Doğan, Lale Yayıncılık, 2014, s. 501-517.
- Schmitt, Carl; **Constitutional Theory**[1928], Çev. Jeffret Seitzer, Durham, Duke University Press, 2008.
- Schmitt, Carl; “The Guardian of The Constitution”, Trans. Lars Vinx, **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Cambridge University Press, 2015, s. 79-124; 125-173.
- Schmitt, Carl; “Führer Hukuku Korur”[1934], *Deutsche Juristen Zeitung*, Çev. Toros Güneş Esgün, 27.02.2017, <https://viraverita.org/yazilar/fuhrer-hukuku-korur> , Çevrimiçi, 26.11.2019.
- Schmitt, Carl; **Kanunilik ve Meşruiyet**, Çev. Mehmet Cemil Ozansü, İstanbul, İthaki Yayınları, 2016.
- Schmitt, Carl; “The Constitution of Freedom” [*Die Verfassung der Freiheit, Deutsche Juristen-Zeitung 40 (1935): 1133–35*], **Weimar: A Jurisprudence of Crisis**, Eds. Arthur J. Jacobson, Bernhard Schlink, The University of California Press, 2001, s. 323-325.
- Schmitt, Carl; **Parlamentar Demokrasinin Krizi**, Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 2. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010.
- Schmitt, Carl; **Siyasal Kavramı**, Çev. Ece Göztepe, İstanbul, Metis Yayınları, 2006.
- Schmitt, Carl; **Siyasi İlahiyat – Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm –** , Çev. A. Emre Zeybekoğlu, 3. Baskı, Ankara, Dost Kitabevi, 2010.
- Storer, Colin; **Weimar Cumhuriyeti’nin Kısa Tarihi**, İstanbul, 3. Baskı, İletişim Yayınları, 2019.
- Turhan, Mehmet; “Hans Kelsen’e Göre Anayasa ve Anayasa Yargısı”, **Anayasa Hukukunda Kelsenci Temalar**, Ankara, Hukuk Yayınları, 2017, s. 93-133.
- Uslu, Ateş; **Siyasal Düşünceler Tarihine Giriş**, İstanbul, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2017.
- Vinx, Lars; “Introduction”, **The Guardian of The Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**, Ed. and Transl. Lars Vinx, Cambridge University Press, 2015, s. 1-21.
- Zeybekoğlu, Emre; “Carl Schmitt’in 20. Yüzyıl Devlet ve Siyaset Kuramına Katkısı”, **İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayımlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul, 2009.

“İdare Hukukunda İltizam Usulü ve İltizam Sözleşmeleri”

“Tax-farming Procedure And Tax-farming Contract In Administrative Law”

Ömer Can BAŞ* 

Öz

İltizam sözleşmeleri, klasik idari sözleşme tiplerinden biridir. Bazı İdare Hukuku kitaplarında bu sözleşme tipi konusunda yetersiz ve birbirini tekrar eden ifadeler yer alır. İdare hukukumuzda idari sözleşme tiplerinden biri olan İltizam Sözleşmesi tipi beraberinde, kamu hizmetlerinin görülme usulleri arasında yer alan ‘İltizam’ usulünü de gündeme getirmektedir. Bu usulün kökü yüzyıllar öncesine dayanmakta olup Osmanlı Dönemi öncesinde dahi mevcut olduğuna dair kanıtlar bulunmaktadır. Osmanlı idaresinde bu usul temel olarak vergi kalemlerinin toplanması işleminin özel bir kişiye ihale edilmesi suretiyle işletilmiş olup zamanla sözleşme konusunda genişlemeler meydana gelmiştir. Bu çalışma, hem iltizam usulünün temel özellikleri, gelişimi ve karşılaştırmalı olarak incelenmesini hem de iltizam sözleşmelerinin akdedilme süreçlerine dair içerdiği bilgilerle klasik idari sözleşme tiplerinden biri olan ‘İltizam Sözleşmelerine’ ışık tutmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Timar, Mukataa, Kamu Hizmeti, İltizam, Mültezim,

Abstract

Tax farming contracts are one of the classic types of administrative contracts. Some Administrative Law books contain insufficient and repetitive statements about this type of contract. In our administrative law, the type of Tax farming contracts, which is one of the types of administrative contracts, brings to the agenda the “Tax farming” procedure, which is among the procedures for performing public services. The roots of this method date back centuries and there is evidence that it existed even before the Ottoman period. In the Ottoman administration, this procedure was basically operated by awarding the collection of tax items (especially titles tax) to a private person, and over time, the contract was expanded. This study aims to shed light on “Tax farming Contracts”, which is one of the classical administrative contract types, with the information it contains about the basic features, development and comparative analysis of the tax farming procedure.

Keywords: Timar, Muqataa, Public Service, Tax-farming, Tax-farmer,

* Arş. Gör., Sakarya Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, E-Mail: omerbas@sakarya.edu.tr

*Kesmezse iltifatını gamzen derûndan
Alsun gönül mukataasın iltizam ile¹
Sâbit*

I. GİRİŞ

Devlet; fiziksel-maddi unsura dayalı olarak ülke, sosyal-beşeri unsura dayalı olarak topluluk ve siyasi-hukuki unsura dayalı olarak egemenlik itibarıyla üç temele dayanmaktadır.² Devletin egemenlik unsuru, kendisi tarafından yürütülen tüm faaliyetlerinde yer alır. Devletin egemenlik unsuruna ilişkin herhangi bir mesele esas itibarıyla kamu hukukunun kapsamı dâhilinde kabul edilir. Kamu gelirlerinin ve giderlerinin yönetilmesi bağlamında da devletin egemenlik yetkisi bulunur. Buna bağlı olarak makalenin konusu itibarıyla mali hukuk³ dâhilinde yer alan iltizam – kısaca vergi gelirlerinin özel kişiler eliyle görülmesi-, özel kişinin belirlenmesi, özel kişiye ihalesi, süreç içerisindeki şartlar ve kurulan bu sistem içerisinde gelirlerin hazineye nakli idare hukukunun bir konusunu oluşturur. Bu izahımızın esas nedeni; makale içerisinde konumuzu oluşturan meselenin idare hukuku boyutundan işleneceğini beyan etmek maksadıyladır. Zira devlet gelirlerinin toplanması⁴ hem mali hukuku hem de idare hukukunu ilgilendiren kısımları mevcuttur. Kısaca devlet ile vergi mükellefi arasında konumlanan mali hukuk, “*vergi ödevlerinin niteliğine, vergi borcunun doğmasına ve ortadan kalkmasına ilişkin maddi ve şekli hukuk kurallarının tümü*”⁵ olarak ifade edilebilir.

Köken itibarıyla Arapça olan idare kavramı; yönetme(fr. *Direction*), yönetim(fr. *Administration*) ve çekip çevirme(fr. *Action de faire tourner*) anlamlarına gelir.⁶ Yönetim anlamındaki(fr. *administration*) idare, hukuk tekniği içerisinde organik ve fonksiyonel anlamda iki şekilde ele alınır. Organik görüş idareyi örgüt olarak, fonksiyonel görüş ise faaliyet olarak tanımlar.⁷ Bugünkü hukuk sistemi açısından vergi toplama faaliyetinin; vergi idarelerinin idari makamlar olmasıyla organik anlamda ve vergilendirme işlemlerinin üstün kamu gücü tarafından kamu hizmetlerinin devamı amacıyla yürütülmesiyle fonksiyonel anlamda, idare hukuku kapsamında olduğunu gösterir.

1 Aktaran; **Pakalın**, Mehmet Zeki; Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Cilt: 2, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1993, s. 57.

2 **Anayurt**, Ömer; Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018, s. 221-259.

3 Hatırlanmalıdır ki; mali hukuk devlet gelirlerinin toplanması ve giderlerin yönetilmesi bağlamında geniş bir kavramdır. Ancak vergi hukuku, vergi kavramından hareketle, devlet gelirleri ile ilişkili bir hukuk dalıdır. Diğer bir isim olarak, ‘gelir hukuku’ da denir. **Bkz. Öncel**, Mualla / **Çağan**, Nami / **Kumrulu**, Ahmet; Vergi Hukuku Cilt: 1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1985, s. 1.

4 ‘Vergi’ tabirini kasten kullanmadık. İltizam usulü, vergi gelirleri dışında da uygulama alanı bulmaktadır. Bu husus ileride detaylıca açıklanacaktır.

5 **Öncel/Çağan/Kumrulu**; 1985, s. 2.

6 TDK ‘İdare’ maddesi (<https://sozluk.gov.tr/>) (Erişim Tarihi: 19-03-2020). Ayrıca **Bkz.** Kamus-ı Fransevi Türkçeden Fransızcaya Lügat, ‘İdare’ maddesi. s. 61.

7 **Gözler**, Kemal / **Kaplan**, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Temmuz 2015, s. 9-24.

Buraya kadar ifade ettiğim hususlar doğrultusunda, bu yazıya konu olan ‘iltizam usulünü’ idare hukukunun teorik kapsamında değerlendirmeye çalışacağım. Bu nedenle idare hukuku kapsamında odak noktamız ‘kamu hizmetlerinin görülüş usulleri’ ve ‘idarenin sözleşmeleri’ bahisleridir.

Bu yazıda öncelikle ilk bölümde Osmanlı arazi sistemini ve bu sistemin en önemli unsuru olan miri rejimden bahsedeceğiz. Zira iltizam usulüne Osmanlı’nın kuruluşundan sonraki dönemlerinde rağbet etmesinin temelinde miri rejimin uygulamaları yer almaktadır. Osmanlı’nın uyguladığı miri rejimin tarihteki kaynakları ve bir iktibas ürünü olup olmadığı yönündeki tartışmaları ifade ettikten sonra miri rejimi ve 1858 Arazi Kanunnamesindeki ‘arazi’ kavramının mündericatını zikredeceğiz. Son olarak yazıya giriş minvalinde gerekli gördüğümüz bazı kavramları tanımlayacağız. Bu kavramlar; ‘*sahib-i arz*’, ‘*ikta*’, ‘*mukataa*’, ‘*iltizam*’, ‘*emanet*’, ‘*malikâne*’ ve ‘*esham*’ kavramlarıdır.

İkinci bölümde iltizam usulünü, kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olarak incelemeye tabi tutacağız. İltizam usulünün hangi alanlarda uygulamaya konu olduğunu ifade ederek bu alanların kamu hizmeti niteliğini haiz olup olamayacağı hakkında değerlendirmede bulunacağız. Ardından iltizam usulünün tarihte hangi devletler tarafından uygulandığını göstermek amacıyla karşılaştırmalı bir çalışma ortaya koyacağız. Daha sonra iltizam usulünü, Osmanlı’nın son döneminde bu usule ait tedvin edilmiş kurallar doğrultusunda ayrıntılı incelemeye tabi tutacağız. Son olarak bu bölümde iltizam usulünün ilga edilmesi ve buna rağmen uygulamadan kaldırılamaması hakkında açıklamalarda bulunacağız.

Yazının son bölümünde genel olarak idari sözleşmeler ışığında ‘*iltizam sözleşmeleri*’ hakkında bilgi vereceğiz. Bu sözleşme tipini diğer idari sözleşmelerden ayırt edici unsurlarını ifade ettikten sonra iltizam sözleşmelerinin içeriğindeki hususları açıklamaya çalışacağız.

II. ‘İLTİZAM’IN KAYNAĞI OLARAK OSMANLI TOPRAK SİSTEMİ

İltizam sistemi Osmanlı uygulamasında büyük bir çoğunlukla toprak sistemi ile kaçınılmaz bir ilişki halindeydi. Zira yaşanan o dönemde toprağın işletilmesi ve idare edilmesi devletler açısından fevkalade mühim bir meseledir.⁸ Toprak üzerinden toplanacak gelirlerin(*varidatın*) iltizam usulü altında idaresi elbette Osmanlı arazi sistemi kapsamında belli bir anlam ifade edecektir. Osmanlı toprak yönetimi dâhilinde uygulanan sistemin genel adı ‘*miri rejim*’dir. Kökeni farsça olan ‘miri’ kavramı kısaca; hükümete ve devlet hazinesine ait, beylik anlamında kullanılır.⁹ Buradan hareketle bu kavramın idari nitelikte kullanıldığını görmekteyiz. Günümüzde kamu malı olarak ifade edilmesine karşın Osmanlı’da bu kavram miri mal olarak isimlendiriliyordu. Miri mal; ‘*devlet hazinesine ait mal*, *devlet malı*’ olarak tanımlanmaktadır.¹⁰

8 “Bütün zenginliğini topraktan çıkararak bir devir ve cemiyet nizamının özelliklerini anlayabilmek için toprağın tabii bulunduğu tasarruf şekilleriyle bu tasarruf şekillerinin icap ettirdiği sosyal münasebetleri göz önünde bulundurmak lazım geleceği aşikârdır.” **Albayrak**, Sadık; Budin Kanunnamesi ve Osmanlı Toprak Meselesi, Tercüman 1001 Temel Eser, No: 28, İstanbul, 1973, s. 25.

9 **Şemseddin Sami**; Kamus-ı Türkî, İkdâm Matbaası, Dersaadet, 1317(1901-1902), ‘Miri’ maddesi s. 1444.

10 Kubbealtı Lugatı, ‘Miri’ maddesi. (<http://lugatim.com/>) (Erişim Tarihi: 14-07-2020)

‘Miri rejim’ hukuki yapısı ilk kez 1858 Arazi Kanunnamesinde düzenlenmesine karşın Osmanlı Devleti kuruluşundan itibaren, bölgesel olarak farklılık göstermesine rağmen, söz konusu sistemi uygulamıştır.¹¹ Ancak uygulanan bu sistemin (belki tümüyle) Osmanlı Devletine has olduğu söylenemez. Hem Osmanlı öncesi İslam devletlerinde hem Osmanlıya Bizans üzerinden gelen mirasta ve hem de Sasanilerde uygulanan sistemlerde bu sistemin benzer şekilleriyle karşılaşmaktayız.¹² Elbette ifade edilen benzerliklerin, Osmanlı’nın ilk dönemlerinde miri rejimin ana unsuru olan tımar sisteminin kökeninin nereye dayandığı noktasında yapılan tartışmalar bu nedenle önem kazanmıştır.¹³

Osmanlı öncesi İslam devletlerinde uygulanan sistemlere baktığımız zaman, İslamiyet’in başlangıcında bizzat Hz. Muhammed tarafından uygulanan ‘ikta’ sistemini görmekteyiz.¹⁴ Bu sisteme aşağıda ayrıca inceleyeceğimiz gerekçesiyle burada fazla üstünde durmayacağız. İkta sistemi ve bunun dışındaki diğer arazi hukukuna ilişkin uygulamalar İslam hukuku açısından oldukça önemli bir yere sahiptir. Zira küçük bir devlet konumunda olan Medine İslam Devleti zamanla genişlemesi neticesinde fethedilen toprakların statülerinin belirlenmesi halledilmesi gereken bir belirsizlik idi.

İslam hukukunun temel kaynaklarından sayılabilecek Ebu Yusuf’a göre arazi dört kısımdır. Bunlardan ilki halife tarafından idare edilen devletin mülkiyetinde olan topraklardır(haraci arazi). İkincisi, sahiplerinin mülkiyet hakkını kabul eden sulh anlaşmasıyla alınan topraklardır. Üçüncüsü, devletin çıplak mülkiyeti dışında başka bir müdahale yetkisi bulunmadığı ‘öşür’ arazisidir. Sonuncusu, hiç faydası bulunmayıp da mülk edinmeye müsait ‘mevat’ arazidir.¹⁵ Burada önem arz eden iki arazi vardır ki bunlar, haraci arazi ve öşür arazisidir. Bu iki arazi üzerinde toplanacak vergilerin iltizama konu olabilmesi mümkündür. Osmanlı arazi hukukunda da benzer bir durum mevcuttur. Bu hususa aşağıda değineceğiz.

Osmanlı Devleti’nin mali yapısını oluşturan unsurlardan biri de caiz olarak görülen (kabul edilen, cevaz verilen kısmı) Bizans uygulamalarıydı.¹⁶ Ortaçağ Avrupa’sının kırsal kesimindeki uygulamalar

11 **Küçükkalay**, Abdullah Mesud; *Osmanlı Toprak Sistemi – Miri Rejim-*; Osmanlı 3 (Editör: Güler Eren), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, s. 53.

12 “*Tarımsal arazi üzerinde devlet mülkiyeti, Osmanlıların icar ettiği bir şey değildi. İslam hukukunda toprak mülkiyeti, son tahlilde, fetih kavramına ve İslam cemaatinin tümüyle Allah’ın vekilleri olmaktan gelen hakkına dayanıyordu. Fethedilen toprakların Müslümanların, ya da İslam devletinin, elden çıkarılması yasak ortak mülkiyeti sayılması anlamında ‘fey’ el-müslimin’ kavramı, İslamiyet’in ilk yıllarında Bizans ve Sasani etkisi altında kesin kurumsal biçimini aldı.*” **İnalçık**, Halil; Osmanlı İmparatorluğu’nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi Cilt: 1 (Çev. Halil Berktaş), 2. Baskı, Eren Yayınları, İstanbul, Kasım 2004, s. 145.

13 Bu yöndeki bir değerlendirme için **bkz. Köprülü**, Fuad; Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Etkisi, 3. Basım, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2002, s. 76-90. Burada Köprülü, tımar sisteminin kökeninin ortaya konulması bakımından İslam devletlerinin ve Bizans uygulamalarından ziyade Büyük Selçuklu İmparatorluğu ve Anadolu Selçuklu Devleti üzerinde tetkike girişir. Zira yazar, bu köken tartışmasını kesin surette çözmek gerektiğini düşünür ve bu nedenle daha garantici bir anlayışla zamansal bakımdan daha yakın olana (Büyük Selçuklu ve Anadolu Selçuklu devletlerine) başvurur.

14 **Şafak**, Ali; İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler), TÜRDAV Basım, İstanbul, 1997, s. 53.

15 **Şafak**, 1997, s. 58-60.

16 “*Varidat-ı devlet cüzüyye-i şer’iyyeden ve müteceviz olan müluk-u iseviyeyin vergi maktualarından ve havass-ı hümayun aşarıyla gümrük ve memlehaler hasılatından ve en cesimi emval-i ganaim-i hams-i şer’isinden ibaretir.*” **Bkz. Mustafa Nuri Paşa**; Netâyıcı’ı – Vukû’ât I-IV (İndeksli Tıpkıbasım) (Haz: Yılmaz Kurt), Türk Tarih Kurumu Yayınları,

açısından şu iki kavram önemli bir yer tutar; ‘domain’ ve ‘tenure’... Ortaçağın sonuna kadar bazı bölgelerde bu sistem uygulanmıştır. Bu sistemde toprağın bir kısmı barona ait bir bölüm iken kalan kısmı köylülerce işletilmektedir. Burada barona ait olan kısma ‘domain’, köylülerin işlettiği kısma ‘tenure’ adı verilmiştir.¹⁷ Köylüler toprağın geriye kalan kısmını kullanıp işleyebilmelerine karşılık aynen veya nakden bir bedel ödemekle mükelleftir.¹⁸ Ortaçağ Avrupasında mer’i olan bu toprak rejiminin tımar veya miri arazi uygulamasının kökeni saymak benim de haklı bulduğum görüşe göre mümkün gözükmemektedir:

“Bizzat kendisine ait bir mülk toprağı kiralayıcı vaziyetinde bir toprak beyi olmayan sipahi tabiatıyla garp orta zamanının senyörü gibi malikânesinin bir kısmını büyük bir çiftlik halinde bizzat işleyen ve bu bakımdan diğer kısım topraklara yerleşen köylülerden angarya mesai isteyen bir toprak zengini de değildir. Hülasa sipahi-beyi tam manasıyla bir derebeyi yahut toprak-beyi değildir... O, para ekonomisinin kâfi derecede inkişaf etmemiş olduğu bir devirde, maaşını, miktar-ı muayyen ve defterde kayıtlı olan toprak gelirinden gidip bizzat toplamak için eline bir havale name verilmiş bir memurdur.”¹⁹

Aynı yöndeki bir başka görüşe göre; Avrupa feodalitesinde merkezi hâkimiyetin güçsüz duruma düşmesi neticesinde senyörler eliyle küçük küçük birçok sayıda hâkimiyetler kurulmuştu. Asil sınıfı temsil eden bu senyörler arazinin sahipliği yanında halk üzerinde siyasi haklar da elde ediyorlardı. Son olarak kendilerine tabi özel bir askeri teşkilatları da mevcuttu.²⁰

Son olarak Max Weber’e göre Osmanlı tımar(prebend) sistemi Batı Avrupa’nın ‘vassalic’ feodalizminden şu üç sebepten dolayı farklıdır. Osmanlı tımar sisteminde; merkezden bölge düzeni için minimum atama yapılır, tımar sahibi görevin gereklerini yerine getirmese tımarı geri alınır ve her tımarlının geliri oranında sorumlu olacağı düzenlenmiştir.²¹

A. OSMANLI TOPRAK SİSTEMİ

I. Osmanlı Devletinde “Arazi”

Osmanlı Devleti mülkü(veya devletin ülke unsuru) üzerinde bulunan arazi beş kısma ayrılır. Bunlar; ‘arazi-i memluke’, ‘arazi-i miriyye’, ‘arazi-i mevkufe’, ‘arazi-i metruke’ ve ‘arazi-yi mevat’dır.²² Bizim için konumuz itibarıyla önem atfedeceğimiz tür ise arazi-i miriyye yani miri arazidir. Miri arazi, rakabesi(çıplak mülkiyeti) beytülmale ait olarak ihalesi devlet tarafından icra oluna gelen tarla,

Ankara, 2014, s. 20-21.

17 Heaton, Herbert; Avrupa İktisat Tarihi (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Osman Aydoğuş), Cilt: 1, Teori Yayınları, Ankara, 1985, s. 86-89.

18 Heaton, 1985, s. 88.

19 Albayrak, 1973, s. 30-31 (vurgu yazara aittir).

20 Bkz. Özçelik, Selçuk; ‘Avrupa Feodalitesi ile Türklerin Tımar Teşkilatını Mukayesesi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 17, Sayı: 3-4, 1951, s. 854-859.

21 Aktaran: McGowan, Bruce; Economic Life In Ottoman Europe Taxation, Trade And The Struggle For Land 1600-1800, Cambridge University Press, New York, Mart 2010, s. 47.

22 1858 Arazi Kanunnamesi I. Madde (24.01.1858), Düstür Tertib I, Cilt 1, s. 165-199.

çayır, yaylak, kışlak, korular ve benzeri yerlerdir.²³ Osmanlı arazilerinin ilki olarak sayılan arazi-i memlukede arazi üzerinde ilgili şahsın mülkiyet hakkı bulunmaktadır.²⁴ Zaten gerek İslam hukuku ve gerekse Osmanlı hukuku arazi üzerinde özel mülkiyete karşı durumda değildir. Miri arazi ve Mülk arazi arasındaki ayırım da buna dayanır.

Osmanlı Devleti'nin toprak yönetimi esas itibarıyla 'tımâr' ve 'has' adıyla ikiye ayrılmaktadır. Örneğin bir sancak toplamda beş yüz karyeden oluşmaktadır. Bu beş yüz karye iki yüz üç yüz civarında köy oluşturmaktadır. Söz konusu bu köylerde seksen doksan tımara bölünebiliyordu. Kalan kısmı da has kabul edilerek gerektiği takdirde şehzade, vezir, beylerbeyi, mirliya ve sair emirlere mahsus olarak ayırdıktan sonra bakiyesi 'hass-ı hümayun' adıyla devlet hazinesine bırakılmıştır.²⁵

2. Miri Rejim

Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan Arazi Kanunnamesinin kabulüne kadar geçen sürede Osmanlı toprak yönetimi, dirlik tımar sistemi içinde yürütülmüştür. Tımar sistemi miri arazinin işletilmesinin bir aracı olması yanında imparatorluğun en kuvvetli dayanağı olan ordusunun esasını teşkil etmiştir.²⁶ Osmanlı Devleti ortaçağ Avrupası mirası olan derebeylik sisteminin bozukluklarını bertaraf etmek için bir sistem geliştirdi. İşte bu sisteme miri rejim adı verildi. Bu rejimin en önemli özelliği; *“toprağı işleyenleri serf olmaktan çıkarmış; derebeylik yerine tımar sistemini, serf yerine de tımar sahibi sipahi ile arasında sadece akdi bir münasebet olan, bir nevi aynı hak sahibi kiracıya benzer toprak mutasarrıflarını ikame etmiştir.”*²⁷

Miri arazi; rakabesi devlete ait tarla, çayır, yaylak, kışlak, kuru vb. niteliğinde olan, süresiz olarak memurlarca tapu mukabilinde köylüye tefviz edilen yerlerdir.²⁸ Miri arazi ile derin münasebet taşıyan dirlik veya tımar sistemi, devletin miri araziden belli bir kısmını komutan ve yüksek derecedeki memurlara belli hizmetlerine karşılık tahsis etmiştir.²⁹ Bir görüşe göre; *“tımâr usulü, muayyen bir*

23 1858 Arazi Kanunnamesi 3. Madde.

24 “Mülk arazi, kuru mülkiyet ve tasarruf hakkı, kayıtsız şartsız aynı şahsa ait olan arazilerdir.” **Avcı**, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Atlas Akademi, Konya, 2018, s. 534.; “Şehir içinde olan yerler mülktür. Sahibi satabilir, hibe ve vakfedebilir, ölünce hepsi varislere intikal eder...” **Ebussuud** Efendi; Ma'ruzat (Haz: Pehlul Düzenli), Klasik Yayınları, İstanbul, 2013, No: 825. (**Aktaran**; **Avcı**; aynı yer.)

25 Netâyıcı'1 – Vukû'ât, 2014, s. 17-18.; “Osmanlılarda arazi-i emiriyye tahrir edilmiş ve tımar ve zeamet itibarıyla mesbuk veya sebkedecek askeri hizmetler mukabilinde 'vazifehâr' olmak üzere terk ve bir kısmı selâtime ve diğer bir kısmı da vezirlerle sancak beylerine tefrik kılınmıştı. Askeri sınıflarla selâtin ve vüzeranın gayrisına tahsis olunan araziye 'tımâr ve zeamet' ve sultanlarla vezirlere ait olanlara da 'has' denilmekteydi.” **Pakalın**; Cilt 1, s. 67.

26 **Öner**, Erdoğan; Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare, 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara, 2005, s. 74.

27 **Cin**, Halil; Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayınları, Yenigün Matbaası, Ankara, 1978, s. 76.

28 **Cin**, Halil; Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, Çağ Üniversitesi Rektörlüğü, 3. Baskı, Ankara, Aralık 2005, s. 43.

29 **Cin**; 2005, s. 57. Ayrıca **bkz.** **Üçok**, Coşkun; 'Osmanlı Devleti Teşkilatından Tımarlar', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 4, 1944, s. 529.

arazinin tevcihi veya araziye ait bazı hakların verilmesinden ziyade bazı vergilerin havalesinden ibarettir”.³⁰

Tımar sahibi(sahib-i arz) görevli bulunduğu tımar bölgesini korumakla mükelleftir. Kendisi araziye faydası dokunacağı suretle ziraat ve üretime itina ve gayret göstermelidir. Sefer halinde at ve silahların mükemmel durumda olması ve bulunduğu vaziyete göre kendisine tabi olanlar ile birlikte livası altında bulunduğu mirlivanın komutası altında savaş vazifesini ifa etmek mecburiyetindedir.³¹ Ancak dirlik/tımar sistemi başlangıcından itibaren aynı doğrultuda ilerlemedi. Bu sistem üzerinde bazı bozulmalar meydana geldi ve en nihayetinde ilga edilmiştir.³²

3. Miri Arazinin Tefvizi

Tefviz; miri arazinin açık artırma veya takdir olunan bedel üzerinden peşin alınarak devlet tarafından satılması anlamında kullanılan bir tabirdir.³³ Miri arazinin tefvizi, evveleminde bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin konusu, rakabesi (kuru/çıplak mülkiyeti) devlette kalmak üzere, tasarruf hakkının belli bir bedel karşılığında süresiz olarak devletçe şahıslara devredilen, miri arazidir.³⁴

Genel itibarıyla sözleşmeler bilindiği üzere her iki tarafa da borç yüklerler. Bu tür sözleşmeler ‘*sinallagmatik*’ sözleşmeler olarak tanımlanır. Miri arazinin tefvizi sözleşmesinde³⁵ devlet/ idare, araziyi devretme borcu altına girerken, sözleşmenin diğer tarafı peşin bir bedel(muaccele) ile her sene mahsulden belli nispetlerde bir ücret (müeccele) vermek ve araziyi işletmekle mükelleftir.³⁶

Miri arazinin özel kişilere, rakabesi devlette kalmak şartıyla, tefvizi iltizam usulüne benzemektedir. Ancak iltizam usulü belli bir süreyi kapsamaktadır. Bu yönüyle iltizam sözleşmelerinden farklı olmasına rağmen, malikâne usulünde arazi kişinin ömrüyle sınırlı olarak özel kişiye verildiğinden miri arazinin tefvizine benzemektedir. İltizam ve Malikâne usullerine ilişkin ayrıntılı izahlar aşağıda yeri geldikçe ifade edilecektir.

30 **İnalçık**, Halil; *İslam Arazisi ve Vergi Sisteminin Teşekkülü ve Osmanlı Devrindeki Şekillerle Mukayesesi*, Ankara Üniversitesi İslam İlimleri Enstitüsü Dergisi, Sayı: 1, Osman Yalçın Matbaası, İstanbul, 1959, s. 43.

31 Netâyicü'l – Vukû'ât, 2014, s. 18.

32 Bu hususta geniş bilgi için **bkz.** **Cin**; 1978, s. 431-543.

33 **Pakalın**; Cilt: 3, s. 434.

34 **Cin**; 2005, s. 87.

35 “*Tefviz muamelesi ivazlı, iki tarafa tam borç yükleyen karşılıklı bir akit niteliğinde hukuki bir muameledir.*” **Eren**, Fikret; Toprak Hukuku, S Yayınları, Ankara, 1991, s. 57.

36 **Akgündüz**, Ahmed; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk-II (Miras-Borçlar-Eşya-Ticaret ve Devletler Hususi Hukuku), Cilt: 3, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2012, s. 819.;

B. TEMEL KAVRAMLAR

I. “Sahib-i Arz”

Miri araziler üzerindeki çıplak mülkiyet devlete ait durumdadır. Bunun bir sonucu olarak miri arazi üzerinde ‘sahib-i arz’³⁷ denilen kimseler söz konusu toprak üzerinde ancak mülkiyet hakkından kaynaklanan belli yetkileri kullanabilmektedir. Roma hukukundan intikal ile medeni hukukta mülkiyet hakkının ‘usus’, ‘fructus’ ve ‘abusus’ olmak üzere malike üç tip hak verdiği kabul edilir. Bu haklardan ‘usus’ kullanma, ‘fructus’ yararlanma ve ‘abusus’ tüketme hakkını ifade etmektedir.³⁸ İslam hukukunda da mülkiyet hakkı üç unsurdan meydana gelir. Bunlar; rakabe, tasarruf ve zilyetlikdir. Rakabe kavramı bir eşya üzerindeki kuru mülkiyeti, tasarruf söz konusu eşyadan istifade/faydalanma hakkını, zilyetlik ise eşyayı elinde bulundurmaya tanımlamaktadır.³⁹ Mülkiyet hakkının Arazi Kanunundaki yansıması şu şekildedir:

“Bugünkü anlamda mülkiyet hakkının kullanma (usus), yararlanma (fructus) ve tasarruf (abusus) yetkilerinden ibaret olduğunu düşünecek olursak, bu yetkilerden kullanma ve yararlanma (usus ve fructus) yetkileri, Arazi kanununa göre tasarruf hakkını (menfaat mülkiyetini); eşyanın (arazinin) aynı üzerindeki (hâkimiyet, iktidar) mülkiyet hakkını devretmek, sınırlamak yetkisi de (jus abudenti) rakabeyi, yani kuru mülkiyet hakkını oluşturmaktaydı... Arazi Kanunu mülkiyet hakkını; kuru mülkiyet, menfaat mülkiyeti olmak üzere iki kısma ayırmıştı. Devlet, arazi üzerinde bunlardan kuru mülkiyete, fertler ise, menfaat mülkiyetine sahipti.”⁴⁰

Sahib-i arzın, arazinin mülkiyetinden yoksun olduğu aşikâr olup bu araziyi bir başkasına devredip devredemeyeceği tartışılmış bir konudur.⁴¹ Evveleminde ifade etmemiz gerekir ki, “kendilerine arazi tevcihi yapılan kişiler (sahib-i arz) arazinin tasarruf, intikal ve muamelelerini yürütmeye yetkilidir... Sipahinin izni olmaksızın yapılan işlemler geçersizdir.”⁴² Bu alıntıdan hareketle, buradaki durumun roma hukukundaki üçlü yapı ile kavranamadığı görülmektedir. Zira sahib-i arzın ‘abusus’ hakkının bulunduğu dair emareler görülmektedir. Zira verilen ismin(sahib-i arz lafzının) anlamının

37 Miri arazi üzerinde devlet tarafından toprağı kullanma yetkisi tanınan tımar ve zeamet ashabına ‘sahib-i arz’ ifadesi kanun ıstılahı olarak kullanılmaktadır. **Bkz.** Netâyıcı’l – Vukû’ât, 2014, s. 17-18.; “Taşralarda arazi-i miriyyenin tefviz ve ihalesine mal memurları yani defterdarlar ve mal müdürleri ve kaza müdürleri mezun olmalarıyla bunlar sahip-i arz hükmündedirler.” Tapu Nizamnamesi 1. Madde (15.12.1858), Düstur Tertib I, Cilt 1, s. 200.

38 “Mülkiyet hakkı, sahibine hakkın konusu olan şeyden kullanma (usus), ürünlerinden yararlanma (fructus) ve malı tüketme, eski deyimle sarf ve istihlak edebilme (abusus) yetkilerini sağlar.” **Oğuzman**, Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe; Eşya Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011, s. 19.

39 **Cin**; 2005, s. 8.

40 **Eren**; 1991, s. 57.

41 Sahib-i arzın hukuki şahsiyeti ve yetkileri üzerinde tartışma için bkz. **Mundy**, Martha / **Smith**, **Richard** Suamerez; Modern Devlete Giden Yolda Mülk Siyaseti Osmanlı Suriyesi’nde Hukuk Yönetim ve Üretim (Çev. Süleyman Kızıltoprak), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, Eylül 2013, s. 40-43.; Ayrıca Ebu Yusuf yukarıda sayılan dörde ayrılan arazilerin ilk üçünde araziyi işleyenlere ‘sahibü’l-‘arz’, ‘rabbü’l-‘arz’ veya ‘malik’ ismini vererek mülkiyet ve zilyetlik hakkına sahip olanları birbirinden ayırmamıştır. **Bkz.** **Şafak**, 1997, s. 59.

42 **Kenanoğlu**, M. Macit; ‘Miri Arazi’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 30, İstanbul, 2005, s. 158.

doğrudan arzın sahibi anlamına gelmesi de düşündürücüdür. Nihayetinde sahib-i arza verilen mülkiyet hakkının tam mülkiyet hakkı olarak telakki edilemeyeceğinin kabulü gerekir.⁴³

2. “İkta”

İkta, “mülkiyeti devlete ait arazinin rakabesinin veya menfaatinin hazinede istihkakı bulunan kimseye ulü’l-emr tarafından verilmesi yerinde kullanılan bir tabirdir.”⁴⁴ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu sistem İslam dininin ilk devirlerinden itibaren uygulanmıştır.⁴⁵ Bir başka tanıma göre; “*harac kelimesinin mana-yı aslîsi iktadır. İktanın lügat manası bir malı mukataaya yani kesime vermek demek ise de, bizim muamelat-ı maliyemizde mukataa âmm, ikta hass olarak istimal olunur. Zira ikta denildiği gibi herkes bir şeyi anlamayıp fakat mukataa denildiği gibi rüsumat murat olduğu anlaşılır.*”⁴⁶

Aktardığımız bu alıntıya göre, mukataa ve ikta kavramları arasında derin bir münasebet bulunur. Bu itibarla arazinin kesime verilmesi olarak da tanımlanan bu süreç iltizamın da temeli olarak kabul edilmelidir. Zira arazinin bu şekilde taksimi beraberinde bu topraklar üzerindeki değer bir şekilde devlet ile buluşturulması mecburiyetini doğuracaktır. Osmanlı Devleti açısından ilk dönemlerinde bu araziler üzerinde maddi bir kazancın (altın, para vs.) hazinede toplanmasına ihtiyaç duyulmazken ilerleyen dönemlerde büyük değişimler yaşanacaktır.

Son olarak ikta sisteminin ikiye ayrıldığı ve bir türünün “ikta-ı temlik” olarak ifade edildiğini belirtmek gerekir. Bu türün önemi arazi-yi mevat olarak yukarıda ifade ettiğimiz arazilerin ihya ve imar edilmesi şartıyla verilmesini ifade eder. Diğer bir ifadeyle; “*temlikten ikta, bir yerin rakabe ve mülkiyeti ile tasarruf haklarını bir kimseye ikta etmektir.*”⁴⁷ Burada önemli olan, arazinin devlet tarafından herhangi bir kısıtlama olmaksızın mülkiyeti devretmesidir. Zira miri arazi rejiminin en önemli unsuru rakabenin, kuru/çıplak mülkiyetin, devlete ait olması idi.

3. “Mukataa”

Mukataa, – kat’ – köküyle türemiş Arapça bir kelimedir. Kat’ kelimesi kesmek manasına gelip, mukataa da kesişmek anlamına gelir. Böylece ‘*belirli bir miktar üzerinde karşılıklı anlaşma*’ olarak

43 “*Bu kimseler toprağı, erkek evlat bırakarak öldüklerinde oğullarının devralması, fakat sadece kız evlat bıraktıklarında toprağın hazineye geri dönmesi şartıyla elde tutmaktadırlar. Bunlar sultanın idari vekilleri olarak toprağı [üzerindeki hakları], hazineninkine [diğer mülkiyet yetkilerine] dokunmaksızın satabilirler. Bu yüzden satış geçerlidir; hazine adına hareket etmenin karşılığında haraç toplamada sultanın vekili [ödenen fiyatın] bir kısmını ve satıcı ise diğer kısmını alır.*” El-Nablusi, Abdülğani; ‘el-Hadikatü’n-Nediyye Şerhu’t-Tarikatü’l-Muhammediyye’ (Aktaran; Mundy/Richard, 2013, s. 41).

44 **Pakalın**; Cilt: 2, 1993, s. 1.

45 “*İslam devletlerinde mukataa usulü eskiden beri cari idi. Emevi ve Abbasi hükümdarları bazı akraba ve havassına araziye ikta ederlerdi. Fakat bunlardan haraç alınmazdı. Bunlar zamanında asker maaşları vesair masraflar her yerde haraç varidatından tediye olunurdu. Mukataa arazisi ise sahipleri elinde kalır, ondan bir şey alınmazdı.*” **Albayrak**; 1973, s. 248.

46 **Süleyman Südi**; Defter-i Müktesid, Cilt: 2, Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet, 1307(1891-1892), s. 57.

47 **Pakalın**; Cilt: 2, s. 2.

tanımlanabilir.⁴⁸ Terim anlamıyla, belirli bir miktar karşılığında mukataaya bağlı arazinin özel kişiye verilmesidir.⁴⁹

Mukataa sisteminin başlangıcı olarak İstanbul’un fethi zikredilir. İstanbul’un fethi sonrasında gönüllü göç politikası ve devamında (yeterli olmadığı gerekçesiyle) zorunlu iskân neticesinde halka konut tahsisi yapıp mukataa ödemeleri(kira bedeli) talep edilmişti. Daha sonra bu uygulamadan vazgeçildi. İkinci kez uygulamaya geçtiğinde kiralama usulü yerine ekonomik hayatın tüm alanlarını ihtiva eden bir sistem haline geldi.⁵⁰

Osmanlı maliyesi bünyesinde teknik tabirle mukataa; hazineye gelir(varıdat) sağlayan vergi kaynağına verilen isimdir. Mukataa bir veya birden çok bölgedeki tek bir vergi türünü veya çeşitli vergi türlerini barındırabilir niteliktedir.⁵¹ Örneğin belli bir bölgede; öşür, maden veya gümrük mukataası denilerek bir vergi türünün⁵² ya da Diyarbakır mukataası ismiyle o bölgedeki çeşitli vergi türlerinin⁵³ vergi birimi haline getirildiğini gösterir. Zira bir şeyin mukataa olarak ifade edilmesi onun vergi alınmasına/toplanmasına (cibayete⁵⁴) konu olacak bir mali birimi⁵⁵ ifade eder. Toparlayacak olursak geniş bir ifadeyle mukataa; “anlamını işletme biçiminden alan mukataa kurulu düzenini oluşturan gelir yerleri, özellikle büyük şehirlerin her türdeki iktisadi (ticari ve sınaî) işletmelerinden alınan resimler (vergiler), maden işletmeleri, yasaklamalara aykırı işlerden elde edilen cerimeler, ticari tekel maddelerinden sağlanan gelirlerdi. Bu biçimdeki mukataa gelirleri, dirlik olarak devlet hizmetlilerine verilmeyip, hükümete ayrılmış en önemli kaynaklardı.”⁵⁶

48 Genç, Mehmet; ‘Mukataa’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 31, İstanbul, 2006, s. 129.

49 “Arazinin kesime verilmesi ve muayyen bir kira mukabilinde temlik demektir.” Sayın, Abdurrahman Vefik; Tekâlif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi), T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:1999/352, Ankara, 1999, s. 56.

50 Bkz. Çakır, Baki; Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI-XVIII. Yüzyıl), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2003, s. 31-33.

51 Cezar, Yavuz; Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (XVIII. Yy dan Tanzimat’a Mali Tarih), Alan Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 1986, s. 21.; Diğer bir tanımda; “mukataa, coğrafi sınırları ile alınacak vergilerin tür ve miktarları maliye tarafından saptanmış vergi kaynağı ya da kaynakları” olarak ifade edilir. Pamuk, Şevket; Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 147.

52 “Madencilikte özellikle altın ve gümüş madenlerinin hemen tamamı ile bakır ve kurşun madenlerinin en büyük bölümü, şap madenleriyle tuzlaların tamamı, ziraatta pirinç ekimine gerekli alt yapı tesisleri devlete ait olduğu gibi esnaf imalatının az çok önemli fiziki sermaye gerektiren kumaş apre tesisleri (mengene), boya ve basma atölyeleri, mum imalathaneleri, kahve değirmenleri vb. alanlarda pek çok kuruluşun da başlıca sahibi devletti. Bütün bu kuruluşların hemen tamamı birer mukataa olarak örgütlenmiş bulunuyordu.” Genç; Mukataa, 2006, s. 130.

53 “Merkezdaki bürolarda kayıtlı mukataaların birim sayısı XVII. yüzyılın sonlarında 400-500 kadardı. Ancak bu sayının bir bölümü tek bir mukataayı değil bir grup mukataayı temsil eden birimlerden oluşuyordu. Büyük çoğunluğu Başmuhasebe Bürosu’nda kayıtlı bulunan Tokat, Diyarbakır, Mardin, Halep, Kıbrıs, Üsküp, Kefe gibi daha çok uzak bölgelerde yer alan grup halindeki mukataaların yönetimi voyvodalık, muhassıllık veya nezaret şeklinde örgütlenmiş olarak birer birim gibi muamele görürdü.” Genç; ‘Mukataa’, 2006, s. 130.

54 Cibayet; Evkafa veya hazineye ait paraların toplanması işi, câbilik. Kubbealtı Lugatı, (<http://lugatim.com/>) (Erişim Tarihi: 05-08-2020).

55 Genççe göre; “Mukataa, – devlete ait bir kısım vergi ve resimlerin belirli bir meblağ karşılığında iltizama verilmesi – manasından zamanla “iltizamın konusu olan vergi birimi” anlamına doğru kaymıştır. Osmanlı mali metinlerine göre 15. yüzyılın ortalarından başlayarak yüzyılın sonlarında tamamlanmış görünen bu değişme ile mukataa kelimesi, 19. yüzyılın ortalarına kadar geçerli kalan esas terim olarak “hazineye ait bir kısım vergilerden oluşturulmuş birer mali birim” muhtevasını kazanmıştır.” Genç; ‘Mukataa’, 2006, s. 129.

56 Akdağ, Mustafa; Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi Cilt: 2 (1453-1559), Tekin Yayınevi, 2. Basım, Ankara, Eylül 1987,

Osmanlı maliyesi açısından gelir(varidat) merkezleri olan bu mukataaların nasıl yürütüleceği de önemli bir meseledir. Zira bu yerlerin idaresindeki en mühim nokta idarenin kendisi veya özel kişilerce yürütülmesi kararının verilmesi ile alakalıdır. Mukataalar, genel olarak ‘iltizam’, ‘emanet’ ve ‘malikâne’ usulleri olmak üzere 3 şekilde yürütülür/işletilir.⁵⁷ Bir mukataanın yürütülmesi/işletilmesine umumi olarak ‘deruhte etmek’ denilirdi. Deruhte etmek; bir işi üzerine almak, üstlenmek ve yüklenmek anlamlarına gelir.⁵⁸

4. “İltizam”

İltizam, – lüzum – kökünden türeyen Arapça bir kelime olup, ‘*kendi üzerine lazım addetme, birinin tarafını tutma ve icap ettirme*⁵⁹ gibi anlamlara gelir. Ancak terim anlamı ise ‘*özel bir şahsın devlete ait herhangi bir vergi gelirini toplamayı belirli bir yıllık bedel karşılığında üzerine almasını*⁶⁰ ifade eder. Bu işi kefil göstererek ve borcun muacceliyet zamanlarında ödenecek şekilde üzerine alır, yani deruhte eder.⁶¹ Bu kişiye de ‘mültezim’ denir.

Birçok iltizamı elinde bulunduran mültezimler, merkezde bulunup mukataaya bağlanmış bölgeye dahi gitmeyerek başkaca mültezimler vasıtasıyla mukataaları tahsil edebilmekteydi. Mukataa gelirlerinin toplanması sürecindeki mültezim sayısını artırmak elbette bazı problemlere yol açmaktadır. Öncelikle buradaki mültezim sayısının artışı mukataa üzerindeki karı düşüreceğinden, her mültezimin elde edeceği kârı çoğaltma gayreti netice itibarıyla bölge insanı için çeşitli zulüm olasılığını gündeme getirmektedir. Ayrıca bu süreçte vergilerin toplanması gecikmekte ve mahsulat beklemekte ve bu nedenle yağmur ve kar yağışına maruz kalabilmektedir.⁶² İltizam ile mukataa arasında mana farklılığı bulunmasına rağmen zaman içinde oldukça yakın anlam ifade ettiler. İltizam esasen mukataa olarak adlandırılan bir mali birimin yürütülmesi hakkındaki bir tercihi ifade etmektedir. İltizam usulünün uygulanışı ve iltizam sözleşmelerinin akdedilmesi bağlamında geniş bilgiler daha sonraki bölümlerde ele alınacaktır.

5. “Emanet”

Türk İdare Hukuku’nda kamu hizmetlerinin görülüş usulleri başlıca ikiye ayrılır. Bahse konu olan kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri aracılığıyla görülmesi ‘emanet usulü’nü ifade ederken, özel kişiler

s. 334.

57 Ayrıntılı bilgi için **bkz. Çakır**; 2003, s. 115-169.

58 Kubbealtı Lugatı, ‘Deruhte’ maddesi. (<http://lugatim.com/>) (Erişim Tarihi: 05-08-2020)

59 *Kamus-ı Türki*, s. 154.

60 **Genç**, Mehmet; ‘İltizam’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 22, İstanbul, 2000, s. 154.

61 “Aksâm-ı varidât-ı devletten birisini bedelini mukasseten verieceğine kefil göstererek der-uhde etmek demektir.” **Sayın**; 1999, s. 57.

62 “...ekser mültezimler kendileri taşir etmeyip parça parça mültezimlere satarak bir mahall-i öşrü birkaç ele geçmekte ve bu cihetle vaktiyle gelip mahsulat-ı taşir etmediklerinden ekser dekar mahsulat tül-i müddet meydanda ve bazen yağmur ve kar altında kalıp ashabi pek çok zarar u ziyana düçar olmakta olduğundan...” **MKT. UM. (467:31)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri

aracılığıyla görülüyorsa ‘iltizam’, ‘imtiyaz’, ‘ruhsat’ veya ‘müşterek emanet’ usulü olarak adlandırılır.⁶³ Osmanlı hukukunda da benzer şekilde ‘emanet’⁶⁴ kavramı idari makamlarca yürütülen faaliyetler için kullanılır. Osmanlı Devleti veya (daha sonraları kullanılan bir ifade olarak) hükümeti bir işi kendi imkânları ile gerçekleştirdiğinde emanet usulünü tercih eder ve bu husustaki görevli kişiye ‘emin’ denirdi. Bir mukataada iki emin görevlendirilirdi. Her ikisinin ücretleri de mukataa gelirinden ödenmekteydi. Eminleri aldıkları ücretlere ‘emanet ulufesi’ veya ‘emin mevaci’ adı verilirdi.⁶⁵

Osmanlı Devleti’nde merkezi hazine gelirleri, nakit olarak başlıca iki şekilde toplanıyordu: ‘emanet’ ve ‘iltizam’ usulü...⁶⁶ Mukataaya bağlanmış araziler ‘ber-vech-i emanet’ lafzı itibarıyla emanet usulüyle veya ‘ber-vech-i iltizam’ tabiriyle iltizam usulüyle işletilmesi mümkündü. Mukataa, emin sıfatını haiz olan kişiye belli bir bedel karşılığında deruhte edilirse bu kişi, iltizam yoluyla emin (*emin ber vech-i iltizam*) tayin edilmiş olmaktadır.⁶⁷ Buradan hareketle bir mukataa üzerinde iki çeşit emin sıfatından bahsedilmektedir. Birinci tür emin; tam anlamıyla bir emanet usulünü ittihaz ederek, elde edilen hazine varidatını tümüyle teslim etmektedir. Diğer bir tür olan ‘emin-mültezim’ mültezime verilmiş bir mukataa üzerinde sadece gelirleri toplamanın dışında mültezimi de kontrol yetkisi mevcuttur.⁶⁸

6. “Malikâne”

İltizam sisteminde, açık artırmaya konu olan mukataa için, mültezimler tarafından öngörülen (idarenin biçtiği) miktar ile yapılabilecek masraflar ve elde edilebilecek kar arasındaki ilişki neticesinde teklifler yapılırdı. Hazineye en yüksek peşin bedeli taahhüt eden mültezim bu mukataa üzerindeki hazine varidatını 1-3 yıl arasında bir süre için deruhte ederdi.⁶⁹ Ancak on sekizinci yüzyıla girildiği dönemde Osmanlı maliyesi açısından büyük bir nakit sıkıntısı yaşandı. Merkezi hükümet giderlerinin karşılanması ihtiyacına binaen devlet; merkezi ordu ve bürokrasiye mensup bir kısım ulufeliye, maaşlarından vazgeçmeleri karşılığında, bazı mukataaları, yıllık vergilerini hazineye ödemeye devam etmek üzere kayd-ı hayat şartıyla iltizama vermeye başladı.⁷⁰

63 Sezginer, Murat / Akyılmaz, Bahtiyar / Kaya, Cemil; Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 559-568.

64 “devair-i hükümetten bazısına verilen isim; rüsumat emaneti, şehremaneti...” Kamus-ı Türkî; s. 162.

65 Çakır; 2003, s. 120.

66 Küsmenoğlu, İlham; Cumhuriyet Dönemi Vergi Tarihi Birinci Kitap (Osmanlı Devleti’nden 1980’), Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 8.

67 Çakır; 2003, s. 121.

68 Bkz. Çakır; 2003, s. 121-122.; Ayrıca bazı durumlarda mukataayı deruhte eden mültezim eminlik görevini de yerine getirebilmektedir. Bu durumda mültezim dışında mezkûr mukataada başka bir görevli yer almamaktadır. (s. 123.)

69 Genç, Mehmet; Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, 11. Basım, Ötügen Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014, s. 97.

70 Batmaz, Eftal; “İltizam Sisteminin XVIII. Yüzyıldaki Boyutları”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 29, 1996, s. 41.; Ayrıca; “...imparatorluğun hızlı genişleme döneminin sona ermesiyle birlikte, zaferle sonuçlanan savaşlardan elde edilen ganimet ve diğer gelirlerin sonu gelmişti. 17. ve 18. yüzyıllarda uzun süren ve sık sık yenilgilerle sonuçlanan savaşlar, devlet maliyesi üzerinde çok büyük bir yük oluşturmaya başladılar. Bunlara ek olarak merkezi devlet taşradaki etkinliğini yitirince, daha önceleri ya doğrudan ya da tımar düzeni aracılığıyla el koyduğu tarımsal artığı taşradaki güçlü yerel unsurlarla, en önemlisi ayanla paylaşmak zorunda kalıyordu. Böylece giderler artarken gelirler azaldı, mali bunalım süreklilik kazandı. Ancak 18. yüzyılın ortalarındaki gibi barış dönemlerinde, gelirlerle giderler arasında denge kurulabilirdi.” Pamuk; 2007, s. 146.

Malikâne sistemine geçiş sürecinde tarımsal ekonomi ile devlet hazinesi arasındaki kuvvetli bağın rolü elbette büyüktür. Fakat bu sistemin tercih edilme sebepleri yalnızca ekonomik etkenler olarak sayılamaz. Zira daha önceki dönemlerde sıklıkla kullanılan iltizam sisteminin de aksayan yönleri olduğu bilinmektedir. Malikâne sisteminin başlangıcı olarak 10 Ocak 1695 yılındaki çıkarılan ferman gösterilmektedir.⁷¹ Başmukataa Klemi evrakları arasında “*mukataaların ihalesi hakkında İkinci Ahmed ve Mustafa ve Üçüncü Ahmed’in hatt-ı hümayununu havi defter*”⁷² namıyla yer alan evraklar incelendiğinde malikâne sisteminin tercih edilmesinin merkezi hükümetin nakit ihtiyacı dışındaki sebepleri şunlardır:

- i. Mültezimlerin deruhte ettikleri yerleri süre dolmaksızın başkalarına devretmeleri⁷³,
- ii. Sıkça değişen mültezimlerin gerekli noktalarda halka yardımcı olmadığı⁷⁴,
- iii. Her sene artan faize⁷⁵ arazi gelirlerinin kifayet etmemesi⁷⁶,
- iv. Bu nedenle daha uzun süre deruhte edemeyeceği gerekçesiyle tüm karların bir hamlede alınması için halka eziyet edilmesi⁷⁷,
- v. Reayadan pek çoğu perişan ve hali harap olup günübürlük çalışmalara muhtaç hale gelmesi⁷⁸ ve
- vi. Nihayet miri malların değerlerinin azalmasıyla beytülmal, Müslümanların düşürme durumuna düşmesine sebep olmuştur.⁷⁹

Malikâne usulünde mukataalar açık artırmaya çıkarılırdı. Açık artırmayı kazanan girişimci devlete iki tür ödeme yapmayı taahhüt ediyordu; “*muaccele*” ve “*mal*”... Muaccele peşinen ödenen satış bedeli diyebileceğim tek sefere mahsus yapılan bir ödemedir. Mal ödemesi ise mukataayı deruhte eden malikâne sahibinin her yıl ödemesi gereken düzenli bir ödemedir. Bir anlamda mal, satılan mukataaların ödenmesi gereken yıllık vergileri misalidir.⁸⁰

71 **Batmaz**; 1996, s. 41.

72 **KK. D. (5040)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri

73 “...*lakin deruhte edilenlerin üzerinde müstekar olmayıp her biri bir tarik ile bir senede birkaç adama deruhte olunduğundan...*”

74 “...*reaya fukarası gözetilmeyip ve vakt ü zamanyıla deruhte edenler kuvvetleri için tohum ve sair ihtiyaçları malzemelerine ianet etmemekle biz-zarure müracacılardan zi'fi (iki katı) ile akçe aldıklarından...*”

75 Faiz, Osmanlı iktisadi sisteminde kâr anlamında kullanılmaktadır.

76 “...*her sene ziyade bulan istirbahın edasına ziraat ve hirasetleri ve bağ ve bahçe ve sair kar ve kesplerinin hâsılı vefa etmediğinden...*”

77 “...*deruhte edenler dahi zapt edeceğim bir sene ve yahut iki senedir deyip bilcümle hâsılların almak için cevri eziyet eylediklerinden...*”

78 “...*ekseri kendi perişan ve hali ve harap ve bakiyyete kalanlar dahi kuvvet-i yevmiyeye muhtaç ve ahvalleri diğergün olmakla...*”

79 “...*mal-ı miri tedenni ve tenezzül bulup beytülmal müminine külli gadr u zarurete bais olduğu zahirdir...*”

80 **Öner**; 2005, s. 163., Ayrıca **bkz. Çizakça**, Murat; “*Osmanlı İmparatorluğunda İç Borçlanmanın Evrimi (XV. Yüzyıldan XIX. Yüzyıla)*”, Osmanlı 3, 1999, s. 224.

7. “Esham”

Esham kavramı senet anlamına gelen ‘sehm’ kelimesinin çoğuludur. Bu nedenle hisseler anlamına gelir. Bu sistemin ortaya çıkışı mukataaların malikâne usulünce yürütülememesine dayanır. Ayrıca on sekizinci yüzyılın ikinci yarısındaki büyük harp masrafları ve Küçük Kaynarca Antlaşmasından kaynaklanan ağır savaş tazminatı devleti mali durumu düzeltmek adına yeni arayışlara itti.⁸¹ Esham sistemi malikânedan farklı olmakla birlikte malikâne usulünün devamı niteliğinde kabul edilir.

Yukarıda ifade ettiğimiz veçhile malikâne usulünde mukataayı “*ber vech-i malikâne*” suretiyle kayd-ı hayat(hayatı boyunca/ömrü süresince) şartıyla deruhte ederdi. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mukataaların satılması(iltizama veya malikâne suretiyle verilmesi) sonucunda girişimci(mukataayı deruhte eden kimse) mukataadan elde edilmesi gereken varidatın toplanması sırasında masraf yapmaktadır. Ayrıca mukataanın muaccele olarak ödediği ve mal olarak yıllık vereceği gider dışındaki kazancı kendisine aittir. Nihayetinde elde ettiği hâsıllardan tüm masraflar çıkarıldığında kalan girişimcinin kârıdır. Esham sisteminde satılan şey işte bu kârdır.⁸² Bu usulün uygulanabilmesi için söz konusu mukataanın ‘emanet’ usulü ile yürütülmesi gerekmektedir. Zira aksi halde zaten söz konusu kâr malikâne sahibine kalacaktır.⁸³

III. İDARE HUKUKU BAĞLAMINDA ‘İLTİZAM’ USULÜ

En genel ifadeyle; idarenin(idari fonksiyonun) amacı, kamu yararını elde edecek faaliyette bulunmaktadır.⁸⁴ Bu doğrultuda idarenin hareket kabiliyetlerine ‘*idarenin faaliyetleri*’ ismi verilir. İdarenin faaliyetlerinden⁸⁵ biri ‘*kamu hizmeti*’dir. İltizam kavramı bağlamında kamu hizmeti ifadesi oldukça önem taşımaktadır. Öncelikle kamu hizmetini tanımlamak icap eder:

*“Kamu hizmeti, devlet ya da diğer kamu tüzel kişileri tarafından ya da bunların denetim ve gözetimi altında, genel ve ortak gereksinimleri karşılamak, kamu yararı ya da çıkarını sağlamak için yapılan ve topluma sunulmuş bulunan sürekli ve düzenli etkinliklerdir.”*⁸⁶

81 Öner; 2005, s. 164.

82 “...devlet bu yeni sistemde mukataayı malikânedan devralıyor, işletmesini kendi yaptırıyor, elde ettiği yıllık kârı da hisselerle ayırıp peşin paraya, ancak ömür boyu müddetle, girişimcilere satıyordu.” Yazar ayrıca bu sistemi bir nevi devletleştirme olarak görmektedir. **Bkz. Çizakça**; 1993, s. 225.

83 Geniş bilgi için **bkz. Cezar**; 1986, s. 79-88.

84 “...idari fonksiyonun amacı, her zaman ve her yerde toplumun gündelik ve ortak gereksinimlerini karşılayarak kamu yararının gerçekleştirilmesini sağlamaktadır.” **Günday**, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 18.

85 İdarenin faaliyetlerini Özay şu şekilde tanımlamıştır; “Toplum içinde genel ve ortak gereksinimlerin bireyler arasında işbölümü esasına dayanan bir yöntemle giderilmesi söz konusu olduğunda Devlet o alan ve konuya müdahale eder ve bu ihtiyacı tatmin edilmesini sağlar. Devletin bu etkinliği başlıca üç şekilde “kamu hizmeti”, “kamu yararına olan özel girişimlerin desteklenmesi” ve koruyucu idari hizmet niteliğindeki “kolluk” faaliyeti olarak görülür.” **Özay**, İl Han; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 229.

86 Anayasa Mahkemesi; 9.2.1994 gün ve E. 94/43, K. 94/42-2; RG. 24.1.1995. (Aktaran: **Gözübüyük**, Şeref; Yönetim Hukuku, 12. Bası, Ankara, 1998, s. 235-236.

Burada ‘*idarenin kanuniliği*’ hatırlanması gereken önemli bir ilkedir. Bu ilkenin kaynağı Anayasamızın 123. maddesinde yer almaktadır.⁸⁷ Böylece idarenin hem eylem ve işlemleri kanuna dayanmalı, hem de kanuna aykırı olmamalıdır.⁸⁸ İdarenin kanuna dayanması ‘*secundum legem*’, kanuna aykırı olmaması ‘*intra legem*’ kavramı ile ifade edilmektedir.⁸⁹ Bu doğrultuda bir kamu hizmetinin kurulması veya bir faaliyetin idareye görev olarak verilmesi kanun aracılığıyla yapılmalıdır.⁹⁰

İltizamın genel anlamda neyi ifade ettiği bir önceki bölümde kısaca açıklanmıştı. Hazine gelirlerinin toplanmasının özel kişiler eliyle yürütüldüğü bir sistem olan iltizam, idare hukuku dâhilinde kamu hizmeti kavramı karşısında neye tekabül ettiği makale konusu açısından aydınlatılması gereken mühim bir noktadır. İltizam, uygulandığı andan itibaren geçen zamanda etki alanını genişletti. Özellikle bir bölgenin arazi vergisini toplamak için kullanılan bu yöntem zamanla daha da geniş bir konuma erişti.

İlk olarak bir bölgedeki vergi kalemlerin toplanması bağlamında iltizamı ele alalım. Kısaca “*vergi, devletin umumi mesarifına halkın iştiraki demektir.*”⁹¹ Önemle vurgulamak gerekir ki, vergi kavramı kökeni itibarıyla kamu hizmeti ile doğrudan bağlantılıdır. Zira vergilerin esas hedefi kamu hizmetlerinin finanse edilmesidir.⁹² Açıkça ifade etmek gerekirse; Osmanlı Devletinde uygulanan ve günümüzde uygulama alanı olmayan iltizam usulü, kamu hizmetlerinin kurulması ve işletilmesi amacıyla gerekli maddi imkânın sağlanması bağlamında işleyen bir sistemdir.⁹³ İkinci olarak, arazi vergileri dışında iltizam usulünün uygulanışını ifade edelim. Evvelemirde arazilerdeki vergilerin toplanması suretiyle iltizam dışındaki usullere örnek verelim. Osmanlı arşivi müktesebatı üzerindeki naçizane incelemelerim sırasında; gümrüklerin⁹⁴, madenlerin⁹⁵, vapurların⁹⁶ ve benzeri işletmelerin iltizam usulü ile idare edildiğine rastladım. Burada mültezimler devletin gelir kalemi adına vergi tahsil etmesinin yanında işletmenin yürütülmesini de icra etmekteydi. Böylece bu ikinci durumda, yani iltizam usulünün işletme alanlarındaki uygulanışında, söz konusu usul kamu hizmetlerinin

87 “*İdare, kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.*” (Md. 123/1)

88 **Gözler/Kaplan**; 2015, s. 70-71.

89 **Blz. (aynı yer)**

90 **Özay**; 1996, s. 239.

91 20.4.1924 Tarih ve 491 Karar Numaralı Teşkilatı Esasiye Kanunu, Md. 84/1. (Resmi Gazete: 24.5.1924-71)

92 “*Vergi, Devletin ve/ya da vergilendirme yetkisi bulunan diğer kamu idarelerinin, kamu hizmetlerini yerine getirmek için ihtiyaç duydukları parayı temin etmek amacıyla, kişilerden, hukuki cebir altında, kanunla belirlenen esaslara uygun ve karşılıksız olarak ve iade edilmemek üzere aldıkları ekonomik değerlerdir.*” **Karakoç**, Yusuf; “*Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, 2015, s. 414.

93 Ancak ilerleyen dönemlerde Osmanlı Devletinin iltizam uygulamasına giderek artan ilgisinin esas nedeni kamu hizmetlerinin finanse edilmesinden ziyade hazine gelirlerine olan ihtiyaçtır: “*XVI. Yüzyılın ikinci yarısından başlayan mali bunalım, XVII ve XVIII. Yüzyıl Osmanlı mali yapısını derinden etkileyecek sonuçlar ortaya çıkarmıştır. Özellikle savaş teknolojisinde meydana gelen gelişmeler, sürekli maaş alan ve ateşli silahlarla donatılmış merkez ordularının önemini arttırmıştı. Bu gelişmeler hem Osmanlı maliyesine önemli bir yük getirmiş hem de devlet gelirlerinin büyük bir bölümünün merkezi hazinede toplanması zorunluluğunu doğurmuş ve tumar sisteminin çözülmesine giden yolu açmıştır.*” **Batmaz**; 1996, s. 39.

94 **A. JMKT.UM.. (190:1)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

95 **C..DRB (62:3054)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

96 **A. JAMD. (34:88)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

görülüş usullerinden biri haline gelir. İdare hukuku kitaplarında kamu hizmetlerinin görülüş usulleri şu şekilde belirtilir; ‘emanet’, ‘müşterek emanet’, ‘imtiyaz’ ve ‘iltizam’ usulleridir.⁹⁷

A. KARŞILAŞTIRMALI ‘İLTİZAM’ USULÜ

“Merkezi hükümet tarafından tahsil edilen vergilerin mukataa yoluyla, yani ihale ile mültezimlere verilmesi merkezi örgütün güçsüzlüğünden ve belirli bir gelir elde etmek istemesindedir. Ancak bu yola başvuran tek devlet Osmanlı Devleti değildi. XV. Yüzyıldan itibaren merkezileşen Avrupa Krallıkları da maliyenin gelir kaynaklarını sabit tutmak ve bütçe yapabilmek için bu sisteme başvurdular. Ancak Avrupa’da gerçek bir tarımsal ürün artışı, ticaret ve manifaktürde zenginleşme başladığından iltizam benzeri usuller orada halk için yıkım olmadı. Devletler bu sayede güçlenip, dengeli bir gelişme sağladılar...”⁹⁸

Bu bölümde çeşitli devletlerin iltizam veya benzeri usullerine ilişkin özet niteliğinde bilgilere yer verilecektir. Tarihteki ve bugün bu sistemi uygulayan devletlerin, iltizam veya benzeri usulleri ne biçimde kurgulayıp, işlettikleri ancak daha detaylı başka bir çalışmanın konusu olabilir.

Modern zamanda(günümüzde) vergilerin tahsil edilmesi temel olarak hükümet tarafından yürütülen bir fonksiyon olarak görülür. Avrupa’da iltizam orta çağın geç döneminden itibaren geniş bir şekilde uygulandı. Fransa, İsveç, İngiltere, Danimarka Cumhuriyeti ve Prusya dışında Osmanlı, Orta Doğu ve Asya’da yerel şartlar altında bu sistemi kendi bölgelerine adapte ettiler.⁹⁹

‘Tax-farming’ kavramı, iltizam usulüyle vergi toplama faaliyetini ifade etmektedir. Avrupa’da kullanılan bu kavram uygulanış bakımından şöyle ifade edilebilir; ‘genellikle bu şekilde vergi toplamının her türü, yıllık bir götürü bedelle özel kişiler tarafından devlet adına ancak kendi hesaplarına yapılmakta idi.’¹⁰⁰ Bu tanımda yer alan hususlar, Osmanlı Devletindeki vergi toplamakla görevli ‘mültezimler’ açısından da geçerlidir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere; iltizam usulü bazı vergi kalemleri üzerinde özel kişilere bu vergileri toplama yetkisi vermekte ise de ilerleyen yıllarda vergi toplama işlemini haricinde başka alanlara da sirayet edecektir.¹⁰¹

‘Tax-farmer’ ile mültezim hukuki durumları bakımından birebir örtüşmemektedir. Zira mültezimi katıksız bir özel girişimci kabul etmek güçtür. İltizam usulü, faaliyetin genel olarak özel kişiler eliyle

97 **Günday**; 2003, s. 308-309.; **Gözler**, bu konuyu iki ana başlık altında ele almıştır. Bunlar; kamu hizmetinin kamu tüzel kişileri veya özel kişiler tarafından işletilmesidir. Kamu tarafından kamu hizmetlerinin işletilmesi emanet veya kamu kurumu usulünce iki şekilde meydana gelebilir. Özel kişiler tarafından kamu hizmetlerinin işletilmesi de tek-yanlı ve sözleşme ilişkisi içerisinde görevlendirme şeklinde ikiye ayrılır. İltizam usulü bu açıdan sözleşme ilişkisine dayalı bir görevlendirme niteliği taşır. **Bkz. Gözler**; 2015, s. 550-576.

98 **Ortaylı**, İlber; Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008, s. 227.

99 **Linnarsson**, Magnus; “Farming out state revenue: the debate about the General Customs Lease Company in Sweden (1723–65)”, *Parliaments, Estates and Representation*, 38:2, 2018, s. 176.

100 **Matuz**, Josef Eugen; “Contributions to the Ottoman Institution of the İltizam”, *Osmanlı Araştırmaları*, Cilt: 11, Sayı: 11, İstanbul, 1991, s. 240-241.

101 Örneğin; orman iltizamı, bazı hayvanların avlanmalarına dair iltizam, madenlerin ve gümrüklerin iltizamı gibi türler ortaya çıkmıştır.

gördürülmesi amacını taşıdığından, görevlendirilen kimsenin aynı zamanda ‘emin’ sıfatını da taşıyor olması mültezimin hukuki durumu üzerinde belirsizlikler yaratmaktadır. İlk bölümde ‘emanet’ bahsinde ifade ettiğimiz gibi bir mukataa üzerinde bir kişi emin ve mültezim hukuki statüsüne sahip olabilmektedir. Bu doğrultuda söz konusu şahıs özel girişimci olmasına rağmen ayrıca maaş alması üzerine aldığı sorumluluk bakımından şüpheli bir vaziyet halini alır.¹⁰²

‘Tax-farming’ ile ‘iltizam’ kavramlarını karşılaştırdıktan sonra devletlerin neden bu yola tevessül ettiklerini inceleyelim. Burada öncelikle yukarıda içinde bulunduğumuz başlığın akabinde alıntıladığımız Ortaylı’nın belirttiği iki neden bulunmaktadır. Bunlar; merkezi örgütün vergilerin toplanmasındaki güçsüzlüğü ve devletlerin mali sistemin işleyişi açısından öngörülebilir bir hazine kurmak için gelirlerin tez elden tahsilidir. Weber’e göre; vergi toplanması işleminin özel kişilere tahsis edilmesi, memurlara olan güvensizlik gerekçesiyle bağımlı bir idari mekanizmanın yoksunluğunun bir sonucu. ¹⁰³ Ayrıca bu yöntem ile vergi toplamak, devletlere kısa süreli kredi imkânı ve hazine açısından istikrarlı bir gelir akışı sağlamakta ise de doğrudan memurlar tarafından vergi tahsil etme yöntemine göre maliyetli oluşu bir dezavantajdı. ¹⁰⁴

Roma Cumhuriyeti hiçbir zaman kendi gelirlerini toplamak için kamusal bir düzen(işleyiş) oluşturmamıştır. Devlet gelirlerinin artışıyla bu gelir kalemleri sözleşme veya ‘tax-farming’ metoduyla özel kişilere bırakıldı. Roma’da *censor*’lar her beş yılda bir vilayet haraçlarını¹⁰⁵, ondalık vergilerini¹⁰⁶ ve gümrük gelirlerini toplama hakkını özel kişilere satardı. Bu kişiler; hükümete götürü bedeli, eş deyişle tek sefere mahsus bir bedeli, öder ve ödedikleri bu bedeli, hak kazandıkları bölgelerde hükümet birliklerinin yardımıyla zorla vergi toplayarak karşılardı. Hükümet böylece masrafsız ve gecikmesiz şekilde gelirlerine kavuşmuş olup, düzenli finansal bir sistem kurmaktan kurtulmuştu. ¹⁰⁷ Roma Cumhuriyeti ve Osmanlı Devletinde (ayrıca aynı dönemde Fransa ve İngiltere’de) uygulanan bu sistemde hükümet ile özel girişimci arasındaki sözleşme sabit bir kira sözleşmesi niteliğindedir. ¹⁰⁸

Fransa’da haksız ve aşırı vergilendirme Fransız ihtilaline zemin hazırladı. Tarihçilerin başkaca sebepleri öne sürmelerine rağmen bu mesele, devrim çalkantısının ilk günlerinde tartışmaların en merkezindeydi. Zira eski döneme karşı en büyük saldırılar ‘*ferme générale*’¹⁰⁹ adı verilen şirkete

102 **Bkz. Matuz**, 1991, s. 241.

103 **Weber**, Max; General Economic History (translated by Frank H. Knight), The Free Press, Illinois, 1950, s. 58-59.

104 **Bogart**, Dan / **Drelichman**, Mauricio / **Gelderblom**, Oscar / **Rosenthal**, Jean-Laurent; “*State and Private Institutions*”, The Cambridge Economic History of Modern Europe (Edited by Stephen Broadberry and Kevin H. O’Rourke), Volume: 1, Cambridge University Press, New York, 2010, s. 80.

105 ‘*tributes*’... Haraç vergisi olarak da isimlendirilebilir. Tanım olarak; “*bir hükümdar veya devlet tarafından diğer bir devlete boyun eğdirmenin kabulü veya barış, güvenlik, koruma vb. bedeli olarak ödenen belirtilmiş bir meblağ veya değerli bir şey.*” (<https://www.dictionaty.com/browse/tribute>) (Erişim Tarihi: 25-08-2020).

106 ‘*tithes*’... Aşar/Öşür vergisi olarak tanımlanır. Ancak bu isimlendirme İslam hukukundan müktesip olduğundan bu ismi tercih etmedik.

107 **Giles**, A. F.; A History Of Rome, T.C. & E.C. Jack, London, (yayın yılı bilinmiyor), s. 38-39.

108 Vergilerin toplanmasında uygulanan üç metot bulunmaktadır. Bu üç sözleşme türü; ortaklık, kiralama veya işçilik tipi şeklinde olur. İltizam usulü bir kiralama sözleşmesidir. İltizam usulü münhasıran sabit kira sözleşmesidir. Roma Cumhuriyetinde de bu şekilde gerçekleştirilmiştir. **Bkz. Coşgel**, Metin M. / **Miceli**, Thomas J.; “*Tax Collection in History*”, Public Finance Review, Volume: 37, Number: 4, s. 399-404.

109 Bu rejim/sistem; devrim öncesinde dolaylı vergilerin tahsilatını yönetmek için 1726’da kurulan özel bir şirket ifade

yönelikti. Vergiler yıldan yıla ekonomik dalgalanmalara bağlı olarak değişir ve devlet gelirleri, kral tarafından vergi toplayıcıları teşvik edilmediği müddetçe yetersiz kalır. Tüm hükümetler gibi devrim öncesinde Fransız monarşisi de teşvik için üç yöntem uygulamıştır. Bunlar; hükümet vergi toplayanlara bir ücret öder ve vergiden doğan tüm geliri alır, vergi toplayanlar hükümete vergi toplama hakkını elde etmek ve geliri elde tutmak üzere sabit bir kira öder ya da hükümet vergi tahsildarına vergi toplama hakkını kiralar ve geliri bölüşür.¹¹⁰

İngiltere’de iltizam sistemi on yedinci yüzyıla kadar uzun bir süre kullanıldı. Mültezimler Fransa’daki meslektaşları gibi mali aracı konumundaydılar. Fransa kralları 18. yüzyılda mali politikalarını iltizam sisteminin devamında görürken, İngiltere’de iltizam usulü gümrük iltizamları ve mallarının kamulaştırıldığı 1641 yılının başında kaldırıldı. Fransız sistemiyle karşılaştırıldığında; İngiliz sisteminde iltizam usulü, kredi problemini çözmeye yarayan temsili bir kurum niteliğindedir. Fakat Fransa bunun karşısında, İngilizlerin temsili nitelikteki kurumuna karşılık ‘*Company of General Farmers*’ gibi şirketlere bağımlı hale geldi.¹¹¹

İsveç’te iltizam usulüyle devlet gelirlerinin kiralanması 1500’lerin geç döneminde kullanılmaya başlandı. 17. yüzyıl başında hükümet vergi tahsilini havale etti ve yüzyıl ortalarında posta servislerini/ hizmetlerini kiralama usulünü başlattı. Ayrıca devlet, balıkçılık ve avcılık yerlerinin yanı sıra demir ve bakır gibi doğal kaynakları çıkarma haklarını sözleşme ile mültezimlere devretti. İsveç gümrük hizmetlerinin yönetimi modern dönemlerin başında sorunlu bir haldeydi. 17. yüzyıldan itibaren gümrük yönetimi, kiracı özel şirketler ve hükümet arasında çalkantılı vaziyettedir. 1600’lerde küçük bölgelerde gümrük yönetimi özel kişilere iltizam usulüyle devredildi. Büyük Kuzey Savaşlarında devlet hazinesini artırmak amacıyla gümrükleri iltizama verdi.¹¹²

B. ‘İLTİZAM’ USULÜNÜN UYGULANIŞI

Osmanlı Devletinde iltizam usulünün uygulanışına dair en önemli yazılı kanun metni; “*Taraf-ı Devlet-i Aliyyeden Dersaadetçe ve Taşraca İhale ve İlzam Olunacak Kaffe-i Aşar ve Rüsumatın Ne Veçhile Müzayede ve İhale Olunacağını ve Ne Suretle Taahhüt ve Kefaletle Rapt Kılınacağını Mübin Nizamname*”¹¹³sidir. Bu nizamnamede iltizam usulünün uygulanışına dair ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Nizamnamede yer alan düzenlemeler ışığında; ilk olarak ihale ve müzayede kuralları ve daha sonra mültezimin hukuki kişiliği/niteliği ayrıntılı şekilde ele alınacaktır.

eder. Bu şirket millileştirilmek üzere devrim döneminde 1791 yılında kaldırıldı. ‘*Ferme/çiftlik*’ kavramı, bir bedel karşılığında mülkün kiralanmasını ifade eden ‘*affermage*’ tabirinden gelir. (<http://www.linternaute.fr/expression/langue-francaise/16581/la-ferme-generale/>) (Erişim Tarihi: 26-08-2020).; Ayrıca bu şirket vergi gelirlerinin üçte birini kendi uhdesinde tutmaktaydı. **Linnarsson**; 2018, s. 177.

110 **White**, Eugene N.; “*France’s Slow Transition From Privatized to Government-Administered Tax Collection: Tax Farming in The Eighteenth Century*”, Working Paper, No. 2001-16, Rutgers University, Department of Economics, New Brunswick, 2001, s. 1-2.; Burada bahsedilen üç yöntem 108. dipnotta belirtilenlerin tekrarı niteliğindedir.

111 **Linnarsson**; 2018, s. 177-178.

112 **Linnarsson**; 2018, s. 180-181.

113 *Düster Tertib I*, Cilt 2, (18.03.1856), s. 41-46. Bu nizamname oldukça sonraki tarihe ait olmasına rağmen birçok düzenleme eskiden beri cari idi.

1. “İhale” Yönünden

Söz konusu nizamname hükümlerine göre öşür ve diğer vergilerin iltizama verilmesi noktasında ilk aşama bu vergi kalemlerin mültezimlere ihale edilmesidir. Nizamname daha ilk maddesinden uygulanacak olan ihale usulünü belirtmektedir. İltizama verilecek yerler mutlaka açık artırma usulü ile ihale edilmelidir.¹¹⁴ Burada 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’ndan bahsetmek gerekir. Zira kanunda yer alan ifadeyle kanun; “*kamu hukukuna tâbi olan veya kamunun denetimi altında bulunan veyahut kamu kaynağı kullanan kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları ihalelerde uygulanacak esas ve usulleri belirlemek*”(md. 1) amacını gütmektedir. Zikrettiğimiz nizamnamede de benzer şekilde yapılacak olan ihalelerin kamu/idare tarafından gerçekleştirileceği belirtilmiştir. Nizamnamenin adından da bariz şekilde “*devlet-i aliyye tarafından*” lafzı zikrolunmaktadır.

4734 Sayılı Kanun’a göre yapılacak ihalelerde açık ihale usulü ve belli istekliler arasında ihale usulü temel usullerdir (md. 5). Açık ihale(md. 19) ve belli istekliler arasında ihale(md. 20) usulleri arasındaki temel fark ihaleye katılım açısından ön yeterlilik şartı aranıp aranmamasıdır. İltizam usulünde birinci maddedeki kesinlik ifadesi ile de buradaki usulün açık ihale usulüne tekabül ettiğini ifade etmek gerekir.

Osmanlı Devletinde ihale usulü esasen mahallinde ve hazinece yapılan ihaleler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Günümüz Türk idare hukukunda kamu ihale kanununa bağlı ihaleler, Kamu İhale Kurumu nezdindeki “*Elektronik Kamu Alımları Platformu* (<https://ekap.kik.gov.tr/>)” web sitesi üzerinden ilan edilmektedir. İlanlar incelendiğinde hem mahalli idareler (örneğin Sakarya İl Sağlık Müdürlüğü’nce) tarafından açılan ihaleler olduğu gibi mahalli idare olmayıp merkezi idare veya merkezi idareye bağlı kurumların (örneğin T.C. Çevre ve Şehircilik Bakanlığı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı’nca) açtığı ihaleler de mevcuttur.

a) Mahallinde İhale

Osmanlı Devletinin idari teşkilatı kuruluşundan sonra topraklarının genişlemesiyle sistemli hale geldi. Osmanlı idari teşkilatı evvela büyük eyaletlerden oluşmaktadır. Merkeze bağlı olan bu eyaletler, kendi içinde *sancaklara*, sancaklar *kazalara*, kazalar da *nahiyelere* ayrılırdı. Nahiyeler de köylerden meydana gelmektedir.¹¹⁵ Taşralarda mültezimler arasında; her kazanın öşür gelirleri kaza meclislerinde her köy için, sancak meclislerinde her kaza için ayrı ayrı ihaleye konu olurdu.¹¹⁶ Bir mültezim iki kazayı deruhte edebilirken iki sancağı deruhte edemezdi.¹¹⁷ Bu iki kazayı da bir ihale

114 “*Devlet-i aliyyenin maktuiyet veçhile verilen emvalinin esas nizam-ı ihalesi mutlaka müzayede-i aleniyye olmağla nizamına tatbiken müzayede-i aleniyye olmaksızın kat’â aşar ve rüsumat ihale olunamayacaktır.*”(md. 1)

115 **Şirin**, Veli; Ana Hatlarıyla Siyasi ve Kültürel Osmanlı Tarihi, 3. Baskı, Marifet Yayınları, İstanbul, 2002, s. 194.

116 “*Taşralarda her bir kazanın varidat-ı öşriyyesi evvela kaza meclisinde köy be köy ve bahdehu sancak meclisinde ve sonra dahi reis-i eyaletinde memurîn-i mevcude hazır oldukları halde talipleri beyinde kaza be kaza müzayede olunup...*”(md. 2)

117 “*...bir mültezimin ayrı ayrı müzayede ile bir sancak dâhilinde olarak istediği kadar kazanın varidat-ı öşriyye rüsumiyyesini alabilmeyi caiz olacak ise de iki sancağın bir mültezim uhdesinde içtima-ı tecviz kılınmayacaktır.*”(md. 4)

altında alamaz, her iki kaza için de ayrı ayrı ihale edilmesi diğer bir ifadeyle açık artırmaya konu olması gerekir.

Bu düzenleme 21 Kasım 1855 Tarihli “*Varidat-ı Öşriyyenin Karye Be Karye İhalesi Hakkında Zeyl Nizam*”¹¹⁸ adlı bir ek düzenleme ile değişikliğe uğramıştır. Ek düzenlemenin birinci maddesine göre; “*her kazanın aşarı karye be karye merkez kazada müzayede olunacak bunlar evvelki gibi ne liva ve ne vilayet merkezlerinde ve ne de maliye nezaret-i celilesinde tekrar mezada konulmayacaktır.*”

Bu nizamname, yalnızca öşür vergisinin değil diğer rüsumatın/vergi kalemlerinin de iltizama verilebileceğini öngörmektedir. Genel kural vergilerin 1 seneliğine iltizama verilebileceğini düzenlemiştir. Ancak gümrük, zeytin öşürü ve balık avcılığı iltizamları iki seneliğine, adi öşür eş deyişle zeytin öşürü dışındaki öşür vergileri 1 seneliğine veya icabına göre 2 seneliğine ve son olarak miri/devlete ait çiftlikler ve memlahalar 2 seneden 5 seneye kadar iltizama verilebilirdi.¹¹⁹

Mahallinde ihale edilecek olan iltizama konu vergi kalemlerinden resimler, Rumi takvimin altıncı ayından on birinci ayın başına kadar, öşürler ise bir sonraki yılın ikinci ayının sonuna kadar iltizama verilmesi gerekir.¹²⁰ Ayrıca ihale edilecek olan tüm vergi kalemleri deftere geçirilecek olup açık artırma öncesinde *Takvim-i Vekayi* ve *Ceride-i Havadis* gazetelerinde ilan olunması gerekmektedir.¹²¹ Kamu İhale Kanununun 13. Maddesinde yapılacak ilanların niteliklerine göre kaç gün önceden ve hangi usulle ilan edilmesi gerektiğini ayrıntılarıyla düzenlemiştir. İltizam ihaleleri için Osmanlı döneminde bu denli ayrıntılı bedeller düzenlenmemiştir. Bu hususta nizamname hukuki güvenlik adına başka bir çare düzenlemiştir. Nizamnameye göre; gerek mahallinde ve gerek hazinedeki müzayedelerde müzayede pusulaları layıkıyla herkese irae(bildirme) ve ilan olunacaktır. Bu pusulalar mahallinde ihale edilecek durumlar mahalli memurları huzurunda alenen talep doğrultusunda zam ve kayıt olunacaktır.¹²²

Mahallinde ihale olunan vergi kalemlerinin müzayede neticesinde gerekli bedele ulaşması ve artırma peylerinin kesilmesinin ardından mal memuru ihaleyi kazanan mültezime kazanın ismini, ihale tarihini ve ihale sonucu elde edilen bedeli havi bir pusula teslim eder. Daha sonra kendisine ihaleyi deruhte ettiğine dair bir karar-dade verilecektir.¹²³ Gerçekleştirilen açık artırma sırasında kanuna

118 Düstur Tertib I, Cilt 2, (27.03.1872), s. 47-48.

119 “*Adi rüsumat bir senelik ve gümrük ve zeytin aşarı ve balık saydiyyesi seneteyn(iki sene) ve aşar sene-i vahide(bir sene) ve icabına göre seneteyn ve imarlarına dikkat olunmak şartıyla emlak-ı miriyye çiftlikatı ve memlehalar iki seneden nihayet beş seneye kadar olmak üzere ihale ve ilzam olunacaktır.*”(md. 5)

120 “*Mahallerince müzayedeye eylülden beda’ olunup evvela rüsumat ve müteakiben aşar mezata çıkarılarak kanun-i sani iptidasına kadar müddette rüsumat ve nisan gayetine kadar zamanda aşardan ikinci maddede beyan bulunan şeraite tatbiken ilzam olunanların ihale ve ilzam olunamayanların müzayede defterleri behe-mehal hazine-i celileye takdim kılınacaktır.*”(md. 6)

121 “*Beher sene satılacak kaffe-i aşar ve rüsumat kaç kalemden ibaret ise defteri tanzim ve emr-i müzayedeye şüru’dan mukaddem takvim-i vekayi ve ceride-i havadis nüshalarına derç ile ilan olunduktan sonra..*”(md. 8)

122 “*Gerek hazine-i celilede ve gerek taşralarda müzayede pusulaları layıkıyla herkese irae ve ilan olunacak ve iltizam alacak mültezimin dersaadette ise mahall-i müzayedede bulunacak memur-in-i hazine ve taşralarda ise memur-in-i mahalliye huzurunda alenen zam edecek ve kayıt ettirecektir.*”(md. 10)

123 “*Taşralarda müzayede olunan iltizamattan ikinci maddede beyan olunan bedellere vasıl olarak ihale olunacak olan aşar ve rüsumattan rağbat-ı mültezimin münkatı’ olduktan sonra mal memuru kalemiyle nihayet-i Pey tabiri ve tarihi tahrir*

aykırı hareketlerde bulunan ve her türlü hileye karışan kişilere, memur ve sair yetkili kişiler gerekli cezayı vermek mecburiyetindedirler.¹²⁴ Buna ilaveten açık artırma sırasında her türlü yazılı ve sözlü iltimas/ayrıcılık yasaklanmıştır.¹²⁵

Yukarıda sayılan tedbirlere nazaran Kamu İhale Kanunu da gerekli tedbirleri almıştır. Öncelikle Kanun 17. maddesinde ihalelerde hangi fiil veya davranışların yasaklandığını belirtmiştir. Daha sonra maddede belirtilen bu fiil veya davranışları işleyen kişilere yönelik hangi tedbirleri alacağını ise dördüncü kısımda(58-59-60-61. maddelerde) ifade etmiştir.

b) Hazinece İhale

Mahallinde ihale olunan iltizama konu vergi kalemleri benzer şekilde bazı durumlarda hazinede de ihale olunabilmekte, diğer bir ifadeyle müzayedeye konulabilmektedir. Tüm öşür ve rüsumat eyalet ve sancak meclislerinde ikinci ve üçüncü maddedeki gerekli bedeli bulamadığı takdirde bu kalemler hazine-i celile tarafından her kaza ayrı ayrı ihale edilecektir.¹²⁶

İhale edilecek olan yerlerin mahallinde icra edilebilmesi için; resimlerin takvimin altıncı ve onuncu ayları içerisinde, öşürlerin bir sonraki yılın ikinci ayının sonuna kadar yapılması gerektiğini yukarıda belirtmiştik. Bu müddet zarfında ihale ve ilzam edilemeyen yerlerin defterleri acil surette hazineye gönderilir.¹²⁷ Daha sonra hazine-i celileye intikal eden bu yerlerin, iki ay içerisinde parça parça açık artırmaya çıkarılacağı düzenlenmiştir.¹²⁸

Hazine tarafından gerçekleştirilecek olan müzayedeler İstanbul'da Maliye Nezareti nezdinde haftada iki veya icabına göre üç veya dört gün içinde icra edileceği düzenlenmiş olup mültezim ve onlara kefalet edecek sarraflar ve saire kişiler ayrıca celp ile çağrılacaktır.¹²⁹

olunup kimin üzerinde kalmış ise yedine ol kazanın ismini ve nihayet-i pey üzerinde kaldığını mübin pusula verilecek ve on bir gün sonra karar-dâdesi ve o zaman dahi tarih yazılıp buyuruldusu velat-ı izam ve mutasarrıfın-i kiram canibinden ita kılınacaktır.”(md. 12)

124 “Bir iltizamın hin-i müzayedede ve ihalesinde hilaf-ı nizam memurın ve saire taraflarından hile ve hudâ zuhur eder ise bermuktezayı kanun-u teldip olunacaktır.”(md. 15)

125 “Aşar ve rüsumat müzayedesi esnasında mültezimin haklarında büyük ve küçük her kim olur ise olsun şifahen ve tahriren iltimas vuku bil-küllüye memnudur.”(md. 16)

126 “Kâffe-i aşar ve rüsumat gerek sancak ve eyalet meclislerinde ve gerek ikinci ve üçüncü maddelerde beyan olunan bedelleri bulamayarak defterleri yürüdünda hazine-i celilede kaza be kaza müzayedede ve ihale olunacak...”(md. 4)

127 **Bkz.** 36 nolu dipnot.

128 “...ihale olunamayan müzayedede defterleri varid olan iltizamat nizam-ı mevzuu mucibince hazine-i celilede bil-müzayedede rüsumat şubat gayetine ve aşar haziran nihayetine kadar müddette ihale ve ilzam olunacaktır.”(md. 7)

129 “Dersaadette emr-i müzayedede haftada iki ve iktizasına göre üç ve dört gün maliye nezaret-i celilesi nezdinde memurlarından lazım gelenler hazır buldukları halde iltizam deruhte edecek mültezimin ve sarrafân ve saire celp ile icra olunacaktır.”(md. 9)

2. “Mültezim” Yönünden

a) Sarraflar

İlk bölümde detaylıca arz ettiğimiz üzere, iltizam sözleşmeleri başlarda kısa süreli sözleşmelerdi. Daha sonra malikâne usulünün uygulanması üzerine, bu sözleşmelere kefil olacak şahısların varlığına ihtiyaç duyuldu.¹³⁰ İncelemekte olduğumuz bu nizamname de görüldüğü üzere uzun süreli olmayan (klasik tipteki) iltizam sözleşmeleri açısından da sarraflık kurumuna yer verilmiştir.¹³¹ Yüksek faizle borçlar da veren sarraflar; “altın, madeni ve kâğıt paraları birbiriyle değiştirmeyi, bozmayı, tahvil alış verişini yapmayı meslek edinmiş kimse”¹³² olarak tanımlanabilir. Sarraflar yalnızca mültezimlere kefalet etmemekte ayrıca kendi uhdeleri üzerine iltizamen mukataaları alabilmektedirler.

b) Mültezimin Kişiliği

İstanbul’da muteber sarraf ve taşralarda mültezimler veya birlikte iltizam almışlarsa tüm ortaklar bu iltizam eyledikleri bu mukataaları bizzat mahalline gidip kendileri işletebilir veyahut yine mahallerinde başkalarına iltizam edebilirler.¹³³ Bu düzenlemeden sarrafların da mültezim sıfatını haiz şekilde mukataaları iltizam edebileceği ve en önemlisi mültezimlerin söz konusu mukataaları bizzat işletmekle mükellef olmadıkları sonucu çıkmaktadır. Keza ilk bölümde bu hususu ‘alt mültezimlik’ tabiriyle ifade etmiştik. Mültezimin idare ile arasında bir sözleşme ilişkisi olmasına rağmen buna ilaveten alt mültezimin de (asıl) mültezim ile arasında bir sözleşme ilişkisi mevcuttur. Alt mültezim ile idare arasında sözleşme ilişkisinin mevcut olup olmadığı ve tüm bu süreç(alt mültezimlik) hakkında hukuki değerlendirmeyi son bölümde ifade edeceğiz.

Bir mukataayı iltizam edecek olan şahıs kamu görevlisi(memur) ise iltizamı deruhte etmesi durumunda memurluğundan istifa etmesi gerekir.¹³⁴ İlk bölümde hukuki bir statü belirten emin ve mültezim kavramlarının birlikte kullanıldığı durumların varlığından bahsetmiştik. Bu kişiler hem emin sıfatıyla devlet görevliliğine devam ederken, diğer yandan mültezim sıfatıyla özel bir girişimci gibi mukataayı işletmekte ve kazanç elde etmekte idi. Ayrıntılı incelemede bulunduğumuz

130 “Vergi toplama sürecinde kısa vadeli iltizam kontratlarından uzun vadeli malikâne düzenine geçilmesi ve merkezi devletin ödemelerin daha büyük bir bölümünü peşin olarak talep etmesi, iltizam müzayedelerine katılanların kendilerine daha güçlü ve daha uzun vadeli finansman kaynakları bulmaları zorunluluğunu ortaya çıkardı.” Pamuk; 2007, s. 150.

131 Sarraflık kurumuna arşiv belgelerinden örnek olarak; “...müşirlik ve feriklik veçhile tanzim ve tecdit olunan eyalat-i malumede kaim kâffe-i iltizam ve mukataat müşiran-ı izam ve ferikan-ı kiram hazeratı uhdelere şerayit-i malume ve sarrafları taahhütleriyle icra olunmuş... mültezime ihale olunacak iltizam her ne ise mültezim-i merkumun sarrafının kendi sarraflarına taahhüt ve kabul ettirilmesini ve kusur-ı idare eyleyecekleri iltizam ve irae olunacak temettuat için dahi peyderpey akçe götürüleceği hususlarında sarraflarını iktizası veçhile temin ve keyfiyetinin bu tarafa tahrir ve tebeyyün eylemeleri...” C..ML.. (320:13161) T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

132 Kubbealtı Lugatı, ‘Sarraf’ maddesi. (<http://lugatim.com/>) (Erişim Tarihi: 02-09-2020)

133 “Dersaadette muteber sarraf ve taşralarda dahi kaviyy kefil gösteren ve tebâ-i devlet-i aliyyeden kâffe-i mültezimin ve ahali ve köylü müşterek ise kâffe-i şerikleri birlikte olarak alacakları iltizamı bizzat mahalline gidip kendileri idare ve yahut yine bizzat mahallinde maktu’an aharına ilzam etmek şartıyla deruhte edebileceklerdir...”(md. 17)

134 “...dersaadette ve taşralarda muvazzaf ve gayrimuvazzaf memuriyet ve hizmette bulunan bendegan-ı devlet-i aliyyeden iltizam almak isteyenler terk-i memuriyet etmeğe mecbur olacaklardır.”(md. 17)

bu nizamname doğrultusunda bu uygulamanın terk edildiği anlaşılmaktadır. Zira bu nizamname iltizam uygulamasının başlangıcından çok sonraki bir tarihte düzenlemeye girmiştir.

Günümüzde devlet memurlarının ticari bir faaliyette bulunamayacağı kabul edilmektedir. Bu husus “devlet memurlarının ticaret ve diğer kazanç getirici faaliyetlerde bulunma yasağı” olarak Devlet Memurları Kanununun 28. maddesi başlığında yer almaktadır. Bu maddeden¹³⁵ hareketle devlet memurları herhangi bir idari sözleşmede taraf olma niteliğini haiz değildir. Ancak örneğin idare tarafından imtiyaz sözleşmesi imzalanan imtiyaz sahibi anonim şirkete, şirket organlarında görev almamaları kaydıyla, ortak olmasında sorun yoktur.¹³⁶

Aşar ve sair rüsumat mukataalarının ihaleleri veçhile müzayedeleri sırasında mültezimlerin bulunmadığı durumlarda kendisine vekâlet etmek üzere vekili müzayedeye katılabilmektedir.¹³⁷ İhaleler neticesinde söz konusu mukataaları mültezim veya mültezimler müştereken deruhte edebilmektedir. Eş deyişle, birlikte(müşterek) iltizam usulüne söz konusu nizamname cevaz vermiştir. Müzayede sırasında ortakları temsilen ortaklardan birisinin bulunması şarttır. Daha sonra ortaklar bir şirket kurar iseler hazine ihalede bulunan ortak dışında kimseyi muhatap kabul etmeyecektir.¹³⁸

Gerek hazine ve gerek mahallinde vali ve mutasarrıflar(kaymakamlar) tarafından ihale edilen mukataaların mültezimler tarafından kurallara ve kendilerine ita edilen fermanlara aykırı hareketle bulunmaları durumunda, oluşan zararlar tazmin ettirilip ceza kanunu gereklerine göre haklarında cezai işlem uygulanacaktır.¹³⁹

Aşar ve sair rüsumat mukataaların ihaleleri sırasında açık artırmada pey sürecek mültezimler; söz konusu vergi kalemi oluşturan yerin İstanbul’da olması durumunda *sarrafi*, taşralarda olması durumunda ise *kefil* göstermeleri gerekmektedir. Bu kişiler; kimin, hangi yılda ve ne miktar üzerinde taahhütte bulunduğunu gösterir bir senedi mültezimlere teslim etmek mecburiyetindedir.¹⁴⁰ İfade

135 “Memurlar Türk Ticaret Kanununa göre (Tacir) veya (Esnaf) sayılmalarını gerektirecek bir faaliyette bulunamaz, ticaret ve sanayi müesseselerinde görev alamaz, ticari mümessil veya ticari vekil veya kollektif şirketlerde ortak veya komandit şirkette komandite ortak olamazlar. (Görevli oldukları kurumların iştiraklerinde kurumlarını temsilen alacakları görevler hariç). Memurlar, mesleki faaliyette veya serbest meslek icrasında bulunmak üzere ofis, büro, muayenehane ve benzeri yerler açamaz; gerçek kişilere, özel hukuk tüzel kişilerine veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarına ait herhangi bir iş yerinde veya vakıf yükseköğretim kurumlarında çalışamaz.”(md. 28/1)

136 **Yerebasmaz**, Yasin; “657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011, s. 1190-1191.

137 “Hazine-i celile müzayedesinde aşar ve rüsumat deruhte edecek mültezim kendi ve yahut vekili ispat-ı vücud edecektir...”(md. 18)

138 “Müştereken iltizam deruhtesi tecviz olunacak ise de hin-i müzayedede cümle şürekâ namuna meydanda bulunması lazım gelip bade’l-iltizam akd-i şirket olunur ise icabı halinde hazine-i celile iltizam ve ihale eylediği mültezimi tanıyıp o makule şerikleri asla bilmeyecektir.”(md. 19)

139 “İkinci maddede beyan olunduğu üzere gerek taşralarda vali ve mutasarrıfının ba-buyruldu ihale edeceği ve gerek hazinenin bizzat iltizam eyleyeceği aşar ve rüsumatın suret-i tahsil ve idaresini mutazammın matbu nizamnameleri ihale ferman-ı alileri derunlarına leff olunacağından onların ahkâmına ve nizamat-ı müessesesine muğayir hareket-i taaddisi tebeyyün eden mültezimin mehuzat-ı zulmiyyesi tazmin ettirilecek ve kanun-u ceza ahkâmına tatbiken haklarında tedibat-ı lazıme dahi icra kılınacaktır.”(md. 20)

140 “Aşar ve rüsumata pey sürecek mültezimlerin darsaadetçe ise sarrafi ve taşralarca ise kefil irae eyleyecekleri ashab-ı itibar taraflarından filan seneye mahsuben falanca adamın şu kadar bin keseliğe kadar deruhte eyleyeceği aşar ve rüsumata

edildiği üzere kefil ve sarraflar mukataaları; kendi uhdelerinde iltizama almak istedikleri zaman, kendileri de ayrıca sarraf ve kefil göstermek zorundadır.¹⁴¹

Kefil ve sarrafların mültezimlere kefaleti idarenin uygun bulmasına bağlıdır. Zira sarrafların mültezimlere verdikleri itimat yollu senetlerin hazine ile sarraf arasındaki alış verişini karşılamaz durumda ise idare bu senet kabul olunmaz ancak bu meblağı karşılar bir sarraf ortaklığı bulunursa kabul olunacaktır.¹⁴² Benzer durum kefiller açısından da geçerlidir. Taşralarda mültezimlere kefil olacak kişilerin servetleri (sancak) meclislerinde sayılarak vali ve mal memurlarına bildirilir.¹⁴³

3. Sarrafların Yapacağı Ödemelerin Şekli

a) İbraz Edilen Senetlerin Durumu

Sarraflar tarafından yapılacak ödemeye ilişkin Osmanlının 19. Yüzyıl sonlarına doğru getirdiği düzenleme; “*Hazine-i Celileden İhale ve İltizam Olunan Varidat-ı Öşriyye ve Rüşumiyyenin Müteahhitleri Tarafından Suret-i Tediyesini Mübin Nizamnamedir.*”¹⁴⁴

Öşür ve diğer rüşumatın taliplerine ihale edilmesi sırasında mültezimlerin kendilerine kefalette ve taahhütte bulunacak sarraf ve gereğine göre kefil göstermesi gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Bu kişiler kefaletlerini taahhüt içeren bir senet ibrazı ile icra etmektedirler.¹⁴⁵ Bu senetlerde belirtilen taahhütler ihale bedelinin yıllık taksitlerinden meydana gelir. Her sene(taksit) için ayrı ayrı senet gösterilmektedir.¹⁴⁶

Zikredilen nizamnameye göre senetlerde belirtilen taahhütlerin taksit günlerinde ödenmediği durumlarda cezai şart öngörülmüştür. Bu cezai şart senetten senede değişir halde olmayıp sabit bir bedel olduğu görülmektedir.¹⁴⁷ Şayet müteahhit/sarraf taksiti ödemesi gereken ayda ödeyemez ve bir sonraki aya intikal ederse cezai şart iki katına çıkar. Bu ayda da ödeyememesi halinde hazine

müteahhit ve kefil deyu memhur ve mevşuk senet ibraz ve ita olunmadıkça peyleri muteber olmayacak...”(md. 21)

141 “*Küfela ve sarrafânın kendi isimlerine alacaklar iltizamata kendi kefalet ve taahhütleri muteber olmayacağından ahar kefil ve müteahhit iraesine muhtaç olacaklardır.*”(md. 22)

142 “*Sarrafañın beher sene derece-i itibarlarına ve hazine ile olan ahz ve itaları muamelatına tatbiken nizam-ı kadimi mucibince tayin-i had olunup mültezimin yedlerine verecekleri itimatname yollu senetlerde muharrer mebalig derece-i mahdudelerini tecavüz eder ise kabul olunmayacaktır ve fakat derece-i muinesini tecavüz etmeyen diğer sarraflar müşareket eder ve yahut derece-i mahdudesini tecavüz ettikten sonra ahar sarrafı kefil irae eyler ise kabul kılınacaktır.*”(md. 23)

143 “*Taşralarda teba-i devlet-i aliyyeden mültezimine kefil olacak ahab-ı itibarın derece-i servet ve iktidarları mecalis-i mevcudedede tayin ve tahdid olunarak ba-mazbata vali ve mal memurlarına beyan olunacaktır.*”(md. 24)

144 Düstur Tertib I, Cilt 2, (13.07.1858), s. 49-54.

145 “*Müteahhit olan kimse mültezimin mütekeffili olduğunu ihalât nizamnamesinde beyan olunduğu veçhile ber-mutad bir taahhüt senedi vereceğinden...*”(md. 1)

146 “*Seneteyn veyahut daha ziyade müddet için ilzam olunan varidatın ilk senesi taksiti madde-i sabıkada beyan olunan usul veçhile senedine derç olunup ileri seneler için başka başka alınacak senetlerde...*”(md. 2)

147 “*Varidat müteahhidi vermiş oldukları senedin tekasidini günü gününe vermeyip de o ayın içinde her kaç gün tehhür eyler ise muahhiren verilen karar mucibince beş yüz akçe hesabıyla güzeştesiyle beraber tediye mecbur olacaktır.*”(md. 3)

kendisinden ayrıca teminat talebinde bulunur, sarraf teminat göstermemesi durumunda kendisine gerekli takibat başlatılır.¹⁴⁸

b) Taksitlerin Ödenmesine Engel Durumlar

Mültezimlere kefalette bulunan müteahhitlerin verecekleri senetler doğrultusunda taksitlerini zamanında ödemeleri gerektiği ve ay hesabı ile geciktikleri durumda belli bir cezai bedeli ödemekle mükellef oldukları, iki aydan fazla vakittir borçlarını ifa etmedikleri durumda ise teminat göstermeğe mecbur oldukları aksi takdirde haklarında gerekli takibatın yapılacağı yukarıda belirtilmiştir. Burada aktarılan mesele, iltizam verilen alanda/bölgede doğabilecek sıkıntılar sebebiyle vergilerin toplanamaması ve bu nedenle taksitlerin ifa edilememesi gibi durumların idarece hangi hal ve vaziyette kabul görüleceğine ilişkindir.

Yukarıda zikrettiğimiz nizamname 4 hal üzere düzenlenmiştir. Birincisi; savaş, bağy(haddi aşma/azgınlık) veya büyük bir ihtilal ve isyan durumunda bölgenin idaresinin sağlanamaz hale gelmesidir. İkincisi, mültezime verilmiş bir bölgenin mahsulatının tamamen mahvolması veya varidatın(gelirlerinin) bilcümle telef olması gibi olağanüstü bir durumun varlığıdır. Üçüncüsü, ihale sonrasında bazı gelir kalemlerinin yüce irade ile ilgası durumudur. Son olarak dördüncüsü, ihale sırasındaki tarifenin değiştirilerek bazı vergilerin düşürülmesi durumudur. Bu dört durumdan herhangi birisi vuku bulduğu zaman; mültezimlerin gerek kazancı sağlayamaması durumunda, müteahhit doğrudan maliye nezaretine dayandığı gerekçeyi belirterek bedelin düşürülmesini dilekçeyle bildirmelidir.¹⁴⁹ Nizamnamenin 5. maddesinde belirtilen dört durum dışında taksitlerin ifasının durdurulması için sürülecek her tür sebep caiz olmayacak, kabul edilmeyecektir. Zira öşür ve sair rüsumatın ihale edilmesiyle bu bölgelerin kar ve zararı mültezime aittir.¹⁵⁰

Hazinece ihale edilen yerlerde mültezime kefalette bulunan sarraflar ihale bedellerinin taksitlerini bizzat ifa etmekle mecburdur. İstanbul'da uygulanan bu sistem ile idare öncelikle ihale bedelinin taksiti için sarrafa başvurmaktadır.¹⁵¹ Görüldüğü üzere buradaki uygulama, kefaletten ziyade borcun nakline yakın bir müessesedir. İdare sarrafa borcun ifası talebiyle başvurduğu zaman, sarraf

148 “Bend-i sabıkda beyan olunduğu üzere bir ayın tehhür eden taksidini müteahhidi ol ayın içinde beş yüz akçe hesabıyla güzestesiyile beraber tediye edemeyip de ikinci aya tehir eder ve ol ayın içinde dahi nizami veçhile bin akçe güzestesiyile tediye edemez ise hazine-i celile kendisinden teminat talebine mecbur olacaktır ve şayet teminat-ı matlubeyi icra edemez ise o halde hakkında muamele-i nizamiyye icra kılınacaktır.”(md. 4)

149 “Varidat-ı öşriyye ve rüsumiyyesi taht-ı taahhütte bulunan bir mahalde evvela hûdanekerde muharebe vukuuyyla veya bir bağy zuhuruyyla veyahut büyük bir ihtilal ve isyan hudusuyyla idare-i mahalliyyeye inkıta veya sekte gelmesi saniyen bir mahallin mahsulatı kâmilen mahv olarak varidatın bil-külliye telef olması gibi fevkalade bir halin zuhur eylemesi salisen bâdel-ihale bazı varidatın ba-irade-i seniyye külliyyen ref'i rabian hîn-i ihalede olan tarifenin tağyiriyle bazı rüsumat miktarının tenzil olunması esbabına mebni mültezimler aşar ve rüsumata destres olamadıkları halde işbu rüsumatın müteahhidi derhal makam-ı nezaret-i celile-yi maliyye tahriren beyan-ı keyfiyyet ile bedelin tevkifini istida eyledikde...”(md. 5)

150 “Beşinci maddede muharrer mevadd-ı erbaâdan maada tevkif-i taksit için hiçbir guna esbap serd ve kabulü caiz olmayıp bunların kar ve zararı mültezime ait ve raci' olacak ve mevadd-ı erbaâ-i mezkureden maada hiçbir sebeple tevkif-i taksit iddiası hazinece kabul olunmayacaktır”(md. 7)

151 “İltizam bedelleri İstanbul'da sarraflar tarafından ödenirken, eyaletlerde durumun farklı olduğu, mültezimler tarafından yapıldığı anlaşılıyor.” Şener, Abdülâtilif, Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, İşaret Yayınları, İstanbul, Mayıs 1990, s. 126.

başka alacaklarını bu borca karşılık gösteremez. Bu durumda borçlunun temerrüdünden bahsetmek mümkündür. Borçlunun temerrüdü durumunda uygulamanın nasıl olacağını yukarıda ifade ettik. Bu düzenlemeden kasıt, hazine gelirlerinin nakden ve acilen tahsil edilmesidir.¹⁵²

C. İltizam Usulünün Kaldırılması

“...hiçbir vakitte semere-i nâfiyası görülemeyen iltizâmât usûl-i muzırrası el-yevm cârî olarak bu ise bir memleketin mesâlih-i siyâsiye ve umûr-ı mâliyesini bir adamın yed-i ihtiyârına ve belki pençe-i cebr u kahrına teslim demek olarak ol dahi eger zâten bir iyice adam değilse hemân kendi çıkarına bakıp cemî-i harekât ü sekenâtı gadr u zulmden ibâret olmasıyla...”¹⁵³

Tanzimat Fermanı’nda yer alan bu ifadelerle iltizam usulü lağvedilmiştir. Alıntıdan hareketle; hiçbir faydası görülmeyen bu sistemin ilgasına dair gösterilen sebep, yürürlükte bulunduğu sürede devletin siyasi ve mali işlerini bir kişinin eline bırakmaktadır. Söz konusu mültezim belli bir bedeli ödemekle hak sahibi olduğu süre boyunca elde ettiği kar kendisine kalacağından dolayı halka zulmetmesi olağan bir durum olacaktır.

İslahat Fermanı’nda öşür vergisi temelinde diğer tüm vergilerde de geçerli olmak üzere iltizam usulünün terkedilerek yerine bu vergilerin toplanması işleminin emaneten yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu süreçte devlet memurları ve meclis üyelerinden herhangi birisinin söz konusu vergi kalemlerinden birini iltizam suretiyle deruhte etmemeleri veya hissedar olmamaları için ağır bir ceza öngörülmesi gerektiği ifade edilmiştir:

“...işbu tekâlif ve alelhusus aşarın ahz u istifasında vukû bulmakta olan sû-i istimalâtın islâhı tedabir-i seriası mütalâa ve müzakere olunup doğrudan doğruya ahz-i vergi etmek usulünün peyderpey icrâsı kabil oldukça vâridâtı Devlet-i Âliyye’mün ilzam olunması usulünün yerine bu sûret ittihaz kılınıp usûl-i haliye câri oldukça memurîn-i Devlet-i Âliyye’m ve mecâlis âzâlarının müzayedeleri alenen icrâ olunacak olan iltizamâtтан birini deruhte ettirmeleri veya bir gûna hisse almaları mücazaât-ı şedide ile men’ kılınması...”¹⁵⁴

İltizam sistemine yönelik büyük eleştirilerin neticesinde öşür/aşar vergisi kaldırıldı.¹⁵⁵ Öşür diğer vergilerden bağımsız olarak iltizam sistemiyle arasında derin bir bağ bulunmaktadır. Zira

152 “Hazine-i celile emvalini müteahhit olduğu sarraflardan aramak lazım geleceğinden bunların içlerinden bazıları şunda bunda olan alacaklarından havale ile ifa-yı deyne kalkışacak oldukları yani taahhüt etmiş olduğu mali mülteziminden tahsil edip mukabilinde ahir mahallde olan alacağını gösterdiği halde kabul olunmayıp kendisinden tahsil edilecektir.”(md. 12)

153 **MFB (48)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri. Latinize edilmiş transkript için **bkz.** (<http://www.muhammedrembalci.com/hukukdunyasi/belgeler/233.pdf>) (Erişim tarihi: 07-09-2020)

154 **MFB (663)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri. Latinize edilmiş transkript için **bkz.** (<http://www.muhammedrembalci.com/hukukdunyasi/belgeler/231.pdf>) (Erişim tarihi: 07-09-2020)

155 “Aşar dolayısıyla ötede beride belirilmiş olan bir takım kuvvetler ortadan kaldırılmıştır. Birçok yerlerde büyük evler, kâşaneler gördünüz, bunların sahiplerinin ne işle meşgul olduğunu sorduğunuz zaman iltizam derlerdi. Aşar mültezimi derlerdi. Artık köylüler üzerinden bu yük kalkmıştır. Mültezimlere yapılan hizmet de yine büyüktür. Aşara binaen tembel, tembel yalnız üç ay çalışarak yaşamaya alışmış olan insanlar aşarın ilgasıyla doğrudan doğruya kendilerine iş bulmaya mecbur olmuşlardır. Bu suretle onlar da faal birer uzuv olmuşlardır ve memleketi nafi olacaklardır. İkinci Büyük Millet Meclisinin

tımar sisteminin ilgasıyla yerine ikame edilecek sistem iltizam usulü oldu.¹⁵⁶ Tanzimat ve Islahat fermanlarında her ne kadar kesin bir dilde lağvedildiği, yasaklandığı ifade edilse de bu sistem, yirminci yüzyılın başlarında dahi yürürlüğe sahipti.¹⁵⁷

IV. İDARİ SÖZLEŞMELER İŞİĞİNDA ‘İLTİZAM’ SÖZLEŞMELERİ

İdare hukukunda sözleşme kavramını tanımlamak gerekirse; “sözleşme, belli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla idare ile ilgili özel kişinin karşılıklı ve birbirine uygun olarak yaptıkları irade açıklamalarıdır.”¹⁵⁸ Diğer bir ifadeyle; idare hukuku dâhilindeki sözleşme kavramının özel hukuk bünyesindeki karşılığından ayırım noktası, sözleşme ilişkisi içerisindeki taraflardan birinin idare olmasına dayanmaktadır. Bu şekilde yapılan sözleşmelere genel itibarıyla ‘idarenin sözleşmeleri’ adı verilir.¹⁵⁹ İdarenin sözleşmeleri ile idari sözleşme kavramlarının birbirinden ayrılması gerekir. Bu ayrımın temeli; idarenin sözleşmelerinin bir kısmının özel hukuk hükümlerine, idari sözleşmelerin ise idare hukuku hükümlerine tabi olmasına dayanmaktadır.¹⁶⁰

A. GENEL OLARAK İDARİ SÖZLEŞMELER

Danıştay’a göre bir sözleşmenin idari sözleşme niteliği kazanabilmesi için; “taraflardan birinin idare olması, sözleşme konusunun kamu hizmetine ilişkin bulunması ve idareye ayrıcalık ve üstünlük tanınması gerekmektedir.”¹⁶¹ Aynı doğrultuda idare hukuku doktrinde de benzer şekilde bir sözleşmenin idari sözleşmesi niteliğini haiz olması için şu 3 kriteri taşıması gerekmektedir:

- i. Sözleşmenin taraflarından en az birinin İdare olması
- ii. Sözleşmenin konusunun kamu hizmeti ile ilgili olması
- iii. Tarafların idareye üstün yetkiler tanımak suretiyle sözleşmeye idari karakter bahşetmek maksadını takip etmiş bulunmaları gerekir.¹⁶²

en büyük mali eserlerinden biri de budur.” Öztürk, Kazım; Türk Parlamento Tarihi TBMM III. Dönem 1927-1931, Cilt: 2, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 9, Ankara, 1995, s. 192.

156 **Öztürk, Kazım; Türk Parlamento Tarihi TBMM II. Dönem 1923-1927, Cilt: 1, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No:1, Ankara, 1993, s. 586.**

157 Örnek olarak; “336 (1920) senesinde Gaziyıntabın Etrafşehir hububat ve saire aşarını iltizam eden Pazarbaşı zade Mehmet Nuri beyin cibayet edemediği hükmen sabit olan (6667) lira (87) kuruluşun, esasen iltizam bedelinin de evvelce kendisinden tahsil edilmiş olmasına mebni aşar tahakkukatından tenzili tensip edilmiştir.” (T.C. Resmi Gazete: 12-02-1929 / 1117). Ayrıca; “336 (1920) senesinde Yenişehir kazasının atiye kariyesi aşarını iltizam eden Mehmet ağanın mezkûr köy aşarını ahvali harbiye dolayısıyla cibayet edemediği hükmen sabit olmasına mebni iltizam bedeli olan 390 liranın aşar tahakkukatından tenzili tensip edilmiştir.” (T.C. Resmi Gazete: 25-05-1929 / 1176).

158 **Gözler/Kaplan; 2015, s. 449.**

159 **Gözler/Kaplan; 2015, s. 450.; Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 474.**

160 **Günday; 2003, s. 166.; Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 474.**

161 **Danıştay 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752, Karar Tarihi: 29/04/1993. Benzer yönde Anayasa Mahkemesi kararına göre; “bir sözleşmenin ‘idari sözleşme’ sayılabilmesi için, sözleşmenin taraflarından birinin idare olması, kamu hizmetinin yürütülmesi ile ilgili bulunması ve idareye özel hukuk yetkilerini aşan yetkiler tanınması gerekmektedir.” AYM, E. 2013/50, K. 2015/38, Karar Tarihi: 01/04/2015.**

162 **Onar, Sıddık Sami; İdare Hukukunun Umumi Esasları, Cilt: 2, İstanbul, 1960, s.1217-1225. (Aktaran: Azrak, Ali Ülkü;**

Genel olarak idari sözleşmeler katılmalı/iltihaki sözleşmelerdir. Sözleşmeler *şartname* ve *sözleşme* kısmından oluşmaktadır. Sözleşmelerin karşı tarafı olan özel hukuk kişileri idarece tek taraflı olarak değiştirilebilen şartnamedeki yazılı hususları toptan kabul eder veya reddeder.¹⁶³ İdari sözleşmelerin türleri; *kamu hizmeti imtiyaz, iltizam, müşterek emanet, kamu istikraz (borçlanma), idari hizmet sözleşmeleri* olarak sıralanabilir.¹⁶⁴

İltizam sözleşmelerinin diğer idari sözleşmelerle arasındaki farkı göstermek için iltizam dışındaki idari sözleşmeleri kısaca tanıtmak gerekir. Söz konusu idari sözleşme tipleri hakkında gerekli bilgileri verdikten sonra iltizam sözleşmelerini detaylıca inceleyeceğiz.

1. İmtiyaz Sözleşmeleri

Kamu hizmeti imtiyazı, idarenin, özel kişiyle yaptığı idari bir sözleşme ile bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesi karşılığında, yararlananlardan ücret ya da bedel almak, masrafları, kâr ve zararı imtiyaz sahibine/imtiyazcıya ait olmak üzere kendi buyruğu ve sorumluluğu altında sağladığı bir kamu hizmetinin yürütülmesi modelidir. Bu tip sözleşmenin konusu, kamu hizmetinin kurulmasını ve/veya işletilmesini bir özel kişiye devretmek olan sözleşmeler “*kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁶⁵

İdarenin bir kamu hizmetinin kurulması ve/veya belli bir süre işletilmesine dair özel bir girişimciye imtiyaz verme yetkisi 1910 tarihli “*Menafii Umumiye Müteallik İmtiyazat Hakkında Kanun*” ile düzenlenmiştir.¹⁶⁶ Kanunun birinci maddesinde yer alan düzenlemeye göre verilecek imtiyazlar hakkında kuvve-i icraiyyeyi diğer ifadeyle Bakanlar Kurulunu yetkilendirmiştir. 6771 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile yapılan düzenleme neticesinde söz konusu yetki Cumhurbaşkanı makamı uhdesinde yer almaktadır.

İmtiyaz işlemi; *sözleşme* ve *şartname* olmak üzere iki işlemten meydana gelmektedir. Şartname idarenin gerektiği durumda tek yanlı idaresiyle değiştirebileceği hükümler içermektedir. İmtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi olacak taraf bu şartnamedeki düzenlemeleri toptan kabul eder veya reddeder. Bu nedenle bu tür sözleşmeler katılmalı/iltihaki sözleşmeler niteliğindedir.¹⁶⁷ Netice itibarıyla kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinin özelliklerini şu üç maddede sayabiliriz.¹⁶⁸

“*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbikattaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963, s. 536-537.); Ancak Gözler maddi şartların alternatifliğini kabul etmektedir. Buna göre Gözler’in idari sözleşmeler; “*bir kanunla idari sözleşme olarak nitelendirilen veya taraflardan en az birisinin bir kamu tüzel kişisi olması şartıyla kamu hizmetinin yürütülmesine ilişkin olarak veya özel hukuku aşan hükümler içeren sözleşmedir.*”(vurgular yazara aittir.) **Gözler/Kaplan;** 2015, s. 458.

163 **Kalabalık**, Halil; Kısa İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, Ekim 2014, s. 186-187.

164 **Sezginer/Akyılmaz/Kaya;** 2015, s. 487.; Gözler’e göre klasik tipteki idari sözleşmeler; *imtiyaz sözleşmeleri, iltizam sözleşmeleri, kamu istikraz sözleşmeleri, yeraltı ve yerüstü servetlerinin işletilmesine ilişkin sözleşmeler, orman işletme sözleşmeleri* ve *idari hizmet sözleşmelerinden* oluşur. **Bkz. Gözler/Kaplan;** 2015, s. 459-465.

165 **Anayasa Mahkemesi**, E. 2013/50, K. 2015/38, Karar Tarihi: 01/04/2015.

166 **Gözler/Kaplan;** 2015, s. 460.

167 **Gözler/Kaplan;** 2015, s. 460.

168 **Sezginer/Akyılmaz/Kaya;** 2015, s. 490.

- i. İmtiyaz sözleşmesiyle imtiyaz sahibi bir kamu hizmeti kurar veya kurulu halde bulunan bir kamu hizmetini işletir.
- ii. İmtiyaz sahibi, yürüteceği kamu hizmetinin finansmanın söz konusu hizmetten yararlananlardan elde eder.
- iii. İmtiyaz sahibi, imtiyaz sözleşmesine konu olan kamu hizmetini kendi adına yürütür, oluşacak kar ve zarar imtiyazcıya aittir.

2. Müşterek Emanet Sözleşmeleri

İdari sözleşmeler arasında yer alan müşterek emanet sözleşmelerinin kökeni kamu hizmetlerinin görülüş usullerinden biri olan müşterek emanet usulüne dayanmaktadır. Uygulaması oldukça kısıtlı olan bu usul; “*bir kamu hizmetinin hasar ve zararı idareye ait olmak ve onu üstlenen özel hukuk kişisine gelir üzerinden bir pay verilmek suretiyle yürütülmesi*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁶⁹

Yukarıda aktarılanlar ışığında müşterek emanet sözleşmesi taraflarından özel hukuk kişinin durumu imtiyaz sözleşmesindeki durumuna yakın gözükmektedir. Ancak aradaki sözleşmesel ilişki kar-zarar muhasebesinde farklılık arz etmektedir. Müşterek emanet sözleşmelerinin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:¹⁷⁰

- i. Müşterek emanet usulünde, kamu hizmetinin kurulması idareye aittir. Özel hukuk kişisi kamu hizmetinin işleticisidir/yürütücüsüdür.
- ii. Müşterek emanetçi kamu hizmetinin yürütülmesinden kaynaklanan kardan belli oranda pay alır.
- iii. Müşterek emanetçi kamu hizmetini idare adına yürütür. Kamu hizmetinden kaynaklanan zarar idareye aittir.

3. Kamu İstikraz Sözleşmeleri

Borçlanma olarak da kullanılan istikraz kavramı; “*kendi bünyeleri dışındaki yabancı kapitale ihtiyacı olan gerçek ve tüzel kişilerin senet çıkararak borç alma işidir.*”¹⁷¹ Buradan hareketle kamu istikraz/borçlanma sözleşmesi; devlet veya diğer kamu tüzel kişinin, haciz edilememek veya para yerine geçmek gibi kamusal ayrıcalıkları haiz bir senet karşılığında, bir özel hukuk kişisinden belli bir miktar para alma konusunda yapılan bir sözleşmedir.¹⁷² Sözleşme konusu olan senedin kamusal ayrıcalıkları taşıması, diğer bir deyişle özel hukuk hükümlerini aşan nitelikte olması nedeniyle bu sözleşme idari bir sözleşme olarak kabul edilir.¹⁷³

169 Özyay; 1996, s. 252.

170 Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 490.; Özyay; 1996, s. 252-253.

171 Altay, Şakir; Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Bilgi Yayınevi, Ankara, Kasım 1983, s. 223.

172 Gözler/Kaplan; 2015, s. 462.

173 “Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerince akdedilen borçlanma sözleşmeleri, pek çok açılardan özel kişiler arasındaki sözleşmelerden farklılık göstermektedir. Kamu borçlanma sözleşmelerinde sözleşme konusu senetlere; haczedilememek, Devlet ihalelerinde teminat olarak ve bazı durumlarda para yerine kabul edilme zorunluluğu gibi ayrıcalıklar tanınabileceği

Kamu borçlanma sözleşmeleri yukarıda zikrettiğimiz imtiyaz ve müşterek emanet sözleşmelerinden ayrılan bir noktayı ihtiva etmektedir. Üzerinde durulması gereken bu nokta; *“kamu borçlanma sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olmayıp ... belli miktarlarda paranın ödünç alınmasıdır. Nitekim bu sebeptendir ki, kamu borçlanma sözleşmeleri hukukumuzda “karakterleri (kurdukları ilişkinin niteliği) itibarı ile” idari sayılmaktadır.*¹⁷⁴ Burada bahsettiğimiz mesele bu ana başlığın altında ifade ettiğimiz Danıştay’ın da kararında yer bulan klasik idari sözleşme tiplerine uymamaktadır. İdari sözleşmelerde kamu hizmeti ölçütünün mecburi olup olmaması tartışmalı olup başka bir çalışmanın konusu olabilir. Biz bu kadarıyla iktifa ediyoruz.

4. İdari Hizmet Sözleşmeleri

Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.¹⁷⁵ Böylece idare, kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görevli olan memurları ve memur statüsünde olmayan ‘diğer kamu görevlilerini’ çalıştırabilir. Diğer kamu görevlileri olarak ifade edilen kişiler ile idare arasında gerçekleştirilen sözleşmelerin bazıları özel hukuk, bazıları ise idare hukuku kapsamında yer alır. Özel hukuk kapsamına giren hizmet sözleşmeleri neticesinde görevli ‘işçi’ statüsünü taşımaktadır.¹⁷⁶

İdari hizmet sözleşmelerinde sözleşmenin konusu kamu hizmetlerinin yürütülmesine ilişkindir. Bu kategoriye giren ‘sözleşmeli personeller’ kamu görevlilerinin bir tipidir. Sözleşmeli personel 675 Sayılı Devlet Memurları Kanununda şu şekilde tanımlanmıştır:¹⁷⁷

“Kalkınma planı, yıllık program ve iş programlarında yer alan önemli projelerin hazırlanması, gerçekleştirilmesi, işletilmesi ve işlerliği için şart olan, zaruri ve istisnai hollere münhasır olmak üzere özel bir meslek bilgisine ve ihtisasına ihtiyaç gösteren geçici işlerde, Cumhurbaşkanınca belirlenen esas ve usuller çerçevesinde, ihdas edilen pozisyonlarda, mali yılla sınırlı olarak sözleşme ile çalıştırılmasına karar verilen ve işçi sayılmayan kamu hizmeti görevlileridir.”

gibi, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, bu sözleşmelerin süresini uzatmak, faiz hadlerini değiştirmek ve erken ödeme yapmak gibi imtiyaz ve ayrıcalıklarının olduğu da kabul edilmektedir, Bu nedenlerle kamu borçlanma sözleşmeleri, gerek yargısal içtihatlarımızda ve gerekse doktrinde, kurdukları ilişkinin niteliği gereği olarak (karakterleri itibarıyla) idari sözleşmelerden sayılmaktadır. Kamu borçlanma sözleşmelerinin idari nitelikte sözleşmelerden sayılmalarının en önemli sonucu ise, bu sözleşmeler dolayısı ile idare ile özel kişiler arasında çıkacak uyumsuzlukların idari yargıda ve idare hukuku ilke ve esaslarına göre çözümlenecek olmasıdır.” Kanlıgöz, Cihan; “Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:01, 1997, s. 352.

174 Kanlıgöz, 1997, s. 351.

175 T.C. Anayasası Madde 128/1.

176 Gözler/Kaplan; 2015, s. 463.; “İdari hizmet sözleşmesi ile çalışanlar, İş Kanunu hükümleri çerçevesinde çalışan işçilerden farklı olarak kamusal statü içinde bulunmaktadır. Nitekim uygulamada da, sözleşmeli personel ve memur arasındaki farklılık, birinin sözleşme imzalamasından ibaret görünmektedir.” Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 494.

177 Madde 4/B.

Yukarıdan hareketle sözleşmeli personeller (veya idare ile arasında idari hizmet sözleşmesi akdedilen diğer kamu görevlileri) kamu görevlisi sıfatıyla kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görevlidirler. Kamu hizmetlerinin yürütülmesinde görevli olan bu şahıslar, kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında oluşacak zararlardan sorumlulukları durumlara göre değişkenlik arz etmektedir. Diğer kamu görevlilerinin sorumlulukları başta Anayasada ve şemsiye kanun niteliğindeki 657 Sayılı Devlet Memurları Kanununa göre belirlenmektedir.

Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işledikleri iddia edilen suçlardan ötürü ceza kovuşturması açılması, kanunla belirlenen istisnalar dışında, kanunun gösterdiği idari merciin iznine bağlıdır.¹⁷⁸ Buradan hareketle memur ve diğer kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında işledikleri suçlar bakımından cezai sorumlulukları idari izne bağlı olarak şahsidir.

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.¹⁷⁹ Anayasadaki bu düzenleme gereği memur ve diğer kamu görevlilerinin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında kaynaklanan zararlardan doğan tazminat davalarında idarenin kendisine rücu etmesi halinde mali sorumlulukları şahsidir.

B. İltizam Sözleşmeleri

Bazı kitaplarda '*mali iltizam sözleşmeleri*'¹⁸⁰ olarak ifade edilen bu sözleşme türünün idare hukukumuzdaki kaynağı Osmanlı arazi hukukuna dayanmaktadır. Osmanlı arazi hukuku üzerinde iltizam usulünün nasıl ortaya çıkıp geliştiğini ilk bölümde ayrıntılı şekilde açıklamıştık. İltizam sözleşmeleri de imtiyaz ve müşterek emanet sözleşmeleri gibi aynı ad altında kamu hizmeti görülüş usullerinden birini (iltizam usulünü) teşkil etmektedir.

İdare ile özel hukuk kişisi(mültezim) arasında akdedilen iltizam sözleşmelerinin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz:¹⁸¹

- i. İltizam sözleşmelerinde mültezim idareye belli bir bedel ödemek karşılığında kamu hizmetini yürütme işini deruhte etmektedir.
- ii. Hizmetin yürütülebilmesi için gerekli her türlü yapı ve teçhizat idare tarafından karşılanır.
- iii. Mültezim kamu hizmetini kendi adına yürütür. Bu hizmetin işleyişi yararlananlardan alınan ücretlerle finanse edilir.
- iv. Mültezim söz konusu kamu hizmetini kendi kar ve zararına işletir. Böylece oluşacak zarardan kendisi sorumlu olur.

178 T.C. Anayasası madde 129/6.

179 T.C. Anayasası madde 129/5.

180 **Gözübüyük**; 1998, s. 268.; **Günday**; 2003, s. 170.

181 **Sezginer/Akyılmaz/Kaya**; 2015, s. 490-491.; **Özay**; 1996, s. 254.; **Gözler/Kaplan**; 2015, s. 461.

İltizam sözleşmeleri başlangıçta bazı vergi kalemlerinin(özellikle öşür vergilerinin) toplanıp hazineye aktarılmasında kullanılan bir usul idi. Ancak ilerleyen dönemde iltizam usulünün yürürlük alanı epeyce genişledi. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi bazı kitaplarda ‘mali iltizam sözleşmeleri’ olarak kavramsallaştırmanın sebebi bu hususa dayanmaktadır. Ancak Gözler’in de ifade ettiği gibi; “*mali iltizam sözleşmeleri, iltizam sözleşmelerinin vergilerin toplanması gibi mali konularda yapılan alt türüdür. O nedenle bu sözleşmeye... iltizam sözleşmesi denmesi daha uygundur.*”¹⁸²

I. Diğer İdari Sözleşmelerden Farkı

a) İmtiyaz sözleşmelerinden farkı:

İltizam sözleşmeleri ve imtiyaz sözleşmelerinin birçok ortak noktası bulunmaktadır. Zaten iltizam sözleşmeleri günümüzde uygulamasının kalmamasının nedenleri arasında imtiyaz sözleşmelerinin ve yap-işlet-devret modelinin varlığı gösterilmektedir.¹⁸³ İltizam ve imtiyaz sözleşmelerinin benzer olduğu noktalar; girişimcinin kamu hizmetini yararlanan kişilerden alacağı ücretle finanse etmesi ve işletmeden oluşan kar ve zararın girişimci özel hukuk kişisine ait olmasıdır.

İltizam sözleşmeleri imtiyaz sözleşmeleri gibi katılmalı/iltihaki sözleşmelerdendir. Örnek olarak maden işletmelerinin iltizam usulüyle işletilmesini gösterebiliriz. Madenlerin işletilmesi konusunda yapılan iltizam sözleşmelerinde; şartname ve mukavele maden idaresi tarafından hazırlanıp bağlı olunan bakanlık aracılığıyla Babialî’ye gönderilir, Şura-yı Devlet (Danıştay) tarafından tetkik edildikten sonra irade-i seniyyesi çıkarılır.¹⁸⁴

İmtiyaz sözleşmelerinin konusu bir kamu hizmeti kurmak veya kurulu kamu hizmetinin yürütülmesini kapsamaktadır. Fakat iltizam sözleşmelerinin konusu yalnızca kamu hizmetinin yürütülmesidir. Zira iltizam sözleşmelerinde yürütülecek kamu hizmeti için gerekli teknik gerekler idare tarafından karşılanmaktadır.

b) Müşterek emanet sözleşmelerinden farkı:

Müşterek emanet usulünde müşterek emanet sözleşmesinin karşı tarafı(özel hukuk kişisi) işletmeyi kendi kar ve zararına işletmeksizin gelir üzerinden bir pay alır. Böylece kamu hizmetlerinin yürütülmesinden doğabilecek zararlar idarece karşılanmak zorundadır. Zira müşterek emanetçi kamu hizmetini idare adına işletir. Ancak iltizam sözleşmelerinde kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan tüm kar ve zararlar mültezime aittir. Böylece burada idarenin herhangi bir sorumluluğu bulunmaz.

182 **Gözler/Kaplan**; 2015, s. 461.

183 **Özay**; 1996, s. 254.

184 “Bir madenin ihalesi için şartname ve mukavelesi maden idaresinden bittanzim mensup olduğu nezaret vasıtası ile Babialîye irsal olunup Şûrayı Devlette tetkik olunduktan sonra ledelarz müteallik buyrulacak iradei seniye mucibince fermanı alisi ita olunacaktır” Maadin Nizamnamesi 32. maddesi, (06.09.1887), Düstur Tertib I, Cilt 5, s. 893.

İltizam sözleşmelerinde müşterek emanet sözleşmelerinde olduğu kamu hizmetinin kurulması idareye yüklenmiş bir yükümlülüktür. Mültezim veya müşterek emanetçi kamu hizmetlerinin kurulmasında herhangi bir sorumlulukları bulunmaz.

c) Kamu borçlanma sözleşmelerinden farkı:

Kamu borçlanma/istikraz sözleşmeleri kısaca idare tarafından bir senet karşılığı özel hukuk kişisinden borç alması olarak tanımlanabilir. İltizam sözleşmelerinde idare özel girişimciye borçlanmaz. Bu sözleşmelerde özel hukuk kişisi yani mültezim belli bir bedeli idareye öder lakin ödenen bedel sözleşme süresi içinde toplanacak hazine varidatının önceden kararlaştırılan götürü bedeline tekabül eder. Şunu da ifade etmeliyiz ki, idare iltizam usulünün yaygınlaştırılması ve 1695 yılı itibarıyla malikâne usulünü tercih etmesinin en büyük nedeni hazinedeki nakit ihtiyacıydı. Bu nedenle idare bu iltizam ve malikâne usullerini bir nevi istikraz niteliğinde kullandı. Böylece hazineye hızlı bir nakit akışı sağlandı. Ayrıca iltizam ihalelerinde idare en yüksek muaccele miktarını teklif eden mültezimi seçmesinin nedeni de budur. Malikâne usulünde ise, malikâneci/malikâne sahibi bu muacceleleri daha uzun yıllar için katlanan bedelleri tek seferde idareye ödemekle söz konusu arazinin vergilerini ömür boyu uhdesine almaktaydı. Hâsılı iltizam sözleşmeleri ve kamu istikraz sözleşmeleri birbirine oldukça benzemekle içerik itibarıyla birbirine zıttır. Zira iltizam usulünde idare borçlanmamaktadır.

d) İdari hizmet sözleşmelerinden farkı:

İdari hizmet sözleşmeleri de kamu istikraz sözleşmeleri gibi iltizam sözleşmelerine içerik itibarıyla zıttır. Zira iltizam usulünde arazinin gerçek maliki idare olmasının yanında buradaki hazine gelirini toplamayı özel bir kişiye veriyor ancak kararlaştırılan bedel bu gelirin toplamı değil bir götürüdür. Örneğin idare bazı mukataaları emanet usulüyle idare ederken, diğer kısmını iltizamen işletiyor. İdari hizmet sözleşmelerine yalnızca emanet usulüyle işletilen mukataalar örnek gösterilebilir. Çünkü orada vergi toplamakla görevli bir emin/memur yer almaktadır. Vergi emini sıfatını haiz kişilerde geçici olarak o bölgeye gönderilmesi ve teknik bir eleman sayılması suretiyle günümüz idare hukuku pratiği anlamında 'sözleşmeli personel' sıfatına tekabül etmektedir.

Burada ilaveten emin ü mültezim usulünde, eş deyişle '*emin ber vech-i iltizam*', emin olan kişinin iltizamı deruhte etmek için belli bir bedeli idareye ödemeyi kabul ettiğini yukarıda ifade etmiştik.¹⁸⁵ Bu halde ise, emin sıfatını haiz kişinin idareye belli bir bedel ödemesi ve arazi üzerindeki kar ve zararların kendisine ait olması sebebiyle iltizam usulüne yakın olduğunu söylemek gerekir. Zira idari hizmet sözleşmelerinde belli bir maaş ödeme külfeti altına giren idare, kamu hizmetlerinin yürütülmesinden kaynaklanan kar ve zararın da sorumluluğunu üzerine almaktadır.

185 **Bkz.** 67 nolu dipnot.

2. İltizam Sözleşmelerinin İçeriği

a) Sözleşmenin konusu:

Sözleşmede belirtilen mukataanın tek veya tüm kalemdeki vergilerinin toplanmasıdır. Her ne kadar mültezim burada yalnızca taahhüt ettiği bedeli ödemekle yükümlü ise de sözleşmede mukataanın açıkça ifade edilerek öşrünü veya rüsumatını demesi sebebiyle başlı başına ödenecek bedel sözleşme konusunu ifade etmez. Çünkü mültezimin görevlendirildiği sözleşmede bağlı bulunan bölge ve bedel belirtilir ancak daha sonra görevi deruhte eden şahıs, o bölgenin mültezimi sayılır. Böylece mültezim olan kişi yürüttüğü görev nedeniyle bölgede verginin toplanmasına dair bazı yetkilere sahip olur. Zira mültezim miri arazinin maliki olmamakla birlikte idareyle sözleşme ilişkisi dâhilindeki yetki ile vergileri cibayet eder/toplar.

Konusu vergi toplama haricindeki faaliyetlerde sözleşmenin konusu ise söz konusu faaliyetin yürütülmesidir. Örnek olarak maden işletmelerinin iltizam usulüyle yürütülmesinde benzer şekilde sözleşmenin konusu madenlerin işletilmesidir.¹⁸⁶ Ormanların iltizamında ise; sözleşme konusu iltizama verilen ormanlardan ağaç kesimi ve buna bağlı olarak kereste imal edilmesidir.¹⁸⁷ Böylece idare esas itibarıyla mültezime ormanlardan yararlanma hakkını bir bedel karşılığında sunmaktadır. Başka bir örnek olarak, iltizam usulü Fransada belediyelerce içme suyu dağıtım hizmetlerinin görülmesinde ve otoparkların işletilmesinde kullanıldığı görülmektedir.¹⁸⁸

Unutulmamalıdır ki, idarenin yapacağı sözleşmelere vereceği ad gerçeği yansıtmayabilir. Örneğin, idare Ergani bakır madeninin iltizamen idare edileceği cihetle bir sözleşme imzalamıştır.¹⁸⁹ Ancak sözleşmenin içeriğine bakıldığında; idare sözleşmenin karşı tarafında yer alan özel hukuk kişisine, maden çıkarılacak yerin civarında seçilecek uygun bir alanda dökümhane yaptırılmasına dair münhasıran bir hak vermiştir.¹⁹⁰ Dökümhanelerde imalata gerekli cevherleri özel hukuk kişisi kendi masraflarıyla ihraç ve tedarik edecektir.¹⁹¹ Bu açıdan kamu hizmetinin işletilmesinde gerekli

186 Madenlerin işletilmesinde 17.11.1868 tarihli önceki düzenlemede sözleşme usulü olarak imtiyaz gösterilmişken, 06.09.1887 tarihli daha sonraki düzenlemede bu usul iltizam olarak ifade edilmiştir. **Bkz.** Maadin Nizamnamesidir 7. maddesi (17.11.1868), Düstur Tertib I, Cilt 2, s. 318-319.; Maadin Nizamnamesi 5. maddesi (06.09.1887), Düstur Tertib I, Cilt 5, s. 887-888. İltizam usulü olarak bu yeni hal 08.04.1906 tarihli Maadin Nizamnamesi dâhilinde de korunmuştur. **Bkz.** 5. madde, Düstur Tertib I, Cilt 8, s. 440.

187 **ML.EEM. (1218:21)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.; Orman iltizamından kaynaklı şirketler dahi kurulmuştur. Örneğin; Milli Orman ve İnşaat Osmanlı Anonim Şirketi bunlardan biridir. Bu şirketin nizamnamesinin birinci maddesine göre şirket; “*orman iltizamı bu mahallerde imalat için fabrikalar tesisi ve inşası, nakliyata mukteza tesisat ihzarı, envai ve ecnası muhtelifede kereste ve kâğıt imali, mamul ve gayri mamul her nevi kereste ahz ve itası, odun ve kömür imali ve fûruhtu mahsusat-ı mezbureye müteallik sair gûna muamele-i ticariye icrası ile meşgul olacaktır...*” (1. Madde) **A.}DVN.MKL. (67:1)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

188 **Gözübüyük, Şeref /Tan, Turgut;** İdare Hukuku Cilt: 1, 9. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013, s. 624.

189 Düstur, Tertib I, Cilt: 6, (05.05.1888), s. 29-34.

190 “*Hükümeti seniye Ergani madeni hümayunundan ihraç olunan nühas cevherlerinin Man hes usulüne tevfikan kal ve izabesi için madenin tahsis olunan hududu dâhilinde veyahut edecekleri münasib bir mahalde yevmi lâakal yüz tonilâto cevher imal edebilecek bir veya müteaddid kalhane tesis ve inşası için Mösyö Tobini ve Dalecyoya hakkı münhasıran ita edip...*” (1. Madde)

191 “*İşbu kalhanelerde imalâta muktazi cevherleri madeni mezkûrda mevcut olan veyahut yeniden küşad edecekleri mağaralardan kendi masraflarile ihraç ve tedarik etmek salâhiyetini münhasıran mumaileyhima Mösyö Tobini ve Dalecyoya ita olunmuştur...*” (2. Madde)

masrafların girişimciye ait olması zaten iltizam ve imtiyaz usulünün ortak yönüdür. Açıklamalardan ortaya çıkan sonuç şudur ki, bu sözleşme her ne kadar iltizam usulü kullanılarak imzalanmışsa da imtiyaz usulüne daha uygundur. Bu nedenle sözleşmeye imtiyaz hakkındaki hükümler uygulanır.

b) Sözleşmenin tarafları:

İdare ile mültezim arasındaki akde kefilin de katılımıyla sözleşmede üçlü bir yapı oluşur. Sözleşmenin bir tarafında üstün yetkilerle donatılmış idare, diğer tarafında ise belli bir bedeli ödemeyi taahhüt eden mültezim ve ona kefalet eden kefil veya sarraf bulunmaktadır. Burada hem mültezim hem de kefil/sarraf tarafındaki şahısların birden çok olması sorun teşkil etmez.¹⁹² Ayrıca mültezim ve kefil olacak kişinin Osmanlı Devleti vatandaşı olması gerekir.¹⁹³ Mültezimin ve kefilin sözleşmenin tarafı olabilmeleri için son şart ise taahhütte buldukları bedeli karşılayabilme güçlerinin bulunmasıdır. Meğerki mültezim veya kefil olmaları yasaklanmış kişiler olsunlar.¹⁹⁴

Mültezim ve kefil/sarraf borçlarını ödeyememeleri halinde mallarına el konularak ihale ile satılmaktadır. Örneğin bir Şurayı Devlet/Danıştay kararında; 1304 senesi aşar mülteziminin 4 taksitte ödeyecek olduğu 124.858 kuruş bedeli ödememesi ile haciz altına alınarak malları mahkeme tarafından satılması için açık arttırmaya çıkarılmışsa da ihaleye talip çıkmaması üzerine hazine 127.500 kuruş pey sürerek yeniden müzayedeye koymuş. Ancak yine talibi çıkmadığından malların hazine adına tefevvüzü (mülkiyetinin geçirilmesi) uygun bulunmuştur.¹⁹⁵ Daha sonra Maliye Nezareti bir genelgeyle mültezim ve kefilin gayrimenkullerinin mülkiyetinin öncelikle devlete geçirileceğine, en çok 10.000 kuruş olan ihale bedellerinin açık arttırmayla ihale edilerek mahallerindeki idare meclislerince satılabileceğine ve söz konusu bedelin 1.000 kuruştan fazla olduğu durumda ise kıymetli evraklara nakledileceğine karar vermiştir.¹⁹⁶

c) Sözleşmenin ihalesi:

İhale süreci; toplanacak olan vergi biriminin(örneğin öşürlerin) o bölgedeki yekûnu üzerinden alenen müzayede yapıp ayrıca ödenecek bedelin de belirlendiği bir dilimi ifade etmektedir.¹⁹⁷ Bu ihale sürecinde ileri sürülecek bedeller açısından İdare tarafından matbu pusulalar hazırlanır. Çıkarılan bu pusulalara önceki senenin ihale bedelinin de yazılmasıyla idare, vergilerin toplanması işinde mültezimi denetleme imkânını artırmış olup ayrıca ileriye dönük hesaplanabilir ve karşılaştırılabilir bir matrah çıkarmaktadır.¹⁹⁸ İltizam usulünün birçok mukataada kullanıldığından

192 İltizamı birden çok mültezim birlikte deruhte edebilirken, mültezimin borcuna birden çok kefil/sarraf kefalet gösterebilir.

193 “Varıdat-ı öşriyyeyi iltizam edenler ile onlara kefalet eyleyenlerin teba-i Devlet-i Aliyye’den bulunmaları meşruttur.” Aşar Nizamnamesi, 12. maddesi, (10.05.1887), Düstur, Tertib I, Cilt 5, s. 781.

194 Örneğin bazı memurluklar bakımından kanun koyucu iltizam deruhte etmeyi ve kefil olmayı yasaklamıştır: “Meclisi beledi ve ticaret ve ziraat odaları reis ve azası ile ketebesinden maada tarafı devletten mansub bilunum memurin ile mecalis ve mehakim azasının ve ketebe-i aklâm ile hademei devletin gerek doğrudan doğruya ve gerek bilvasıta aşar iltizam etmeleri ve mültezimlere kefalet eylemeleri memnudur.” (13. Madde)

195 BEO. (291:21783) T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

196 TFR.I.MKM. (22:2157) T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

197 “Aşar varıdatı alenen bil-müzayede takarrür edecek bedel-i nakdi ile bir senelik olmak üzere maktu’an ihale olunur...” (Aşar Nizamnamesi, 13. maddesi)

198 Ayrıca pusulalarda matbu şekilde ‘İhtar’ başlığıyla şunlar yazılıdır; “Müzayede pusulalarının bedel-i sabık hanesine bir

bahsetmiştik. Bu mukataalardan birisi de gümrüklerdir. Gümrükler de mukataa olmaları vasfıyla iltizamen yönetilebilirlerdi.¹⁹⁹ Gümrüklerin iltizam suretiyle ihalesine katılabilecek kişi ve ihale şartları aşağıdaki şekildedir:²⁰⁰

- i. Açık artırma sırasında ecnebiye bulunmaması
- ii. İhaleler kuvvetli taahhüt ile bir ve nihayet iki senelik icra olunması
- iii. Gümrük Odasında bulunacak kişinin ‘Müslüman’ ve memuriyete ehil olması
- iv. İhaleye herhangi bir fesat ve irtikâp karıştırılmamasına dikkat edilmesi
- v. Takvim-i Vekayî’ ve Ceridede dahi ilan edilmesi gerekir.

d) Sözleşme sırasında meydana gelebilecek sorunlar:

İltizam sözleşmelerinde mültezim sıfatına sahip özel kişinin bir bedel ödemeyi taahhüt etmesiyle başlayan bu sözleşme sürecinde, sözleşme süresi boyunca her türlü kar ve zararın mültezimin uhdesinde olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak belirli durumlarda kanunen mültezimlere oluşabilecek sorunlar karşısında bazı kolaylıklar sağlamaktadır.²⁰¹ Bu hususta Aşar Nizamnamesinin 46. ve 47. maddeleri incelenmelidir:

“Bir mültezimin iltizamında bulunan mahalde muharebe veya isyan hudusu gibi esbabı mücbireden nâşi hasılatı üşriyenin miktarı küllisi istihsal olunamayarak mültezim fevkalâde zarara uğradığı takdirde işbu zararın tahakkuk edecek miktarı ba iradei seniye bedeli iltizamdan tenzil olunur..”

“Kâr ve zarar aşarı iltizam edenlere ait olup madde-i sabıkada gösterilen esbaptan maada hiç bir sebeple zarar ve ziyân iddiası mesmu olmayacaktır.”

sene evvelki bedel konulacak ise de ondan daha evvelki senenin ihale veyahut emanet bedeli daha yüksek ise işbu yüksek bedel dahi pusulada bedel-i sabıkın hiszasında tefrik olunan mülahaza hanesine ayrıca tahrir ve bu bedelin ertesi sene tenezzülünü icap etmiş olan esbap dahi şerh ve tafsil olunacaktır.” (vurgular bize aittir).

199 “Gümrükler de madenler, darphaneler, dalyanlar vb. birer mukataa idi. Bütün mukataalar gibi emanet veya iltizamla idare edilirdi. Emanetle idarede emin, devlet tarafından tayin edilen bir memur statüsündeydi. Gümrükte çalışanların maaş ve aylıkları, kira, kırtasiye, temizlik ve yakacak masrafları, gümrüğüne göre ödenmesi planlanan tophane, baruthane, kale neferleri ulüfeleri, mütekaid ve duağıyan vazifeleri, XIX. yüzyılda Asakir-i Mansûre maaşları gibi harcamalar çıktıktan sonra artan para merkeze yollanırdı. Bir gümrüğün iltizama verilmeden önce hasılatının tam olarak bilinmesi, iltizama çıkarıldığında istenilen rakamı bulamaması yahut arızı bazı sebeplerden dolayı bir gümrüğün gelirinin azalması gibi hallerde mukataa emanet yoluyla idare edilirdi... İltizamlar açık artırma yoluyla yapılırdı. Diğer mukataalarda olduğu gibi gümrük mukataalarında da tek bir gümrük değil birkaçı bir arada, hatta dalyan, pençik vb. resimlere ait mukataalar da eklenerek iltizama verilir. Bundan maksat birinin karının diğerinin zararını telafi etmesiydi... Mültezimin hazineye ödediği miktarı üstünde elde ettiği gelir onun karı olurdu. Bunun için gümrükten ne kadar çok mal geçerse o derecede kazancı artacak demektir... 1277'den (1860) itibaren gümrüklerde iltizam usulüne son verilerek tamamı emanetle idare edilmeye başlandı. Büyük merkezlerde gümrük emanetleri kurularak başlarına birer emin getirildi.” **Kütükoğlu**, Mübahat; ‘Osmanlılarda Gümrük’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 14, İstanbul, 1996, s. 266.

200 **MB. İ... (10:13)** T.C. Cumhurbaşkanlığı Devlet Arşivleri.

201 Buna ilişkin yukarıda dört hal zikretmiştik. **Bkz.** 149 nolu dipnot.

Yukarıda belirtilen maddelerde mültezim ile alakalı hususların ispatı ile birlikte sözleşmede belirtilen iltizam bedelinden zarara uğranılan kısım düşülerek tenzilat uygulanır. 46. maddede açıkça ifade edildiği üzere bedelin indirilmesine dair sebepler sınırlayıcı sayıda(*numerus clausus*) değildir. İhalenin kesinleşmesinden önce yaşanan olağanüstülüklerden dolayı mültezimin bedelin indirilmesi talebinde bulunamayacağı kabul edilir.

e) Sözleşmenin sona ermesi:

İltizam sözleşmelerinde diğer idari sözleşmelerde olduğu gibi idareye üstün yetkiler tanınmıştır. Zira bu sözleşmelerin idari olarak vasıflandırılmasının nedeni de budur. Ancak buradaki sözleşme kavramı özel hukuk alanındaki sözleşme kavramına pek uymamaktadır. Bu nedenle idarenin gerçekleştirdiği bu hukuki işlemin niteliği tartışmalıdır.²⁰² İdareye tanınan bu yetkiler özel hukuku aşan yetkiler olarak tanımlanır.²⁰³ Bu yetkilerden birisi de idarenin sözleşmeyi 'fesih' yetkisidir.²⁰⁴

*"İdari sözleşmenin idare tarafından tek yanlı bir tasarrufla feshi; idarî sözleşme bir idarî tasarrufla dayandığı için; bu idarî tasarruflun geri alınması niteliğindedir. Fesih ya karşı tarafın ağır kusuru üzerine olur ya da idare kamu hizmetinin yürütülmesi ve kamu yararının bulunması nedeniyle karşı tarafın herhangi bir kusuru olmadan da idarî sözleşmeyi kendiliğinden feshedebilir."*²⁰⁵

Sözleşme bir kişiye ihale edilmiş olsa bile başka talepler her zaman idareye bu hususta başvurabilirlerdi ve hazine de daha yüksek teklif üzerine sözleşmeyi fesih yetkisine sahipti. Mevcut mültezim elbette yükselen teklifle kendisi devam edebilirse de devam etmediği durumda mukataa, daha yüksek bir ihale bedeliyle yeni talibine devredilirdi.²⁰⁶

V. SONUÇ

İltizam usulünün kökeninde tımar sistemi yatmaktadır. Devletin miri arazileri üzerinde idare, bazı kimselere araziye tefviz ederek, kendisine asker ve sipahi sağlamaktaydı. Fetihlerin genişlemesi ile beraber devletin kendi uhdesinde bulunan araziler de artmıştı. Devlet bu arazileri mukataaya bağlayarak özel kişilere ihale etti. Böylece idare vergi kalemlerinden bazılarının gelirlerini memurlar eliyle toplamak yerine özel kişilere, belli bir götürü bedeli almak kaydıyla, bıraktı. Mukataalar emanet, iltizam veya malikâne usulüyle işletilmekteydi. İdare bu usullerden herhangi birini seçmekte karar sahibiydi. Malikâne usulü ise 1695 yılından itibaren hazinenin nakit kaynağa ihtiyacının had safhaya ulaştığı dönemlerde yürürlüğe girdi. İltizam usulü Tanzimat ve Islahat fermanlarıyla kaldırıldığı ifade edilmişse de Cumhuriyet'in ilk yıllarında dahi uygulanmaya devam etmişti.

202 Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 476.

203 Gözler/Kaplan; 2015, s. 454.

204 Gözler/Kaplan; 2015, s. 454.; Sezginer/Akyılmaz/Kaya; 2015, s. 483.

205 Odyakmaz, Zehra; "Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 1998, s. 36. (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_12.pdf) (Erişim Tarihi: 14-09-2020).

206 Genç, 'İltizam', s. 155.

İltizam usulü yalnızca Osmanlı Devletine has bir durum değildi. Benzer dönemde Avrupa’da ve daha öncesi Roma’da uygulanmış bir sistemdi. İdare mukataaları iltizam usulü ile özel kişilere deruhte edecekse, ihale sırasında ‘muaccele’ adı verilen bir bedeli nakden almakta ve kalan kısmı taksitlere bölmekteydi. En yüksek muacceleği ödeyen şahıs mukataayı deruhte etmekteydi. Arazi üzerinde savaş ve isyan gibi durumlardan kaynaklı olarak mahsuldeki bir düşüş halinde mültezim idareden bedelin düşürülmesini talep edebilmekteydi.

İltizam usulü ilk zamanlarında bazı vergi kalemleri için uygulanmışsa da daha ilerleyen dönemlerde ihtiva ettiği alan genişlemiştir. Ormanların, madenlerin ve gümrüklerin iltizama verilmesi mümkün hale gelmiştir. Böylece iltizam usulü yalnızca arazilerde değil kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair alanlarda da uygulamaya gelmişti.

İltizam usulü kamu hizmetlerinin özel kişiler eliyle gördürülmesi usullerinden biridir. Bu usullere binaen idare kamu hizmetlerinin yürütülmesine dair özel hukuk kişileriyle idari sözleşme akdetmektedir. İltizam, imtiyaz ve müşterek emanet sözleşmeleri birer idari sözleşme olmakla birlikte aralarında farklılıklar bulunmaktadır.

İltizam usulünde hizmet için gerekli tesisler idare tarafından kurulduğu için imtiyaz usulünden ayrılmaktadır. Zira imtiyaz usulünde kamu hizmetinin kurulması imtiyazcıya aittir. İmtiyaz ve iltizam usulünde hizmeti görececek olan kişi idareye götürü bir bedel öder. Ancak müşterek emanet usulünde müşterek emanetçi idareye götürü bir bedel ödemez. Müşterek emanetçi yalnızca kamu hizmetini işletmesi sebebiyle işletmenin gelirinden bir pay sahibi olur.

Günümüz itibarıyla iltizam usulü ve iltizam sözleşmeleri İdare Hukuku kitaplarında azami birkaç sayfalık bilgi ile geçirilen bir müessese haline gelmiştir. Özellikle imtiyaz sözleşmelerinin yaygınlaşmasından evvel en azından Osmanlı’da yaklaşık beş asırlık mer’iyeti bulunan iltizam usulünün daha geniş bilgilendirmeye mazhar olması gerektiğini düşünüyorum. Esas itibarıyla iltizam usulü ve sözleşmesi üzerinde geniş ama özet niteliğindeki bu bilgilere makalede yer vermekle, söz konusu usulün farklı veçhelerine ilişkin çalışmaları bakiyeye bıraktım. İşte bu sebeple, şimdilik, son verdiğim bu çalışma doktrine bir katkı sunmak hedefine dönük bir gayretin ürünüdür.

KAYNAKÇA

- Akdağ, Mustafa; Türkiye’nin İktisadi ve İçtimai Tarihi Cilt: 2 (1453-1559), Tekin Yayınevi, 2. Basım, Ankara, Eylül 1987,
- Akgündüz, Ahmed; İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı Özel Hukuk-II (Miras-Borçlar-Eşya-Ticaret ve Devletler Hususi Hukuku), Cilt: 3, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2012,
- Albayrak, Sadık; Budin Kanunnamesi ve Osmanlı Toprak Meselesi, Tercüman 1001 Temel Eser, No: 28, İstanbul, 1973,
- Altay, Şakir; Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü, Bilgi Yayınevi, Ankara, Kasım 1983,
- Anayasa Mahkemesi, E. 2013/50, K. 2015/38, Karar Tarihi: 01/04/2015.
- Anayurt, Ömer; Anayasa Hukuku: Genel Kısım (Temel İlkeler, Kavram ve Kurumlar), Seçkin Yayıncılık, Ankara, Eylül 2018,

- Avcı, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Atlas Akademi, Konya, 2018,
- Azrak, Ali Ülkü; “*İdari Mukavele Kavramının Teori ve Tatbiktaki Gelişimine Dair Mukayeseli Bir İnceleme*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 29, Sayı: 3, 1963,
- Batmaz, Eftal; “*İltizam Sisteminin XVIII. Yüzyıldaki Boyutları*”, Tarih Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 29, 1996,
- Bogart, Dan / Drelichman, Mauricio / Gelderblom, Oscar / Rosenthal, Jean-Laurent; “*State and Private Institutions*”, The Cambridge Economic History of Modern Europe (Edited by Stephen Broadberry and Kevin H. O’Rourke), Volume: 1, Cambridge University Press, New York, 2010,
- Cezar, Yavuz; Osmanlı Maliyesinde Bunalım ve Değişim Dönemi (XVIII. Yy dan Tanzimat’a Mali Tarih), Alan Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 1986,
- Cin, Halil; Miri Arazi ve Bu Arazinin Özel Mülkiyete Dönüşümü, Çağ Üniversitesi Rektörlüğü, 3. Baskı, Ankara, Aralık 2005,
- Cin, Halil; Osmanlı Toprak Düzeni ve Bu Düzenin Bozulması, Kültür Bakanlığı Yayınları, Yenigün Matbaası, Ankara, 1978,
- Coşgel, Metin M. / Miceli, Thomas J.; “*Tax Collection in History*”, Public Finance Review, Volume: 37, Number: 4, 2009,
- Çakır, Baki, Osmanlı Mukataa Sistemi (XVI.-XVIII. Yüzyıl), Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2003,
- Çizakça, Murat; “*Osmanlı İmparatorluğunda İç Borçlanmanın Evrimi (XV. Yüzyıldan XIX. Yüzyıla)*”, Osmanlı 3, 1999,
- Danıştay 10. Daire, E. 1991/1, K. 1993/1752, Karar Tarihi: 29/04/1993.
- Eren, Fikret; Toprak Hukuku, S Yayınları, Ankara, 1991,
- Genç, Mehmet; ‘*İltizam*’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 22, İstanbul, 2000,
- Genç, Mehmet; ‘*Mukataa*’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 31, İstanbul, 2006,
- Genç, Mehmet; Osmanlı İmparatorluğunda Devlet ve Ekonomi, 11. Basım, Ötügen Yayınevi, İstanbul, Nisan 2014,
- Giles, A. F.; A History Of Rome, T.C. & E.C. Jack, London, (yayımlı yılı bilinmiyor),
- Gözler, Kemal / Kaplan, Gürsel; İdare Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Temmuz 2015,
- Gözübüyük, Şeref /Tan, Turgut; İdare Hukuku Cilt: 1, 9. Baskı, Turhan Yayınevi, Ankara, 2013,
- Gözübüyük, Şeref; Yönetim Hukuku, 12. Bası, Ankara, 1998,
- Günday, Metin; İdare Hukuku, 8. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003,
- Heaton, Herbert; Avrupa İktisat Tarihi (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Osman Aydoğuş), Cilt: 1, Teori Yayınları, Ankara, 1985,
- İnalçık, Halil; ‘*İslam Arazi ve Vergi Sisteminin Teşekkülü ve Osmanlı Devrindeki Şekillerle Mukayesesi*’, Ankara Üniversitesi İslam İlimleri Enstitüsü Dergisi, Sayı: 1, Osman Yalçın Matbaası, İstanbul, 1959,
- İnalçık, Halil; Osmanlı İmparatorluğu’nun Ekonomik ve Sosyal Tarihi Cilt: 1 (Çev. Halil Berktaş), 2. Baskı, Eren Yayınları, İstanbul, Kasım 2004,
- Kalabalık, Halil; Kısa İdare Hukuku, Sayram Yayınları, Konya, Ekim 2014,
- Kanlıgöz, Cihan; “*Kamu Borçlanma (İstikraz) Sözleşmeleri*”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, Cilt: 52, Sayı:01, 1997,
- Karakoç, Yusuf; “*Vergi Gelirlerinin Kamu Giderlerinin Karşılığı Olması İlkesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 21, Sayı: 2, 2015,
- Kenanoğlu, M. Macit; ‘*Miri Arazi*’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt 30, İstanbul, 2005,

- Köprülü, Fuad; Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Etkisi, 3. Basım, Kaynak Yayınları, İstanbul, Mart 2002,
- Küçükkalay, Abdullah Mesud; ‘Osmanlı Toprak Sistemi – Miri Rejim-’, Osmanlı 3 (Editör: Güler Eren), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999,
- Küsmenoğlu, İlham; Cumhuriyet Dönemi Vergi Tarihi Birinci Kitap (Osmanlı Devleti’nden 1980’e), Oluş Yayıncılık, Ankara, 2010,
- Kütükoğlu, Mübahat; ‘Osmanlılarda Gümrük’ maddesi, TDV İslam Ansiklopedisi, Cilt: 14, İstanbul, 1996,
- Linnarsson, Magnus; “Farming out state revenue: the debate about the General Customs Lease Company in Sweden (1723–65)”, Parliaments, Estates and Representation, 38:2, 2018,
- Matuz, Josef Eugen; “Contributions to the Ottoman Institution of the İltizam”, Osmanlı Araştırmaları, Cilt: 11, Sayı: 11, İstanbul, 1991,
- McGowan, Bruce; Economic Life In Ottoman Europe Taxation, Trade And The Struggle For Land 1600-1800, Cambridge University Press, New York, Mart 2010,
- Mundy, Martha / Smith, Richard Suamerez; Modern Devlete Giden Yolda Mülk Siyaseti Osmanlı Suriyesi’nde Hukuk Yönetim ve Üretim (Çev. Süleyman Kızıltoprak), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, Eylül 2013,
- Mustafa Nuri Paşa; Netâyicü’l – Vukû’ât I-IV (İndeksli Tıpkıbasım) (Haz: Yılmaz Kurt), Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 2014,
- Odyakmaz, Zehra; “Genel Olarak İdarenin Sözleşmeleri”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, 1998,
- Oğuzman, Kemal / Selici, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011,
- Ortaylı, İlber; Türkiye Teşkilat ve İdare Tarihi, Cedit Neşriyat, Ankara, 2008,
- Öncel, Mualla / Çağan, Nami / Kumrulu, Ahmet; Vergi Hukuku Cilt: 1, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi ve Basın-Yayın Yüksekokulu Basımevi, Ankara, 1985,
- Öner, Erdoğan; Osmanlı İmparatorluğu ve Cumhuriyet Döneminde Mali İdare, 2. Baskı, T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayını, Ankara, 2005,
- Özay, İl Han; Günışığında Yönetim, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996,
- Özçelik, Selçuk; ‘Avrupa Feodalitesi ile Türklerin Timar Teşkilatını Mukayesesi’, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 17, Sayı: 3-4, 1951,
- Öztürk, Kazım; Türk Parlamento Tarihi TBMM II. Dönem 1923-1927, Cilt: 1, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No:1, Ankara, 1993,
- Öztürk, Kazım; Türk Parlamento Tarihi TBMM III. Dönem 1927-1931, Cilt: 2, Türkiye Büyük Millet Meclisi Vakfı Yayınları No: 9, Ankara, 1995,
- Pakalın, Mehmet Zeki; Osmanlı Tarih Deyimleri ve Terimleri Sözlüğü, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul, 1993,
- Pamuk, Şevket; Osmanlı-Türkiye İktisadi Tarihi 1500-1914, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007,
- Sayın, Abdurrahman Vefik; Tekâlif Kavaidi (Osmanlı Vergi Sistemi), T.C. Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayın No:1999/352, Ankara, 1999,
- Sezginer, Murat / Akyılmaz, Bahtiyar / Kaya, Cemil; Türk İdare Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015,
- Süleyman Südi; Defter-i Müktesid, Cilt: 2, Mahmud Bey Matbaası, Dersaadet, 1307(1891-1892),
- Şafak, Ali; İslam Arazi Hukuku ve Tatbikatı (İlk Devirler), TÜRDAV Basım, İstanbul, 1997,
- Şemseddin Sami; Kamus-ı Türki, İkdam Matbaası, Dersaadet, 1317(1901-1902),
- Şener, Abdüllatif; Tanzimat Dönemi Osmanlı Vergi Sistemi, İşaret Yayınları, İstanbul, Mayıs 1990,
- Şirin, Veli; Ana Hatlarıyla Siyasi ve Kültürel Osmanlı Tarihi, 3. Baskı, Marifet Yayınları, İstanbul, 2002,

- Üçok, Coşkun; 'Osmanlı Devleti Teşkilatından Tımarlar', Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, Sayı: 4, 1944,
- Weber, Max; General Economic History (translated by Frank H. Knight), The Free Press, Illinois, 1950,
- White, Eugene N.; "France's Slow Transition From Privatized to Government-Administered Tax Collection: Tax Farming in The Eighteenth Century", Working Paper, No. 2001-16, Rutgers University, Department of Economics, New Brunswick, 2001,
- Yerebasmaz, Yasin; "657 Sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 28. Maddesine Göre Memurların Ticaret ve Diğer Kazanç Getirici Faaliyetlerde Bulunma Yasağının Kapsamı ve Değerlendirilmesi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 69, Sayı: 1-2, 2011,

Arşiv Belgeleri

- A.}AMD. (34:88)
- A.}DVN.MKL. (67:1)
- A.}MKT.UM.. (190:1)
- BEO. (291:21783)
- C..DRB (62:3054)
- C..ML.. (320:13161)
- KK. D. (5040)
- MB. İ... (10:13)
- MFB (48)
- MFB (663)
- MKT. UM. (467:31)
- ML.EEM. (1218:21)
- T.C. Resmi Gazete: 12-02-1929 / 1117
- T.C. Resmi Gazete: 25-05-1929 / 1176
- TFR.I..MKM. (22:2157)

Türk Anayasa Mahkemesinin İçtihadı Işığında Sınır Dışı Kararlarına Karşı Yargısal İtirazın Hukuki Etkisi

Legal Effect of Judicial Appeal Against Deportation Orders in Light of the Turkish Constitutional Court's Jurisprudence

Gamze OVACIK* 

Öz

Yabancılarla ilgili gerçekleştirilen sınır dışı işlemlerinin, hukuka aykırı oldukları iddiasıyla sıklıkla Anayasa Mahkemesine bireysel başvurulara konu olduğu bilinmektedir. Bu konudaki yerel hukuki çerçeveyi kuran 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin hükümlerinde, Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında 676 sayılı sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile bir takım değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi de, terörizm ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığıyla bağlantılı sebeplerle verilen sınır dışı etme kararlarına yargısal itirazın, bu kararların uygulanmasını durdurmayacağı yönündeki değişikliktir. Bu değişiklikle beraber, Anayasa Mahkemesinin sınır dışı işlemleriyle ilgili başvurularda tedbir taleplerine ilişkin içtihadında önemli değişiklikler olmuş, sonunda da Haziran 2018'de bu başvurularla ilgili pilot karar usulü başlatılmasına karar verilmiştir. Pilot karar usulü, yapısal bir sorundan kaynaklanan başvuruların tek tek incelenmesi yerine, uygulamaya ışık tutmak üzere ilkelerin ortaya konduğu tek bir kararın verilmesi; sorunun düzelmemesi halinde ise başvuruların toplu olarak karara bağlanmasını mümkün kılan bir yargılama usulüdür. Anayasa Mahkemesi tarafından bu usulün ilk kez uygulanması ve aynı konuda yapılan bine yakın bireysel başvurunun neredeyse tamamında tedbir talebinin kabul edilmiş olması, konunun önemini ortaya koymaktadır. Mayıs 2019'da pilot kararın, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine hükmetmesi üzerine sınır dışına itirazın otomatik askıya alıcı etkisi, yapılan değişiklikle tekrar mevzuat kapsamına alınmıştır. Bu makale önemli mevzuat ve içtihat değişikliklerinin yaşandığı bu hukuki süreci ve Türk göç ve iltica sistemine olan kritik etkilerini analiz etmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sınır Dışı, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Tedbir Kararı, Pilot Karar Usulü.

Abstract

Deportation orders issued regarding foreigners frequently become the subject of individual applications before Turkish Constitutional Court based on the claims that they are against the law. With Decree Law No. 676 on Certain Regulations within the Scope of State of Emergency, some amendments have been introduced to the provisions concerning deportation of foreigners of the Law No. 6458 on Foreigners and International Protection, which establishes the local legal framework on the subject. One of these amendments is that

* Doktor Adayı, Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Kamu Hukuku Anabilim Dalı, E-Mail: govacik@gmail.com

judicial appeal against deportation orders which are issued based on reasons connected to terrorism and public order, public security and public health does not stop implementation of deportation orders. After this amendment, there has been important changes in the case law of the Turkish Constitutional Court about interim measures. Moreover, the Court decided to initiate the pilot judgment procedure regarding these applications in the end of June, 2018. In the pilot judgment procedure, a single decision is issued to guide the practices of administration instead of individual assessment of separate applications that arise from a structural problem. If the problem is not solved, it is possible to render judgment collectively for the similar applications. The importance of the matter is highlighted by two facts: Firstly, the pilot judgment procedure is implemented for the first time by Turkish Constitutional Court. Secondly, interim measures were granted in almost all of approximately thousand individual applications. After the judgment which was issued as a result of the pilot judgment procedure, determined a violation of the right to effective remedy in May 2019, automatic suspensive effect of the appeal against deportation orders was put into force by the Turkish Parliament again. This article analyzes this legal process which includes important changes in legislation and jurisprudence and its significant implications for migration and international protection system in Turkey.

Keywords: Deportation, Law on Foreigners and International Protection, Individual Application to Turkish Constitutional Court, Interim measures, Pilot Decision Procedure.

I. Giriş

Sınır dışı işlemleri, bir yanda devletlerin topraklarında hangi yabancıların bulunmasına izin vereceklerine dair egemenlik haklarıyla, diğer yanda ise bireylerin zorla gönderildikleri ülkelerde ihlal edilme riski bulunan insan haklarının çatışma içinde olduğu bir alandır. Bu noktada sınır dışı edilmesi söz konusu olan kişilerin sıklıkla vatandaşı oldukları ülkelerin korumasından yararlanmalarının mümkün olmaması, insan hakları ihlallerine karşı kırılğanlıklarını da arttırmaktadır. Devletlerin sınır dışı işlemlerini gerçekleştirirken geri gönderme yasağı¹, yaşam hakkı ve kötü muamele yasağı gibi temel insan hakları prensiplerine uygun davranması gerekmektedir. Türkiye'nin sınır dışı etme işlemleriyle ilgili insan hakları sicili pek de parlak olmamakla beraber, bunun düzelmesi adına son yıllarda ciddi adımlar atılmıştır. Bu doğrultuda, özellikle 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu² ("YUKK") sınır dışı işlemlerinin, Türkiye'nin uluslararası hukuktan kaynaklanan insan hakları yükümlülüklerine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini temin etmeye yönelik olarak, yabancıların kötü muameleyle maruz kalma tehlikesiyle karşılaşacakları ülkelere gönderilmemeleri veya sınır dışı kararlarına karşı yargı yoluna başvurulabilmesi gibi çeşitli güvenceler içermektedir.

Bunların yanında, Anayasamızda 2010 yılında yapılan değişikliğe³ paralel olarak, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun⁴ ("6216 sayılı Kanun") hükümleri

1 Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununda, uluslararası mülteci hukuku ve uluslararası insan hakları hukukuna paralel olarak, geri gönderme yasağı "hiç kimse, 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 bulunacağı bir yere gönderilememesi" olarak tanımlanmıştır.

2 11 Nisan 2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

3 Söz konusu Anayasa değişikliği 13 Mayıs 2010 tarihli ve 27580 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

4 3 Nisan 2011 tarihli ve 27894 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

çerçevesinde 2012 yılından itibaren uygulanmaya başlanan Anayasa Mahkemesine (“AYM”) bireysel başvuru yolunun da sınır dışı etme işlemlerine konu olan yabancılar tarafından yoğun olarak kullanıldığı görülmektedir.⁵ Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (“AİHS”) ortak koruma alanını oluşturan hakların ihlallerinin giderilmesine yönelik bir iç hukuk yolu olan bireysel başvuru kapsamında başvuru sahiplerinin AYM’den tedbir kararı verilmesini talep etmeleri de mümkündür.⁶ Kişiler bir kez sınır dışı edildikten sonra oluşacak hak ihlallerinin telafisi mümkün olmayan zararlara yol açabilmesi olasılığından dolayı, sınır dışı işlemlerine ilişkin bireysel başvurularda, iddia edilen insan hakları ihlali riskinin bertaraf edilebilmesi için, AYM’nin tedbir kararları hayati öneme sahiptir.

AYM’nin bireysel başvuru incelemelerinde, resen veya talep üzerine, tedbir kararı verebilme yetkisi 6216 sayılı Kanun madde 49/5 ve Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü⁷ madde 73’te öngörülmüştür. Bireysel başvuru süreci sonuçlanana kadar mevcut durumu koruyarak,⁸ başvurucuyu kamu gücü işleminin olumsuz etkilerine karşı koruma amacı⁹ taşıyan tedbir kurumu, aynı zamanda anayasa şikayetinin hukuka uygunluk karinesi sebebiyle otomatik askıya alıcı etkisinin olmamasından kaynaklanan zorunlu bir sonuç olarak nitelendirilmektedir.¹⁰ Ayrıca bireysel başvuru yolu, başvurucu açısından sübjektif bir koruma sağlasa da, genel olarak insan haklarının korunmasında ve mahkemenin kararlarının işlevselliğinin sağlanmasında kamu yararı bulunduğundan, temelde mahkemenin gelecekte vereceği kararı güvence altına alan tedbir kararlarının objektif bir amacı olduğu da kabul edilmelidir¹¹. Bu bağlamda benzer yönde Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonunun (Venedik Komisyonu) da uygulanması anayasal çerçevede telafi edilemeyecek zarar veya ihlallere sebep olacak işlemlerin askıya alınmasını desteklediği¹² ve AYM uygulamasına paralel olarak AİHM’nin de benzer çerçevede tedbir kararlarına hükmettiği¹³ unutulmamalıdır.

5 Korkut Kanadoğlu, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha Yayıncılık 2015) 234.

6 Hüseyin Turan, ‘Bireysel Başvuru Yolunda Geçici Tedbir Kurumu’ (2014) 24 Ceza Hukuku Dergisi 237, 244; Gonca Erol, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir’ (2017) 130 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55, 77; Benan Molu, ‘Anayasa Mahkemesi ve Geçici Tedbir Talepli Başvurularda Karşılaşılan Sorunlar’ (2017) <<https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Benan-Molu-Anayasa-Mahkemesi-ve-Gec-%CC%A7ici-Tedbir-Talepli-Bas-%CC%A7vurularda-Kars-%CC%A7C4%B1las-%CC%A7C4%B1lan-Sorunlar.pdf>>.

7 12 Temmuz 2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

8 Hannah R Garry, ‘When Procedure Involves Matters of Life and Death: Interim Measures and the European Convention on Human Rights’ (2001) 7 European Public Law 399, 404.

9 Berkan Hamdemir, *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2015) 339; Özcan Özbey, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (Adalet Yayınevi 2013) 300; Sami Sezai Ural, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2013) 390.

10 Ece Göztepe, *Anayasa Şikayeti* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998) 88; Tolga Şirin, *Türkiye’de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)* (On İki Levha Yayıncılık 2013) 600.

11 Göztepe (n 11) 88, 90; Şirin (n 11) 620; Musa Sağlam, ‘Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir Kararı’ [2013] HUKAB Dergi <<http://www.hukabdergi.com/p2122/>>.

12 ‘Study on Individual Access to Constitutional Justice’ (Venedik Komisyonu 2011) 538/2009 42.

13 Olivier De Schutter, ‘The Binding Character of the Provisional Measures Adopted by the European Court of Human Rights’ (2005) 7 International Law FORUM du droit international 16, 18; Ergin Ergül, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması* (Yargı Yayınevi 2012) 115; Committee of Ministers of Parliamentary Assembly of the Council of Europe, ‘Reply to a Written Question on Extradition of Refugees and the Obligation of “Non-Refoulement of Member States of the Council of Europe’ (2007) 1192 <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11641&Lang=EN#P52_3678>; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Rules of Court Practice Directions on Interim Measures’ (2016); Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ‘Fact

AYM'ne bireysel başvuru prosedürü, Anayasa'da güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, AİHS kapsamındakilerin korunmasına yönelik bir yargı yolu olduğundan, AYM uygulamalarının büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("AİHM") içtihadına paralel geliştiği görülmektedir.

II. Yöntem

Bu makalede AYM'nin sınır dışı işlemleriyle ilgili olarak verdiği tedbir kararlarının analiz edilmesi suretiyle, mevzuat değişikliklerinin Mahkeme içtihadının seyrine nasıl yansdığı tespit edilecektir. Bu amaçla incelenen AYM kararlarının bir kısmına, AYM'nin internet sitesinde yer alan bireysel başvuru kararları bilgi bankası üzerinden erişilmiştir. Ancak, bilgi bankasının tasarımında Şubat 2018'de yapılan değişiklikten sonra¹⁴ tedbir kararları artık bilgi bankasında görüntülenememektedir. Dolayısıyla, tedbir kararlarının bir kısmı da göç ve uluslararası koruma hukuku alanında çalışan avukatların yardımıyla temin edilmiştir. Bu bağlamda makaledeki analizlere esas olan AYM'nin sınır dışıyla ilgili başvurularda verdiği tedbir kararlarına ilişkin sayısal bilgiler karar sonuçlarına göre aşağıdaki çizelgede yer almaktadır.

Çizelge 1: AYM'nin sınır dışıyla ilgili tedbir kararları

Karar Sonucu	Karar Sayısı
Tedbir talebinin kabulü	58
Sınır dışı işleminin geçici olarak durdurulması	39
Tedbirin uzatılması	5
Tedbir talebinin reddi	36
Tedbirin sonlandırılması	8
Tedbir talebinin değerlendirilmesine yer olmadığı (başvuru süresinin aşılması sebebiyle)	1
Karar vermeye yer olmadığı (başvurucu hakkında sınır dışı kararı bulunmaması sebebiyle)	2
TOPLAM	149

Dolayısıyla makale ampirik ve analitik bir yöntem üzerine kurulmuş olup, tedbir kararları yanında AYM'nin uyguladığı pilot karar usulü de inceleme konusu yapılacaktır. Bu şekilde literatüre yabancıların sınır dışı edilmesi rejimine ilişkin olarak, mevzuat ve içtihat arasındaki etkileşime dair bir katkıda bulunulması hedeflenmektedir. Bunu yaparken Türk yasal çerçevesi bakımından bir referans olarak kabul edilebilecek AİHM içtihadına da yer verilerek karşılaştırmalı bir yöntemle başvurulacaktır.

Sheet on Interim Measures'; Peter Langford, 'Extradition and Fundamental Rights: The Perspective of the European Court of Human Rights' (2009) 13 The International Journal of Human Rights 512, 519; Nuala Mole and Council of Europe, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing 2010) 222; Laurence Burgogue-Larsen, 'Interim Measures in the European Convention System of Protection of Human Rights' (2009) 2 Inter-American and European Human Rights Journal 99, 104; Yves Haeck and Clara Burbano Herrera, 'Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-Law of the European Commission and the European Court of Human Rights' (2011) 13 European Journal of Migration and Law 31, 32.

14 İlgili basın duyurusu için bakınız: <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/duyurular/detay/70.html>

III. Türk Hukukunda Sınır Dışı Kararlarına İtiraz ve İlgili AİHM İçtihadı

Türk hukukuna göre, YUKK madde 54'te sayılan sınır dışı etme sebepleri kapsamına giren ve madde 55 çerçevesinde sınır dışı etme kararı alınmayacak kişilerden olmayan yabancılar hakkında sınır dışı kararı alınmaktadır. Sınır dışı kararlarına itiraz yolu ise YUKK madde 53 (3) hükmünde düzenlenmektedir. Buna göre sınır dışı kararlarına karşı 15 gün içinde idare mahkemesine başvurulabilir ve mahkemenin bu konuda verdiği karar kesindir.

2015-2016 yıllarında IŞİD/DAEŞ olarak anılan terör örgütünün Avrupada ve Türkiye'de eylemlerinin yoğunlaşması ve İstanbul, Ankara ve Türkiye'nin başka yerlerinde çeşitli terör saldırılarının gerçekleşmesi sonucunda, Türkiye'nin içinde bulunduğu bu özel koşulların etkisiyle 2016 yılında 676 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname¹⁵ ("676 sayılı KHK") kabul edilmiştir. Buna göre, YUKK'nun sınır dışına ilişkin hükümlerinde ve özellikle itiraz mekanizmasında bir takım değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle, 54. madde çerçevesinde sınır dışı etme sebeplerine, uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olmak, eklenmiştir. Ayrıca, 676 sayılı KHK'den önceki haliyle, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişiler hakkında, sadece ülke güvenliği için tehlike oluşturduklarına dair ciddi emareler bulunduğu veya kamu düzeni açısından tehlike oluşturan bir suçtan kesin hüküm giymeleri durumunda sınır dışı etme kararı alınabilmesi mümkün kılınmıştı. Ancak, 676 sayılı KHK ile terör veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar; kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar; ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler bakımından, uluslararası koruma işlemlerinin her aşamasında sınır dışı etme kararı alınabilmesi söz konusu olmuştur. Dolayısıyla, 676 sayılı KHK ile sınır dışı edilebilecek yabancıların kapsamı, güvenlik endişeleriyle örtüşen bir şekilde genişletilmiştir.

Bunun yanı sıra, 676 sayılı KHK ile getirilen değişiklikten önce, itiraz süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde yargılama sonuçlanıncaya kadar hakkında sınır dışı etme kararı alınmış olan yabancıların sınır dışı edilmeyeceği düzenlenmişti.¹⁶ Başka bir ifadeyle, sınır dışına itirazın otomatik askıya alma etkisine sahip olması söz konusuydu. 676 sayılı KHK bu hükme bir istisna getirerek, terör veya çıkar amaçlı suç örgütü yöneticisi, üyesi veya destekleyicisi olanlar; kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı açısından tehdit oluşturanlar; ve uluslararası kurum ve kuruluşlar tarafından tanımlanan terör örgütleriyle ilişkili olduğu değerlendirilenler bakımından, itirazın otomatik askıya alıcı etkisini ortadan kaldırmıştır. Dolayısıyla, bu kişilerin, sınır dışı kararına itiraz süresi dolmadan veya itirazda bulunmaları halinde itirazları sonuçlanmadan sınır dışı edilebilmeleri mümkün hale gelmiştir.

YUKK'nun hazırlanma sebeplerinden bir tanesi de, AİHM'nin Türkiye aleyhine verdiği Jabari/Türkiye¹⁷, Mamatkulov ve Askarov/Türkiye¹⁸, Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye¹⁹ gibi kararlara,

15 29 Ekim 2016 tarihli ve 29872 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

16 Sibel Yılmaz, 'Protection of Refugees' Rights Arising out of the International Protection Procedure from the View of Turkish Constitutional Court's Individual Application Decisions' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 707, 722.

17 Jabari/Türkiye [2000] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 40035/98.

18 Mamatkulov ve Askarov/Türkiye [2005] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 46827/99 ve 46951/99.

19 Abdolkhani ve Karimnia/Türkiye [2009] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 30471/08.

yenilerinin eklenmesini engellemektir. Bu davaların hepsinde YUKK öncesi dönemdeki sınır dışı ve ilgili prosedürlerin uygulanış biçimi ve mevzuatta temellerinin olmaması sebebiyle ihlal kararları verilmiştir. Dolayısıyla YUKK ile sınır dışı ve uluslararası korumaya ilişkin süreçlerin Türkiye'nin uluslararası insan hakları yükümlülükleriyle uyum içinde yürümesinin sağlanması istenmiştir.²⁰ Bu yüzden, AİHM'nin sınır dışı işlemlerine ilişkin içtihadının, YUKK'nun uygulanması bakımından da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. AİHM, sınır dışısıyla ilgili kilit kararlarından biri olan Saadi/İtalya²¹ kararında, AİHS'nin işkence yasağı başlıklı 3. maddesi tarafından konulan yasağın mutlak olduğunu, yabancı bulunduğu ülkenin güvenliği açısından tehlike arz etse dahi, kişinin 3. maddeye aykırı muamele riski varsa sınır dışı edilemeyeceğini söylemiştir. AİHM'nin bu konudaki yerleşik içtihadına yön veren diğer kararlardan olan Conka/Belçika²² ve Gebremedhin/Fransa kararlarında²³ ise, sınır dışı, AİHS kapsamındaki hakların ihlaline karşı etkili başvuru hakkı sağlayan 13. madde bakımından ele alınmıştır. Buna göre, sınır dışı işlemlerinde, itiraz yolunun otomatik askıya alma etkisi olmasının gerektiği, yani planlanan sınır dışı işleminin, itiraz süreci sonuçlanıncaya dek bekletilmesi gerektiği açıklanmıştır. Aksine uygulamalar AİHM tarafından 13. maddenin ihlal edildiğine karar verilmesiyle sonuçlanmaktadır.

IV. AYM'nin Sınır Dışı İşlemlerine İlişkin Tedbir Kararlarına 676 Sayılı KHK'nin Etkisi

Yukarıda da değinildiği üzere, AYM İçtüzüğü madde 73'e göre AYM, başvuru kişinin yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşıldığında gerekli tedbirlere karar verilebilir. Sınır dışı işlemleri bakımından AYM'nin tedbir kurumunu uygulaması ise 676 sayılı KHK öncesinde ve sonrasında değişiklik göstermektedir.

676 sayılı KHK'nin kabul edilmesinden önceki dönemde, AYM'nin tedbir kararı vermesi, ancak idare mahkemesi nezdindeki sınır dışı kararına itiraz yolu tüketildikten sonra söz konusu olabiliyordu. AYM, o dönemde yapılan tedbir talepli başvurularda, eğer idare mahkemesine başvurulmadıysa veya idare mahkemesi itiraz üzerine henüz karar vermediyse, YUKK madde 53 (3) gereği bu süreç sonuçlanana kadar sınır dışı işleminin uygulanması mümkün olmadığından, kişi bakımından ciddi bir tehlike bulunmadığına hükmederek tedbir talebini reddetmekteydi. Örneğin, bir başvuruda²⁴ tedbire ilişkin ara kararında AYM, başvuru kişinin, hakkında verilen sınır dışı kararının iptali için idare mahkemesinde açtığı davanın hâlen devam ettiğini, 6458 sayılı Kanun'un 53. maddesinin (3) numaralı fıkrası uyarınca başvuru kişinin sınır dışı edilebilmesi için hakkında görülmekte olan davaların tamamının sonuçlanması gerektiğini, dolayısıyla bu aşamada başvurucuya yönelik derhal tedbir kararı verilmesini gerektiren ciddi bir tehlike bulunmadığı anlaşıldığından tedbir talebinin

20 Esra Dardağan Kibar, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi' (2012) 11 Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 53, 68; Nuray Ekşi, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2012) 163.

21 Saadi/İtalya [2008] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 37201/06.

22 MSS/Belçika ve Yunanistan [2011] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 30696/09.

23 Gebremedhin/Fransa [2007] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25389/05.

24 MA Başvurusu [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-16282.

reddine karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir ve benzer başvurularda da tipik olarak idare mahkemesine itirazın sınır dışını durdurduğu yönünde hüküm kurmuştur.²⁵

Buna karşın, 676 sayılı KHK'nin kabul edilmesinden sonra, hakkında sınır dışı kararı alınması, YUKK'nun 54 (1) maddesi (b), (d) ve (k) bentlerinde yer alan sebeplere dayanan yabancılar bakımından, sınır dışı etme kararına itirazın otomatik askıya alıcı etkisi ortadan kalkmıştır. Buna uygun olarak, 676 sayılı KHK'nin kabul edilmesinden birkaç gün sonra yapılan Y.T. Başvurusu²⁶ üzerine AYM, yeni durumu "676 sayılı KHK ile yapılan değişiklik sonrasında [...] kendiliğinden durdurma mekanizması kaldırılmıştır. Yeni durumda anılan kapsamda sınır dışı edilmesine karar verilen yabancıların idare mahkemesinde iptal davası açmaları bu kararların icrasını etkilemeyecektir." şeklinde açıklamıştır; ve "[başvurucunun] kişisel durumuyla ilgili iddialarını ayrıntılı olarak dile getirdiği, idare mahkemesinde açtığı iptal davasının hâlen derdest olduğu, dolayısıyla bu aşamada sınır dışı işleminin gerçekleştirilmesi hâlinde telafisi imkânsız sonuçların ortaya çıkabileceği" gerekçeleriyle tedbir talebini kabul ederek sınır dışı işleminin durdurulmasına hükmetmiştir.

Aynı sebeple, 676 sayılı KHK ile YUKK'nun sınır dışı işlemleriyle ilgili maddelerine yapılan değişiklikler sonrasında, AYM'nin tedbire ilişkin kararlarında, öncekinden farklı bir yol izleyerek, sınır dışı işlemine ilişkin tedbir talebinde bulunulması üzerine derhal, aynı gün veya başvuruyu takip eden birkaç gün içinde "sınır dışı işleminin geçici olarak durdurulması" yönünde hüküm kurmak yoluna gittiği görülmektedir. Bu kararlarda²⁷, AYM standart olarak "başvurucunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunup bulunmadığının değerlendirilebilmesi için bilgi ve belgelere ihtiyaç duyulmakta" olduğuna ve "araştırma sürecinde sınır dışı işleminin gerçekleştirilmesinin telafisi imkansız sonuçlara neden [olabileceğine], bu nedenle ilgili bilgi ve belgeler toplandıktan sonra yeniden değerlendirmek üzere sınır dışı işleminin geçici olarak durdurulmasına" karar verildiğine hükmetmiştir. Burada dikkat çekici olan, AYM İctüzüğü uyarınca tedbir kararının, başvurunun yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğunun anlaşılması hâlinde verilebileceği düzenlenmişken, AYM'nin bahse konu kararlarında bu tehlikenin var olup olmadığı değerlendirilememişken dahi tedbir kararı vererek sınır dışı işlemlerini durdurmasıdır. Bunun, 676 sayılı KHK ile YUKK'nda yapılan değişikliklerin sebep olabileceği insan hakları ihlallerinin önüne geçebilmek amacını taşıyan bir strateji olduğu ve AYM içtihadının bu yönde şekillendiği görülmektedir.

V. AYM'nin Pilot Kararı ve Bunun Hukuki Etkisi

Bu konuyla ilgili bir diğer gelişme, bireysel başvuru yolunun uygulanmaya başlandığı 2012 yılından beri ilk kez AYM tarafından pilot karar usulüne başvurulması olmuştur. Pilot karar usulü, AİHM tarafından da uygulanan ve AYM İctüzüğü madde 75'te detayları düzenlenen bir usuldür. Buna göre,

25 Gulbahar Rahmanova Başvurusu [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-509; Gulistan Ernazarova Başvurusu [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-508; Z.S. ve Diğerleri Başvurusu [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-16770.

26 YT Başvurusu [2016] Anayasa Mahkemesi 2016/22418.

27 Örneğin; [2016] Anayasa Mahkemesi 2016-24976; [2016] Anayasa Mahkemesi 2016-34546; [2017] Anayasa Mahkemesi 2017-5993.

AYM eğer bir bireysel başvuru yapısal bir sorundan kaynaklanıyorsa ve bu sorun başka başvurulara da yol açıtıysa veya açacaksa pilot karar usulü başlatılabilecektir ve bunun sonucunda verilen pilot karar hukuken bağlayıcı olur.²⁸ Yapılacak değerlendirme üzerine verilecek olan pilot kararda, tespit edilen yapısal sorun ve bunun çözümü için alınması gereken tedbirler belirtilir ve söz konusu pilot karar Resmi Gazete’de yayımlanır. AYM benzer başvuruların incelenmesini ertelemeye karar verebilir ve benzer nitelikteki başvurular idari mercilerce, pilot kararda ortaya konan ilkeler çerçevesinde çözümlenir. Bireysel başvuruya konu olan sorunlar pilot karara uygun şekilde çözümlenmediği takdirde, AYM incelenmesi ertelenen başvuruları topluca görerek karara bağlayabilir. Görüldüğü üzere, idari uygulamalardan veya mevzuattan kaynaklanan sebepler sonucunda yapısal olarak Anayasa ve AİHS’nin ortak kapsamında insan hakları ihlallerinin ortaya çıktığı durumlarda, pilot karar usulü AYM’ne, hepsi aynı sebebe dayanan başvuruları tek tek incelemek yerine, bu yapısal sebebin ortadan kaldırılmasına yönelik bir değerlendirme yapma imkanı sağlamaktadır.²⁹

Bu doğrultuda, AYM, Y.T. Başvurusu³⁰ kapsamında, 676 sayılı KHK ile YUKK’nda yapılan değişikliklere ve yargısal itirazın otomatik askıya alıcı etkisinin, belli sebeplerle alınmış sınır dışı kararları bakımından kaldırılması sebebiyle yapılan bireysel başvurulara atıfta bulunarak “*Anılan değişikliğin ardından belirtilen gerekçelerle Anayasa Mahkemesine tedbir talepli 866 bireysel başvuru yapılmış olup bunların 784’ünde tedbir talebi kabul edilmiştir. Söz konusu başvuruların yapısal bir sorundan kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti ve gerekirse çözüm önerilerinin belirlenebilmesi amacıyla İçtüzüğü’nün 75. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca pilot karar usulünün resen başlatılmasına*” karar vermiştir. Belirtmek gerekir ki AYM’nin 676 sayılı KHK sonrasında, belli sebeplerle alınmış sınır dışı kararlarına idare mahkemesi nezdinde itiraz süreci sonlanmamış olsa dahi, bu itiraz yolunun otomatik askıya alıcı etkisinin ortadan kaldırılmış olması sebebiyle, verdiği ilk tedbir kararı da aynı bireysel başvuru dosyasında verilmiştir.³¹

AYM’nin pilot kararı, pilot karar usulünün başlatılmasından neredeyse bir yıl sonra, Mayıs 2019’da verilmiştir.³² Kararda AYM, sınır dışı uygulamasının kötü muamele yasağını ihlal edeceğine dair şikayet ve bunlar bakımından etkili başvuru hakkının ihlali iddialarının incelenmesi konusunda bir kısmına yukarıda da atıfta bulunulan, çeşitli AİHM kararlarını³³ referans almıştır. Bu kararlarda

28 Nimet Özbek and Döndü Kuşçu, ‘Anayasa Mahkemesinin 30.5.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme’ (2020) 24 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3, 33.

29 Luzius Wildhaber, ‘Pilot Judgments In Cases of Structural Systemic Problems on the National Level’ in Rüdiger Wolfrum and Ulrike Deutsch (eds), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Springer 2009) 71; Dominik Haider, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers 2013) 38.

30 *YT Başvurusu* [2018] Anayasa Mahkemesi 2016/22418.

31 *YT Başvurusu* (n 18).

32 *YT Başvurusu* [2019] Anayasa Mahkemesi 2016/22418.

33 Soering/Birleşik Krallık [1989] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 14038/88; Saadi/İtalya (n 14); M.S.S./Belçika ve Yunanistan (n 15); JK ve Diğerleri/İsveç [2016] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 59166/12; Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye [2013] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28127/09; Babajanov/Türkiye [2016] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 49867/08; Rotaru/Romanya [2000] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28341/95; Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık [1983] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75; Aksoy/Türkiye [1996] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75; Mamatkulov

AİHM, özetle, incelemenin etkili olarak kabul edilebilmesi için, sınır dışı kararının uygulanmasından önce, kişiye bağımsız bir mercie başvurma şansı tanınması ve buradaki inceleme sonuçlanana kadar sınır dışı kararının kendiliğinden, diğer bir ifadeyle otomatik olarak, uygulanmaması gerektiğini vurgulamaktadır.³⁴

AİHM kararlarına yaptığı atıftan sonra AYM meseleyi, bu kararlardan esinle oluşturduğu, kendi içtihadında³⁵ yer alan ilkeleri hatırlatarak aydınlatmıştır. Buna göre, kötü muamele yasağının devletlere yüklediği pozitif yükümlülük çerçevesinde, hakkında sınır dışı kararı bulunan kişilere, bu kararlara karşı etkili bir itiraz imkanı sağlanması gerekmektedir. Bu sağlanmazsa, sınır dışı edilmesi halinde kötü muameleyle uğrayacağını iddia eden ve bu iddiayı kanıtlamak için devletten daha sınırlı imkanları olan kişiye gerçek bir koruma sağlandığını kabul etmek mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, kötü muamele yasağının getirdiği pozitif koruma yükümlülüğünün, bu yasakla korunan hakların nevi dikkate alındığında, sınır dışı kararına tabi olan yabancıya, iddialarını araştırtma ve sınır dışı kararını adil bir şekilde incelemeyi mümkün kılan usul güvencelerini de barındırdığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla, eğer yabancı, sınır dışı edilmesi sonucunda, gönderileceği ülkede kötü muamele yasağına aykırı bir uygulama göreceğini iddia ediyorsa, burada gerçekten bir ihlal riskinin var olup olmadığını idari ve yargısal makamların detaylı olarak araştırması gerekmektedir. Bahsedilen usul güvenceleri kapsamında sınır dışı kararının bağımsız bir yargısal organ tarafından incelenmesi, bu inceleme boyunca sınır dışı kararının uygulanmaması ve yargılamaya tarafların etkili olarak katılabilmesinin temin edilmesi gerekmektedir.³⁶ Bir başka ifadeyle, bu çerçevede sunulan yasal güvenceler uyarınca, bahsedilen yargı yoluna başvuranlara, başvuru hakkını kullanabilmesi için makul bir süre tanınmalı ve bundan sonra başvuru sonuçlanıncaya dek, idari veya yargısal makamların takdirine tabi olmayacak şekilde, bu kişilerin ülkede kalması sağlanmalıdır. Bu da demektir ki kötü muamele iddiası varsa, mevzuat, bu iddialarla ilgili dava açma süresinin başlangıcından, yargılama sonuçlanana kadar sınır dışı uygulamasının otomatik şekilde önüne geçmelidir. Bu noktada Mahkeme, idare mahkemelerinin sınır dışı işlemini iptal etme yetkisine sahip olmalarını, yürütmeyi durdurma imkanlarının bulunması ve hızlı karar alabilmelerini etkili başvuru hakkının temini bakımından yeterli görmemiş, bu hakkın korunabilmesinin, kişilerin dava açma süresi içinde, henüz mahkemeye ulaşmalarından evvelki aşamada, ülkede kalabilmelerini ve mahkeme başvurularını takip edebilmelerini temin eden bir sistemin yasal altyapısının bulunmasıyla mümkün olabileceğini vurgulamıştır.³⁷

AYM bu ilkeleri somut olaya uyguladığında ise yasal mevzuatın mevcut haline göre, sınır dışı edildiğinde kötü muameleyle uğrayacağını iddia eden yabancıların bir kısmının dava açmalar dahi, davalarını sonuna kadar takip etme imkanlarının olmadığını veya en iyi ihtimalle bunun idari ve yargısal mercilerin takdirinde olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme somut olayda başvurusunun iddialarını hatırlatarak, başvurusunun idare mahkemesi nezdindeki yargısal itirazın sonucunu

ve Askarov v. Turkey (n 12).

34 YT Başvurusu (n 22) para 35.

35 AA ve AA Başvurusu [2017] Anayasa Mahkemesi 2015/3941.

36 YT Başvurusu (n 22) para 45.

37 ibid 49-51.

bekleme imkanı olmaksızın, her aşamada sınır dışı edilme olasılığıyla karşı karşıya olduğunu ileri sürdüğünü vurgulamıştır. Mahkeme bu minvalde, başvurunun, idare mahkemesindeki yargısal sürecin pratikte başarı şansı tanımadığından etkili bir başvuru yolu teşkil etmediğine dair iddialarının temelsiz olmadığına ve başvurunun davasını sınır dışı edilme riskine maruz kalmaksızın sürdürmesinin mümkün olmadığına hükmetmiştir. AYM daha sonra çok kritik bir tespitte bulunarak, tarif edilen bu durumun idare mahkemesinin uygulamasından veya mevzuatı yorumlayış biçiminden değil, YUKK 53. maddede 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklikten kaynaklandığını, bu değişikliğin etkili başvuru hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Özetle Mahkeme, başvurunun, idare mahkemesindeki davası sürerken sınır dışı edilme riskini bertaraf eden bir yasal güvenceyi haiz olmadığına, bu yüzden de, etkili başvuru hakkının ihlal edildiğine ve bu ihlalin mevzuat değişikliğinden sonra oluşan durumdan kaynaklandığına karar vermiştir.³⁸

Genel ilkelerin açıklanmasının ve somut olaydaki ihlal tespitinin ardından, AYM ihlalin giderilmesi meselesini ele almıştır. Mahkeme öncelikle idari ve yargısal mercilerin Anayasa'ya uygun şekilde yorumlanması mümkün olmayacak kadar açık bir kanun hükmünü uygulamalarından dolayı ihlalin ortaya çıktığı durumlarda, ihlalin kanunun uygulanmasından değil, doğrudan kanundan kaynaklandığını ortaya koymuştur. Dolayısıyla Mahkemeye göre böyle bir ihlalin tüm sonuçlarıyla beraber giderilebilmesi için ihlalin kaynağı olan kanun hükmünün ihlale yol açmayacak şekilde yeniden düzenlenmesi veya ortadan kaldırılması gerekmektedir. Ayrıca, bazı durumlarda hüküm ortadan kaldırılsa dahi ihlalin tüm sonuçları ortadan kaldırılamayabileceğinden, böyle durumlarda, bireysel başvuru yoluyla mağdurların ihlalden kaynaklanan zararlarını telafi etmek üzere bazı tedbirler alınmasının gerekebileceğinin de altı çizilmiştir.³⁹ Bu genel tespitlerden sonra AYM somut olayda, yapılan kanun değişikliğinin idari makamlara, hakkında sınır dışı kararı alınan kişi henüz mahkemeye başvurma olanağı olmadan sınır dışı etme imkanı verdiğini vurgulamıştır. İhlal kanun hükmünden kaynaklandığına göre, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi ve yeni ihlallerin engellenebilmesi için, bu hükmün gözden geçirilmesi gerekliliğine işaret edilmiştir. Söz konusu yapısal sorunu ortadan kaldırmak ve yeni başvuruların önünün alınabilmesi için, AYM'nin bu husustaki önerisi, hakkında sınır dışı kararı alınan kişilerin buna ilişkin olarak dava açma ve yargılama süresi boyunca sınır dışı edilmeyecekleri yönünde bir düzenleme yapılmasıdır. Bunun için Mahkeme, kararın yasama organına bildirilmesine karar vermiştir. AYM ayrıca mevcut başvurular bakımından da ihlalin giderilmesine dair bir değerlendirme yapmıştır. Kararda belirtildiği üzere 8 Nisan 2019 tarihi itibarıyla AYM'ne YT Başvurusuna benzer, sınır dışı kararının itiraz ve yargılama süresince uygulanabilir olmasına ilişkin 1.545 başvuru yapılmıştır. Bu konuda AYM tarafından önerildiği şekilde yeni bir yasal düzenleme yapılması mevcut başvuruların çözümü için yeterli olmayacağından, idare tarafından daha evvel alınan sınır dışı kararlarına ilişkin bir çözüm üretilmesi gerekliliğine değinilmiştir. Bunun için AYM, kararın Göç İdaresi Genel Müdürlüğüne gönderilmesine, ayrıca bu 1.545 başvurunun ve yeni yapılacak benzer mahiyetteki diğer başvuruların, Pilot Kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından itibaren bir yıl için incelenmesinin ertelenmesine karar vermiştir.⁴⁰

38 ibid 57-61.

39 ibid 68.

40 ibid 74-78.

Özetle, bu kararda belirli sebeplerle alınan sınır dışı kararlarına karşı yargısal itirazın otomatik askıya alıcı etkisinin bulunmamasının, etkili başvuru hakkını ihlal ettiği ortaya konmuştur. Mahkeme bu yapısal sorunun mevzuattan kaynaklandığını ve otomatik askıya alıcı etkinin ayırım gözetmeksizin öngörüldüğü eski düzenlemeye dönüş yapılması gerektiğini belirtmiştir. Bu karar, kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı bir yere gönderilmesini yasaklayan geri gönderme yasağı kapsamında koruma bekleyen uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişiler de dahil olmak üzere, sınır dışı işlemleriyle karşı karşıya olan ve yargısal itirazları henüz sonuçlanmayan tüm yabancılar bakımından umut verici olmuştur.

AYM'nin pilot kararına uygun olarak, Aralık 2019'da⁴¹ YUKK'nun 53(3) maddesinde yapılan değişiklikle, bu maddedeki hakkında sınır dışı kararı verilen yabancıların dava açma süresi içinde veya yargı yoluna başvurulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar sınır dışı edilmeyeceğine ilişkin hükümden, terörizm ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığıyla bağlantılı sebeplerle hakkında sınır dışı kararı verilen kişilerin hariç tutulacağına dair ifade kaldırılmıştır. Böylece, bu hükümle yine yargısal itirazın ve itiraz süresinin, tüm sınır dışı kararlarına dair otomatik olarak askıya alıcı etki yaratması söz konusu olmuştur. Önceki uygulamanın uluslararası koruma ihtiyacına sahip kişileri dahi, koruma ihtiyacı iddiaları dinlenmeden veya bu iddialar kabul edilmiş olsa bile, sınır dışı edilme tehlikesiyle karşı karşıya bırakabildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu değişikliğin insan hakları hukuku adına sevindirici bir gelişme olduğunu belirtmek gerekir.

VI. Sınır Dışı Rejimiyle İlgili Hukuki Gelişmelerin Uluslararası Koruma Rejimine Etkisi

Burada ele alınacak hukuki meselelerin bir kısmı uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilere özgü olmamakla beraber, koruma ihtiyaçları göz önüne alındığında, insan hakları ihlaline en açık kesim olarak uluslararası koruma başvurusu ve statüsü sahibi kişiler görülebilmektedir. Dolayısıyla, bu meselelerin uluslararası koruma rejimiyle bağlantılı olarak açıklanması olası insan hakları ihlallerine dikkat çekmek bakımından önemlidir. Ayrıca, 676 sayılı KHK ile yapılan değişiklikle beraber, uluslararası koruma rejimi kapsamındakilerin sınır dışı işlemlerine tabi olabilmesi, ulusal güvenlik ve kamu güvenliğine tehdit oluşturabilecek bir suçtan hüküm giyme sebepleri dışında, ilk kez söz konusu olduğundan, uluslararası koruma ve sınır dışı rejimleri arasındaki ilişki analiz edilmek istenmiştir. Uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilerin sınır dışı edilme riskinin, uluslararası koruma bağlamındaki değerlendirme ve uygulama süreçleriyle, aşağıda açıklanacağı şekilde, doğrudan bağlantılı olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sınır dışı rejimiyle ilgili yukarıda ele alınan hukuki gelişmelerin Türkiye'deki uluslararası koruma rejimine önemli etkileri olduğu görülmektedir.

Bu hukuki gelişmelerin sonucunda, uluslararası koruma ihtiyacı bulunan veya bulunması olası olan, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerin, terörizm ve kamu düzeni, kamu

41 24 Aralık 2019 tarih ve 30988 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 6 Aralık 2019 tarihli ve 7196 sayılı Kanun'un 75. maddesi.

güvenliği ve kamu sağlığıyla ilgili sebeplerle sınır dışı edilmesinin önü açılmıştır. Ayrıca, 676 sayılı KHK ile yapılan kanun değişikliğiyle beraber, AYM'nin pilot kararının arkasından gelen mevzuat değişikliği gerçekleşene kadar, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerin, yargısal itiraz sürecini tüketme imkanı olmadan sınır dışı riskiyle karşı karşıya oldukları bir dönem söz konusu olmuştur. Daha da somutlaştırmak gerekirse, bu dönemde Türk Hukuku'na göre mülteci veya şartlı mülteci olarak tanınmış, diğer bir ifadeyle zulümden kaçtığı kabul edilmiş bir kimsenin, kamu düzenine tehdit oluşturmak gibi yoruma açık bir sebeple, bu konudaki itirazları herhangi bir mahkeme tarafından dinlenmeksizin, sınır dışı edilmesi mümkün olmuştur.

Burada incelenecek ilk hukuki mesele, sınır dışı sebeplerinin kapsamının yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Tam olarak neyin terör örgütüyle bağlantı ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığına tehdit oluşturduğu mevzuatta tanımlanmamıştır ve buna ilişkin idari ve yargısal uygulamalar da büyük oranda değişiklik göstermektedir. Bunun sonucunda, bu kavramların kapsamının belirlenmesinde idarenin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğu görülmektedir. O kadar ki kimi zaman bu, kişilerin ceza davasından beraat etmelerine karşın suçla veya detayları idareye veya yargıya sunulmayan istihbarat bilgileriyle bağlantılı olarak kabul edilmeleri kadar geniş olabilmektedir. Bu durum aynı zamanda, sıklıkla idarenin takdir yetkisini teyit etmekten ibaret kalan mahkeme kararlarından da gözlemlenebilmektedir.⁴² Bu durumun yarattığı risklerden biri ise bu sınır dışı sebeplerinin, uluslararası koruma başvurusu veya statüsü sahibi kişilerin sınır dışı edilmesi yönünde isabetsiz kullanımınıdır.

İkinci önemli nokta, uluslararası koruma başvurusu ve statüsü sahibi kişilerin, terörizm ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığıyla bağlantılı sebeplere dayanarak sınır dışı edilmelerinin halen mümkün olmasıdır. Bu da ilgili kişinin uluslararası koruma ihtiyacı bulunduğu kabul edilmiş olsa veya bu ihtiyacın varlığını tespit eden prosedür henüz tamamlanmış olmasa dahi, bu kişi hakkında sınır dışı kararı verilebileceği anlamına gelmektedir. Üstelik bahsedilen sınır dışı sebeplerinin ispatı için herhangi bir resmi işlem veya mahkeme kararı bulunması da şart olmayıp, uygulama idarenin takdir yetkisine bağlı gelişmektedir. Bu durum, uluslararası koruma süreçlerine zarar veren bir müdahale teşkil etmektedir ve mutlak bir karaktere sahip olan geri gönderme yasağına aykırı uygulamaların ortaya çıkması riskini taşımaktadır.

Son olarak, Ekim 2016 – Aralık 2019 yılları arasında gerçekleşen uygulamaya değinmek gerekir. AYM'nin pilot kararı üzerine yapılan kanun değişikliğiyle sınır dışı kararlarına yargısal itirazın otomatik askıya alıcı etkisi Aralık 2019'da tekrar devreye sokulmuş olsa da ilk kanun değişikliğinin yapıldığı Ekim 2016'dan itibaren yaklaşık üç yıl için, bunun ortadan kalktığı bir gerçektir. Bu durum da Türkiye'de uluslararası koruma süreçlerinin parçası olan uluslararası koruma başvurusu

42 Bahsedilen türde kararlara çeşitli örnekler için bakınız: E 2017/435 K 2017/650 (Konya 1 İdare Mahkemesi); E 2019/212 K 2019/620 (Hatay 1 İdare Mahkemesi); E 2015/1345 K 2016/16 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2016/1229 K 2017/163 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2016/688 K 2016/1288 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2017/1047 K 2018/205 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2015/1395 K 2016/19 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2018/614 K 2019/65 (Eskişehir 1 İdare Mahkemesi); E 2016/389 K 2016/502 (Antalya 1 İdare Mahkemesi); E 2017/359 K 2018/98 (İstanbul 1 İdare Mahkemesi); E 2016/134 K 2016/243 (Trabzon İdare Mahkemesi); E 2017/436 K 2017/649 (Konya 1 İdare Mahkemesi); E 2017/826 K 2017/1741 (Isparta İdare Mahkemesi).

veya statüsü sahibi olan kişilerin bir kısmının, sınır dışı sebeplerini yargısal denetimden geçirme imkanı bulamadan, sınır dışı edildiği anlamına gelmektedir. Uluslararası koruma süreci kapsamında olmaları itibarıyla bu kişilerin tamamının zulüm riski iddiası bulunduğu göz önüne alındığında, sınır dışı tedbirlerinin yanlış uygulanması halinde geri gönderme yasağına aykırı sonuçlara yol açtığı unutulmamalıdır.

Sonuç olarak, bu çalışmada analiz edilen yargı ve mevzuat sürecinin tamamının, uluslararası koruma rejimi üzerindeki yargı etkisinin bir örneği olarak da yorumlanması mümkündür. Bu etki, doğrudan uluslararası koruma rejimi hakkında olmasa dahi, sınır dışı edilebilecek grupların uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilerden olabilmesi dolayısıyla gerçekleşmiştir. Bu da, aslında uluslararası koruma ve sınır dışı rejimlerinin iç içe geçmiş niteliğini ortaya koymaktadır. Tüm bunların yanında, uluslararası koruma başvurusu ve statüsü sahibi kişilerin terörizm ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığıyla bağlantılı sebeplerle sınır dışı edilebilmelerini mümkün kılan yasa değişikliğinin, AYM'nin pilot karar sürecinin kapsamı dışında kalarak geçerliliğini koruduğunun altını, uluslararası koruma rejimine dair hukuki bir risk unsuru olarak, çizmek gerekmektedir.

VII. Sonuç

676 sayılı KHK'nin, YUKK'ndaki sınır dışı işlemleriyle ilgili hükümlere getirdiği değişiklikler sonrasında, AYM'ne yapılan tedbir talepli bireysel başvuruların sayısının yaklaşık 1,5 sene gibi kısa bir süre içerisinde bine yaklaştığı, neredeyse 2,5 sene içinde 1.500'ü aştığı ve bunların tamamına yakınında tedbir talebinin kabul edildiği görülmektedir. Doğrudan mevzuattan kaynaklanan bir durum olması sebebiyle, yapısal sorunlara özgü pilot karar usulünün bu durumu çözümlenmek açısından iyi bir araç olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de sınır dışı kararlarına karşı yargısal itirazın otomatik askıya alıcı etkisinin ortadan kalkması, AYM'nin pilot kararında eleştirilerek, bu durumun etkili başvuru hakkını ihlal ettiğine karar verilmiştir. Bunu takip eden süreçte yeni bir kanun değişikliği yapılarak otomatik askıya alma etkisi tekrar kabul edilmiştir. Varılan nokta itibarıyla, mevzuatın yeniden sınır dışı prosedürlerinde insan haklarının korunmasını ve yargısal itiraz mekanizmasının etkinliğini sağlayan bir hale gelmesi sevindiricidir. Öte yandan otomatik askıya alıcı etkinin mevzuatta tanınmadığı Ekim 2016 – Aralık 2019 arasındaki sınır dışı uygulamaları, özellikle geri gönderme yasağına aykırı sonuçların ortaya çıkması ihtimali düşünüldüğünde endişe vericidir.

Bu durumların hukuki etkisinin, insan hakları ihlalleri bakımından risk altında olduğu kabul edilen uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişiler bakımından daha ağır olabildiği de göz önünde bulundurulmalıdır. 2016'da 676 sayılı KHK ile kabul edilen ve uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilerin terörizm ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığıyla bağlantılı sebeplerle sınır dışı edilmesini mümkün kılan hüküm geçerliliğini korumaktadır. Bu hüküm, söz konusu kişileri, uluslararası koruma ihtiyacına sahip olsalar dahi sınır dışı edilebilme riski altına sokmakta ve geri gönderme yasağının etkin şekilde uygulanmasını tehlikeye atmaktadır. Bu sakıncaların üstesinden gelinmesi ancak bir mevzuat değişikliğinin, uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilerin sınır dışı edilmesini öngören sebepleri ortadan kaldırmasıyla mümkün olabilir. Atılabilecek bir diğer adım

ise, mevzuatın terör örgütleriyle bağlantı ve kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığına tehdit kavramlarını detaylandırması olacaktır, böylece bu konuda yeknesak uygulama temin edilebilir.

Açıklanan gelişmelerin uluslararası bağlamda da yansımaları olduğu unutulmamalıdır. Belirtmek gerekir ki, Türkiye dünyada en çok uluslararası koruma ihtiyacı sahibine ev sahipliği yapan ülke⁴³ olma özelliğini korumaktadır. Ayrıca, Türkiye'ye geri dönüşün öngörüldüğü, AB-Türkiye Geri Kabul Anlaşması veya Mart 2016 tarihli AB-Türkiye Ortak Beyanı gibi iki taraflı veya çok taraflı düzenlemeler, çok sayıda uluslararası koruma ihtiyacı sahibini Türkiye'ye gönderilmeye açık hale getirmektedir. Dolayısıyla, Türkiye'deki uluslararası koruma ve sınır dışı rejimlerinin nasıl işlediği, çok sayıda sığınmacı ve mültecinin korunması bakımından ve de bu alandaki bölgesel ve uluslararası uygulamaya katkı sağlanması bakımından kritik öneme sahiptir.

KAYNAKÇA

[2016] Anayasa Mahkemesi 2016-24976

[2016] Anayasa Mahkemesi 2016-34546

[2017] Anayasa Mahkemesi 2017-5993

AA ve AA Başvurusu [2017] Anayasa Mahkemesi 2015/3941

Abdolkhani ve Karimnia/Turkey [2009] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 30471/08

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 'Fact Sheet on Interim Measures' (2016)

—, 'Rules of Court Practice Directions on Interim Measures' (2016)

Aksoy/Türkiye [1996] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 21987/93

Babajanov/Türkiye [2016] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 49867/08

Burgorgue-Larsen L, 'Interim Measures in the European Convention System of Protection of Human Rights' (2009) 2 *Inter-American and European Human Rights Journal* 99

Committee of Ministers of Parliamentary Assembly of the Council of Europe, 'Reply to a Written Question on Extradition of Refugees and the Obligation of "Non-Refoulement of Member States of the Council of Europe' (2007) 1192 <http://www.assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=11641&Lang=EN#P52_3678>

Dardağan Kibar E, 'Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısında ve Başlıca Avrupa Birliği Düzenlemelerinde Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine İlişkin Kurallar: Bir Karşılaştırma Denemesi' (2012) 11 *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 53

De Schutter O, 'The Binding Character of the Provisional Measures Adopted by the European Court of Human Rights' (2005) 7 *International Law FORUM du droit international* 16

E 2015/1345 K 2016/16 (Antalya 1 İdare Mahkemesi)

E 2015/1395 K 2016/19 (Antalya 1 İdare Mahkemesi)

E 2016/134 K 2016/243 (Trabzon İdare Mahkemesi)

E 2016/389 K 2016/502 (Antalya 1 İdare Mahkemesi)

E 2016/688 K 2016/1288 (Antalya 1 İdare Mahkemesi)

43 Ekim 2020 itibarıyla resmi sayılara göre Türkiye'de uluslararası koruma rejimi kapsamındaki kişilerin sayısı 3.6 milyondan fazladır. Bakınız: <https://www.goc.gov.tr/gecici-koruma5638> ve <https://www.goc.gov.tr/uluslararasi-koruma-istatistikler>. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin "Global Forced Displacement Trends in 2019" raporuna göre dünyada en çok mültecinin bulunduğu ülke Türkiye'dir. Bkz: <https://www.unhcr.org/globaltrends2019/>

- E 2016/1229 K 2017/163* (Antalya 1 İdare Mahkemesi)
E 2017/359 K 2018/98 (İstanbul 1 İdare Mahkemesi)
E 2017/435 K 2017/650 (Konya 1 İdare Mahkemesi)
E 2017/436 K 2017/649 (Konya 1 İdare Mahkemesi)
E 2017/826 K 2017/1741 (Isparta İdare Mahkemesi)
E 2017/1047 K 2018/205 (Antalya 1 İdare Mahkemesi)
E 2018/614 K 2019/65 (Eskişehir 1 İdare Mahkemesi)
E 2019/212 K 2019/620 (Hatay 1 İdare Mahkemesi)
- Ekşi N, *Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu Tasarısı* (Beta Basım Yayım Dağıtım 2012)
- Ergül E, *Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması* (Yargı Yayınevi 2012)
- Erol G, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir' (2017) 130 Türkiye Barolar Birliği Dergisi 55
- Garry HR, 'When Procedure Involves Matters of Life and Death: Interim Measures and the European Convention on Human Rights' (2001) 7 European Public Law 399
- Gebremedhin/Fransa* [2007] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25389/05
- Ghorbanov ve Diğerleri/Türkiye* [2013] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28127/09
- Göztepe E, *Anayasa Şikayeti* (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1998)
- Gulistan Ernazarova Başvurusu* [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-508
- Gulbahar Rahmanova Başvurusu* [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-509
- Haeck Y and Herrera CB, 'Staying the Return of Aliens from Europe through Interim Measures: The Case-Law of the European Commission and the European Court of Human Rights' (2011) 13 European Journal of Migration and Law 31
- Haider D, *The Pilot-Judgment Procedure of the European Court of Human Rights* (Martinus Nijhoff Publishers 2013)
- Hamdemir B, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2015)
- Jabari/Türkiye* [2000] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 40035/98
- JK ve Diğerleri/İsveç* [2016] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 59166/12
- Kanadoğlu K, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru* (On İki Levha Yayıncılık 2015)
- Langford P, 'Extradition and Fundamental Rights: The Perspective of the European Court of Human Rights' (2009) 13 The International Journal of Human Rights 512
- M.A. Başvurusu* [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-16282
- Mamatkulov ve Askarov/Türkiye* [2005] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 46827/99 and 46951/99
- Mole N and Council of Europe, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (Council of Europe Publishing 2010)
- Molu B, 'Anayasa Mahkemesi ve Geçici Tedbir Talepli Başvurularda Karşılaşılan Sorunlar' (2017) <<https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Benan-Molu-Anayasa-Mahkemesi-ve-Gec%CC%A7ici-Tedbir-Talepli-Bas%CC%A7vurularda-Kars%CC%A7C4%B1las%CC%A7C4%B1lan-Sorunlar.pdf>>
- MSS/Belçika ve Yunanistan* [2011] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 30696/09
- Özbek N and Kuşçu D, 'Anayasa Mahkemesinin 30.5.2019 Tarihli Pilot Kararı (Y.T. Kararı) İncelemesi ve Sınır Dışı Kararına Karşı Etkili Başvuru Üzerine Bir Değerlendirme' (2020) 24 Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3

- Özbey Ö, *Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı* (Adalet Yayınevi 2013)
- Rotaru/Romanya* [2000] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 28341/95
- Saadi/İtalya* [2008] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 37201/06
- Sağlam M, 'Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Tedbir Kararı' [2013] HUKAB Dergi <<http://www.hukabdergi.com/p2122/>>
- Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık* [1983] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75
- Soering/Birleşik Krallık* [1989] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 14038/88
- 'Study on Individual Access to Constitutional Justice' (Venedik Komisyonu 2011) 538/2009
- Şirin T, *Türkiyede Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru)* (On İki Levha Yayıncılık 2013)
- Turan H, 'Bireysel Başvuru Yolunda Geçici Tedbir Kurumu' (2014) 24 Ceza Hukuku Dergisi 237
- Ural SS, *Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru* (Seçkin Yayıncılık 2013)
- Wildhaber L, 'Pilot Judgments In Cases of Structural Systemic Problems on the National Level' in Rüdiger Wolfrum and Ulrike Deutsch (eds), *The European Court of Human Rights Overwhelmed by Applications: Problems and Possible Solutions* (Springer 2009)
- Yılmaz S, 'Protection of Refugees' Rights Arising out of the International Protection Procedure from the View of Turkish Constitutional Court's Individual Application Decisions' (2019) 68 Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 707
- YT Başvurusu* [2016] Anayasa Mahkemesi 2016/22418
- YT Başvurusu* [2018] Anayasa Mahkemesi 2016/22418
- YT Başvurusu* [2019] Anayasa Mahkemesi 2016/22418
- Z.S. ve Diğerleri Başvurusu* [2015] Anayasa Mahkemesi 2015-16770

War Crimes and Individual Criminal Responsibility Arising Out of Cyber Operations

Savaş Suçları ve Siber Operasyonlardan Doğan Bireysel Cezai Sorumluluk

Yunus Emre GÜL* 

Abstract

The types of individual criminal responsibilities are listed in the Rome Statute Article 25(3). Individuals or organized groups who conduct cyber operations during armed conflicts have an individual criminal responsibility derived from their acts. They may commit war crimes by conducting cyber operations that reach a certain level of violence, however, even if the operation does not constitute a war crime *per se*, perpetrators might still be responsible for their actions. In line with this, how an individual criminal responsibility occurs arising out of those operations is examined in this article.

Keywords: Individual Criminal Responsibility, Rome Statute, Cyber Operations, Violence, War Crimes.

Öz

Bireysel cezai sorumluluk türleri Roma Statüsü Madde 25(3)'te listelenmiştir. Silahlı çatışmalar sırasında siber operasyonlar gerçekleştiren bireyler veya organize gruplar, eylemlerinden doğan bireysel cezai sorumluluğa sahiptirler. Bu kişiler belirli bir şiddet eşiğine ulaşan siber operasyonlar düzenleyerek savaş suçları işleyebilirler; ancak bu operasyon bizatihi savaş suçu teşkil etmese dahi, failer eylemlerinden sorumlu olabilirler. Bu doğrultuda, söz konusu operasyonlardan doğan bireysel cezai sorumluluğun nasıl ortaya çıktığı bu makalede incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Bireysel Cezai Sorumluluk, Roma Statüsü, Siber Operasyonlar, Şiddet, Savaş Suçları.

Introduction

Individuals witnessed significant developments in the international law related to the Law of Armed Conflict (LOAC) in the 20th century. Although Clausewitz claims that 'to introduce into the philosophy of war itself a principle of moderation would be an absurdity'¹ in the first half of the 19th century, the world has changed after having suffered two world and several civil wars between

* LLM at King's College London, Department of Law, London, United Kingdom, E-Mail: yunus_emre.gul@kcl.ac.uk

1 Clausewitz, 2007, p 14.

1915-1945. Experiences of the Second World War led to the establishment of the Nuremberg Trials in 1945-1946, and this became an initial phase of the International Criminal Law that provides to judge war criminals. Developments in International Criminal Law have continued after Nuremberg Trials, and International Criminal Court was established by the Rome Statute of the International Criminal Court (the Rome Statute) on July 17, 1998, and on July 1st, 2002, the Rome Statute of the International Criminal Court (ICC), entered into force.

Whilst Article 8 of the Rome Statute states that International Criminal Court has jurisdiction over war crimes, a person who commits a war crime is individually responsible for his/her actions under Article 25 of the Rome Statute. In the first part of this essay, definitions of armed conflict, war crimes and cyber operations and how an individual incurs criminal responsibility for these operations will be addressed. In the second part, different forms of individual criminal responsibilities, which are set out between Article 25(3)(a)-(f) of the Rome Statute, namely commission, instigation, assistance, complicity, incitement to genocide, attempt and abandonment, will be explained. In addition, how each of these kinds of criminal responsibilities incurs by cyber operations will be discussed in the context of war crimes.

I. Definitions

A. Armed Conflict

War crimes are only be committed in case of armed conflict. There are two types of armed conflicts according to Geneva Conventions; International and Non-International. While Common Article 2 of Geneva Conventions lays out international armed conflicts by stating that the Convention ‘shall apply to all cases of declared war or of any other armed conflict which may arise between two or more of the High Contracting Parties’, in respect of non-international armed conflicts Common Article 3 sets out that each Party to the conflict is bound to apply provisions stated in the Article ‘in the case of armed conflict not of an international character occurring in the territory of one of the High Contracting Parties’. Although both articles contain the term of ‘armed conflict’, neither of the Conventions has a definition for it.

Armed conflict is defined in the *Tadic* Case as ‘a resort to armed force between States or protracted armed violence between governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State.’² While the first part of the definition, ‘a resort to armed force between States’, is applicable to international armed conflicts, the second part is applied to non-international armed conflicts. The determining factor between them is the status of actors. Hence, an international armed conflict exists only when there are states as belligerent parties, non-international armed conflict occurs between ‘governmental authorities and organized armed groups or between such groups within a State’.

There are two conditions for the existence of an international armed conflict. The first one is that, as Common Article 2 of 1949 Geneva Conventions and *Tadic* Case stated above underline, if at least

2 Tadic Case, 2 October 1995, para 70.

one side of conflict is a state, the conflict will be deemed ‘international’. The second one is, if an armed group conducts its acts under the control of a state against another state, the nature of conflict will be considered ‘international’. While the International Court of Justice (ICJ) adopts the ‘effective control’³ criterion, the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) adopts ‘overall control’⁴ which represents a lower threshold while determining the control of a state over an armed group.

Two conditions, intensity and organization, must be met in order to define an armed conflict as ‘non-international’.⁵ In terms of intensity, the threshold should be higher than ‘the level of riots, internal disturbances or tensions, or isolated or sporadic acts of violence’, and an armed conflict should be ‘protracted’.⁶ In terms of organization criterion, if a group has ‘a set of structures or mechanisms, whatever those may be, that are sufficiently efficient to ensure the coordination necessary to carry out an attack directed against a civilian population’ and ‘sufficient means to promote or encourage the attack’, then the group will meet organization criterion.⁷ However, it is important to assess both of these criteria case by case basis.

B. War Crimes

After the conflict has been classified as International or Non-International Armed Conflict, all acts which are conducted in association with it are governed by the LOAC. The Rome Statute defines war crimes in Article 8 as, inter alia, “serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict” and “serious violations of the laws and customs applicable in an armed conflict not of an international character”. Accordingly, if an act violates the LOAC, and has been laid out as war crime according to Article 8 of the Rome Statute, it will be named as ‘war crime’ resulting in individual criminal responsibility under treaty or customary international law.⁸ In line with this definition, even though not every breach of the LOAC causes to individual criminal responsibility, such violations which are specifically criminalized pursuant to Article 8 of the Rome Statute will be characterized as ‘war crimes’ and examined in this essay.⁹ Also, there is no difference in means of warfare such as guns, knives or cyber operations has been or to be used in a war crime. If the consequences of an act occur defined outcome of a war crime as regulated in Article 8 of the Rome Statute, a perpetrator will be liable for this act.

Although more than fifty kinds of war crimes are listed in the Rome Statute Article 8, it might be handier to focus on general points rather than listing all of them here. First of all, all crimes in Article 8 have one objective and one subjective element in common. Whilst the objective element is

3 Nicaragua Case, 27 June 1986, para 115.

4 Tadic Case, 15 July 1999, para 145.

5 Tadic Case, 7 May 1997, para 562; Pictet, 1952, p 49-50.

6 Tadic Case, 7 May 1997, para 562; Pictet, 1952, p 50; Bemba Case, 21 March 2016, para 140; Roma Statute Art 8(d).

7 Katanga Case, 7 March 2014, para 1119.

8 Cryer, 2010, p.267; Triffterer & Ambos, 2016, p 305.

9 Triffterer & Ambos, 2016, p 305.

‘the conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict’, the subjective element is ‘the perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict.’¹⁰ Secondly, there are four categories of war crimes under Article 8 of the Rome Statute as stated by Dormann below;¹¹

- Grave breaches which have been defined in the four Geneva Conventions such as ‘extensive destruction and appropriation of property, not justified by military necessity and carried out unlawfully and wantonly’ according to Article 8(2)(a)(iv).
- Other serious violations of treaty or customary law which are applicable to international armed conflicts such as ‘intentionally launching an attack in the knowledge that such attack will cause incidental loss of life or injury to civilians or damage to civilian objects or widespread, long-term and severe damage to the natural environment which would be clearly excessive in relation to the concrete and direct overall military advantage anticipated’ according to Article 8(2)(b)(iv).
- Serious violations of Geneva Conventions which are applicable to non-international armed conflict such as ‘violence to life and person, in particular murder of all kinds, mutilation, cruel treatment and torture’ according to Article 8(2)(c)(i).
- Other serious violations of the laws and customs applicable in armed conflicts not of an international character such as ‘intentionally directing attacks against the civilian population as such or against individual civilians not taking direct part in hostilities’ according to Article 8(2)(e)(i).

C. Cyber Operations and Responsibility

Owing to rapid developments in technology throughout the 21st century, cyber space has become the fifth domain, in addition to land, sea, air and space, through which cyber operations and attacks are actively conducted in order to harm adversaries and gain military advantage by states. However, as stated in Additional Protocol-I to the Geneva Conventions of 1949 (AP-I) Article 35, ‘[i]n any armed conflict, the right of the Parties to the conflict to choose methods or means of warfare is not unlimited’¹². In such regard, there are limitations in carrying out operations against adversaries and going beyond such limitations may result in individual criminal responsibility.

Before defining cyber operations, the meaning of a military operation must be clarified. Military operation refers to ‘any movements, manoeuvres and other activities whatsoever carried out by the armed forces with a view to combat.’¹³ However, when an operation reaches a certain level of violence,

10 Dormann, 2003.

11 Dormann, 2003, p 343-345.

12 Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3.

13 Sandoz et al., 1987, para 2191.

it is defined as a military attack. In other words, “all acts that are designed, intended, or ‘reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects’” are considered as a military attack.¹⁴ For this reason, although all attacks are a kind of operation, it does not mean that any operation will be automatically deemed as an attack.

Secondly, it is essential to keep in mind the distinction between cyber operations other than cyber attacks. While the former means that ‘the employment of cyber capabilities to achieve objectives in or through cyberspace’¹⁵, the latter is ‘a cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects.’¹⁶ The difference between these two terms is the occurrence of a certain level of violence. Thus, as stated in Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations (Tallinn Manual), ‘a cyber operation that alters the running of a SCADA system controlling an electrical grid and results in a fire qualifies. Since the consequences are destructive, the operation is an attack.’¹⁷ Hence, a cyber attack is a specific kind of cyber operation that results in violent consequences.

Both members of the armed forces and civilians may be responsible for conducting cyber operations, these operations, however, must be ‘in the context of and associated with the armed conflict’ in order to incur responsibility for war crimes.¹⁸ For this reason, individuals who are ‘engaged in purely criminal cyber operations or malicious cyber activities unrelated to the on-going international or non-international armed conflict’ cannot bear individual criminal responsibility for war crimes.¹⁹

In addition, committing a war crime requires a serious violation of the LOAC. For this reason, responsibility for war crimes as perpetrator in terms of Article 25(a) of the Rome Statute requires a certain level of violence, which is only possible with cyber-attacks. Although other types of cyber operations do not constitute war crimes by themselves, they may lead to responsibility due to a war crime that takes place. For example, a virus to be leaked into the controlling system of an electrical grid may disrupt the system’s functions and thereby, result in excessive collateral damage that constitutes war crimes according to Article 8(2)(b)(iv) of the Rome Statute, and perpetrator(s) will be responsible from this act according to Article 25(3)(a) of the Rome Statute. On the other hand, even if a cyber operation does not result in violent consequences, individual criminal responsibility may incur. For instance, an individual who shares racist posts in order to incite others to commit genocide bears criminal responsibility derived from this cyber operation despite the fact that he/she does not commit violent acts according to Article 25(3)(e) of the Rome Statute.

14 Heinegg, 2015, para 10.

15 Tallinn Manual, Glossary.

16 Tallinn Manual, Rule 92.

17 Tallinn Manual, Rule 92, Commentary para 3.

18 Tallinn Manual, Rule 84, Commentary para 3.

19 Ibid.

II. Individual Criminal Responsibility for War Crimes and Cyber Operations

A. Commission

Article 25(3)(a) of the Rome Statute sets out three different ways of committing crimes: individual, jointly with another person or through another person.

1. Individual Commission

A perpetrator can commit the physical perpetration of a crime with his own initiative.²⁰ In a narrower sense, it can be argued that a person who commits a crime without taking any assistance or influence from anyone is responsible for that crime individually.²¹ However, in a broader sense, a crime can be committed by a person who individually fulfils statutory elements of the crime and named as ‘principal’ even though other parties make contributions to the commission of the crime.²²

Individual commission of war crime by a cyber attack is well exemplified in Tallinn Manual as;

‘Consider a case in which a member of the armed forces responsible for cyber operations accesses an industrial control system in the enemy State during an armed conflict. Using the access, the operator creates overpressure in the sole natural gas pipeline providing fuel to a town in the enemy’s territory with the intent of depriving the population of the gas. The attack ruptures the pipeline and consequently the civilian population loses its only source of power, thereby foreseeably resulting in deaths due to harsh winter conditions.’²³

Thus, a person who conducts a cyber attack by having a criminal intent (*dolus directus*) will be individually responsible because of his/her act. Also, even if he/she is not a member of armed force, the result would be same because while the existence of armed conflict is necessary to define a specific act as ‘war crime’, the status of person does not relieve his/her responsibility from war crimes.

2. Joint Criminal Enterprise (JCE)

Joint crimes are conducted ‘by groups of individuals acting in pursuance of a common criminal design.’²⁴ Thus, in this type of responsibility, the act is committed within the framework of the common plan, and every co-perpetrator bears a responsibility for the whole crime because of making essential contribution to it.²⁵

20 Tadic Case, 15 July 1999, para 188.

21 Eser, 2002, p 789.

22 Eser, 2002, p 789.

23 Tallinn Manual, Rule 84, Commentary para 6.

24 Tadic Case, 15 July 1999, para 191.

25 Ambos, 2016, article 25, Commentary para 8, p 988; Werle, 2007, p 958.

There are three types of joint commissions which are basic, systemic and extended (respectively JCE I, II and III).²⁶ JCE I requires to conduct the crime in accordance with common design, and co-perpetrators must share a same intent to realise the crime.²⁷ JCE II requires committing a crime ‘in running a system of ill-treatment of prisoners in a concentration camp or a detention facility’.²⁸ JCE III concerns an act that exceeds the framework of the common plan and causes a responsibility of co-operators because of ‘natural and foreseeable consequences’ of it.²⁹ While these three types of responsibility have same *actus reus*, each of them has different *mens rea*.

In terms of *actus reus*, three objective criteria including plurality of persons, existence of a common plan and essential contribution to the crime must be met to bear joint responsibility. First, although they do not need to be organised, at least two people must have joint control over the crime.³⁰ Second, the crime must be carried out in accordance with a common plan, design or purpose.³¹ Third, each perpetrator must make essential contribution to a crime in order to realise the objective elements of it.³² What makes a contribution essential is based on whether a plan can be completed without such contribution.³³ The term ‘jointly’ supports requiring essential contribution level because if the co-perpetration is understood in a broad manner ‘as by accepting the mutual attribution of contributions made in a functional division of labour for the accomplishment of the crime’, then it will be no difference between co-perpetration and just assisting to a crime.³⁴ Also, it is not necessary to contribute the crime in execution stage ‘but also, depending on the circumstances, at its planning or preparation stage, including when the common plan is conceived’.³⁵ For this reason, in *Tadic* Case, it was decided that ‘all persons who participate in the planning, preparation or execution of serious violations...are individually responsible for such violations’.³⁶

ICTY determines different *mens rea* element for each type of JCE. JCE I requires to have ‘the intent to perpetrate a certain crime (this being the shared intent on the part of all co-perpetrators)’.³⁷ JCE II requires to have not only personal knowledge of the system of ill-treatment but also ‘the intent to further this common concerted system of ill-treatment’.³⁸ Although JCE III requires to have an intention and contribution as common elements of co-perpetration, it also needs two elements that ‘(i) it was foreseeable that such a crime might be perpetrated by one or other members of the group

26 Ambos, 2016, article 25, Commentary para 9, p 988; Werle, 2007, p 959-960.

27 *Tadic* Case, 15 July 1999, para 196.

28 *ibid* para 202; Werle, 2007, p 959-960.

29 *ibid* para 204; *Brđanin* Case, 3 April 2007, para 431.

30 *Lubanga* Case, 29 January 2007, para 343; *Tadic* Case, 15 July 1999, para 227.

31 *Lubanga* Case, 29 January 2007, para 343; *Tadic* Case, 15 July 1999, para 227.

32 *Lubanga* Case, 29 January 2007, para 346; *Tadic* Case, 15 July 1999, para 227; *Brđanin* Case, 3 April 2007, para 430.

33 Werle, 2007, p 962.

34 Eser, 2002, p 790.

35 *Lubanga* Case, 1 December 2014, para 469.

36 *Tadic* Case, 15 July 1999, para 190.

37 *ibid* para 228.

38 *ibid*.

and (ii) the accused willingly took that risk.³⁹ for having responsibility over acts which goes beyond the common plan.

In 2010 a malware named Stuxnet was leaked into Iran's nuclear facility at Natanz. The virus affected SCADA systems of the facility and caused to destroy a lot of centrifuges. Although, neither the scale of destruction caused by the attack nor attackers are officially declared, it was claimed that the virus was 'created and built by the NSA in partnership with the CIA and Israeli intelligence'.⁴⁰ Now, consider a branch of intelligence service that commonly planned and conducted a cyber attack against SCADA system of a nuclear facility in an armed conflict and caused extensive destruction of property which is a war crime according to article 8(2)(a)(iv). All perpetrators have joint responsibility arising out of this attack according to Article 25(3)(a). However, not only people who conduct this operation bear responsibility but also people who have a role at the planning stage of the crime are responsible for this operation. Thus, technical units of intelligence service, who designed this malware and played an active role to accomplish this cyber attack, may be responsible based on co-perpetration.⁴¹

3. Intermediary Perpetration

In this type of perpetration, the executor is used by the indirect perpetrator as a tool without being aware of criminal responsibility for his actions, and the latter has control over the crime because of his higher knowledge or superior willpower.⁴² This control can be carried out by two ways; 'either over the will of the physical perpetrators, considered thereby incapable or irresponsible; or over the organization'.⁴³

In order to have responsibility as principal over the crime, three elements are required which were listed in Katanga Case: An indirect perpetrator (i) 'must exert control over the crime whose material elements were brought about by one or more persons', (ii) 'must meet the mental elements prescribed by article 30 of the Statute and the mental elements specific to the crime at issue', and (iii) 'is aware of the factual circumstances which allow the person to exert control over the crime'.⁴⁴

Cyber space significantly eases committing crimes even by children. Consider a twelve-year-old child who hacks into the controlling system of a dam in an armed conflict by being unaware of the consequences of his action owing to will of his father.⁴⁵ His father may bear individual criminal responsibility for this act.

39 Ibid.

40 Bamford, 2013.

41 Tallinn Manual, Rule 84, Commentary para 10.

42 Katanga Case, 30 September 2008, para 495; Eser, 2002, p 793.

43 Chaumette, 2018, p 27.

44 Katanga Case, 7 March 2014, para 1399.

45 Dinniss, 2014, p 1.

B. Instigation

Instigation means to ‘prompt another person to commit an offence.’⁴⁶ A person who orders, solicits or induces the commission of war crime is individually responsible from that act according to Article 25(3)(b) of the Rome Statute. Ambos defines soliciting a crime as, *inter alia*, ‘urging, advising, commanding, or otherwise inciting another to commit a crime’, and inducing a crime as ‘enticement or urging of another person to commit a crime.’⁴⁷ However, ordering a crime is narrower than these two types of instigation because it requires to have superior subordinate relationship, in other words ‘a position of authority.’⁴⁸ Although it is not necessary to have a formal relationship, a person in position must have a power to instruct the perpetrator to commit a crime by using his/her authority.⁴⁹ In other words, his/her authority must reach a level that ‘would compel another to commit a crime in following the accused’s order.’⁵⁰ However, obeying the order does not relieve the criminal responsibility of the perpetrator.

Mens rea of the crime requires ‘the awareness of the substantial likelihood that a crime will be committed in the execution of that instigation.’⁵¹ Eser describes *mens rea* of that crime with his ‘double intent’ theory:

‘[F]irst, with regard to his own conduct, the instigator must exert his influence with intent and knowledge. This means that the intent of the instigator must be directed at causing the principal to commit the crime. Secondly, the instigator must presuppose that the principal will carry out the crime in a state of mind required by the Statute.’⁵²

That is why, a superior, who is a head of branch of intelligence service that will conduct a cyber attack as stated above, has individual criminal responsibility for this attack despite of the fact that he does not conduct any violent act himself/herself. Even if he/she does not give an order to commit a war crime but the perpetrator does, the superior, who already ‘knew or, owing to the circumstances at the time, should have known the forces were committing or about to commit’ a war crime, bears individual criminal responsibility for this operation due to not to take feasible precautions in order to prevent it.⁵³ For this reason, a superior, who claims that cyber operations require a technical expertise and he/she does not have such knowledge, cannot relieve his/her ‘responsibility for exercising control over their subordinates.’⁵⁴

46 Kordic Case, 17 December 2004, para 27.

47 Triffterer & Ambos, 2016, p 1003.

48 Nchamihigo Case, 18 March 2010, para 188.

49 Akayesu Case, 2 September 1998, para.483; Kordic Case, 17 December 2004, para 28.

50 Semanza Case, 20 May 2005, para 361.

51 Kordic Case, 17 December 2004, para 32.

52 Eser, 2002, p 797.

53 Rome Statute Art 28(a).

54 Tallinn Manual, Rule 85, Commentary para 10.

C. Assistance

An individual, who aids, abets or otherwise assists to commit a war crime by having a purpose of facilitating the commission of it, is criminally responsible according to Article 25(3)(c).

Although ‘providing means’ is clearly stated in the article, *actus reus* element of the crime should be held in a more inclusive way. It requires to carry out acts in order to practically assist, encourage or grant moral support by being aware of the fact that they have a substantial effect on the commission of the crime.⁵⁵ While the aider does not have control over the commission, and the crime can still be committed without that contribution, his contribution must have a causal relationship with the outcome.⁵⁶ For example in *Delalic Case*, it was concluded that the role of the assistant in ‘publicly justifying and defending the purpose and legality of the camp’, and his ‘participation in the classification and releasing of prisoners’ constitute aiding and abetting.⁵⁷

The practice of ICTY and ICC differs when applying *mens rea* of the crime. While the former does not require to have an ‘intent’ to commit a crime, the latter requires to facilitate the commission of a crime. According to the ICTY, if a person knows the intention of the perpetrator, this mere knowledge is enough to conclude that he/she is responsible for the crime as an aider or abettor.⁵⁸ Also, it is not necessary to know the precise crime, but ‘if he is aware that one of a number of crimes will probably be committed, and one of those crimes is in fact committed, he has intended to facilitate the commission of that crime, and is guilty as an aider and abettor.’⁵⁹ On the other hand, in *Mbarushimana Case*, it was stated by the ICC that ‘article 25(3)(c) of the Statute requires that the person acts with the purpose to facilitate the crime; knowledge is not enough for responsibility under this article.’⁶⁰

Aiding and abetting refers to different occasions. While aiding means to give assistance to someone, abetting would include to facilitating ‘the commission of an act by being sympathetic thereto.’⁶¹ As it is stated in Tallinn Manual, if a person gives ‘the malware or information regarding vulnerabilities that was necessary to enable the war crime to be committed’, he/she may bear a responsibility derived from that act in terms of aiding, but if an individual posts ‘online exhortations to continue the slaughter of civilians of a particular religious group during an armed conflict’, he/she may bear a responsibility for abetting with regard to the effectiveness of these exhortations.⁶²

55 Vasiljević Case, 25 February 2004, para 102; Furundzija Case, 10 December 1998, para 235; Blaskić Case, 29 July 2004, paras 46,49; Tadić Case, 7 May 1997, para 688.

56 Werle, 2007, p 969; Triffterer & Ambos, 2016, p 1003-4.

57 Delalic Case, 20 February 2001, para 356.

58 Furundzija Case, 10 December 1998, paras 236, 249. Blaskić Case, 29 July 2004, para 50.

59 Furundzija Case, 10 December 1998, para 246.

60 Mbarushimana, 16 December 2011, paras 274, 281.

61 Akayesu Case, 2 September 1998, para 484.

62 Tallinn Manual, Rule 84, para 15.

D. Complicity

A person who knows the intent of the group is criminally responsible for contributing the commission of the crime in any other way except those stated in Article 25(3)(c). Thus, the application of Article 25(3)(d) is limited to a crime by a group of persons acting with a common purpose.

Regarding the *actus reus* of the crime, the accomplice must contribute a crime that is committed or attempted by a group of persons acting with a common purpose.⁶³ A group is formed by at least three persons who have a common purpose to commit a crime, and the accomplice contributes to realize that purpose in any other way which does not fall in Article 25(c).⁶⁴ However, ICC renders to limit the scope of the article by determining the contribution as significant that has ‘a bearing on the occurrence of the crime and/or the manner of its commission.’⁶⁵ While determining the contribution as significant, the Pre-Trial Chamber argues several factors;

‘(i) the sustained nature of the participation after acquiring knowledge of the criminality of the group’s common purpose, (ii) any efforts made to prevent criminal activity or to impede the efficient functioning of the group’s crimes, (iii) whether the person creates or merely executes the criminal plan, (iv) the position of the suspect in the group or relative to the group and (v) perhaps most importantly, the role the suspect played vis-à-vis the seriousness and scope of the crimes committed. These factors are not a substitute for assessing the suspect’s contribution to a crime, but they can assist in the assessment.’⁶⁶

Regarding *mens rea*, article 25(d) offers two choices in addition to intention; first, ‘the aim of furthering the criminal activity or criminal purpose of the group’, and second ‘the knowledge of the intention of the group to commit the crime’. According to the first alternative, the participant may have some ‘special intent’ by aiming to advance criminal activity or criminal purpose.⁶⁷ However, according to the second alternative, the participant is aware of the intention of the group that is already directed to a specific crime.⁶⁸

Consider a person who introduces more complex malware than those used by perpetrators in order to ease the crime which will be committed by the perpetrator. Although the crime can be committed without these malware, he/she is responsible for his/her act which aims to ease the commission. Also, a person who permits to the perpetrator to use his computer and conduct cyber attack via his/her IP address by being aware of the intention of the perpetrator, may bear responsibility for complicity according to Article 25(3)(d).

63 Werle, 2007, p 970; Eser, 2002, p 802.

64 Werle, 2007, p 970; Eser, 2002, p 802.

65 Katanga Case, 7 March 2014, paras 1632-3.

66 Mbarushimana, 16 December 2011, para 284.

67 Triffterer & Ambos, 2016, p 1015; Eser, 2002, p 803.

68 Triffterer & Ambos, 2016, p 1015; Eser, 2002, p 803.

E. Incitement to Genocide

A person who ‘directly and publicly incites others to commit genocide’ is responsible because of his actions even if genocide does not occur according to Article 25(3)(e).⁶⁹ Incitement should not be understood ‘as a mere causing another person to commit a crime, but by provoking, arousing, exhorting, inspiring, urging on, or otherwise promoting the other person to engage in genocidal activities.’⁷⁰

It is important to note that the incitement must be direct and public. The ‘direct’ element of incitement requires urging or provoking another person to engage in a genocidal act immediately.⁷¹ Although it does not need to be comprehended by everyone, if the relevant audience of such indictment gets the message very well despite using ‘euphemistic, metaphorical or otherwise coded language’, then it will constitute direct incitement.⁷² For this reason, it should be determined case by case basis and taking the culture of the country into consideration.⁷³ The ‘public’ element refers to calling for criminal action to a number of persons ‘in a public place or to members of the general public at large by such means as the mass media, for example, radio or television.’⁷⁴

Mens rea of the crime requires having an intent to directly and publicly incite others to commit genocide. The perpetrator desires to create a particular state of mind among his/her audience by having ‘the specific intent to commit genocide, namely, to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such.’⁷⁵ Although Ambos claims that ‘there must be a specific causal link between the act of incitement and the main offence’⁷⁶, Eser rightly states that the relationship is ‘volitional’ between the incitement and genocide, since even if the incitement failed to produce the result expected by the perpetrator, he/she will still be responsible.⁷⁷

Social media is an important platform to directly and publicly incite others to commit genocide. A person, who shares racist posts and spreads fake news by having an ‘intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group’⁷⁸, is responsible even if his/her incitement does not create a material effect. Also, even if a perpetrator shares these posts by using another state’s server that is not party to the Rome Statute, but the targeted audience lives in a country that is party to the Rome Statute, then the jurisdiction of the ICC over a perpetrator can be established.⁷⁹

69 Akayesu Case, 2 September 1998, para 561.

70 Eser, 2002, p 805.

71 Akayesu Case, Trial Judgement, 2 September 1998, para 557; Triffterer & Ambos, 2016, p 1017.

72 Werle, 2007, p 972.

73 Akayesu Case, 2 September 1998, para 558.

74 Akayesu Case, 2 September 1998, para 556; Triffterer & Ambos, 2016, p 1016.

75 Akayesu Case, 2 September 1998, para 560; Ruggiu Case, 1 June 2000, para 14.

76 Triffterer & Ambos, 2016, p 1017.

77 Eser, 2002, p 804-805; Akayesu Case, 2 September 1998, para 562.

78 Roma Statute Art 6.

79 Vagias, 2016, p 538-539.

F. Attempt and Abandonment

According to article 25 (f), if a person commences the execution of a crime “by means of a substantial step, but the crime does not occur because of circumstances independent of the person’s intentions”, he/she will be responsible because of attempting a crime. However, if that person completely and voluntarily gives up committing a crime, then he/she will not bear responsibility.

Attempt refers to a situation where the crime does not occur because of reasons on which the perpetrator does not have control. Regarding *actus reus*, the perpetrator must commence the execution of the crime by taking a significant step which aims to conclude the crime.⁸⁰ Although Ambos states that ‘the harm is absent’⁸¹ in an attempt, this is a false premise. For example, an attempt to genocide, after it began and some people are killed, it can be stopped by the interference of the United Nations (UN). That is why not the absence of the harm, but the absence of the desired conclusion makes an act to be named as ‘attempt’. *Mens rea* of the crime is to have an intention as stated in article 30 of the Rome Statute.

As stated above, even if the effects of cyber attack initiated by a branch of intelligence service are prevented by technical experts of the facility, and it does not cause to occur any violence, perpetrators will be responsible for that act on the basis of attempting a war crime. However, if they produce a malware to conduct cyber attack, but they do not take any further step, this cannot be rendered as the commencement of a crime.

Abandonment refers to a situation in which while the crime may be completed, the perpetrator does not conclude its deed without any external intervention. *Actus reus* of the abandonment is to prevent the conclusion of a crime. *Mens rea* of it is to give up the criminal purpose completely and voluntarily. If a branch of intelligence service voluntarily gives up carrying out its cyber attack further because of expected violent consequences on civilian people, this action will be held as abandonment, and they will not bear any responsibility.

Conclusion

After the development of new technologies, committing war crimes and vanishing traces to excuse individual responsibility became easier. However, this does not prevent *lex lata* from being applied to current cases.

The first step is development of cyber forensics for war crimes. Although it is possible to find useful evidence for war crimes by using the record of network events, for most military actions, it would become rather difficult. Most preprogrammed attacks for particular times are scattershot and usually ineffective in what are often highly fluid international crises. Although it is not easy tracing, routers

80 Eser, 2002, p 811-12; Triffterer & Ambos, 2016, p 1020.

81 Triffterer & Ambos, 2016, p 1020.

store recent connection data, and this must be accessed as quickly as possible, to obtain connection information from critical-infrastructure networks which often store this kind of data.

The second step would be attribution. However, proving that a country is responsible for an attack is harder than proving that a single hacker is responsible, since just because attacks originate within a country does not mean that its government is responsible.

The final step would be to judge a person who has a criminal responsibility arising out of attributed cyber operations. At this point, a person does not bear responsibility only for those acts which reach certain level of violence, but he/she bears responsibility by instigation, assistance etc. Therefore, not only cyber attacks, which represent a high threshold, but also cyber operations may incur an individual criminal responsibility. Although there is no precedent on this issue, it is important to be aware of the fact that cyber operations may cause violent consequences and be prepared before the occurrence of such consequences.

BIBLIOGRAPHY

I. Primary Sources

Treaties

Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3.

Rome Statute of the International Criminal Court (entered into force 1 July 2002) 37 ILM 1002 (1998); 2187 UNTS 90

Cases

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America) (Judgment) [1984] ICJ Rep 392

Prosecutor v Anto Furundzija (Trial Judgment) ICTY-95-17/1-T (10 December 1998)

Prosecutor v Callixte Mbarushimana (Decision on the confirmation of charges)

Prosecutor v Dario Kordic and Mario Cerkez (Appeal Judgement) ICTY-95-14/2-A (17 December 2004)

Prosecutor v Dusko Tadic (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) ICTY-94-1 (2 October 1995)

Prosecutor v Dusko Tadic (Trial Judgment) ICTY-94-1-T (7 May 1997)

Prosecutor v Dusko Tadic (Appeal Judgement) ICTY-94-1-A (15 July 1999)

Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07 (30 September 2008)

Prosecutor v Germain Katanga (Judgement pursuant to article 74 of the Statute) ICC – 01/04-01/07 (7 March 2014)

Prosecutor v. Georges Ruggiu (Trial Judgment) ICTR-97-32-1 (1 June 2000)

Prosecutor v Jean-Paul Akayesu (Trial Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998)

- Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08 (21 March 2016)
- Prosecutor v Laurent Semanza* (Appeal Judgment) ICTR-97-20-A (20 May 2005)
- Prosecutor v Mitar Vasiljevic* (Appeal Judgment) ICTY-98-32-A (25 February 2004)
- Prosecutor v Radoslav Brđanin* (Appeal Judgment) ICTY-99-36-A (3 April 2007)
- Prosecutor v Siméon Nchamihigo* (Appeal Judgement) ICTR-2001-63-A (18 March 2010)
- Prosecutor v Tihomir Blaskic* (Appeal Judgement) ICTY-95-14-A (29 July 2004)
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/06 (29 January 2007)
- Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo* (Appeal Judgement) ICC-01/04-01/06 A 5 (1 December 2014)
- Prosecutor v Zejnir Delalic, Zdravko Mucic, Hazim Delic and Esad Landžo* (Appeal Judgement) ICTY-96-21-A (20 February 2001)

II. Secondary Sources

Books, Book Chapters, Articles

- Chaumette AL, 'International Criminal Responsibility of Individuals in Case of Cyberattacks' (2018) 18 *International Criminal Law Review* 1
- Cryer R and others, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (Cambridge University Press 2010)
- Dinniss HH, *Cyberwarfare and the Laws of War* (Cambridge University Press 2014)
- Dormann K, 'War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court, with a Special Focus on the Negotiations on the Elements of Crimes' in von Bogdandy A and Wolfrum R (eds) *Max Planck Yearbook of United Nations Law Volume 7* (Martinus Nijhoff Publishers 2003)
- Eser A, 'Individual Criminal Responsibility Mental Elements — Mistake of Fact and Mistake of Law' in Cassese A and others (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary Volume I* (Oxford University Press 2002)
- Pictet JS (ed), *Commentary I Geneva Convention For the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (ICRC 1952)
- Sandoz Y and others (eds), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (ICRC 1987)
- Schmitt M (ed), *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* (Cambridge University Press 2017)
- Triffterer O and Ambos K (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court A Commentary* (Third Edition, Beck/Hart 2016)
- Vagias M, 'The Territorial Jurisdiction of the ICC for Core Crimes Committed Through the Internet' (2016) 21 *Journal of Conflict and Security Law* 523
- von Clausewitz C, *On War* (Howard M and Paret P trs, Oxford University Press 2007)
- Werle G, 'Individual Criminal Responsibility in Article 25 ICC Statute' (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 953

Electronic Sources

Bamford J, 'NSA Snooping Was Only the Beginning. Meet the Spy Chief Leading Us Into Cyberwar' (*Wired*, 2013) < <https://www.wired.com/2013/06/general-keith-alexander-cyberwar/>> accessed 3 January 2020

von Heinegg WH, 'Proportionality and Collateral Damage' (*OPIL*, October 2015) <<https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/978.019.9231690/law-978.019.9231690-e2166>> accessed 17 December 2019

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Yasaklanan Ayrımcılık Temeli Olarak Cinsel Yönelim

Sexual Orientation as a Base of Discrimination Prohibited in the Light of European Human Rights Court and The Turkish Constitutional Court Decisions

Hüseyin Ali KUDRET* 

Öz

Eşitlik ilkesi ve bu ilkenin koruduğu hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, herkese eşit muamele yapılmasını, insanlar arasında ayırım yapılmamasını amaçlayan temel ilkelerdir. Demokratik toplumların temel yapı taşlarından biri olmakla birlikte, insan hakları hukukunun üzerine kurulduğu temel kavramlardır. Nitekim ulusal mevzuatlarda ve birçok uluslararası sözleşmede de düzenlenmiş ve uluslararası buyurucu kural haline gelmiştir. Bu çalışmanın konusunu, bu ilkeyle yasaklanan ayrımcılık temeli olarak cinsel yönelim oluşturmaktadır. Çalışmada, heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelimlere sahip insanların maruz kaldığı ayrımcılıkların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesince nasıl ele alındığı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 14 ve Anayasa madde 10 bağlamında ele alınmıştır. Bu çerçevede mahkeme kararlarından karşılaştırmalı olarak örnek verilerek, bu ayrımcılık türünün Türk Anayasa Mahkemesince nasıl ele alınması gerektiği konusuna katkı sunmayı amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eşitlik İlkesi, Ayrımcılık Yasağı, Cinsel Yönelim, Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi, Şüpheli Kategoriler.

Abstract

The principle of equality and the prohibition of discrimination, which is a negative expression of the legal interest that this principle protects, are the basic principles aiming to treat everyone equally and not to discriminate between people. In addition to they are one of the basic building blocks of democratic societies, they are the basic terms on which human rights law is established on. As a matter of fact, it has been regulated in national legislation and many international conventions and has become an international compelling law. The subject of this study is sexual orientation as the basis of discrimination prohibited by this principle. In this study, how the discrimination faced by people with sexual orientations other than heterosexuality is handled by the European Court of Human Rights and the Turkish Constitutional Court are discussed in the context of Article 14 of the European Convention on Human Rights and Article 10 of

* Stajyer Avukat, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, E-Mail: huseyin.ali.kudret@gmail.com

the Constitution. In this context, it is aimed to contribute to the subject of how this type of discrimination should be handled by the Turkish Constitutional Court by giving comparative examples from the courts' decisions.

Keywords: Principle of Equality, Non-Discrimination, Sexual Orientation, Discrimination on the Basis of Sexual Orientation, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, Suspicious Categories.

GİRİŞ

Ulusal ve uluslararası mevzuatlarda temel ilkelerden biri olan “eşitlik ilkesi” veya bunun olumsuz ifadesi olan “ayrımcılık yasağı” düzenlenmiştir. Bu ilke/yasak, tüm demokratik devletlerin köşe taşlarından biridir ve kanun önünde eşitlik, fırsat eşitliği gibi birçok boyutu bulunmaktadır. Bazı haklarla birlikte(örneğin adil yargılanma) ele alındığında ise bu kavram daha da genişlemektedir. Ayrıca günümüzde bu ilkenin/yasağın uluslararası buyurucu kural(**jus cogens**) olduğunu söyleyebiliriz. Bu düzenlemelerin amacı, benzerleriyle olumsuz yönde farklı muameleye uğrayan kişilerin haklarını korumak, insan onuruna veya saygınlığına yönelik saldırıları önlemektir. Bu düzenlemelerde herhangi bir ayrımcılık sebebi gözetilmeden herkesin eşit olduğu temel prensibi vardır. Şüphesiz ki cinsel yönelim de açıkça yazılmamış olsa da yasaklanan ayrımcılık temellerinden biridir.

Ancak her ne kadar devletler, bu uluslararası sözleşmelerle, ulusal mevzuatlarla her türlü ayrımcılığı yasaklayıp eşitliği gerçekleştirmeye çalışıyor olsalar da günümüzde de ülkemizde ve birçok ülkede “normal” kabul edilen heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelimler veya “farklı” cinsiyet kimlikleri ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Bu ayrımcılık türüne literatürde “cinsel yönelim temelinde ayrımcılık” denilmekte ve eğitim hayatından iş ve sosyal hayata uzanan birçok alanda, temel hizmetlerden, temel insan haklarından yararlanmada eşitsizlik, psikolojik veya fiziksel şiddet gibi birçok şekilde kendini göstermektedir.

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın ülkemizde ve birçok ülkede hâlâ ciddi sorun olması sebebiyle, bu çalışma ile bir kez daha ele alınıp, bu temelde ayrımcılığın ortaya çıkardığı sorunların ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği konusunda fikir verilmesi amaçlanmıştır. Ancak çalışmada bu ayrımcılığın ortaya çıkardığı sorunlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi(AİHM) kararlarıyla sınırlandırılmış ve mahkemenin bunu nasıl ele aldığı konusu ise Türk Anayasa Mahkemesinin(AYM) yaklaşımı ile karşılaştırılarak incelenmiştir.

Bu amaçla hazırlanan çalışmanın ilk bölümünde kavramsal çerçeve çizilip eşitlik ilkesi, ayrımcılık yasağı, cinsel yönelim ayrımcılığı gibi kavramlar açıklanmaya çalışılmıştır. Eşitlik ilkesi ve bu ilkeyle korunan hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile sınırlı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda kavramlar tarihsel boyutta ele alınmamıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise AİHM ve AYM kararlarında ayrımcılık iddialarının nasıl değerlendirildiği ve cinsel yönelimde ayrımcılığın nasıl ele alındığı konusuna değinilmiştir. Mahkemelerin kararlarına esas teşkil eden AİHS m.14 ve Anayasa m.10 düzenlemeleri kapsamında bazı kararlar incelenmiş olup, AİHS Ek Protokol 12 bağlamında kararlara yer verilmemiştir. Ayrıca Türk Anayasa Mahkemesi açısından cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin bireysel başvuru kararlarının sınırlı olması sebebiyle AYM'nin somut norm denetimi yaptığı bazı kararlarına da yer verilmiştir. Ancak mahkemenin doğrudan cinsel yönelim ayrımcılığı yapıldığından bahisle ihlal kararı verdiği kararlara ulaşamadığından, AİHM'den farklı olarak AYM kararları incelenirken, ihlal kararı verilmemiş kararlar değerlendirilmiş ve AİHM ile karşılaştırma yapılmak istenmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki “farklı” cinsiyet kimliği temelinde ayrımcılığın ileri sürüldüğü bazı kararlar da cinsel yönelim temelinde ayrımcılık kapsamında değerlendirilmiştir.

I. EŞİTLİK İLKESİ VE AYRIMCILIK YASAĞI BAĞLAMINDA CİNSEL YÖNELİM TEMELLİ AYRIMCILIK: KAVRAM VE TANIMLAR

A. Genel Olarak

İnsan hakları hukukunun, dünya üzerindeki tüm insanların ortak temel haklardan faydalanması düşüncesinin bir uzantısı olan eşitlik ilkesi, demokrasinin vazgeçilmez unsurlarından biridir.¹ Bundan dolayıdır ki insan haklarını içeren tüm belgelerde eşitlik ilkesi ve onun bütünüleyicisi ayrımcılık yasağı düzenlenmekte; hatta bunlardan bazılarında ise belirli ayrımcılık biçimlerine karşı özel koruma sağlayan düzenlemeler dahi yer alabilmektedir.²

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı kavramları, birbirini bütünüleyen ve birbirinden ayrılmaz kavramlar olması³ dolayısıyla birlikte değerlendirilmesi gereken kavramlardır. Zira eşitlik ilkesinin bütünüleyicisi olan ayrımcılık yasağındaki temel amaç, toplumsal eşitsizliklerin giderilmesidir.⁴ Dolayısıyla aynı temel prensibin aslında biri pozitif, diğeri negatif ifadesidir.⁵ Bu sebeple çoğu kez birbiri yerine kullanılabilir.⁶ Birlikte değerlendirilmesi gereken bu kavramlardan özellikle çalışma açısından önem arz eden bir düzenleme olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki (AİHS) ayrımcılık

1 Ayşe Özkan Duvan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S.2, 2017, s.18.

2 A.e.

3 Mesut Gülmez, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi 11.Kongre Özel Sayısı, 2010, s.221 (çevrimiçi) <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2020).

4 Burçak Keleş, “Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019, s.3.

5 Duvan, a.g.e., s.18; Ulaş Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, *Anayasa Yargısı*, C.31, S.1, 2015, s.237.

6 Nitekim Anayasa Mahkemesi de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının bazen aynı şeyi ifade etmek için kullanılabilen kavramlar olduğunu belirtmiştir. Bkz. AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014, para.107.

yasağının anlaşılabilmesi için öncelikle eşitlik ilkesinin anlaşılabilmesi gerekmektedir.⁷ Dolayısıyla birbirini bütünlleyen bu kavramlar ayrı ayrı ele alınacaktır.

B. Eşitlik İlkesi

Kavram olarak eşitlik, iki ya da daha çok şeyin yapı, değer, boyut, nicelik ve nitelik bakımından birbirinden ne eksik ne de fazla olmaması durumudur.⁸ Benzer şekilde Türk Dil Kurumu genel sözlükte bu kavram, “iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet” olarak tanımlanmıştır.⁹ Toplumsal yaşantıda ise bu kavram tüm insanların eşit olması durumunu ifade eder.¹⁰ Ancak bu durumun mutlak şekilde mümkün olmaması sebebiyle kavramın aslında olgusal değil normatif karakterli olduğu söylenebilir.¹¹ Yani bütün insanların eşit olması gerektiği inancı ve bu kapsamda herkesin eşit muamele görmesi gerektiği, eşit işleme tabi olması gerektiği inancını ifade eder.¹²

Eşitlik, yalnızca insan hakları hukuku açısından değil, düşünce tarihi açısından da çok eski tartışmalara konu olmuş bir kavramdır.¹³ Bu kavramın aldığı anlam, içinde bulunduğu dönemin toplumsal şartlarına ve değer yargılarına göre şekillenmiş, tarihsel süreçte birçok kez dönüşüme uğramış ve tarihte yapılan eski tanımlamaların değerini kaybetmesine sebep olmuştur.¹⁴ Modern anlamda eşitlik kavramı ise ancak feodal toplum yapısının aşınmaya başladığı 17. yüzyılda kendini göstermeye başlamıştır. Zira 17. yüzyıl düşünürlerinden John Locke 1660 yılında “Hükümet Üzerine İki İnceleme” adlı eserinde insanların doğalarının bir gereği olarak bağımsız, eşit ve özgür olduklarını ve eşitliğin siyasal sistemin temel ilkelerinden biri olduğunu savunmuştur. 18. yüzyıla gelindiğinde ise bu dönem düşünürlerinden olan Rousseau, “İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı” adlı eserinde eşitsizliğin kötülüklerinden bahsetmiş¹⁵ ve yasaların gücünün her zaman eşitliği sürdürmeye çalışması gerektiğini belirtmiştir.¹⁶ Bu tarihsel süreçlerin sonucu olarak, başlangıçta sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmaya yönelik olan eşitlik kavramı, zamanla mutlak

7 Keleş, a.g.e., s.3.

8 Merih Öden, **Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.17’ den aktaran, Bilge Esin Kibar, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Ayrımcılık Yasağı”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s.4.

9 Türk Dil Kurumu Genel Sözlük (çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

10 Kibar, a.g.e., s.4

11 W.T. Blackstone, “On The Meaning And Justification of Equality Principle”, **Ethics**, C.77, S.4, 1967, s.240’dan aktaran, Kibar, a.g.e.,s.4.

12 Kibar, a.g.e., s.4.

13 Keleş, a.g.e., s.4

14 Hayrettin Eren, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016, s.87’den aktaran, Keleş, a.g.e., s.4.

15 Duvan, a.g.e.,s.19.

16 Jean Jacques Rousseau, **İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma**, çev. Rasih Ruhi İleri, 15.bs., y.y., Say Yayınları,2018, s.49’dan aktaran, Keleş, a.g.e., s.14.

eşitlik, nispi eşitlik, pozitif ayrımcılık, ayrımcılık yasağı gibi eşitliğin farklı boyutları şeklinde kendini göstermiştir.¹⁷

Bu değişim ve dönüşüm sebebiyle eşitlik, tarihsel süreç içerisinde farklı şekillerde ve farklı kapsamlarda hukuk kuralı haline getirilmiştir.¹⁸ İlke olarak da eşitlik ilk defa Kuzey Amerikan kolonilerinin “Bill of Rights”larında norm haline getirilmiştir.¹⁹ Bütün insanların eşit olduğu düşüncesi ise ancak Amerikan ve Fransız devrimleriyle yerleşmiştir. Bu modern eşitlik anlayışının ilk resmi ifadesi 12 Haziran 1776 tarihli Virginia Anayasası’nın başına konmuş olan Halklar Bildirgesi’nde²⁰ kendini göstermiştir.²¹ Aynı yıl açıklanan Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi’nde²² de bu eşitlik anlayışı hâkimdir.²³ Zira her iki bildirmede de tüm insanların doğuştan eşit ve özgür olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde 1789’da ilan edilen Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde²⁴ de tüm insanların doğuştan özgür ve eşit oldukları vurgusu yapılmış ve sosyal farklılıkların ancak kamu yararına dayanabileceği hükmü getirilmiştir.²⁵ Türk hukuk tarihinde ise 1839 yılında ilan edilen Tanzimat Fermanı’nda²⁶ eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. Anayasal anlamda ise “eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı” olarak ilk defa 1961 Anayasasında yer almasına karşın²⁷, eşitlik ilkesi biçiminde 1876²⁸ ve 1924²⁹ Anayasalarında da yer almıştır.³⁰ Günümüzde ise bu ilke gerek uluslararası sözleşme ve bildirmelerde gerekse Türkiye Anayasasında ayrımcılık yasağıyla birlikte düzenlenmiştir.

Eşitlik kavramı çerçevesinde eşit işlem görme her durumda arzu edilebilir bir durum değildir. İnsanlar kimi durumlarda farklılıklarının değerlendirilip nazara alınmasını talep edebilir. Böylece farklı olma veya farklı işleme tabi tutulmayı isteme hakkı da eşitlik ilkesinin bir görünümü olarak ortaya çıkar.³¹ Nitekim hukuk düzeninde de bu durum öyledir. Burada eşitliğin iki görünümünden bahsedilebilir:

17 Eren, **a.g.e.**, s.87’ten aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.4.

18 Ulaş Karan, Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s.36’dan aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.14.

19 Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017, s.391.

20 Virginia İnsan Hakları Bildirgesi Madde 1 şöyle düzenlenmiştir: “Tüm insanlar doğuştan eşit derecede özgür ve bağımsızdırlar. Doğar doğmaz edindikleri belli bazı hakları vardır; siyasal bir topluluk kurdukları zaman, hiçbir antlaşmayla gelecek nesilleri bu haklardan yoksun bırakamaz, onları bu haklardan vazgeçmeleri için zorlayamazlar; yaşama ve özgürlük haklarıyla, mülk edinme ve sahip olma, mutluluk ve güvenlik arama ve kazanma olanağı da bunların arasındadır.” (Çevrimiçi) https://tr.wikisource.org/wiki/Virginia_%C4%B0nsan_Haklar%C4%B1_Bildirgesi (Erişim Tarihi: 26.05.2020).

21 Öden, **a.g.e.**, s.68’den aktaran, Keleş, **a.g.e.**, s.15.

22 <https://www.ushistory.org/declaration/document/> (Erişim Tarihi: 26.05.2020)

23 Keleş, **a.g.e.**, s.15.

24 https://tr.wikisource.org/wiki/%C4%B0nsan_ve_Yurtta%C5%9F_Haklar%C4%B1_Bildirisi (Erişim Tarihi: 26.05.2020).

25 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

26 Tanzimat Fermanı, 1-i, <http://www.anayasa.gen.tr/tanzimatfermani.htm> (Erişim Tarihi: 27.05.2020)

27 1961 Anayasası, m.12 <http://www.anayasa.gen.tr/1961ay.htm> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

28 1876 Anayasası m.17 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1876-k%C3%A2n%C3%BBn-ies%C3%A2s%C3%AE/> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

29 1924 Anayasası m.69 <https://www.anayasa.gov.tr/tr/mevzuat/oncelki-anayasalar/1924-anayasasi/> (Erişim Tarihi: 27.05.2020).

30 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

31 İbrahim Ö. Kabaoğlu, **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 6.bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002, s.20’den aktaran, Kibar, **a.g.e.**, s.4.

mutlak eşitlik ve nispi eşitlik. Mutlak eşitlik, kişilerin kişisel veya özel durumlarına bakılmaksızın, kanunların herkese eşit olarak uygulanması iken³²; nispi eşitlik, aynı durumda bulunanların aynı işleme tabi tutulmasıdır.³³ Dolayısıyla eşitliğin aslında mutlak bir niteliği olmadığı; kimi zaman farklı özellikleri bulunan insanlara bu özellikleri dikkate alınmaksızın eşit işlem uygulanmasını, kimi zaman da bu farklı özelliklerin dikkate alınıp farklı işlem uygulanmasını gerekli kılan bir kavram olduğu sonucuna ulaşılabilir.³⁴

Eşitliğin hukuki niteliği ise tartışmalıdır. Bu konuda doktrinde, hukuk devleti ilkesinin içinde yer alan ilke, bir temel hak ya da devlet yönetimine hâkim olan bir temel ilke olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.³⁵ Bu ilke, eşit işlem görmeyi veya ayırım gözetilmemesini isteme hakkını doğurduğu için bir hak olarak kabul edilebileceği gibi, devlet organları ve idare makamlarına eşit işlem yapmaları konusunda verilmiş bir emir niteliğinde olduğu için devlet yönetimine hakim olan bir temel ilke olarak da kabul edilebilir.³⁶ Türk hukuku açısından bakıldığında bu ilke, Anayasanın “genel esaslar” kısmında düzenlenmiş olması sebebiyle, sistematik yoruma göre, devlet yönetimine hakim olan temel ilke olarak kabul edildiği söylenebilir.³⁷ Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) de eşitlik ilkesini bağımsız bir ilke olarak değil, hukuk devletinin bir unsuru olarak değerlendirmiştir.³⁸ Ancak bu, eşitlik ilkesinin aynı zamanda bir hak olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.³⁹

C. Ayrımcılık Yasağı

Birçok uluslararası sözleşmede ayrımcılık yasaklanmasına rağmen, kavramın tanımı doğrudan yapılmamıştır.⁴⁰ Bu kavramı en genel haliyle “Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarını eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakların kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacını taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temelinde dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da bir başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik, din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin veya kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamanın beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması”⁴¹ durumu

32 Mutlak eşitliğin ifadesine Anayasa m.10/1’de yer alan “herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” hükmü örnek olarak verilebilir.

33 Kalabalık, **a.g.e.**, s.392. Anayasa Mahkemesi, kararlarında nispi eşitliğin ifadesine yer vermiş ve nispi eşitliğin eşitlik ilkesine aykırı olmadığı vurgusunu yapmıştır. Bu kararlara örnek olarak, AYM, E.1997/74, K.1998/69, K.T. 17/11/1998.

34 Kibar, **a.g.e.**, s.4,5.

35 Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

36 Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 4.bs., Ankara, Yetkin Yayınları, 1995, s.113’ten aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

37 A.e.

38 Duvan, **a.g.e.**, s.19; AYM, E.1970/1, K.1970/31, K.T. 16/06/1970.

39 Serap Yazıcı, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye: Seçkinlikten Tolum Sözleşmesine**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2011, s.187; Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2004,s.107; Ulaş Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (ed. Sibel İnceoğlu), 3.bs., İstanbul, Beta, 2013, s.460 eserlerinden aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.392.

40 Duvan, **a.g.e.**, s.19.

41 Karan, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, s.461’den aktaran, Kalabalık, **a.g.e.**, s.398.

olarak tanımlayabiliriz. Bu tanımdan yola çıkarak, eşitlik ilkesinin bütünleyicisi, negatif ifadesi olan ayrımcılık yasağı, tüm insanların, farklı diğer özellikleri bir kenara bırakılarak, sadece “insan” olmaları sebebiyle sahip oldukları “insan onuru” gereği, hak ve özgürlüklerden yararlanırken farklı işlem ve uygulamalarla karşılaşmamaları gerektiğini ifade eder.⁴² Yani kısaca, herkese eşit muamele yapılması temel prensibinin bir sonucu olarak, insanlar arasında ayırım yapılmaması gerektiğini ifade eder. Zira, eşitlik ilkesi, korunan aynı hukuki değer olumlu bir ifadesi iken, ayrımcılık yasağı olumsuz ifadesidir. Bir kişi veya kişi grubu ayrımcılığa maruz kalmıyorsa eşit muamele görüyordur; eşit muamele görmüyorsa ayrımcı muameleyle maruz kalmıştır.⁴³

Kişilere ya da gruplara, insan haklarından yararlanırken, farklı muamelede bulunarak ayrımcılık yapılması durumunda, ayrımcılığa uğrayan kişi ya da gruplar tarafından söz konusu hak ve özgürlükler ya hiç kullanılmayacak ya da eksik kullanılacaktır. Bu da insan haklarının uygulama alanını daraltacak ve fonksiyonunu kaybetmesine yol açacaktır.⁴⁴ Ancak eşitlik ilkesini açıklarken bahsettiğimiz üzere bazen, nispi eşitliğin bir gereği olarak benzer durumdakilere benzer; farklı durumdakilere farklı muamele uygulama yükümlülüğünün yerine getirilmesi de gerekebilir. Aksi takdirde aşağıda bahsedileceği gibi dolaylı ayrımcılık durumu ortaya çıkabilir. Bunun için de insanların çeşitli özellikleri referans alınarak ayrımlar yapılması gerekecektir. Ancak bu ayrımların yasak temeller referans alınarak (örneğin din, dil, cinsiyet vb.) yapılması ayrımcılık yasağı ihlaline sebep olacaktır. Dolayısıyla, yukarıda tanımlama yaparken kullanmış olduğumuz “insanlık onuru”, hangi ayrımların yasağın ihlali ile sonuçlanacağını göstermek bakımından bir ölçüt olarak kabul edilebilir.⁴⁵

Ayrımcılık yasağı, çeşitli uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş ve sözleşmedeki haklar bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır. Bunlara özellikle, Birleşmiş Milletler (BM) bünyesindeki Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, Avrupa Konseyi (AK) bünyesindeki AİHS'nin 14. maddesi, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesi ve Afrika İnsan Halkların Hakları Şartı'nın 2. maddesi verilebilir.⁴⁶ Yine uluslararası bildirge niteliğinde olan BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (İHEB) m.1'de eşitlik ilkesi düzenlenirken, m.2'de eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.⁴⁷ Bu sözleşmelerde (ve çeşitli bildirgelerde) düzenlendiği biçimiyle ayrımcılık yasağında amaç, bir kişi veya kişi grubunun karşılaştığı muamele ile ilgisi olmayan ve etkisiz bir özelliğinin, muamelenin belirleyici bir ögesi olarak kullanılmasına karşı bu kişi veya kişi grubunu korumaktır.⁴⁸ Dolayısıyla bu sözleşmelere taraf olan devletler, kendi ülkelerinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan tüm bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da

42 Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009, s.5'ten aktaran, Keleş, a.g.e., s.19.

43 Kibar, a.g.e., s.5.

44 A.e., s.3'ten aktaran, Keleş, a.g.e., s.19.

45 Kibar, a.g.e., s.5.

46 Duvar, a.g.e., s.20.

47 Bkz. İHEB, (çevrimiçi) https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/eng.pdf (Erişim Tarihi:30.05.2020).

48 İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011, s.7'den aktaran, Keleş, a.g.e., s.18.

başka düşünce, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ve benzeri statüler bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin, ilgili sözleşmelerde tanınan hakları sağlamak ve bu haklara saygı göstermekle yükümlüdür.⁴⁹

Önemle belirtmek gerekir ki, devletlerin negatif anlamda ayrımcılığın yasaklaması ve buna karşı önlem alması dışında (yani kişilerin ayrımcılık unsurlarından birine dayanılarak eşitlerinin sahip olduğu hak ve yetkilerden yararlanmasının sağlanması dışında), pozitif ayrımcılık olarak adlandırılan dezavantajlı bireyler lehinde olumlu önlemlerle eşitliğin fiilen sağlanması hususunda ayrımcılığa karşı pozitif anlamda yükümlülükleri de vardır.⁵⁰ Bu kapsamda örneğin kamu hizmetine girişte ve yükselmeye kadınlara pozitif ayrımcılık yapılması, devletlerin fiili eşitliği sağlamadaki pozitif yükümlülüğünü ifade eder. Nitekim Türk hukukunda da bunun örneği Anayasanın 10. maddesine 7 Mayıs 2004 tarihinde eklenen “Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmünde görülmektedir.

1. Doğrudan ve Dolaylı Ayrımcılık Yasağı

Sözleşmelerde kullanılan ayrımcılık kavramı, temelde doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak iki türde ele alınmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, kişilerin veya kişi gruplarının, kendileriyle benzer durumda olan diğer kişi veya gruplara nazaran hak ve özgürlüklerden eşit yararlanmayı engelleyen ya da zorlaştıran her türlü muameleyi ifade ederken⁵¹; dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte eşitliği gözetilen düzenlemelerin, belirli bir gruba dahil olan kişileri, bu grubun dışında kalan diğer kişilere kıyasla dezavantajlı konuma getirilmesini ifade eder.⁵²

Salt cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı ücret farklılıkları doğrudan ayrımcılığı oluşturabilecekken; AİHM'nin ihlal kararı verdiği *Thlimmenos v. Yunanistan* kararında olduğu gibi, herkese eşit şekilde uygulanan bir düzenleme de dolaylı ayrımcılığa sebebiyet verebilir. Nitekim başvuruya konu olayda, sözleşmeli muhasebeci görevine atanma koşuluna ağır bir suçtan dolayı mahkûm olmama şartı getiren eşitlikçi düzenleme mevcuttur. Ancak başvuru, dini inancından dolayı askeri üniforma giymemesinden ötürü mahkûm edilmiştir. Dolayısıyla bu düzenleme, dini inancından dolayı mahkûm edilme durumunu da kapsamakta ve başvuruçunun atanma durumunun reddedilmesine neden olmaktadır. Bu da dolaylı ayrımcılığa yol açmaktadır. Zira başvuruya konu olaydaki düzenlemedeki şartın herkese uygulanması sebebiyle eşit gibi görünen düzenleme olsa da Mahkeme, ağır bir suçtan mahkûm olmuş diğer kişilerden farklı tutulmaması, diğer bir deyişle farklı özellikteki kişiler arasında eşit muamelede bulunulması sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.⁵³ Görüleceği üzere, doğrudan ayrımcılıkta kişilere yönelik farklı muamele söz konusu iken;

49 Duvan, a.g.e., s.21.

50 A.e., s.24.

51 İlyas Doğan, *İnsan Hakları Hukuku*, 2.bs., Ankara, Astana Yayınları, 2015, s.693'ten aktaran, Duvan, a.g.e., s.22.

52 Duvan, a.g.e., s.22.

53 *Thlimmenos v. Yunanistan* [BD], No.34369/97, 6 Nisan 2000, para.46-48.

dolaylı ayrımcılık durumunda ise bir gruba yönelik ayrımcı etki ve sonuç doğuran aynı muamele söz konusudur.

Son olarak belirtmek gerekir ki, birbirinin bütünleyicisi olan eşitlik hakkı ve ayrımcılık yasağı, Dünya İnsan Hakları Konferansı⁵⁴nda da nitelendirildiği üzere “uluslararası insan hakları hukukunun temel kuralı”dır.⁵⁵ Ayrıca, ayrımcılık yasağının uluslararası buyurucu kural (**ius cogens**) kural olduğu yani uluslararası kamu hukukunun, çekince konulamaz temel amir hükmü haline geldiği kabul edilmektedir.⁵⁶ Çeşitli uluslararası sözleşmelere konu olan bu yasağın kapsamında bazı farklılıklar olsa da temel olarak maddelerin ortak özelliğinin, ilgili sözleşmelerde yer alan haklar konusunda ayrımcılığı yasaklamış olduğu söylenebilir. Dolayısıyla ayrımcılığı yasaklayan bu maddeler bazı hallerde tek başına değil, sözleşmelerdeki diğer haklarla birlikte gündeme gelmektedir.⁵⁷

D. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesine Göre Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı ile Ayrımcılığın Yasaklandığı Temeller

AİHS m.14 ve Ek 12 Numaralı Protokol m.1’de ayrımcılık yasaklanmasına rağmen ayrımcılığın tanımı doğrudan yapılmamıştır. Kavramın tanımı ancak AİHM içtihatları ile ortaya çıkmıştır.⁵⁸ İchtihatlarından çıkan bu tanıma göre “Bir muameledeki farklılık, nesnel ve makul bir haklılığa sahip değilse, başka bir deyişle meşru bir amaç izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç orantılı değilse, ayrımcılık söz konusudur.”⁵⁹ Sözleşmede eşitlik ilkesi ayrımcılık yasağı olarak düzenlendiğinden mahkeme ayrıca eşitlik ilkesinin tanımını yapmamıştır.⁶⁰

1982 Anayasası’nda eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olarak düzenlenen hüküm de yine ayrımcılık tanımı içermemektedir. AYM ise bu kavramı AİHM kararlarına gönderme yaparak benzer şekilde tanımlamıştır. Bu tanıma göre ayrımcılık kısaca, “nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, konuyla ilgili olarak benzer durumda olan kişilere farklı muamele edilmesi”dir⁶¹ ve “ayrımcılık yasağı ilkesi, din, siyasi görüş, cinsel ve cinsiyet kimliği gibi bir bireyin kişiliğinin unsurları olan ve kişisel tercihler temeline dayanarak veya cinsiyet, ırk, engellilik ve yaş gibi hiçbir şekilde tercih yapılamayacak kişisel özellikler temeline dayanarak fırsatlar sunulmasını veya bu fırsatlardan mahrumiyetin reddini

54 Dünya İnsan Hakları Konferansı, 14-25 Haziran 1993 tarihleri arasında Viyana, Avusturya’da Birleşmiş Milletler tarafından düzenlenmiştir. Soğuk Savaş’tan sonra düzenlenen ilk insan hakları konferansıdır. Konferans sonucunda Viyana Deklerasyonu ve Eylem Programı kabul edilmiştir.

55 Duvan, **a.g.e.**, s.21.

56 Tekin Akıllıoğlu, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010, s.295’ten aktaran, Duvan, **a.g.e.**, s.21,22.

57 Duvan, **a.g.e.**, s.22. Bu konuya detaylı şekilde ikinci bölümde değinilecektir.

58 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.238.

59 **A.e.** Ayrıca sözü edilen bu içtihatlarını oluşturan kararlara örnek olarak Bkz. *Belgian Linguistic Case “Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium” v. Belçika*[GK], No:1474/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 Temmuz 1968, para.10; *Marckx v. Belçika*[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979, para.33; *Rasmussen v. Danimarka*, No:8777/79, 28 Kasım 1984, para.38.

60 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.238.

61 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No:2014/256, 25/6/2014, para.113. Mahkemenin atf yaptığı karar ise *Zarb Adami v. Malta*, No:17209/02, 20 Haziran 2006, para.71.

içerir”.⁶² AİHM’den farklı olarak AYM, içtihatlarında eşitlik ilkesini de tanımlamıştır. Zira Anayasa’da AİHS’den farklı olarak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı olarak düzenlenmiştir. AYM eşitlik ilkesini şöyle tanımlamaktadır: “Anayasa’nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemli değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa’da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez.”⁶³

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği her iki hükümde de (AİHS m.14 ve Anayasa m.10) yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda değildir. Örneğin AİHS m.14’te “ayrımcılık yasağı” altında yer alan düzenlemede “cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından” demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda tutulmamıştır. Benzer ifadenin Ek 12 No’lu Protokol m.1’de de kullanıldığını, dolayısıyla bu madde bakımından da sınırlı sayıda ayrımcılık temeli yasaklanmadığını söyleyebiliriz. Nitekim AİHM de kararlarında, düzenlemede açıkça yer almamasına rağmen yaş⁶⁴, engellilik⁶⁵, medeni hal⁶⁶, sendika üyeliği⁶⁷, cinsel yönelim⁶⁸ gibi ayrımcılık temellerini de m.14 kapsamında değerlendirerek koruma altına almıştır.⁶⁹

Anayasa m.10’da da benzer şekilde “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle” demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda tutulmamıştır. Nitekim AYM de eski bir kararında “Özgürlüklerle ilgili olarak Anayasada yer alan en önemli kavramlardan birini de yasa önünde eşitlik ilkesi oluşturmaktadır. Bu kural 1982 Anayasasında 1961 Anayasasına nazaran daha ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Şöyle ki; eşitlik açısından ayırım yapılmayacak hususlar madde metninde sayılanlarla sınırlı değildir. “Benzeri sebeplerle” de ayırım yapılmayacağı esası getirilmek suretiyle ayırım yapılmayacak konular genişletilmiş ve böylece kurala uygulama açısından da açıklık kazandırılmıştır.”⁷⁰ demek suretiyle yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığına işaret etmiştir. Benzer şekilde bireysel başvuru kararında da mahkeme,

62 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.114.

63 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.112. Mahkeme bu tanıma daha önceki kararına atıfta bulunarak yinelemiştir. Sözü geçen bu karar AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T.: 17/3/2011.

64 Örneğin *Schwizgebel v. İsviçre*, No.: 25762/07, 10 Haziran 2010.

65 Örneğin *Pretty v. Birleşik Krallık*, No.: 2306/42, 29 Nisan 2002.

66 Örneğin *Petrov v. Bulgaristan*, No.: 15197/02, 22 Mayıs 2008.

67 Örneğin *Danilenkov ve Diğerleri v. Rusya*, No.: 67336/01, 30 Temmuz 2009.

68 Örneğin *Salgueiro da Siva Mouta v. Portekiz*, No.: 33290/96, 21 Aralık 1999; *Frette v. Fransa*, No.: 36515/97, 26 Şubat 2002; *S.L. v. Avusturya*, No.: 45330/99, 9 Ocak 2003; *Karner v. Avusturya*, No.: 40016/98, 24 Temmuz 2003; *E.B. v. Fransa[BD]*, No.: 43546/02, 22 Ocak 2008.

69 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.246,247.

70 AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T.: 4/11/1986.

“Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasında “*dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep*” sebeplerine dayanılarak ayırım yapılamayacağı belirtildikten sonra fıkranın devamında “*benzeri sebeplerle*” de ayırım gözetilmeyeceği belirtilmiştir. Böylece Anayasa koyucu bazı türde farklı muamelelere özel önem vermiş ve ismen saymış, ayrıca aynı fıkrada, “*benzeri sebepler*”le ayırım yapılamayacağı esası getirilmiş olmakla, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının potansiyel kapsamı sınırlandırılmamıştır.”⁷¹ diyerek yasaklanan ayrımcılık temellerinin madde metnindekilerle sınırlı olmadığını açıkça belirtmiştir.⁷² Dolayısıyla madde metninde yer alan ayrımcılık temelleri, AİHS’te olduğu gibi örnek niteliğindedir. Ancak AYM, AİHM gibi “benzeri sebepler” ifadesini net bir şekilde somutlaştıramamıştır.⁷³ Bireysel başvuru kararlarında cinsel yönelim, etnik köken ifadelerine açıkça yer verip somutlaştırmaya çalışmasına rağmen⁷⁴, “benzeri sebepler” ifadesinin kapsamına veya cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine dair açıklamada bulunmamıştır.⁷⁵ Ancak mahkemenin bu kararlardaki ifadelerinden cinsel yönelim ve etnik köken temelinde ayrımcılığın m.10 kapsamında yasaklanan ayrımcılık temellerinden saydığı söylenebilir.⁷⁶

1. Cinsel Yönelim Temelinde Ayrımcılık

Yukarıda da değinildiği üzere cinsel yönelim temelinde ayrımcılık ne AİHS’nde ne de 1982 Anayasası’nda açıkça yasaklanan ayrımcılık temeli olarak sayılmamasına rağmen mahkemeler nezdinde (AİHM ve AYM) bu ayrımcılık temelinin de yasaklandığı sonucuna ulaşabilir. Keza mahkemelerin, düzenlemelerde yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı görüşlerine de yukarıda yer verilmişti. Bu çerçevede cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yasağı gerek AİHS m.14 gerekse Anayasa m.10 bakımından koruma kapsamındadır. Yasaklanan ayrımcılık temeli olarak cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı anlayabilmek için bazı kavramlara kısaca değinmek gerekecektir. Ancak belirtmek gerekir ki bu kavramlar üzerine çeşitli araştırmacılar ve düşünürler tarafından farklı bakış açılarından birçok tanım yapılmakla birlikte bu çalışma bakımından kısa bir çerçeve çizilecektir. Ardından “yok sayılan” cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerine yapılan ayrımcılığa kısaca değinilerek cinsel yönelim temelinde ayrımcılık açıklanacaktır.

71 AYM[GK], *Tuğba Arslan*, para.146.

72 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.250.

73 A.e.,s.249.

74 Bu kararlara örnek olarak; AYM(İkinci Bölüm), *Sadika Şeker*, B.No.: 2013/1948, 23/1/2014; AYM(Birinci Bölüm), *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, B.No.: 2013/1280, 28/5/2014.

75 Karan, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, s.249.

76 Mahkeme, *Sadika Şeker* kararında “başvurucunun ölen kardeşinin cinsel yönelimi nedeniyle ayrımcılığa uğradığı söylenemez.” İfadesini kullanmıştır. Bkz. AYM(Birinci Bölüm), *Sadika Şeker*, para.60. Diğer kararında ise “başvurucuların yargılamanın hiçbir aşamasında etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa uğradıkları yönünde herhangi bir iddiayı ileri sürmedikleri” ifadesini kullanmıştır. Bkz. AYM(Birinci Bölüm), *Mehmet Çetinkaya ve Maide Çetinkaya*, para.46.

a. Cinsiyet, Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelim Kavramları

Cinsiyet, iki ayrı çerçevede ele alınmaktadır: biyolojik/bedensel cinsiyet (**sex**) ve toplumsal cinsiyet (**gender**).⁷⁷ Biyolojik/Bedensel cinsiyet (**sex**), doğumda ya da ultrasonda, genital bölgenin görüntüsüne göre belirlenen tıbbi bir kategorilendirir.⁷⁸ Başka bir deyişle, kişinin doğduğu anda tanımlanan, üreme organlarına bakılarak ona verilen kadın veya erkek kimliğidir.⁷⁹ Toplumsal cinsiyet (**gender**) kavramı ise kadın ve erkeğin sosyal açıdan tanımlanması, toplumların kadın ve erkeği birbirinde ayırt etme biçimleri, onlara verdiği rolleri anlatmak için kullanılmaktadır.⁸⁰ Tanım olarak bu kavramı “farklı kültürlerde, farklı coğrafyalarda, ve farklı tarihsel zamanlarda toplumsal olarak inşa edilmiş ve kadınlar ile erkeklere yüklenmiş roller, nitelikler, davranışlar, aktiviteler ve sorumluluklar bütünü” olarak tanımlayabiliriz.⁸¹ Başka bir ifade ile doğumda atanan cinsiyetten farklı olarak bir insanı erkek, kadın veya başka bir kimlik olarak sınıflandırmak için kullanılan sosyal yapıdır.⁸² Bu sosyal yapıda kadınlara ve erkeklere farklı görevler yüklenmektedir. Örneğin ev içi işler daha çok kadının görevi olarak görülürken, evi geçindirme gibi dışarıya ait işler erkek işi olarak görülür. Benzer şekilde kadından “kadınsı, dişil” davranışlar sergilenmesinin beklenirken, erkekten “erkeksi, eril” davranışlar beklenir.⁸³

Bireyin kendini hangi cinsiyet üzerinden tanımladığı, hangi cinsiyete ait hissettiği ve hangi cinsiyetle özdeşleştirdiğiyle ilgili başka bir kavram olarak cinsiyet kimliği⁸⁴ ise, doğumla atanan cinsiyet veya toplumsal cinsiyetle uyumlu olsun veya olmasın, kişinin kendini kadın, erkek, trans, genderqueer⁸⁵ veya başka kimliklerde hissetmesi olarak tanımlanabilir.⁸⁶ Kişinin bu tanımlamalara göre bedensel cinsiyetle cinsiyet kimliğinin örtüşmediği duruma “trans” denilmektedir. Örneğin bedensel cinsiyeti dişil olan biri kendini erkek (trans erkek); bedensel cinsiyeti eril olan biri kendini kadın (trans kadın) olarak tanımlayabilir. Öte yandan kişi kendini kadın veya erkek kimliklerinin dışında başka kimliklerle de tanımlayabilir.⁸⁷

Cinsel yönelim ise, belli bir cinsiyetteki bireylere karşı süregelen derin duygusal, romantik ve cinsel çekimi ifade eder.⁸⁸ Yani, cinsiyet kimliği kişinin kendini hangi cinsiyetten hissettiği ile ilgiliyken,

77 Remzi Altunpolat, “LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, 2017, C.17, S.64, s.3; Asmin Güneş Karakaş, “Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İşe Alım Niyeti Üzerindeki Etkisi: Deneysel Bir Çalışma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2018, s.5.

78 LGBTQIA Resource Center Glossary (çevrimiçi), <https://lgbtqia.ucdavis.edu/educated/glossary> (Erişim Tarihi: 12.06.2020).

79 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3

80 G. İçli, “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Küreselleşme”, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, 2018, S.30, s.135.

81 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

82 LGBTQIA Resource Center Glossary , **a.g.e.**,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

83 Karakaş, **a.g.e.**, s.6.

84 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

85 Bu kavram Türkçe'de de kullanılmakla birlikte tam bir çevirisi bulunmamaktadır. Ancak burada kullanılan anlamıyla, normatif kalıpların dışında cinsel kimlik olarak tanımlanabilir.

86 LGBTQIA Resource Center Glossary, **a.g.e.**,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

87 Altunpolat, **a.g.e.**, s.3.

88 Kaos GL, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı, 2.bs., Ankara, (yayınevi bilgisi yok), 2017, s.10

cinsel yönelim ise hangi cinsiyete ilgi duyduğu ile ilgilidir.⁸⁹ Kişinin kendi cinsiyetinden birine yönelmesi eşcinsellik; karşı cinsten birine yönelmesi heteroseksüellik ve her iki cinsiyete de yönelmesi biseksüellik olmak üzere üç tür cinsel yönelim olduğundan bahsedilebilir.⁹⁰ Eşcinsel kişi erkek ise gey; kadın ise lezbiyen adını alır. Ancak cinsel yönelimler akıcıdır ve kişiler cinsel yönelimlerini tanımlamak için başka etiketler kullanabilirler.⁹¹

Önemle belirtmek gerekir ki cinsel yönelim duyguları, sürekliliği ve kendiliğindenlik nosyonlarını içerdiği için cinsel davranıştan farklı olarak benliğin ve kişiliğin değiştirilemez bileşenidir.⁹² Dolayısıyla cinsel yönelim yerine sıkça kullanılan ve kişilerin duygusal ve cinsel çekim duyduğu kişilere gönüllü olarak bilinçli bir tercih yapmış olduğu izlenimi veren “cinsel tercih” ifadesi yanlıştır. Bu tabir aynı zamanda cinsel yönelimlerin tedavi edilebilir bir durum olduğu izlenimi de verebilmektedir.⁹³ Oysa cinsel yönelim bir tercih değildir. Ayrıca kişilerin kendi cinsel yönelimlerini bilmeleri için spesifik bir cinsellik deneyimine hatta cinsel bir deneyime de ihtiyaçlarının bulunmadığı kabul edilmektedir.⁹⁴

b. Heteroseksüellikten Farklı Cinsel Yönelimler ve Cinsiyet Kimliklerine Yönelik Ayrımcılık

Kadın ve erkeğe belli standart roller biçen ve bu çerçevede heteroseksüel olmayı bir norm olarak kabul eden toplumsal yapı, bu normun dışında kalan bireyleri kendi içine kabul etmemektedir.⁹⁵ Bunun bir sonucu olarak cinsel yönelimlerden biri olan eşcinsellik ve “farklı” cinsiyet kimlikleri toplumlarda kusur, hastalık, toplum için tehlikeli durum gibi görülerek dışlanmış hatta kimi ülkelerde suç olarak görülmüştür.⁹⁶ Bazı ülkelerde suç olarak görülmemesine rağmen çeşitli cezalandırmalara tabi tutulmuş veya başkaca araçlarla bu farklı cinsiyet kimliği ve cinsel yönelimi olan insanlar ayrımcılığa uğratılmıştır. Bu ayrımcılıklara karşı çeşitli ülkelerde mücadele edilmiş ve yürütülen bu mücadelelerin sonucunda 15 Aralık 1973 tarihinde Amerikan Psikiyatri Birliği; 17 Mayıs 1990 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü eşcinselliği mental bozukluklar listesinden çıkarmıştır.⁹⁷

Günümüzde ise heteroseksüellikten farklı cinsel yönelimler ve cinsiyet kimliklerine yönelik baskı azalmakla birlikte sona ermemiştir. Nitekim baskının azaldığı yönündeki tespit daha çok Batılı ülkelerle sınırlıdır ve halen birçok ülkede (özellikle otoriter rejimlerin uygulandığı veya muhafazakâr

89 Altunpolat, a.g.e., s.3.

90 Kaos GL, a.g.e., s.11.

91 LGBTQIA Resource Center Glossary , a.g.e.,(Erişim Tarihi: 12.06.2020)

92 Kaos GL, a.g.e., s.11.

93 Karakaş, a.g.e., s.7.

94 GLAAD, **GLAAD Media Reference Guide**, 10.bs.,2016, s.6 (çevrimiçi), <https://www.glaad.org/sites/default/files/GLAAD-Media-Reference-Guide-Tenth-Edition.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2020).

95 Gökhan Kabacaoğlu, “Gey ve Lezbiyenlerde Açılma Süreci: Nitel Bir Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü**, Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Psikolojik Danışma ve Rehberlik Bilim Dalı, Ankara, 2015, s.6.

96 Ayrıca Dünya Sağlık Örgütü(WHO), Amerikan Psikiyatri Birliği tarafından da eşcinsellik uzun yıllar boyunca mental bozukluklar listesinde yer almıştır.

97 Altunpolat, a.g.e., s.10; Kibar, a.g.e., s.117. Ayrıca belirtmek gerekir ki yalnızca yürütülen mücadeleler değil bunun yanında bilimsel çalışmalar da eşcinselliğin hastalık kategorisinden çıkarılmasına vesile olmuştur.

toplum yapısına sahip ülkelerde) eşcinsellik ve eşcinsel davranışlar yasaktır.⁹⁸ Örneğin Uluslararası Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans ve İnterseks Derneği'nin (ILGA) 2019 Devlet Destekli Homofobi Raporuna göre, Mart 2019 itibarıyla eşcinsel birlikteliği ve eşcinsel davranışları yasaklayan 70 Birleşmiş Milletler üyesi vardır. Birleşmiş Milletlere üye olmayan Gazze, Cook Adaları gibi bazı yargı bölgelerinde de bu davranışlar hâlâ yasaktır.⁹⁹

Eşcinsellerin haklarını yasal mevzuatında düzenlemiş ülkelerde dahi eşcinsellere bazı hakların tanınmadığı durumlarla karşılaşmaktadır. Örneğin eşcinsel evliliğin yasal olarak kabul edildiği altıncı Avrupa ülkesi ve sekizinci Dünya ülkesi olan Portekiz'de eşcinsellerin evlat edinme hakkı ancak 2015 yılında tanınmıştır.¹⁰⁰ Öte yandan ulusal mevzuatında bu tür ilişki ve davranışların yasak olmadığı birçok ülkede (örneğin Türkiye) cinsel yönelim veya "farklı" cinsiyet kimliklerinin ayrımcılığa maruz kalması yaygındır. Bu ayrımcılık, cinsel yönelim veya cinsiyet kimliği sebebiyle başta iş hayatı olmak üzere başkaca alanlarda yaşanan her türlü resmi ayrımcılıktan, romantik ilişkiye dair ima yollu yorum ve soruları, eşcinsellik şakaları içeren gayri resmi ayrımcılığa kadar uzanan geniş bir çerçevede gerçekleşmektedir.¹⁰¹

Çoğunluktan farklı olan cinsel yönelimde veya cinsiyet kimliğinde olan kişiler (LGBTİ+¹⁰²'ler) birçok kez kamuya, dine, geleneksel cinsiyet ve aile kavramlarına tehdit olarak algılanmakta, medyada ve hayatın birçok yerinde (kimi zaman ders kitaplarında) nefrete varan olumsuz tutumlara maruz kalmaktadırlar. LGBTİ+ kişilere yapılan bu gibi ayrımcılıklar çoğu araştırmaya konu olmuş ve yapılan bu araştırmalara göre aynı ülke içinde veya ülkeden ülkeye farklılıklar gösterse de Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkenin hepsinde zaman zaman nefrete barındıran kışkırtıcı ve saldırgan söylemler, homofobik¹⁰³ ve transfobik¹⁰⁴ tutumlar saptanmıştır.¹⁰⁵ Gerçekten de günümüzde eşcinselliği tüm haklar bakımından heteroseksüellikle eşdeğer tutan ülkelere rağmen LGBTİ+lere karşı baskı sona ermemiştir. Bu nedenle LGBTİ+'ler cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerini gizlemek zorunda kalmaktadırlar.

Cinsel yönelim ayrımcılığının söz konusu bütün hallerde LGBTİ+ler, sosyal hayattan, çalışma hayatından, eğitim hayatından dışlanmakta, insan hak ve özgürlüklerinden tam veya heteroseksüel bireylerle eşit şekilde yararlanmamaktadır. Öte yandan bu ayrımcılık, farklı cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerinin bir 'hastalık' olarak görülmesi ve bundan dolayı 'tedavi' edilmeye çalışılmasından,

98 Kabacaoglu, a.g.e., s.5.

99 International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association(ILGA), **State-Sponsored Homophobia 2019**, Geneva, March 2019, s.15. (Erişimiçi) https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019_light.pdf (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

100 <https://pridelegal.com/portugal-lgbt-laws/> (Erişim Tarihi: 16.06.2020)

101 Karakaş, a.g.e., s.16.

102 Lezbiyen, Gey, Biseksüel, Trans, İnterseks ve heteroseksüellik dışındaki cinsel yönelim ve cinsiyet kimliklerine sahip kişiler.

103 Homofobi, eşcinselliğe veya eşcinsellere karşı duyulan öyargı ve nefrettir.

104 Transfobi, travesti veya transeksüellere yönelik önyargı ve nefrettir.

105 Burcu Şenel, "Cinsel Yönelim Ayrımcılığının Gündelik Hayat Yansımaları", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İletişim Bilimleri Anabilim Dalı, Ankara, 2014, s.29.

eşcinsel, trans veya diğer cinsiyet kimliğindeki insan cinayetlerine kadar geniş insan hakkı ihlallerine de yol açmaktadır.¹⁰⁶

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARINDA CİNSEL YÖNELİM TEMELLİ AYRIMCILIK

A. Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası bakımından cinsel yönelim temelli ayrımcılığın doğrudan yasaklandığı madde hükümleri olmamasına rağmen, birinci bölümde değinildiği üzere ayrımcılık yasağını düzenleyen her iki düzenlemede de yasaklanan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda değildir ve cinsel yönelim temelli ayrımcılığı da kapsar düzenlemelerdir. Bu bakımından AİHM ve AYM kararlarına yön veren temel düzenlemelerin AİHS m.14 ve 2005 yılında yürürlüğe giren Ek 12 Numaralı Protokol m.1; Anayasa m.10 olduğunu söyleyebiliriz.

AİHM bakımından Ek 12 Numaralı Protokolün henüz yaygın bir şekilde imzalanmamış olması sebebiyle ayrımcılık yasağı esas olarak 14. madde kapsamında ele alınmaktadır.¹⁰⁷ AİHS m.14 şöyle düzenlenmiştir: “Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”¹⁰⁸. Bu düzenlemeye göre, 14. maddenin ihlali ancak Sözleşmedeki bir başka hakkın ihlal edilmiş olması halinde gündeme gelecektir. Başka bir deyişle bu düzenleme, tamamlayıcı nitelikte bir hüküm işlevindedir.¹⁰⁹ Dolayısıyla düzenlemeye göre ayrımcılık yasağı sınırlı bir uygulama alanı bulmaktadır. Ancak AİHM, *Belgian Linguistic Kararında* başka bir maddenin ihlal edilmemiş olması halinde dahi 14. maddeden ihlallerin değerlendirilebileceğini kabul etmiştir.¹¹⁰ Bu sayede bağlantılı hakkın ihlali şartı aranmadığında Mahkemenin inceleme alanının 14. madde bakımından genişletilmiş olduğunu söyleyebiliriz. Bağlantılı bir hakkın ihlal edilmiş olması şartı arandığında ise 14. madde aksesuar bir hak olarak, sadece AİHS’de öngörülen diğer haklarla bağlantılı olarak incelenme olanağına sahip olacaktır.¹¹¹ Cinsel yönelim temelinde ayrımcılık vakalarında çoğunlukla özel yaşamın gizliliği veya eğitim hakkı, polis şiddeti gibi nedenlerle 14. madde ile diğer maddeler birlikte değerlendirilmektedir.¹¹²

106 Aksu Bora, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, s.10. (çevrimiçi) https://acikders.ankara.edu.tr/pluginfile.php/129534/mod_resource/content/0/Toplumsal%20cinsiyete%20dayal%C4%B1%20ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1k-Aksu%20Bora.pdf (Erişim Tarihi: 16.06.2020).

107 Keleş, a.g.e., s.35.

108 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi: 17.06.2020)

109 Duvan, a.g.e., s.27.

110 A.e. Karar için Bkz. 1.bölüm 60.dipnot.

111 Duvan, a.g.e., s.28.

112 D.J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, 2.bs., Oxford University Press, Oxford-New York, 2009, s.578’den aktaran, Duvan, a.g.e., s.27.

1 Nisan 2015 tarihinde yürürlüğe giren AİHS Ek 12 Numaralı Protokol m.1'de ise ayrımcılık yasağı şöyle düzenlenmiştir: “Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır. Hiç kimse 1. paragrafta belirtildiği şekilde hiçbir gerekçe ile, hiçbir kamu makamı tarafından ayrımcılığa maruz bırakılamaz.”¹¹³. Bu haliyle düzenleme, AİHS m.14 gibi ayrımcılık yasağını sözleşmede düzenlenen haklarla sınırlandırmamakta, genel bir ayrımcılık yasağı düzenlemesi getirerek tüm haklar bakımından koruma sağlamaktadır.¹¹⁴ Diğer bir ifadeyle bu protokol bağımsız nitelikte ayrımcılık yasağı tesis etmekte ve böylece ulusal mevzuatta düzenlenen veya uygulamanın oluşturduğu her türlü haklar da bu protokol kapsamında yer alacaktır.¹¹⁵ Böylece AİHS’de korunmayan haklarla ilgili olarak da ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla AİHM’ye başvurulabilecektir.¹¹⁶ Belirtmek gerekir ki bu protokole ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayıda olmaması ilkesinin zarar görmemesi nedeniyle, AİHS m.14’ten farklı yasaklanan ayrımcılık temeli (cinsel yönelim gibi) eklenmemiştir.¹¹⁷ Dolayısıyla bu madde bakımından da AİHM nezdinde cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiası ileri sürülebilecektir. Hatta ayrımcılığa uğradığını iddia eden kişiler, AİHS’de korunmayan haklar bakımından da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa uğradığını ileri sürebileceklerdir.

Anayasada ise cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı kapsayacak düzenlemenin m.10 olduğunu söyleyebiliriz. Anayasası’nın “kanun önünde eşitlik” başlıklı10. maddesi şöyle düzenlenmiştir: “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.” Bu hükümle yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı tespitini önceki bölümde yapmıştık. Dolayısıyla AİHM içtihatlarında 14. maddedeki ayrımcılık yasağı çerçevesinde yargılamaya esas olan ayrımcılık unsuru olarak cinsel yönelim ayrımcılığının, Anayasanın 10. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi imkânı vardır.¹¹⁸

B. AİHM Kararlarında Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık

1. Ayrımcılık Yasağı İhlali İddialarında Mahkemenin İnceleme Usulü ve Değerlendirme Ölçütleri

AİHM bakımından Ek 12 Numaralı Protokolün henüz yaygın bir şekilde imzalanmamış olması sebebiyle ayrımcılık yasağının esas olarak 14. madde kapsamında ele alındığını ifade etmiştik. Bu madde bakımından AİHM, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla önüne gelen davalarda üç aşamada

113 AİHS, Ek 12 Numaralı Protokol (çevrimiçi), https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim Tarihi:17.06.2020)

114 Keleş, **a.g.e.**, s.51. Ayrıca 14.maddenin sınırlı ayrımcılık yasağını düzenlemesi, 12. Protokolün hazırlanmasında başvuru bir gerekçedir. Bkz., **A.e.**

115 **A.e.**, s.53.

116 Duvan, **a.g.e.**, s.28.

117 Evelyn Ellis, Philippa Watson, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford(UK),2012, s.110’dan aktaran, Duvan, **a.g.e.**, s.49.

118 Duvan, **a.g.e.**, s.56.

inceleme yapmaktadır. Bunlardan ilki, sözleşme kapsamında yer alan bir hak veya özgürlüğün varlığının tespiti; ikincisi, benzer durumda olan kişiler arasında söz konusu bu hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından fark gözetilip gözetilmediğinin tespiti yani karşılaştırılabilirlik ölçütü ve son olarak kişiler arasında fark gözetilmişse, nesnel ve makul bir sebebe dayanıp dayanmadığının tespiti.¹¹⁹ Ayrıca belirtmek gerekir ki mahkeme, kamu menfaatleri ve sözleşme ile güvence altına alınan bireysel hak ve özgürlükler arasında adil bir denge kuran farklı muamelelerin yasaklanmadığına karar vermektedir.¹²⁰ Keza mahkeme, kararlarında daha çok bu ölçüt üzerinden değerlendirme yapmaktadır.

İlk ölçüt açısından mahkeme, 1968 yılında *Belgian Linguistik* kararında ilk kez 14. maddenin sadece AİHS'de yer alan diğer maddeler ihlal edildiği durumda değil bu maddeler ihlal edilmese dahi gündeme gelebileceğini kabul etmiştir.¹²¹ Bu bakımdan mahkemenin verdiği kararlarda ilk ölçüt bakımından farklı kararlar verdiğini söyleyebiliriz. Bunlar; sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler açısından bir ihlal tespit etmediği ancak 14. madde ile birlikte değerlendirildiğinde hak ihlali tespit ettiği kararlar¹²²; sözleşmede güvence altına alınan bir hak veya özgürlüğün ihlaline karar verildiği ve 14. maddenin ayrıca incelenmesine gerek görmediği kararlar¹²³; sözleşmede güvence altına alınan bir hak ve özgürlükle birlikte 14. maddenin ihlal edildiğini tespit ettiği kararlar¹²⁴; son olarak da, Sözleşmede yer alan hakkın ihlal edildiğini ve ayrıca bu hakla bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğini tespit ettiği¹²⁵ kararlar.¹²⁶

Mahkemenin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin kararlarının genellikle sözleşmenin Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı başlıklı 8. maddesi ve Evlenme Hakkı başlıklı 12. maddesine ilişkin olduğunu söyleyebiliriz.¹²⁷ Ayrıca 8. madde açısından mahkemenin kararlarının cinsel faaliyetler, cinsel kimlik, isim hakkı üzerinde yoğunlaştığını da söyleyebiliriz.¹²⁸ Ancak bunun dışında işkence yasağı gibi bazı haklarla birlikte ihlal kararı verdiği davalar da mevcuttur.

Karşılaştırılabilirlik ölçütü bakımından mahkeme, hak ihlali iddiasında bulunan başvuruçunun durumu ile kendisinden daha lehe muamele gördüğünü iddia ettiği kişi veya grubun durumunun

119 Ergin Ergül, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003, s.238'den aktaran, Keleş, a.g.e., s.37.

120 Duvan, a.g.e., s.29.

121 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.272. Ayrıca karar bilgileri için Bkz. I.Bölüm 60.dipnot.

122 Bu karara örnek olarak *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v Birleşik Krallık*, No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 Mayıs 1985, para.71.

123 Bunlara örnek olarak *Dudgeon v Birleşik Krallık*, No.:7525/76, 22 Ekim 1981, para67; *Airev v İrlanda*, No.: 6289/73, 9 Ekim 1979, para 30; *Orsus ve Diğerleri v Hırvatistan*[BD], No.: 15766/03, 16 Mart 2010, para.144.

124 Bu karara örnek olarak *Burghartz v İsviçre*, No.: 16213/90, 22 Şubat 1994,para.21. Ayrıca çalışmada bu kararlara birçok örnek verilmiştir.

125 Bu karara örnek olarak *Marckx v. Belçika*[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979.

126 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.272-275.

127 Keleş, a.g.e.,s.44.

128 A.e., s.45.

benzer olmasını yani karşılaştırılabilir olmasını aramaktadır.¹²⁹ Bu ölçüte göre karşılaştırılabilir kişiler arasında yani benzer durumda olan kişiler arasında farklı muamele yapılmış olması gerekecektir. Ancak daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi mahkeme bu ölçüt bakımından farklı olanlara farklı muamele yapılması gerektiğini de değerlendirebilmektedir.¹³⁰

Farklı muamele yapıldığı tespitinden sonra mahkeme, uygulanan farklı muamelenin meşru olup olmadığına nesnel ve makul sebebe dayanıp dayanmadığına göre karar vermektedir. Makul ve nesnel gerekçelerle haklı kılınan farklı muamelenin olup olmadığını da ölçmek için bu yolda alınmış tedbirlerin amacı ve etkisi ile bağlantılı olarak demokratik toplumlarda genellikle geçerli olan ilkelerin göz önünde tutulması gerektiğini belirtmektedir. Buna göre Sözleşme’de yer alan haklardan birinin kullanılmasında uygulanan farklı muamele aynı anda hem meşru amaca dayanmalı hem de kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğu açıkça ortaya konulmalıdır. Aksi takdirde mahkeme, 14. maddenin ihlaline karar vermektedir.¹³¹

Belirtmek gerekir ki mahkeme, önüne gelen ayrımcılık iddialarının cinsiyet, cinsel yönelim, ırk, evlilik dışı doğum, milliyet ve din temellerine dayanması durumunda, taraf devletlerin farklı muamelesini meşrulaştıracak nesnel ve makul gerekçelerini oldukça dar yorumlamaktadır.¹³² Bu temellere literatürde “şüpheli ayrımcılık temelleri” denilmektedir. Mahkeme, bu kavramı lafzi olarak kullanmamakla birlikte¹³³ cinsel yönelimin bu kategoride yer aldığını *L ve V v Avusturya* davasında dolaylı yoldan belirtmiştir. Nitekim, başvuruya konu olayı incelerken mahkeme, devletlerin nesnel ve makul gerekçeyi ileri sürerken, cinsiyet temeli gibi cinsel yönelim temelinin de ciddi sebeplerle gerekçelendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.¹³⁴

2. Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İddia Edildiği Bazı Kararlar

AİHM’nin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığa ilişkin çok sayıda kararı bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere, ayrımcılık iddiası ile önüne gelen davalarda AİHM, daha çok 8. madde bağlamında 14. maddeyi incelemiş olduğundan bu kararların somut olaylarda nasıl uygulandığını gösterebilmek açısından mahkemenin bazı kararlarına örnek vermek gerekecektir. Ayrıca mahkemenin 12. madde ile birlikte 14. maddeyi nasıl ele aldığını ve diğer haklarla birlikte 14. maddeyi nasıl ele aldığını somutlaştırmak açısından da bazı kararlarına değinilecektir.

AİHM, cinsel hayatın bir parçası olarak cinsel aktivitelere ilişkin eski kararlarında 14. madde bağlamında değerlendirme yapmayı yalnızca 8. madde bağlamında değerlendirme yapmaktaydı.

129 A.e., s.41.

130 Bkz.s.9; ayrıca farklı olanlara farklı muamele yapılması gerektiği kararına ilişkin Bkz. 1.Bölüm 55. Dipnot: *Thilimmenos v. Yunanistan* kararı.

131 Duvan, a.g.e., s.29.

132 Kibar, a.g.e., s.103.

133 Duvan, a.g.e.,s.42.

134 *L ve V v Avusturya*, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003, para.44, 45.

Bu kararlara, *Dudgeon v Birleşik Krallık*¹³⁵, *Norris v İrlanda*¹³⁶, *Modinos v Kıbrıs*¹³⁷ kararları örnek verilebilir. Her üç başvuruda da Mahkeme, eşcinsel kişiler arasındaki ilişkileri cezalandıran kanunların sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.

Mahkeme, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı sözleşmenin bir başka maddesi ile birlikte 14. madde kapsamında değerlendirdiği ilk kararı 1999 yılında Portekiz aleyhine vermiştir.¹³⁸ Bu ilk karar olan *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz*¹³⁹ kararına konu olayda başvurucunun önceki evliliğinden olan çocuğunun velayetinin, diğer ebeveyn üzerinde bırakılmasının bir sebebi olarak temyiz mahkemesince, başvurucunun eşcinselliğinin anormal durum olduğu ve çocuğun bu anormallik içinde büyümemesi gerektiği ifade edilmiştir. Davaya ilişkin olarak da hükümet, çocuğun menfaati gereği meşru amacının olduğunu, bunun demokratik toplumda gerekli olduğunu belirtmiş ve bunu belirlemedeki takdir hakkının geniş olduğunu savunmuştur. AİHM ise başvurucunun eşcinselliğinin, çocuğunun velayetinin diğer ebeveyn üzerinde bırakılmasında belirleyici etken olmasını sözleşme kapsamında kabul edilemez bir ayırım yapılmasına sebebiyet verdiğini ifade etmiş ve hükümetin kullandığı araç ile izlenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, 14. madde ile bağlantılı olarak 8. maddenin ihlal edilmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

AİHM, 8. madde ile birlikte 14. maddeyi değerlendirdiği içtihadını *S.L. v Avusturya*¹⁴⁰ ve *L ve V Avusturya*¹⁴¹ kararlarıyla sürdürmüştür. Benzer olan iki kararında da Mahkeme, yetişkin erkeklerin 14-18 yaş grubundaki erkeklerle yaşadığı cinsel ilişkilerin cezai yaptırıma tutulduğu yasanın, aynı yaş grubundaki kızlarla hem lezbiyen hem de heteroseksüel ilişkileri suç olarak düzenlememesi sebebiyle ayrımcılık yasağına aykırı düzenleme olduğu sonucuna ulaşmıştır. Her iki davada da Mahkeme, ayrımcılık yapılmasını gerektiren bu yasanın yürürlükte kalmasının ikna edici ciddi makul ve nesnel sebeplerin ileri sürülmediğini vurgulamıştır. Bu yönüyle ismen zikretmemiş olsa da cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmiş olduğu söylenebilir.

*Karner v Avusturya*¹⁴² kararına konu olayda ise Mahkeme, esas kiracının ölmesi durumunda bir akrabanın veya “hayat ortağı”nın kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatın yüksek mahkeme tarafından eşcinsel partnerleri “hayat ortağı” olarak değerlendirmedeği durumu incelemiştir. Hükümet farklı muamele yaptığını kabul etmekle birlikte geleneksel aileyi koruma meşru amacına dayandığını ileri sürmüştür. AİHM, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak cinsel yönelim temelli ayrımcılığın meşru sayılabilmesi için ciddi gerekçelerin ileri sürülmesi gerektiğini bir kez daha vurgulamıştır. Devletlerin takdir yetkisinin bu gibi ayrımcılık temellerinde daraldığını vurgulayan Mahkeme, bu farklı muamelenin meşru sayılabilmesi için

135 *Dudgeon v Birleşik Krallık*, No.:7525/76, 22 Ekim 1981.

136 *Norris v İrlanda*, No.:10581/83, 26 Ekim 1988.

137 *Modinos v Kıbrıs*, No.:15070/89, 22 Nisan 1993.

138 Duvan, a.g.e., s.44.

139 *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz*, No.:33290/96, 21 Aralık 1999.

140 *S.L. v Avusturya*, No.:45330/99, 9 Ocak 2003.

141 *L ve V v Avusturya*, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003.

142 *Karner v Avusturya*. No.:40016/98, 24 Temmuz 2003.

orantılı olması gerektiği üzerinde durmuştur. Bu değerlendirmede izlenen meşru amaçla kullanılan aracın uygun olmasından ziyade ayrıca izlenen amaca ulaşmak için belirli kategorilerdeki insanları dışlamanın gerekli olduğunun da gösterilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Somut olayda ise geleneksel ailenin korunması amacı izlenirken yasanın eşcinsel birliktelikleri kapsamayacak şekilde dar yorumlanmasını açıklayacak ciddi gerekçeler gösterilmediği gerekçesiyle AİHM, 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğuna kanaat getirmiştir.

Düzenli lezbiyen ilişkisi olan başvuru kadının cinsel yönelimi sebebiyle evlat edinme talebinin reddedilmesinin konu olduğu *E.B. v Fransa*¹⁴³ kararında Mahkeme, benzer durumda başka bir dava olan *Frette v Fransa*¹⁴⁴ kararındaki içtihadından dönerek 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda Mahkeme, *Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz* kararına atıfla, Fransız hukukunun bekarların evlat edinebilmesine ve böylelikle bekar bir eşcinselin bu haktan yararlanabilmesine olanak tanınmasına rağmen; başvuranın eşcinsel olmasının, bu yöndeki talebinin reddedilmesi hususunda belirleyici olduğunu tespit etmiştir. Hükümetin ciddi nesnel ve makul sebepler ileri sürmediğini de kaydeden Mahkeme, cinsel yönelimin evlat edinme talebinin reddedilmesinde esas etken olmasının AİHS'ne göre kabul edilemez olduğunu bir kez daha vurgulamıştır.

Evlat edinme hususunu yakın tarihli sayabileceğimiz 2013 yılında mahkeme *X ve Diğerleri v Avusturya*¹⁴⁵ kararında inceleme olanağı bulmuştur. Başvuruya konu olayda Avusturya mahkemeleri, eşcinsel birliktelik süren iki kadın başvurucudan birinin, diğerinin oğlunu ikinci ebeveyn olarak yani tabii annesiyle olan yasal bağı koparılmadan evlat edinme isteğini reddetmiştir. Başvuruyu inceleyen Mahkeme, partnerlerden birinin diğer partnerin evli olmayan heteroseksüel çiftlere gösterilen muamelenin, başvuranlara uygulanan muameleden farklı olduğunu ve bu farklı muamelenin birinci ve üçüncü başvuru sahiplerinin cinsel yöneliminden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bu tür muamele farkının, aile veya çocuğun çıkarlarının korunması amacıyla gerekli olduğu hususunda hükümetin ikna edici ciddi gerekçeleri sunmadığını vurgulamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, önceki içtihatlarına atıfta bulunarak bu farklı muamelenin sözleşmeyle uyumadığı ve 8. maddeyle birlikte 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu kanaatine ulaşmıştır.

AİHM'in medeni birliktelikleri konu aldığı kararına ise *Vallianatos v Yunanistan*¹⁴⁶ kararı örnek olarak gösterilebilir. Karara konu olayda Yunanistan'da "Aile, çocuklar ve topluma yönelik reformlar" adı altında bir kanunla, medeni birliktelikler düzenlemiştir. Bu kanuna göre kişiler ilişkilerini evlilik ile öngörülen durumlardan daha esnek bir yasal çerçevede tescilleyebilmektedir. Ancak söz konusu kanun yalnızca heteroseksüel ilişkiler için medeni birliktelikler öngörmektedir. Bazıları birlikte yaşayan çiftlerden, bazıları ayrı yaşayan çiftlerden oluşan sekiz Yunan vatandaşı ve bir derneğin başvurduğu olayda AİHM, başvuru sahiplerinin durumu ile farklı cinsiyetten kişilerin durumunu

143 *E.B. v Fransa*[BD], No.:43546/02, 22 Ocak 2008.

144 *Frette v Fransa*, No.:36515/97, 26 Şubat 2002. Bu kararda mahkeme, evlat edinilecek çocukların menfaatinin gözetilerek hükümetin farklı muameleyi öngören uygulamasının makul sebebe dayandığını ifade etmiştir.

145 *X ve Diğerleri v Avusturya*[BD], No.:19010/07, 13 Şubat 2013.

146 *Vallianatos v Yunanistan*[BD], No.: 29381/09 ve 32684/09, 7 Kasım 2013.

karşılaştırmış ve kanunun aynı cinsiyetten olan çiftleri dışarıda bırakarak ilgili kişiler bakımından cinsel yönelime dayalı farklı muamele olduğu tespitini yapmıştır. Mahkeme müdahalenin meşru amaç olan evlilik dışı çocukların ve aile yaşamının korunması amacını kabul etmekle birlikte bu amaç ile uygulamanın orantılı olup olmadığı hususunu değerlendirmiştir. Buna göre Mahkeme, önceki kararlarına atıfta bulunarak, cinsel yönelime dayalı farklı muamelenin söz konusu olduğu durumlarda devletlerin takdir yetkisinin dar olduğunu bir kez daha vurgulamış ve eşcinsel kişilerin söz konusu kanun uygulamasından hariç tutulmasının zorunlu olduğunun ikna edici ciddi gerekçelerle ortaya konulması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme, somut olayda bu tür nesnel ve inandırıcı gerekçeler sunulmadığından bahisle 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Evlenme hakkı bakımından AİHM, AİHS'nin devletlere eşcinsel evlilikleri tanıma konusunda yükümlülük getirmediğini belirtmektedir. Nitekim eşcinsel bireyler arasında evlenme hakkının ileri sürüldüğü ilk dava olan *Schalk ve Kopf v Avusturya*¹⁴⁷ kararında Mahkeme, transseksüel kişiler açısından vermiş olduğu kararlara atıf yaparak, 12. maddenin bir kadın ile bir erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına aldığını ve evlenme hakkının sözleşmeye taraf devletlerin ulusal hukukuna tabi olduğunu yinelemiştir.¹⁴⁸ Ardından, *Christine Goodwin v Birleşik Krallık*¹⁴⁹ kararına atıf yaparak evlilik kurumunun salt biyolojik cinsiyet ölçütüyle algılanmaması gerektiğini ifade etmiş ve bu algının zaman içinde değişmiş olduğunu, transseksüellerin sonradan edinmiş oldukları cinsiyetle yapacakları evliliğin genel kabul görmüş durum olduğunu ifade etmiştir.¹⁵⁰ Ancak eşcinsel evlilikler konusunda Avrupa devletleri açısından genel mutabakatın sağlanmamış olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, sözleşmenin 12. maddesi ile eşcinsel evliliklerin ulusal mevzuattaki yerine atıfta bulunan Avrupa Birliği Temel Hakları Şartı'nın 9. maddesini karşılaştırmış ve bu maddenin eşcinsel evliliklerin tanınması açısından bir engel oluşturmadığını ancak ulusal mevzuatın bu tür evlilikleri kolaylaştırması gerektiği hususunda açık bir gerekliliğin de bulunmadığını ifade etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, AİHS'nin 12. maddesinin taraf devletlere eşcinsel evliliği tanıma yükümlülüğü getirmediği ve dolayısıyla 12. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır. 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. madde bakımından da inceleme yapan mahkeme, bu maddelerin de böyle bir yükümlülük getirmediğini ifade ederek bu maddelerin de ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

AİHM'nin, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddialarını sözleşmenin 8. ve 12. maddeleri dışındaki maddelerle birlikte 14. madde kapsamında değerlendirdiği kararlar da vardır. Örneğin başvuruçuların cinsel, ulusal, etnik ve dinsel azınlık hakları ve kadına, engelli insanlara karşı yapılan ayrımcılığa karşı kamuoyunun dikkatini çekme amaçlı olarak düzenlemek istedikleri yürüyüş ve toplantıların engellenmesi sebebiyle mahkeme önüne taşınan *Backovvski ve Diğerleri v Polonya*¹⁵¹ davasında Mahkeme, belirli bir ayrımcılık temeline gönderme yapmadan ancak yetkili makamların yapmış

147 *Schalk ve Kopf v Avusturya*, No.: 30141/04, 24 Haziran 2010.

148 Mahkemin atıf yaptığı kararlar için Bkz. *Schalk ve Kopf v Avusturya*, para.51.

149 *Christine Goodwin v Birleşik Krallık*, No.:28957/95, 11 Temmuz 2002.

150 Belirtmek gerekir ki mahkeme bu karardan önce karşıt içtihat geliştirmiş ve bu kararla birlikte bu içtihadından dönmüştür. Geçmiş içtihatlarındaki bu karara örnek olarak *Rees v Birleşik Krallık*[GK], No.:9532/81, 17 Ekim 1981 verilebilir.

151 *Backovvski ve Diğerleri v Polonya*, No.:1543/06, 3 Mayıs 2007.

olduğu homofobik açıklamaları da değerlendirerek, eşcinsellerin toplanma özgürlüğüyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının da ihlal edildiği, yani madde 11. ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

Uluslararası Homofobi Karşıtlığı günü anmak üzere barışçıl protesto düzenleyen göstericilerin, sayıca üstün karşıt grup tarafından şiddete başvurularak engellendiği *Identoba ve Diğerleri v Gürcistan*¹⁵² davasında ise Mahkeme, ilgili makamların yeterli koruma sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediğini ifade etmiştir. Mahkeme, yetkililerin cinsel yönelim ve cinsiyet kimliği bağlamında soruşturma yükümlülüklerinin özellikle önemli olduğunu vurgulayarak, hükümetin soruşturma yükümlülüğünü de yerine getirmemiş olması dolayısıyla 13 başvuru açısından işkence yasağının düzenlendiği 3. madde ile birlikte 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış; ayrıca diğer başvurular açısından, yürüyüşün yeterince homofobik ve şiddet eğilimli karşı göstericileri içermesi nedeniyle ve yetkililerin, bu gösteriyi barışçıl bir şekilde gerçekleşmesini sağlayamaması sebebiyle 11. madde bağlamında 14. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna ulaşmıştır.

İşkence yasağı bağlamında ayrımcılık yasağının ihlal edildiği bir başka başvuru ise görece daha eski tarihli *X v Türkiye*¹⁵³ kararıdır. Başvuruya konu olay, eşcinsel olan başvurunun heteroseksüel olan diğer mahkumlarla birlikte aynı koşu kalması ve onların sindirici, yıkıcı davranıştan şikâyet etmesi üzerine 8 aydan uzun süre boyunca hücrede tutulmasına ilişkindir. Mahkeme, başvurunun tutulma koşullarının kendisinde ruhsal ve fiziksel acılara ve insanlık onuruyla oynandığı duygusuna yol açmış olması sebebiyle insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele olduğu tespitini yapmıştır. Ayrıca başvuranın hücrede tutulmasının temel nedeninin başvuranın cinsel yönelimi olduğunu da tespit eden Mahkeme, bu ayırımın Sözleşmeye uygun olduğunu gösteren bir gerekçe ileri sürülmediğinden 3. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.

C. AYM Kararlarında Cinsel Yönelim Temelli Ayrımcılık

1. Ayrımcılık Yasağı İhlali İddialarında Mahkemenin İnceleme Usulü ve Değerlendirme Ölçütleri

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin iddiaları incelerken, AİHM ile uyumlu içtihat geliştirmiştir ve benzer ölçütleri baz almıştır. Ancak AYM'nin AİHM'den ayrılan bazı yönleri de bulunmaktadır. Öncelikle AİHM'nin de ele aldığı ilk ölçüt olan ayrımcılık yasağı iddiasının bir hakka dayanması konusunda AYM'nin zaman zaman ayrımcılık yasağı bağlamında inceleme yapmama şeklinde yaklaşımı bulunmaktadır. Ancak AYM, bazı kararlarında AİHM'ne benzer şekilde, ayrımcılık yasağının ihlali iddiasının başvurunun önemli bir yönünü oluşturması sebebiyle başvurunun ayrımcılık yasağı açısından da ayrıca incelenmesi gerektiğine de karar verebilmektedir.¹⁵⁴ Benzer şekilde AYM, temel hak ve özgürlükler ihlal edilmemiş olsa da o hakla ilgili bir konuda sergilenen ayrımcı tutumun, eşitlik ilkesini ihlal ettiği sonucuna ulaşabileceğinin

152 *Identoba ve Diğerleri v Gürcistan*, No.:73235/12,12 Mayıs 2015.

153 *X v Türkiye*, No.:24626/09, 9 Ekim 2012.

154 Karan, "Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi", s.276. Karar için ayrıca Bkz. AYM, *Tuğba Arslan*, para.104.

ve bu incelemenin önünde engel olmadığını da değişik kararlarında vurgulamıştır.¹⁵⁵ Ancak AYM'nin *Onurhan Solmaz*¹⁵⁶ kararından itibaren bu tutumu da değiştirdiği söylenebilir. Nitekim AYM, daha sonrasında vermiş olduğu *Z.A.*¹⁵⁷ ve *Cemal Duğan*¹⁵⁸ kararlarında açıkça ayrımcılık yasağının ancak Sözleşmede (AİHS) ve Anayasada korunan temel hak ve özgürlükle bağlantılı şekilde ileriye sürülebilmesinin mümkün olduğu belirtmektedir. Bu yönüyle AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu söylenemez. Zira yukarıda ifade ettiğimiz gibi AİHM'nin bu konuda katı bir tutumu bulunmamaktadır.

Karşılaştırılabilirlik ölçütünde ise AYM, AİHM ile içtihatlarına benzer şekilde, başvuruçunun kendisiyle benzer durumda olanlardan farklı bir muameleye tabi tutulmuş olmasını aramaktadır. Mahkeme, özellikle soyut ve somut norm denetimi yaptığı kararlarında bu ölçütü çok sıkı bir şekilde uygulamıştır. Ancak kimi zaman AYM, bu ölçüt bakımından çelişkili kararlar vermiştir. Örneğin, boşanma sonucunda çocuğun, babasının soyadını alması zorunluluğunu öngören yasayı değerlendirirken eşlerin, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuki konumda olduğunu ifade ederken¹⁵⁹; evli olan bir kadının evlenmeden önceki soyadını eşinin soyadı olmaksızın kullanılmasını yasaklayan yasayı değerlendirdiği başka bir kararında ise durum ve konumlarındaki özelliklerin, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara tabi tutulmasının gerekli olabileceğini¹⁶⁰ ifade etmiştir.¹⁶¹

AİHM'nin de daha çok üzerinde durduğu nesnel ve makul gerekçe ölçütünde ise AYM, bazen AİHM gibi nesnel ve makul gerekçe ifadesini kullanırken¹⁶² genellikle "haklı neden" ifadesini kullanmaktadır.¹⁶³ AYM, "haklı neden"i tespit ederken çeşitli yıllarda bu ölçütle birlikte "kamu yararı", "ölçülülük" ilkesini eklemiş ve 1992 yılından sonraki içtihadıyla "kamu yararı" ile "haklı neden" in gerçekleşmesi için "anlaşılabilir olma", amaçla ilgili olma", "makul ve adil olma" koşullarını da aramaya başlamıştır.¹⁶⁴ Sonuç olarak AYM, "haklı neden" kavramını, kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olarak kullanmış ve yasal düzenlemelerle getirilen farklılıkların haklı nedene dayanması koşuluyla eşitlik ilkesinin ihlal edilmeyeceğini kabul etmiştir.¹⁶⁵ Yine AİHM gibi AYM de, bu ölçüt altında farklı muamelenin meşru olabilmesi için aynı zamanda

155 AYM(İkinci Bölüm), *İhsan Asutay*, B.No.: 2012/606, 20/2/2014, para.47,48; AYM(Birinci Bölüm), *Aziz Turhan*, B.No.: 2012/1269, 8/5/2014, para.37; AYM(İkinci Bölüm), *Mesude Yaşar*, B.No.: 2013/2738, 16/7/2014, para.47. Daha fazla karar ve karşıt yönde kararlar için ayrıca Bkz. Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.275, 178.dipnot.

156 AYM(Birinci Bölüm), *Onurhan Solmaz*, B.No.: 2012/1049,26/3/2013, para.33.

157 AYM[GK], *Z.A.*, B.No.: 2013/2928, 18/10/2017, para.49.

158 AYM(İkinci Bölüm), *Cemal Duğan*, B.No.: 2014/19382, 15/2/2017, para.33.

159 AYM, E.2010/119, K.2011/165, K.T.: 08/12/2011.

160 AYM, E.2009/85, K.2011/49, K.T.: 10/03/2011.

161 Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.279. Ayrıca çelişkili olan diğer karar için Bkz. *A.e.*, 194. Ve 195.dipnot.

162 AYM, E.2008/42, K.2008/167, K.T.: 20/11/2008.

163 Karan, "**Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi**", s.284.

164 Özbudun, *a.g.e.*, s.114'ten aktaran, Duvan, *a.g.e.*, s.57; Selda Çağlar, "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu", *Ankara Barosu Dergisi*, 2012, S.3, s.55.

165 Duvan, *a.g.e.*, s.58; Çağlar, *a.g.e.*, s.52.

ölçülü olması gerektiğini de belirtmektedir. AYM, AİHM kararlarında orantılılık ölçütü adıyla anılan ölçülülük ilkesini “elverişlilik”, “gereklilik”, “orantılılık” olmak üzere üç alt ilkede incelemektedir.¹⁶⁶ Bu ilkelere kısaca değinecek olursak: elverişlilik, hakka yönelik sınırlamanın öngörülen amacı gerçekleştirmek için elverişli olmasını; gereklilik, izlenen amacın gerçekleştirilmesinde başvuru aracın başka araçlara göre herhangi bir hakka en az müdahalede bulunacak veya sınırlayacak araç olup olmasını; orantılılık ise, izlenen amaç ile başvuru aracın orantılı olması ifade etmektedir.¹⁶⁷ AYM’ye göre haklı bir nedene dayanmayan oransızlık, eşitlik ilkesine aykırı olabilecektir.¹⁶⁸ Bireysel başvuru usulünde de AYM, AİHM kararlarına atıfta bulunarak nesnel ve makul gerekçe ölçütüne benzer olarak bu kriterleri incelemektedir.¹⁶⁹

AYM, AİHM gibi bazı temellerde ayrımcılıkları “şüpheli ayrımcılık temelleri” olarak değerlendirmekte ve bu tür ayrımcılık iddialarına dayanılması durumunda, “ciddi”, “önemli” nesnel ve makul gerekçenin olması gerektiğini aramaktadır. Ancak AİHM’den farklı olarak AYM, şüpheli ayrımcılık temellerini m.10 da sayılan temellerle sınırlamaktadır. Dolayısıyla AYM’nin, AİHM’nin kabul ettiği ulusal köken, cinsel yönelim, doğum temellerini şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmedığı sonucuna ulaşılabilir.¹⁷⁰

2. Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İddia Edildiği Bazı Kararlar

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın madde metninde (Anayasa m.10) açıkça düzenlenmediği, dolayısıyla “benzeri sebepler” kategorisinde yasaklanan ayrımcılık temeli olduğu ve AYM’nin de buna ilişkin içtihat oluşturduğu birinci bölümde ifade edilmişti. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi AYM, yalnızca madde metninde açıkça sayılan ayrımcılık temellerini şüpheli ayrımcılık temeli saymaktadır. Bu açıdan çalışma konusu olan cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın bu kategoride değerlendirilmediği ve dolayısıyla ayrımcılık temellerinin “önem derecesinin” AYM’ce farklı değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir.¹⁷¹

AYM’nin cinsel yönelim temelli ayrımcılığa ilişkin fazla sayıda kararı bulunmamaktadır. Nitekim bireysel başvuru usulü 23 Eylül 2012 tarihinden itibaren işlemeye başlamıştır. Şu haliyle AYM kararları incelenirken soyut/somut norm denetimi kararları ve bireysel başvuru kararları olarak ikili bir ayrıma gidilmesi gerekecektir. Bu çerçevede AYM’nin yukarıda açıklamış olduğumuz inceleme kriterleri somutlaştırılmaya çalışılacaktır. AYM’nin transseksüel kişilere karşı vermiş olduğu kararlar da çalışmada “cinsel yönelim ayrımcılığı” adı altında incelenecektir.

166 Christian Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, *Anayasa Yargısı*, C.10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s.36,37; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.286.

167 Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlanması ve Özü*, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1982, s.113-117; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.286,287; Ayrıca AYM’nin bu konuda kararı için Bkz. AYM, E.2012/80, K.2013/16, K.T.: 23/01/2013.

168 AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T.: 31/03/1992.

169 AYM, *Tuğba Arslan*, para.119,122; Karan, “*Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi*”, s.288.

170 AYM, *Tuğba Arslan*, para.146; Duvar, *a.g.e.*, s.69,70.

171 Keleş, *a.g.e.*, s.85.

AYM'nin somut norm denetimi yaptığı iki önemli karar vardır. Ancak bu kararlarda AYM, ayrımcılık yasağıyla ilgili değerlendirme yapmamaktadır. Bu kararlardan ilkinde Türk Medeni Kanunu¹⁷²'nin 40. maddesinin 2. fıkrasının¹⁷³ Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla iptali istenmiştir.¹⁷⁴ AYM, transseksüel birinin nüfus kaydının düzeltilmesini talep etmesinin, kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı duyma hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğu tespitini yapmıştır. Ancak cinsiyet değiştirme operasyonlarının geri dönüşünün olmaması, nüfus kayıtlarının devletin hukuk düzeni açısından önem arz etmesi gibi nedenlerle devlet tarafından denetim altında tutulması gerektiğini de belirtmiştir. Somut olayda ise AYM, itiraz konusu kuralın, transseksüel kişilerin nüfus kaydını değiştirebilmesi için ameliyat olma yönünde yükümlülük getirdiğini, ancak bu madde ile özel hayata saygı hakkına müdahale niteliğinde bir ameliyat zorunluluğu getirmediğini vurgulamıştır. AYM'ye göre yalnızca nüfus kaydının düzeltilmesi talebinde bulunulabilmesi için bu ameliyatın gerçekleştirildiğinin sağlık kurulu raporu ile kanıtlanması konusunda yükümlülük getiren bir düzenleme olması sebebiyle kişilerin cinsiyet değişikliği yapma hakkına herhangi bir müdahale barındırmamaktadır. Tüm bu sebeplerle AYM, itirazın reddine karar vermiştir. Mahkeme, ayrıca eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. madde üzerinden değerlendirme yapmamıştır.

AYM önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta, itiraz yoluyla aynı madde hükmünün birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğu" ibaresinin iptaline karar verilmesi istenmiştir.¹⁷⁵ AYM bu davada ise, kanun maddesine göre mahkemece cinsiyet değişikliğine karar verilebilmesi üreme yeteneğinden sürekli yoksun olma şartına bağlandığından, kanun maddesi üreme yeteneğine sahip transseksüeller için tıbbi müdahale zorunluluğu taşıdığını ifade etmektedir. Nitekim üreme yeteneğinden tıbbi müdahale sonucu sürekli yoksun kalan kişinin herhangi bir nedenle cinsiyet değiştirme ameliyatı olamaması durumunda, cinsiyetini değiştirmediği halde üreme yeteneğini kaybetmesi sonucuyla karşılaşabilecektir. Dolayısıyla AYM, ön şart olarak kabul edilen söz konusu tıbbi müdahalenin, sonuçları bakımından son derece ağır, telafisi imkânsız durumlara yol açabilmesi sebebiyle ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmış ve ilgili hükümdeki ibareyi iptal etmiştir. AYM bu kararda, özel hayata saygı ve diğer maddeler bakımından değerlendirme yapmış olduğundan, eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. maddeye ilişkin inceleme yapmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir. Benzer bir değerlendirmeyi Mahkeme bireysel başvuru kararında da yapmıştır. Ancak bu sefer başvurucu tarafından ayrımcılık yasağı ileri sürülmemiş olduğundan Mahkemece bu hususa hiç değinilmemiştir.¹⁷⁶

172 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, R.G. No: 24607, 8/12/2001.

173 İlgili madde hükmünün eski hali şöyledir: Madde 40: "Cinsiyetini değiştirmek isteyen kimse, şahsen başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak, izin verilebilmesi için, istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi şarttır.

Verilen izne bağlı olarak amaç ve tıbbi yöntemlere uygun bir cinsiyet değiştirme ameliyatı gerçekleştirildiğinin resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması hâlinde, mahkemece nüfus sicilinde gerekli düzeltmenin yapılmasına karar verilir."

174 AYM, E.2015/79, K.2017/164, K.T. : 29/11/2017.

175 AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T.: 29/11/2017.

176 Bkz. AYM(İkinci Bölüm), M.K., B.No.: 2015/13077, 12/6/2018.

Cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın iddia edildiği Z.A.¹⁷⁷ başvurusuna konu olayda, din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olan başvurusunun, eşcinsel olması sebebiyle görevine son verilmiştir. Ardından Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkındaki Kanun'un yürürlüğe girmesiyle başvuru, açıktan atanarak mesleğe iade talebinde bulunmuştur. Ancak bu isteminin de reddedildiği olayda başvuru, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvuruya konu bu olayda AYM, çocukların sağlıklı şekilde yetiştirilmeleri ve eğitilmeleri hususundaki toplumsal menfaat gözetildiğinde kamusal makamların almış olduğu tedbirin makul olduğunu ve idarenin takdir yetkisinin sınırının aşılmamış olduğunu ifade ederek ayrımcılık yapılmadığına karar vermiştir. AYM kararında dikkat çeken başka husus ise başvurusunun cinsel yönelimi sebebiyle görevine son verilmediği “öğretmenlik göreviyle bağdaşmayan iffetsiz fiil” sebebiyle görevine son verildiği belirtilmektedir. Bu yönüyle AYM, cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın söz konusu olmadığını vurgulamıştır. Ancak iffetsiz fiil ile kastedilenin, başvurusunun görev yaptığı okulda cinsel yöneliminin bilinmesi, okul hademesine eşcinsel ilişki teklif ettiği gibi hususlar olduğu yine mahkeme kararında sabittir. Bu yönüyle AYM'nin nesnel yorum yapmadığı açıkça ortadadır. Ayrıca AYM'nin bu kararının uluslararası hukuktan geride kaldığı ve AİHM içtihadıyla uyumlu olmadığı da söylenebilir. Nitekim karşı oy gerekçelerinde uluslararası sözleşmelere, tavsiye kararlara, raporlara ve devletlerin cinsel yönelim temelinde ayrımcılığı önleme yükümlülüklerine değinilmiş; AYM'nin kendi içtihatlarından ve AİHM içtihatlarından da yola çıkarak başvurusunun aynı veya benzer konumda olan kişilerden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin cinsel yönelimden kaynaklı olduğu ve bunun farklı muamele oluşturduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu farklı muameleyi meşru gösterecek ciddi nesnel ve makul gerekçenin ileri sürülmediği, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birey aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçsüz bir müdahale olduğu ifade edilmiştir.¹⁷⁸ Bu durumda her ne kadar AYM tarafından cinsel yönelim şüpheli temel olarak görülmemiş olsa da AİHM içtihatlarında cinsel yönelim şüpheli ayrımcılık temelidir ve bu ayrımcılığın meşru olabilmesi için ciddi nesnel ve makul sebeplerin gösterilmesi gerekmektedir.

Travesti olan başvurusunun kara yolunda seyir hâlindeki araçları durdurmaya çalıştığı ve trafiği tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle kolluk görevlilerince rızası dışında Emniyet Müdürlüğüne götürülüp saatlerce tutulduğu ve 80 TL idari para cezasına maruz kaldığı *Cemal Duğan*¹⁷⁹ başvurusunda AYM, “cinsel tercih”inden ötürü ceza verilmediği tespitine ulaşarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını açıkça dayanaktan yoksun bulmuştur. Bu kararda AYM, terminolojiye ilişkin hatalı kullanımlara yer vermiştir. Nitekim *Sadika Şeker* kararı başta olmak üzere daha önceki kararlarında Mahkeme doğru kullanım olan “cinsel yönelim” ifadesini kullanılırken¹⁸⁰, başvuruya konu kararda “cinsel tercih” kelimesini tercih etmiştir. Ayrıca bu kararın da AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu da söylenemez. Zira AYM, cinsel yönelimi şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmeyerek ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişilerin bu davranışlarını

177 AYM[GK], Z.A., B.No.: 2013/2928, 18/10/2017.

178 Bkz. Engin Yıldırım, Karşı Oy Gerekçesi. Ayrıca ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna ulaşan Muammer Topal da Karşı Oy Gerekçesinde de müdahalenin ölçülü olmadığı sonucuna ulaşmıştır.

179 AYM(İkinci Bölüm), *Cemal Duğan*, B.No.: 2014/19382, 15/2/2017.

180 *Sadika Şeker*, para.59. Başka kararlar için ayrıca Bkz. AYM(İkinci Bölüm), *Sinem Hun*, B.No.: 2013/5356, 8/5/2014, para.32-33; AYM[GK], *Fetullah Gülen*, B.No.: 2014/12225, 14/7/2015, para.40.

gereçeklendirmelerini kolaylaştırmış, ayrımcılığa uğrayan kişi açısından ise ispatı zorlaştırmıştır.¹⁸¹ Nitekim, kararın karşı oy gerekçesinde başvuruçunun polis merkezine götürülmesi ve orada bekletilmesi bakımından cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapıldığı ifade edilmiştir.¹⁸² Hak ihlali iddiasının bu boyutu AYM tarafından incelenmemiş, dolayısıyla AİHM içtihadının aksine, ispat yükü başvuru üzerine bırakılmıştır.

SONUÇ

Eşitlik ilkesi ve bu ilkenin koruduğu hukuki menfaatin olumsuz ifadesi olan ayrımcılık yasağı, demokratik toplumların temel yapıtaşlarından biridir. Nitekim ulusal mevzuatlarda sıkça değinilen temel ilke olmakla birlikte birçok uluslararası sözleşmede de düzenlenmiş ve uluslararası buyurucu kural haline gelmiştir. Bu ilke veya olumsuz ifadesiyle yasakla amaçlanan, kişi veya kişi gruplarının benzerleriyle olumsuz yönde farklı muameleye maruz kalmalarını önlemek, temel hak ve özgürlüklerden benzerleriyle olan kişiler kadar yararlanabilmeleri sağlayabilmektir. Kısaca bu ilke, herkese eşit muamele yapılmasını, insanlar arasında ayırım yapılmamasını amaçlayan temel ilkedir.

Çalışmanın odak noktası olarak, bu ilkenin düzenlendiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasına baktığımızda bu ilkeyle ilgili üç düzenlemenin mevcut olduğunu söyleyebiliriz: AİHS m.14, Ek 12 No'lu Protokol m.1, Anayasa m.10. Bu düzenlemelerden Ek 12 No'lu Protokol genel bir ayrımcılık yasağı öngörmekle birlikte, hali hazırda Türkiye dahil birçok ülke tarafından onaylanmamıştır. Diğer düzenlemelerden AİHS m.14 ise genel bir ayrımcılık yasağı düzenlememekte, sözleşmeyle korunan haklar bakımından ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Dolayısıyla sözleşme uygulayıcısı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ancak sözleşmenin diğer haklarının ihlal edildiği iddiasıyla bir başvuruyu inceleyebilecektir. Ancak mahkemenin bu konuda içtihat değiştirdiği, farklı kararlara yer verdiği çalışmada detaylıca açıklanmıştı. Anayasa Mahkemesinin de önceden gerek somut norm denetimi davalarında gerek bireysel başvuru kararlarında benzer yönde içtihat geliştirmiş olduğu, ancak son bireysel başvuru kararlarında bu içtihattan döndüğü söylenebilir. Şu anki koşullarda AYM'nin baktığı temel kriter Anayasa ile birlikte Sözleşmenin ortak koruduğu haklardan birine dayanılarak bu yasağın ihlal edildiğinin ileri sürülmesidir. Bu yönüyle Mahkemenin yaklaşımının, AİHM içtihatlarıyla uyumlu olduğu söylenemez.

Çalışma kapsamındaki düzenlemelere bakıldığında, yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığı, "benzeri nedenler" başlığı altında her türlü ayrımcılığı içerebileceği sonucuna ulaşılabilir. Bu kapsamda cinsel yönelim ayrımcılığının da yasaklanan ayrımcılık temellerinden olduğu gerek lafzi yorumdan gerekse mahkeme içtihatlarından yola çıkarak söylenebilir. Keza mahkemeler de hemen her kararında yasaklanan ayrımcılık temellerinin sınırlı sayıda olmadığını belirtmektedir.

181 Ulaş Karan, "Anayasa Mahkemesi'nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu", s.4.(çevrimiçi) <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ulas%CC%A7-Karan-Ayr%C4%B1mc%C4%B1l%C4%B1g%CC%86a-Kars%CC%A7%C4%B1-Korumada-Hiyerars%CC%A7ik-Yaklas%CC%A7%C4%B1m-ve-I%CC%87spat-Sorunu.pdf>.

182 Bkz. Engin Yıldırım Karşı Oy Gerekçesi.

Ancak AYM, AİHM kadar net şekilde cinsel yönelim temelinde ayrımcılığın yasak kapsamında olduğunu somutlaştıramamıştır.

Ayrımcılık yasağının ihlali iddialarında mahkemelerin inceleme usulü olarak benzer içtihatlar geliştirmiş olduğu ancak uygulamada farklılıklar olduğu ifade edilebilir. Mahkemeler, öncelikle Sözleşme kapsamında korunan hak ve özgürlüklerle ilgili olup olmadığının değerlendirmesini yapmakta (AİHM'nin bu konuda içtihat değiştirdiğini, ancak AYM'nin bu içtihattan döndüğünü ifade etmişti); ardından farklı muameleyi tespit etmek için benzerleriyle kıyaslandığında bu hak veya özgürlüklerden yararlanma bakımından farklı muameleye maruz kalıp kalmadığını incelemekte; son olarak da bu farklı muamelelerin meşru olup olmadığının tespiti için de nesnel ve makul sebebe dayanıp dayanmadığını ve bu sebeple (meşru amaç) kullanılan aracın (farklı muamele) orantılı olup olmadığının değerlendirmesini yapmaktadırlar. Bu inceleme yapılırken mahkemelerce bazı ayrımcılık temelleri ismen zikredilmemiş olsa da “şüpheli ayrımcılık temeli” olarak değerlendirilmekte ve farklı muamelelerin bu ayrımcılık temellerinde ciddi nesnel ve makul sebeplerle açıklanması beklenmektedir. Ancak mahkemelerin “şüpheli ayrımcılık temelleri” farklılık arz etmektedir. AİHM bu temelleri ırk veya etnik köken, ulusal köken, cinsiyet, doğum, din veya inanç cinsel yönelim temelleri olarak belirlerken; AYM ise yalnızca m.10'da açıkça zikredilen temelleri şüpheli ayrımcılık temeli olarak ele almakta; ulusal köken, cinsel yönelim ve doğum temellerini bu kapsamda değerlendirmemektedir.

AYM'nin cinsel yönelimi şüpheli ayrımcılık temeli olarak değerlendirmemesi, AİHM içtihatlarıyla uyumlu olmadığı anlamına gelmektedir. Bu da AYM kararlarının ayrımcılık yasağının korunmasında etkili kararlar verebilmesini güçleştirebilmektedir. Nitekim Mahkemenin, çalışmada değinilen yakın tarihli kararlarında bunun somut örneğine rastlamaktayız. Ayrımcılık yasağının korunmasına ilişkin bu anlayışın geliştirilmesine ihtiyaç vardır. Çünkü AYM, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında önemli rol oynayan, nihai ulusal yargı merciidir. Bu nedenle cinsel yönelim temelinde ayrımcılık iddiasıyla önüne gelen uyuşmazlıklarda AİHM içtihadına, uluslararası insan hakları hukukuna uygun bir yaklaşım sergilemesi önem taşımaktadır.

KAYNAKÇA

- AKILLIOĞLU, Tekin, **İnsan Hakları: Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**, Ankara, İmaj Yayınevi, 2010.
- ALTUNPOLAT, Remzi, “LGBTİ'lere Yönelik Ayrımcılığı Tarihsel ve Politik Temelde Kavramak”, **Mesleki Sağlık ve Güvenlik Dergisi**, C.17, S.64, 2017, s.2-14.
- BLACKSTONE, W.T., “On The Meaning And Justification of Equality Principle”, **Ethics**, C.77, S.4, 1967, s.239-253.
- BORA, Aksu, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, (çevrimiçi) <https://tinyurl.com/ybq9mcwg> (Erişim Tarihi: 16.06.2020).
- CHRİSTIAN Rumpf, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, **Anayasa Yargısı**, C.10, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1993, s.25-48.
- ÇAĞLAR, Selda, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.3, 2012, s.43-87.
- DOĞAN, İlyas, **İnsan Hakları Hukuku**, 2.bs., Ankara, Astana Yayınları, 2015.

- DUVAN, Ayşe Özkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik Hakkı ve Ayrımcılık Yasağı”, **Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S.2, 2017, s.17-81.
- ELLIS, Evelyn ,WATSON, Philippa, **EU Anti-Discrimination Law**, Oxford University Press, Oxford(UK), 2012.
- EREN, Hayrettin, **Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu**, Ankara, Hukuk Yayınları Dizisi, 2016.
- ERGÜL, Ergin, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması**, Ankara, Yargı Yayınevi, 2003.
- GLAAD, **GLAAD Media Reference Guide**, 10.bs.,2016. (çevrimiçi), <https://www.glaad.org/sites/default/files/GLAAD-Media-Reference-Guide-Tenth-Edition.pdf> (Erişim Tarihi: 13.06.2020).
- GÜL, İdil Işıl, KARAN, Ulaş, **Ayrımcılık Yasağı Eğitim Rehberi**, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2011.
- GÜLMEZ, Mesut, “İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Ulusal Sosyal Bilimler Kongresi 11.Kongre Özel Sayısı, 2010, s.221 (çevrimiçi) <http://calismatoplum.org/sayi25/gulmez.pdf> (Erişim Tarihi: 25.05.2020).
- GÜLMEZ, Mesut, **İnsan Hakları ve Avrupa Birliği Hukukunda Ayrımcılığın Kaldırılması ve Türkiye**, Ankara, Belediye İş Yayınları, 2009.
- HARRIS, D.J. , O’BOYLE, M. WARBRICK, C., **Law of the European Convention on Human Rights**, 2.bs., Oxford University Press, Oxford-New York, 2009.
- International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association(ILGA), **State-Sponsored Homophobia 2019**, Geneva, March 2019.(çevrimiçi) <https://tinyurl.com/y89eprsh> (Erişim Tarihi: 16.06.2020)
- İÇLİ, G., “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Politikaları ve Küreselleşme”, **Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, S.30, 2018, s.132-143.
- KABACAOĞLU, Gökhan, “Gey ve Lezbiyenlerde Açılma Süreci: Nitel Bir Çalışma, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi, Eğitim Bilimleri Enstitüsü**, Eğitim Bilimleri Anabilim Dalı, Psikolojik Danışma ve Rehberlik Bilim Dalı, Ankara, 2015.
- KABAOĞLU, İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku: İnsan Haklarının Hukuki Yapısı**, 6.bs., Ankara, İmge Kitabevi, 2002.
- KALABALIK, Halil, **İnsan Hakları Hukuku**, 5.bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017.
- Kaos GL, **Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı İçin LGBT Hakları El Kitabı**, 2.bs., Ankara, (yayınevi bilgisi yok), 2017.
- KARAKAŞ, Asmin Güneş, “Cinsel Yönelim Ayrımcılığının İşe Alım Niyeti Üzerindeki Etkisi: Deneysel Bir Çalışma”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, İşletme Anabilim Dalı, Ankara, 2018.
- KARAN, Ulaş, “Anayasa Mahkemesi’nin Cemal Duğan Kararı: Ayrımcılığa Karşı Korumada Hiyerarşik Yaklaşım ve İspat Sorunu”, (çevrimiçi) <https://anayasatakip.ku.edu.tr/wp-content/uploads/sites/34/2017/08/Ulas%CC%A7-Karan-Ayr%CC%84%B1mc%CC%84%B1lg%CC%86a-Kars%CC%A7%CC%B1-Korumada-Hiyerar%CC%A7ik-Yaklas%CC%A7%CC%B1m-ve-I%CC%87spat-Sorunu.pdf> (Erişim Tarihi: 20.06.2020).
- KARAN, Ulaş, “Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi”, **Anayasa Yargısı**, C.31, S.1, 2015, s.235-306.
- KARAN, Ulaş, “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa**, (ed. Sibel İnceoğlu), 3.bs., İstanbul, Beta, 2013.
- KARAN, Ulaş, **Uluslararası İnsan Hakları Hukuku ve Anayasa Hukuku Işığında Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- KELEŞ, Burçak, “Ayrımcılık Yasağı Kapsamında Cinsiyet ve Cinsel Yönelim”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, **İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü**, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, 2019.

AYM(İkinci Bölüm), M.K., B.No.: 2015/13077, 12/6/2018.
AYM(İkinci Bölüm), *Mesude Yaşar*, B.No.: 2013/2738, 16/7/2014.
AYM(İkinci Bölüm), *Sadika Şeker*, B.No.: 2013/1948, 23/1/2014.
AYM(İkinci Bölüm), *Sinem Hun*, B.No.: 2013/5356, 8/5/2014.
AYM[GK], *Fetullah Gülen*, B.No.: 2014/12225, 14/7/2015.
AYM[GK], *Tuğba Arslan*, B.No: 2014/256, 25/06/2014.
AYM[GK], Z.A., B.No.: 2013/2928, 18/10/2017.
AYM, E. 2012/80, K. 2013/16, 23/01/2013
AYM, E.1970/1, K.1970/31, K.T. 16/06/1970.
AYM, E.1986/11, K.1986/26, K.T.: 4/11/1986.
AYM, E.1991/18, K.1992/20, K.T.: 31/03/1992.
AYM, E.1997/74, K.1998/69, K.T. 17/11/1998.
AYM, E.2009/47, K.2011/51, K.T.: 17/03/2011.
AYM, E.2009/85, K.2011/49, K.T.: 10/03/2011
AYM, E.2010/119, K.2011/165, K.T.: 08/12/2011.
AYM, E.2015/79, K.2017/164, K.T. : 29/11/2017.
AYM, E.2017/130, K.2017/165, K.T.: 29/11/2017.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v Birleşik Krallık, No.: 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28 Mayıs 1985.
Adami v. Malta, No:17209/02, 20 Haziran 2006.
Airev v İrlanda, No.: 6289/73, 9 Ekim 1979
Backovski ve Diğerleri v Polonya, No.:1543/06, 3 Mayıs 2007.
Belgian Linguistic Case "Relating to Certain Aspects of the Laws on the use of Languages in Education in Belgium"
v. Belçika[GK], No:1474/62, 1677/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23 Temmuz 1968.
Burghartz v İsviçre, No.: 16213/90, 22 Şubat 1994.
Christine Goodwin v Birleşik Krallık, No.:28957/95, 11 Temmuz 2002.
Danilenkov ve Diğerleri v. Rusya, No.: 67336/01, 30 Temmuz 2009.
Dudgeon v Birleşik Krallık, No.:7525/76, 22 Ekim 1981.
E.B. v Fransa[BD], No.:43546/02, 22 Ocak 2008.
Frette v Fransa, No.:36515/97, 26 Şubat 2002.
Identoba ve Diğerleri v Gürcistan, No.:73235/12,12 Mayıs 2015.
Karner v Avusturya. No.:40016/98, 24 Temmuz 2003.
L ve V v Avusturya, No.:39392/98 ve 39829/98, 9 Ocak 2003.
Marckx v. Belçika[GK], No:6833/74, 13 Haziran 1979.
Modinos v Kıbrıs, No.:15070/89, 22 Nisan 1993.
Norris v İrlanda, No.:10581/83, 26 Ekim 1988.
Orsus ve Diğerleri v Hırvatistan[BD], No.: 15766/03, 16 Mart 2010.
Petrov v. Bulgaristan, No.: 15197/02, 22 Mayıs 2008.
Pretty v. Birleşik Krallık, No.: 2306/42, 29 Nisan 2002.
Rasmussen v. Danimarka, No:8777/79, 28 Kasım 1984.

- Rees v Birleşik Krallık*[GK], No.:9532/81, 17 Ekim 1981.
S.L. v Avusturya , No.:45330/99, 9 Ocak 2003.
Salgueiro da Silva Mouta v Portekiz, No.:33290/96, 21 Aralık 1999.
Schalk ve Kopf v Avusturya, No.: 30141/04, 24 Haziran 2010.
Schwizgebel v. İsviçre, No.: 25762/07, 10 Haziran 2010.
Thilimmenos v. Yunanistan [BD], No.34369/97, 6 Nisan 2000.
Vallianatos v Yunanistan[BD], No.: 29381/09 ve 32684/09, 7 Kasım 2013.
X v Türkiye, No.:24626/09, 9 Ekim 2012.
X ve Diğerleri v Avusturya[BD], No.:19010/07, 13 Şubat 2013.

Opinion on Legal Entity – Sustainability Nexus

Tüzel Kişilik ve Sürdürülebilirlik İlişkisine Bir Yorum

İpek SAĞLAM* 

Abstract

The persons capable of exercising legal rights are not only human beings. Aside from the real persons, there are societies and institutions that could also be right holders. We could hear every day about a Municipality starting up a construction transaction, a club making a contract with a football player, a University reaching to a decision, a Foundation awarding a scholarship. The main reason for the establishment of such organizations is the limited life period of a human being. The shortness of lifespan is an impediment in reaching some goals that will necessitate longer time periods. Followingly people unite or gather their assets in order to maintain such goals that exceed the life period of human beings as associations and foundations¹. As a result, legal systems acknowledge legal personality to others besides human beings and this serves maintaining sustainability.

Keywords: Legal Entity, Sustainability, Corporation, Real Persons, Corporation Objective, Disregard of Legal Entity, Historical Evolution of Legal Entity.

Öz

Hukuki açıdan haklara sahip olan ve haklardan yararlanma yetkisi bulunanlar, sadece gerçek kişiler değildir. Gerçek kişilerin yanısıra dernekler, vakıflar ve tüzel kişiliği bulunan şirketler gibi hak ve fiil ehliyeti olan tüzel kişiler mevcuttur. Gerçekten de her gün bir belediyenin inşaat sözleşmesi kurduğunu, bir spor kulübünün bir futbolcu ile sözleşme imzaladığını, bir üniversitenin bir karar aldığını veya bir vakfın öğrencilere burs verdiğini duyarız. Bu tip kurumların meydana getirilmesinin arka planında, insan yaşamının süresinin sınırlılığı olgusu yatar. Yaşamın kısa olduğu gerçeği, daha uzun zaman aralıklarına ihtiyaç gösteren amaçlara ulaşılmasında bir engel olarak ortaya çıkar. Bu sebeple, insan ömrünü aşan amaçları gerçekleştirebilmek için gerçek kişiler ya da malvarlıkları; dernekler, vakıflar, şirketler gibi tüzel kişilikler altında örgütlenmektedirler. Kısacası, hukuk sistemleri gerçek kişiler yanında diğerlerine de tüzel kişilik tanımak suretiyle, sürdürülebilirlik kavramına destek sağlamaktadırlar.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişilik, Sürdürülebilirlik, Anonim Ortaklık, Gerçek Kişiler, Şirket Amacı, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması, Tüzel Kişilik Kavramının Tarihi Gelişimi

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: ipek.saglam@marmara.edu.tr
1 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, pp. 261; Özsunay, pp. 6; Gönen, pp. 5.

Introduction

Legal entities are artificial persons that have legal personalities besides real persons. Legal order recognizes legal entities, to be subjects of law and to have the capacity to acquire rights. Replacements that take place among the real persons at the organization of the legal entities do not make a change in the continuity of legal persons. It does not make an impact on the presence and duration of a legal entity. For this reason; legal entities provide a much convenient tool in reaching the goals that require longer time periods. Secondly by the formation of legal entities, more economical sources could be obtained and through this wealth, some targets could be reached much more easily.

It will not be wrong to state that companies as legal entities play a crucial role in the world economy and they operate all around the globe. What are the main objectives of companies? Is the company an “extremely varied, inclusive and open-ended concept”²? The aim of this article is to examine the nature of legal entities, the logic behind the concept of legal entity and how does a legal entity create a tool for reaching out to the corporate objective. The corporate goal is the maximization and sustainability of an entity³.

The aim of every company is to keep up their wealth and gradually expand it. The other essential target is to make sure that the functioning of the company is sustained. All the companies and other sorts of legal entities establish their own goals. Establishing the objective of a legal entity is crucial. It creates the guidelines for the partners, shareholders or the members in the execution of their functions. For example the shareholders of a company have the incentive to maximize profits and this gives rise to the economic growth of the country as well as the globe.

It could be asserted that a company creates optimal value for all the parties regarding the companies' transactions. The companies (corporations) create and distribute wealth and value. The essential point is that, the duration of a company or another legal entity is not limited to a certain period of time just like the lifespan of real persons. The legal entities serve in the maximization and sustainability of the corporate objectives. There is an effort to maximize the entity. This is the aim of enhancing the company's wealth. The second and most influential effort is to sustain the company and to ensure its survival throughout time⁴.

The aim of this article is to examine the concept of legal entity, the crucial elements of the concept, the historical evolution, the theories trying to explain the nature of legal persons, different sorts of legal entities and finally the disregard of legal entity principles. By the maximization and sustainability of the legal entities objectives, the legal entities serve to maintain justice, peace and strong institutions. For the sake of realization of the before mentioned goal, the concept of legal entity is studied below in full details.

2 R. Clark, pp. 17.

3 Keay, pp. 615.

4 Keay, pp. 619.

People coming together in order to form a society of people, and assets gathered together to form joint estate are accepted as subjects of law. However it is essential to state that to be regarded as legal entities, the abovementioned society of people and estate, both have to carry some crucial elements.

I. THE CRUCIAL ELEMENTS OF LEGAL ENTITY

In order to be acknowledged as legal entity, the presence of an organization towards a permanent purpose and the organization being recognized as a legal entity by the legal order are obligatory.

A. PERMANENT GOAL ELEMENT

Legal entities, in order to achieve results that transcend a person's power, incline towards the execution of common benefits rather than personal benefits. This permanent goal may be the meeting of a common economic benefit or providing for the immaterial interests which may be summarized as ideal goals. Legal entities that are formed in order to meet economic benefits are called companies if their main purpose is to gain and share profit. General partnerships, joint stock companies, corporations and limited companies are different types of companies.

A common benefit is a general benefit that goes beyond a single person's benefit. The common benefit can be a monetary benefit such as making profits and sharing it among the shareholders or it also can be a moral benefit.

There are other sorts of legal entities whose main purposes are not distributing the profit to their shareholders; such as the associations and the foundations. Unions and political parties may also be accepted in the frame of legal entities with similar ideal goals.

The purpose of a legal entity must possess two specialities in all legal entity types. The purpose must be of perpetual quality. Accordingly; only communities of assets and communities of people with consistent goals may survive as legal entities. To be admitted as a perpetual goal, the activity necessary to reach the goal must be of constant feature. The goal that is going to be reached does not necessarily be of perpetual nature. For example the assignment of assets in order to establish a foundation for the purpose of improving a drug in finding a cure for a desperate illness, is possible. The goal of such a foundation is perpetual, because the scientific research vital for the development of a curing drug will necessitate a long time. At the moment of the finalization of the essential drug, the purpose is achieved and the perpetuality of the activity needed is no longer significant. In other words following the realization of the foundation's goal, it is not important if the activity necessary is completed or not. This is not influential on the perpetual quality of the legal entity. To start off a foundation or an association for the sole purpose of establishing a school, is also a frequently observed example in practice. However in the cases of establishing educational foundations or associations for the sake

of helping the poor, both the activity performed in order to fulfill the goal and the realization of the goal needs perpetuity⁵.

If the established society of people or assets do have a temporary goal; than there is no need for acknowledging it as an independent holder of rights. It is not probable and logical to see an association or a foundation established just to provide food for a dinner invitation.

Moreover; the aim of the legal entity must be of distinct nature. The aim of the legal entity must be materialized in the document (charter of an association, deed of a trust, articles of corporation) constituting the memorandum of the mentioned legal entity⁶.

B. ORGANIZATION ELEMENT

A legal entity is totally a different person than the real persons or the assigned assets composing it. It has a separate and independent identity acknowledged as a legal entity. In order to reach the goal, a legal entity must have the mandatory organization which will declare it's will as the holder of rights. The organs of a legal entity give birth to the organization element.

Mandatory organs are designated in various ways according to the type of the legal entity by the legislative authorities. Not having the essential organs lead the group of persons or the group of assets to be unsuccessful in the establishment of a legal entity or it will lead to the termination of a valid legal entity. Through the organs, a legal entity may continue operating as an independent person. An uncoordinated society may not be the holder of rights. A group of people watching a movie, researchers studying at a library, a group of fans watching a football game are all groups that have met coincidentally. These groups will not be accepted as legal entities by the legal order, because they all suffer from the lack of a permanent organization⁷.

The autonomy of a foundation or a society is against the members of the society composing itself. The legal entity makes legal transactions with the third parties as an independent holder of rights. The acquired assets of the legal entity do not merge with the personal assets of the members or the shareholders. Similarly, a foundation that is a group of assets assigned to fulfill a goal, has a separate identity than the real person assigning his assets in order to realize a permanent and an ideal goal. Independence is the outcome of acknowledging legal entity, to a group of real persons or assets.

“Numerus Clausus” principle is valid in legal entities which means; that it is not possible to create a new type of a legal entity by the free wills of the parties besides the types of legal entities regulated by the legal order. If it is not enacted by the law, it will not be possible for the groups of real persons and assets to acquire rights. There is also another rule valid for all sorts of legal entities and that

5 Dural/Öğüz, pp. 211.

6 Akünal, pp. 11.

7 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, pp. 262; Gönen, pp. 6.

is “the ultra vires rule”. According to the mentioned rule, it is prohibited for a legal entity to make transactions outside the scope that is regulated at its certificate of formation⁸.

In the case of the deficiency of the aforementioned elements, the group of real persons or the assigned assets will not be accepted as legal entities. The ordinary partnership will not have a separate personality, will not be an independent holder of rights. Numerus clausus principle also leads to the loyalty to the type principle. Based on this, to differentiate the structure of a legal entity or to create other legal entities functioning at different zones than what legal order has regulated, is completely impossible⁹. When there is non-existence of a legal entity, then there is no capacity to have rights.

II – THE HISTORICAL EVOLUTION OF LEGAL ENTITY

If we look at the evolution of legal entity, a time has come when social phenomena gave rise to the need of creating such a concept. Followingly the modern law order has acknowledged personality to a group of real persons and a group of assets. The structure of legal entities in different legal systems and the information about its evolution will provide us ease in understanding current legal entities.

A. DURING ROMAN LAW PERIOD

The concept of legal entity came out too late and did not blossom out as expected. During the Roman Empire period, the socio-economic requirements were not crucial yet, and the concrete and practical logic of the Romans was too far away from the abstractive theoretical logic that was needed for the establishment of a “legal entity independent from real persons”¹⁰.

Legal entity in Roman law came into existence following the first periods, however it was not organized systematically. The first legal entity in Roman Law is the State of Rome (populous Romanus). The State of Rome is the verbalization of all the Roman citizens and for this reason it is a union of real persons whose members constantly keep on changing. The State of Rome was acknowledged as a person by the legal order and it was capable of exercising rights and the state was under the obligation to fulfill his debts. The State of Rome had assets of his own (Aerarium Romani) and had the capacity to perform all the transactions needed. The State of Rome is an important model because it is an example for the subsequent legal entities. The few legal entities recognized by the Romans except the State of Rome, were the associations that appeared in the form of regional organizations, social or religious societies or professional unions (collegia). Some political communities were also admitted as legal entities and their activities were regulated in the frame of public law.

Some private law legal entities were formed in Roman law such as “collegium”s which were professional unions initiated by the craftsmen and trademen and “solidas” priests coming together to conduct

8 Özen, pp. 184; Hager, pp. 593.

9 Serozan, pp. 29.

10 Serozan, pp. 16.

ceremonies for the gods and to celebrate the feasts. These associations reverted to political unions during Augustus Period. These societies composed of real persons, had the capacity to acquire rights and had organizations apart from their members. Legal entity of the Roman Law era, also had one other speciality. The members of the legal entity were not personally responsible for the debts of the legal entity. This is still pretty much the same in today's notion of legal entity ¹¹.

It is obvious from the documentary of Iustinianus era that, following the death of a person; his estate which has not yet been acquired by his heirs, did have some sort of a legal entity (*hereditas iacens*) ¹². However it was not possible for the societies of assets to have an independent legal personality such as the foundations, according to Roman Law. Romans with the intent of making charity works, were used to the idea of transferring some distinct assets to a person or an institution ¹³.

Following the 5th and the 6th Century AD., the assets allocated to religious and charitable works (*pie causae, pia corpora*), without belonging to a person or an institution, were regulated by the organs of the church in an independent manner ¹⁴. This legal structure is close to the notion of today's foundation but, the assets did not have a separate legal entity and therefore it was not possible to acknowledge it as foundation.

B. DURING GERMANIC LAW PERIOD

The evolution of the concept of legal entity is slightly different in Germanic Law. In the frame of the collectivist worldview of the mediaval age, the status of a real person was evaluated according to his existence in guilds, chambers, and similar people unions. These guilds did not possess an independent legal entity apart from the real person members composing them ¹⁵. These unions were administered through the unanimous decisions of the members who had equal rights and every member was responsible of all the conducts that were carried out by the other members. The unions that had religious, occupational and other sort of characteristics, had collective ownership (*Gesamteigentum, Eigentum zur gesamten Hand*) on the assets that were included in the above said relationship. Because of the lack of the concept of legal entity, that sort of relationship could be admitted to have a resemblance to ordinary partnership of today.

By the development of the cities after 1200 AD., the concept of legal entity made great progress in Germanic Law. Throughout this period, cities have started to differentiate from the personalities of their citizens and started to become independent, preterhuman existences that proposed sustainability. This outgrowth gradually led to the organizational structure of the cities and the organs to be established.

11 Gönen, pp. 11.

12 Umur, pp. 415.

13 Özsunay, pp. 7.

14 Dural/Öğüz, pp. 220.

15 Pedrazzini/Oberholzer, pp. 154.

Germanic Law was a stranger to the notion of foundation at the early stages; however by the acquisition of Roman Law in Germany, on the assignment of assets for the achievement of religious goals, the church's function in the governing of the assets, reached to a degree far beyond accomplishing that charity goal. The church was admitted as an administrative organ and this led to the idea that the assets allocated to religious purposes were regarded as foundations ¹⁶.

C. DURING ISLAMIC LAW PERIOD

The first thing that comes to mind when we speak about legal entity in Islamic Law is, “beytu'l mal” (the general treasury of the state). Beytu'l mal is not the same as the personal assets of the President of the State, and it has a unique legal entity which represents the interest of the community in public property. Beytu'l mal in this context could become a creditor or a debtor, had the capacity to be a party in legal proceedings, or could even be appointed as an heir, if no successors were found following the death of a person ¹⁷. During all these activities, trustee of the beytu'l mal, represents it in the name of the President of the State ¹⁸. Besides the treasury of the state, legal entity of the state is also acknowledged. The President of the State in this regard, could bind the citizens of the state and the subsequent presidents, by the international treaties he became a party to.

Since the beginning of Islamic Law up till now, the only legal entity that maintained its existence is the foundation. The foundation during the realization of its target, is represented by the real person (trustee), authorized to make transactions in the name of the foundation itself.

The companies in Islamic Law offered great variations. Types of companies were determined according to the kind of the capital that was invested in it. The mentioned companies however; did not possess legal entity and they were in the form of ordinary partnerships. The partners of these ordinary partnerships were held personally liable from the transactions of the stated company and there were no representatives appointed for the abovementioned transactions.

III. THE NATURE OF LEGAL ENTITY

During the 19th century, a few theories have evolved regarding the nature of the legal entities. However we are only going to dwell upon the Fiction Theory (Fiktionstheorie) that was asserted by the Romanist legal experts, and the Reality Theory (Realitaetstheorie) that was asserted by the Germanic jurists. There were no extensive regulations regarding the legal entities in the Codes at this period. Jurists of this era, have tried to reach up to distinct conclusions about legal entity by contemplating in the frame of the legal entity theory approved by their legal environment ¹⁹. Nowadays, the concept of legal entity is regulated in the Codes in full details, and the legislators of

16 Dural/Ögüz, pp. 221.

17 Gönen, pp. 11.

18 Hatemi, pp. 37-40.

19 Akünal, pp. 13.

the present time do not abide by one theory and create solutions according to the accepted theory instead; they make regulations that satisfy their legal policies and social needs. For this reason the discussions over the theories and the importance of the related researches, diminish with each passing day.

A. FICTION THEORY

This theory was claimed by Romanists such as Savigny, Puchta and Windscheid and is also called as assumption theory or fictional personality theory²⁰. This theory is based solely on the idea that; only human beings could be in possession of rights. Accordingly; the practical needs have led the system to provide other entities aside from the human beings to obtain rights where the ownership of an asset belonging to a certain person or a group of people could not afford a satisfactory solution. Just because of this reason, the legal order has designed legal entities as artificial beings to be the answer to all the problems that came forward.

Fiction theory takes off from the view that; only real persons could be the owner of rights and could be held liable for debts. Societies composed of people or groups of assets could obtain rights through the assumption of the legislator that; these groups were presumed to be humanlike in the field of law²¹. In situations when there is a right that does not belong to a specific real person, in order to use the concept of right, the jurists need such a fiction. From this point forth, a right that does not belong to a specific person could belong to a society of real persons or a group of assets.

Fiction theory by acknowledging this presumption, reaches to some conclusions. Accordingly for the acquisition of legal entity status of the societies composed of real people or the groups of assets, the free will of the legislator is needed. The legal entity does not have an inner will and for this reason, it does not have the capacity to act. It is not possible to imagine a legal entity to obtain rights or to be held liable for the debts by it's own actions just like a real person does. Such transactions could be performed by real persons acting on behalf of that legal entity, through representation. Following the non-acceptance of the legal entity's capability to have his own transactions; it will not be possible for a legal entity to cause harm to another by it's unlawful misconduct. It will not be wrong to state that; there will be no tortious liability of legal entities according to the above-mentioned theory.

Legal entities, just like the real persons who are permanently incapable, may acquire rights and get into debts through executing their capacity to act by their representatives. None the less, the lack of it's own will and own actions, will cause the legal entity not to be accepted as liable for the tortious acts of it's representatives.

20 Gönen, pp. 15; Quintana, pp. 379.

21 Özsunay, pp. 8-9; Gönen, pp. 15; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, pp. 265.

B. REALITY THEORY

The reality theory that was asserted by a German jurist named Gierke, alleges that legal entities are alive social beings. According to this theory; groups of real persons or assets are present as real creatures in the society. Legislators do not create them, they acknowledge them²². Groups of real persons or assets are already present in the society as a social phenomenon. For this reason it is not possible to invent them; it is only possible to admit them as social entities.

The reality theory by accepting legal entity as a social and real being, also admits that, a legal entity exists without being dependent on the wills of the legislators²³. By defending the abovementioned view, it is possible for a legal entity to have a will of its own that is separate from the wills of the real persons composing it²⁴. Legal entities are different than human beings (real persons) because; they do not possess tangible assets. Because legal entities exist as social phenomena in the society, it is not appropriate to qualify them as artificial beings created as a result of a fiction. Legal entities have the capacity to act just like the real persons and they have organs not any different than human beings. A legal entity carries on its activities through its organs. Followingly the activities of real persons that compose the authorized organ of the legal entity, are also the same as the activities of the legal entity. Unlike fiction theory, the organs do not act as representatives and this brings us to the conclusion that a legal entity must be held responsible of its tortious acts.

A legal entity has the capacity to act through its organs. The transactions of the real persons having the characteristics of an organ of a legal entity, will be considered as the transactions of the legal entity. This is the same when the organ gets involved in a tortious act. The tortious act of the organ, is the tortious act of the legal entity.

The theories regarding the nature of the legal entities have affected the legislators in making regulations about all sorts of legal entities. Reflections of the reality theory can be observed in Swiss Civil Code and in Turkish Civil Code. Adopting free formation system in establishing associations in Turkish Civil Code, having the unlimited capacity to have rights and obligations just like the real persons with the exclusion of the rights which are intrinsic to human beings, performing the capacity to act through their organs and the legal entity being responsible for the tortious acts of the organs, could be named as examples of the reflections of reality theory. However it will not be the whole truth to state that the legislators attach themselves to one specific theory and make regulations concerning the principles of the legal entities accordingly²⁵. The legislators, instead of choosing one theory and setting up the Codes according to that basis, consider the needs of the society and try to arrange provisions that do not contradict the legal policy they embrace. From this viewpoint, it is possible for the principles that take place in the Codes to have traces of both theories simultaneously.

22 Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, § 15 N. 9.

23 James, pp. 219.

24 Suojanen, pp. 394; Machen Jr., pp. 258.

25 Dural/Öğüz, pp. 223.

One of the two theories that have been summarized above is not solely sufficient in finding out satisfactory solutions to all the problems arising from the regulations dealing with legal entities. It will be more accurate to clarify the legal nature of the legal entities by the principles coming from both theories. After completing the legal regulations dealing with legal entities all around the world, today the importance of the historic theories seem to diminish.

IV. TYPES OF LEGAL ENTITIES

It is possible to examine the notion of legal entity in two main divisions. First one of these divisions is; public law legal entities and the second one is private law legal entities. If hesitation exists about the identity of a legal entity, then the legal entity is doomed to belong to the public law legal entity group.

A. PUBLIC LAW LEGAL ENTITIES

Public law legal entities are entities that are entitled to use public power (force) in the fulfillment of public duties. Usage of public force is exclusive to transactions performed in public law area. Confiscation is such an example. However when a public law legal entity interacts with another personality in a private law transaction, no public force could be used. In a private law transaction, public law legal entities are in equal position with the other personalities (real persons or private law legal entities). In a lease contract where a public law legal entity is the lessor and a real person being the lessee, both parties to the agreement shall be treated equal.

Public law legal entities could be founded by an administrative transaction or by an administrative authority provided by the law. The procedures of the public law legal entities are subject to public law principles. Public law legal entities could be divided in two categories. Public administrations and public institutions. Public administrations are established in order to satisfy public service. Local administrations are public administrations founded to satisfy the mutual needs of the city, the municipality, or the village community and both the foundation principles and the decision-making bodies are regulated by the Codes and the decision-making bodies are elected by the voters.

Public institutions are institutions with legal identity, that supply public service. The organization of a public institution contain personnel and assets, which are allocated to public service. Because the public institutions are also public legal entities, they could be established by a Code or by the authority provided by a Code. Universities, Bars, Bar Associations, Notary Associations, Chamber of Commerces and etc. are examples of public institutions. With the condition of non-profit sharing goal, Universities established by the foundations which are under strict oversight and auditing of the State, are acknowledged as public legal institutions²⁶.

26 Öğüz, pp. 123; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, pp. 268; Dural/Öğüz, pp. 226.

B. PRIVATE LAW LEGAL ENTITIES

Private law legal entities are bodies established by a private law legal transaction. Which private law legal entities to be founded are determined by the regulations in the Codes. The legislator binds a legal entity founding result, to the declaration of wills intended to create the types of legal entities determined by itself. If the legislator does not acknowledge a group of real persons or assets as a legal entity, than it will not be possible to warrant them legal personality.

Unlike public law legal entities, private law legal entities do not possess the right to use public force. Although public law legal entities could be founded with an administrative transaction or an administrative authority provided by the law; the private law legal entities could be founded by a legal transaction. Because “*numerus clausus principle*” (closed number principle) is valid in the establishment of legal entities, only the sorts of legal entities predicted by the Codes could be established through legal transactions. It will not be possible to assign legal personality to groups²⁷. Private law legal entities are associations, foundations, corporations, unions and political parties.

It is possible to examine the private law legal entities in two sections: Societies of real persons and societies of assets. We could count associations, corporations, unions and political parties as members of societies of real persons. Foundations on the other hand are societies of assets. Another classification could be made according to the goals, the legal entities try to reach. The legal entities trying to reach the goal of making profit and sharing it amongst it's members are; corporations (legal entities with economic goals). We could name joint partnerships, limited partnerships, joint stock corporations, trade unions as legal entities with economic goals. Trade unions differ from corporations for their target of satisfying and maintaining the economical interests and needs of their members regarding maintenance and profession, through mutual aid, solidarity and guaranty. This differs from the profit making and sharing target of the corporations; but it still is an economic target for a legal entity.

Legal entities that do not try to reach the goal of making profit are: associations and foundations. Associations are societies of real persons that do not have the aim of sharing gain. In short, associations are groups of real persons without economic goals. Foundations are groups of assets with legal identity assigned to a distinct purpose. Unions and political parties do not have the goal of sharing gain either. Although unions try to maintain and keep the economical interests of their members, they do not try to make profit. A political party's main target is to overtake the government and because the political parties do not belong to the state organization, they do not possess the quality of public law legal entities.

V. DISREGARD OF LEGAL ENTITY THEORY

We may also call this theory: “piercing the corporate veil” or the “alter-ego doctrine”. This theory has evolved in Anglo-American legal systems and passed on to continental law habitat and it has a

²⁷ Akünal, pp.7; Hatemi, Nr. 37.

vast importance especially in company law. Even though the name of the theory contains the “legal entity” word; it’s the main application area is focused on company law²⁸. A few applications of the theory in associations and foundations could also be observed, but we would rather focus on the corporate law zone.

The theories trying to explain the nature of legal entity (the fiction theory and the reality theory), also had influence on English and American legal systems. During the periods when the notion of legal entity came to existence in England and in United States, it was acknowledged as a fictional being that was born as a result of legal difficulties²⁹.

During the era when the prevailing theory was the fiction theory, the legal entities did not have the capacity to act, and for this reason they needed representation to perform legal transactions³⁰. Following the dominance of the fiction theory came the reality theory into the stage. Common law system gradually accepted the reality theory in legal entities. The reality theory has led the jurists to reach to the conclusion that; there is a distinction in between the personalities of the legal entity and the personalities of the real persons composing that legal entity. So the legal entities and the real persons giving birth to the legal entities are different subjects of law before the eyes of judicial platform. The beforementioned distinction is called; “the veil of the legal entity”³¹.

The reality theory in Common Law did not last long. Today the current prevailing theory is still the fiction theory. Starting up with the idea that legal entities are nothing else but fictitious beings; it could easily be succeeded through the removal the veil of that legal entity and reach the real persons standing behind it. Disregard of the legal entity theory aims to examine the cases where the English and American Courts remove the veil of the concept of legal entity aside and hold the real persons behind it personally responsible³². The courts disregard the principle of distinction in between the legal entity and the real persons composing it, which is called as the “veil”, and in such rare cases, evaluate these two different subjects of law as a whole, as one legal identity.

Disregard of legal entity theory does not apply only to relations in between a legal entity and the real persons that compose it. In some cases when there are two irrelevant legal entities, the judges may choose to accept these as one legal entity instead of two. These situations are called as, “identicalness in between two different personalities”.

When the real person members of a legal entity act malevolently with the intention of getting rid of the personal liability and hide themselves beneath the veil of the legal entity; the creditors may pierce the veil and reach out to the real person members of the legal entity covering themselves beneath another mask³³.

28 Davies, pp. 102; Wormser, pp. 497.

29 Hoerber/Reitzel/Roberts/Lyden/Severance, pp. 893-894.

30 Laski, pp. 322.

31 Cary/Eisenberg, pp. 82.

32 Pickering, pp. 490.

33 Serozan, pp. 19.

Common Law System is a judge made law system and because of this reason, there are not enough written legal regulations regarding the piercing of the corporate veil theory. Judges that are actors in common law system decide to disregard the legal entity in some cases by investigating the previous relative cases. If the principle of distinction in between the legal entity and the real persons composing it, leads to the violation of the concept of legal entity, then there is enough cause to penetrate through the corporate veil of the legal entity by the competent courts³⁴.

However we should emphasize that; to qualify each time someone claims there is distinction in between the legal entity's personality and the real persons' personalities composing it as lifting the veil, and holding the real persons beneath liable without taking the legal entity into consideration first, will totally be against the idea of the acknowledgement of the legal entities by the legal order. English and American Courts mostly apply the rule of disregard of legal entity in joint stock companies with one shareholder. The main reason is the intertwining of the interests of the joint stock company and it's controlling shareholder and a second reason is the distinction principle causing a convenient situation for fraud against law³⁵. Disregarding the veil theory, could also be applied in cases where a legal entity is used as a mask in order to escape from the tax duties.

It is a common situation where real persons hide behind the independent structure of a legal entity just in order to reach to a solution prohibited by law or to get rid of a liability imposed by the legal order³⁶. The application of this theory must be realized with full accuracy and the specialities of the concrete case will be a milestone for the judge to disregard the legal entity when it is necessary.

CONCLUSION

The duration of an organization is not the sum of the lifespans of the shareholders of the mentioned company. It is a much longer period of time. Corporations are formed in order to enhance and maintain the interests of all the shareholders and all the investors who have advantage in the perpetual existence of the legal entity. This is all possible because of the fact that a legal entity is a different legal personality than all the real persons composing it. A currently valid corporation founded in the nineteenth century still has the same legal personality, but the real person shareholders who established the same corporation have changed throughout these years.

The concept of legal personality helps maintaining the interests of the shareholders and the investors to be maximized for long terms. Because the legal entities are there for a long time, the investors invest more in research, development, in local and broader communities.

The activities including social and environmental aspects of a company and its interaction with its shareholders could be defined as sustainability. It has economic, social and environmental dimensions. If a corporation has achieved sustainability over long terms, than the same legal entity is

34 Ruthven, pp. 3.

35 Fletcher, pp. 636.

36 Sağlam, pp. 153-162.

also maximizing its wealth. The companies must make sure that their wealth continues to grow, and they must adapt to the society and economy. This is the only way to achieve sustainability.

This article focuses on legal entities and especially the corporations as legal entities. The legal entities serve to strong institutions and they serve in the maximization of the wealth. In short legal entities are essential legal tools in achieving sustainability.

REFERENCES

- Akunal, T., (1995), *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*. Beta Basın Yayım, İstanbul.
- Cary, W.L./Eisenberg, M.A., (1980), *Corporations Cases and Materials*. 5th Ed., New York.
- Clark, R., (1986), *Corporate Law*, 2nd Ed., Aspen Publishers.
- Davies, B.J., (1974), *Alteration of a Company's Objects Clause and the Ultra Vires Rule*. *The Law Quarterly Review*, Vol.90.
- Dural, M./ Ögüz, T., (2018), *Türk Özel Hukuku Cilt: 2-Kişiler Hukuku*. Filiz Yayınevi, İstanbul.
- Fletcher, W.L., (1982), *Piercing the Corporate Veil: It Can Work In Reverse*. *Mercer Law Review*. Vol.33.
- Gönen, D., (2011), *Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması*. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Hager, M.M., (1989), *Bodies Politic: The Progressive History of Organizational Real Entity Theory*. 50 *U.Pitt.L.Rev.* 575.
- Hatemi, H., (2018), *Kişiler Hukuku*. On İki Levha Yayıncılık, 6. Bası, İstanbul.
- Hoeber, R.C/Reitzel, J.D/Roberts, N.J/Lyden, D.P/Severance, G.B., (1982), *Contemporary Business Law Principles and Cases*. 2nd Ed., New York.
- James, N., (1993), *Seperate Legal Personality: Legal Reality and Metaphor*. *Bond Law Review*, Volume 5, Issue 2.
- Keay, A., (2008), *Ascertaining The Corporate Objective: An Entity Maximisation and Sustainability Model*, *The Modern Law Review*, Vol. 71, Issue 5.
- Laski, H.J., (1960) *The Personality of Associations*. *Landmarks of Law Highlights of Legal Opinion*, Edited by Henson, R.D., New York.
- Machen Jr., A.W., (1911), *Corporate Personality*, 24 *Harvard Law Review*, No.4.
- Oğuzman, K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S., (2018), *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Öğüz, M. T., (2007), *Türk Hukukunda Vakıf Tüzel Kişiliğinin Hukuki Esasları*. Beşir Kitabevi.
- Özen, B., (2016), *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*. Vedat Yayınevi, İstanbul.
- Özsunay, E., (1982), *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*. İstanbul Üniversitesi Yayınları, 5th ed., İstanbul.
- Pedrazzini, M./Oberholzer, N., (1993), *Grundriss Der Personenrecht*. 4. Au., Bern.
- Pickering, M. A., (1968), *The Company As a Separate Legal Entity*. *The Modern Law Review*, Vol. 31, No. 5, Wiley Online Library.
- Quintana, A., (2015), *The Natural Person, Legal Entity or Juridical Person and Juridical Personality*. *Penn State Journal of Law and International Affairs*, Volume 4 Issue 1.
- Ruthven, E.K.B., (1969), *Lifting the Veil of Incorporation in Scotland*. *Juridical Review*, Vol.14, London.
- Sağlam, İ., (2008), *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış*. *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyum No:1*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul.
- Serozan, R., (1994), *Tüzel Kişiler-Özellikle Dernekler ve Vakıflar*. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Suojanen, W., (1954), *Accounting Theory and the Large Corporation*, *The Accounting Review*, Vol. 29, No. 3.

Tuor, P./Schnyder, B./Schmid, J./Rumo-Jungo, A., (2015), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch. 13. Aufl., Zürich.
Umur, Z., (2010), Roma Hukuku Ders Notları. Beta Kitabevi, İstanbul.
Wormser, M., (1912), Piercing The Veil of Corporate Entity. Columbia Law Review, 496, NewYork.

Çocuğun Kişisel İlişki Kurma Hakkı

Child's Right of Contact

Ahmet TÜRKMEN* 

Öz

Günümüzde boşanmaların artması, evlilik dışı çocukların dünyaya gelmesi ve diğer psiko-sosyal veya ekonomik sebeplerle ana babaları tarafından fiilen terkedilen çocukların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Kişisel ilişki kurmayı ana babanın *hakkı*, çocuğu ise hakkın *konusu* olarak gören geleneksel anlayışın terk edilmesiyle, bugün çocuk kişisel ilişki kurma hakkının *öznesi* haline gelmiştir.

Bu çalışmada çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı başta Anayasamız olmak üzere (AY m. 41/III) pozitif hukuktaki diğer yasal dayanaklarıyla birlikte ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde incelenmektedir. Bu bağlamda özellikle, kişisel ilişki yükümlüsünün kişisel ilişki kurmayı reddetmesinin çocuğun üstün yararıyla ilişkisi üzerinde yoğunlukla durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Çocuğun Üstün Yararı, Çocuk Hukuku, Çocuk Hakları, Kişisel İlişkinin İcrası

Abstract

Due to the increase in the number of divorces, birth of children out of wedlock and other psycho-social or economic reasons, it has been observed that the number of children who were abandoned by their parents grow day by day. Since the conventional approach which considered personal contact a right for parents and child as the object of a right was discarded, children have become the subjects of right of contact.

This paper analyzes child's right of contact in accordance with the legal basis, notably in Turkish Constitution (41st/III Article of the Constitution) and other provisions under current law, as part of the best interests of the child. In this context, the relation between the best interests of the child and rejection of the person who is responsible for personal contact was highlighted, exclusively.

Keywords: Right of Contact, The Best Interest of the Child, Child Law, Children Rights, Execution of Contact

GİRİŞ

Kanunî düzenlemelerin de etkisiyle geleneksel yaklaşım kişisel ilişki kurmayı ana babanın ve hatta üçüncü kişilerin bir hakkı olarak görmekte, bu ilişkilerde çocuk "*hakkın konusu*" olmaktan öteye

* Doç. Dr., Kırklareli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: ahmetturkmen@klu.edu.tr

gidememektedir. Geleneksel yaklaşımda ana babanın ve üçüncü kişilerin kişisel ilişki kurma haklarını kullanırken çocuğun bu ilişkilerdeki menfaati *çocuğun üstün yararı* ilkesi ve onun bir sonucu olan *çocuğun dinlenilme hakkıyla* dengelenmeye çalışılmaktadır. Oysa çocuk haklarında son zamanlarda yaşanan gelişmelerin sonucu olarak çağdaş yaklaşım, öncelikle kişisel ilişki kurmanın ana babanın hakkından önce bir *yükümü* olduğunu benimsemekle kalmamış, çocuğu da bu ilişkide artık hakkın konusu olmaktan çıkarıp "*hakkın öznesi*" haline getirmiştir.

Başta çocuklarla ilgili olan tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/III – Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4), karşılaştırmalı hukukta ve Türk pozitif hukukunda en üst norm olan Anayasa'da (m. 41/III) çocuğa kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan düzenlemeler yapılmıştır. Çocuğa ana babasıyla ve bazı durumlarda üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı bahşeden bu yeni yaklaşımda değişmeyen tek şey, isabetli olarak çocuk hukukunun altın ilkesi olan *çocuğun üstün yararı* ilkesi olmuştur. Pozitif hukuk düzenlemeleriyle çocuklara tanınan bu hakkın aile hukukunda aile bireylerinin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen eksik yaptırımli haklardan mı olduğu, yoksa bu hakkın çocuğa hakkını tam yaptırımli olarak dava yoluyla hayata geçirme imkânını bahşedip bahşetmediği ise bu çalışmamızda incelenmektedir.

Günümüzde boşanmaların artması, evlilik dışı çocukların dünyaya gelmesi ve diğer psiko-sosyal veya ekonomik sebeplerle ana babaları tarafından fiilen ve manen terkedilen çocukların sayısı gün geçtikçe artmaktadır. Kanunların böyle durumlar için öngördüğü yaptırımlar, özellikle ana baba çocuk arasında kopan aile bağlarının yeniden tesis edilmesinde ve çocuğun ana baba arasındaki çekişmelere alet edilmesine engel olmada çocuğa yeterli koruma sağlayamamaktadırlar. Çocuğu manen terk eden ana babasından çocuğu onların elinden almaya ve çocuğa bakım borcunu parasal olarak ödenmesi gereken iştirak nafakasına indirgeyen bu anlayış, çocuğun kişivarlığının korunması ve malî olarak çocuğun gereksinimlerini karşılamada çocuğun menfaatlerini kısmen karşılıyor olsa da çocuğun kişiliğinin gelişmesinde daha önemli olduğunu düşündüğümüz duygu dünyasının ihtiyaçlarını karşılamada ise yetersiz kalmaktadırlar. Boşanma davalarında hakimnin re'sen düzenlediği velayet kendisine bırakılmayan eşle çocuk arasındaki kişisel ilişki tesisi, uygulamada çocuğun hakkından ve ana babanın yükümünden ziyade kanunun madde üst başlığının (TMK m. 182) –*Çocuklar bakımından ana ve babanın hakları* – ve lafzının da desteklediği üzere –*Mahkeme (...) ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler (TMK m. 182/I)* – ana babanın hakları perspektifinden yürütülmektedir. Keza ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasını düzenleyen TMK m. 323 hükmü de ana babanın hakkı perspektifinden düzenlenmiştir. Kişisel ilişkiyi çocuğun hakkı ve ana babanın yükümü olduğunu göz ardı eden bu yaklaşım sonucunda, velayet kendisine bırakılmayan ana veya baba mahkeme ilâmına dayanan kişisel ilişki hakkını kullanmaya zorlanamadığı gibi, babalık davalarında genellikle –*sanırız kanunda bir düzenleme olmaması (TMK m. 301 vd.) nedeniyle*– çocukla re'sen kişisel ilişki tesisine dahi karar verilmemektedir.

Bunun dışında evlat edinme yoluyla biyolojik anne ve babalarından ayrılan veya ülkemizde yalnızca evli çiftlere ve yalnızca kendi üreme hücreleri kullanılmak suretiyle yapay ortamda dölleme yoluyla çocuk sahibi olma hakkı tanınmasına rağmen (2238 sayılı Organ Ve Doku Alınması, Saklanması,

Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Ek Madde 1) iç hukuktaki mevzuat kısıtlamaları ve tıbbî uygulama yasakları aşarak yapay dölleme yoluyla dünyaya getirilen çocuklardan bazıları ana babalarının kim olduğunu öğrenmeden ve onlarla duygusal bir bağ kurmadan hayatlarını idame ettirmek zorunda kalabilmektedirler. Gerçi pozitif hukukumuzda dayanağı olan *çocuğun kökenini öğrenme hakkı* (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7-8, evlat edinmede TMK m. 314/son) bu çocukların ana babalarının kim olduğunu öğrenmelerine olanak tanır, lâkin bu hak çocuğun ana babasını görme, tanıma, başka bir deyişle kişisel ilişki kurma hakkıyla tamamlanmadıkça kâğıt üzerinde kalan soğuk, donuk ve işlevini kısmen yerine getiren bir hak olmaktan öteye gidememektedir.

Bu çalışmada çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı pozitif hukuktaki yasal dayanaklarıyla birlikte, çocuğun bu hakkının dava yoluyla kullanılabilir ifası istenebilen tam yaptırımli bir hak niteliğinde olup olmadığı ve özellikle kişisel ilişki kurma yükümlüsünün çocukla kişisel ilişki kurmak istememesi halinde bu hakkın kullanılmasının ve icrasının mümkün olup olmadığı kanunun da öngördüğü üzere çocuğun üstün yararı ilkesi bağlamında incelenmektedir.

I. GENEL OLARAK

Türk Medenî Kanununda çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kişisel ilişki kurma hakkı yalnızca ana baba (TMK m. 323) ve olağanüstü durumlarda üçüncü kişilere (TMK m. 325) tanınmış bir hak olarak düzenlenmiştir. Ana baba ve üçüncü kişileri kişisel ilişki kurma hakkının öznesi, çocuğu ise hakkın *konusu* olarak gören bu anlayış velayeti çocuk üzerinde hak gören anlayışın bir yansıması olarak kabul edilebilir. Gerçekten de Türk Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre’de ve bu arada Almanya’da 1990’lı yılların sonlarına doğru çocuk hukuku alanında yapılan reformlar dikkate alınmaksızın 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu velayeti ve bu arada kişisel ilişki kurma hakkını ana babanın çocuk üzerinde bir hakkı olarak gören bir anlayışı benimser. Oysa karşılaştırmalı hukukta çocuk hukuku alanında yapılan reformların sonucunda gerek velayet gerekse kişisel ilişki kurmada, ana babanın hakkını geri plana atan, buna karşılık onların çocuğa karşı yükümlerini ön plana çıkaran bir yaklaşım karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda hem terminolojik olarak hem de maddî hukuk anlamında bu alanlarda çocuk odaklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bağımlılığı ve baskıcı rejimi yansıtan velayet (elterliche Gewalt) terimi yerine koruma ve bakma (elterliche Sorge) terimi tercih edilmesi bunların haktan önce bir yüküm olduğunu net bir şekilde vurgular¹. Bu yaklaşım terminolojiyle sınırlı kalmamış, maddî hukuk alanında da bu yaklaşımı benimseyen *çocuk odaklı* özel düzenlemeler yapılmıştır.

Gerçi Türk Medenî Kanununun ana-baba ve çocuk alanını düzenleyen hükümleri de halihazırda çocuk odaklı bir anlayışı benimser. Babalık karinesi (TMK m. 285), babanın çocuğu başka kimsenin

1 Genel olarak velayet teriminin eleştirisi için **Serozan**, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s. 250; **Serozan**, Rona: “Yeni Medenî Kanunun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, Eylül 2003, s. 511. Velayetin yüküm hak olduğu yönünde bkz. **Serozan**, Rona/**Baçoğlu**, Başak/**Kapancı**, Kadir Berk: “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. İlhan Ulusana’ya Armağan, Cilt 15, Sayı 2, Özel Sayı Armağan Cilt II, Temmuz 2016, s. 535.

oluruna gerek kalmadan ve asgarî olarak mahkemeye veya nüfus müdürlüğüne başvurarak adi yazılı şekilde tanıma ve (TMK m. 295/I), ana ve babanın sonradan evlenme yoluyla babayla çocuk arasında soybağı kurma imkânı (TMK m. 292), ana babanın çocuğa bakma yükümlülüğü (TMK m. 327), hatta üvey çocuklara özen ve ilgi gösterme yükümlülüğü (TMK m. 338/I), çocuğun kişivarlığının ve malvarlığının korunmasına ilişkin hükümler (TMK m. 346 vd.), evlat edinmenin mahkeme kararına bağlanması (TMK m. 305 vd.) ile velayet altında bulunmayan çocuğun vesayet altına alınmasına ilişkin hükümler (TMK m. 404) hep çocuğu koruma ve kollama odaklı bir yaklaşımın ürünüdürler; lâkin yine de çocuğu koruma, kollama ve gözetme noktasında yeterli değildirler.

Bu bağlamda Türk Medenî Kanununun kişisel ilişki kurmayı ana babanın hakkına indirgeyen yaklaşımı da çağdaş hukukun çocuk odaklı hukuk politikasıyla hiç bağdaşmamaktadır. Bu arada kanun koyucunun çocuğun üstün yararını merkeze alarak ana baba için düzenlediği kişisel ilişki kurma hakkını çocuklar yönünden düzenlememesinin kanun koyucunun ihmâlinde kaynaklanan bir bilinçsiz boşluk olduğu ve kanunun genel olarak çocuğun üstün yararını gözettiği düşünüldüğünde bu boşluğun TMK m. 1/II kapsamında çocuğun da ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı olduğu yönünde doldurulması da mümkün görülebilir. Lâkin çocuğun kişiliğini geliştirmesi ve onun yararı bakımından böylesine önem taşıyan bir konu kanun boşluğu olup olmadığı konusunda yapılacak yorum faaliyetlerinin sonucuna bırakılacak bir husus değildir; bu konuda pozitif hukuk düzenlemeleri şarttır. Nitekim Medenî Kanunumuzu iktibas ettiğimiz İsviçre’de 1.1.2000² ve bu arada Almanya’da 1.7.1998³ tarihinde yapılan çocuk hukuku reformlarında çocukla kişisel ilişki kurma konusunda çocuk odaklı önemli yasal değişiklikler yapılmıştır. İsviçre’de ana baba ve çocuğun kişisel ilişki kurma talep haklarının karşılıklı olduğu benimsenerek bunun her iki taraf için de bir hak olduğu vurgulanmıştır (ZGB Art. 273/I). Buna karşılık Almanya’da ise daha çocuk odaklı bir anlayış izlenerek, öncelikle çocuğun ana babasıyla ilişki kurma hakkına sahip olduğu, sonrasında ise ilişki kurmanın ana babanın bir yükümü olduğu düzenlenmiş, ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı en arka plana itilerek kişisel ilişki kurmanın öncelikle çocuğun hakkı ve ana babanın yükümü olduğu daha net olarak ortaya konulmuştur (§ 1684 I BGB)⁴.

Türk Medenî Kanununda ise kişisel ilişki kurma hakkı hala eski anlayışın bir ürünü olarak ana babaya bahşedilmiş bir hak olarak düzenlenmiştir (TMK m. 323-TMK m. 182). Buna karşılık

2 AS 1999 1118; BBl 1996 I 1. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu İsviçre’deki çocuk hukuku alanında yapılan reformlardan sonra, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girdiği halde bu reformlar Türk Medeni Kanununa alınmamıştır. Bunun eleştirisi için bkz. **Serozan**, Yeni, s. 503. Yazar ayrıca İsviçre dışındaki Avrupa ülkelerindeki yapılan reformlardan yararlanılmamasını da eleştirmektedir.

3 BGBl. 1997 I Nr. 84, 19.12.1997, S. 2942.

4 **Hennemann**, Heike: in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1684 BGB Rn. 1-134, 8. Auflage, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/Roland, Rixecker/Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, Beck Verlag, München 2020, § 1684 BGB Rn. 5; **Veit**, Barbara: in: Beck’sche Online Kommentar, OK BGB/Veit, 53. Edition, 1.2.2020, § 1684 BGB Rn. 1-98, Beck Online Kommentar BGB, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, Beck Verlag, München 2020, § 1684 BGB Rn. 9; **Jaeger**, Wolfgang: in Familienrecht (Scheidung, Unterhalt, Verfahren) Kommentar, 6. Auflage, Hrsg. Dieter, Heinrich, Beck Verlag, München 2015, § 1684 BGB Rn. 1; **Kemper**, Rainer: in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, § 1684 BGB Rn. 1-12, 10. Auflage, Nomos Verlag, 2019, § 1684 Rn. 1; **Horndasch**, Klaus-Peter: “Das Recht des Kindes auf Umgang”, Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 5, 2012, s. 209; **Huber**, Christian: Anm. in BVerfG: Verfassungswidrigkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Umgangspflicht, Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 5, 2008, s. 244.

doktrinde bunun bir *yüküm – hak* olduğu isabetle ifade edilmektedir⁵. Ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülüklerini düzenleyen TMK m. 322 hükmü de bunun aynı zamanda bir *yüküm* olduğunu destekler niteliktedir⁶. Lâkin ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülükleri, genel olarak uyulmaması halinde yerine getirilmesi istenemeyen eksik yaptırımli hükümlerdir⁷. Bunların ifası istenemeyen eksik yaptırımli yükümler olması aile ilişkilerinde *zorla güzellik olmaz* anlayışının bir yansıması olarak kabul edilir⁸. Dolayısıyla kişisel ilişki kurmanın bir yüküm olduğu iddiası, dava yoluyla ifası istenebilir ve icra edilebilir olmadığı sürece hep işlevsiz kalır. Oysa ana babanın (TMK m. 323 – TMK m. 182/I) ve hatta olağanüstü durumlarda üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı (TMK m. 325), dava yoluyla talep edilebilen ve yerine getirilmemesi halinde cebrî icra vasıtalarıyla desteklenmiş tam yaptırımli bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır (İİK m. 25-25a). Lâkin belirtmek gerekir ki; İcra ve İflâs Kanununun çocukla cebrî icra vasıtalarıyla kişisel ilişki kurulmasına yönelik hükümleri de maddî hukukun kişisel ilişki kurmaya yönelik hükümleriyle uyumlu olarak *çocuk perspektifinden*, başka bir deyişle kişisel ilişki kurmanın çocuğun bir hakkı ve ana babanın bir yükümü olduğu üzerinden *değil, ana babanın ve üçüncü kişilerin hakları üzerinden* dizayn edilmiştir. Ana baba ve üçüncü kişilerin hakları üzerinden dizayn edilen bu yasal düzenlemelerde çocuğun korunması, maddî hukukta çocuğun yararı (TMK m. 182/II, 325/I ve kıyasen TMK m. 323) ve bu bağlamda çocuğun dinlenilmesi (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12/I ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 6)⁹ ile çocuğun kişivarlığının zedelenmesi halinde kişisel ilişkinin kaldırılması (TMK m. 324, 325/II) ve icra hukukunda ise ilâmların icrasında uzman bir kişi bulundurulması zorunluluğuyla (İİK m. 25b) kotarılmaya çalışılmıştır. Bu düzenlemeler kişisel ilişki kurmanın ana baba ve bazı durumlarda üçüncü kişiler açısından bir yüküm ve dahası bunun çocuğun bir hakkı olması gerektiğini benimseyen çağdaş hukukun çocuk odaklı anlayışını yansıtmaktan oldukça uzaktır.

- 5 **Öztaş**, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1025; **Erlüle**, Fulya: “Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, 2010, s. 182; **Yılmaz**, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl 35, Sayı 1, 2015, s. 106; **Serdar**, İlknur: “Kişisel İlişki Kurma Hakkı”, Prof. Dr. Ünal Narmanhoğlu’na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 742-743; **Büchler**, Andrea: in FamKommentar, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, ZGB Art. 273, 3. Auflage, Hrsg. Schwenger, Ingeborg/Fankhauser, Roland, Stämpfli Verlag, 2017, ZGB Art. 273 Rn. 8; **Yüksel**, Sera Reyhani: “Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1542.
- 6 BBl 1996 I 158; **Schwenger**, Ingeborg: in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, ZGB Art. 273 Rn. 4; **Erlüle**, s. 182.
- 7 **Dural**, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, s. 342-343; **Serozan/Başoğlu/Kapanıcı**, s. 534; **Schwenger**, ZGB Art. 273 Rn. 4.
- 8 **Serozan/Başoğlu/Kapanıcı**, s. 532-533.
- 9 İlginçtir bizde boşanma davasında ana babanın çocukla kişisel ilişki tesisinde hakimin olanak bulundukça ana babayı dinledikten sonra karar vereceği düzenlenirken (TMK m. 182/I) çocuğun dinlenilmesinden hiç söz edilmemiştir. Ana babanın (TMK m. 323) ve üçüncü kişilerin (TMK m. 325) çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin düzenlemelerde de çocuğun dinlenmesine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Uygulamada çocuğun kendisini ilgilendiren konularda, – *başta velayet ve kişisel ilişki olmak üzere* – dinlenmesi iç hukukumuzun parçası haline gelen uluslararası sözleşme hükümleri (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12/I ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 6) çerçevesinde mümkün olabilmektedir.

II. POZİTİF HUKUKUMUZDA ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ HUKUKSAL DAYANAKLARI

Pozitif hukukumuzda çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkının *konusu değil öznesi olduğu* ve bunun ana baba için *haktan önce bir yüküm* olduğuna ilişkin düzenlemelere tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde rastlanır¹⁰. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmeye göre¹¹ ana babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuk kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça ana babasıyla düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına sahiptir (m. 9/III). Bu Sözleşmeye nazaran özel ve sonraki kanun niteliğinde olan Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesine göre de¹² “*bir çocuk ile ana babası birbiriyle düzenli şekilde kişisel ilişkiyi elde etmek ve sürdürmek hakkına sahiptir*” (m. 4/I). AY m. 90/V uyarınca usûlüne göre yürürlüğe konulmuş sözleşmelerin çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin bu hükümleri iç hukukta doğrudan uygulanabilir zorunlu hükümlerdendir¹³. Kanun gücünde olan her iki uluslararası sözleşme hükmü de çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının yasal dayanaklarını oluştururlar. Doktrinde de bu uluslararası sözleşmelere istinaden çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının öznesi olduğu tartışmasız olarak kabul edilmektedir¹⁴.

Bunlardan başka ve daha önemlisi, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının *konusu değil ve fakat hakkın sahibi olduğu* 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 4. maddesiyle¹⁵ Anayasa eklenen m. 41/III hükmü ile üstelik de normlar hiyerarşisi basamağının en üstünde yer alan normla tescillenmiştir. Alışılmışın dışında olarak Anayasada düzenlenen bu *özel hükümle her çocuk, yüksek yararına aykırı olmadıkça ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip* kılınarak (AY m. 41/III), çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının sahibi olduğu net biçimde vurgulanmıştır. Bu Anayasa değişikliğinin akabinde Türk Medenî Kanununun kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hükümlerinde ise henüz bir düzenleme yapılmamıştır. Lâkin Anayasanın bağlayıcılığı ve üstünlüğü ilkesi çerçevesinde bir Anayasa normunun yatay ilişkileri düzenleyen özel hukuk alanında uygulanabilmesi için kanunî düzenlemenin yapılmasını beklemek şart değildir¹⁶. Anayasal normun yatay ilişkilerde (*çocuk –*

10 Ne var ki bizde genellikle AY m. 90/V uyarınca usûlüne uygun olarak yürürlüğe konulmuş uluslararası sözleşme hükümlerinin *kanun gücünde* olduğu, bunların doğrudan uygulanabilir hükümlerinin pozitif hukukumuzdaki bir kanun hükmüyle çatışması halinde (son zamanlarda ortak velayet konusunda olduğu gibi) dikkate alınmaktadır.

11 RG T. 27.1.1995, S. 22184.

12 RG T. 17.11.2011, S. 28115.

13 **Erlüle**, s. 184; **Serdar**, s. 746-747.

14 **Erlüle**, s. 184; **Yılmaz**, s. 104-105; **Serdar**, s. 756-757; **Güven**, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 22-23; **Vetterli**, Rolf: “Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern”, Die Praxis des Familienrechts, S. 23, Hrsg. Schwenzer, Ingeborg/Büchler, Andrea/Cottier, Michelle, Stämpfli Verlag, 2009, s. 23; **Yüksel**, s. 1544.

15 RG T. 13.5.2010, S. 27580.

16 Özel hukuka ilişkin kanunlarda bir düzenleme olmaması halinde doğrudan doğruya Anayasa normunun uygulanabileceği konusunda aynı yönde bkz. **Kaneti**, Selim: “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasasının Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 53, Sayı 1-4, 1990, s. 210-211; **Tanör**, Bülent: Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, May Yayınları, İstanbul 1978, s. 231; **Atar**, Yavuz: “Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 1989, s. 197. Ayrıca bkz. AYM E. 1976/13, K. 1976/31, T. 3.6.1976, RG T. 24.9.1976, S. 15717,

ana baba) doğrudan doğruya uygulanabilir olmasının hukukî sonucu, bir yasama işlemine gerek kalmaksızın kişiler arasında hak ve yükümlülük doğurmasıdır¹⁷. Konusu (kişisel ilişki kurma), öznesi (çocuk), yükümlüsü (ana baba) ve hatta koşulu (çocuğun yüksek yararı) açıkça Anayasada yer alan bu hüküm doğrudan uygulanabilir niteliktedir¹⁸.

Sonuç olarak başta Anayasa olmak üzere, tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler bugün artık çocuğun ana babasıyla kişisel kurma hakkını açık bir şekilde düzenlemekte ve kişisel ilişki kurmanın ana babanın hakkından önce bir yükümü sayılması gerektiği gerçeğine vurgu yapmaktadır. Esasında çocuğa kişisel ilişki kurma ve sürdürme hakkı tanınmasının bir diğer önemli pratik sonucu da ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma taleplerine karşı çocuğa kişisel ilişkiyi reddetme, sürdürmeme hakkını vermesidir. Üstelik –*görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip* – çocuk, mahkemenin ana babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair vereceği uyuşmazlıkta kişisel ilişkiyi reddetme hakkını kullanabileceği gibi, bu hakkını önceden ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasına ilişkin bir ilâm olsa bile ilâmın icra aşaması da dahil olmak üzere her zaman kişisel ilişkiyi başlatmama veya başlamış olan kişisel ilişkiyi sürdürmeme yönünde de kullanabilecektir. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına yönelik bundan sonraki açıklamalarımız kanunların da belirttiği üzere bu yaklaşım çerçevesinde yapılacaktır.

Çocuğun *ana babası dışında üçüncü kişilerle* kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin olarak ise ne tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde¹⁹ ne de Türk Medenî Kanununda bir hüküm vardır. Bu hususta bir *kanun boşluğunun* mu olduğu yoksa *menfi bir çözüm* tarzının mı benimsendiği konusuna aşağıda ayrıntılı olarak değinilecektir²⁰.

III. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ HUKUKÎ NİTELİĞİ

Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, bu hakkı yönelteceği kişiyle arasındaki soybağı ilişkisine bağlı olmadığı gibi, onlarla arasında bir velayet ilişkisi bulunup bulunmamasından da bağımsız, doğrudan

s. 4. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, 1982 Anayasasının 39. maddesine tekabül eden 1961 Anayasasının ispat hakkını düzenleyen 34. maddesi hakkında “*Anayasada sadece özü belirlenmiş temel hukuk kurallarına değil, kimi konuları ayrıntıları ile doğrudan doğruya düzenleyen hükümlere de yer verilmiştir*” şeklinde bir açıklamada bulunarak Anayasada kimi zaman kanunlarda yer almayan veya kanunlardan daha özel hükümlerin yer alabileceğine ve bunların doğrudan uygulanabileceğine işaret etmektedir.

17 **Tanör**, s. 231; **Atar**, s. 197.

18 Konuyu sosyal haklar yönünden inceleyen **Tanör**'e göre bir Anayasa kuralının yasama kararı olmadan uygulanabilmesi için anayasal düzenleme kaypak ve hukukî değeri kuşku yaratan pragmatik deyimlerle ya da devlete yetki veren, ona ödev yükleyen ya da yön çizen ifadelerle değil (Anayasanın ailenin korunmasına dair m. 41/II hükmü gibi), hak verdirici düzenlemelerle yapılmış olmalı, söz konusu hakkın yükümlüsünün kim olduğu ve bu yükümlülüğün kapsamı ve sınırları açıkça belli olmalı, bu hak yapısı ve niteliği itibarıyla kendiliğinden uygulanabilir bir niteliğe sahip olmalı, gerçekleşebilmek için devlet organlarından herhangi birinin desteğine ihtiyaç duymamalıdır (s. 233). Bu niteliklere sahip Anayasal haklar, yürütme başta olmak üzere bütün devlet organlarını bağlar ve yargı organlarına da bu hakların güvence altına alınmasını sağlama yükümlülüğü yükler (**Atar**, s. 198).

19 Tarafı olduğumuz Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde çocuğun yüksek yararına bağlı olarak, çocukla, ana ve babası dışındaki aile bağları bulunan şahıslar arasında kişisel ilişki kurulabileceği düzenlenmektedir (m. 5/I). Ancak bu hüküm lafzının da desteklediği üzere tavsiye niteliğindedir, doğrudan ve zorunlu olarak uygulanma kabiliyeti yoktur. Aynı yönde bkz. **Güven**, s. 15.

20 Bkz. aşa. IV B 2 b.

doğruya onun kişi varlığına ilişkin değerlendirdir²¹. Bu hakkın kullanılması doğrudan doğruya çocuğun duygu dünyasıyla ilgili bir mesele olduğundan bu hak mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir²². Bu nedenle bu hakkı kullanmaya karar verme yetkisi münhasıran çocuğa aittir. Hakkın kişiye sıkı sıkıya bağlı olmasının sonucu olarak bu hak başkasına devredilip mirasçılara geçmeyeceği gibi, önceden feragat edilmeye de elverişli değildir²³. Ayrıca bu hak iradî temsilci veya yasal temsilci tarafından *kendi adlarına* kullanılamaz; hakkı kullanıp kullanmamaya karar verme yetkisi münhasıran kişiye sıkı sıkıya bağlı olan hak sahibine aittir. Ayırt etme gücüne sahip olmayan *çocuklar adına* bu hakkın yasal temsilcileri veya gerekirse bir kayyım tarafından kullanılması imkânı ise saklıdır²⁴. Çocuğun bu hakkı kullanması niteliği gereği herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir²⁵, lâkin 18 yaşın doldurulmasıyla hak sona erer²⁶.

Doktrinde ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı, ana-baba açısından bir *yüküm – hak* olarak kabul edilmesine rağmen, ana babanın bu haklarını dava yoluyla ileri sürüp gerekirse cebri icra vasıtalarıyla yerine getirilmesini isteyebileceği kabul edilirken, yani tam yaptırımlı bir hak olduğu benimsenirken, işin yükümü tarafı ise kanunda açık bir düzenleme olmadığından ancak TMK m. 322 kapsamında eksik yaptırımlı bir düzen hükmü seviyesinde görülmektedir²⁷. Bunun pratikteki sonucu şudur; ana baba kişisel ilişki kurma hakkını dava yoluyla kullanabilir, ilâmın gereği yerine getirilmezse cebri icra yoluna başvurabilir; lâkin ana baba bu yükümünü yerine getirmemezse onları kişisel ilişki kurmaya zorlayacak bir mekanizma, daha doğrusu yaptırım yoktur. Üstelik bu konuda kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir ilâm bulunması da (TMK m. 182/I, 323, 325) sonucu değiştirmez. Bu konuda ana babanın yegâne yükümü, diğer tarafın çocuğu teslim etmemek suretiyle kişisel ilişki kurulmasına mani olmama (İİK m. 25a)²⁸ ve diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelememe (TMK m. 324, 325/II) yükümüne indirgenir. Bu sonuç çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının öznesi olmadığını, bilakis yalnızca konusu olabileceğini ve ana babanın kişisel ilişki kurmakla yükümlü tutulamayacağını yansıtan, kişisel ilişki kurmanın yalnızca ana babanın ve hatta üçüncü kişilerin bir hakkı olduğunun benimsenen yaklaşımın kanunlardaki izdüşümü olarak görülebilir.

Oysa pozitif hukukumuzda çocuğun hakkın konusu olmaktan çıkarılıp hakkın öznesi olduğunu vurgulayan yeni düzenlemeler (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/III, Çocuklarla Kişisel

21 **Schwenzer**, ZGB Art 273 Rn. 3; **Budzikiewicz**, Christine: in Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, § 1684-1685 BGB, Hrsg. Stürner, Wolf, 17. Auflage, Beck Verlag, München 2018, § 1684-1685 BGB Rn. 1.

22 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 5; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 7; **Veit**, § 1684 BGB Rn. 75; **Horndasch**, s. 209; **Budzikiewicz** § 1684-1685 BGB Rn. 1; BGH, Beschluss vom 14. 5. 2008 – XII ZB 225/06 (OLG Nürnberg), NJW 2008, 2586; BVerfG, NJW 2008, 1287; **Schwenzer**, ZGB Art. 273 Rn. 3; **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 7.

23 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 1; **Schwenzer**, ZGB Art. 273 Rn. 3; **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 7; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 7.

24 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. IV B 1 a.

25 **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 7.

26 Çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrası bakımından aynı yönde bkz. **Özbay**, İbrahim: “Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlâmların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 2, Ankara 2017, s. 50.

27 **Öztaş**, çocuk ile ana baba arasında dava veya diğer zorlayıcı vasıtalarla kişisel ilişki kurmanın yaratacağı zorluk nedeniyle kanun koyucunun bilinçli olarak çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını düzenlemediğine işaret etmektedir (s. 1026). Karş. **Erlüle**, s. 182-183; **Güven**, s. 12-13.

28 **Vetterli**, s. 34-35.

İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/I, AY m. 41/III) artık çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının ve bu hakkın yerine getirilmesinin farklı şekilde yorumlanmasını gerektirmektedir. Artık çocuk tıpkı ana baba (TMK m. 323) ve hatta üçüncü kişilere (TMK m. 325/I) tanınan kişisel ilişki kurma hakkında olduğu gibi, doğrudan doğruya kişisel ilişki kurma hakkının öznesi olarak bu hakkını dava yoluyla kullanabilecek, bir işin yapılmasına yönelik eda hükmüne rağmen hakkın gereği yerine getirilmediğinde de cebri icra vasıtalarıyla hakkın icrasını sağlayabilecektir. Başka bir deyişle çocuk artık hakkın konusu olarak ortada çekiştirilen bir varlık olmaktan çıkıp, bizatihi kişisel ilişki kurma hakkının sahibi olarak son sözü söyleme imkânına sahip olabilecektir. Üstelik çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının sahibi kılınmasıyla birlikte, ana baba için çocukla kişisel ilişki kurma tam yaptırımli bir yüküm niteliğine bürünürken, çocuk için ise kişisel ilişki kurma yalnızca bir hak olarak görülecektir²⁹. Bunun pratikteki sonucu, – *görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip* – çocuk, ana babanın kişisel ilişki kurma taleplerini reddederek kişisel ilişki kurmama hakkını kullanabilecektir³⁰. Haklı bir sebep olmaksızın kişisel ilişki kurmayı reddeden çocuk hakkında kişisel ilişkiye zorlama şeklinde bir yaptırım değil, yalnızca genel hükümlere göre söz konusu olabilecek yaptırımlar söz konusu olabilecektir. Çocuğun ana babasına veya üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği kişisel ilişki kurma hakkının yegâne maddî koşulu ise kanunların da öngördüğü üzere onun *üstün yararı* olacaktır. Lâkin itiraf etmek gerekir ki; pozitif hukukumuzdaki yeni düzenlemeler kapsamında çocuk her ne kadar bu hakkını dava yoluyla kullanma imkânına sahip olmuş olsa da, ana babanın rızası hilafına dava yoluyla kurulacak bir kişisel ilişki tesisinin çocuğun yararına olup olmayacağı³¹ veya bu hakkın icrasıyla ilgili çocuğu koruyucu özel düzenlemelerin eksikliği nedeniyle genel hükümler yoluyla hakkın icrasının ne kadar amaca hizmet edeceği ise³² şüphelidir.

Nitekim Türk Medenî Kanunumuzun mehzârı olan İsviçre Medenî Kanununda çocuk ile ana babanın karşılıklı olarak kişisel ilişki kurma talep hakkına sahip olduğu düzenlenmişse de (ZGB Art. 273 I) bunun çocuk bakımından ana babanın rızası hilafına dava yoluyla kullanılamayan bir hak olduğu kabul edilmektedir³³. İsviçre kanun koyucusu ana babanın veya koruyucu ailenin çocukla kişisel ilişki kurmaktan kaçınması halinde Çocuk Koruma Dairesinin, bu durumun çocuğu olumsuz etkilemesi durumunda kişisel ilişkiyi yerine getirmeyen kişiyi uyaracağı veya gerekirse onlara emir verebileceği şeklinde bir düzenleme yapmayı tercih etmiştir (ZGB Art. 273 II). Bu bağlamda İsviçre hukukunda ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma yükümü ifası istenemeyen ahlâkî bir yüküm derecesine indirgenmiştir³⁴. İsviçre’de çocuk hukuku alanında yapılan reformlarda bu konu özellikle tartışılmış, karşılaştırmalı hukukta çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını dava yoluyla ana babasına karşı ileri sürebileceğine ilişkin düzenlemeler tatminkâr bulunmamış, ana babanın rızası hilafına kişisel ilişki tesisinin kurumun amacına ve çocuğun üstün yararına hizmet etmeyeceği vurgulanmış ve bu konuda

29 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 1; **Serdar**, s. 743; **Güven**, s. 12.

30 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn.7. İsviçre hukukunda **Büchler** ise çocuğun rızası hilafına ana babanın onu kişisel ilişkiye zorlayabileceğini iddia etmektedir. Aynı yazar, – *sanırız ki pozitif hukuktaki düzenlemenin sonucu olarak* – ana babanın rızası hilafına çocuğun onları kişisel ilişkiye zorlayamayacağını ifade etmektedir (ZGB Art. 273 Rn. 9).

31 Bkz. aşa. IV A 2.

32 Bkz. aşa. V A.

33 **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 9; **Vetterli**, s. 34-35.

34 **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 9.

Çocuk Koruma Dairesinin çocuğun bu durumdan olumsuz etkilenmesi halinde yükümünü yerine getirmeyen ana babaya karşı uyarıda bulunması ve gerekirse emir vermesi şeklinde bir düzenleme yapılması uygun görülmüştür³⁵. Bu konuda yükümünü yerine getirmeyen ebeveynin ödeyeceği nafaka miktarının artırılmasına ilişkin görüşler de, ana babanın nafaka yükümünün artırılması baskısı altında kuracağı bir kişisel ilişkinin çocuğun yararına hizmet etmeyeceği gerekçesiyle kabul görmemiştir³⁶.

Buna karşılık Almanya'da çocuğu kişisel ilişki kurma hakkının sahibi, ana babayı da kişisel ilişki kurma yükümlüsü olarak düzenleyen § 1684 I BGB hükmünün çocuğa, kişisel ilişki kurma hakkını dava yoluyla ileri sürmesine ve sonrasında da hakkın yerine getirilmemesi halinde cebri icra vasıtalarını kullanmaya imkân tanıyan tam yaptırımli bir hak sağladığı kabul edilmektedir³⁷. Alman hukukunda çocuğun ana babasının rızası hilafına kişisel ilişki kurma hakkının sınırını ise çocuğun üstün yararı çizmektedir. Böyle bir durumda çocuğun üstün yararının söz konusu olup olmadığı ise tartışmalıdır³⁸.

IV. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ KULLANILMASI

A. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKININ SINIRI OLARAK ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ

I. Genel Olarak

Çocuğun üstün yararı ilkesi bizde Alman BGB'de (§ 1697a) olduğu gibi özel bir hükümlerle düzenlenmemekle birlikte, kişisel ilişki kurulması da dahil olmak üzere başta Anayasanın 41. maddesi (m. 41/III) ve Türk Medenî Kanununun ana baba ve çocuk (TMK m. 182/II) ile üçüncü kişilerle aralarındaki ilişkilerin düzenlenmesine ilişkin hükümler (TMK m. 325)³⁹ ile tarafı olduğumuz

35 BBl 1996 I 158-159. Bu düzenlemeyle birlikte ana baba için çocukla kişisel ilişki kurma bir yüküm olmaktan çıkarılmakta, Çocuk Koruma Dairesinin uyarısı yalnızca bir tavsiye niteliği taşımakta ve emri yerine getirmeme ise İsviçre Ceza Kanununun 292. maddesi uyarınca resmî makamların emrine aykırılık içeren bir cünha/kabahat derecesine indirgenmektedir (Büchler, ZGB Art. 273 Rn. 41). Burada da ölçülülük ilkesi gereği Çocuk Koruma Dairesi tarafından öncelikle uyarıda bulunulmalı, bundan sonuç alınamıyorsa emir verme yoluna gidilmelidir. Buna rağmen yüküm yerine getirilmiyorsa son çare olarak ise ZGB Art. 274 II uyarınca kişisel ilişkinin kaldırılması yoluna başvurulabileceği kabul edilmektedir (Schwenzer, ZGB Art. 273 Rn. 23).

36 BBl 1996 I 159.

37 Hennemann, § 1684 BGB Rn. 5; Veit, § 1684 BGB Rn. 9; Jaeger, § 1684 BGB Rn. 1; Horndasch, s. 208 vd.; BVerfG, NJW 2008, 1287.

38 Bkz. aşa. IV A 2.

39 İlginçtir ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen TMK m. 323 hükmünde çocuğun yararından söz edilmemiştir. Kanunun lafzı bu anlamda ana babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasını onların bir yükümü değil, hakkı olarak düzenlediği sonucunu çıkarmaya uygun gibi görünüyorsa da buradaki bilinçsiz boşluğun ana babanın boşanmada çocukla kişisel ilişki kurulmasında onların yararının gözetilmesi gerektiğini düzenleyen TMK m. 182/II ve üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurmasında çocuğun menfaatinin göz önünde bulundurulmasını düzenleyen TMK m. 325/I hükmüne kıyasen ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmasında da çocuğun yararının gözetilmesi suretiyle doldurulması mümkündür. Ayrıca kanun gücünde olan uluslararası sözleşmenin (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/III) çocukla kişisel ilişki kurulmasında çocuğun üstün yararının gözetileceğine ilişkin hükümleri boşluk doldurma yoluna gitmeye de gerek bırakmazlar. Karş. Erlüle, s. 186-187; Serdar, s. 745; Özbay, s. 37.

uluslararası sözleşmelerde (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. m. 3/I, m. 9/III, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4 vd.) bu ilkeye sürekli vurgu yapılmaktadır⁴⁰.

Çocuğun üstün yararı her somut olayda değişkenlik gösterebilen, lâkin çocuğu ilgilendiren ve çocukla ilgili alınacak her türlü kararda başat bir ilke olarak dikkate alınması gereken ve genel olarak çocuğun fiziksel, ruhsal, sosyal, ekonomik, kültürel, eğitim, sağlık ve ahlâki açıdan her türlü baskı ve etkiden uzak sağlıklı bir birey olarak gelişmesine ve yetişmesine hizmet eden bir ilke olarak kabul edilmektedir⁴¹. Bu anlamda çocuğun üstün yararı aslında bir hak değil, çocuğun haklarının hayata geçirilmesi yönünde başvurulması zorunlu olan bir kılavuz niteliği taşımaktadır⁴².

Çocuğun üstün yararı esasında sosyal devlet (AY m. 2) ve aile hukukunda zayıfların korunması ilkelerinin bir sonucu olarak Anayasanın kişiliği koruma ve geliştirmeye ilişkin hükümlerinin de (AY m. 17/I) esaslı bir tamamlayıcısıdır. Çocuğun yüksek yararı bu anlamda yalnızca kişisel ilişkinin kurulmasında değil, ilişkinin içeriğinin belirlenmesinde, gerekiyorsa sonradan ilişkinin değiştirilmesinde ve kaldırılmasında da hep dikkate alınması gereken önemli bir rol oynar. Çocuğun üstün yararı ilkesi aynı zamanda çocukla ilgili bir konuda ve bu arada kişisel ilişki kurulmasında ana-baba veya üçüncü kişilerin yararı ile çocuğun yararının *çatışması* halinde *çocuğun yararına üstünlük tanınmasını* da gerektirir⁴³.

Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının sınırını tıpkı ana babanın ve üçüncü kişilerin kişisel ilişki kurma hakkında da olduğu gibi çocuğun üstün yararı çizer. Bunun anlamı şudur: Kişisel ilişki kurma hakkını kullanmak isteyen çocuğun bu kişisel ilişkinin onun yararına olup olmayacağı hususunda sadece kişisel ilişki yükümlülerine karşı değil, bizatihi *kendisine karşı da korunması* gereklidir. Başka bir deyişle çocuk bu hakkı yalnızca kendi üstün yararına hizmet ettiği ölçüde kullanabilir. Görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip ve daha da ötesinde ayırt etme gücüne sahip çocuğun yükümlü kişilerle kişisel ilişki kurmaya yönelik iradesi sonucunda kurulacak kişisel ilişkinin kural olarak onun yararına hizmet ettiği söylenebilirse de her somut olayda kişisel ilişki kurulmasında çocuğun yararı olup olmadığı dikkatle ve titizlikle incelenmelidir. Özellikle kişisel ilişki kurma talebinin çocuktan gelmesi halinde, onun bir yetişkine nazaran ve bir yetişkinle kişisel ilişki kurulmasının sonuçlarını idrak edecek durumda olmaması nedeniyle çocuğun üstün yararının tespiti konusunda hassasiyetin ölçüsü en üst düzeye çıkarılmalıdır. Çocuğun kişisel ilişki kurma istemine rağmen kişisel ilişki kurulması onun yararına değilse, istemi kabul edilmemelidir.

Çocuğun üstün yararı her somut olayda hakim tarafından ayrıca incelenmesi gerekmele birlikte ana babanın ve üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkının sınırlandırılması ve kaldırılması

40 Tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde de öngörülen çocuğun üstün yararı ilkesi bizde de Alman § 1697a BGB hükmünde olduğu gibi genel bir kuralla kabul edilseydi, kanunun değişik maddelerinde dağınık biçimde bulunan bu ilkenin çocuğu koruyucu işlevinden faydalanmak için kimi zaman zorlama yorumlar yapma yoluna gidilmesi de gerekmezdi. Nitekim bu ilkenin bazı durumlarda yeterince gözetilmediği yönünde bkz. **Serozan**, Yeni, s. 515.

41 Karş. **Serozan**, Çocuk, s. 65 vd.; **Erlüle**, s. 187; **Grassinger**, Elçin Gülçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 824 vd.; **Serdar**, s. 745; **Güven**, s. 24 vd.

42 **Serozan**, Çocuk, s. 66.

43 **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 344; **Serozan**, Çocuk, s. 241; **Schwenzer**, ZGB Art. 273 Rn. 10; **Yılmaz**, s. 111; **Güven**, s. 25.

(TMK m. 324, 325/II), çocuğun kişivarılığının korunması kapsamında ana babadan alınarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirilmesi (TMK m. 347/I) ve ana babadan velayetin kaldırılmasına (TMK m. 348) ilişkin sebeplerin varlığı halinde kural olarak çocuğun kişisel ilişki kurmada üstün bir yararı olmadığı kabul edilebilir. Ancak somut olayın özellikleri aksini de haklı gösterebilir. Lâkin dikkat edilirse bu sınırlamalardaki sebeplerin çoğu, ana babanın aile hukukundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinden kaynaklanan sınırlamalardır ve kural olarak çocuğun yararına hizmet ederler. Ancak çocuğun kişisel ilişki kurmada yararı olduğu müddetçe, bu sınırlamalardan bağımsız olarak aile hukukundan doğan görevlerini yerine getirmeyen ana babasına karşı kişisel ilişki kurma hakkını yöneltebilmesi gerekir⁴⁴. Hatta bazı durumlarda böyle bir kişisel ilişki tesisi, hiç kurulmamış veya kurulup sonradan bozulmuş aile bağlarının da yeniden tesis edilmesini sağlayıcı bir işlevi de yerine getirebilir.

Ana babanın kusuru olmaksızın kendilerinden velayetin kaldırılması (TMK m. 348/I b. 1) veya çocuğun bir kuruma veya aile yanına yerleştirilmesi (TMK m. 347/II) durumunda onun üstün yararı bağlamında çocuğun kişisel ilişki kurma yoluna başvurmasına bir engel olmasa gerekir. Ana babanın kendi kusurlu davranışlarıyla kişisel ilişkinin kaldırılması, velayetin kaldırılması veya çocuğun yerleştirilmesine sebep olduğu durumlarda bile *çocuğun üstün yararı olduğu müddetçe* onlara kişisel ilişki kurma hakkı tanınmalıdır⁴⁵. Aynı şekilde 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gereğince aleyhine tedbir verilen kişiyle çocuk (m. 5/III) ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu gereğince (m. /VII) korunma ihtiyacı içinde olan çocuk ile ana babası arasında da çocuğun üstün yararı varsa kişisel ilişki kurulabilir⁴⁶. Lâkin böyle durumlarda hem kişisel ilişkinin içeriği çocuğun yararına olacak şekilde titizlikle belirlenmeli hem de gerekirse kişisel ilişkinin bir uzman gözetiminde yapılmasına karar verilebilmelidir⁴⁷.

2. Yükümlünün Kişisel İlişki Kurmak İstememesinin Çocuğun Üstün Yararına Etkisi

Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, onun kişisel ilişki kurmaktan kaçınma hakkını da içerir. Nitekim doktrinde ayırt etme gücüne sahip çocukların tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde öngörülen dinlenilme hakkıyla uyumlu olarak (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12/I, Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 6) rızaları hilafına ana babasıyla kişisel ilişki kurmaya zorlanamayacağı yine çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde kabul edilmektedir⁴⁸. Keza ayırt etme gücüne sahip olmayan ve fakat görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocukların da kişisel ilişki kurmaktan kaçınmaya yönelik beyanları kişisel ilişki tesisinde kural olarak belirleyicidir⁴⁹. Ancak

44 Karş. **Horndasch**, s. 210.

45 Ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı bakımından aynı yönde bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 343; **Yılmaz**, s. 109; **Güven**, s. 39-40; Yargıtay 2. HD., E. 2011/2727, K. 2012/204, T. 16.1.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi 27.5.2020).

46 **Güven**, s. 60 vd.

47 Karş. **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 55; **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 20.

48 **Erlüle**, s. 189-190.

49 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 55; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 344; **Erlüle**, s. 190; **Horndasch**, s. 210. Yalnız böyle bir ihtimalde çocuğun ana babasının etkisinde kalmadan özgür iradesiyle bu yönde görüş belirttiğinden emin olunmalıdır.

böyle bir durumda çocuğun subjektif iradesinin onun yararına hizmet etmediğinin anlaşılması halinde, çocuğun üstün yararı ilkesi onun subjektif iradesinin yerine geçerek çocuk yararına karar alınmasını gerekli kılar⁵⁰. Ayırt etme gücüne veya görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocukların kişisel ilişki kurmak istememe yönündeki iradeleri, yalnızca kişisel ilişkiye karar verilirken değil, elinde lehine kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilâm bulunan kişinin bu hakkı icra yoluyla yerine getirmesinde de dikkate alınmalı ve ilâmın zorla icrası yoluna gidilememelidir⁵¹. Özetle, çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesi halinde kural olarak onun üstün bir yararından da söz edilemeyeceği için bu durum kişisel ilişkinin her aşamasında dikkate alınmalı, ana babanın veya üçüncü kişilerin kişisel ilişki kurma hakları da çocuğun üstün yararına uygun olarak çocuğun kişisel ilişki kurmama hakkı karşısında geri çekilmelidir⁵².

Çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesi halinde imdada yetişip onun kişisel ilişki kurmaktan kaçınmasını sağlayan çocuğun üstün yararı ilkesi, acaba tam tersi bir durumda, çalışma konumuz olan çocuğun kişisel ilişki kurmak istemesi ve fakat kişisel ilişki yükümlüsünün bunu reddetmesi halinde nasıl yorumlanmalıdır? Dahası acaba böyle bir durumda çocuğun üstün yararından söz edilebilecek midir? Çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesiyle ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkının ve bu arada onların kişilik hakkının geri plana atılmasına sebep olan çocuğun üstün

Bu nedenle hakim çocuğun gerçek iradesini tespit edebilmek amacıyla uzmanlardan yardım almalıdır (Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2013, s. 193; Güven, s. 37).

50 Elçin Grassinger, s. 828-829; Hennemann, § 1684 BGB Rn. 55; Büchler, ZGB Art. 273 Rn. 34.

51 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 344; Serozan, Çocuk, s. 240; Özbay, s. 70; Yılmaz, s. 114, 135; Serdar, s. 771; Veit, § 1684 BGB Rn. 93; Güven, s. 156-158; Hennemann, § 1684 BGB Rn. 55; Gottschalk, Yvonne: "Boykottierter Umgang – Zwangsweise Durchsetzung von Umgangsregelungen und Grenzen staatlicher Interventionsmöglichkeiten", Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 7-8, 2007, s. 308; Vetterli, s. 34; Mavi, Ömer: "İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcra Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 276-277. Yalnızca ayırt etme gücüne sahip çocuklar bakımından aynı yönde bkz. Büchler, ZGB Art. 273 Rn. 35. Yargıtay ise aksi yönde verdiği ve anladığımız kadarıyla çocuğu kişisel ilişki kurma hakkının konusu olarak gördüğü bir kararında infazın çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkileyeceğine yönelik uzman beyanına itibar edilerek çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın yerine getirilmemesini hukuka aykırı bulmuştur (Yargıtay 12. HD., E. 2009/4318, K. 2009/12326, T. 9.6.2009 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi 27.5.2020). Doktrinde Güven, bu konuda bir kanun boşluğu olduğunu kabul ederek bunun 5717 sayılı Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukukî Yön ve Kapsamına Dair Kanunda yer alan ilâmın yerine getirilmesinin, çocuğun fiziksel ve duygusal yönden gelişimini ağır bir tehlike altında bırakacağından uzman tarafından tespit edilmesi durumunda, icra müdürü tarafından, talep üzerine veya re'sen söz konusu tehlike ortadan kalkıncaya kadar icranın erteleneneğine ilişkin hükmün (5717 sayılı Kanun m. 22) kıyasen uygulanması suretiyle doldurulabileceğini, lâkin icra müdürünün boşluk doldurma yetkisi olmaması nedeniyle bunun ancak icra müdürünün erteleme kararının şikayet yoluyla icra mahkemesinin önüne gelmesi halinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir (s. 157-158). Kanaatimce de çocuğun ilâmlı icra takibi sırasında ilâma rağmen kişisel ilişki kurmayı reddetmesi ve bunun uzman tarafından çocuğun özgür iradesini yansıttığının tespit edilmesi halinde kişisel ilişkinin cebri icra vasıtalarıyla yerine getirilmesi insan onuruna ve kişilik hakkına aykırı olduğu gibi, çocukla kişisel ilişki kurulmasının özünde yatan ve esasında kişisel ilişki tesisine yönelik ilâmın dayanağını oluşturan "çocuğun üstün yararı" ilkesini de yadsımak anlamı taşımaktadır. Karş. Erlüle, s. 189. Bu konuda 5717 sayılı Kanundakine benzer şekilde icranın ertelenmesine karar verilmesine olanak tanıyan kanunî bir düzenleme yapılması zorunludur. Mağdur Hakları Kanun Tasarısında ise çocuğun kişisel ilişki kurmak istememesi halinde ne olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamakla birlikte (m. 16), Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğünce, mümkün olduğunda taraf ve vekillerinin katılımıyla ve çocuğun üstün yararı ve sürecin çocuk üzerindeki psikolojik etkileri esas alınarak hazırlanan planda (m. 16/II) çocuğun kişisel ilişki kurmak istemediği şerh düşülmeli ve aile mahkemesi hakiminin bu şerhe dayanarak ve gerekirse çocuğu da dinleyerek planı onaylamama yetkisine sahip olduğu kabul edilmelidir.

52 Karş. Erlüle, s. 189; Vetterli, s. 34.

yararı ilkesi, aynı zamanda onların kişilik hakkının çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı karşısında da geri plana çekilebilmesine yol açan bir işleve sahip olabilecek midir? Açıkçası çocuğun gerçek anlamda bir kişisel ilişki kurma hakkının var olup olmadığı ve bu hakkın cebrî icra vasıtalarıyla hayata geçirilip geçirilemeyeceği bu soruların yanıtlanmasıyla mümkün olabilecektir.

Bu konuda özellikle, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını ve ana babanın kişisel ilişki kurma yükümünü Medenî Kanunda düzenleyen (§ 1684 I BGB) Alman hukukunda önemli içtihatlarla rastlanır. Münih Yüksek Eyalet Mahkemesi bir kararında çocuğun babasının kişisel ilişki kurmak istememesine rağmen acil durumlarda çocuğun yararı gerektirdiği ölçüde kişisel ilişkiye zorlayıcı yaptırımların uygulanabileceğine karar vermiştir⁵³. Köln Yüksek Eyalet Mahkemesi de aynı şekilde, yükümlünün kişisel ilişki kurmak istememesinin çocuğun üstün yararına tercih edilemeyeceğini, hakkın zorla icrasının başvurulacak son çare (ultima ratio) olması gerektiğini ve çocuğun üstün yararı zorunlu kıldığı ve zor kullanılmaması halinde çocuğun yararının hiç veya yeterli ölçüde sağlanamaması halinde bu yola başvurulabileceğini karara bağlamıştır⁵⁴. Brandenburg Yüksek Eyalet Mahkemesi ise bir kararında çocuğun bu hakkını başkasıyla evli olan babasının kişisel ilişki kurmak istememesine rağmen kullanabileceğine ve mahkemenin vermiş olduğu karara uymamanın yaptırımını olarak zorlama parası cezası (*Zwangsgeld*) verilmesinin de Anayasaya aykırı olmadığına hükmetmiştir⁵⁵. Bu konu, babanın Anayasaya korunan kişilik hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle bireysel başvuru yoluyla Alman Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi vermiş olduğu kararında⁵⁶ § 1684 I BGB'de düzenlenen çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının çocuğun üstün yararı olduğu müddetçe Anayasanın kişiliği koruyucu hükümlerine (GG § 2 I) aykırı sayılmayacağını, lâkin babanın kişisel ilişki kurmak istememesi halinde *kural olarak* çocuğun üstün yararından söz edilemeyeceğini, çocuğun bir üstün yararın varlığı halinde babayı kişisel ilişkiye zorlamanın Anayasaya aykırı olmayacağını ve fakat somut olay bakımından çocuğun üstün yararının söz konusu olmadığını karara bağlayarak başvuruçunun hak ihlâli iddiasını kabul etmiştir⁵⁷. Ana babanın rızası hilafına kişisel ilişki tesis edilmesinde çocuğun üstün yararının ancak istisnai durumlarda söz konusu olabileceğini belirten Mahkeme her somut olayda bunun değişebileceğine vurgu yapmıştır. Ayırt etme gücüne sahip belirli bir kişilik olgunluğuna ulaşmış çocuğun böyle bir hakkı kullanmasında üstün yararı olabileceğine işaret eden Mahkeme, ayrıca ana babasını hayatında hiç görmemiş, tanımamış çocuğa hayatında en az bir kez onları görme, tanıma hakkının verilmesinde böyle bir üstün yararın

53 OLG München, Entscheidung vom 29.03.2005 – 26 UF 1890/04, BeckRS 2008, 26264. Yalnız aynı kararda mahkeme babanın kişisel ve mesleki mazeretleri ve özellikle sağlık sorunları nedeniyle sık ve yoğun bir şekilde kişisel ilişkiye zorlanamayacağını, lâkin çocukla baba arasında gerçek bir çocuk-baba ilişkisinin tesisi için babanın istememesine rağmen yatılı olarak kişisel ilişki kurulabileceğine hükmetmiştir.

54 OLG Köln, Beschluss vom 17.12.2002 – 25 UF 227/02, BeckRS 2002, 15176. Aynı görüşte bkz. **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 3.

55 OLG Brandenburg, Beschluß vom 21. 1. 2004 – 15 UF 233/00, NJW 2004, 3786.

56 BVerfG, FPR 2008, 238; BVerfG, NJW 2008, 1287.

57 Türk hukukunda ise kanaatimce Alman hukukundaki Anayasaya aykırılık sorunu en azından çocuğun ana babasına karşı kullanacağı kişisel ilişki kurma taleplerinde yaşanmayacaktır. Zira Alman hukukunun aksine bizim hukukumuzda çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı kanunda değil en üst norm olan Anayasada (m. 41/III) düzenlenmiştir. Anayasada düzenlenen çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, Anayasanın kişinin maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına ilişkin m. 17/I hükmü karşısında kanunların çatışması durumunda uygulanan genel ilkelere gereğince (lex specialis et lex posterior) Anayasa'ya aykırı sayılmaz.

söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca kararında, ana babanın rızası hilafına kişisel ilişki kurulmasının çocuğun üstün yararına hizmet edip etmeyeceğinin her somut olayda çocuğun duygu durumuna ve ana babanın tepkilerine göre değişebileceğini, mahkemece kişisel ilişki tesisine karar verilse bile kişisel ilişkiye zorlayıcı araçların çocuğun yararına hizmet edecek uygunlukta ve ölçüde olması gerektiğini vurgulamıştır.

Alman doktrininde de genel olarak ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmak istememesi halinde kural olarak çocuğun üstün yararından söz edilemeyeceği ve fakat somut olay bakımından çocuğun yararı gerekli kılıyorsa zorlayıcı yollarla kişisel ilişki kurulabileceği kabul edilmektedir⁵⁸. İsviçre doktrininde ise böyle bir durumda çocuğun üstün yararından söz edilemeyeceği ve kişisel ilişki kurma talebinin cebrî icra vasıtalarıyla kullanılamayacağı ifade edilmektedir⁵⁹. Gerçekten de ana babanın rızası hilafına dava ve icra yoluyla kişisel ilişkiye zorlanması çocuğun yararına hizmet etmekten ziyade onun zarar görmesine sebep olabilir⁶⁰. Lâkin kanaatimce ana babanın çocukla kişisel ilişki kurmak istememesi halinde bunun çocuğun üstün yararı üzerindeki etkisinin her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Böylesine hassas bir konuda, çocuğun üstün bir yararının olup olmadığı titizlikle incelenmeli, hakim mutlaka uzman kişilerin görüşüne başvurmalı, kişisel ilişki tesisine karar verilirse kişisel ilişkinin içeriği çocuğun üstün yararını gözetecek şekilde belirlenmeli ve kararın icrasında da azamî derecede çocuğu koruyucu tedbirler alınmalı, gerekirse kişisel ilişkinin gözetim altında yapılmasına⁶¹ karar verilmelidir. Kişisel ilişki yükümlülerinin kişisel ilişki kurmak istememesi halinde buna rağmen kişisel ilişki tesisinin çocuğun yararına olup olmayacağı somut olayın tüm özellikleri, tarafların geçmiş ilişkileri, kişilikleri, psikolojik özellikleri vb. tüm unsurlar dikkate alınarak uzmanlar tarafından hazırlanacak bir raporla titizlikle belirlenmelidir. İşin özü, “*kaş yapayım derken göz çıkartmamaya*” özen gösterilmeli, bu konuda gösterilecek özenin ölçüsü de çocuğun yararı bağlamında en üst düzeye çıkarılmalıdır. Ayrıca kişisel ilişki yükümlüsünün psikolojik durumunun kişisel ilişki tesisine elverişli olmadığı sosyal inceleme raporuyla tespit edilmesi halinde onun kişilik hakkına aykırı olarak kişisel ilişki tesisine karar verilememelidir⁶².

Çocuğun belirli bir kişilik olgunluğuna ulaşması halinde onun ana babasının rızası hilafına kişisel ilişki tesisinde ana babanın kişilik hakkı çocuğun üstün yararı karşısında geri çekilmelidir⁶³. Böyle bir durumda hakkın yerine getirilmesi için uygulanacak cebrî icranın çocuğa tanınan kişisel ilişki kurma hakkının amacını yerine getirdiği söylenebileceği gibi, çocuğun üstün yararına hizmet ettiği

58 **Horndasch**, s. 211; **Huber**, s. 244.

59 **Vetterli**, s. 35; BBl 1996 I 158. Alman hukukunda aynı yönde bkz. **Gottschalk**, s. 309; **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 1.

60 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 6; **Horndasch**, s. 211; **Gottschalk**, s. 309.

61 Nitekim Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde çocuğun yüksek yararına aykırı olmadıkça kişisel ilişkinin gözetim altında yapılabileceği ve buna ilişkin imkânların Taraf Devletlerce öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir (m. 4/III). Uzmanın görevi kural olarak kişisel ilişkinin taraflarını gözlem altında tutmak değil, kişisel ilişki esnasındaki olası çatışmalardan kaçınılması için çalışmak, bunun için kişisel ilişkinin taraflarına yapılacak uygulamayı belirlemek ve kişisel ilişkinin sonuçlarını kontrol etmektir (**Yılmaz**, s. 132).

62 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 3.

63 **Horndasch**, s. 211. Yazar çocuğun yaşı ne kadar büyük olursa onun belirgin ve sabit bir kişiliğe ulaştığının kabulüyle ana babasının rızası hilafına kişisel ilişki tesisinin onun yararına sayılması gerektiğine işaret etmektedir. Karş. BVerfG, FPR 2008, 243.

sürece ana babanın kişilik hakkına yapılan saldırının da hukuka uygun hale geldiği kabul edilebilir⁶⁴. Buna karşılık doktrinde, çocuk henüz belirli bir kişilik olgunluğuna ulaşmamışsa ana babasının rızası hilafına cebri icra vasıtalarıyla kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına hizmet etmekten ziyade onun kişiliğine zarar verebileceği, araçların amacı gerçekleştirilmeye elverişli olmaması nedeniyle de bunun uygun bir yol olmadığı ifade edilmektedir⁶⁵. Kanaatimce çocuğun yaşının küçüklüğü nedeniyle ana babanın rızası hilafına kişisel ilişki tesisinin onun yararına olmadığı varsayımıyla reddedilmesi doğru değildir. Böyle bir durumda hakimin, çocukla kişisel ilişki kurmaktan kaçınan ana babanın kişisel özelliklerini, kişisel ilişki kurmak istememe nedenlerini, çocuğun duygu durumunu ve kişisel özelliklerini araştırarak bunun çocuğun yararına olup olmadığı konusunda uzman kişilerden alacağı bir sosyal inceleme raporu sonucuna göre karar vermesi yerinde olacaktır. Ana babanın rızası hilafına küçük çocuğun onlarla kişisel ilişki kurulmasının çocuğun yararına olacağı kabul edilebildiği hallerde kişisel ilişki tesisine karar verilmelidir.

Çocuğun ana babasının rızası hilafına kişisel ilişki kurulmasında üstün yararının söz konusu olabileceği bir başka durum ise çocuğun hayatı boyunca ana babasını hiç görmemiş ve tanımamış olması ihtimalidir. Ülkemizde ve dünyada özellikle çocukla baba arasında soybağının babalık davası yoluyla, bir mahkeme kararıyla kurulduğu durumlarda çocuğuyla hiç iletişim kurmayan ve ilgilenmeyen babaların sayısı hayli fazladır. Bu durumdaki babaların çocukla ilgili yükümlülükleri iştirak nafakası ödeme yükümlülüğüne indirgenmektedir. Bu sonuçta kanun hükmü gereği velayetin anaya ait kabul edilmesinin payı büyüktür (TMK m. 337/I)⁶⁶. Bu çocuklar hayatları boyunca baba ilgi, sevgi ve şefkatinden yoksun olarak gerçek bir baba-çocuk ilişkisi yaşamadan ve bazı durumlarda hayatları boyunca onları hiç görüp tanımadan dahi hayatlarını sürdürmek durumunda kalabilmektedirler. Keza evlat edinme yoluyla biyolojik anne ve babalarından ayrılan veya ülkemizdeki mevzuat ve tıbbî uygulama yasakları açılarak yapay ortamda dölleme yoluyla dünyaya getirilen çocuklar da, biyolojik/genetik anne ve babalarını hiç görüp tanımadan ve onlarla duygusal bir yakınlık kurmadan hayatlarını idame ettirmektedirler. Çocuğun kökenini öğrenme hakkı konusundaki yasal düzenlemeler ise (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 7) çocuğa yalnızca bir tespit davasıyla kâğıt üzerinde ana babasının kimliğini öğrenme imkânı sağlamasından öteye gidememektedir⁶⁷. Bunlara bir de ana babasıyla soybağı kurulan ve fakat ana baba arasındaki çekişmeler ve diğer başka sebeplerle ana babaları tarafından fiilen terk edilen çocukları eklersek

64 BVerfG, FPR 2008, 239. Türk Medeni Kanununun kişiliği koruyucu hükümlerine göre de kişilik hakkına saldırıda bulunanın *daha üstün nitelikte özel bir yararı* olması halinde kişiliğe yapılan saldırılar hukuka uygun kabul edilmektedir (TMK m. 24/II). Bu anlamda çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının icrası çocuğun üstün yararı ilkesinin desteğini de alarak *“üstün nitelikte özel bir yarar”* (hatta dolaylı olarak kamu yararı) sayılarak ana babanın kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun kılmaya yetecektir. Çocukla ilgili meselelerde çocuğun üstün yararı ilkesi, TMK m. 24/II’de sözü edilen üstün nitelikte özel yararın yorumlanmasında da göz önünde tutulması gereken bir ilkedir. Lâkin çocuğun ana babasının rızası hilafına kişisel ilişki kurulmasının onun üstün yararına olup olmadığı ve dahası onun ana babasının kişilik hakkına yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirecek üstün nitelikte özel bir yararının olup olmadığı her somut olayda hakim tarafından dikkatle ve titizlikle incelenmesi gerekli bir olgudur.

65 BVerfG, FPR 2008, 239; **Horndasch**, s. 211.

66 Oysa gerek Almanyada (§ 1626a BGB) gerekse İsviçre’de (ZGB Art. 298a) çocuk hukuku alanında yapılan reformlardan sonra ana ve baba evli değilse velayeti birlikte yürütme imkânına sahip kılınmışlardır.

67 Karş. **Serozan**, Yeni, s. 510-511; **Baysal**, s. 515 vd. Evlat edinmede ise çocuğun biyolojik ana babasını bir dava açmaksızın idari yoldan da öğrenmesine imkân tanınmaktadır (TMK m. 314/son).

kişisel ilişki kurma ihtiyacı içinde olan çocuk sayısının hiç de azımsanmayacak bir miktarda olduğu görülür. İşte tüm bu durumlarda yine çocuğun üstün yararına uygun düştüğü ve kişisel ilişki tesisinin çocuğa zarar vermeyeceğinin tespit edilebildiği hallerde onlara en azından ana babasıyla bir kerelik kişisel ilişki kurma imkânı tanınması yararlı olacaktır⁶⁸. Bu şekilde çocuğun yararına uygun olarak hiç kurulmamış veya kopmuş aile bağlarının yeniden tesis veya tamir edilmesi fırsatı doğabilir. Bu yönde bir kişisel ilişki tesisi kararı, karar sonrasında icra edilmese bile ana babaya onların bir çocuğu olduğunu hatırlatması itibarıyla bu konuda bir uyarı işlevi de görecektir⁶⁹. Son olarak çocuğun üstün yararının gerektirdiği acil durumlarda da ana babanın rızası hilafına kişisel ilişki tesisi mümkün olabilir⁷⁰. Örneğin, ölümcül bir hastalıkla mücadele eden çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurmak istemesinin onun yararına olduğu varsayılabilir⁷¹.

Ana babanın kişisel ilişki kurmak istememesi ve fakat çocuğun üstün yararı gerektirdiği ölçüde kişisel ilişkiye karar verilmesi halinde, kişisel ilişkinin içeriği bu olgular göz önünde tutularak belirlenmeli, kişisel ilişkinin türü, sıklığı veya yatılı olarak düzenlenip düzenlemeyeceği uzmanlardan alınacak raporlar doğrultusunda değerlendirilmeli, gerekirse kişisel ilişkinin gözetim altında yapılmasına karar verilmelidir. Keza çocuğun yararı gerektiriyorsa, kişisel ilişkinin ziyaret şeklinde değil, uzaktan veya anlık iletişim kurmaya sağlayan araçlar (telefon görüşmesi, videokonferans, vb.) yoluyla da yerine getirilmesine karar verilebilir⁷².

B. HAK SAHİBİ VE KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA YÜKÜMLÜSÜ

I. Hak Sahibi

a. Çocuk

Hukukta çocuk küçüğü yetişkinden ayırmak ve çocuğun ana babasına karşı soybağını belirlemek üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır⁷³. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı bakımından ise çocuk kavramı küçüğü yetişkinden ayırt etmek anlamında kullanılır. Bu anlamda kişisel ilişki kurma hakkının tanınması bakımından 18 yaşından küçük her insan çocuk sayılır⁷⁴. Kişisel ilişki kurma hakkı konusunda belirleyici olan çocuğun ergin olup olmaması değil, onun biyolojik yaşıdır. Çocuğun

68 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 6; **Horndasch**, s. 211; BVerfG, FPR 2008, 243.

69 **Huber**, s. 244; **Budzikiewicz** § 1684-1685 BGB Rn. 3.

70 **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 3; **Huber**, s. 244.

71 **Huber**, s. 244.

72 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 4; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 9; **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 2. Karş. **Vetterli**, s. 24; **Schwenzer**, ZGB Art. 273, Rn. 2. Özellikle kişisel ilişki kurulacak kişinin yurtdışında yaşaması halinde kişisel ilişkinin bu yöntemle kurulmasına karar verilmesinin uygun olabileceği yönünde bkz. **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 6.

73 **Serozan**, Çocuk, s. 10; **Akyüz**, s. 93.

74 Nitekim tarafı olduğumuz Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde 18 yaşından küçük kişiler çocuk sayılmaktadır (m. 2/I c). Ayrıca 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda çocuk *daha erken yaşta ergin olsa bile* onsekiz yaşını doldurmamış kişi olarak tanımlanmaktadır (m. 3/I a). Bu arada belirtmek gerekir ki; yine tarafı olduğumuz BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede daha erken yaşta ergin olan kişileri çocuk saymayan hükmü (m.1), belirttiğimiz kanunların özel ve sonraki kanun olmaları nedeniyle kişisel ilişki kurmada hak sahibi çocuk tanımının belirlenmesinde dikkate alınmaz. Karş. **Özbay**, s. 33-34; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 7; **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 1.

evlenme yoluyla (TMK m. 11/II) veya mahkeme kararıyla 18 yaşından önce erginliği kazanması (TMK m. 12) kişisel ilişki kurma hakkı bakımından önem taşımaz. Hatta özellikle olağanüstü durumlarda 16 yaşını doldurmuş çocuğun evlenmesine hakim kararıyla izin verilmesi (TMK m. 124/II) veya nisbi butlan davasıyla iptal edilebilir nitelikte olsa da 17 yaşını doldurmuş çocuğun yasal temsilcilerinin iznini almadan evlenmeleri (TMK m. 153/I) veya yasal temsilcinin haklı bir sebep olmaksızın iznini esirgeyip iznin mahkeme kararıyla sağlandığı durumlarda (TMK m. 128) somut olayın özelliklerine de bağlı olarak 18 yaşından küçük ergin çocuklara ana babalarıyla kişisel ilişki kurma hakkı tanınması aile bağlarının yeniden tesisine olanak tanıdığı ölçüde bir gereklilik olarak karşımıza çıkabilir.

Çocuğun 18 yaşını doldurmasından sonra ise kişisel ilişki kurma hakkı sona erer⁷⁵. 18 yaşından büyük kişilerin kökenlerini öğrenme hakkı çerçevesinde ana babasını öğrenme hakkına sahip olduğu kabul edilse bile, bu hak kıyas yoluyla kişisel ilişki tesisine yol açacak hakkın kullanılmasına yaygınlaştırılmaz. Zira her iki hakkın koruduğu menfaatler birbirinden farklıdır. Bunlardan birincisi çocuğun hangi genetik kökenden geldiğini bilmesine, bu konudaki merakını gidermesine hizmet ederken⁷⁶, ikincisi bunun da ötesinde o kişiyle duygusal bir ilişki kurulmasına, aile bağlarının tesis edilmesine yarar⁷⁷. Kanaatimce yetişkin bir kişiye özel hükümler yoluyla sağlanamayan ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı, genel hükümler yoluyla da kural olarak sağlanamaz. Burada kişisel ilişki kurma talebinin TMK m. 24/II kapsamında hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak özel bir üstün yarar olarak görülmesi de mümkün değildir. Buradaki menfaat çatışmasında kişisel ilişki kurma talebinde bulunulan kişinin kişilik hakkı, kişisel ilişki talebinde bulunan kişinin kişilik hakkına nazaran daha üstün tutulmayı hak eder. Zira burada yetişkin kişi yararına kişilik hakkına müdahaleyi meşrulaştıracak üstün özel yararın yorumlanmasında kullanılabilir “*çocuğun üstün yararı*” gibi bir ilke mevcut değildir.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı münhasıran kendisine aittir. Çocuğun kişisel ilişki kurmayı talep edebilmesi için evlilik içi veya evlilik dışı doğması önem taşımadığı gibi, çocuğun hangi yolla dünyaya geldiği de önem arz etmez. Yine çocuğun bu hakkı kullanması kural olarak ana babayla soybağı kurulmuş olmasına, soybağının hangi yollarla kurulduğuna⁷⁸ veya velayet ilişkisine bağlı değildir⁷⁹. Çocuk pekala bu hakkı biyolojik ana babasına, kendisiyle arasında soybağı kurulmuş ana babasına, daha önce aynı ev düzeninde yaşamış olması halinde sosyal ana babasına veya arasında soybağı bulunmayan üçüncü kişilere karşı da⁸⁰ kullanabilir. Ayrıca çocuğun bu hakkı kullanabilmesi için evli olan ana babalarının evliliklerinin sona ermesi şart değildir⁸¹. Burada önemli olan çocuğun bu hakkını ileri süreceği kişinin fiili olarak çocukla aynı ev düzeninde yaşamıyor olmasıdır.

75 **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 1.

76 **Baysal**, s. 494 vd.

77 **Veit**, § 1684 BGB Rn. 1; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 1; **Schwenzer**, ZGB Art. 273 Rn. 6; **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 16; **Vetterli**, s. 27.

78 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 2

79 **Schwenzer**, ZGB Art. 273 Rn. 3. Soybağı hariç diğer hususlarda aynı yönde bkz. **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 1.

80 Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşa. IV B 2 b.

81 Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı bakımından aynı yönde bkz. **Uyumaz**, Alper/**Erdoğan**, Kemal: “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt

Hak münhasıran çocuğa ait olmakla birlikte bu hakkın kullanılması bakımından çocuğun ayırt etme gücüne sahip olup olmadığına göre ikili bir ayrıma gitmek gerekir. *Ayırt etme gücüne sahip olan çocuk*, ana babasıyla veya üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma konusunda münhasıran karar verme yetkisine sahiptir ve o bu hakkını yasal temsilcisinden izin almaksızın kendisi kullanabilir⁸². Onun bu hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak devredilemez, mirasçılara geçmez ve üçüncü kişiler tarafından da kullanılamaz. *Ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar* için ise mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hakkı çocuğun menfaati gerektirdiği ölçüde *onlar adına* yasal temsilcileri olan anası, babası veya vasisinin kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Vasinin çocuk adına dava açabilmesi için ayrıca vesayet makamından izin alması da gerekir (TMK m. 462/I b. 8). Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı ile yasal temsilcinin menfaatinin çatışması halinde ise *çocuk adına* bu hakkı kullanmak üzere *kayım* atanmalıdır (TMK m. 426/I b. 2)⁸³. Özellikle bu hakkın diğer ebeveynle hesaplaşma ve bir intikam aracı olarak kullanıldığı hallerde hakimın kayıym ataması gereklilik arz eder.

Kişisel ilişki kurma hakkının çocuk adına yasal temsilcisi tarafından kullanılması halinde, çocuğun somut olayda ayırt etme gücüne sahip olmadığı ve fakat görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip olması durumunda hakim, çocuğun dinlenilme hakkını içeren BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 12/I ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 6 uyarınca karar vermeden önce bir uzmanın yardımıyla mutlaka çocuğu da dinlemelidir. Hakim bu durumdaki çocuğun görüşleriyle bağlı olmamakla birlikte, çocuğun görüşleri çocuğun üstün yararının tespiti konusunda önemli bir işlev görecektir⁸⁴. Bundan başka ana ve babanın olgunluğu ölçüsünde önemli konularda çocuğun düşüncesini göz önünde tutmaları gerektiği yönündeki TMK m. 339/III ile çocuk vesayet altında ve görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip ise, vasinin bu yönde bir dava açmadan önce olanak ölçüsünde onun görüşünü almakla yükümlü tutan TMK m. 450/I hükümleri gereğince yasal temsilciler çocuk adına kişisel ilişki kurulmasına yönelik dava açmadan önce mutlaka çocuğun görüşlerine başvurmalıdırlar.

b. Üçüncü Kişiler

Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, çocuğun ayırt etme gücüne sahip olmaması halinde çocuğun menfaati gerektiriyorsa *çocuk adına* yasal temsilcileri tarafından

17, Sayı 1, 2015, s. 155-156. Nitekim Yargıtay evli olmalarına rağmen fiilen eşinden ve çocuğundan ayrı yaşayan babanın çocukla kişisel ilişki kurma talebini kabul etmiştir (Yargıtay 2. HD., E. 2014/26913, K. 2014/25876, T. 17.12.2014 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi: 27.5.2020).

82 Genel olarak kişiye sıkı sıkıya bağlı Anayasal temel hakların ayırt etme gücüne sahip çocuk tarafından bizzat kullanılabileceği yönünde bkz. **Serozan**, Yeni, s. 512. Kanunda belirli bir yaş öngörülmemesini eleştiren **Veit** çocuğun bu hakkını kullanabilmesi için asgarî ondört yaşında olması gerektiğini önermektedir (§ 1684 BGB Rn. 74-75. Örnek Aile Kanununda (Model Family Code) ise onbeş yaşın üzerindeki çocuğun, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bütün konularda bağımsız kararlar alma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir (m. 3.3), **Yılmaz**, s. 115'den naklen.

83 **Horndasch**, s. 209; **Huber**, s. 244; **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 3; BGH, Beschluss vom 14. 5. 2008 – XII ZB 225/06 (OLG Nürnberg), NJW 2008, 2586; BVerfG, NJW 2008, 1287.

84 Çocuğun dinlenmesi durumunda çocuğun üstün yararı gereğince iradesi hilafına karar verilebileceği konusunda bkz. **Elçin Grassinger**, s. 828-829.

kullanılabilir ise de, bu kişilerin *kendi adlarına* çocukla ana baba veya üçüncü kişiler arasında çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı bulunmamaktadır⁸⁵. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı, ana babanın çocuk üzerinden hesaplaşması ve intikam duygularını tatmin etmesine alet edilemez. Bu hak *münhasıran çocuğa* aittir.

Aynı şekilde ana babanın veya üçüncü kişinin kendi haklarına binaen çocukla kişisel ilişki kurulmasına mahkemece karar verilmesi halinde, ana babanın daha sonra kişisel ilişki kurmak veya sürdürmek istemeyen taraf aleyhine kişisel ilişki kurmanın bir yüküm olduğu gerekçesiyle kişisel ilişkiyi sürdürmek üzere dava açması veya kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın gereğini yerine getirmeyen tarafa karşı cebri icra yoluna başvurması da mümkün değildir. Onlar böyle bir durumda olsa olsa nafaka miktarı belirlenirken dikkate alınan kişisel ilişkinin gereği gibi yerine getirilmemesinden ötürü nafakanın uyarlanmasını isteyebilirler (TMK m. 331)⁸⁶.

2. Kişisel İlişki Kurma Yükümlülere

a. Ana veya Baba

Gerek Anayasamızda (AY m. 41/III) gerekse tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/III ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4/I) çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu düzenlenmektedir. Bu yasal düzenlemelerde ana babanın tanımı yapılmamıştır. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı bakımından çocuğun kökenini öğrenme hakkı ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde ana babanın genişletici bir yorumla değerlendirilmesi gerekir. Çocuğun hakkını yöneltebileceği kişi yönünden, çocuğun ana ve babayla arasında soybağı kurulması veya ana baba ve çocuk arasında bir velayet ilişkisi tek başına belirleyici olmadığı gibi, çocuğun evlilik içi veya evlilik dışı doğmuş olması da önem arz etmez. Burada hakkın ileri sürülebileceği ana baba bakımından belirleyici olgu çocuğun fiilen ana veya babasıyla aynı ev düzeninde birlikte yaşamıyor olmasıdır⁸⁷. Ana babanın kişisel ilişki kurma hakkı için getirilen soybağı şartı sınırlaması (TMK m. 323), çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı yönünden kanunun amacı ve çocuğun üstün yararı ilkesi bağlamında çocuk aleyhine sınırlayıcı bir şart olarak görülemez⁸⁸. Yalnız itiraf etmek gerekir ki; çocuk ile ana baba arasında soybağı ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, çocuğun kişisel ilişki kurmak istediği kişinin onun anası veya babası olduğunu ispatlaması kolay olmayacaktır.

85 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 3; **Veit**, § 1684 BGB Rn. 75; BGH, Beschluss vom 14. 5. 2008 – XII ZB 225/06 (OLG Nürnberg), NJW 2008, 2586; BVerfG, NJW 2008, 1287; OLG Nürnberg, Beschluß vom 11. 6. 2001 – 7 UF 201/01, NJW-FER 2001, 310.

86 **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 10.

87 **Schwenzer**, ZGB Art. 273, Rn. 8; **Büchler**, ZGB Art. 273 Rn. 4.

88 Karş. **Öztan**, s. 1028; **Yılmaz**, s. 110; **Serdar**, s. 752. Türk hukukunda ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı soybağının hükümleri altında düzenlenmiştir (TMK m. 323). Lâkin bunlar dışındaki kişiler, ana baba sıfatıyla değil, olağanüstü durumlarda sınırlı olmak üzere üçüncü kişi sıfatıyla çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahiptirler (TMK m. 325).

Çocuk öncelikle kişisel ilişki kurma hakkını kendisiyle soybağı kurulmuş olan ana ve babasına karşı kullanabilecektir. Bizim hukukumuzda ana ile çocuk arasında soybağı doğumla birlikte kendiliğinden kurulmaktadır (TMK m. 282/I). Bu durumda çocuk kişisel ilişki kurma hakkını kendisini doğurmuş olan anasına karşı kullanabilecektir. Bizim hukukumuzda her ne kadar 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun Ek Madde 1/II uyarınca eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması yoluyla çocuk sahibi olmak ve taşıyıcı annelik yapmak yasaklanmış olsa da bu yolla dünyaya getirilen çocukların genetik annesi ve onu doğurmayan ve fakat nüfusta kendi adına kaydettiren ve bir süre aynı ev düzeninde yaşamış sosyal annesine karşı da çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını kullanabileceğini kabul etmek gerekir. Çocuğun anneye karşı kişisel ilişki kurma hakkını kullanabilmesi yönünden annenin genetik anne, taşıyıcı anne⁸⁹ veya sosyal anne olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Önemli olan annenin fiilen çocuğuyla birlikte aynı ev düzeninde yaşamama olgusudur.

Bunun dışında çocuğun evlat edinilmiş olması halinde, çocuk gerek kendisini evlat edinen kadına gerekse de biyolojik annesine karşı ana sıfatıyla kişisel ilişki kurma hakkını yöneltebilecektir. Evlat edinme durumunda çocuğun biyolojik annesi veya babası yalnızca olağanüstü hallerde ve *üçüncü kişi sıfatıyla* kişisel ilişki kurma hakkından yararlanabilirken (TMK m. 325)⁹⁰, çocuğun biyolojik annesine veya babasına karşı bu hakkı kullanması olağanüstü bir hali gerektirmediği gibi, çocuk, üçüncü kişi değil ana sıfatıyla ona kişisel ilişki kurma hakkını yöneltebilecektir.

Hakkın yöneltilebileceği baba yönünden de ana hakkındaki açıklamalarımız geçerlidir. Çocuk öncelikle bu hakkını kendisiyle fiilen aynı ev düzeninde yaşamayan soybağıyla bağlı olduğu babasına karşı kullanabilecektir. Ana babanın evli olup olmaması önemli değildir⁹¹. Çocuk bu hakkını ayrıca biyolojik/genetik babasına karşı da kullanabileceği gibi⁹², biyolojik babası olmayan ve fakat hukuken aralarında ana ile sonradan evlenme, tanıma veya babalık davası yoluyla soybağı kurulan babaya veya evlat edinen erkeğe karşı da ileri sürebilir⁹³. Burada da kişisel ilişki kurma hakkı bakımından belirleyici olgu evlilik, soybağı veya velayet ilişkisi değil, çocuğun fiilen genetik, hukukî ve evlat edinen erkekle birlikte aynı ev düzeninde yaşayıp yaşamama olgusudur.

Uygulamada bu hak en çok çeşitli sebeplerle çocukla birlikte aynı ev düzeninde yaşamamaları nedeniyle çocukla aralarında herhangi bir duygusal bağ kurulmamış olan veya önceden duygusal

89 Taşıyıcı annenin çocukla kişisel ilişki kurabileceği yönünde bkz. **Dede**, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişivarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 45.

90 Biyolojik annenin evlat edinilen çocukla üçüncü kişi sıfatıyla (TMK m. 325) kişisel ilişki kurabileceği yönünde bkz. **Yılmaz**, s. 109; Yargıtay 2. HD., E. 2012/2698, K. 2012/22458, T. 25.9.2012 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi: 27.5.2020). Aksi yönde bkz. **Öztaş**, s. 1025. Bu arada belirtelim ki karşılaştırmalı hukukta biyolojik ebeveynlerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı üçüncü kişilerin olağanüstü hallerde kullanılabilirdiği hakka ilişkin düzenlemelerden ayrı kanun maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir (ZGB Art. 268e, yalnızca biyolojik babanın kişisel ilişki kurma hakkı yönünden bkz. § 1686a BGB).

91 **Yılmaz**, s. 105; **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 3; **Jaeger**, § 1684 BGB Rn. 1.

92 Soybağı kurulmadıkça sosyal aile ilişkisi kurulmamış biyolojik babaya karşı kullanılmayacağı yönünde bkz. **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 2.

93 **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 2.

bağ kurulmuş olsa bile sonradan bu bağın ortadan kalktığı ana veya babalara karşı kullanılacaktır. Bunun dışında ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma haklarının sınırlandırıldığı veya kaldırıldığı (TMK m. 324), velayet kaldırılmadığı halde çocukların korunmak için bir aile yanına veya kuruma yerleştirildiği (TMK m. 347/I) ve hatta velayetin kaldırılması hallerinde (TMK m. 348) bile velayetleri kaldırılan ana babaya karşı da kişisel ilişki kurma hakkı çocuğun üstün yararı olduğu müddetçe yöneltilebilir. Yalnız bu son durumlarda, çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurmada üstün bir yararının olup olmadığı titizlikle incelenmeli ve gerekiyorsa uzman gözetiminde kişisel ilişki kurulmasına karar verilmelidir.

b. Üçüncü Kişiler

Tıpkı ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin düzenlemelerde olduğu gibi (TMK m. 323, 182/I) üçüncü kişilerin de çocukla kişisel ilişki kurması, Türk Medenî Kanununda onların bir yükümü olarak değil, hakkı olarak düzenlenmektedir (TMK m. 325/I)⁹⁴. Burada da çocukla kişisel ilişki üçüncü kişiler perspektifinden onların bir hakkı olarak düzenlenmiş, çocuğun kişisel ilişki kurmadaki çıkarı *kendi menfaatine uygun düşmesiyle ve çocuğun kişilik gelişimini zedeleyen kişisel ilişkinin kaldırılması* hükümleriyle (TMK m. 325/II) kotarılmaya çalışılmıştır. Üstelik ana baba ve çocuğun karşılıklı yükümlülüklerini düzenleyen TMK m. 322 hükmü gibi kişisel ilişki kurmayı ana baba ve çocuk yönünden eksik yaptırımlı bir yüküm olarak yorumlamaya elverişli bir hüküm üçüncü kişiler yönünden mevcut değildir. Bu konuda böyle bir yükümü çıkarmaya elverişli sayılabilecek ev düzenine ilişkin hükümler de ev düzeni içinde yaşayan kişilerin *yatay* ilişkilerinden ziyade *-ev başkam ile birlikte yaşayanlar arasındaki - dikey* ilişkileri düzenlemeye odaklanmıştır (TMK m. 367 vd.). Bunun dışında akla gelebilecek ve sınırlı sayıdaki aile bireyleri arasında yardım yükümlülüğünü düzenleyen yardım nafakası hükmü de (TMK m. 364) kıyas yoluyla kişisel ilişki kurma yükümlülüğü kurmaya elverişli değildir.

Anayasamızın çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin düzenlemesi de çocuğun bu ilişkiyi kurabileceği kişi çevresini ana babasıyla sınırlandırmıştır (AY m. 41/III). Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesinde çocuğun yüksek yararına bağlı olarak ana ve babası dışında aile bağları bulunan kişilerle kişisel ilişki *kurulabileceği* düzenlenmektedir (m. 5/I). Hüküm lafzı itibarıyla uygulanması zorunlu bir hüküm olarak değil, tavsiye niteliğinde bir hüküm olarak gözükmektedir⁹⁵. BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede de çocuk ile üçüncü kişiler arasında kişisel ilişki kurulmasına yönelik bir hüküm mevcut değildir.

94 Alman Medenî Kanununda da uzunca bir süre çocuğun fiili sorumluluğunu üstlenen kişilerin sosyal aile ilişkisi kapsamında çocukla kişisel ilişki kurma hakkından yararlanabileceği düzenlenmektedir (§ 1685 II BGB).

95 Sözleşmenin orijinal metni incelendiğinde de “Subject to his or her best interests, contact *may* be established between the child and persons other than his or her parents having family ties with the child.” (Convention on Contact concerning Children Article 5/I) sözleşme hükmünün bir zorunluluk içermediği görülmektedir. Aynı görüşte bkz. **Güven**, s.15. Yargıtay ise vermiş olduğu bir kararında büyükanne ve büyükbabanın torunlarıyla kişisel ilişki kurulmasına yönelik talebinde sözleşmenin bu hükmüne atf yaparak sanki bu sözleşme hükmünün uygulanması zorunlu hükümlerden olduğu intibana yol açacak ifadeler kullanmıştır (Yargıtay 2. HD. E. 2015/12060, K. 2015/14471, T. 2.7.2015 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi 27.5.2020).

Dolayısıyla çocuğun bu hakkı üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceğini kabul edebilmek için pozitif hukukta buna bir dayanak gerekmektedir. Bu konuda iki şekilde yorum yapılabilir. Birincisi, Anayasanın çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen hükmünde (AY m. 41/III) bir kanun boşluğu olduğu kabul edilip boşluğun TMK m. 1/II gereğince hakkın üçüncü kişilere de ileri sürülebilecek şekilde yaygınlaştırılabileceği düşünülebilir⁹⁶. Aynı şekilde Türk Medeni Kanununun olağanüstü durumlarda üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını tanıyan hükmü de (TMK m. 325) evleviyetle çocuğun da onlara karşı bu hakkı kullanabileceği şeklinde yorumlanabilir. İkincisi, kanun koyucunun burada çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını yalnızca ana babayla sınırlayarak menfi bir çözüm tarzı benimsediği sonucuna varılabilir.

Kanaatimce kanunun amacı, çocuğun üstün yararı ilkesi ve Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesindeki çocukla aile bağları bulunan ve hatta aile bağları bulunmayan kişilerle çocuk arasında kişisel ilişki kurulmasını öngören tavsiye niteliğinde hükmü (m. 5) ve Yargıtay'ın ana baba dışındaki kişilere çocukla kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan 18.11.1959 Tarih ve 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki yaklaşım da dikkate alınarak burada bir kanun boşluğu olduğu kabul edilerek, bu kanun boşluğunun yalnızca olağanüstü durumlara münhasır olmak üzere çocuğa üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkı tanınmakla doldurulması yerinde olacaktır⁹⁷. Böyle bir sonuç, çocuk hukuku alanındaki gelişmeler ve çocuğun üstün yararı ilkesi çerçevesinde çocuğu kişisel ilişki kurma hakkının öznesi olarak kabul eden yeni yaklaşımla da uyumlu olacaktır. Bunun neticesinde çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını hısımlarıyla sınırlı olmaksızın ve fakat yalnızca olağanüstü durumlarda üçüncü kişilere karşı da ileri sürebileceğinin kabulü gerekir. Lâkin çocuğun ana babasıyla kişisel ilişki kurmasındaki üstün özel yararının ölçüsü, üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma bakımından olağanüstü durumlara münhasır kılınmak suretiyle artırılmalı ve böylece çocuğun üstün özel yararı ile üçüncü kişilerin kişilik hakkı arasındaki denge sağlanmaya çalışılmalıdır.

V. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA KARARININ İCRASI VE KARARA UYMAMANIN YAPTIRIMI

A. ÇOCUĞUN KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA TALEBİNİN KARARA BAĞLANMASI HALİNDE

Pozitif hukukumuzdaki dayanaklarıyla birlikte dava yoluyla kullanılacak tam yaptırımli bir hak olduğunu tespit ettiğimiz çocuğun ana babası ve üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkının

96 Nitekim Yargıtay üçüncü kişilerin çocukla kişisel hakkı kurma hakkına ilişkin bir düzenleme olmadığı eMK döneminde 18.11.1959 Tarih ve 12/29 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla (RG. T. 16.4.1960, S. 10482) ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen eMK m. 148/III hükmünde bir kanun boşluğu olduğunu kabul ederek çocuğun büyükanne veya büyükbabasının da çocukla kişisel ilişki kurma hakkı olduğunu kabul etmiştir. Aynı konuda İsviçre Federal Mahkemesi ise bu düzenlemede bir kanun boşluğu olmadığına ve kanun koyucunun kişisel ilişki kurma çevresini bilinçli olarak ana babasıyla sınırlandırarak menfi bir çözüm tarzı benimsediğine karar vermiştir. Bugün ise gerek İsviçre Medeni Kanununda (ZGB Art. 274a) gerekse Türk Medeni Kanunumuzda (TMK m. 325) olağanüstü hallerde üçüncü kişilerin de *-üstelik de hısımlarla sınırlı olmaksızın -* çocukla kişisel ilişki kurma hakkına sahip olduğu kanun hükmüyle düzenlenmiştir.

97 Alman hukukunda aksi yönde bkz. **Budzikiewicz**, § 1684-1685 BGB Rn. 2; **Horndasch**, s. 212. Yazarlar, kanunda (§ 1684 BGB) çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının yalnızca ana babasına yöneltilebileceğinin düzenlendiğini, kanunun lafzının bunun üçüncü kişilere yaygınlaştırılmasına izin vermediğini ifade etmektedir.

yükümlüsünün kişisel ilişki kurmanın gereğini yerine getirmemesi halinde nasıl icra edileceğine ilişkin kanunlarımızda özel bir hüküm yer almamaktadır.

Buna karşılık ana babanın veya üçüncü kişinin çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların nasıl icra edileceğine ilişkin İcra ve İflâs Kanununda özel hükümler ihdas edilmiştir (İİK m. 25a, 25b). Çocuk teslimi ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasına ilişkin kanun hükümlerinin, *taşınurların teslimi* (İİK m. 24) ve *taşınmazların teslimine* (İİK m. 26) ilişkin ilâmların icrası arasında konuşlandırılması, çocuğun kişisel ilişkisinin bir *öznesi* değil *konusu* olarak kabul edildiğinin ve esasında çocuğun ana baba arasındaki çekişmelerin ortasında adeta bir *eşya* muamelesine tabi tutulduğunun açık kanıtıdır. Bu nedenle çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin düzenlemelerin cebrî icraya ilişkin genel bir kanunda düzenlenmesinin doğru olmadığı her ortamda haklılıkla vurgulanmaktadır⁹⁸. Bu eleştiriler dikkate alınarak hazırlanan Mağdur Hakları Kanun Tasarısı⁹⁹ bu yöndeki eleştirileri giderme adına önemli bir adımdır¹⁰⁰. Lâkin tasarı metni incelendiğinde kişisel ilişki kurmanın yine ana babanın hakları üzerinden dizayn edildiği görülmektedir¹⁰¹. Gerçekten de yeni Tasarıda kişisel ilişki kurmanın ana babanın hakkından ziyade onların bir yükümü olduğu ve dahası bunun çocuğun bir hakkı olduğu gerçeği Anayasanın çocuğa kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan hükmüne rağmen (AY m. 41/III) yine atlanmıştır. Oysa pozitif hukukumuzda artık kişisel ilişki kurmada çocuk merkezli bir anlayışı benimseyen, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının öznesi, ana babanın da kişisel ilişki kurma yükümlüsü olduğuna ilişkin yasal dayanakların da bulunduğu düşünüldüğünde tüm bu çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair mevzuatların çocuğun üstün yararı ilkesi başat gözetilmek kaydıyla, maddî hukuk ve icra hukuku açısından birbiriyle uyumlu ve sistematik bir bütünlük içinde düzenlenmesi beklenirdi.

Nihayetinde çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin ilâmların icrası için ne İcra İflâs Kanununda özel bir düzenleme ne de Mağdur Hakları Kanun Tasarısında bir hüküm bulunmaktadır. Bu durumda, maddî hukuk çerçevesinde alınan çocuğun ana babasıyla veya üçüncü kişiyle kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar, an itibarıyla yalnızca *cebrî icraya ilişkin genel hükümler* çerçevesinde icra edilebilecektir. Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasına dair özel hükümlerin bile tam

98 **Özbay**, s. 72 vd.; **Serdar**, s. 769-770; **Alkan**, Fatih: “Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Uluslararası Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu, 29-30 Nisan 2019, s. 21; Çocuk Teslimi Sürecine Mağduriyet Odaklı Yaklaşım, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü Mağdur Hakları Daire Başkanlığı Raporu, 2017, s. 58 vd. <http://www.magdur.adalet.gov.tr/cocuk-teslimi-surecine-magduriyet-odakli-yaklasim-01497> (Erişim Tarihi 27.5.2020)

99 <http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdurhaklarikanuntasarisi.pdf> (Erişim Tarihi 27.5.2020)

100 Bu arada çocuk için eşya hukukunda zilyetliğin devri türlerinden biri olan “*teslim*” ibaresinin İcra ve İflâs Kanununda olduğu gibi kullanılmaya devam edilmesi de açıkçası isabetli olmamıştır. Bu konuda “*çocuğun teslimi*” yerine, kanunlaştırmada kelime tasarrufu yoluna da gidilmeyip “*çocuğun ana babayla buluşturulması*”, “*çocuğun ana babayla bir araya getirilmesi*” veya “*çocuğun ana babaya kavuşturulması*” minvalinde çocuk odaklı bir terminoloji kullanılabilir. Doğrusu böyle bir terminoloji Tasarının Bölüm Başlığındaki “*Kırılğan Gruplara Yönelik Hizmetler*” (m. 15 vd.) başlığıyla çok daha uyumlu olurdu.

101 “Çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâm veya tedbir kararı, *yükümlüsü* tarafından rızasıyla yerine getirilmediği takdirde diğer taraf veya vekili, çocuğun oturduğu yer adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğüne başvurabilir. Talebi alan müdürlük, teslim yükümlüsüyle irtibat kurarak belirlenen gün ve saatte kararda belirtilen koşullarda, herhangi bir işlem veya ihtara gerek kalmaksızın *çocuğun* bulunduğu adreste, müdürlükte veya belirlenen başka bir yerde *karşı tarafa teslimini* ister” (Mağdur Hakları Kanun Tasarısı m. 16/1).

olarak amaca hizmet etmede uygun araçlar olmadığı gözetildiğinde, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına dair ilâmin icrasının – *özel olmayan* – genel hükümler çerçevesinde icrasının da tam olarak amaca hizmet etmeye elverişli olmadığına *ön kabulüyle* açıklamalarımıza başlamak bir gereklilik arz etmektedir. Bu nedenle bu konuda gerek maddî hukukta gerekse icra hukukunda çocuğun üstün yararı gözetilmek suretiyle yeni düzenlemeler yapılması yerinde olacaktır. Bu bağlamda İsviçre’de olduğu gibi maddî hukukta özel düzenlemeler yapmak suretiyle kişisel ilişki kurma yükümünü yerine getirmeyen kişinin resmî makamlar (Çocuk Koruma Dairesi)¹⁰² tarafından uyarılması yoluna gidilebileceği gibi (ZGB 273 II), Alman hukukunda olduğu gibi cebrî icradan önce uzlaştırma yargılaması gibi mahkemenin arabuluculuğunda sorunun taraflar arasında çözümü yoluna da gidileceğine ilişkin düzenlemeler getirilmesi önerilebilir¹⁰³. Hakkın zorla icrası başvurulacak son çare (ultima ratio) olarak görülmelidir¹⁰⁴. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden özellikle aile arabuluculuğunun düzenlenerek devreye sokulması bu konuda kişisel ilişki kurulması için öngörülen amaca uygun bir araç olarak kabul edilebilir¹⁰⁵. Bu bir hukuk politikası tercihidir. Lâkin genel hükümlerin uygulanmasının sakıncalarını bertaraf edebilmek için bu yönde acil olarak bir düzenleme yapılması zorunluluk arz etmektedir.

Keza evlilik birliğinin korunması hükümlerinde eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi halinde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebileceğini öngören ve hakimin eşleri yükümlülükleri konusunda uyararak onları uzlaştırmaya çağıran ve ortak rızaları ile uzman kişilerin yardımını isteyebileceğini düzenleyen hükümlere (TMK m. 195) benzer düzenlemeler ana baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişki uyuşmazlıklar için de düşünülebilir. Bu anlamda çocuğun kişivariyetinin korunmasına ilişkin hükümlerin kişisel ilişki kurmak istemeyen ana babaya karşı çocuğu korumada yetersiz kaldığı söylenebilir (TMK m. 346). Keza pozitif hukukumuzda 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usûllerine Dair Kanun kapsamında kişisel ilişki kurulmasına dair davanın esasına girilmeden önce uzmanlardan yararlanma, çocuk için koruyucu önlemler alma ve sulhe teşvik müesseseleri de daha etkin olarak işletilebilir (m. 5-7).

Sonuç olarak çocuğa kişisel ilişki kurma hakkı tanınmasındaki amaç gözetildiğinde kişisel ilişki kurmaya ilişkin mahkeme kararının uygulanması cebrî icranın “*acımasız ve duygusuz*” genel hükümlerinin ellerine bırakılmamalıdır. Bu konuda pozitif hukukta çocuk ile ana baba arasındaki ilişkileri tesis etmeye veya bozulan ilişkileri yeniden canlandırmaya yönelik özel düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bu düzenlemeler mümkün olduğunca çocuğu ana babasına ve üçüncü kişiye karşı koruyucu tedbirler içermeli, gerek yargılama evresinde gerekse icranın tüm evrelerinde ve özellikle icra öncesinde uzman yardımından yararlanılmalı ve ana babanın rızası hilafına kişisel

102 Bizde de çocuk teslimi ve kişisel ilişki kurmaya ilişkin ilâmların icrasının düzenlendiği Mağdur Hakları Kanun Tasarısında öngörülen Adli Destek ve Mağdur Hizmetleri Müdürlüğüne kişisel ilişki kurmanın gereğini yerine getirmeyen kişiye bir uyarı yapılması şeklinde bir düzenleme yapılabilir.

103 Alman hukukunda çocukla kişisel ilişki kurulmasında icra prosedürü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Güven**, s. 120 vd.

104 **Kemper**, § 1684 BGB Rn. 3. Başka çözüm önerileri için bkz. **Vetterli**, s. 36 vd.

105 Çocukla kişisel ilişki kurulmasında çeşitli çözüm önerileri için bkz. **Alkan**, s. 18 vd. Pozitif hukukumuzda göre çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair uyuşmazlıkların arabuluculuğa imkan vermediği yönünde bkz. **Uyumaz/Erdoğan**, s. 157.

ilişki tesis edileceği hallerde çocuğun yararı gerektirdiği ölçüde kişisel ilişki *uzman gözetiminde* gerçekleştirilmelidir¹⁰⁶.

Mahkeme tarafından çocuğun ana babasıyla ve diğer üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurması yönündeki karar, kararın muhatabı olan kişi tarafından kendi rızasıyla yerine getirilmezse bunun yaptırımının ne olacağı, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını düzenleyen mevzuatlarda yer almamaktadır. Buna karşılık çocuk teslimi ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasını düzenleyen İİK m. 25-25a ve 25b hükümleri ve İİK m. 24 uyarınca ilâm hükmünü yerine getirmeyen borçlulara gönderilen ödeme emrinin gereğinin yerine getirilmemesi halinde lehine hüküm verilmiş olan kişinin şikayeti üzerine tazyik hapsi öngören İİK m. 343 hükümlerinin çocuğun kişisel ilişki kurma hakkının yükümlüsü kişiler yönünden kıyasen uygulanması, gerek bu hükümlerin ana baba hakları yönünden tasarlanmış olması gerekse de *suç ve cezaların kanuniliği ilkesi* ve ceza hukukunda ve bu arada icra ceza hukukunda hakim olan *dar yorum ilkesi* uyarınca söz konusu olamaz.

Bu hükümler, ana babanın ve olağanüstü durumlarda üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin ilâmların yükümlülükleri tarafından yerine getirilmemesi halinde çocuğun teslimine ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin esasları düzenler; çocuğun ana babasıyla veya üçüncü kişilerle kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin ilâmların icrasına yönelik hüküm içermezler. Bu durumda çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin ilâmın icrası pozitif hukukumuzda İcra ve İflâs Kanununun genel hükümleri çerçevesinde yapılabilecektir. Mahkemenin yükümlünün çocukla kişisel ilişki kurması yönündeki kararı *bir şeyin yapılmasına dair bir eda hükmü* olduğundan İİK m. 30 uyarınca borçluya kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararda gösterilen yer ve zamanda kişisel ilişki kararının yerine getirilmesi emredilir. Kişisel ilişki kurma yükümlüsü buna rağmen kararın gereğini haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmezse, İİK m. 343 gereğince çocuğun veya çocuk ayırt etme gücüne sahip olmadığı için kişisel ilişki kurma hakkına yönelik dava onun adına yasal temsilcisi tarafından veya menfaat çatılması nedeniyle bir kayyım tarafından açılmışsa, çocuğun yasal temsilcisinin veya kayyımın şikayeti üzerine tazyik hapsiyle cezalandırılır¹⁰⁷.

Kanun koyucu, kanun yapıldığı dönemde çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı yasalarla düzenlenmediği için çocukla kişisel ilişki kurulmasına yönelik ilâmların icrasını, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı perspektifinden değil, ana baba ve üçüncü kişilerin çocukla kişisel ilişki kurma hakkı üzerinden tasarlamıştır. Dolayısıyla bu konuda çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin kararların icrası yönünden özel bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Gerçi kanaatimce çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmların icrasında icra müdürü ile birlikte sosyal çalışmacı, pedagoğ, psikolog veya çocuk gelişimcisi bir uzmanın, bunların bulunmadığı yerlerde bir eğitimcinin hazır bulundurulmasını düzenleyen İİK m. 25b hükmünün bu durumda uygulanmasına bir engel bulunmamaktadır. Özellikle

106 **Hennemann**, § 1684 BGB Rn. 55. **Vetterli** de son çare olarak gözetim altında kişisel ilişki kurulabileceğini ifade etmektedir (s. 38-39).

107 Alman hukukunda da kişisel ilişki kararının yerine getirilmemesi halinde Çekişmesiz Yargı Kanunu gereğince yükümlü aleyhine *zorlama parası cezasına* (Zwangsgeld) hükmedilebilmektedir (§ 33 Freiwillige GerichtsbarkeitsGesetz). Bu arada zorlama hapsi cezasının amacı gerçekleştirmeye uygun bir araç olup olmadığı şüphelidir (**Gottschalk**, s. 309). Bu nedenle bizde de *tazyik hapsinden önce* bir zorlama aracı olarak zorlama parası cezasının öngörülmesi çok daha isabetli olacaktır. Aynı yönde bkz. **Özbay**, s. 109.

görülmede olan davada çocukla kişisel ilişki kurmak istemediğini beyan eden ana baba veya üçüncü kişilere yönelik ilâmların icrasında bir uzmanın bulundurulmasında ve kişisel ilişkinin gözetim altında yapılmasında çocuğun üstün yararı bulunmaktadır. Keza kişisel ilişki kurma davasında kişisel ilişki kurma yükümlüsünün bu yönde bir beyanı olmasa bile özellikle *ilk* kişisel ilişki kurulması esnasında taraflar arasında aile bağlarının tesis edilmesi yolunda bir rehber rolü görebilecek uzmanın bulunmasında fayda olacaktır. Zira ilk görüşme esnasında taraflar arasında duygusal bağın tesis edilmesi veya en azından bu bağın tesis edileceğine ilişkin emarelerin ortaya çıkması halinde, işte o zaman mahkeme kararı çocuğun üstün yararı amacı doğrultusunda gerçek işlevini yerine getirmiş olacaktır. Bu hususta uzmanlar icranın olumlu bir ortamda gerçekleştirilebilmesi için çocuğun yararına uygun olacak şekilde çocuk ve yükümlülerle önceden görüşerek ve taraflar hakkında gerekli bilgileri edinerek ona göre bir yol izlenmesinde onlara rehberlik etmelidir¹⁰⁸.

Bunların yanında çocukla kişisel ilişki kurmaktan kaçınan taraf hakkında özel hukukun genel yaptırımları da gündeme gelebilir. Ayırt etme gücüne sahip çocuk, 15 yaşını tamamlamışsa (TMK m. 502) kişisel ilişki kurmaktan kaçınan kişiyi aile hukukundan doğan yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmediği için (TMK m. 510/I b.2) haklı sebeple mirasçılıktan çıkarabilir. Kişisel ilişki kurulmasına dair mahkeme kararının muhatap tarafından haklı bir sebep olmaksızın yerine getirilmemesi halinde aile bağlarının ortadan kalktığı kabul edilebileceğinden kişiler arasında olası yardım nafakası yükümlülüğü de ortadan kalkar (TMK m. 364). Bunun dışında çocuk ile ana baba arasında velayet ilişkisi bir şekilde devam ediyorsa, kişisel ilişki kurulmasına ilişkin kararı yerine getirmeyen ana babadan velayet kaldırılabilir (TMK m. 348/I b. 2). Son olarak kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmın gereğini yerine getirmeyen kişi, TBK m. 112 kıyasen borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararları tazminle yükümlü tutulabilir¹⁰⁹. Böyle bir durumda kişisel ilişki kurmakla yükümlü kişi sorumluluktan kurtulmak için kendi kusurunun olmadığını ispat etmek durumundadır.

B. MAHKEMENİN BOŞANMA, İPTAL VEYA AYRILIK DURUMUNDA KİŞİSEL İLİŞKİ KURULMASINA KARAR VERMESİ HALİNDE

Evliliğin boşanma veya iptal yoluyla sona erdirilmesine veya ayrılığa karar verilirken, mahkeme *ana ve babanın haklarını* ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini re'sen düzenler (TMK m. 182/I, iptalde TMK m. 157/II atfıyla). Hüküm, kişisel ilişki kurmanın ana babanın bir hakkı olduğu üzerinden kaleme alınmıştır. Madde üst başlığının da *çocuklar bakımından ana ve babanın hakları* şeklinde düzenlenmesi bu tespitimizi doğrular. Hakimin ana babanın çocukla kişisel ilişkileri re'sen düzenleme yetkisi ana babanın yükümü ve çocuğun kişisel ilişki kurma hakkı perspektifinden değil,

108 Mavi, s. 274-275.

109 Büchler, ZGB Art. 273 Rn. 11. Alman hukukunda aynı yönde bkz. Budzikiewicz, § 1684-1685 BGB Rn. 1; Horndasch, s. 211. Son yazar, kişisel ilişki kurma yükümünün aile hukukuna özgü bir borç ilişkisi meydana getirdiğini ve yükümlünün § 280 BGB uyarınca tazminatla sorumlu tutulacağını ve yükümlünün kusurlu olmadığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulmayacağını ifade etmektedir. Alman Federal Mahkemesi de çocukla kişisel ilişki kurmaya ilişkin ilâmın gereğini ilâmda belirtilen şekilde yerine getirmeyen yükümlünün hak sahibi ebeveyne tazminat ödemesine karar vermiştir bkz. BGH, Urteil vom 19. 6. 2002 – XII ZR 173/00 (Frankfurt a.M.), NJW 2002, 2566.

TMK m. 323 ile de uyumlu olarak ana babanın hakları üzerinden tasarlanmıştır. Bu arada babalık davasında ise hakime babanın çocukla ilişkisini re'sen düzenleyeceğine ilişkin bir hüküm, velayetin anaya ait olduğu şeklindeki kanunî düzenlemeye rağmen (TMK m. 337/I) –*sanırsız ki çocuğun bir yararı olmadığı varsayımıyla*-¹¹⁰ yer almamaktadır (TMK m. 301 vd.).

Ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı üzerinden tasarlanan TMK m. 182/I ve TMK m. 323 hükümleri çerçevesinde ana babanın çocukla kişisel ilişki kurma yükümü olduğu sonucuna varılamaz¹¹¹. Keza bu kapsamda alınan kişisel ilişki kurmaya ilişkin kararların icrasına yönelik hükümler de (İİK m. 25a) bunların *yüküm* perspektifi üzerinden icrasına olanak tanımazlar. Bunun çalışma konumuz bakımından pratikteki sonucu şudur: Çocuk, mahkemece bu kapsamda kişisel ilişki kurulmasına karar verilen ilâmların ana babanın bu hakkını kullanmamasından dolayı icrasını isteyemez. Bu nedenle çocuk, ilâma rağmen bu hakkını kullanmayarak kendisiyle kişisel ilişki kurmak istemeyen veya başlangıçta kişisel ilişki kurup da sürdürmeyen ana babasıyla kişisel ilişki kurmak istiyorsa, çocuğun bunun için ayrıca kendi kişisel ilişki kurma hakkına dayanarak mahkemedeki yeni bir ilâm alması gereklidir. Çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına yönelik bu davada çocuğun yararı, hakim tarafından re'sen verilen önceki kişisel ilişki kurulmasına dair ilâmlarda olduğundan farklı olarak ve mevcut koşullar itibariyle yeniden değerlendirilmelidir.

SONUÇ

Başta tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmeler (BM Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m. 9/III – Çocuklarla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair Avrupa Sözleşmesi m. 4) ve son olarak Anayasamızda yapılan düzenlemeyle birlikte (AY m. 41/III) çocuk artık karşılaştırmalı hukuktaki çağdaş yaklaşımlarla da uyumlu olarak kişisel ilişkinin *konusu* olmaktan çıkmış, hakkın *öznesi* haline gelmiştir. Bunun sonucu olarak çocuk ifası istenebilen tam yaptırımli bir hak olarak üstün yararına aykırı olmadıkça ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkına kavuşmuştur. Çocuğa tanınan kişisel ilişki kurma hakkı nihayetinde çocuğa kişisel ilişki kurmama, kişisel ilişki kurmaktan kaçınma hakkını da bahşeder.

110 Oysa babalık davasında çocuğun babasıyla kişisel ilişki kurmakta bir üstün yararı olup olmadığı konusunda bir varsayım üzerinden değil, somut olay üzerinden hareket etmek daha doğru olur. Zira her ne kadar babalık davası ana baba arasındaki sıkı bir çekişmeye işaret etse de, çocuk bu çekişmenin bir tarafı değildir ve onun kişilik gelişimi bakımından iştirak nafakasına hükmetmek suretiyle yalnızca maddi bakımından değil, kişivarlığı bakımından da korunması gerekir. Bu bağlamda babanın ve çocuğun kişisel özellikleri, yaşları, yaşam koşulları, sosyo-ekonomik durumları, vb. üzerinden inceleme yapılarak re'sen kişisel ilişki kurulması yönünde bir karar verilmesi çocuğun gerçek bir baba sevgisi ve ilgisiyle büyüme imkânından mahrum kalmaması yönünden daha yerinde olacaktır. Yargıtay ise babanın bu yönde bir istemi olup olmadığını tespit edemediğimiz bazı kararlarında isabetle velayetin babaya da verilebileceğini, velayetin anaya verilmesi halinde çocuk ile baba arasında kişisel ilişki tesis edilmesi gerektiğine karar vermiştir (Yargıtay 2. HD., E. 2000/6094, K. 2000/6436, T. 16.5.2000 – Kazancı İçtihat Bilgi Bankası – Erişim Tarihi 27.5.2020).

111 İsviçre'de ise bu konuda Çocuk Koruma Dairesi kişisel ilişki kurma yükümünü yerine getirmeyen ana babaya uyarıda bulunabilmekte ve emir verebilmektedir (ZGB Art. 273 II). Lâkin emre uymamanın yaptırımı, kişisel ilişkinin zorla yerine getirilmesi şeklinde değil, emre aykırı davranış kapsamında cünha/kabahat derecesine (StGB Art. 262) indirgenmektedir (Schwenzer, ZGB Art. 273 Rn 23; Büchler, ZGB Art. 273 Rn. 41).

Türk Medenî Kanununda henüz çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin özel bir düzenleme yapılmamış olsa da Anayasanın çocuğa ana babasıyla kişisel ilişki kurma hakkı tanıyan hükmü (AY m. 41/III) hakkın sahibi (çocuk), hakkın yükümlüsü (ana-baba), hakkın konusu (kişisel ilişki kurma) ve hakkı kullanmanın koşulu (çocuğun üstün yararı) belirli olduğundan *doğrudan uygulanabilir* niteliktedir ve hak sahibi bu hakkını *dava yoluyla* koruyabilir. Böylece ayırt etme gücüne sahip çocuklar kişiye sıkı sıkıya bağlı bu haklarını doğrudan *kendileri* kullanabilirler, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocuklar *adına* ise bu hakkı çocuğun üstün yararı mevcut olduğu sürece onların yasal temsilcileri kullanabilecektir. Yasal temsilci ile çocuk arasında bir menfaat çatışması olması halinde ise bu hakkın *çocuk adına* kullanılması kayyım vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Çocuğun ana babasının ise karşı tarafı kişisel ilişkiye zorlayacak şekilde *kendi adlarına* bu hakkı kullanmaları, daha doğrusu karşı taraftan yükümünü yerine getirilmesini istemeleri ise mümkün değildir. Bu arada, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkını ana babası dışında üçüncü kişilere de ileri sürüp süremeyeceği konusunda bir düzenleme olmasa da, bu yasa boşluğunun çocuğun üstün yararı ilkesi ışığında *olağanüstü durumlara münhasır* olmak üzere *üçüncü kişilere* de yaygınlaştıracak şekilde doldurulması gereklidir.

Çocuğun kişisel ilişki kurmak istemesine rağmen, ana babasının veya üçüncü kişinin kişisel ilişki kurmak istememesi halinde kural olarak çocuğun üstün bir yararından söz edilemeyeceği kabul edilebilirse de her somut olay bakımından çocuğun üstün yararının olup olmadığı ayrıca incelenmelidir. Böyle bir üstün yarar, özellikle çocuğun belirli bir kişilik olgunluğuna ulaşması ve kişisel ilişki kurmak istemesi halinde söz konusu olabilir. Keza hayatında ana babasını hiç görmemiş, tanımamış çocuklara da kişisel ilişkinin çocuğa zarar vermeyeceği, başka bir deyişle onun üstün yararına hizmet edeceğinin anlaşıldığı hallerde en azından *bir kez* kişisel ilişki kurma hakkı tanınmalıdır. Böylece bu hak aynı zamanda çocuğun kökenini öğrenme hakkını tamamlayıcı bir işlevi de yerine getirebilecektir. Bu arada bu tür durumlarda hakimin, *uzman görüşünü* de alarak aile bağlarını tesis veya tamir etmeye hizmet edecek şekilde kişisel ilişkinin *gözetim altında* yapılmasına karar vermesi yerinde olacaktır.

Pozitif hukukta çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına yönelik ilâmların icrasına yönelik çocuğu koruyucu özel düzenlemeler olmaması ve hakkın icrasının yalnızca genel hükümler çerçevesinde yapılabilmesi, icra hukukundaki mevcut *araçların* çocuğun kişisel ilişki kurmasına yönelik *amaca uygun* bir şekilde gerçekleştirilmesine izin vermezler. Bu nedenle, çocuğun kişisel ilişki kurma hakkına yönelik ilâmların icrası için çocuğun üstün yararını gözetken yeni yasal düzenlemeler yapılması ve özellikle bu konuda aile arabuluculuğu gibi *alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin* geliştirilmesi çocuğa tanınan kişisel ilişki kurma hakkının amacına hizmet etmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, Çocukların Hakları ve Korunması, Pegem Akademi Yayınları, Ankara 2013.

Alkan, Fatih: “Boşanma Sonrası Ortaya Çıkan Önemli Bir Sorun: Çocukla Kişisel İlişki Kurma (Kurabilme) Hakkı ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri”, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Uluslararası

- Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu, 29-30 Nisan 2019, s. 1-28. https://www.tihk.gov.tr/upload/file_editor/2019/07/156.352.5442.pdf (Erişim Tarihi: 27.5.2020)
- Atar, Yavuz: "Anayasanın Bağlayıcılığı ve Üstünlüğü İlkesi ve Bu İlkenin Anayasada Yer Almasının Hukukî Sonuçları (Anayasa m. 11)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, 1989, s. 181-209.
- Budzikiewicz, Christine: in Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, § 1684-1685 BGB, Hrsg. Stürner, Wolf, 17. Auflage, Beck Verlag, München 2018.
- Büchler, Andrea: in FamKommentar, Scheidung, Band I: ZGB / Band II: Anhänge, ZGB Art. 273, 3. Auflage, Hrsg. Schwenzer, Ingeborg/Fankhauser, Roland, Stämpfli Verlag, 2017, s. 821-847.
- Dede, İsmail: Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişivarlığı Zararlarının Tazmini, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Erlüle, Fulya: "Çocuk ile Kişisel İlişki Kurulması", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 16, Sayı 1-2, 2010, s. 181-200.
- Gottschalk, Yvonne: "Boykottierter Umgang – Zwangsweise Durchsetzung von Umgangsregelungen und Grenzen staatlicher Interventionsmöglichkeiten", Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 7-8, 2007, s. 308-312.
- Grassinger, Gülçin Elçin: "Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 823-846.
- Güven, Aydın: Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına Dair İlamların İcrası, Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- Hennemann, Heike: in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, § 1684 BGB Rn. 1-134, 8. Auflage, Hrsg. Säcker, Franz Jürgen/Roland, Rixecker/Oetker, Hartmut/ Limperg, Bettina, Beck Verlag, München 2020.
- Horndasch, Klaus-Peter: "Das Recht des Kindes auf Umgang", Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 5, 2012, s. 208-212.
- Huber, Christian: Anm. in BVerfG: Verfassungswidrigkeit der zwangsweisen Durchsetzung der Umgangspflicht, Familie Partnerschaft Recht Zeitschrift, Heft 5, 2008, s. 244.
- Kaneti, Selim: "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 53, Sayı 1-4, 1990, s. 199-211.
- Kemper, Rainer: in Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, § 1684 BGB Rn. 1-12, 10. Auflage, Nomos Verlag, 2019.
- Mavi, Ömer: "İcra Takibiyle Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasının Sebepleri, İcrada Uzmanın Rolü ve Çocuğun Durumu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 74, 2008, s. 269-281.
- Özbay, İbrahim: "Türk Hukukunda Çocuk Teslimi ve Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin İlamların İcrası Hakkındaki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Yıl 4, Sayı 2, Ankara 2017, s. 31-110.
- Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Jaeger, Wolfgang: in Familienrecht (Scheidung, Unterhalt, Verfahren) Kommentar, 6. Auflage, Hrsg. Dieter, Heinrich, Beck Verlag, München 2015.
- Schwenzer, Ingeborg: in Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 4. Auflage, Hrsg.: Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Geiser, Thomas, Helbing & Lichtenhahn Verlag, Basel 2011.
- Serdar, İlknur: "Kişisel İlişki Kurma Hakkı", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı: 2007, İzmir 2007, s. 739-781.
- Serozan, Rona: Çocuk Hukuku, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005 (Kısaltma: Çocuk).

- Serozan, Rona: “Yeni Medenî Kanununun Çocuklara (Soybağı Hukukuna ve Çocuk Haklarına) İlişkin Düzenlemesi”, *Bilgi Toplumunda Hukuk*, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt II, Beta Yayınları, Eylül 2003, s. 499-516 (Kısaltma: Yeni).
- Serozan, Rona/Başoğlu, Başak/Kapancı, Kadir Berk: “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt 15, Sayı 2, Özel Sayı Armağan Cilt II, Temmuz 2016, s. 531-560.
- Tanör, Bülent: *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, May Yayınları, İstanbul 1978.
- Uyumaz, Alper/Erdoğan, Kemal: “Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 17, Sayı 1, 2015, s. 119-169.
- Veit, Barbara: in: *Beck’sche Online Kommentar, OK BGB/Veit*, 53. Edition, 1.2.2020, § 1684 BGB Rn. 1-98, Beck Online Kommentar BGB, Hrsg. Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, Beck Verlag, München 2020.
- Vetterli, Rolf: “Das Recht des Kindes auf Kontakt zu seinen Eltern”, *Die Praxis des Familienrechts*, S. 23, Hrsg. Schwenger, Ingeborg/Büchler, Andrea/Cottier, Michelle, Stämpfli Verlag, 2009, s. 23-39.
- Yılmaz, Canan: “Yargıtay Kararları Işığında Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Yıl 35, Sayı 1, 2015, s. 103-141.
- Yüksel, Sera Reyhani: “Üçüncü Kişilerin Çocukla Kişisel İlişki Kurulmasını İsteme Hakkı”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, Aralık 2019, s. 1539-1556.

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Çalışma İlişkilerine Etkisi

The Effect of Law No. 6284 on the Protection of Family and Prevention of Violence Against Women on Labor Relations

Sezgi ÖKTEM SONGU* 
Asiye ŞAHİN EMİR** 

Öz

Anayasa'ya göre, yaşam hakkının, vücut bütünlüğünün ve aile hayatının korunması, kadın-erkek eşitliğinin sağlanması devletin temel amaç ve görevlerindedir. Bu bağlamda, çıkarılan ilk özel yasa olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun 17 Ocak 1998 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu Kanun bazı yönleriyle yetersiz kalmıştır. Bu sebeple, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla 2012 yılında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, daha sonra ise bu Kanun'a İlişkin Uygulama Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir. Ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi amacıyla 6284 sayılı Kanun'da bazı önleyici ve koruyucu tedbirlere yer verilmiştir. Bu tedbirlerden bazılarının doğrudan ya da dolaylı olarak çalışma hayatına etkisi bulunmaktadır. Bu çalışmada, 6284 sayılı Kanun'da yer alan bazı tedbirlerin çalışma hayatında nasıl uygulanabileceği, ne gibi etkiler doğuracağı ve uygulamada yaşanan sorunlar ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: 6284 sayılı Kanun, Kadına karşı şiddet, Koruyucu ve önleyici tedbir, İşyerinin değiştirilmesi, İşyerine yaklaşmama.

Abstract

According to the Constitution, the protection of the right to life, body integrity and family life, and the achievement of equality between men and women are among the main aims and duties of the state. In this context, Law No. 4320 on the Protection of the Family, which was the first private law enacted, entered into force on 17 January 1998. However, this Law was inadequate in some aspects. For this reason, in order to protect women, children, family members who have been exposed to violence or are at risk of violence and those who are victims of unilateral stalking and to prevent violence against these persons, in 2012, The Law No. 6284 on the Protection of the Family and the Prevention of Violence Against Women, and then The Implementation Regulation on this Law has entered into force.

* Dr. Öğr. Üyesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, sezgi.oktem@deu.edu.tr

** Dr. Öğr. Üyesi, İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, asiye.sahinemir@bakircay.edu.tr

In order to protect the family and prevent violence against women, some preventive and protective measures are included in the Law No. 6284. Some of these measures have direct or indirect impact on working life. In this study, how some of the measures in Law No 6284 can be applied in work life, what kind of effects it will have and the problems in practice are discussed.

Keywords: Law No. 6284, Violence against women, Protective and preventive measure, Changing the workplace, Not approaching the workplace.

GİRİŞ

Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişileri ve en temel insan hakkı olan yaşam hakkını korumak, bu kişileri rehabilite etmek, kadın cinayetlerinin son bulması ve kurumlararası iş birliğini sağlamak amacıyla 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Adında “*Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi*” ifadesi yer almasına rağmen, uygulamada genellikle şiddet gerçekleşikten “*sonra*” başvuru yasal bir araç olarak algılanan bu Kanun’un esas itibarıyla temel amaçlarından biri, şiddetin gerçekleşmeden “*önce*” önlenmesidir.

Ülkemizde kadınlar hemen hemen hayatın her alanında şiddete uğramakta ya da şiddete uğrama ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır. Ancak toplumumuzda uzun yıllar kadına yönelik şiddetin aile içi mesele olduğuna ilişkin genel bir anlayışın olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Oysaki kadınlar sadece aile içinde değil; çalışma hayatında da şiddet ile karşı karşıya kalabilmektedirler.

6284 sayılı Kanun’da yer alan tedbir kararlarının hem kamu işverenleri ve hem de özel sektör işverenleri tarafından uygulanabilir nitelikte olması ve uygulanması, kadına karşı şiddetin önlenmesine önemli katkı sağlayacaktır. Örneğin, mahkeme tarafından verilen işyerinin değiştirilmesi yönündeki tedbir kararının işveren tarafından yerine getirilmesi mümkün değilse, kararın verilmesinin herhangi bir önemi olmayacaktır. Zira karar, işveren tarafından yerine getirilemeyecektir.

Bu çalışmada 6284 sayılı Kanun kapsamında korunan kişiler, Kanun’da yer alan tedbirler ve bu tedbirlerin çalışma hayatına etkisi Anayasa Mahkemesi’nin 2006/14613 başvuru numaralı 17.07.2019 tarihli kararı da dikkate alınarak değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. KANUN KAPSAMINDA KORUNAN KİŞİLER

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un¹ 1. maddesinden anlaşılacağı üzere, şiddete uğrayan veya uğrama tehlikesi bulunan² “*kadınlar*”, “*çocuklar*”, “*aile bireyleri*” ve “*tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişiler*”, Kanun kapsamında korunan kişilerdir.

1 RG.: 20.03.2012, S.: 28239.

2 Şiddete uğrama tehlikesinin varlığını tespit etmek güç olduğundan, hükümde tehlikenin açık ve yakın bir tehlike olması gerekliliğine işaret edilmemiş olması eleştirilmektedir. Bkz., **Uğur**, Hüsamettin: “Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012/101, s. 348, 360-361; **Öztürk**, Necla: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 7.

6284 sayılı Kanun, kadının evli olup olmamasına, şiddetin aile içinde gerçekleşme ihtimaline ya da gerçekleşmesine bakılmaksızın tüm kadınları kapsamına almıştır³. Aynı şekilde tüm çocuklar⁴ ile en geniş anlamda aile kavramına dahil bireyler 6284 sayılı Kanun tarafından korunmaktadır⁵. 4320 sayılı Kanun'da (md. 1) sadece aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden söz edilmekteyken, 6284 sayılı Kanun ile korunan kişilerin kapsamı daha geniş tutulmuştur.

Kanun ile ayrıca tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişiler de korunmaktadır. “*Tek taraflı ısrarlı takip*” kavramı, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nde⁶ şu şekilde tanımlanmaktadır: “*Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranışı ifade eder (Uyg. Yön. md. 3/1-ş).*” Bu hüküm göstermektedir ki, 6284 sayılı Kanun ile düzenlenmiş olan koruma tedbirlerinden; aile içi şiddet gören veya şiddet tehlikesi altında olan kadın, çocuk ve aile bireylerinin yanı sıra herhangi bir aile bağı olmaksızın bir başkası tarafından ısrarlı takip mağduru olan kişiler de yararlanabilmektedir. İsrarlı takibin hangi vasıtalarla gerçekleştirildiğinin bir önemi yoktur. Önemli olan ısrarlı takibin, mağdur olan kimse üzerinde bir şiddet uygulanmasına yol açması ve o kimsede bu yolla bir tedirginlik meydana getirmesidir⁷. Takip hâlinin mağdurda ciddi bir korkuya veya endişeye yol açığının kabul edilebilmesi için bu eylemler nedeniyle mağdurun günlük hayatın alışılmış, tekrar eden (rutin) gereklerini yerine getirmede ciddi bir şekilde zorluk çekmesi gerekmektedir⁸. Örneğin, aynı işyerinde çalışan ve bir süre sevgili olan ancak daha sonra ayrılan işçilerden kadın işçinin eski sevgilisi tarafından fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik içinde bulunmasına neden olan fiiller söz konusu olduğunda 6284 sayılı Kanun uygulama alanı bulacaktır⁹.

- 3 **Günay**, Mehmet: “6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y. 3, S. 10, Temmuz-2012, s. 652; **Bölükbaşı**, Özge: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 25; **Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 2017, s. 919; **Lefkur**, Hilal: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019, s. 119-120.
- 4 Şiddete uğrayan çocuğun evlatlık olması, evlilik içi ya da evlilik dışı ilişkiden dünyaya gelmesi gibi farklı hukuki statülerde bulunması da 6284 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından önemli değildir. Bkz., **Sağroğlu**, Mehmet Şerif: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 29.
- 5 **Bölükbaşı**, s. 29.
- 6 RG.: 18.01.2013, S.: 28532.
- 7 **Bölükbaşı**, s. 30-31; **Yağcıoğlu**, s. 928; **Lefkur**, s. 119.
- 8 **Doğan**, Recep: “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 140.
- 9 İngiliz Adalet Bakanlığı'nın savcılar için hazırladığı uygulama talimatında, mağdurun faille karşılaşmamak için işyerine giderken sürekli olarak kullandığı güzergâhı değiştirmesi veya çalışma saatlerini değiştirmesi hallerinde, mağdurun günlük faaliyetlerinin, failin eylemleri sebebiyle esaslı bir biçimde etkilendiğinin ve mağdurun günlük faaliyetlerini yerine getirmede ciddi bir güçlük çektiğinin kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/stalking_and_harassment, (ET.: 05.04.2020).

6284 sayılı Kanun şiddete uğrayan ve uğrama tehlikesi olan herkesi kapsadığı için iş yaşamında da uygulanabilir. İşçilerin de çalışma hayatında şiddet ile karşılaşmaları mümkündür. Çalışma hayatında karşılaşılan fiziksel ve psikolojik şiddeti kapsayan bir üst kavram olan “işyeri şiddeti”¹⁰, çalışan kişinin işi ile ilgili durumlar kapsamında, kişi veya kişiler tarafından tehdit edildiği, zarar gördüğü veya yaralandığı olay, hareket ve davranışı ifade etmektedir¹¹. İş hukukunda tanımlanan psikolojik şiddet ile 6284 sayılı Kanun’da düzenlenen psikolojik şiddet farklıdır. Zira 6284 sayılı Kanun’a göre, “psikolojik şiddetin varlığı”ndan söz edebilmek için eylemlerin sistematik ve uzun vadede devam etmesi gibi bir koşul bulunmamaktadır. Bu sebeple, bir eylemden dolayı zarar veya acı çekme ihtimalinin bulunması, şiddetin meydana gelmesi için yeterli sayılmaktadır. Bu kapsamda şiddete karşı daha hızlı ve etkin bir koruma sağlanması isteniyorsa, 6284 sayılı Kanun hükümlerine başvurulması 4857 sayılı İş Kanunu¹² hükümlerine başvurulmasından çok daha avantajlı olacaktır¹³. Ayrıca belirtmek gerekir ki, İş Kanunu’nda, işyerinde yaşanan veya yaşanması muhtemel psikolojik ve fiziksel şiddete yönelik olarak herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu çerçevesinde gerek fiziksel gerekse psikolojik şiddete yönelik olarak önleyici veya tazmin edici hükümlerin düzenlenmemesi gerekse cinsel tacize karşı çok sınırlı bir koruma sağlanması nedeniyle var olan eksiklikler Türk Ceza Kanunu¹⁴ ve Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun gibi diğer kanunlara başvurularak giderilebilir¹⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, 6284 sayılı Kanun “ailenin korunmasını” ve “kadına” karşı şiddetin önlenmesini amaçlamaktadır. Bu anlamda, çalışma hayatında gerçekleşen bir şiddetin 6284 sayılı Kanun kapsamında kabul edilebilmesi için işyerinde kadına ya da aynı işyerinde çalışan aile bireylerinin birbirlerine karşı yöneltilmesi ya da tek taraflı ısrarlı takip mağduru olunması gerekir. Ancak böyle bir durumda bu Kanun’da düzenlenen tedbirler uygulama alanı bulabilecektir.

II. KANUNDA DÜZENLENEN TEDBİRLER

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da koruyucu ve önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Hâkim tarafından verilebilecek koruyucu tedbir kararları 6284 sayılı Kanun’un 4. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, işyerinin değiştirilmesi, kişinin

10 İşyeri şiddeti genel olarak iki biçimde sınıflandırılabilir; fiziksel şiddet ve psikolojik şiddet. Bu sınıflandırma şiddet uygulanırken kullanılan güç biçimine göre yapıldığından, fiziksel şiddet cinsel şiddeti de içerecek şekilde ele alınır. Bkz., **International Labour Office, International Council of Nurses, World Health Organization, Public Services International Joint Programme on Workplace Violence in the Health Sector: Framework Guidelines for Addressing Workplace Violence in the Health Sector**, Geneva 2002, s. 3.

11 Code of Practice on Workplace Violence in Services Sectors and Measures to Combat This Phenomenon, International Labour Organization Sectoral Activities Programme, MEVSW/2003/11, Cenevre, 2003, s. 4; İşyerindeki şiddet, mağdurun sağlığını bozacak şekilde ciddi ve yakın tehlike taşıyorsa çalışan İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 13. maddesine göre çalışmaktan kaçınabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Erkanlı Başbüyük**, Betül: İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 169-211.

12 RG.: 10.06.2003, S.: 25134.

13 **Tiryakioğlu**, Emine Feyza: Türk Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015, s. 118.

14 RG.: 12.10.2014, S.: 25611.

15 **Tiryakioğlu**, s. 126.

evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi koruyucu tedbir olarak sayılmıştır.

Aynı Kanun'un 5. maddesinde ise hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararlarına yer verilmiştir. Bunlar, şiddet uygulayanların şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması, müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması, çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması, gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması, korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi, korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi, bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi, silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi, korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması, bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması olarak sayılmıştır. Belirtmek gerekir ki, hâkim tarafından şiddet uygulayanlarla ilgili olarak önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilir.

Bu tedbirler birer geçici hukuki koruma niteliğindedir. Bu sebeple, tedbir kararları sürekli sonuç doğuran nihai nitelikte kararlar değildir¹⁶. Ancak bu tedbir kararları, zorlayıcı ve bağlayıcı niteliktedir. Şunu da belirtmek gerekir ki, Kanunda yer alan geçici hukuki koruma niteliğinde olan tedbirler Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda¹⁷ ve Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)¹⁸ yer alan geçici hukuki koruma niteliğindeki tedbirlerinden farklı özelliklere sahiptir¹⁹. 6284 sayılı Kanun'da yer alan tedbirleri diğer geçici hukuki koruma niteliğindeki tedbirlerden ayıran en önemli fonksiyonel farklılık, bu Kanun'da düzenlenen tedbirlerin işin aciliyeti sebebiyle etkin ve seri şekilde uygulanabilmesi mümkünken,

16 **Günay**, s. 651; **Akçaal**, Mehmet: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, Aralık 2013, s. 198.

17 RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

18 RG.: 04.02.2011, S.: 27836.

19 Bkz., **Tıgılı**, Hüseyin: "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2, C. 1, S. 5, Nisan-2011, s. 506-507; **Günay**, s. 650; **Yağcıoğlu**, s. 930.

diğer kanunlarda yer alan tedbirlerin aynı sürat ve çabukluk içinde icraya konulmasının her zaman söz konusu olmamasıdır²⁰.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nde, koruyucu ve önleyici tedbirlerin tanımı yapılmıştır. Yönetmelikteki düzenlemeye göre, her iki tedbir kararına da olayın niteliği dikkate alınarak karar verilmekle birlikte koruyucu tedbir kararı, korunan kişi; önleyici tedbir kararıysa şiddet uygulayan ya da uygulama tehlikesi bulunan kişi hakkında hükmedilebilen tedbirlerdendir (Uyg. Yön. md. 3/1-p). *Koruyucu tedbir kararları*, Kanun kapsamında olan ve şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi olan kişilerin korunması amacıyla verilir²¹. *Önleyici tedbir kararları* ise, şiddet uygulayan kişinin şiddet uygulamaya yönelik davranışlarını önlemek ya da şiddetin tekrarlanmasını engellemek amacıyla verilir²².

Önleyici tedbirlere hâkim tarafından karar verilirken, koruyucu tedbirlere hâkimin yanı sıra mülki amir ve sınırlı hâllerde kolluk amiri karar verebilir. Kolluk amiri verdiği kararı mülki amirin onayına sunar (6284 s. K. md. 3/2)²³. Hâkim, bir veya birden fazla önleyici tedbir kararı alabilir.

Kanunda yer alan düzenlemeye göre, koruyucu tedbir kararı verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmaz. Önleyici tedbir kararı, geciktirilmeksizin verilir. Bu kararın verilmesi, bu Kanun'un amacını gerçekleştirmeyi tehlikeye sokabilecek şekilde geciktirilemez (6284 s. K. md. 8/3). Bu hükümden de anlaşılacağı üzere, Kanunda önleyici tedbir kararları için delil veya belge aranıp aranmayacağına ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiş; sadece geciktirilmeksizin bu kararların alınacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme öğretide tartışılmıştır.

Bir görüşe göre, önleyici tedbir kararlarının şiddet uyguladığı iddia edilen kişinin kişilik haklarına yoğun bir müdahale içermesi nedeni ile bu tedbire hükmedilebilmesi için delil aranmayacağı açıkça yazılmamıştır²⁴.

Bir başka görüşe göre, önleyici tedbir kararları kişi hak ve özgürlükleriyle ilgili önemli sınırlamalar yarattığından ve kötüye kullanılmaya müsait olduğundan, bu tür bir kararın verilebilmesi için

20 Yağcıoğlu, s. 931.

21 Uğur, s. 349; Kahveci, Nalan: "6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları", Ankara Barosu Ulusal Kongre, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013, s. 455. Lefkur, s.123; Kaya Kızılırmak, Cansu: "İstanbul Sözleşmesi'nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun'un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler", 40(2), 2020, s. 642. 6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinde mülki amir ve kolluk kuvveti tarafından, 4. maddesinde hâkim tarafından verilebilecek koruyucu tedbirler düzenlenmektedir.

22 Uğur, s. 351; Kahveci, s. 455; Lefkur, s. 126. 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinde hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları yer almaktadır.

23 "Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evraki en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülki amirin onayına sunar. Mülki amir tarafından kırk sekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar (6284 s. K. md. 3/2)".

24 Ercişkun Şenol, Kübra: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.7, S.13, Haziran 2019, s. 440.

şiddet uygulandığı hususunda delil gösterilmesi gerekir²⁵. Ancak bu durum, kararın verilmesini geciktirmeye yönelik bir sonuç doğurmamalıdır²⁶.

Başka bir görüş tarafından, koruyucu tedbir kararları için delil aranmayacağı açıkça yazılmışken önleyici tedbir kararları için bunun yazılmamış olması nedeniyle, hâkimler tarafından delil aranacağı şeklinde yorumlanarak delil ibraz edilmeyen önleyici tedbir kararları taleplerinin reddedildiği, oysaki her olayın kendi içinde değerlendirilmesi ve somut olaya göre delil olmasa da önleyici tedbire karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir²⁷.

Kanaatimizce, önleyici tedbir kararı verilebilmesi için kesin deliller aranmamalıdır. Şiddetin veya şiddet tehlikesinin varlığına işaret eden emarelerin bulunması yeterli kabul edilmelidir²⁸.

Tedbir kararlarının yerine getirilmesinden ilgili kamu kurumları, şiddete uğrayan ve/veya şiddet uygulayan kişinin işçi olması durumunda ise özel sektör işverenleri sorumludur. Bazı durumlarda kararın uygulanmasında işverenlerin bir sorumluluğu olmamasına rağmen tedbir kararının çalışma hayatı üzerinde etkisi bulunmaktadır. Biz bu çalışmada, 6284 sayılı Kanun'da yer alan tedbirlerden sadece çalışma hayatı üzerinde etkisi bulunanları incelemeye çalışacağız.

III. KANUNDA DÜZENLENEN ÇALIŞMA HAYATINA İLİŞKİN TEDBİRLER VE ETKİLERİ

A. İŞYERİNİN DEĞİŞTİRİLMESİ

1. Genel Olarak

6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinde hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları düzenlenmektedir. Maddenin 1 fıkrasının a bendi ile "işyerinin değiştirilmesi" hâkim tarafından verilebilecek bir koruyucu tedbir kararı olarak düzenlenmiştir. Bu tedbirin uygulanması için şiddetin gerçekleşmiş olması gerekmez. Bu sebeple, şiddete uğrayan ya da uğrama ihtimali olan kişiler bakımından bu tedbire karar verilebilecektir. Zira Kanunun amaçlarından biri de şiddet gerçekleşmeden önce önlenmesidir. Şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişiler çalışıyorlar ise, hâkim, bu kişilerin şiddetten korunması amacıyla işyerinin değiştirilmesine karar verebilir. Şiddet uygulayan kişi, mağduru baskı altında tutmak, denetlemek, korkutmak, tehdit etmek için telefon, e-posta ve diğer yolları kullanarak veya doğrudan ziyaret yoluyla mağduru rahatsız

25 Ceylan, Ebru: "Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/109, s. 36; Bacaksız, Pınar: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunu Kapsamında Kadını Korunması", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması (Editör: Nur Centel), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 26; Sağıroğlu, s. 93; Bölükbaşı, s. 134-135; ayrıca bkz., Kaya Kızılırmak, s. 639-640.

26 Bacaksız, s. 26.

27 Kırbaş Caniklioğlu, Seher: "Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun)", Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, s. 373.

28 Aynı yönde bkz., Öztürk, s.18; Uğur, s. 352; Ceylan, s. 44.

ederek şiddet uygulayabilmektedir²⁹. Böyle bir durumda Kanunda, hâkimin, kişinin muhtemel bir şiddete uğramasının ya da daha evvel gerçekleşen şiddet eyleminin tekrarlanması engellenmesi amacıyla işyerinin değiştirilmesi tedbirine karar verebileceği düzenlenmiştir (6284 s. K. md. 4/1-a). Yönetmelikte, korunan kişinin tabi olduğu mevzuat hükümlerine göre bu tedbire karar verileceği belirtilmiştir (Uyg. Yön. md. 13/1).

Bu tedbir sayesinde, mağdur şiddetten korunmuş olacak ve bunun yanı sıra mesleki yaşamının olumsuz etkilenmesinin, çalışma verimliliğinin düşmesinin, işveren veya çalışma arkadaşlarıyla sorun yaşamasının, işten çıkmasının ya da çıkarılmasının önüne geçilmiş olacaktır³⁰. Korunan kişinin işçi, memur veya serbest meslek sahibi olması bu tedbire karar verilmesi açısından herhangi bir önem arz etmemektedir³¹. Ayrıca belirtmek gerekir ki, korunan kişinin kadın veya erkek olması da önemli değildir.

6284 sayılı Kanun'da da belirtildiği üzere, bir kişi delil veya belge göstermeksizin şiddete uğrayabileceğini nedenleriyle açıkladığı zaman Kanunda yer alan koruyucu tedbirlerden biri olan işyerinin değiştirilmesi tedbirinden yararlanabiliyor olması gerekirken, uygulamada kimi zaman görüldüğü şekli ile delilleriyle ve belgeleri ile bunu ortaya koyan ve haklı talebi olan kadının Kanunda yer alan bu tedbirden mahkemece yararlandırılmaması kabul edilebilir değildir.

Aynı işyerinde çalışan işçilerden birinin kadın işçiye karşı fiziksel ve/veya psikolojik bir şiddet uygulaması söz konusu ise şiddete uğrayan kadın, 6284 sayılı Kanun'da yer alan koruyucu ve önleyici tedbirlerden yararlanmak için hâkime başvurabilir. Hâkim, böyle bir durumda şiddet uygulayan kişinin işyerinin değiştirilmesine karar verebilecektir. Kararı herhangi bir şekilde öğrenen işveren bu koruyucu tedbir kararını uygulayarak korunan kişinin işyerini değiştirir ve aynı zamanda duruma uygun şekilde şiddet uygulayan kişinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. md. 25/II-b, c, d).

Bu koruyucu tedbirin uygulanması ile birlikte mağdurun şiddetten korunmasının yanı sıra mesleki yaşamının ve kariyerinin olumsuz etkilenmesi, çalışma verimliliğinin düşmesi, işveren ve çalışma arkadaşlarıyla sorunlar yaşanması, işten çıkması veya çıkarılması gibi olumsuz sonuçların³² da önüne geçilmiş olunacaktır³³.

29 **Bakırcı**, Kadriye: "Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçları ile Müdahale Edilebilir Mi?", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/2, s. 113-114.

30 **Bakırcı**, s. 113; **Günay**, Mehmet: "6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, C. 1, S. 10, Temmuz-2012, s. 657; **Şahin**, Cihan: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununda Düzenlenen Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", Yargıtay Dergisi, C. 39, S. 1-2, 2013, s. 78.

31 **Sağiroğlu**, s. 87.

32 **Bakırcı**, Kadriye: İş Hukuku Açısından İşyerinde Cinsel Taciz, Yasa Yayınları, İstanbul 2000, s. 31; "Aile içinde şiddetin mağdurun yalnızca özel yaşamını etkilemesi fakat çalışma yaşamını etkilememesi, işyerine yansımaması olanaklı değildir. Şiddete maruz kalan kadının sık sık hastalanması sonucu devamsızlık yapması, işe geç gelmesi, işine yoğunlaşmakta güçlük çekmesi, verimliliğinin düşmesi, iş kazası geçirmesi, işvereni ve çalışma arkadaşlarıyla sorunlar yaşaması sonucu işyerinde çalışma barışının bozulması, işten çıkması veya çıkarılması, kariyerinden vazgeçmesi kaçınılmazdır." Bkz., **Bakırcı**, s. 113-114.

33 **Günay**, s. 657.

Öğretide, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, gerektiğinde “*şiddet uygulayan*”ın işyerinin değiştirilmesine de karar verilebileceği belirtilmiştir³⁴. Buna karşılık, Kanunda ve ilgili yönetmelikte bu koruma tedbirinin bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olduğu açıkça düzenlenmiştir (6284 s. K md. 4/1, Uyg. Yön. md. 13/1-2). Kaldı ki, kanaatimizce şiddet uygulayan kişinin işyerinin değiştirilmesi mağdurun tam olarak korunmasını sağlamayabilir. Zira şiddet uygulayan kişinin, mağdurun iş adresini bilmesi mümkündür. Bu nedenle mağdurun işyerini bilen kişi, çeşitli yöntemlerle mağdura şiddet uygulamaya devam edebilecektir. Oysaki, mağdurun işyerinin değiştirilmesine karar verilmesi durumunda bu kararın yerine getirilmesi gizli olarak³⁵ yapılacağı için mağdura şiddet uygulanması bu gizlilik çerçevesinde engellenebilir.

Bir görüşe göre bu tedbir, şiddet uygulayanla mağdurun aynı işyerinde çalışması hâlinde söz konusu olabilecektir³⁶. Şiddet uygulayan kişinin, mağdurun iş adresini bilmesi durumunda, mağduru rahatsız etmesi korunan kişi ile şiddet uygulayan kişi aynı işyerinde çalışmıyor olsa bile söz konusu olabilir. Bu nedenle kanaatimizce, hâkim tarafından şiddet uygulayan ile mağdur aynı işyerinde çalışmasa bile mağdurun işyerinin değiştirilmesine karar verilebilecektir³⁷. Böylelikle mağdurun kendi işyerinde şiddete maruz kalınmasının önüne geçilebilecektir.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, 6284 sayılı Kanun’un 8. maddesinde, koruyucu tedbir kararlarının “*delil ve belge aranmaksızın*”, önleyici tedbir kararlarının ise “*geciktirilmeksizin*” verilebileceği düzenlenmiştir. Bunun tam tersinin olması gerektiği, yani “*koruyucu tedbir kararları geciktirilmeksizin, önleyici tedbir kararlarının ise delil belge aranmaksızın verilebileceği*” ifadesinin daha uygun olacağı hâkimlerce değerlendirilmektedir. Zira işyeri değişikliğine karar verebilmek için önce birtakım araştırmalar yapılması gerekebilir. Örneğin, mağdurun talebi ile memuriyette başka bir şehre tayin sureti ile işyeri değişikliği yapıldığında, gidilecek yerde uygun kadro olmadığı durumlarda sorun yaşanabilmektedir. Başka bir örnek verecek olursak, zaten işçi çıkarmak isteyen özel sektör işvereni, kadın işçinin eşinin işyerine gelip çıkardığı huzursuzluğu ileri sürerek mağdur kadının işyerini değiştirmek yerine iş sözleşmesini haklı sebeple feshedebilmekte ve bu durum kadın işçi bakımından ikinci bir mağduriyete neden olmaktadır. Tali mağduriyetlere sebep olmamak için bu tür durumlarda öncelikle mahkeme tarafından araştırma yapılması daha sağlıklı olacaktır³⁸.

2. Aile Mahkemesi Tarafından Verilen İşyerinin Değiştirilmesi Kararının Uygulanması

a. Genel Olarak Kararın Uygulanması

Hâkim tarafından, korunan kişinin tabi olduğu ilgili mevzuat hükümlerine göre, kişinin talebinin bulunması hâlinde veya onay alınmak suretiyle, mağdurun işyerinin, hâlihazırda işyerinin bulunduğu

34 Öztürk, s. 12.

35 Bu tedbiri yerine getirecek birim veya kişi gizlilik ilkesi ile hareket etmelidir. Aksi hâlde şiddet uygulayanın, mağdurun yeni işyeri bilgilerini öğrenmesi durumunda bu yöndeki tedbirin alınmasındaki amaç ortadan kalkmış olacaktır. Bkz., Günay, s. 680.

36 Öztürk, s. 12.

37 Aynı yönde görüş için bkz., Kaya Kızılırmak, s. 643.

38 Aile İçi ve Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Kongre Sonuç Raporu, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2018, s. 49-50.

il içinde ya da il dışında değiştirilmesine karar verilebilir (Uyg. Yön. md. 13/1). Örneğin, korunan kişinin memur olması hâlinde hâkim, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu³⁹ ve Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmelik⁴⁰ ve varsa kişiyi istihdam eden kurumların bağlı bulunduğu bakanlıklarca çıkarılan yer değiştirme yönetmelikleri hükümlerine⁴¹ uygun olarak karar vermelidir⁴².

İşyerinin değiştirilmesine ilişkin tedbir kararı, hâkim tarafından korunan kişi bakımından en uygun koşullar göz önüne alınarak yerine getirilmek üzere korunan kişinin işyerine tebliğ edilir (Uyg. Yön. md. 13/2). Karar, yetkili kurum veya kişi tarafından yerine getirilmelidir (Uyg. Yön. md. 13/3). Örneğin, şiddet mağdurunun işçi olması durumunda işveren tarafından, devlet memuru olması durumunda atamaya yetkili amir tarafından tedbir kararının gereği icra edilecektir. Kararın amacını ortadan kaldırmamak için söz konusu yetkili kişi ve kurumların gizlilik içinde hareket etmesi şarttır⁴³. Zira şiddet uygulayanın, mağdurun yeni işyeri bilgilerini öğrenmesi durumunda bu yöndeki tedbirin alınmasındaki amaç ortadan kalkmış olacaktır⁴⁴. İşyeri değiştirilmesine dair tedbir kararının kaldırılması hâlinde de karar işyerine tebliğ edilir (Uyg. Yön. md. 13/3).

Hâkim tarafından işyeri değişikliğine kararı verilebilmesi için işverenin birden fazla işyerinin bulunup bulunmadığı hususunun belirlenmesi özellikle kamu işverenleri ve birden fazla işyeri olduğu bilinen özel sektör işverenleri dışında kalan diğer işverenler tarafından kararın uygulanabilirliğini etkilemektedir. 6284 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, koruyucu tedbir kararının verilebilmesi için şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmamaktadır. Bu hüküm gereğince kanaatimizce hâkim bu koruma tedbirine ilişkin karar vermeden önce işverenin birden fazla işyerinin olup olmadığı konusunda tereddüt bulunması hâlinde bir araştırma faaliyetine girebilir. Ancak bu araştırma faaliyeti, kararın alınmasını hiçbir şekilde geciktirmemeli ve gizliliği ortadan kaldırmamalıdır. Bu anlamda, bu koruma tedbiri kararı verilmeden önce en azından tedbir talebinde bulunan kişinin görüşü alınabilir. Zira mevcut düzenleme nedeniyle, bu araştırma yapılmadan verilen işyeri değişikliği kararının uygulanabilirliğinin söz konusu olmadığı durumlarda karar ile ulaşılmak istenen amaç elde edilemeyecektir. Bu nedenle Kanun'da sadece işyeri değişikliğine ilişkin bir koruma tedbirinin yer alması, kadının ya da aile bireylerinin korunmasını etkin bir şekilde sağlamamaktadır.

Diğer taraftan 6284 sayılı Kanun'da, yetkili merci ya da kişinin işyeri değiştirme tedbirini icra etmemesi veya edememesi durumunda nasıl bir yaptırımın söz konusu olacağı düzenlenmemiştir⁴⁵.

39 RG.: 23.07.1965, S.: 12056.

40 RG.: 25.06.1983, S.: 18088.

41 Örneğin, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliği, md. 17/2'ye göre, "8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca hakkında adli makamlarca iş yerinin değiştirilmesine ilişkin koruyucu tedbir kararı alınan personelin atama talebi, bulunduğu bölgenin zorunlu çalışma süresini tamamlamışsa bir üst bölge veya alt bölgelerde bir yere, tamamlamamışsa bölge içerisinde veya bulunduğu il içerisinde başka bir yere atanmak üzere değerlendirilir."

42 Bölükbaşı, s. 130.

43 Günay, s. 680.

44 Günay, s. 680.

45 Günay, s. 679-680; Özer, Hatice Duygu: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

Kanaatimizce, hükmün etkili koruma getirmesi için tedbir kararının ilgilisi tarafından yerine getirilmemesinin/getirilememesinin sonuçlarının neler olacağı Kanunda ayrıca düzenlenmelidir. Bu anlamda, örneğin, işverenin başka bir işyeri olmaması nedeni ile işyeri değişikliğine ilişkin tedbir kararını uygulayamaması durumunda işveren tarafından mağdurun uzaktan çalışma yapmasına imkân sağlanması, Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri (ŞÖNİM) desteği ile alternatif işyeri bulunması (6284 s. K. md.14/2) ya da devlet tarafından mağdura geçici olarak mali destek sağlanması gibi alternatif çözümlere Kanunda yer verilmesi gerektiği görüşünderiz. Hâli hazırda alternatif bir çözüm öngörülmediği için işverenin tek bir işyerinin bulunduğu durumlarda bu tedbir kararının uygulanması fiilen imkânsız olduğu için “kararı uygulayamaması” bakımından işverenin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır. Bu durumda, işverenin iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini alması açısından sorumluluğu ise devam etmektedir⁴⁶. Bununla birlikte, kanaatimizce, mahkeme kararını tebliğ alan işveren söz konusu tedbir kararının tarafınca uygulanmasının imkânsız olduğunu kararı alan mahkemeye bildirmelidir.

İşverenin bilerek ve isteyerek koruyucu tedbir kararını uygulamaması durumunda ise Kanunun 13. maddesinde düzenlenen zorlama hapsinin uygulanması mümkün değildir. Zira söz konusu hükümde hakkında tedbir kararı verilen şiddet uygulayan kişinin bu yaptırıma maruz kalacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca, zorlama hapsi, koruyucu tedbir kararlarına aykırılık hâlinde uygulanamaz. 6284 sayılı Kanun'un 3. ve 4. maddelerinde düzenlenen koruyucu tedbir kararları ile niteliği gereği şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kişilerin korunması amaçlanmaktadır. Kanun'un 5. maddesindeki yükümlülükler gibi doğrudan bir yükümlülük yüklediğinden, şiddet failinin doğrudan doğruya bu kararın gereklerine aykırı davranması mümkün değildir⁴⁷. Ancak işverenin kasıtlı olarak bu tedbir kararını yerine getirmemesi durumunda hukukî ve cezaî sorumluluğunun doğacağı açıktır.

Öte yandan, mahkeme tarafından alınan tedbir kararının gereğinin işveren tarafından yerine getirilmesine rağmen yeni işyerine gitmek istemeyen çalışanın Kanunun 8. maddesinin 2. fıkrası gereğince koruma tedbirinin kaldırılmasını mahkemeden talep etmesi gereklidir. İkinci bir mahkeme kararı olmaksızın çalışanın yeni işyerine gitmemesi devamsızlık olarak değerlendirilebilecek ve buna bağlı hukuki sonuçlar söz konusu olabilecektir.

b. Konuya İlişkin Anayasa Mahkemesi'nin K.Ş. Başvurusu Kararının Değerlendirilmesi

Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, sınıf öğretmeni olan başvuru, boşandığı eski eşi ile aynı ilçede çalışmaktadır. Başvuru, 2015 yılının Nisan ayında boşandığı eski eşi tarafından darp edilmiş ve aynı yılın Aralık ayında bıçaklanmıştır. Başvuru 2015 yılının Nisan ayında boşanma davası açmış ve aile mahkemesinden koruma talebinde bulunmuştur. Mahkeme bu

Kapsamında Verilen Tedbir Kararlarının İş Hukukuna Yansıması”, 2. Uluslararası Kadın ve Hukuk Kongresi, C. 2, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2019, s. 1180.

46 İşyerinde gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması kapsamında 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi gereğince işverenin hukuki sorumluluğu bulunmaktadır.

47 Bkz., Uğur, s. 355-356; Kahveci, s. 461; Yağcıoğlu, s. 955, dn. 53.

tedbirin uygulanmasına karar vermiş; sonrasında verilen kararlarla da söz konusu tedbirlerin süresi uzatılmıştır. 2016 yılında başvurunun ve çocuğunun kimlik bilgileri ile adresinin gizlenmesine karar verilmiştir. Şiddet gören başvurucu çalıştığı yerdeki il milli eğitim müdürlüğüne başvurarak can güvenliğinden endişe etmesi sebebiyle görev yerinin değiştirilmesi talebinde bulunmuştur. Konunun iletildiği Millî Eğitim Bakanlığı, 2015 yılının Haziran ayında 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işyerinin değiştirilmesi talebine ilişkin koruyucu tedbir kararı sunulmadığından talebi reddetmiştir. Şiddet gören başvurucu, 2016 yılının Mayıs ayında aile mahkemesine başvurarak işyerinin değiştirilmesine karar verilmesini talep etmiş⁴⁸; mahkeme, işyeri değişikliği talebinin idari mahiyette olduğu gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Bunun üzerine başvuru, can güvenliğinin tehlikede olduğunu, eski eşi tarafından bıçakla yaralama dâhil birçok şiddet olayına maruz kaldığını ve işyeri değişikliği talebinin reddedilmesinin yaşam hakkı ile kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında, *“Başvurucunun can güvenliğinin tehlikede olduğunu somut temellere dayalı olarak açıklayarak önce çalıştığı kuruma daha sonra yargı makamlarına iletmış olmasına karşın, Millî Eğitim Bakanlığı ve Aile Mahkemesinin şiddet mağduru başvurucuyu korumaya yönelik tedbirleri sağlama yönündeki pozitif yükümlülüklerine uygun hareket etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu durumda başvurunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirildiğinden söz edilemez. Kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna, bu hakkın ihlal edildiğine, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmak üzere karar örneğinin gönderilmesine ve başvurucuya 10 bin lira manevi tazminat ödenmesine karar verilmiştir⁴⁹.”* sonucuna ulaşmıştır. Söz konusu kararda 6284 sayılı Kanun'a, Devlet Memurlarının Yer Değiştirme Suretiyle Atanmalarına İlişkin Yönetmeliğin 14/A maddesine⁵⁰ ve Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne (İstanbul Sözleşmesi)⁵¹ dayanılmıştır.

48 *“Başvurucu söz konusu dilekçede; boşanma davası açtığını, ancak çocukla babanın şahsi ilişki kurması kararı yerine getirilirken eşinin kendisini darp ettiğini, ölümlü tehdit ettiğini, daha sonra evinden eşyasını almaya gittiği sırada da bıçaklayarak yaraladığını belirtmiştir. Başvurucu, çalıştığı okula gitmek için her gün kullandığı güzergâhı eski eşinin de kullandığını, maaş aldığı bankanın, ilçe millî eğitim müdürlüğünün ve yaşantısını sürdürmek için ihtiyaç duyduğu yerlerin eşinin çalıştığı yere çok yakın olduğunu, bu sebeple sürekli korku içinde olduğunu ve can güvenliğinden endişe ettiğini, eşiyile aynı ilçede çalışmasının mümkün olmadığını belirtmiştir.”* (K.Ş. Başvurusu, AYM 17.07.2019, 2016/14613, RG.:10.09.2019, S.: 30884, prg. 13).

49 AYM 17.07.2019, 2016/14613, RG.:10.09.2019, S.: 30884.

50 *“Memurun can güvenliği mazeretine dayanarak yer değiştirme talebinde bulunabilmesi için; kendisinin, eşinin veya bakmakla yükümlü olduğu çocuklarından birinin bulunduğu yerde kalmasının can güvenliğini tehdit altında bırakacağından adli veya mülki idare makamlarından alınacak belgeyle belgelendirmesi gerekir. Can güvenliği mazeretine dayalı olarak yapılacak yer değişikliğinde memur; aynı hizmet bölgesi içindeki başka bir hizmet alanına, görev yaptığı hizmet bölgesinde ihtiyaç bulunmaması halinde ise diğer hizmet bölgelerine atanabilir. 8/3/2012 tarihli ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca hakkında adli makamlarca işyerinin değiştirilmesine ilişkin koruyucu tedbir kararı alınan memur, aynı hizmet bölgesi içindeki başka bir hizmet alanına, görev yaptığı hizmet bölgesinde ihtiyaç bulunmaması halinde ise diğer hizmet bölgelerine atanabilir.”* (K.Ş. Başvurusu, prg. 23).

51 RG.: 08.02.2012, S.: 28227.

Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği üzere temel haklar yönünden devletin etkili bir hukuk sistemi kurma yönünde pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu çerçevede kararda da “*Kanun koyucu tarafından ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalan veya uğrama tehlikesi altında olan kişinin gecikmeksizin korunması amacıyla Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle (bkz. § 24) belirlenen standartlara uygun olarak 6284 sayılı Kanun hükümleri ihdas edilerek yürürlüğe konulmuştur. 6284 sayılı Kanun kapsamında şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esaslar ile yaptırımların düzenlendiği görülmektedir. Buna göre devletin koruma yükümlülüğü çerçevesinde gerekli yasal altyapının oluşturulduğu ve şiddete uğrayanların veya şiddete uğrama tehlikesi bulunanların korunması yönünden kurulan hukuk sisteminin yetersiz olmadığı anlaşılmaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Semra Özel Üner, § 39; A.Z.Ö., § 76; Ö.T., § 32).*” tespiti yapılmıştır.

Başvuru konusu olayda 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrası ve 10. maddesinin 7. fıkrasında şiddet mağdurunun işyerinin tedbiren değiştirilebileceğine dair açık hükümler bulunmasına ve başvurucunun aile mahkemelerinin konuya dair emsal kararlarını sunmasına karşın İzmir 7. Aile Mahkemesi tarafından talebin idari mahiyette olduğu belirtilerek, talep reddedilmiştir. Başvurucuya boşandığı eski eşi tarafından yöneltilen davranışlar dikkate alınarak ilk derece mahkemesi tarafından başvurucunun içinde bulunduğu ciddi can güvenliği risklerine dair hiçbir somut açıklama, değerlendirme ve gerekçe ortaya konulmadığı anlaşılmıştır. Buna göre, Anayasa Mahkemesi tarafından karardaki gerekçelerin başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı bağlamında ilgili ve yeterli olmadığı sonucuna varılmıştır. Başvurucunun can güvenliğinin tehlikede olduğunu somut temellere dayalı olarak açıklayarak önce çalıştığı kuruma daha sonra da yargı makamlarına iletmış olmasına karşın, Millî Eğitim Bakanlığı ve İzmir 7. Aile Mahkemesi'nin şiddet mağduru başvurucuyu korumaya yönelik tedbirleri sağlama yönündeki pozitif yükümlülüklerine uygun hareket etmedikleri ifade edilmiştir. Anayasa Mahkeme sonuç itibarıyla, bizce de isabetli olarak, başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkı kapsamında devlete ait pozitif yükümlülüklerin gereği gibi yerine getirilmediğini belirterek, Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

3. İşyerinin Değiştirilmesine Yönelik Koruyucu Tedbir Kararının Özellikleri

Aile mahkemesi hâkimi, mülki amir veya kolluk amiri, şiddetin uygulandığına dair delil ve belge aramadan Kanunda kendilerine tanınan koruyucu tedbirlere hükmedebilecektir (6284 s. K., md.8/3, md. 3/2). Daha önce de belirttiğimiz gibi bu tedbir kararlarının verilebilmesi için mağdurun iddiası yeterlidir ve herhangi bir delil ve belge aranmamaktadır. Hatta afaki ve soyut iddialar içeren bir dilekçe veya beyan bile yeterlidir⁵². Bu tedbir kararları, şiddet uygulayan kişi dinlenmeden ve deliller toplanmadan bile verilebilir⁵³. Hâkim bazı durumlarda hiçbir belge ve delil olmadan tedbir kararı verebileceği gibi, soyut bir iddia karşısında tedbir kararı da vermeyebilecektir. Ancak konunun

52 Yağcıoğlu, s. 947; Şenol, s. 436.

53 Öztürk, s. 13.

hassasiyeti göz önünde bulundurularak hâkim tarafından şiddet ihtimali konusunda en küçük bir olasılık bulunması hâlinde uygun tedbir kararına hükmedilmelidir⁵⁴. Bu nedenle tedbir kararlarının kötüye kullanılması mümkündür⁵⁵. Bu kötüye kullanmanın önüne geçmek de mahkemelerin görevidir⁵⁶. Örneğin, bulunduğu ilden tayinini isteyen ama bir türlü bunu gerçekleştiremeyen kadın memur ya da çalıştığı işyerindeki ortamı sevmeyen işverenden işyeri değişikliği talebine olumlu cevap alamayan bir işçi, bu tedbirleri, taleplerinin gerçekleşmesine aracı kılmaya çalışabilecektir. Bu durumda, söz konusu kişiler tarafından bu tedbir kararları kötüye kullanılmış ve şiddet uyguladığı ya da uygulama ihtimali bulunduğu iddia edilen kişiler de mağdur edilmiş olacaktır. Bu sebeplerle, hükmün kötüye kullanımını önlemek amacıyla, hâkimler somut olayı değerlendirmelidir. Bunun dışında söz konusu kötüye kullanma devlet memuru tarafından gerçekleştirilmiş ise hakkında disiplin soruşturması açılabilir (657 s. K. 125/B-d, C-1). Bu durum ayrıca TCK'nın 288. maddesi⁵⁷ anlamında bir suçtur. Gerçeğe aykırı şekilde işyeri değişikliği tedbir talebinde bulunan işçinin iş sözleşmesinin ise işveren tarafından doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranışta bulunması nedeniyle haklı nedenle feshedilebileceği görüşündeyiz (İş K. md. 25/II-a).

4. Aile Mahkemesinin Verdiği İşyerinin Değiştirilmesi Kararının İşverenin Yönetim Hakkı Kapsamında Değerlendirilmesi

İşverenin yönetim hakkı, iş hukukunun özel kaynakları arasında son sırada yer alır. İşveren, Anayasa'ya⁵⁸ (AY.), kanuna, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olmamak kaydıyla yönetim hakkı kapsamında işçilere iş görülmesinde talimat verebilir⁵⁹. İşveren tarafından işin görülmesine ilişkin verilecek olan talimatlar, işyerinde ifa edilen işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağına, işin yöntemine ve tekniğine ilişkindir⁶⁰.

54 Öztürk, s. 13-14.

55 Düzenlemenin kötüye kullanılma riski olsa da çoğu şiddet olayında bir delil göstermenin güçlüğü ve ciddiye alınmayarak müdahale edilmeyen olayların bir facia ile sonuçlanması riski karşısında son derece isabetli bir düzenleme olduğu yönündeki görüş için bkz., Uğur, s. 361.

56 Öztürk, s. 13.

57 TCK md. 288 "Görülmekte olan bir davada veya yapılmakta olan bir soruşturmada, hukuka aykırı bir karar vermesi veya bir işlem tesis etmesi ya da gerçeğe aykırı beyanda bulunması için, yargı görevi yapanı, bilirkişiyi veya tanığı hukuka aykırı olarak etkilemek amacıyla alenen sözlü veya yazılı beyanda bulunan kişi, elli günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılır."

58 RG.: 09.11.1982, S.: 17863 (Mükerrer).

59 Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981, s. 14; Süzek, Sarper: "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, (Yönetim Hakkı), s. 227; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 79; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Basım, İstanbul 2019, s. 264; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara, 2019, s. 19.

60 Taşkent, s. 43; Süzek, Yönetim Hakkı, s. 227; Süzek, s. 79; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 263-264; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 18; Sur, Melda: "İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C. 21, 2019, s. 2284; Balkır, Zehra Gönül: "İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlamalar", <http://www.etiksempozyumu.sakarya.edu.tr/etik/2.2/Balkir.pdf>, (ET.: 10.04.2020), s. 199.

Kural olarak, işyeri değişikliği işverenin yönetim hakkı kapsamında gerçekleşir ve bu değişiklik çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilebilecek nitelikteyse İş Kanunu'nun 22. maddesindeki⁶¹ esaslar dikkate alınarak uygulanabilir. Konumuz açısından önemli olan bir başka husus, aile mahkemesinin vermiş olduğu işyeri değişikliği kararının işverenin yönetim hakkına müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğidir. Aile mahkemesi, işyeri değişikliği kararını, 6284 sayılı Kanun'un md. 4/1-a hükmüne dayanarak vermektedir. İşveren, yönetim hakkını kullanırken İş Kanunu dışındaki diğer kanunlara da uygun davranmak zorundadır. İşverenin yönetim hakkı mutlak değildir. Bu hakkı etkileyebilecek çeşitli sınırlamalar mevcuttur. Bu sınırlamalar arasında çalışanların temel hakları önemli bir yer tutmaktadır. Bu husus çağdaş dünyamızda üzerinde önemle durulan bir konudur⁶².

Anayasa'da yer alan hükümler devletin temel kuruluşları yanında kişileri de bağlamaktadır. Bu durumun sonucunda bu hükümlerin özel hukuk alanında da uygulanmaları nedeniyle, iş hukuku ve işverenin yönetim hakkını sınırlayan öğelerin başında pozitif hukuk kuralları olarak Anayasa ve kanunlar gelir⁶³. Daha önce de belirttiğimiz üzere, işverenin yönetim hakkı çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında en alt sırada yer aldığından; bu hak, kendisinden üstte yer alan tüm iş hukuku kaynakları tarafından da sınırlandırılmış ve/veya sınırlandırılabilir. İşveren, yönetim hakkının üstünde yer alan hukuk kaynaklarına aykırı bir biçimde yönetim hakkını kullanamayacak, ancak bu kaynaklarda düzenleme getirilmediği hallerde, talimat verme yetkisinden yararlanabilecektir⁶⁴.

6284 sayılı Kanun'da yer alan tedbirler, Kanun kapsamında olan kişilerin şiddete karşı korunması amacı taşır. İşyeri değişikliğine ilişkin tedbir kararı da bu niteliktedir. Bu anlamda, söz konusu tedbir ile aynı zamanda Anayasa'da yer alan kişi dokunulmazlığı, kişinin maddi ve manevi varlığı (AY. md. 17), kişi hürriyeti ve güvenliği (AY. md. 19), özel hayatın gizliliği ve korunması (AY. md. 20) ve çalışma hakkı (AY. md. 48)⁶⁵ ile Türk Borçlar Kanunu (TBK md. 412) çerçevesinde işçinin kişiliği de korunmuş olur. Kanaatimizce, hâkim tarafından 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının a bendinde belirtilen koruma tedbiri kararı verilmesi ile işverenin otoritesi dışında bir işyeri değişikliği gerçekleşmiş olduğundan bu durum işverenin yönetim hakkına müdahale olarak

61 İş K. md. 22, "İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekilde uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21 inci madde hükümlerine göre dava açabilir."

62 **Sur**, s. 2283.

63 **Balkır**, s. 201.

64 **Süzek**, s. 80-81; **Balkır**, s. 201.

65 Temel hakların yatay ilişkilerde uygulanabilirliği için bkz., **Soyer**, M. Polat: Genel İş Koşulları, İstanbul 1987, s. 164; **Poroy**, M. Akif: "Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği", İstanbul Barosu Dergisi, Y. 2006, C. 80, S. 3, s. 1005 vd.; **Kılıçarslan İsfen**, Sibel: "Alman Hukuku Işığında Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırının Dolaylı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 1, S. 1, s. 194; **Öktem Songu**, Sezgi: "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat SOYER'e Armağan, C:15, Özel Sayı, İzmir 2014, s. 614 vd. ve orada zikredilen yazarlar.

değerlendirilebilecektir. Ancak bu müdahale kanundan kaynaklandığı için hukuka uygundur. Zira kanun koyucu tarafından aile mahkemesi hâkimine belirli şartların gerçekleşmesi durumunda işyeri değişikliği yapılmasına karar verme yetkisi verilmiştir. Burada işverenin yönetim hakkı, normlar hiyerarşisine göre bu hakkın üzerinde yer alan Kanun hükmü ile hâkimin takdir hakkı çerçevesinde sınırlandırılmıştır.

B. KORUNAN KİŞİLERE VE BULUNDUKLARI YERLERE YAKLAŞMAMA

6284 sayılı Kanun'da çalışma hayatını etkileyen önleyici bir tedbire de yer verilmiştir. Kanunun 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, hâkim tarafından, şiddet uygulayanın, korunan kişiye, konutuna, okuluna, işyerine ve korunan kişinin bulunabileceği sair yerlere yaklaşmamasına karar verilebilir (6284 s. K. md. 5/1-c, Yön. md. 17/1-c, md. 20)⁶⁶. Bu önleyici tedbir kararı, şiddet uygulayan kişi bakımından verilecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, şiddet uygulayan ya da uygulaması ihtimal dâhilinde olan kişi ile mağdur aynı işyerinde çalışıyorsa, hâkimin işyerine yaklaşmama kararı vermek yerine, eğer mümkünse mağdurun işyerinin değiştirilmesine karar vermesi daha uygun olacaktır. Yaklaşmama tedbirinin amacı, şiddet uygulayan kişinin şiddet mağdurunun yaşam alanına girerek güvenliğini tehdit etmesini önlemektir. Hâkimin bu tedbir kararına başvurabilmesi için kişinin şiddet uyguladığı veya uygulama tehlikesinin bulunduğu hususunda bazı olguların bulunması gereklidir⁶⁷. Örneğin, işyerine gelerek kişiyi arkadaşlarının önünde rencide etmesi bu tedbire hükmedilmesi için gerekli ve yeterli haklı nedenler arasında sayılabilecektir⁶⁸. İşçi, kendisine şiddet uygulayan hakkında işyerine yaklaşmama kararı aldırılmışsa, bu kararı çalıştığı işyerine vermeli ve durumdan işvereni haberdar etmelidir. Aksi hâlde, durumdan haberi olmayan işverenin sorumluluğu doğmayacaktır.

Öte yandan bu tedbirin çalışma hayatına etkisini iki farklı yönden ele almak gerekir: Bu anlamda da şiddet mağdurunun ve şiddet uygulayanın işçi olup olmadığına göre uygulanan tedbirin iş hukukundaki sonuçları çeşitlilik gösterebilecektir. İşyerinde çalışan diğer kişiler tarafından mağdura şiddet uygulanırsa ya da şiddet uygulayan kişinin mağdurun işyerine gelerek şiddet uygulaması söz konusu olursa, bu durumda işverenin sorumluluğu doğabilir. Zira, işveren çalışanın sağlığını ve güvenliği korumak amacıyla gerekli önlemleri almalıdır⁶⁹. Ayrıca, şiddet uygulayan kişinin mağdurun işyerine yaklaşmaması yönünde aile mahkemesi tarafından alınan bir karar varsa bu konuda bilgi sahibi olan işveren bu kararın gereğini de yapmakla yükümlüdür.

66 “Silivri Aile Mahkemesinin (Mahkeme) 28/8/2015 tarihli kararı ile başvuru hakkında – yaklaşık bir yıl birlikte yaşadığı S.E. isimli kadının şikâyeti üzerine – 6284 sayılı Kanun’un 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasının a, c, f bentleri uyarınca beş ay süreyle geçerli olmak üzere lehine tedbir istenen S.E.ye karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmamasına, S.E.yi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesine, lehine tedbir istenenin bulunduğu konuta, okula ve işyerine yaklaşmamasına karar verilmiştir.” (Emre Türkmen Başvurusu, AYM, 04.04.2019, 2016/2100, RG.: 07.05.2019, S.: 30767, prg. 8).

67 Sağiroğlu, s. 93.

68 Biçkin, İnci: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da Düzenlenen Geçici Hukuksal Koruma Önlemleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006, s. 1455.

69 Özer, s. 1183.

Mağdur ile şiddet uygulayan kişinin aynı işyerinde çalışması durumunda, şiddet uygulayan kişinin işyerinde çalışan diğer bir işçi olan mağdura sataşması, onu rahatsız etmesi söz konusu olursa işveren şiddet uygulayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir (İş K. md. 25/II-d). Yine de böyle bir durumda aile mahkemesi işyerine yaklaşmama kararı da vererek şiddet mağdurunu korumaya yönelik tedbir alabilecektir.

Hakkında işyerine yaklaşmama kararı verilen işçinin işe gelmemesi durumunun iş ilişkisine etkisinin de incelenmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin vermiş olduğu bir karara göre, "İzmir 2. Aile Mahkemesi'nin 2013 tarihli kararı ile davacının aynı iş yerinde çalışan eşine 200 metreden fazla yaklaşmaması konusunda tedbir kararı verildiği belirtilmektedir. Tanıkların da davacının eşi ile birlikte davalı şirkette çalışmakta olduğunu, eşine yaklaşmaması konusunda mahkemece tedbir kararı verildiğini kaydetmişlerdir. Aynı iş yerinde oldukları için bu karar üzerine davacının yıllık izin kullanmak istediğini, ancak personel şefinin yıllık izin kullanmaması, 2-3 gün gidip kafasını dinlemesini söylediği ifade edilmiştir. Davacının 2 gün sonra işe geri döndüğünde işten çıkarıldığını söylediğini beyan ettiği gözetildiğine davacının bildirilen ve tutanak ile tespit olunan tarihlerde iş yerinde olmaması davacı yönünden haklı ve zorlayıcı nitelikte bir sebebe dayanmaktadır. Bu sebeple işverence yapılan feshin haklı sebebe dayandığı kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir"⁷⁰.

Karara konu olayda, şiddet uygulayan işçinin kendi kusuru nedeniyle işyerine yaklaşmama yönünde tedbir kararı verilmiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin kararında belirtildiği üzere yaklaşmama kararı devamsızlık için haklı ve zorlayıcı nitelikte bir sebep olarak görülemez. Bununla birlikte uzaklaştırma kararının uygulanamayacağı kadar küçük bir işyerinde çalışılması durumunda, tedbir kararını ihlal etmek istemeyen şiddet uygulayan işçinin işe gelmemesi durumunda ne olacağı ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Böyle bir durumda, iş sözleşmesinin devamsızlık nedeni ile değil; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/III bendi gereğince feshedilmesi yerinde olacaktır. Ayrıca 6284 sayılı Kanun'un 9. maddesinin 1. fıkrasında yer alan "Bu Kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebilir." hükmüne uygun olarak şiddet uygulayan bu gerekçe ile tedbire itiraz edebilecektir.

C. MAHKEME TARAFINDAN GEÇİCİ MADDİ YARDIM YAPILMASINA VE NAFAKAYA KARAR VERİLMESİ

6284 sayılı Kanun'da yer alan koruyucu tedbirlerden biri de diğer kanunlarda yapılacak yardımlar saklı kalmak kaydıyla⁷¹ korunan kişilere geçici maddi yardım yapılmasıdır (6284 s. K. md. 3/1-b). Şiddet mağduru olan kişinin maddi yardıma muhtaç olduğunu beyan etmesi ya da somut olayda mülk amirin böyle bir durumun varlığını tespit etmesi hâlinde bu tedbir kararı alınmalıdır. Böylece,

70 Yarg. 22. HD., 27.02.2017, 2017/5602 E., 2017/3902 K., <https://www.kararara.com>, (ET.: 14.04.2020).

71 Burada diğer kanunlarla ifade edilmek istenen 2022 sayılı 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Güçsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Kanun (RG.: 10.07.1976, S.: 15642), 2828 sayılı Sosyal Hizmetler Kanunu ile 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu'dur. (RG.: 14.06.1986, S.: 19134).

ekonomik yönden şiddet uygulayana bağlı olan ve korunan kişinin, geçiminin sağlanması için tekrar şiddet uygulayana muhtaç olması önlenmiş olacaktır⁷².

Kanun hükümlerine göre geçici maddi yardım yapılmasına karar verilmesi hâlinde, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlinde bu tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır (6284 s. K. md. 17/1).

Bu ödemeler, Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanır. Yapılan ödemeler, şiddet uygulayandan tebliğ tarihinden itibaren bir ay içinde tahsil edilir. Bu şekilde tahsil edilemeyenler, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edilir (6284 s. K. md. 17/2).

6284 sayılı Kanun'da geçici maddi yardıma hak kazanacak olan şiddet mağdurunun ekonomik durumunun ne olması gerektiğine ilişkin açık bir ifadeye yer verilmemiştir. İlgili maddede sadece şiddet mağduru olan kişinin maddi yardıma muhtaç olduğunu beyan etmesi ya da somut olayda mülki amirin böyle bir durumun varlığını tespit etmesi hâlinde, bu tedbire karar verileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, farklı uygulamaların ortaya çıkmasına neden olabilecek niteliktedir. Bu sebeple, öğretide mağdurun ekonomik durumuna ilişkin olarak Kanunda açık bir ifade yer alması gerektiği bu sayede, şiddet mağduru olan kişinin herhangi bir gelire ya da aylığa hak kazanıp kazanmadığının araştırılmasının ya da genel sağlık sigortasında uygulanan gelir testi benzeri bir testten geçirilerek bu kişiye gerektiği miktarda geçici yardım yapılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁷³. Böylelikle, şiddet mağdurlarının maddi durumlarına göre daha adil bir yardım yapılmış olacaktır⁷⁴.

6284 sayılı Kanun'da koruyucu tedbir niteliğinde olan geçici yardım dışında, hâkimin Kanunda belirtilen diğer tedbirlerle birlikte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu⁷⁵ hükümlerine göre nafakaya karar verebileceği düzenlenmiştir. Şiddet uygulayan işçi hakkında böyle bir tedbir kararı verilmesi durumunda, nafaka alacağının işçinin ücretinden nasıl kesileceği meselesinin incelenmesi gerekir. İş Kanunu'nun 35. maddesine göre, işçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hâkim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dâhil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır. Bu hüküm nedeniyle, aile mahkemesi tarafından karar verilen nafaka alacağının hepsi, işveren tarafından işçinin ücretinden kesilebilir. Ancak aynı durum geçici maddi yardım bakımından geçerli değildir. Zira İş Kanunu'nda sadece nafaka alacağı için böyle bir istisnaya yer verilmiştir. Bu sebeple, geçici maddi yardım için yapılacak kesinti ücretin dörtte birinden fazla olmamalıdır⁷⁶.

72 Günay, s. 660.

73 Özer, s. 1178.

74 Özer, s. 1178.

75 RG.: 08.12.2001, S.:24607.

76 Özer, s. 1185. Ayrıca İş Kanunu kapsamı dışındaki işçiler için bkz., Deniz İş Kanunu (RG.: 29.04.1967, S.: 12586) md. 32,

IV. TEDBİR KARARLARINA AYKIRILIK HALİNDE UYGULANAN YAPTIRIMIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirince verilen önleyici tedbirlere, şiddet uygulayan veya uygulama ihtimali bulunan kişinin aykırı davranması zorlama hapsi yaptırımına tabi tutulmuştur. 6284 sayılı Kanun'daki düzenlemeye göre, tedbirin ihlali hâlinde, fiil başka bir suç oluştursa bile ihlal edilen tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim kararıyla şiddet uygulayana üç günden on güne kadar zorlama hapsi uygulanacaktır (6284 s. K. md. 13/1).

Konumuz açısından incelenmesi gereken husus, hakkında zorlama hapsi kararı verilen kişinin işçi olması durumunda hapis süresinin iş ilişkisine etkisinin ne olacağıdır. İş Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi durumunda işveren iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirilebilir (İş K. md. 25/II-g). Bununla birlikte, işçinin devamsızlığı hakkında zorlama kararı verilmesine dayandığı için bu hükme esas alınarak iş sözleşmesinin feshinin yerinde olmayacağı kanaatindeyiz. Hâkim tarafından söz konusu zorlama hapsi üç günden on güne kadar uygulanabilecektir. Zorlama hapsinin üç-yedi gün arasında bir süre olarak hükmedilmesi hâlinde fiili imkânsızlık nedeniyle işçiye iş göremediği için ücret ödenmeyecektir. Ancak taraflar arasındaki iş ilişkisi devam edecektir. Bununla birlikte zorlama hapsi kararının yedi günden fazla bir süre için verilmesi hâlinde işçinin iş sözleşmesinin 4857 sayılı Kanun'un madde 25/III'e⁷⁷ göre zorlayıcı nedenle feshi söz konusu olabilecektir. Nitekim Yargıtay 9 Hukuk Dairesi de vermiş olduğu bir kararda "*Davacı işçi işyeri dışında işlenen bir suç sebebiyle kesinleşen cezanın infazı için cezaevine girmiş ve bu nedenle devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından feshedilmiştir. Davacı tarafından açılan bu davada ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinde bulunmuş, mahkemece bildirim süresi beklenmeksizin iş sözleşmesinin feshedildiği gerekçesiyle her iki tazminatın kabulüne karar verilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/III. maddesi ile işçiyi işyerinde bir haftadan fazla süreyle çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması işveren tarafından derhal fesih hakkı tanımakta olup, somut uyuşmazlıkta davacının iş sözleşmesinin feshi, belirtilen madde kapsamında değerlendirilmelidir. Feshin dayandığı kanun maddesine göre davacının kıdem tazminatına hak kazandığı yönündeki kabul isabetli ise de ihbar tazminatının reddi gerekirken hüküm altına alınması hatalıdır*⁷⁸." sonucuna varmıştır.

Şiddet uygulayan ve şiddet mağdurunun aynı işyerinde çalıştığı durumlarda zorlama hapsi sonucunu doğuran ihlâl şiddet uygulayanın İş Kanunu'nun 25/II-d maddesi uyarınca sataşma olarak nitelendirilebilecek bir söz veya davranışa dayanıyorsa şiddet uygulayan işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir.

⁷⁷ Türk Borçlar Kanunu md. 410.

⁷⁷ Hakkında zorlama hapsi kararı verilen kişinin gemi adamı olması durumunda iş sözleşmesi Deniz İş Kanunu'nun 14. maddesinin 1. fıkrasının b bendi gereğince haklı nedenle feshedilebilir. Aynı Kanununun 20. maddesi gereğince gemi adamı kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.

⁷⁸ Yarg. 9. HD., 25.04.2019, 2017/10423 E., 2019/9733 K., <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/>, ET.: 07.10.2020.

Öte yandan öğretide, zorlama hapsinin söz konusu olduğu durumlarda işveren tarafından işçinin iş sözleşmesinin feshi yerine işçiye ücretsiz izin verilmesi, yıllık izni varsa bu iznin kullandırılması ya da daha sonra telafi çalışma yaptırılması gibi alternatiflerin uygulanabileceği belirtilmiştir⁷⁹. Kanaatimizce, söz konusu durum, Kanun hükmü gereğince işverene fesih hakkı vermekle birlikte işverenin isterse işçinin iş sözleşmesini feshetmeyip iş ilişkisini devam ettirebilmek amacıyla diğer alternatif yöntemleri uygulamasına engel değildir.

SONUÇ

2012 yılında 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile önemli düzenlemeler getirilmiş ve Kanunun kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Kanunda, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerle ilgili koruyucu tedbirlere ve bu kişilere şiddet uygulayan veya şiddet uygulama ihtimali bulunan kişilerle ilgili önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Bu tedbir kararlarından bazıları, çalışma hayatını doğrudan veya dolaylı olarak etkileyebilmektedir.

Kanunda önemli düzenlemeler yer almakla beraber eksiklerin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Örneğin, Kanun kapsamında olan kişi şiddete uğruyor ve çalışıyorsa, hâkim koruyucu tedbir niteliğinde olan işyeri değişikliğine karar verebilir. Böyle bir durumunda, işverenin bu tedbir kararını yerine getirmesi mümkün değilse ya da işveren herhangi bir haklı gerekçe olmaksızın bu tedbiri uygulamazsa, bu durumun sonuçlarının ne olacağına dair Kanunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu gibi eksiklerin giderilmesi Kanunun işlerliğini artıracak ve şiddetin önlenmesi amacı yerine getirilebilecektir.

Ayrıca unutmamak gerekir ki, Kanunlarda yer alan düzenlemeler ne kadar eksiksiz olursa olsun, Kanunun gerektiği gibi uygulanmaması, Kanun ile güdülen amaca ulaşmayı imkânsız hâle getirmektedir. Bu nedenle, hayatın her alanında şiddetin önüne geçilebilmesi için ilgili kamu veya özel kesim işverenleri ile kurum ve kuruluşların 6284 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeleri eksiksiz bir şekilde uygulaması şarttır.

KAYNAKÇA

- Aile İçi ve Kadına Karşı Şiddetle Mücadele Kongre Sonuç Raporu, Polis Akademisi Yayınları, Ankara 2018.
- Akçaal**, Mehmet: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi", Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, Aralık 2013, s. 193-219.
- Bacaksız**, Pınar: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunu Kapsamında Kadını Korunması", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması (Editör: Nur Centel), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 13-37.
- Bakırcı**, Kadriye: "Aile İçi veya Birlikte Yaşayanlar Arasındaki Şiddete İş Hukuku Araçları ile Müdahale Edilebilir Mi?", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/2, s. 111-120.

79 Özer, s. 1187.

- Balkır**, Zehra Gönül: “İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılmasında Etik Sınırlamalar”, <http://www.etiksempozyumu.sakarya.edu.tr/etik/2.2/Balkir.pdf>.
- Biçkin**, İnci: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da Düzenlenen Geçici Hukuksal Koruma Önlemleri”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 4, 2006, s. 1449-1460.
- Bölükbaşı**, Özge: 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Kadının ve Aile Bireylerinin Korunması, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- Ceylan**, Ebru: “Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2013/109, s. 13-54.
- Çelik**, Nuri/**Caniklioğlu**, Nurşen/**Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 32. Bası, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Doğan**, Recep: “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, Ankara Barosu Dergisi, 2014/2, s. 137-154.
- Ercoskun Şenol**, Kübra: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.7, S.13, Haziran 2019, s. 423-459.
- Erkanlı Başbüyük**, Betül: İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Günay**, Mehmet: “6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, C. 1, S. 10, Temmuz-2012, s. 647-686. http://www.cps.gov.uk/legal/s_to_u/stalking_and_harassment <https://www.kararara.com> <https://www.sinerjimevzuat.com.tr>
- International Labour Office**: International Council of Nurses, World Health Organization, Public Services International Joint Programme on Workplace Violence in the Health Sector: Framework Guidelines for Addressing Workplace Violence in the Health Sector, Geneva 2002.
- Kahveci**, Nalan: “6284 Sayılı Kanun Kapsamında Tedbir Kararları”, Ankara Barosu Ulusal Kongre, Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013, s. 451-466.
- Kaya Kızılırmak**, Cansu: “İstanbul Sözleşmesi’nin Genel İlkeleri Işığında 6284 Sayılı Kanun’un 4. Maddesi Uyarınca Hakim Tarafından Verilebilecek Koruyucu Tedbirler”, 40(2), 2020, s. 625-655.
- Kılıçarslan İsfen**, Sibel: “Alman Hukuku Işığında Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 1, S. 1, s. 193-208.
- Kırbaş Caniklioğlu**, Seher: “Kadınlara Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesine Dair Ulusal ve Uluslararası Mevzuat (İstanbul Sözleşmesi ve 6284 sayılı Kanun)”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/3, s. 357-378.
- Lefkur**, Hilal: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2019.
- Mollamahmutoğlu**, Hamdi/**Astarlı**, Muhittin/**Baysal**, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, Cilt 1 Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 3. Baskı, LYKEION Yayınları, Ankara, 2019.
- Öktem Songu**, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat SOYER’e Armağan, C:15, Özel Sayı, İzmir, 2014, s. 609-650.
- Özer**, Hatice Duygu: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Kapsamında Verilen Tedbir Kararlarının İş Hukukuna Yansımı”, 2. Uluslararası Kadın ve Hukuk Kongresi, C. 2, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2019, s. 1177-1187.
- Öztürk**, Necla: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 1, 2017, s. 1-32.

- Poroy**, M. Akif: “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, İstanbul Barosu Dergisi, Y: 2006, C. 80, S. 3, s. 1005-1012.
- Sağiroğlu**, Mehmet Şerif: Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Soyer**, M. Polat: Genel İş Koşulları, İstanbul, 1987.
- Sur**, Melda: “İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, Özel Sayı: Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, 2019, s. 2281-2308.
- Süzek**, Sarper: “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kural’a Armağan, Ankara 1998, s. 225-232, (Yönetim Hakkı).
- Süzek**, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, Beta Basım, İstanbul 2019.
- Şahin**, Cihan: “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanununda Düzenlenen Koruyucu ve Önleyici Tedbirler”, Yargıtay Dergisi, C. 39, S. 1-2, 2013, s. 67-94.
- Taşkent**, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.
- Tıgılı**, Hüseyin: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da Yer Alan Tedbirler ve Bunların Uygulanması”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 2, C. 1, S. 5, Nisan-2011, s. 487-538.
- Tiryakioğlu**, Emine Feyza: Türk Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2015.
- Uğur**, Hüsamettin: “Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2012/101, s. 333-366.
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı: Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, 2017, s. 913-966.

İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi

The Rest Break of the Employee's In Labour Law

Sevil DOĞAN* 

Öz

İş hukukunda işçinin çalışma ve dinlenme süreleri, işin düzenlenmesi içerisinde yer almakta ve işçinin maddi ve manevi varlığının korunmasını amaçlamaktadır. Sosyal devlet ilkesinin bir uzantısı olan işçilerin sağlığının korunması, işgücünün de korunmasına hizmet ettiğinden kamusal nitelikli kurullarla koruma altına alınmıştır. İşçinin ara dinlenmesi, günlük çalışma süresi içinde işine mola vererek dinlenmesine imkân sağlamaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesi, günlük belirli çalışma süresi olan işçiler bakımından ara dinlenmesi sürelerini öngörmüşse de, değişen ve özellik gösteren çalışma ilişkileri bakımından farklı bir biçimde ele alınmalıdır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle İş Kanununun ara dinlenmesine ilişkin getirdiği düzenlemeler yargı kararları ışığında incelenmiş ve daha sonra ara dinlenmesi bakımından özellik gösteren çalışmalar irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ara dinlenmesi, Çalışma süresi, Çocuk ve genç işçiler, Tele çalışma, Antraktlı çalışma.

Abstract

In labour law the working and rest periods of employees included in the regulation of the work and serve the purpose of protecting the physical and moral existence of them. The protection of employees' health, which is an extension of the social state principle, is protected by public rules, as it also serves to protect the workforce. Rest breaks of the employees allow the employees to take a break from work during the daily working period.

Although the rest breaks regulated in Article 68 of the Labor Code No.4857 foresee rest breaks for employees with a certain daily working period, they should be handled differently in terms of changing and specific working relations. For this reason, in our study, first of all, the regulations of the Labor Code regarding the rest breaks were examined in the light of judicial decisions and then the studies showing special features in terms of rest breaks were examined.

Keywords: Rest break, Working time, Children and young employees, Telework, Entracte Work

* Dr. Öğr. Üyesi, Manisa Celal Bayar Üniversitesi Salihli İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü, sevil.dogan@cbu.edu.tr

I. ARA DİNLENMESİ

A. Ara Dinlenmesi Kavramı ve Ara Dinlenme Süreleri

1. Ara Dinlenmesi Kavramı ve Anlamı

İşçinin işverene emeğini sunması sınırsız değildir. İşçinin sağlığının korunması için iş hukukunda çalışma süreleri sınırlandırılmakla birlikte çeşitli asgari dinlenme sürelerine de yer verilmiştir. Sosyal Devlet ilkesinin bir gereği olarak Anayasa'nın 50/III. maddesinde, çalışanlara dinlenme hakkı tanınmış; kapsamı ve içeriğinin Kanunla düzenleneceği belirtilmiştir. İşçinin günlük dinlenme süresi, hafta tatili, bayram tatili, yıllık izinleri ile dinlenme süreleri bu amaca hizmet etmektedir. Ara dinlenmesi, günlük çalışma süreleri içinde işçilere dinlenmeleri ve yemek, içmek gibi temel ihtiyaçlarını giderebilmeleri için verilen, fiilen çalışmadıkları bir süreyi ifade etmektedir.

4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesinde günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere ara dinlenmesi verileceği öngörülmektedir. Ara dinlenmesi, günlük çalışma süresi içinde işin belirli bir süreliğine de olsa işçi açısından durmasını sağlamaktadır. Uygulamada, 'yemek molası', 'çay molası', 'kahve molası' şeklinde de ifade edilen ara dinlenmesi, sadece bu amaçlarla değil, diğer kişisel ihtiyaçları karşılamak, ibadet etmek, ebeveynin çocuğunu okuldan alması gibi sebeplerle de kullanılabilir¹. Türk hukuku bakımından ne şekilde isimlendirildiğinden ziyade ara dinlenmede önemli olan nokta, işçinin dinlenmesini sağlaması ve günlük çalışmasının belirli bir süre de olsa durmasıdır.

İşçinin çalışma süresinin azami olarak belirlenerek günlük, haftalık, yıllık dinlenme sürelerinin tanınması, sosyal bir hak olduğu kadar işçinin sağlığı ile yakından ilgilidir. Nitekim çalışma süresinin ayrılmaz bir parçası olan ara dinlenmesi, hem işçi sağlığı ve güvenliği bakımından önem arz etmekte hem de işletmenin korunmasına hizmet etmektedir². Yapılan araştırmalar, çalışma süresi içinde günlük ara dinlenmenin ertelendiği veya ara vermeksizin çalışılan işlerin işçinin yorgunluğunu kümülatif bir biçimde etkilediği; konsantrasyonunu düşürerek iş kazası riskini arttırdığı ve işçinin mental ve fiziki sağlığını olumsuz etkilediğini ortaya koymaktadır³. Yargıtay kararlarında da işçinin yemek ve zaruri ihtiyaçları için ara dinlenme yapmadan çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı ve ara dinlenmenin insan bedeni ve ruhu için vazgeçilmez olduğu ifade edilmektedir⁴.

1 ILO, Rest Periods: Definitions and Dimensions, 2016; https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/publications/WCMS_491374/lang-en/index.html Erişim Tarihi: 10.09.2020.

2 **Tuluğu, Binnur**, "Ara Dinlenmesinde Yapılan Çalışmanın Ücretlendirilmesi", SİCİL Eylül 2012, s. 96; **Ghosheh, Naj**, Remembering Rest Periods in Law: Another tool to limit excessive working hours, Conditions of Work and Employment Series, no.78, International Labor Office, Geneva, 2016, s. 7.

3 **Deloitte Centre for Strategy and Evaluation Services**, Report to the European Commission DG for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities on a Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation, Brussels 2010, s. 38 vd. https://www.bundesaerzteammer.de/fileadmin/user_upload/specialdownloads/Studie.pdf Erişim Tarihi: 16.09.2020.

4 "Somut olayda, her ne kadar mahkemece tanık anlatımlarına dayanılarak davacının hafta içi 07.30-16.30 saatleri arasında; Cumartesi günü de 07.30-13.00 saatleri arasında çalıştığı kabulüyle fazla mesai alacağı belirlenmişse de, davacının hiç ara dinlenme yapmadan çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu gözetilmeden ara dinlenme süresi düşülmeden sonuca gidilmiş olması hatalı olmuştur." 22. HD. T. 22.06.2016 E. 2015/10862 K. 2016/18790, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi: 18.12.2018. "...Hükme esas bilirkişi raporunda günlük 3 vardiya üzerinden 9 saat çalıştığı belirtilen davacının ara

2. Ara Dinlenmesi Süreleri

Gerek Türk Hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta ara dinlenmesi süreleri, işçinin çalışma süresine göre kademeli olarak belirlenmiştir. İşçinin çalışma süresi uzadıkça, daha fazla risk altına gireceğinden ara dinlenmesi süreleri daha da uzayacaktır. İş Kanununun 68/I. maddesine göre ara dinlenmesinin süresi;

- Dört saat ve daha kısa süreli işlerde onbeş dakika,
- Dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar olan işlerde yarım saat (yedibuçuk saat dahil)
- Yedibuçuk saatten fazla olan işlerde ise bir saattir.

Söz konusu hüküm nispi emredici mahiyette olduğundan, işçi lehine toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş sözleşmeleri ile işçiye daha uzun ara dinlenmesi süreleri de kararlaştırılabilecektir⁵. Ayrıca İş Kanununun 63. maddesine dayanılarak çıkarılan Çalışma Süreleri Yönetmeliği 3. maddesinde, “Ara dinlenmeleri, iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak, yirmidört saat içinde kesintisiz oniki saat dinlenme süresi dikkate alınarak düzenlenir.” hükmünü getirerek daha genel düzenlemiştir. İşçinin gündüz ya da gece çalışması, vardiyalı veya denkleştirme esasıyla iş görmesi günlük çalışma süresi bakımından farklılık yaratmadığından işçiye Kanunun düzenlediği şekilde ara dinlenmesi verilmesi zorunludur⁶.

Kanunun azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerine uygun bir biçimde belirlediği ara dinlenmesi süreleri, işçinin çalışma süresine göre belirlenmekte ve bu süreler uzadıkça ara dinlenmesi süreleri üç kademeli olarak artmaktadır. Ancak ülkemiz gerçekleri göz önüne alındığında işçilerin pek çoğu azami günlük ve haftalık çalışma sürelerinin de üzerinde saatlerde çalışmaktadır. İşçinin günde on bir saatten fazla hatta on dört, on beş saat çalışması durumunda işçinin ara dinlenme süresinin ne kadar olacağı Kanunda düzenlenmediğinden Yargıtay, işçinin günlük çalışma süresi azami on bir saat ile sınırlandırıldığını belirterek Kanunun getirdiği bir saatlik ara dinlenme süresini yedi buçuk saat ile on bir saat arasındaki çalışmalarda uygulamakta; on bir saat ile on dört saat arasında çalışan işçi için bir buçuk saat; on dört saat ve üzeri çalışmalarda iki saat ara dinlenmesi verileceği yönünde kararlar vermektedir⁷. Yeni tarihli bir kararında Yargıtay, işçinin 08.30-23.00 saatleri arasında on dört buçuk

dinlenme yapmaksızın çalıştığı kabul edilmiştir. İşçinin bu süre içinde yemek ve diğer insani ihtiyaçları için ara vermeden çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır.” 9. HD.T. 11.06.2012 E. 2011/42773 K. 2012/20219, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 12.12.2018. Aynı yönde 9. HD. T. 15.11.2006 E. 2006/9953 K. 2006/30186, www.kazanci.com.tr; 9. HD. T. 29.12.2011 E. 2009/40758 K. 2011/50190, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:12.12.2018. “...Davacı santral binasında güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olup yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçlar için 9 saat süren çalışmada bir, 15 saat süren çalışmada da 1,5 saat ara dinlenme yapmadan çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle ara dinlenme yapmadan aralıksız çalıştığı kabulü yerinde değildir.” 9. HD T. 03.05.2007 E.2006/17647 K.2007/14046, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:18.12.2018.

5 **Süzek, Sarper**, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019, s. 806; **Narmanlıoğlu, Ünal**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 675; **Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra**, Bireysel İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020, s. 369.

6 **Ekonomi, Münir**, “Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanununda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı”, Legal İş Hukuku Dergisi, C.11 S.42, 2014, s. 22-23.

7 “... Davacı tanığı ...ın beyanı uyarınca davacının kış döneminde 08:00-18:00 arası 1 saat ara dinlenme ile, yaz döneminde ise 08:00-21:00 arası 1,5 saat ara dinlenme ile çalıştığı kabulü ile davacının fazla çalışma ücreti talebinin buna göre

saat çalıştığını, bunun karşılığında üç saat ara dinlenme verilmesi gerektiğini ifade etmiştir⁸. Başka bir kararda on altı saat çalışan işçinin ara dinlenmesinin iki saat olması gerektiği belirtilmiştir⁹.

Doktrinde, Kanunda yer almayan ve Yargıtay içtihadı ile geliştirilmiş ara dinlenme sürelerine ilişkin uygulama eleştirilmektedir. İş hukukunda çalışma sürelerine azami sınır getirilmesinin amacı, işçinin sağlığı ve iş güvenliğinin korunması iken, yargı kararlarında işçinin günlük azami çalışma süresi olan on bir saatin üzerindeki çalışmaları geçerli kabul ederek, ara dinlenmesi süresi tanınması, fazla çalışma olarak kabul edilmesi gibi uygulamaların, kanuna aykırı olan bu çalışmaları bir anlamda hukuka uygun hale getirdiği savunulmaktadır¹⁰. *Şahlanan* ise, bu görüşün teorik açıdan haklılığı konusunda kuşku duyulamayacağını, ancak fiili durumda işçinin on bir saatin üzerinde çalışma süresinin bulunduğu durumlarda sadece Kanunun öngördüğü bir saatlik ara dinlenmesi ile yetinilmemesi gerektiğini, bu nedenle Yargıtay içtihadının işçinin korunması amacına hizmet ettiğini belirtmektedir¹¹.

Bazı işletmelerde 24 saat faaliyet devam ederken, aynı işçinin 24 saat boyunca aralıksız iş görmesi, fiziken olduğu kadar hukuken de mümkün değildir. Bu nedenle işçilerin vardiyalı olarak çalıştırılması esası benimsenmiş; bir anlamda işçilerin azami çalışma sürelerine uygun olacak çalışma esası ortaya çıkmıştır¹². İş Kanununun 69/IV, V. maddesinde postalar halinde işçi çalıştırılmasının esaslarına yer verilmiş ve aynı zamanda “*Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*”¹³ çıkarılmıştır. Yönetmelikte 24 saat durmaksızın çalışan

değerlendirilmesi dosya kapsamına daha uygun olacaktır...” 22. HD. T. 13.07.2020 E. 2017/23741 K.2020/9437, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020. Aynı yönde 9. HD. T.14.06.2020 E. 2017/16818 K.2020/5618, www.yargitay.gov.tr Erişim tarihi:16.09.2020; 9. HD. T.10.03.2020 E. 2016/15718 K.2020/4040, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:17.09.2020; 22. HD. T. E. 2016/6412 K.2019/4545, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:17.09.2020. “...*Somut uyumsuzlukta, salt davalı tanık ifadelerine itibar edilerek, yaz sezonu için günlük 14 saat olarak belirlenen çalışma süresinden 2 saat yerine 4 saat, kış sezonu için günlük 10 saat olarak belirlenen çalışma süresinden 1 saat yerine 2,5 saat ara dinlenme süresi düşülerek yapılan fazla çalışma hesabı hatalıdır...*” 9. HD. T.14.11.2019 E.2017/12454 K.2019/19950, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:18.09.2020.

8 “...*Somut uyumsuzlukta, 08:30-23:00 saatleri arasında yapılan görevin niteliği de gözetildiğinde bu çalışmadan günlük en az 3 saat ara dinlenmesi düşülmesi gerektiğinin gözetilmemesi, kabule göre, hatalıdır.*” 9. HD. T.17.05.2018 E. 2018/4794 K. 2018/11034, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 17.09.2020. Aynı yönde 9. HD. T. 12.09.2019 E. 2017/11892 K.2019/15793, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:18.09.2020.

9 “...*Somut olayda, davacı hafta içi vardiyalı olarak 08.00-16.00 , 16.00-24.00 saatleri arasında çalıştığını, hafta sonları ise 16 saat aralıksız çalıştığını iddia ederek fazla çalışma ücret alacağı talebinde bulunmuştur. Tüm tanık beyanlarına göre davacının davalı iş yerinde haftanın 5 günü 8 saat, 1 günü ise 16 saat çalıştığı anlaşılmaktadır. 8 saat çalışmalarda yarım saat, 16 saat çalıştığı çalışmalarda ise 2 saat ara dinlenmesi düşülerek davacının haftalık çalışma süresi ve buna bağlı olarak da fazla çalışma süresi ve ücretinin hesaplanması gerekirken ara dinlenme düşülmeden hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibarla hüküm kurulmuş olması doğru olmamıştır...*” 22. HD. T.16.05.2019 E.2017/22381 K.2019/11010, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:21.09.2020.

10 **Ekonomi**, s. 30-33.

11 **Şahlanan, Fevzi**, “Günlük 11 saati Aşan Çalışmalarda Ara Dinlenmesi”, *Tekstil İşveren Dergisi* 98, S. 414, Ağustos 2015, s. 2 vd. Aynı yönde **Süzek**, s. 807; **Hafizoğlu, Ece Sıla**, “Çalışma Süreleri”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15 S.1 Ocak 2016, s. 151.

12 **Süzek**, s. 778; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 1237; **Ekmekçi, Ömer**, “4857 sayılı İş Kanununda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 20, S.1, Ocak 2006, s. 48-49; **Hafizoğlu**, s. 142.

13 RG. T.07.04.2004 No. 25426.

işyerlerinde işçilerin en az üç posta şeklinde çalıştırılması gerektiği düzenlenmiş ve 10. maddesinde postalar halinde çalıştırılan işçilere ara dinlenmesinin İş Kanununun 68. maddesindeki esaslar çerçevesinde verileceği hükme bağlanmıştır.

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 31/II. maddesinde, her çalışanın azami çalışma süresinin kısıtlanarak günlük ve haftalık dinlenme süreleri ile yıllık ücretli izin hakkı olduğu vurgulanmış; bununla birlikte belgede işçinin ara dinlenmesi süresine yer verilmemiştir. İşçinin çalışma sürelerine ilişkin bir diğer önemli belge ise Avrupa Birliği'nin 2003/88/EC sayılı Çalışma Süreleri Direktifi'dir. Üye Devletler için asgari ara dinlenmesi, günlük, haftalık dinlenme süreleri ve yıllık izin ve azami haftalık çalışma sürelerini öngören Direktif, 4. maddesi ile ara dinlenmesini düzenlemekte ve ulusal düzenlemelerle ya da bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile Üye Devletlerin çalışma süresinin altı saatten uzun olduğu durumlarda işçinin ara dinlenmesi süresine ilişkin düzenlemeler yapacaklarını öngörmektedir. Bu anlamda Direktif, işçinin ara dinlenmesi hakkını tanımakta; ancak süresini ve içeriğini belirleme yetkisini Üye Devletler'in inisiyatifine bırakmaktadır. Avrupa Birliği hukukundan farklı olarak Türk hukukunda dört saatten daha az çalışmış işçilere de ara dinlenmesinin verileceği düzenlendiğinden daha işçi lehine olduğu sonucuna varılabilecektir¹⁴.

Alman Çalışma Süreleri Kanunu (*Arbeitszeitgesetz – ArbZG*¹⁵) §2'de işçinin çalışma süresi tanımlanmış ve açıkça ara dinlenmesinin, çalışma süresine dahil olmadığı ifade edilmiştir. § 4'de ise, 4857 sayılı İş Kanununa benzer bir biçimde çalışma süresinin uzunluğuna göre ara dinlenmesi süreleri öngörülmüş ve günlük altı ila dokuz saat arasındaki çalışma süreleri için en az 30 dakika ve dokuz saatten fazla çalışma saatleri için 45 dakika ara dinlenme verileceği düzenlenmiştir. İlgili hüküme günlük çalışma süresi altı saatin altında kalan çalışmalar için ara dinlenmesi süresi getirilmemiştir. Ara dinlenmesi süreleri, her biri en az 15 dakikalık periyotlara bölünebilir; ancak işçi ara vermeden art arda altı saatten fazla çalıştırılamaz.

Diğer Üye Devletlere bakıldığında yaptıkları ulusal düzenlemelerle asgari ara dinlenmesi sürelerinin 10 dakika ile 60 dakika arasında değiştiği; Almanya, Norveç, İsveç'in de içinde bulunduğu çoğu ülkede ise ortalama 30 dakika olduğu görülmektedir¹⁶. Ara dinlenmenin ne zaman kullanılacağına ilişkin ise pek çok Avrupa Birliği ülkesi, ulusal düzenlemelerle veya işletmenin kendi iç kuralları ile bu hususu düzenlemekte; Almanya'da olduğu gibi Avusturya'da da ara dinlenmesinin en geç arka arkaya yapılmış altı saatlik çalışmadan sonra kullanılması gerektiği; 30 dakikalık bir molanın ikiye veya en fazla üçe bölünebileceğini öngörülmektedir¹⁷. Benzer olarak Fransız İş Kanunu, asgari 20 dakikalık ara dinlenmesinin bölünemez olduğunu ifade etmektedir¹⁸.

14 Hafizoğlu, s. 150.

15 07.08.1996 (BGBl. I S. 1246), Kanunun tam metni için <https://www.gesetze-im-internet.de/arbschg/ArbSchG.pdf> Erişim Tarihi: 01.10.2020.

16 Eurofound, Rest breaks from work: Overview of regulations, research and practice, Publications Office of the European Union, 2019, s. 3-4.

17 Arbeitszeitgesetz (AZG), StF: BGBl. Nr. 461/1969, § 11, Kanunun tam metni için <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10008238> Erişim Tarihi: 01.10.2020.

18 Code du Travail § L3121-33, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000.006.072050/LEGISCTA000.006.195766?isSuggest=true#LEGIARTI000.038.610166, Erişim Tarihi: 01.10.2020.

B. Ara Dinlenmesinin Kullandırılması

İşveren yönetim yetkisine dayanarak ara dinlenmesinin işçi tarafından ne zaman kullanılacağını belirler. Esas itibarıyla ara dinlenmesi ile günlük olarak iş görme borcunu yerine getiren işçinin belirli bir süre dinlendirilmesi ve işe belirli bir süre ara vermesi, sonrasında tekrar işe dönmesi amaçlandığından işveren bunu çalışma süresinin ortalama bir zamanında kullandırmalıdır; işçinin işe geç gelmesi veya işten erken çıkması şeklinde kullandırılan bu süreler, ara dinlenmesinin amacı ile çelişir mahiyettedir¹⁹.

İş Kanununun 68. maddesi gereği, işverenin yönetim hakkına dayanarak ara dinlenmesini tüm işçilere aynı anda kullandırabileceği gibi, nöbetleşe veya gruplar halinde ya da sırayla kullandırabilmesi mümkündür²⁰. Örneğin, işyeri öğle arası şeklinde bir uygulama ile kapatılmıyorsa öğlen saatlerinde de açıksa, işçiler öğle yemeği yemek için dönüşümlü olarak ara dinlenmelerini kullanacaklardır. Özellikle 24 saat faaliyetin durmadığı işyerlerinde o postadaki tüm işçilerin aynı anda ara dinlenmesi vermesi mümkün olmadığından Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği 10/II. maddesinde “İşin niteliği, bir işyerinin aynı bölümündeki bütün işçilere aynı saatte ara dinlenmesi verilmesine olanak bırakmıyorsa, bu dinlenme, işçilere, gruplar halinde arka arkaya çalışma süresinin ortalarından başlayarak İş Kanunu ve bu Yönetmelikteki esaslara göre verilir.” düzenlemesi getirmiştir. Yine aynı maddede ara dinlenmesinin aralıksız olarak kullandırılması gerektiğini öngörülmele birlikte işin niteliği, o yerin iklimi, mevsim şartlarına göre bölünerek de kullanılabilceğini düzenlenmektedir. Uygulamada genellikle ara dinlenmesinin yemek molası olarak daha uzun kısmının kullanıldığı, sonrasında kısa olarak çay molası olarak verildiği görülmektedir²¹.

İş Kanununun 68/son. maddesine göre, ara dinlenmesi, çalışma süresinden sayılmaz. Belirtilen husus, ara dinlenmesini kanunda öngörülmüş diğer dinlenme sürelerinden ayırmaktadır. Hafta tatili, yıllık izin, ulusal bayram ve genel tatillerde işçi çalışmasa da ücrete hak kazanmaktadır. Oysa ki işçi, ara dinlenmesini günlük çalışma süresi içinde kullanır, ara dinlenmede geçirdiği süreler

19 **Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat**, İş Hukuku Dersleri, yenilenmiş 32. Bası, İstanbul, 2019, s. 739; **Tulukçu, Binnur**, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s. 187-188; **Ekmekçi/Yiğit**, s. 370. “Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dâhilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun kullandırılması gerekir...” 9. HD. T. 09.07.2010 E.2008/31993 K. 2010/22653, Çalışma ve Toplum, S. 28; <https://calismatoplum.org/yargitay-karari/ara-dinlenmesi-16#gsc.tab=0> Erişim Tarihi: 16.09.2020.

20 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 739; **Tulukçu**, s. 188; **Hafızoğlu**, s. 152.

21 **Mülayim, Baki Oğuz/Kayık Aydınalp, Aslıhan**, “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, Hacettepe HFD, 9(2) 2019, s. 428. “...davacı ... A., günde 1 saat yemek molası ile yarım saat çay ve sigara molası olduğunu açıkladığına göre, günlük çalışma süresinden 1,5 saat yerine 1 saat ara dinlenme süresi düşülerek hesaplamaya gidilmesi de hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...” 9. HD. T.10.12.2019 E. 2017/12950 K.2019/22063, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020. “... Davacı tanıkları ara dinlenme süresi bakımından bir saat yemek molası, iki defa 15 dakika çay molası bulunduğunu beyan etmişlerdir. Hal böyle olunca davacı tanık beyanları dikkate alındığında davacının 1.5 saat ara dinlenme yaptığıının kabulü ile fazla mesai yaptığıını ispat edemediği anlaşıldığından fazla mesai alacağı talebinin reddine karar verilmesi gerekli iken yazılı şekilde kısmen kabulüne karar verilmesi hatalıdır...” 22. HD.T.19.11.2019 E. 2016/22482 K. 2019/20878, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020.

için ücrete hak kazanmaz. Bu nedenle işçinin ücret alacağına ilişkin uyuşmazlıklarda ara dinlenme süresi düşüldükten sonra işçinin çalışma süresi ve fazla çalışma yapıp yapmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır²². Ancak bireysel ve toplu iş sözleşmeleri ile ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağı kararlaştırılabilir²³. Alman hukukunda da ara dinlenmesi süreleri, çalışma sürelerinden kabul edilmemekte; ancak toplu iş sözleşmeleri ile çalışma süresine dahil edilebilmektedir²⁴. Avrupa Birliği ülkelerinde de genel eğilim, ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmaması iken; Portekiz, İspanya, Hırvatistan gibi bazı ülkelerde çalışma süresinden kabul edilerek işçi ara dinlenmesinde ücrete hak kazanmaktadır. Örneğin; İsveç'te yemek arası ile kahve ve çay molaları arasında ayırım yapılmakta; daha kısa süreli ara dinlenmeler çalışma süresinden kabul edilirken yemek arası kabul edilmemektedir²⁵. Ülkemizde ise uygulamada toplu sözleşmeler ile işçilerin çay, sigara, kahve gibi on – onbeş dakikalık kısa molaların çalışma sürelerine dahil olduğu, ücret kesintisi yapılmaksızın işçilerin bu molaları verdiği görülmektedir²⁶.

İşçinin ara dinlenmesinin çalışma süresine dahil olduğu kararlaştırıldığında, işçi ara dinlenmesinde iş görme borcunu ifa etmemesine rağmen ücretine hak kazanacaktır. İşçinin ara dinlenmesinde çalıştırılması halinde bu çalışmanın fazla çalışma olarak değerlendirilmesi gerektiği doktrinde haklı olarak belirtilmektedir²⁷. Nitekim böyle bir kararlaştırma yapıldığında süt iznine benzer bir durum ortaya çıkmaktadır. Süt izinleri de çalışma süresinden sayıldığından süt izni kullanması gereken işçinin bunu kullanmayıp çalışması durumunda Yargıtay, genel itibariyle işçinin fazla çalışma yaptığından bahisle zamlı ücret ödenmesine karar vermektedir²⁸. Burada da ara dinlenmesinin çalışma süresine dahil edilmesi ve işçinin bu sürelerde işverence çalıştırılması durumunda zamlı ücrete hak kazanması söz konusu olacaktır.

Alman doktrininde, ara dinlenmesi sürelerinin önceden belirlendiği, bu sürelerde işçinin tamamen serbest olduğu, işyerinde ya da dışarıda bu süreyi geçirebileceği ve işverenin emir ve talimatlarından

22 “Davacının yılın 4 ayı (Aralık-Mart ayları arasında, bu aylar dahil) bakımından haftanın 5 günü, 08.30-23.00 saatleri arasında çalıştığı, 1,5 saat ara dinlenme tenzili ile günlük 13 saat, haftalık ise 65 saat çalışma yaptığı, bunun 65-45=20 saatinin fazla çalışma olduğu kabul edilmek suretiyle haftalık 20 saat üzerinden fazla çalışma ücreti alacağıının hesaplanması gerekirken yazılı şekilde hesaplama yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir...” 22. HD. T.01.07.2020 E. 2017/39590 K. 2020/8360, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:10.09.2020. Aynı yönde 22. HD. T.06.07.2020 E. 2020/1760 K. 2020/8755, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:14.09.2020; 9. HD. T.30.06.2020 E. 2016/19366 K.2020/6665, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020. “Bu açıklamalara göre davacı işçinin ...’ da çalıştığı dönem hariç davalı işyerinde 12 saatlik çalışmada 1,5 saat, 10 saatlik çalışmada ise 1 saat ara dinlenmesi düşüldüğünde haftada 55,5 saat çalıştığı 10,5 saat fazla mesai yaptığı kabul edilmelidir...” 9. HD. T. 24.06.2020 E. 2016/18276 K. 2020/6354, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020.

23 **Süzek**, s. 807; **Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim**, Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 292; **Caniklioğlu**, s. 7-8.

24 **Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang**, Arbeitsrecht, 6., neuarbeitete Auflage, 2008, § 32, s. 323-333; **Löwisch, Manfred/Caspers, Georg/Klumpp, Steffen**, Arbeitsrecht, 10. neuarbeitete Auflage, 2014, Rn.264.

25 **Eurofound**, s. 4.

26 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 741.

27 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 741; **Hafizoğlu**, s. 152.

28 9. HD. T. 02.04.2018 E. 2017/5607 K. 2018/7152, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 15.09.2020;

tamamen uzak olacağı ifade edilmektedir²⁹. İşçinin ara dinlenmesi ile işyerinde teknik ya da organizasyonel sebeplerle işin durmasını gerektirecek molalar birbirinden farklıdır. İşin durmasını gerektiren fasılalar, düzenli tekrarlınsa bile işçi her an işverenin emir ve talimatı altında olacağından ara dinlenme olarak kabul edilemeyecektir³⁰. Nitekim Yargıtay bir kararında, bir dershanede rehber öğretmenlik yapan işçinin, işyerinde bir saat yemek molası, altı defa teneffüs verildiğinden 10 dakikalık çay molası kullandığı; toplamda işçinin iki saat ara dinlenmesi yaptığına karar veren yerel mahkemenin kararını, rehber öğretmeni olarak görev yaptığından işin niteliği gereği de teneffüs yapıldığı; bunların ara dinlenmesi olarak kabul edilemeyeceğini belirterek kararı bozmuştur³¹.

Ara dinlenmesi, işçinin çalışma süresinden sayılmadığından işverenin emir ve talimatı altında olmayacaktır; bu nedenle işçi ara dinlenmesi esnasında tamamen serbesttir; ara dinlenmesini istediği yerde geçirebilecektir³². İşçi, ara dinlenmesini işyerinde kalarak geçirdiğinde bile işverenin emir ve talimatları altında değildir, bu nedenle iş görmeye zorlanamayacaktır. Ancak doktrinde işin niteliği veya işyerinin özellikleri sebebiyle işçilerin ara dinlenmesinde dışarı çıkması güçlük arz ediyorsa işçilerin ara dinlenmesini işyerinde geçirmesine ilişkin uygulamanın Kanuna aykırı sayılmayacağı belirtilmektedir³³. İşçi ister işyerinde ister işyeri dışında olsun önemli olan husus, ara dinlenmesinde işçinin çalışmaya zorlanmamasıdır. Ancak işçi, ara dinlenmesi içinde her an çıkacak işi bekliyorsa ya da işverenin talimatıyla işin başında ise ara dinlenmesinin amaca uygun kullanılmadığı açık olup gerçek bir dinlenme süresi değildir. Bu durumda ara dinlenmesi, çalışma süresinden kabul edilecektir³⁴. Bir Yargıtay kararında işyerinde tek güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin ara dinlenmelerini işyerinde geçirmesi ve ara dinlenmesinde dahi nöbet yerini terk edemeyeceğinin işverence açıklanması durumunda işçinin ara dinlenmesi kullandığının kabul edilemeyeceği belirtilmiştir³⁵.

C. Ara Dinlenmenin Kullandırılmaması

İş Kanununun 68. maddesinde öngörülen ara dinlenme sürelerinin ne zaman kullanılacağını işveren yönetim yetkisi kapsamında belirleyecektir. Uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi işçinin işverence çalışma süresi içinde hiç ara vermeden sürekli çalıştırılması durumunda aynı Kanunun 104. maddesinde, ara dinlenme sürelerini 68. maddede öngörüldüğü şekilde uygulamayan işveren veya

29 Löwisch/Caspers/Klumpp, Rn.262; Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, Arbeitsrecht, Band I, 5. überarbeitete Auflage, 2011, §6, I, Rn. 43.

30 Hromadka/Maschmann, §6, I, Rn. 43.

31 22. HD. T.2016/30525 K. 2020/3501, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:16.09.2020.

32 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 741; Süzek, s. 808; Narmanhoğlu, s. 676; Tulukçu, Ara Dinlenme, s. 97; Hafızoğlu, s. 152.

33 Narmanhoğlu, s. 676-677; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s. 293; Tulukçu, Ara Dinlenme, s. 98.

34 Süzek, s. 808.

35 "...Somut uyuşmazlıkta, davacı işçi güvenlik görevlisi olup işyerinde 13.08.2013 tarihine kadar 2 gün 17.30-08.30 arası çalıştığı, 2 gün istirahat ettiği, daha sonra aynı vardiya saatleri arasında çalıştığı, 01.09.2013 tarihinden sonra ise 2 gün 20.00-08.00, 2 gün 08.00-20.00 arası çalıştığını, 2 gün istirahat ettiği ve 01.09.2013 tarihinden sonra yaptığı çalışmalarla ilgili olarak 3 saat ara dinlenme kullandığına dair imzalı belge sunulmuştur.Mahkemece sözü edilen ara dinlenme süresi düşülerek fazla çalışma ücreti hesaplanmış ve hüküm altına alınmışsa da, davacı işçi güvenlik görevlisi olup ara dinlenme süresinde dahi görev bölgesinde bulunduğu ve nöbet yerini terk edemeyeceği davalı tanığı tarafından açıklanmış olup işçinin fiilen yaptığı iş dikkate alındığında günde 3 saat ara dinlenme yaptığının kabulü isabetli değildir..." 9. HD. T.09.09.2019 E. 2016/8611 K.2019/15405, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.09.2020.

işveren vekilleri için idari para cezası uygulanacağı öngörülmüştür. İşçinin günlük çalışması içinde ara dinlenmeyi kullanması, temel ihtiyaçlarını gidermesi için öngörülmüş olduğundan, hiç mola vermeden çalışması fiziken mümkün görünmemektedir. Bu nedenle Yargıtay, hiç ara dinlenmesi yapmadan çalışma iddiasını hayatın olağan akışına aykırı olduğu gerekçesiyle reddetmekte, fiilen tespit edilen çalışma süresine göre belirlenen ara dinlenmesi süresini düşerek fazla çalışma yapıp yapılmadığını tespit etmektedir³⁶.

Ara dinlenmesine ilişkin düzenlemenin nispi emredici özelliği dikkate alındığında işçinin lehine olmak kaydıyla daha uzun ara dinlenme süreleri öngörülebilir; işçinin aleyhine olduğu için ara dinlenme sürelerinin kısaltılması veya ortadan kaldırılması iş hukukunun işçiyi koruyucu işlevi bakımından, işçinin rızası olsa dahi geçerli değildir³⁷. Kural bu yönde olmakla birlikte işçiler, uygulamada ara dinlenme sürelerinde de çalıştırılmakta; hatta çalışma süreleri günlük azami çalışma süresinin çok üstünde bulunmaktadır. Yargıtay, ara dinlenme sürelerinde çalıştırılan veya bu sürelerde işverenin emir ve talimatları altında bulunan, her an işverenin vereceği işi bekleyen işçinin geçirdiği bu süreyi, çalışma süresinden kabul etmekte ve işçi bu durumda o sürenin de ücretine hak kazanmakta; o hafta çalıştığı sürelerle ara dinlenme sürelerini de toplayarak 45 saatin üzerinde kalıyorsa ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanacağını kabul etmektedir³⁸.

II. ARA DİNLENMESİNİN ÖZELLİK GÖSTERDİĞİ HALLER

A. Çocuk ve Genç İşçiler

Avrupa Birliği Hukukunda genç işçilerin ara dinlenmesine ilişkin açık düzenleme, Gençlerin İşte Korunmasına İlişkin 22 Haziran 1994 tarih ve 94/33/EC Direktifinde yer almaktadır. Direktifte 15 yaşın altındaki kişileri çocuk olarak tanımlanmış ve çalışmaları yasaklanmış; 18 yaşın altındaki herkes ise genç olarak kabul edilmiş olup 15 – 18 yaş arasında kalan grup ise ergen olarak ifade edilmiştir. Direktif, ergenlerin çalışma koşullarının düzenlenmesi ve korunmasına yönelik hükümler içermektedir³⁹. 12. maddesi ile ara dinlenmesine ilişkin hüküm getirmekte ve üye Devletlerin,

36 “...İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır... Davacı tanıklarının ara dinlenmesine ilişkin beyanları bulunmamakta olup davacının ara dinlenmesi vermeden çalıştığı iddiasının sübut bulunduğu kabul edilemeyeceğinden hesabına itibar edilen 1. seçenekte tespit edilen çalışma süresinden yukarıdaki ilke kararı doğrultusunda ara dinlenme süresi düşülerek bilirkişi raporunun bu yönde hesap içeren 2. seçeneği değerlendirilip karar verilmelidir...” 9. HD T. 18.06.2020 E. 2016/19182 K.2020/5929 www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:22.09.2020. Aynı yönde 22. HD. T.19.12.2019 E. 2017/26473 K.2019/23923, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:22.09.

37 **Ekonomi**, s. 31.

38 **Mülayim/ Kayık Aydınalp**, s. 429. “...Somut uyuşmazlıkta taraf tanıklarının beyanlarına göre, davacının tek güvenlik görevlisi olması sebebiyle özel olarak çay ve yemek molasının olmadığı, yemeğini işin başında yediği anlaşılmıştır. Davacının ara dinlenme süresinde de çalıştığı sabittir. Buna rağmen hükmeye esas bilirkişi raporunda çalışma saatleri hesaplanırken 11 saate kadar olan çalışmasından 1 saat, 11 saati aşan çalışmasından 1,5 saat ara dinlenme süresi düşülerek hesaplama yapılmıştır. Davacıya 1 ve 1,5 saat ara dinlenme verilmediği anlaşıldığından, hesaplananın ara dinlenme düşülmeden yapılması gerektiğinin gözetilmemesi hatalıdır...” 9. HD. T.30.05.2017 E. 2015/9517 K.2017/9381, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:21.09.2020.

39 Council Directive 94/33/EC on the protection of young people at work, No L 216/12, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31994L0033&from=EN> Erişim Tarihi: 01.10.2020. Konu hakkında ayrıntılı bilgi

gençlerin günde dört buçuk saati aşan çalışmalarından sonra, mümkünse kesintisiz, en az 30 dakikalık dinlenmelerinin temini için gerekli önlemleri alması gerektiğini düzenlemektedir.

Alman hukukunda genç işçilerin korunmasına ilişkin özel olarak Çalışan Gençlerin Korunmasına İlişkin Kanun (*Jugendarbeitsschutzgesetz – JarbSchG*⁴⁰) bulunmakta ve ilgili Kanununda genç işçiler tanımlanmaktadır. Genç işçilerin çalışma koşullarına ilişkin pek çok ayrıntılı düzenleme içeren Kanun § 11 ile, genç işçilerin ara dinlenmesi sürelerini düzenlemektedir. Hükme göre, genç işçinin dört buçuk saat ile altı saat arasındaki çalışma süresi için en az otuz dakika; altı saatten fazla ise altmış dakika olarak belirlenmiş olup arka arkaya dört buçuk saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Ayrıca, genç işçilerin ara dinlenmelerini ne zaman kullanacağına ilişkin de düzenleme getirilmiş ve çalışmaya başladıktan en erken bir saat sonra ve en geç çalışmanın bitiminden bir saat önce kullanılması gerekmektedir.

Türk hukukunda da yukarıdaki düzenlemelere uygun biçimde çocuk ve genç işçi ayrımı yapıldığı görülmektedir. 4857 sayılı İş Kanununun 6645 sayılı Kanunla değişik 71. maddesinde, 15 yaşından küçük çocukların çalıştırılmasının yasak olduğu düzenlenmiş; genç işçilerin ise 15 yaşını doldurmuş 18 yaşından küçük olduğu düzenlenmiştir. Yine “Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik⁴¹” bakımından benzer ayrımın yapıldığı görülmektedir. İlgili Yönetmelik, çocuk ve genç işçilerin ara dinlenmesi sürelerine ilişkin, 4857 sayılı Kanundakinden daha uzun dinlenme süresi öngörmektedir. Yönetmeliğin 6/IV. maddesine göre, çocuk ve genç işçiler için “İki saatten fazla dört saatten az süren işlerde otuz dakika, dört saatten yedi buçuk saate kadar olan işlerde çalışma süresinin ortasında bir saat olmak üzere ara dinlenmesi verilmesi zorunludur.” Yönetmelik hem daha uzun dinlenme süreleri öngörmüş hem de ara dinlenmesinin çalışmanın tam ortasında genç işçiye kullanılması gerektiğini düzenlemiştir.

Genel kural 15 yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılmamasıdır. Bununla birlikte

14 yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar, bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine engel olmayacak şekilde hafif işlerde çalıştırılabilirler. Ayrıca 14 yaşını doldurmamış çocuklar için de bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitimlerine engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yer alabileceklerdir. İş Kanununun 71/son. maddesi gereği, bu faaliyetlerin kapsamı, yaş grupları, dinlenme ve çalışma sürelerine ilişkin Çalışma Bakanlığınca “Sanat, Kültür ve Reklam Faaliyetlerinde Çocukların Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır. Yönetmelik, 14 yaşını doldurmamış çocuk işçilerin ilgili faaliyetlerde çalışmasına yönelik azami çalışma sürelerini günde beş ve haftada otuz saat olarak belirlenmiş; yine çocukların yaş grubuna göre günlük çalışma sürelerini de sınırlandırmıştır⁴².

için bkz. **Özkaraca, Ercüment/Ünal, Canan**, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, s. 363.

40 12.04.1976 BGBl. I S. 965, <https://www.gesetze-im-internet.de/jarbschg/JArbSchG.pdf> Erişim Tarihi: 03.10.2020.

41 RG. T.06.04.2004 No: 25425.

42 “Yaş Gruplarına Göre Çalışma Süreleri:

m.6: Çocukların yaş gruplarına göre çalıştırılabileceği süreler şu şekilde olmalıdır:

a) 12 aylıktan küçük çocuklar hiçbir surette çalıştırılmazlar.

b) 1 ila 5 yaşındaki çocuklar, sabah 10.00 ile akşam 18.00 arasında olmak kaydı ile bir günde iki saatten fazla çalıştırılmazlar.

Yönetmeliğin 8/I. maddesinde ise, ara dinlenmeye yer verilmiş ve “Çocuğa, her bir saatlik çalışmanın ardından on beş dakikalık mola verilmesi zorunludur. Çocuğun veya yasal temsilcisinin talebi halinde bu süre uzatılır.” Yönetmelik hükmünde ara dinlenme ifadesi yerine ‘mola’ ifadesini kullanmış olması kavram farklılığı yaratmış ve 7. maddesinde de günlük çalışılmış sayılan süreleri düzenlerken “... Faaliyet alanında geçirecek, yemek molası ve çocuğun talebi ile verilmiş dinlenme saatleri ile yolda geçen sürelerin dışındaki, her türlü süre çalışma süresine dâhildir...” hükmünü getirerek hem ayrıca bir yemek molasından bahsetmekte, bir de çocuğun talebi ile verilmiş dinlenme saatlerini öngörmektedir. Bu şekilde farklı olgularmış gibi düzenlenmiş olsa da kanaatimizce dinlenme saatleri, yemek molası veya mola, ara dinlenmesini ifade etmektedir.

B. Hamile ve Emziren İşçiler

Anayasa'nın 50. maddesine göre, kadınlar çalışma koşulları bakımından özel olarak korunurlar. Fiziki açıdan farklılıkları ve analık halleri sebebiyle gerek ulusal gerek uluslararası hukukta özel düzenlemelerle bu koruma, belirli işlerde çalışma yasakları, doğum ve analık izinleri, emziren kadın işçilere süt izni gibi belirli birtakım izinlerin sağlanması ile kendini göstermektedir.

Doğum yapmış ve emziren işçiler bakımından öngörülen süt izni, ara dinlenmesi ile değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Sadece kadın işçiler değil çalışan tüm kadınların analık hallerine ilişkin hükümleri içeren Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2000 tarihli Analığın Korunması Hakkında 183 sayılı Sözleşme'nin 10. maddesi, emziren kadınlar için verilmesi gereken dinlenme sürelerine yer vermiştir. Ayrıca hükümde kadın çalışana çocuğunu emzirmesi amacıyla bir veya birden fazla dinlenme süresinin tanınması veya günlük çalışma süresinin azaltılması şeklinde hakların ulusal düzenlemelerle sağlanması gerektiği; verilen bu dinlenme süreleri veya çalışma süresinin kısaltılmasının çalışma süresinden sayılarak ücretinin ödenmesi gerektiği öngörülmüştür.

İş Kanununun 74/VII. maddesinde, emziren kadın çalışanlar için süt izni getirilmiştir⁴³. Hükme göre, “Kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” Bu hüküm nispi emredici mahiyette olduğundan, işçi lehine süt izninin süresinin arttırılması mümkündür⁴⁴. Alman hukukunda ise süt izni, müstakil bir kanun olarak çıkarılmış Analığın Korunması Kanununda (*Mutterschutzgesetz – MuSchG*⁴⁵) yer almaktadır. § 8/(2)'de düzenlenmiş süt izni, Türk hukukuna paralel bir biçimde doğumdan itibaren ilk on iki ay emziren kadın işçiye tanınmış; işveren emziren işçiye günde en az iki kez yarımşar saat veya bir

c) 6 ila 14 yaş arası çocuklar sabah 10.00 ile akşam 22.00 arasında olmak ve eğitim saatlerinin dışında kalmak şartı ile okul günlerinde iki saatten fazla; okul günleri dışında ise beş saatten fazla çalıştırılmaz.”

43 Süt izninin Türk hukukundaki tarihi gelişimi ve izinden yararlanma koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erener Yılmaz, Ebru**, “Türk İş Hukukunda Süt İzni”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26 S.1, Haziran 2020, s. 382-399.

44 **Ekonomi, Münir**, “Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları”, Legal, C. 12, S. 47, 2015, s. 44; **Oğuz, Özgür**, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler”, TBB Dergisi 2018(134), s. 579.

45 23.05.2017, BGBl. I S. 1228, https://www.gesetze-im-internet.de/muschg_2018/MuSchG.pdf Erişim Tarihi:01.10.2020.

saat süreyle süt izni vermekle yükümlü kabul edilmiştir. Eğer kadının çalışma süresi sekiz saatten uzun ise bu süre iki kez en az kırkbeş dakika; işyeri yakınında emzirme imkânı yoksa en az doksan dakikadır. Avusturya'da da süt izni Alman hukukuna paralel bir biçimde düzenlenmiştir⁴⁶.

Kanunun 71. maddesi, süt izninin nasıl ve ne şekilde kullanılacağını belirleme yetkisini, ara dinlenmesinden farklı olarak, işçinin kendisine bıraktığından bu hakkın işçi tarafından kendisine en uygun biçimde kullanılmasına olanak tanımaktadır⁴⁷. Belirtmek gerekir ki, süt izni ile ara dinlenmesi süreleri birbirinden farklıdır ve birbirinin yerine geçemez. İkisi arasındaki temel fark, süt izninin çalışma süresinden sayılması sebebiyle, işçinin bu izni kullanması durumunda çalışmadığı halde ücrete hak kazanmasıdır. Bu nedenle süt izni kullanan işçi, günlük ara dinlenmesi süresine de hak kazanacaktır. Bu iznin nasıl kullanılacağını işçi kendisi belirleyeceğinden, ara dinlenmesinin önüne veya arkasına ekleyerek kullanabileceği gibi, özellikle büyük şehirlerde ev ile işyeri arasındaki mesafeden dolayı işe geç gelme veya erken çıkma şeklinde kullanabilmesi de mümkündür⁴⁸. İşçinin süt izni çalışma süresinden sayıldığı için işçinin kullanacağı ara dinlenmesinin süresi, süt izni düşüldükten sonraki fiili çalışma süresi üzerinden değil; süt izninin dahil olduğu günlük çalışma süresi üzerinden hesaplanmalıdır.

C. Karayolu Taşımacılık Hizmetlerinde Çalışanlar

Uzun yol taşımacılık işlerinde çalışan işçilerde olduğu gibi niteliği gereği bazı işler, günlük çalışma ve dinlenme sürelerinin katı bir biçimde uygulanmasına uygun değildir. Hatta çoğu kez benzer işlerde çalışan işçilerin haftalık çalışma süresi 45 saatin üstünde çıkmaktadır. Bu nedenle 4857 sayılı İş Kanunu 76/I. maddesinde, nitelikleri gereği günlük ve haftalık çalışma sürelerinin 63. maddede öngörüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmayan iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinde denkleştirme esası ve kapsamına ilişkin Yönetmelik çıkarılacağı öngörülmüş ve akabinde "*Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği*"⁴⁹ yürürlüğe girmiştir⁵⁰. Yönetmeliğin amacı, "*Karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde çalışma dönemine ve iş sürelerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.*" (m.1).

46 Eurofound, s. 7.

47 Süzek, s. 840; Ekonomi, Süt İzni, s. 45; Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek, "Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması", Çalışma ve Toplum, S.2014/1, s. 42; Köseoğlu, Ali Cengiz, "Türk İş Hukukunda Analık", İş ve Hayat 2/4, Şubat 2017, s. 111.

48 Demir, Fevzi, "Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri", TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.21 S.4, Mayıs 2008, s. 21.

49 RG. T. 06.04.2004 No:25425.

50 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 701; Süzek, s. 781; Caniklioğlu, Nurşen, "4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi", Toprak İşveren Dergisi, s. 11; <http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> Erişim Tarihi:18.09.2020; Yücel Bodur, Mehtap, "Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar", SDÜHFD, C.9 S.1, 2019, s. 326. Bu tip işlerde çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Sevimli, Ahmet, "Karayolu Taşımacılığı Sektöründe İş Kanununa Tabi Olarak Çalışan Sürücülerin Çalışma ve Dinlenme Süreleri Konusundaki Hukuki Sorunlar, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 462 vd.

İlgili Yönetmelik haftalık denkleştirme esasına ilişkin hükümler getirmekte; ancak bununla birlikte yoğunlaştırılmış haftalarda işçinin çalışabileceği azami günlük çalışma süresini de düzenlemektedir. Yönetmeliğin 6. maddesi, günlük çalışma süresinin on bir saati, gece çalışması ise yedi buçuk saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların günlük çalışma süresinin dokuz saati geçemeyeceğini düzenlemektedir. Yönetmelik, “Ara Dinlenme” başlığını taşıyan 7. maddesinde ara dinlenme sürelerine yer vermiştir. Bu konuda 4857 sayılı İş Kanununun öngördüğü çalışma süresine göre belirlenmiş üç kademeli ara dinlenme süresi uygulanacaktır.

Yönetmeliğin 9/II. maddesinde, taşıma işinde çalışan işçinin nerede ara dinlenmesi vereceği de düzenlenmiştir. Hükme göre, “*Hareket halindeki taşıtlarda çalışan işçilerin ara dinlenmeleri, genel olarak duraklama yerlerinde verilir. Kalkış-varış yerleri arasında duraklama yeri bulunmayan veya duraklama yerleri bulunmakla birlikte işin niteliğinin gereği olarak bu yerlerde ara dinlenmesi verilemeyen durumlarda ara dinlenmesi taşıt içerisinde verilir.*” Kanaatimizce duraklama yeri bulunmasa bile ara dinlenmesinin verilmesi gerektiğine ilişkin hüküm isabetlidir. Ara dinlenmesi, aynı zamanda işçinin konsantrasyonun önemli olduğu şoförlük gibi işlerde hayati öneme sahip olduğundan işçi, duraklama yeri olmadığından bahisle ara dinlenmesinden vazgeçemeyecek; taşıt içinde de olsa bunu kullanacaktır. Yönetmelikte işverenler, her çalışma döneminde hareket halindeki taşıtlarda ara dinlenmesi ve günlük dinlenme zamanlarını da gösterdikleri tablo ve çizelgeleri hazırlamakla yükümlü tutulmuştur (m. 16).

Karayollarında yük ve yolcu taşımacılığında can ve mal güvenliğini sağlamak amacıyla 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununa dayanarak çıkarılan Karayolları Trafik Yönetmeliği⁵¹ de, yük ve yolcu taşımacılığı işi yapan şoförlerin ara dinlenmesi ile ilgili özel birtakım düzenlemeler getirmektedir. Yönetmeliğin 98. maddesi ile ticari amaçla yük taşımacılığı yapan ve azami ağırlığı 3,5 tonu geçen araçların şoförleri ile ticari amaçla yolcu taşımacılığı yapan ve taşıma kapasitesi şoförü dahil 9 kişiyi geçen araçların şoförlerinin 24 saatlik herhangi bir süre içinde; toplam olarak dokuz saatten ve devamlı olarak dört buçuk saatten fazla araç sürmeleri yasaklanmıştır. Bu kişiler için dört buçuk saatlik araç kullanma süresi sonunda, eğer günlük dinlenmeye çekilmiyorsa en az kırkbeş dakika mola verme yükümlülüğüne yer verilerek, dört buçuk saatlik araç kullanma süreleri içerisinde en az on beş dakikalık molalar şeklinde de bu süreyi kullanılabilmesi mümkündür. Şoförün bu şekilde ara dinlenmesinde geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayılmayacaktır.

Karayollarında yapılan taşımacılık faaliyetlerine ilişkin Mobil Kara Taşımacılığı Faaliyetlerinde Bulunan Kişilerin Çalışma Saatinin Düzenlenmesine Dair 11 Mart 2002 Tarih ve 2002/15 Sayılı Direktif mobil çalışan işçilerin çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin esaslar getirmektedir. Direktifin esas aldığı kavram olan mobil işçi, 2. maddesinde çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere, kira veya ödül karşılığında veya kendi hesabına karayolunda yolcu veya mal taşımacılığı hizmeti veren bir işletme tarafından istihdam edilen ve seyahat personelinin bir parçasını oluşturan çalışanlar olarak tanımlanmıştır. Aynı Direktif’in 5. maddesinde, mobil işçilerin çalışma süresi altı ile dokuz saat arasında ise en az otuz dakika; çalışma saatleri toplamı dokuz saatten fazla ise en az kırk beş dakika ara dinlenmesi verilmesi gerektiği öngörülmüştür.

51 RG. T. 18.07.1997 No.23053 Mükerrer.

Getirilen tüm bu düzenlemelerle taşımacılık hizmetlerinde çalışan işçilerin günlük azami çalışma süresi dokuz saat öngörülmüş olmasına rağmen uygulamada on beş saate yakın çalıştıkları mahkeme kararları ile ortaya konmakta ve bu durumda ara dinlenmesinin ne kadar olacağının tespit edilmesi gerekmektedir. Yargıtay genel olarak yukarıda bahsedildiği gibi kademeli ara dinlenmesi sürelerini uzun yol şoförü olarak çalışan işçiler için de kabul etmektedir. Bir kararında kargo aktarma merkezinde uzun yol şoförü olarak çalışan işçinin günlük on iki saat çalıştığını ve bu durumda bir buçuk saat ara dinlenmesi kullandığını kabul etmiştir⁵².

D. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışanlar

Kısmi süreli iş sözleşmesi, tam süreli çalışmadan daha az çalışma saatleri ile yerine getirilen atipik iş sözleşmelerindedir. Çalışma sürelerinin esnekleşmesi ile ortaya çıkan bu çalışma şekli, İş Kanununun 13. maddesinde düzenlenmiş ve kısmi süreli iş sözleşmesi işçinin, normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az belirlendiği sözleşme olarak ifade edilmiştir⁵³. *İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği*⁵⁴ de 6. maddesinde, kısmi süreli çalışma, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma olarak tanımlamıştır. Doktrinde, 13. maddenin getirdiği bu soyut ölçütün Yönetmeliğin belirtilen düzenlemesi ile somut hale getirildiği ifade edilmektedir⁵⁵. İşyerinde tam süreli çalışan emsal işçinin haftada 45 saat çalışması durumunda o işyerinde 30 saate kadar yapılan çalışmalar kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmektedir⁵⁶.

İş Kanununun ara dinlenmesine ilişkin öngördüğü hükümde, dört saat ve daha kısa süreli işlerde onbeş dakikalık bir ara dinlenmesi öngörülmüş olup, işçinin ara dinlenmesine hak kazanmasını sağlayacak günlük en az çalışma süresi konusunda ise herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Buradan hareketle işçinin kısmi süreli iş sözleşmesi ile örneğin, haftada iki gün üç ve haftada üç gün iki saat çalışması gibi durumlarda işçinin ara dinlenmesine hak kazanıp kazanmayacağı doktrinde tartışılmıştır. *Ekonomi*, kanunkoyucunun bu konuda düzenleme yapmaması sebebiyle boşluk oluşturduğunu, bu boşluğun ise günlük azami çalışma süresi olan onbir saat dikkate alınarak doldurulması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, onbir saatin yarısı olan günlük beşbuçuk saat ve üzerinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye ara dinlenmesi verilecek; günlük beşbuçuk saatin altında kalan çalışmalarda ise ara dinlenmesi söz konusu olmayacaktır⁵⁷.

52 9. HD. T. 15.01.2020 E. 2016/25362 K.2020/345, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:20.09.2020. Aynı yönde 7. HD. T. 19.01.2016 E. 2015/5251 K.2016/320, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.09.2020.

53 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 196 vd; **Süzek**, s. 258 vd; **Sevimli, K. Ahmet**, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2019, s. 10 vd.

54 RG. T. 06.04.2004 No: 25425.

55 **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s. 446-447; **Sevimli**, s. 13.

56 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 197; **Süzek**, s. 259; **Caniklioğlu, Nurşen**, “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ankara 2016, s. 183; **Sevimli**, s. 13-14.

57 **Ekonomi**, s. 23-27.

Sevimli ise, aksi görüşte olup, günlük çalışma süresi üzerinden ara dinlenmesinin hak kazanılması söz konusu olduğundan kısmi süreli iş sözleşmesi olup olmamasının önemi olmadığını belirtmektedir. Yazara göre, ara dinlenmesine ilişkin kurallar kısmi süreli çalışmada istisnai özellik göstermemekte ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin günlük çalışma süresinin uzunluğuna göre ara dinlenmesinin süresi belirlenmelidir. İşçi, kısmi süreli iş sözleşmesi ile haftanın bir günü üç saat çalışıyorsa o gün için onbeş dakika; bir gün iki saat çalışıyorsa o gün için de onbeş dakika ara dinlenmesi verilmesi gerekmektedir⁵⁸. Doktrinde de kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışıyor olsa bile ara dinlenmesiz çalışmasının işçiden beklenemeyeceği; işçinin yemek, çay, kahve ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir⁵⁹. Nitekim Yargıtay da kısmi süreli çalışan işçinin ara dinlenmesine hak kazanacağını kabul etmiştir⁶⁰.

Kanaatimizce, ara dinlenmesini düzenleyen hüküm, günlük dört saatin altında yapılan her türlü çalışma için onbeş dakika ara dinlenmesi öngörmüş olup, işçinin sözleşmesinin türü, ara dinlenmesine hak kazanıp kazanmamada belirleyici değildir. Nitekim ara dinlenmesine hak kazanma açısından belirleyici olan unsur, işçinin günlük çalışma süresi olduğundan ve 68. maddede açıkça dört saat ve daha kısa süreli işlerde onbeş dakika ara dinlenmesi verileceği öngörüldüğünden, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin de ara dinlenmesine hak kazandığının kabulü gerekir.

E. Gemiadamları

Denizde yapılan çalışmaların özellik arz etmesi, gemi adamlarının uzun seyirlerde gemiden başka bir yere gitme imkanlarının bulunmaması, çoğu kez gemiadamı için işyerinin yanı sıra yaşam alanı da olması sebebiyle gemi adamları hem çalışma hem de dinlenme sürelerini gemide geçirmekte; bu durum ise çalışma süresi ve dinlenme sürelerinin ayırt edilmesinde önem arz etmektedir⁶¹. Denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde iş sözleşmesi ile çalışan gemiadamlarını kapsamına alan 854 sayılı Deniz İş Kanunu⁶², 26/II. maddesinde iş süresini, gemiadamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süre olarak tanımlamaktadır. Doktrinde ise gemi adamının fiilen iş görme edimini ifa ettiği süreler değerlendirilirken iş süresi boyunca mutlaka eylemli olarak çalışması gerekmeyeceği, iş görme borcunu

58 **Sevimli**, s. 175-176.

59 **Kar, Bektaş**, “İş Sözleşmesi Türleri ve Kanunla Getirilen İstihdam Biçimleri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ankara 2016, s. 256.

60 “...Somut olayda, davacının günde 5 saat süreyle çalıştığı kabul edilmiştir. Bilirkişi 1,5 saat ara dinlenmesi yaptığını kabul ederek alacakları hesaplamıştır. Davacının 30 saatin altında kısmi süreli çalıştığı, günlük çalışmasının 5 saat olduğu anlaşılmalı aksi yönde tank beyanı bulunmadığından ara dinlenme süresi 1,5 değil yarım saat kabul edilmelidir. Mahkemece davacının kıdem, yıllık izin ve hafta tatili alacakları belirlenecek ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Mahkemece bilirkişi raporuna itibar edilerek yazılı şekilde hüküm tesisi hatalıdır...” 9. HD. T.07.12.2011 E. 2009/32376 K. 2011/47542, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:22.11.2020.

61 **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, s.171; **Güner, M. Deniz**, “Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri”, Çimento İşverenleri Dergisi, C.15, S.6, 2001, s. 12, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf> Erişim Tarihi:21.09.2020.

62 RG. T. 29.04.1967 No.12586.

ifa etmek üzere işverenin emrinde hazır bulunduğu ancak eylemli olarak çalışmadığı sürelerin de çalışma süresinden sayılacağı ifade edilmektedir⁶³.

Aynı maddede gemi adamının çalışma süresi günlük sekiz saat ve haftalık kırk sekiz saat olarak belirlenmiş; ancak ara dinlenme sürelerine yer verilmemiştir. Ayrıca bu sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak III. fıkrada “işveren veya işveren vekili, gemiadamının vardiyalarını yemek ve dinlenme zamanlarını bir çizelge ile belirtmek ve bu çizelgeyi gemiadamlarının görebilecekleri bir yere asmak zorundadır.” hükmü getirilerek gemiadamlarının dinlenme sürelerinin öngörüleceği ve onlara duyurulacağını düzenlemiştir. Gerek çalışma süresi tanımlamasından gerekse bu hükümden hareketle gemiadamının ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmayacağı sonucu çıkarılabilecektir. Yargıtay kararlarında da dinlenme sürelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı ifade edilmektedir⁶⁴.

Uluslararası Çalışma Örgütü’nün Gemiadamlarının Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 1996 tarih ve 180 sayılı Sözleşmesi ve sözleşmeyi esas alarak hazırlanmış 187 Sayılı Tavsiye Kararı ile Avrupa Birliği’nin 1999/63 sayılı Gemiadamlarının Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Direktif hükümlerinde çalışma süreleri düzenlenmektedir. 180 sayılı Sözleşme, güvenli gemi seferlerini sürdürmek ve gemiadamlarının yorgunluğunu en aza indirmek için azami çalışma süreleri ve asgari dinlenme sürelerinde limitler belirleyerek kapsamlı uluslararası hükümler getirmiştir. 180 Sayılı Sözleşme ve 1999/63 sayılı Direktifin 2. maddesinde, çalışma süresi, gemiadamının gemi içinde fiilen çalıştığı veya işverenin buyruğunda hazır olarak beklediği süreler olarak ifade edilmiştir. Gemiadamının azami çalışma süresi yirmi dört saatlik sürede on dört saati, yedi günlük sürede ise yetmiş iki saati geçemeyecektir. Gemi adamının dinlenme süreleri, 180 sayılı Sözleşmenin 2/c. maddesinde, çalışma sürelerinin dışında kalan ve ara dinlenmelerin dahil olmadığı bir zaman dilimi olarak tanımlanmışsa da ara dinlenme sürelerine ilişkin herhangi bir hüküm getirilmemiştir.

Gemiadamları bakımından geminin hem işyeri hem yaşam alanı olması sebebiyle işverenin alması gereken önlemler, gemiadamının sağlığının korunması için yerine getirmesi gereken yükümlülükler özellik göstermektedir. Gemide mutfak, uyku ve barınma yerlerinin kurulması, bulunması gereken ilaç ve tıbbi aletlere ilişkin esasları belirlemek amacıyla “*Gemi Adamlarının İkamet Yerleri, Sağlık ve İşlerine Dair Yönetmelik*⁶⁵” çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 57. maddesinde dinlenme yerlerinin özelliklerine yer verilerek; film gösterilmesi, televizyon seyredilmesi, el sanatları ile uğraşmaya ve okumaya elverişli bir şekilde düzenlenmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. İş Kanununa tabi

63 Güner, s. 12. Ancak Deniz İş Kanununda, İş Kanununda olduğu gibi çalışılmış sayılan süreleri düzenlenmediğinden gemi adamının iş görme edimini yerine getirmediği ancak çalışma şartlarının gerektirdiği, örneğin, uzak yol seferlerinde olduğu gibi bu fiili zorunluluk hali gereği karaya çıkamadığı ve gemide geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı açık değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dündar Aravacı, Esra**, “Deniz İş Hukuku’nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, DEÜHFD Prof.Dr. Şeref Ertaşa Armağan, C.19, 2017, s. 2061; **Öztürk, Özge**, “Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları”, İstanbul Aydın Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Y.2019, C.5 S.2, s. 225; **Arslan Ertürk, Arzu**, “Gemi Adamlarına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, SİCİL Y.2020 S. 43, s.106-107.

64 9. HD. T. 10.10.2017 E. 2017/24514 K.2017/15287, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi: 21.09.2020; 9. HD. T. 16.09.2013 E. 2013/4623 K.2013/22559, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:22.09.2020.

65 RG T. 20.12.1989 No. 20378.

işçilerin ara dinlenmesi sürelerini geçirecekleri yerlere ilişkin herhangi bir düzenleme mevzuatta öngörülmemişken gemiadamlarının çalışması özellik gösterdiğinden “dinlenme yerleri” kurulması yükümlülüğü öngörülmüştür.

Yönetmelik aynı zamanda ara dinlenmesi süresi olarak ifade etmese de 30. maddesinde gemi adamının “*Yemek zamanlarını*” düzenlemiştir. İlgili düzenlemeye göre, normal hallerde, seyirde ve limanda, sabah kahvaltısı, öğle ve akşam yemeği için bir buçuk saat, ikindi kahvaltısı için ise bir saat ara verilmesi gerektiği düzenlenmiştir⁶⁶. Ancak hükümde yemek aralarının iş gören gemiadamının görevinden önce veya sonra da verilebileceğini düzenlediğinden bu yönüyle İş Kanunundaki ara dinlenmenin kural olarak işin orta yerinde verilmesi ve işten önce veya sonra kullanılmayacağı kuralından ayrılmaktadır.

Gemiadamlarının uygulamada görülen çalışma biçimlerinden biri, yirmi dört saat aralıksız çalışma ve yirmi dört saat veya kırk sekiz saat dinlenme şeklinde yapılmaktadır. Özellikle uzun seferlere giden gemiadamının o sefer boyunca gemide kalması durumunda çalışma süresinin tespiti farklılık göstermektedir. Yirmi dört saat çalışıp yirmi dört saat dinlenme durumunda işçi, ilk hafta üç gün, ikinci hafta ise dört gün çalışmaktadır. Yirmi dört saat çalışıp kırk sekiz saat dinlenme halinde ise ilk hafta üç gün, ikinci ve üçüncü hafta iki gün, dördüncü hafta ise yine üç gün çalışmaktadır. Bu şekilde çalışmada Yargıtay, yemek, uyku, dinlenme gibi ihtiyaçları için dört saat ara dinlenmesi olması gerektiğini belirterek, fazla çalışma yapılıp yapılmadığını bu dört saatlik ara dinlenme süresini düşerek tespit etmeye çalışmaktadır⁶⁷. Belirtilen uygulama, işçinin mutlaka yemek, dinlenmek için ihtiyaç molası vermesi gerektiğini belirterek ara dinlenmesine çıktığı varsayımına dayanmaktadır. Ancak fiili durum her zaman dört saat ara dinlenmesi yapılmasına uygun düşmeyebilir. Bu nedenle gemiadamının bu şekilde çalışmasında dört saat ara dinlenmesi yapmıştır şeklinde bir varsayımda bulunmak, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

F. Tele Çalışanlar

Covid-19 Pandemisinin ülkemizde de yayılması ile birlikte pek çok işverenin sosyal izolasyonu sağlamak ve virüsün yayılmasını engellemek amacıyla tercih etmek durumunda kaldığı evden tele

66 “m.30 – *Yemek Zamanları:*

Normal hallerde, seyirde ve limanda,

Sabah Kahvaltısı : 07.00 – 08.30

Öğle Yemeği : 11.30 – 13.00

İkinci Kahvaltısı : 15.30 – 16.30

Akşam Yemeği : 19.00 – 20.30

Yukarıda belirtilen mahalli saatler içerisinde görevli bulunan gemi adamlarının yemekleri, görevlerinden sonra veya görevlerinden önce verilebilir.”

67 “...Dosya içeriğine göre; davacı gemiadamı davalıya ait feribotta 24 saat ..., 48 saat dinlenme esası ile çalışmakta ve gemide bulunduğu süre ilk hafta 3 gün, takip eden iki hafta ise 2 gündür. Mahkemece bozma ilamına uyularak yapılan yargılamada alınan bilirkişi raporunda davacının günlük 24 saatlik çalışmasında 2 saat ara dinlenmesi düşülerek kabul edilen 22 saatlik çalışmanın 8 saati aşan 14 saatlik kısmı fazla ... kabul edilip hesaplama yapılmıştır. Somut uyumsuzlukta; davacının günlük ... saatlerine göre hesaplamada ara dinlenme süresinin ne kadar olduğunun belirlenmesi gereklidir. İlke olarak işçinin uyku ihtiyacını gideremediği 24 saat esaslı çalışmada yemek ve sair ihtiyaçları nedeniyle 4 saat ara dinlenme yaptığı kabul edilmelidir...” 9. HD. T.10.10.2017 E. 2017/24513 K.2017/15286, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:21.09.2020;

çalışmanın bundan sonraki süreçte sağladığı pek çok avantaj sebebiyle daha fazla tercih edileceği öngörülmektedir⁶⁸. Tele çalışma, işverenin iş organizasyonu dahilinde işin bilgi teknolojileri aracılığıyla işyeri dışında görüldüğü atipik çalışma modeli olarak tanımlanabilir⁶⁹. Tele çalışmayı da içeren uzaktan çalışma, 4857 sayılı İş Kanununun 14. maddesine 6715 sayılı Kanun ile eklenmiştir. İlgili hükme göre, “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.*” Hüküm esas itibarıyla “uzaktan çalışma” üst başlığı altında evde çalışma ve teknolojik araçlar ile işin görüldüğü tele çalışmayı düzenlemektedir. Mobil ofis ya da home-ofis olarak da adlandırılan tele çalışmayı karakterize eden unsur, iş görme ediminde iletişim araçlarının baskın özellik göstermesi, onlar aracılığıyla iş görme borcunun yerine getirilmesidir⁷⁰. Tele çalışmaya ilişkin temel uluslararası kaynak Tele Çalışma Avrupa Birliği Çerçeve Sözleşmesidir. Sözleşmenin 2. maddesi tele çalışmayı, “*Bir iş ilişkisi ya da iş sözleşmesi kapsamında işyerinde de görülebilen mümkün olan bir işin bilişim teknolojileri kullanılarak işyerinden uzak bir yerde düzenli olarak görülmesi ya da organize edilmesi esasına dayanan çalışma şekli*” olarak tanımlamaktadır.

İş Kanununun 14/V. maddesinde, tele çalışma sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerektiği ve bu sözleşmede bulunması gereken unsurlar düzenlenmiştir. Hükme göre, işin tanımı, yapılma şekli, işin süresi ve yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman ve bunların korunmasına ilişkin yükümlülükler, işverenin işçiyle iletişim kurması ile genel ve özel çalışma şartlarına ilişkin hükümler tele çalışma sözleşmesinde yer almalıdır. Buradaki unsurlar dışında düzenlenmeyen noktalarda, 4857 sayılı İş Kanununun ilgili hükümleri tele çalışma ilişkisi için de geçerli olacağından, yıllık izin, hafta tatili, günlük dinlenme sürelerine ilişkin kurallar hiçbir farklılık olmadan tele çalışma ilişkisine de uygulanacaktır⁷¹. Aynı durum ara dinlenmesi için de geçerlidir; tele çalışanın sözleşmede lehine olmak kaydıyla aksi kararlaştırılmadığı sürece İş Kanununun 68. maddesinde düzenlenen ara dinlenmesi sürelerine tabi olacaktır.

Tele çalışmanın işçi için pek çok avantaj sağladığı yapılan araştırmalarda vurgulanmıştır. Ancak özellikle bilgi iletişim teknolojilerinin yoğun bir biçimde kullanıldığı tele çalışmada işçiye mekansal olarak esneklik sağlanması ile birlikte genellikle görev odaklı çalışmalar olduğu için diğer işçilere göre daha uzun çalışma sürelerinin ve tatil günleri, haftasonu, gece gibi standart dışı çalışma programı olduğunu ortaya koymaktadır⁷². Uzun saatler boyunca ara dinlenmesi olmaksızın ekrana bakmak

68 **ILO**, *Teleworking during the COVID-19 Pandemic and beyond, A Practical Guide*, Geneva: International Labour Office, 2020, s. 24.

69 **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 218; **Süzek**, s. 271-272; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s. 478; **Kandemir, Murat**, *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma*, İstanbul 2011, s. 42; **Alp, Mustafa**, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.I, s.797 vd; **Dulay Yangın, Dilek**, “6715 Sayılı Yasa’nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi”, *SİCİL*, S. 36, s. 148-171.

70 **Solmecke, Christian**, *IT – Arbeitsrecht*, (Hrsg. Stefan Kramer), München 2017, A, Rn.11.

71 **Alp**, s. 839. Alman hukukunda da benzer durum geçerli olup, tele çalışmada çalışma ve dinlenme süreleri bakımından Çalışma Süreleri Kanununun uygulanacağı ifade edilmektedir. **Kramer, Stefan**, *IT – Arbeitsrecht*, München 2017, Rn. 865.

72 **Eurofound**, *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Joint ILO-Eurofound Report, 2017 Luxembourg, s.13. Pandemi döneminde yapılan uzaktan çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Alp, Mustafa**, “Corona Günlerinde Uzaktan (Evden) Çalışma, Telafi Çalışması ve Ücret İndirimi”, (Ed. Gülsevil Alpagut), Pandemi Sürecinde İş

işçinin sağlığını tehdit etmekte; uyku bozuklukları, göz ve kalp rahatsızlıkları, nörolojik rahatsızlıklar gibi fiziksel; stres, anksiyete, yeme bozuklukları, yetersizlik hissi gibi mental rahatsızlıklara yol açmaktadır⁷³. Özellikle Covid-19 Pandemisinin getirdiği karantina, sosyal izolasyon sebebiyle tele çalışmanın sadece evde yapılmasının, işçiyi uzun vadede daha fazla etkileyeceği ifade edilmektedir⁷⁴. Tüm bu nedenlerle tele çalışmada işçi için daha kısa çalışma süreleri ile işçinin ekrandan uzaklaşmasını sağlayacak etkin ara dinlenmesi sürelerinin işçiye tanınması, işçinin sağlığı ve iş güvenliği bakımından da önem arz etmektedir. Değişen şartlara iş koşullarının uyarlanarak işçinin sağlığının korunması, işverenin işçinin maddi ve manevi varlığını koruması konusunda gerekli her türlü önlemi alma yükümlülüğünü içeren işverenin işçiyi koruma borcunun gereğidir. Kanaatimizce tele çalışmada işçiye daha sık ara dinlenmesi verilmesi ve bu sürelerin çalışma süresinden sayılmasıyla birlikte işçi hem daha fazla dinlenme imkanına sahip olacak hem de işçinin fiili çalışma süresi kısılacaktır.

Ekranlı Ekipmanlarla Çalışmada Asgari Güvenlik ve Sağlık Gereksinimleri Hakkında 90/270 sayılı Direktifin 7. maddesi ile işverenin ekranlı çalışma yapılan işlerde ekran süresini periyodik olarak ara dinlenmelerle kısaltması, böylece ekranlı çalışmadaki iş yükünü azaltması gerektiği ifade edilmiştir. Avusturya'da ekranlı çalışmalara ilişkin yönetmelikte (*Bildschirmarbeitsverordnung*⁷⁵) yapılan değişiklikle, ekran önünde çalışanlara ilişkin özel ara dinlenmesi süreleri öngörülmüştür. Değişikliğe göre günde iki saatten fazla ekran önünde çalışan işçiler, her elli dakikalık süre sonunda on dakika ara dinlenmesi hakkına sahip olup bu süreler çalışma süresinden kabul edilmiştir. Yine Fransız İş Kanununda işverenlerin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin yapacağı risk değerlendirmesinde ekranla yapılan çalışmalara ilişkin olarak çalışma süresini uyarlaması; ayrıca çalışanın ekran süresinin ara dinlenmeler ile kesilecek şekilde planlanması gerektiği düzenlenmiştir⁷⁶.

G. Antraktlı Çalışanlar

Bazı işyerlerinde yürütülen iş, günün belirli dilimlerinde azalır, belirli zamanlarda çoğalabilmektedir. Özellikle otel, kafe gibi belirli işlerde işyerindeki işin akışına uygun olarak işçiler, işin yoğun olduğu saatlerde çalışmakta ve yoğunluğun azaldığı dönemlerde ara dinlenmeye çıkarılmaktadır. Bu çalışma, klasik kesintisiz günlük çalışma sürelerinden farklılık arz eden, atipik bir model olup, “uzun ara dinlenmeli çalışma” veya “antraktlı çalışma” olarak adlandırılmaktadır⁷⁷. Böylelikle işveren,

Hukuku, 2020, s. 105 vd.

73 Solmecke, Rn. 11; ILO, in the face of Pandemic: Ensuring Safety and Helathy at Work, Geneva, 2020, s. 20.

74 Pandemi ve karantinanın çalışanların sağlığı üzerinde yarattığı etkiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Brooks, Samantha/Webster, Rebecca/Smith Louise/Woodland, Lisa/Wessely, Simon/Greenberg, Neil/Rubin, Gideon, “The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence”, Lancet: 2020, s. 918.

75 StF: BGBl. II Nr. 124/1998; <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10009121> Erişim tarihi: 01.11.2020.

76 Eurofound, s. 9.

77 Kaner Koç, Nilgün/Çelik, Pınar, “Turizm Sektöründe Antraktlı Çalışma Algısı: Antalya'daki Beş Yıldızlı Otel Çalışanları Açısından Bir Değerlendirme”, İşletme Araştırmaları Dergisi, 9/4, 2017, s. 608. Antraktlı çalışma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hafızoğlu, s. 155 vd. Antraktlı çalışmaya benzer bir çalışma biçimi de “split çalışma” olup havacılık sektöründe ve özellikle yer hizmetlerinde çalışanlara yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Koç, Nilgün, “Havayolu Taşımacılığında Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Bir Uygulama: Split Çalışma

işçileri günlük çalışma sürelerini aşmadan çalıştırarak fazla çalışma maliyetlerinin önüne geçecektir. Örneğin; otele çalışan işçiler, sabah 06.00-10.00 arası iş görme borcunu ifa etmekte; 10.00-14.00 arası ara vererek sonrasında 14.00-19.00 arası akşam yine çalışmaktadır. İşveren, belirtilen işçileri aralıksız çalıştırmış olsaydı her biri için fazla çalışma ücreti ödeyecek veya vardiyalı çalışmaya geçerek daha fazla işçi istihdam etmesi gerekecekti. Bu açıdan bakıldığında antraklı çalışmanın, işverene belirli avantajlar sağladığı görülmektedir. Otel, konaklama hizmetleri, havaalanı, kafe, alışveriş merkezlerinde sıklıkla tercih edilen antraklı çalışma konusunda mevzuatımızda herhangi bir somut düzenleme bulunmamaktadır.

Antraklı çalışmayı diğer çalışma modellerinden ayıran unsur, 68. maddede belirlenmiş kanuni sürelerin üzerinde ara dinlenmesi sürelerinin işçilere tanınmasıdır. Kanun asgari süreleri düzenlemiş ancak ara dinlenmesi sürelerinin üst sınırı konusunda herhangi bir sınırlama getirmemiştir⁷⁸. Bu nedenle antraklı çalışmada ara dinlenmesi sürelerinin azami sınırlarını genel işin düzenlenmesi kurallarından hareketle çözümlenmek gerekecektir. Bununla birlikte doktrinde İş Kanununun 68/ II ve III. maddesinde yer verilen iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak ara dinlenmesinin işverence düzenlenebileceğine ilişkin hükümden hareketle antraklı çalışma yaptırılabilirliği ifade edilmektedir⁷⁹. Nitekim Yargıtay bir kararında, kapıcılık hizmetlerinin uzun ara dinlenmeleri olan ve aralı çalışmayı gerektiren bir iş olduğu ve kapıcının günlük çalışma süresinin apartmanda yaptığı işlerin alacağı sürenin toplamına göre belirleneceği ifade etmiştir⁸⁰.

İşçinin uzun ara dinlenmesinde geçirdiği süreler bakımından genel kural geçerli olup, bu süreler çalışma süresinden kabul edilmeyecek; işçinin fiilen çalıştığı süreler toplanarak fazla çalışma olup olmadığı değerlendirilecektir. Nitekim bir Yargıtay kararında “soğuk şefi” olarak çalışan işçinin günde dört saat ara dinlenmesi yaptığını belirtmiş ve bu süreleri çalışma süresinden kabul etmemiştir⁸¹. İşçi, uzun ara dinlenmesinde iken tamamen serbesttir; işverenin emir ve talimatları altında olmayacaktır. Doktrinde antraklı çalışmada işçinin işyerinden ayrılmayarak çalıştığı yerde kalmasının gerçek bir ara dinlenmesi olmadığı; bu nedenle uzun ara dinlenmesi sürelerinin uygulandığı işlerde çalışan işçiler için işyerinin yakınında lojman, dinlenme yerleri gibi tesislerin bulunması gerektiği ifade

Modeli”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 (1), 1054-1073.

78 **Hafizoğlu**, s. 156.

79 **Süzek**, s. 807; **Hafizoğlu**, s. 155-156.

80 22. HD. T. 28.10.2014 E. 2013/18666 K.2014/29436, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:22.09.2020. Aynı yönde 22 HD. T. 07.04.2014 E. 2013/8505 K. 2014/7211, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:22.09.2020.

81 “...Somut olayda, davalı işyerinde soğuk şefi olarak “antraklı” olarak adlandırılan sistemle Sabah 08.30 – 14.00’e kadar çalışıp saat 18.00 kadar ara verdikten sonra 18.00-22.00 arası çalışmaktadır. Hükme esas alınan raporda davacının haftada 6 gün 08:30-22:00 saatleri arasında 13,5 saat çalıştığı, ancak 14:00-17:00 saatleri arasında kullandığı ara dinlenmeleri tenzil edildikten sonra ve Yüksek Mahkemenin bir işçinin günde 3 saatten fazla olan fazla çalışma iddiasının hayatın olağan akışına ve insan takatine aykırı olduğu yönündeki içtihatları da nazara alındığında davacının haftada 6 gün x 3 saat = 18 saat fazla çalışmasının bulunduğu kabul edilerek hesaplama yapılmıştır. Ancak bu hesaplama yöntemi hatalıdır. Davacı, antraklı olarak adlandırılan arada dinlenmede herhangi bir çalışma yapmamakta sadece dinlenmektedir. Bu nedenle ara dinlenmenin çalışma süresinden sayılması isabetsizdir. Davacının çalışma saatlerinin 08.30 – 14.00 saatleri arasında 5,5 saat ve 18.00-22.00 saatleri arasında 4 saat olmak üzere günde 9.5 saat olduğu ve haftalık 6 gün çalışmasının toplam 57 saat olduğu, 45 saatlik yasal çalışma süresinin indirilmesi sonrasında 12 saat fazla mesai yaptığı anlaşılmaktadır...” 7. HD. T. 11.05.2015 E. 2015/14350 K. 2015/8434, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:21.09.2020.

edilmektedir⁸². Havayolu taşımacılığının yer hizmetlerinde çalışanlar üzerine yapılan bir araştırmada, işçilerin genellikle dört saatlik ara dinlenmeli şekilde çalıştığı; ancak işçilerin bu sürede işyerine gidip yemek yiyip tekrar trafikte işe dönmesi sebebiyle kendilerini daha yorgun hissettikleri, ailelerine daha az vakit ayırdıkları ve tekrar işe geri dönüp çalışmak için konsantre olmakta zorlandıklarını ortaya konmuştur⁸³.

Antraktlı çalışmada işçinin fiili çalışmaları arasında uzun dinlenme süreleri bulunduğundan ayrıca fiili çalıştığı sürelerle ilişkin ara dinlenme verilmeyecektir. Nitekim Yargıtay önüne gelen uyuşmazlıkta, bir mağazada müdür vekili olarak çalışan işçinin yaz döneminde birinci vardiyada 09.00-13.00 saatleri arasında çalıştığı, 13.00-18.00 arası ara dinlenmesi kullandığı, 18.00-22.00 saatleri arasında tekrar çalıştığı, gün içerisinde ara dinlenmelerin mahsubu ile günde yedi saat çalıştığı; ikinci vardiyada 13.00'de çalışmaya başladığı, 18.00-20.00 saatleri arasında ara dinlenme kullandığı, 20.00-24.00 saatleri arasında tekrar çalıştığı, gün içerisinde ara dinlenmelerin mahsubu ile günde sekiz saat çalıştığı kabul edilmiştir. Davacının birinci vardiyada 13.00-18.00 saatleri ile ikinci vardiyada 18.00-20.00 saatleri arasında uzun ara dinlenme sürelerini zaten kullandığını, bu sürelerin dışında günlük çalışma süresinden birer saatlik ara dinlenme mahsubuna karar veren Yerel Mahkemenin kararını bozmuştur⁸⁴. Yine bir kararda Yargıtay, işçinin fazla mesai alacağı talebini haftanın 6 günü 08.00-14.00 arası çalıştığı 14.00-16.00 saatlerinde antreye çıktığı ve akabinde 16.00-21.00 saatleri arasında günde 11 saat çalıştığını; davacının çalışmasının antreli olduğu ve ayrıca bir buçuk saat daha ara dinlenmesinin düşülmemesi gerektiğini ifade etmiştir⁸⁵.

İşçi ve işveren sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde antraktlı çalışmaya karar verebilir; ancak iş hukukunun işçiyi koruyucu normlarının bu çalışmada dışlanmaması gerekmektedir. Antraktlı çalışmanın sınırlarını, çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin normlar oluşturmaktadır. Her şeyden önce, antraktlı çalışmada uzun ara dinlenme süreleri düşüldükten sonra işçinin toplam günlük çalışma süresi, Kanununun 63/II. maddesinde öngörülen on bir saatlik günlük azami çalışma süresini aşmaması gerekmektedir. Ayrıca Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde de günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun on bir saati aşamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.4/III). Bir diğeri ise işçinin günlük dinlenme süresidir. İş Kanununda açıkça işçinin günlük dinlenme süresine yer verilmemişse de Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 3. maddesinde işçinin ara dinlenme sürelerinin, iklim, mevsim, yöredeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak, yirmi dört saat içinde kesintisiz on iki saat dinlenme süresi dikkate alınarak belirleneceği düzenlenmektedir⁸⁶.

82 **Hafızoğlu**, s. 156.

83 **Koç**, s. 1064-1065.

84 22. HD. T.03.04.2019 E. 2016/9350 K.2019/7444, www.kazanci.com.tr Erişim Tarihi:20.09.2020.

85 7. HD. T. 23.06.2015 E. 2014/18549 K. 2015/12895, www.yargitay.gov.tr Erişim Tarihi:20.09.2020.

86 2003/88/EC Çalışma Süreleri Direktifi ise 3. maddesinde açıkça günlük dinlenme süresini de düzenlemiş ve Yönetmelikten farklı olarak yirmidört saatlik periyotta işçinin kesintisiz asgari onbir saat dinlenme süresine sahip olması konusunda Üye Devletlerin gerekli önlemleri alacaklarını düzenlemektedir.

III. SONUÇ

İş hukukunun işçiyi koruyucu işlevi, işin düzenlenmesi içerisinde yer alan çalışma sürelerinde belirgin bir biçimde kendini gösterir. İş hukukunda azami çalışma ve asgari dinlenme süreleri öngörülmesi, işçinin Anayasa ile koruma altına alınmış dinlenme hakkının somut bir yansımadır. İşçinin dinlenmesi, sağlığının korunması için oldukça önemlidir ve bu nedenle İş Kanunu işçinin günlük çalışabileceği azami süreleri düzenlemekle kalmamış aynı zamanda dinlenme sürelerini asgari öngörmekle işçinin sağlığının ve işin güvenliğinin korunmasını amaçlamaktadır.

İş hukukunda ara dinlenmesi, günlük çalışması içinde işçinin dinlenmesi, yemek, uyku, ibadet, çay gibi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla verilir ve o işçi bakımından işin durmasını sağlar. Kanunda işçinin çalışma süresinin uzunluğuna göre artan ara dinlenmesi süreleri yasal sınırlar dikkate alınarak düzenlenmişse de ülkemizde işçinin günde on bir saatin de üzerinde çalıştığı düşünüldüğünde yeterli bir dinlenme süresi sağlamayacağı açıktır. Bu sebeple Yargıtay, geliştirdiği içtihatla on bir saatin üzerindeki çalışmalarda işçinin gerçekte ara dinlenmeye çıkıp çıkmadığını tespit edemediğinden kademeli olarak ara dinlenme sürelerini bir buçuk, iki saat hatta yerine göre dört saat olduğunu öngörerek işçinin bu sürelerde ara dinlenmesine çıktığını varsaymaktadır. Yargıtay'ın getirdiği bu uygulamanın ülkemiz gerçekleri göz önüne alındığında çözüm getirdiği söylenebilirse de Kanunun amacının dışında olduğu açıktır. İşçinin azami çalışma sürelerine uygun bir çalışma düzeninin oluşturması durumunda ara dinlenmesi süreleri anlamlı hale gelecektir.

Çalışma sürelerinin esnekleşmesi ve atipik çalışma ilişkilerinin yaygınlaşması ile birlikte ara dinlenmesi sürelerinin de farklı şekillerde tespit edilmesi söz konusu olacaktır. Tele çalışma, deniz ve karayolu taşımacılığı işlerinde yapılan işlerde işçinin daha fazla yorulduğu, sağlığının daha fazla risk altında olduğu yadsınamaz. Bu nedenle işin özelliğine uygun ara dinlenmesi sürelerinin öngörülmesi önem arz eder. Ancak bu daha uzun ara dinlenmesi sürelerinin öngörülmesi gibi algılanmamalıdır. Özellikle antraklı çalışmada olduğu gibi uzun ara dinlenmeleri ile işçinin lehine bir uygulama gibi görünüyorsa da bu şekilde çalışma, işçinin işte geçirdiği sürenin uzamasına yol açmaktadır. Ara dinlenmesinde geçen sürelerin çalışma sürelerinden sayılmadığı düşünüldüğünde olması gereken, ara dinlenmesi sürelerinin uzaması değil günlük çalışma sürelerinin kısılmasıdır. Ülkemizde özellikle günlük çalışma sürelerinin on bir saati fazlasıyla aştığı gerçeği karşısında işçinin sağlığının ve iş güvenliğinin korunması amacıyla Kanunun öngördüğü azami çalışma sürelerine uyulmasını sağlayan mekanizmaların kurulması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa**, “Corona Günlerinde Uzaktan (Evden) Çalışma, Telafi Çalışması ve Ücret İndirimi”, (Ed. Gülsevil Alpagut), Pandemi Sürecinde İş Hukuku, 2020, s. 103-127.
- Alp, Mustafa**, “Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma)”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, 2011, s.795-854.
- Arslan Ertürk, Arzu**, “Gemi Adamlarına Ödenecek Fazla Çalışma Ücretinin Güncel Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, SİCİL, Y.2020 S. 43, s.105-125.

- Brooks, Samantha/Webster, Rebecca/Smith Louise/Woodland, Lisa/Wessely, Simon/Greenberg, Neil/Rubin, Gideon**, “The psychological impact of quarantine and how to reduce it: rapid review of the evidence”, *Lancet*: 2020, s. 912-920.
- Caniklioğlu, Nurşen**, “İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ankara 2016, s. 159-200.
- Caniklioğlu, Nurşen**, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, *Toprak İşveren Dergisi*, s. 1-15; <http://dosya.toprakisveren.org.tr/makale/2005-66-nursencaniklioglu.pdf> Erişim Tarihi:18.09.2020.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat**, *İş Hukuku Dersleri*, yenilenmiş 32. Bası, İstanbul, 2019.
- Deloitte Centre for Strategy and Evaluation Services**, Report to the European Commission DG for Employment, Social Affairs, and Equal Opportunities on a Study to support an Impact Assessment on further action at European level regarding Directive 2003/88/EC and the evolution of working time organisation, Brussels 2010, s. 38 vd. https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/specialdownloads/Studie.pdf Erişim Tarihi: 16.09.2020.
- Demir, Fevzi**, “Tarihsel Süreç İçinde Kadın Hakları ve Kadının Çalışma Hayatındaki Yeri”, *TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, C. 21 S. 4, Mayıs 2008, s. 8-24.
- Dulay Yangın, Dilek**, “6715 Sayılı Yasa'nın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi”, *SİCİL*, S. 36, 2016, s. 148-171.
- Dündar Aravacı, Esra**, “Deniz İş Hukuku'nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, *DEÜHFD Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, C.19, 2017, s. 2057-2099.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra**, *Bireysel İş Hukuku Dersleri*, İstanbul 2020.
- Ekmekçi, Ömer**, “4857 sayılı İş Kanununda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışmasına İlişkin Usul ve Esaslar”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 20, S.1, Ocak 2006, s. 48-55.
- Ekonomi, Münir**, “Doğum Yapan Kadın İşçilere Verilmesi Gereken Süt İzninin Çalışma Süresinden Sayılma Özelliği ve Hukuki Sonuçları”, *Legal*, C. 12, S. 47, 2015, s. 21-48. (Süt İzni)
- Ekonomi, Münir**, “Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanununda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararı”, *Legal İş Hukuku Dergisi*, C.11 S.42, 2014, s. 19-40.
- Erener Yılmaz, Ebru**, “Türk İş Hukukunda Süt İzni”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26 S.1, Haziran 2020, s. 382-399.
- Eurofound**, *Working Anytime, Anywhere: The Effects on the World of Work*, Joint ILO-Eurofound Report, 2017 Luxembourg. (Working)
- Eurofound**, *Rest breaks from work: Overview of regulations, research and practice*, Publications Office of the European Union, 2019.
- Hafizoğlu, Ece Sila**, “Çalışma Süreleri”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15 S. 1 Ocak 2016, s. 123-164.
- Ghosseh, Naj**, *Remembering Rest Periods in Law: Another tool to limit excessive working hours*, Conditions of Work and Employment Series, no.78, International Labor Office, Geneva, 2016.
- Güner, M. Deniz**, “Gemi Adamlarının Çalışma Süreleri”, *ÇMİS Dergisi*, C.15, S.6, 2001, <http://mail.ceis.org.tr/dergiDocs/makale-21.pdf> Erişim Tarihi:21.09.2020.
- Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank**, *Arbeitsrecht*, Band I, Fünfte überarbeitete Auflage, 2011.
- ILO**, *Teleworking during the COVID-19 Pandemic and beyond, A Practical Guide*, Geneva: International Labour Office, 2020. (ILO, Teleworking)
- ILO**, *in the face of Pandemic: Ensuring Safety and Helathy at Work*, Geneva, 2020.

- ILO, Rest Periods: Definitions and Dimensions, 2016; https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/publications/WCMS_491374/lang-en/index.html Erişim Tarihi: 10.09.2020.
- Kandemir, Murat**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, İstanbul 2011.
- Kaner Koç, Nilgün/Çelik, Pınar**, “Turizm Sektöründe Antraktlı Çalışma Algısı: Antalya’daki Beş Yıldızlı Otel Çalışanları Açısından Bir Değerlendirme”, İşletme Araştırmaları Dergisi, 9/4, 2017, s. 603-627.
- Kar, Bektaş**, “İş Sözleşmesi Türleri ve Kanunla Getirilen İstihdam Biçimleri”, 10. Yılında 4857 sayılı İş Kanunu Sempozyumu, Ankara 2016, s. 229-278.
- Koç, Nilgün**, “Havayolu Taşımacılığında Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesine Yönelik Bir Uygulama: Split Çalışma Modeli”, Gaziantep University Journal of Social Sciences, 17 (1), 1054-1073.
- Köseoğlu, Ali Cengiz**, “Türk İş Hukukunda Analık”, İş ve Hayat 2/4, Şubat 2017, s. 97-124.
- Löwisch, Manfred/Caspers, Georg/Klumpp, Steffen**, Arbeitsrecht, 10. neuarbeitete Auflage, 2014.
- Mollamahmutoglu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş**, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.
- Mülayim, Baki Oğuz/Kayık Aydınalp, Aslıhan**, “Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması”, Hacettepe HFD, 9 (2) 2019, s. 412-451.
- Narmanlıoğlu, Ünal**, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul 2014.
- Oğuz, Özgür**, “Türk İş Hukukunda Kadın Çalışanları Koruyucu Düzenlemeler”, TBB Dergisi 2018(134), s. 567-586.
- Özkaraca,ERCÜMENT/Ünal, Canan**, “Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, s. 355-410.
- Öztürk, Özge**, “Deniz İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Esasları”, İstanbul Aydın Üni. Hukuk Fak. Dergisi, Y.2019, C.5 S.2, s. 209-238.
- Sevimli, K. Ahmet**, 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, İstanbul 2019.
- Sevimli, Ahmet**, “Karayolu Taşımacılığı Sektöründe İş Kanununa Tabi Olarak Çalışan Sürücülerin Çalışma ve Dinlenme Süreleri Konusundaki Hukuki Sorunlar, İş Dünyası ve Hukuk Prof. Dr. Tankut Centele Armağan, İstanbul 2011, s. 444-476.
- Solmecke, Christian**, IT – Arbeitsrecht, (Hrsg. Stefan Kramer), München 2017.
- Süzek, Sarper**, İş Hukuku, Yenilenmiş 18. Baskı, İstanbul 2019.
- Şahlanan, Fevzi**, “Günlük 11 saati Aşan Çalışmalarda Ara Dinlenmesi”, Tekstil İşveren Dergisi 98, S. 414, Ağustos 2015, s. 2-4.
- Taşkent, Savaş/Kurt, Dilek**, “Uluslararası Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Mevzuatında Kadın İşçinin Korunması”, Çalışma ve Toplum, S. 2014/1, s. 29-50.
- Tulukçu, Binnur**, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012.
- Tulukçu, Binnur**, “Ara Dinlenmesinde Yapılan Çalışmanın Ücretlendirilmesi”, SİCİL Eylül 2012, s. 93-103.
- Yücel Bodur, Mehtap**, “Yoğunlaştırılmış İş Haftası, Denkleştirme Süresi ve Bundan Doğan Hukuki Sorunlar”, SDÜHFD, C.9 S.1, 2019, s. 285-352.
- Zöllner, Wolfgang/Loritz, Karl-Georg/Hergenröder, Curt Wolfgang**, Arbeitsrecht, 6., neuarbeitete Auflage, 2008.

İsviçre Borçlar Hukuku'nda Zamanaşımına İlişkin 1 Ocak 2020 Yürürlük Tarihli Değişiklikler ve Türk Hukuku Bakımından Düşündürdükleri: Özellikle Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararlarda Düzenleme İhtiyacı

The Revision of the Statute of Limitations Effective from 1 January 2020 in Switzerland and Comparative Conclusions on Turkish Law with Particular Regard to Long-Term Damage

Murat SARIKAYA 

Öz

İsviçre hukukunda 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile zamanaşımı konusunda önemli değişiklikler getirilmiştir. Söz konusu değişiklikler, 1 Ocak 2020 itibarıyla yürürlüğe girmiştir. Bu bağlamda çalışmada, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında görülen yenilik ve değişiklikler ele alınmaktadır. Yine söz konusu revizyonun Türk hukuku bakımından değerlendirilmesi çerçevesinde, geç ortaya çıkan bedensel zararlar yönünden düzenleme ihtiyacı tartışılmakta ve bu konuda çözüm önerisi sunulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İsviçre, Zamanaşımı Revizyonu, 1 Ocak 2020, Türk Hukuku, Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zarar.

Abstract

In Swiss Law, the Federal Act of 15 June 2018 has introduced significant amendments with regard to statute of limitations. These amendments came into force on 1 January 2020. In this context, this article deals with the novelties and changes in the General Provisions of the Swiss Code of Obligations. Besides that, as part of the evaluation of the concerning revision, the necessity for a regulation as to long-term damage in Turkish law is discussed and a solution proposal is presented.

Keywords: Switzerland, Revision of the Statute of Limitations, 1 January 2020, Turkish Law, Long-Term Damage.

* Dr. Öğr. Üyesi, Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, sarikaya@tau.edu.tr

Giriş

İsviçre’de 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun¹ ile Borçlar Kanunu’nun zamanaşımına ilişkin bazı hükümleri değiştirilmiş ayrıca yine zamanaşımı konusunda yeni hükümler de ihdas edilmiştir. Söz konusu değişiklik ve yenilikler, İsviçre’de 1 Ocak 2020 itibarıyla yürürlüğe girmiştir². Belirtmek gerekir ki 15 Haziran 2018 tarihli Kanun’un getirdiği değişiklikler Borçlar Kanunu ile sınırlı değildir, zamanaşımı hükmü öngören birtakım başka kanunlarda da değişikliğe gidilmiş³ ve ilgili hükümlerin birbiriyle uyumlu hâle gelmesi istenmiştir. Zamanaşımı hukuku revizyonu olarak adlandırılan çeşitli kanunlardaki bu yeni düzenlemeler ile zamanaşımı kurumunun belirli noktalarda iyileştirilmesi ve kolaylaştırılması amaçlanmıştır. Buna karşın, tüm özel hukuk ilişkileri için geçerli yeknesak bir zamanaşımı rejimi düzenlemesinden revizyon çalışmaları sırasında vazgeçilmiştir⁴.

Bu çalışmada, söz konusu revizyon kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu’nun Genel Hükümler kısmında yapılan değişiklikler ele alınmakta⁵ ve akabinde özellikle geç ortaya çıkan bedensel zararlar yönünden Türk hukuku için bir değerlendirmeye yer verilmektedir.

II. Revizyonun Genel Çerçevesi

15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun’un İsviçre Borçlar Kanunu’nda meydana getirdiği önemli değişiklikleri bazı ana başlıklar altında toplamak mümkündür. Buna göre⁶:

- Haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden doğan alacakların tabi olduğu kısa (nisbi) zamanaşımı süresi –bir yıldan – üç yıla çıkarılmış, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali hâlinde ise uzun (mutlak) zamanaşımı süresi de –on yıldan – yirmi yıla yükseltilmiştir. Ayrıca ceza davası zamanaşımının medenî yargılamaya etkisi daha detaylı düzenlenmiştir.
- Zamanaşımını durduran sebepler bazı noktalarda değiştirilmiş ve genişletilmiş, zamanaşımının kesilmesinin birlikte borçlulara etkisi konusunda belirsizlikleri gidermeye yönelik düzenlemelere gidilmiştir.
- Rücu talebine ilişkin zamanaşımı hükmü ihdas edilmiştir.
- Zamanaşımı definden feragatin şartları ve sınırları belirlenmiştir.

1 Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts) Änderung vom 15. Juni 2018, AS 2018 5343 (Erişim: <https://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2018/5343.pdf>).

2 Kanunlaştırma sürecinin tarihçesi ve arka planı hakkında bilgi için bkz.: Walter Fellmann, “Entstehung des neuen Verjährungsrechts und Überblick”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 1 vd.

3 Ayrıca bkz. aş. dn. 5.

4 Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBI 2014 235, s. 236.

5 Revizyon kapsamında, İsviçre Borçlar Kanunu’nun “Ticaret Şirketleri ve Kooperatif” başlıklı üçüncü kısmında da Art. 760, Art. 878 Abs. 2, Art. 919 OR hükümlerinde değişikliğe gidilmiştir. İsviçre Medenî Kanunu’nda ise Art. 455 Abs. 1, 2 ZGB değiştirilmiş, Art. 586 Abs. 2 ZGB ilga edilmiş ve yeni zamanaşımı hükümlerinin yürürlüğüne ilişkin olarak SchlT Art. 49 yeniden kaleme alınmıştır. Ayrıca genel hükümlerdeki yeniliklere uyum sağlamak üzere zamanaşımı hükmü içeren birçok özel kanunda değişikliğe gidilmiştir. Bunlar için bkz.: AS 2018 5343.

6 Bkz.: Botschaft, s. 236, 237.

III. Değişikliklerin İncelenmesi

Yukarıda belirtilen temel çerçeveye uygun şekilde İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında yapılan değişiklikler aşağıda dört ana başlık altında incelenmektedir.

A. Zamanaşımı Sürelerine İlişkin Değişiklikler

1. Haksız Fiil ve Sebepsiz Zenginleşmede Kısa (Nisbi) Zamanaşımı (Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 OR)

İsviçre hukukunda değişiklik öncesi mevcut olan hükümlere göre, haksız fiilden doğan maddi ve manevi tazminat talebi ile sebepsiz zenginleşmeden doğan talep bir yıllık kısa (nisbi) zamanaşımı süresine tabi bulunmaktaydı. Bu sürenin özellikle haksız fiilden doğan talep bakımından çok kısa görülmesi sebebiyle üç yıla yükseltilmesi istenmiş ve uyum sağlamak amacıyla sebepsiz zenginleşmeden doğan talep için de aynı yönde değişikliğe gidilmiştir⁷. Gerçekten haksız fiile ilişkin Art. 60 Abs. 1 OR hükmünün yeni düzenlemesine göre; maddi veya manevi tazminat talebi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren üç yılın ve her hâlde zarara sebebiyet veren davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır⁸. Yine sebepsiz zenginleşmeye ilişkin Art. 67 Abs. 1 OR hükmünün yeni düzenlemesinde ise zenginleşme talebinin, mağdurun geri isteme hakkını öğrenmesinden itibaren üç yılın ve her hâlde bu hakkın doğumundan itibaren on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrayacağı öngörülmüştür⁹.

Belirtmek gerekir ki Art. 60 Abs. 1 OR hükmünde lafzen uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcı bakımından da değişiklik söz konusudur. Değişiklik öncesi düzenlemede bu sürenin

7 Bkz.: Botschaft, s. 251, 252, 258.

8 Art. 60 Abs. 1 OR: *Der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung verjährt mit Ablauf von drei Jahren von dem Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.*

9 Art. 67 Abs. 1 OR: *Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs.*

Bazı yazarlar, Art. 67 Abs. 1 OR hükmünün yeni düzenlemesinde on yıllık uzun (mutlak) sürenin başlangıcını “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih” olarak aktarmaktadırlar; bkz.: Esra Kaşak / Muhammed Kiomers Ganbari, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukuku'nda Zamanaşımı Revizyonu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. XXIV, S. 1, s. 100. Sebepsiz zenginleşmeye dayanan iadeyi isteme hakkının doğum tarihi sebepsiz zenginleşmenin ortaya çıkış şekline göre farklılık gösterdiğinden hakkın doğum anı ile zenginleşmenin gerçekleştiği an her zaman aynı değildir. Bu bağlamda iadeyi isteme hakkı, ortadan kalkan sebebe dayanan zenginleşmelerde sebebin ortadan kalktığı anda, gerçekleşmeyen sebebe dayanan zenginleşmelerde ise sebebin gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı anda doğmaktadır. Bkz.: Bruno Huwiler, *Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020, Art. 67 N. 3. İsviçre'de Art. 67 Abs. 1 OR hükmünün yeni düzenlemesinde –tıpkı eski düzenleme gibi – on yıllık sürenin “hakkın doğumundan” itibaren (*seit der Entstehung des Anspruchs*) işlemeye başlayacağı öngörülmüştür. Bu bakımdan, hükümde on yıllık uzun (mutlak) sürenin başlangıcını “zenginleşmenin gerçekleştiği tarih” olarak aktarmak *kanımızca* mümkün değildir. Gerçi Türk kanun koyucusu, TBK m. 82 hükmünde – 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'ndan (m. 66) farklı olarak – on yıllık mutlak sürenin başlangıcı bakımından “zenginleşmenin gerçekleştiği tarihi” dikkate almıştır. Fakat bu tercih, esas bakımından farklılaşmayı da beraberinde getirmiştir. Bkz.: M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. II, 15. Bası, İstanbul 2020, s. 411.

başlangıcı, “zarara sebebiyet veren fiilin gerçekleştiği gün” olarak ifade edilmiştir. Yeni düzenlemede ise on yıllık sürenin başlangıcı, “zarara sebebiyet veren davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği gün” şeklinde kaleme alınmıştır. Belirtilen lafız değişikliği iki hususa işaret etmektedir. İlkin, aktif bir davranışın yanında hareketsiz kalma şeklinde gerçekleşen pasif davranışın da tazminat talebine ve zamanaşımının başlamasına yol açabileceği göz önünde bulundurularak, hükümde zarara sebebiyet veren “fiil” yerine zarara sebebiyet veren “davranış” denilmiştir. Pasif davranışta zamanaşımı, tazminat yükümlüsünün gerekli harekete geçebileceği son andan itibaren işlemeye başlayacaktır¹⁰. İkinci değişiklik ise zarara sebebiyet veren davranışın tekrarlanarak gerçekleştiği ve süreklilik arz ettiği durumlara ilişkindir. Bu hâlde, zamanaşımı ancak davranışın son kez tekrarlandığı veya sona erdiği günden itibaren işlemeye başladığından, hükümde davranışın “gerçekleştiği” günün yanında “sona erdiği” güne de ihtimali olarak yer verilmiştir. Açıklanan her iki husus önceki düzenleme çerçevesinde de doktrinde ve içtihatlarda kabul gördüğünden, yapılan değişikliklerin hükmü lafzen de bu görüşlere uygun hâle getirdiği belirtilmektedir¹¹. Dolayısıyla uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcı konusunda esas bakımından bir yenilik getirilmediğini ifade etmek yanlış olmayacaktır¹².

2. Ölüm veya Vücut Bütünlüğünün İhlali Hâlinde Uzun (Mutlak) Zamanaşımı (Art. 60 Abs. 1bis, Art. 128a OR)

15 Haziran 2018 tarihli Kanun ile getirilen önemli yeniliklerden bir diğeri, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali için özel bir zamanaşımı süresi öngörülmesidir. Gerçi bu hâlde de kısa (nisbi) zamanaşımı süresi yönünden yeni haksız fiil zamanaşımına nazaran bir farklılık yoktur, maddi veya manevi tazminat talebi zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği günden itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır. Uzun (mutlak) zamanaşımı süresi ise yirmi yıl olarak düzenlenmiştir¹³. Buna göre, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali söz konusuysa tazminat talebi her hâlde zarara sebebiyet veren davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır¹⁴. Haksız fiil zamanaşımını düzenleyen hükme yeni bir fıkra eklenmesiyle (Art. 60 Abs. 1bis OR) meydana getirilen bu farklılık, özellikle zarara sebebiyet veren olayın üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra ortaya çıkan zararlara (*Spätschäden*)¹⁵ işaret edilerek açıklanmaktadır. Örneğin, asbest ile temas eden bir kişinin uzun yıllar sonra sağlığının bozulması ihtimali mevcuttur; belirtilen değişiklik bu gibi durumlarda tazminat

10 Botschaft, s. 252.

11 Botschaft, s. 252.

12 Frédéric Krauskopf / Raphael Märki, “Wir haben ein neues Vejährungsrecht”, *Jusletter*, 2. Juli 2018, N. 7; Kaşak / Ganbari, s. 97, 98.

13 Revizyon taslağında otuz yıl olarak öngörülen bu süre, yirmi yıla indirilerek kanunlaşmıştır.

14 Art. 60 Abs. 1bis OR: *Bei Tötung eines Menschen oder bei Körperverletzung verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung mit Ablauf von drei Jahren von dem Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte.*

15 Bu tür zararlar hakkında ayrıca bkz. aş. “IV. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme”.

istenebilmesi imkânını genişletmektedir¹⁶. Radyoaktif madde veya bazı ilaçların da neden olabildiği bu tür zararlarda, zararın doğumundan veya fark edilmesinden önce tazminat talebi zamanaşımına uğrayabilmektedir. Bu sebeple, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali hâli için (*Personenschäden*) uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin özel olarak düzenlenmesi yoluna gidilmiştir¹⁷.

Belirtmek gerekir ki bu konuda getirilen bir diğer önemli yenilik, ölüm veya vücut bütünlüğü ihlalinin sözleşmeye aykırılığa dayanması hâlinde de zamanaşımının haksız fiile paralel düzenlenmesidir. Gerçekten zamanaşımı revizyonu kapsamında İsviçre Borçlar Kanunu'na eklenen 128a hükmüne¹⁸ göre; sözleşmeye aykırılığa dayanan ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali hâlinde maddi veya manevi tazminat talepleri, zarar görenin zararı öğrendiği günden itibaren üç yılın ve her hâlde zarara sebebiyet veren davranışın gerçekleştiği ya da sona erdiği günden itibaren yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır¹⁹. Hükümde dikkat çeken husus, sözleşmeye dayanan bir talep için kısa (nisbi) ve uzun (mutlak) olmak üzere iki zamanaşımı süresi düzenlenmesidir. Sözleşmeden doğan diğer alacaklarda görülmeyen bu durum, ölüm veya vücut bütünlüğü ihlali bakımından kendine özgü bir zamanaşımı rejiminin ortaya çıkmasını beraberinde getirmiştir²⁰. Belirtmek gerekir ki doktrinde, bu şekilde üç yıllık nisbî bir süre öngörülmesinin –amaçlananın aksine – zarar görenin durumunu kötüleştirdiği; zira revizyon öncesinde genel olarak on yıllık sürenin geçerli olduğu ifade edilmektedir²¹.

3. Ceza Davası Zamanaşımı (Art. 60 Abs. 2 OR)

Türk hukukundaki karşılığı TBK m. 72/I c. 2 olan Art. 60 Abs. 2 OR hükmü de 15 Haziran 2018 tarihli Kanun ile değişikliğe uğrayan düzenlemelerden biridir. Türk hukukuna esas bakımından aynen aktarıldığı ifade edilebilecek olan eski düzenlemede, tazminat davası ceza kanunlarının

16 Bkz.: Botschaft, s. 236.

17 Botschaft, s. 252. Ortaya çıkması veya fark edilmesi bu şekilde uzun bir zaman gerektirmeyen (kişiye gelen) olağan zararlar bakımından ise uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin yirmi yıl olmasının pratik bakımdan önem taşımadığı zira bu hâlde üç yıllık kısa (nisbi) sürenin geçmesiyle tazminat taleplerinin zamanaşımına uğrayacağı ifade edilmektedir; Botschaft, s. 253.

18 Hükümün başlık silsilesi “Zamanaşımı / Süreler / Yirmi Yıl” şeklindedir (*G. Verjährung / I. Fristen / 2a. Zwanzig Jahre*).

19 Art. 128a OR: *Forderungen auf Schadenersatz oder Genugtuung aus vertragswidriger Körperverletzung oder Tötung eines Menschen verjähren mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zwanzig Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte*.

20 Bkz.: Botschaft, s. 259; Krauskopf / Märki, N. 14.

21 Robert K. Däppen, BSK-OR, Art. 128a N. 1; Frédéric Krauskopf, “Die Verjährung der Delikts – und der Vertragshaftung”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 13, 14; Krauskopf / Märki, N. 14; Nicola Moser, “Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 55; Kaşak / Ganbari, s. 102. Karş. Botschaft, s. 259. Nitekim sözleşmeden doğan sorumlulukta artık iki zamanaşımı rejimi bulunmasının tutarsız sonuçlara yol açabileceğine de işaret edilmektedir. Buna göre, bir sözleşme ihlali hem kişiye gelen zarara (*Personenschaden*) hem de eşyaya gelen zarara (*Sachschaden*) sebep olursa kişiye gelen zarar için tazminat talebi – üç yıllık nisbi süreye istinaden (Art. 128a OR) – eşyaya gelen zarara göre çok daha önce zamanaşımına uğrayabilecektir; bkz.: Krauskopf, s. 14, 15. Kişiye gelen zarar – eşyaya gelen zarar ayrımı hakkında ayrıca bkz.: Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku: BK m. 49-76*, İstanbul 2019, s. 174 vd.

daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa bu zamanaşımının medenî yargılamada da geçerli olduğu belirtilmiştir. Buna karşın, Art. 60 Abs. 2 OR hükmünün yeni düzenlemesi daha detaylı bir içeriğe sahip bulunmaktadır²²:

“Tazminat yükümlüsü zarara sebebiyet veren davranışıyla cezayı gerektiren bir fiil işlemişse maddi veya manevi tazminat talebi, önceki fıkralara karşın en erken, ceza kanunları uyarınca kovuşturma zamanaşımının gerçekleşmesiyle zamanaşımına uğrar. Kovuşturma zamanaşımının gerçekleşmesi ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmü sebebiyle artık mümkün değilse tazminat talebi en erken, hükmün açıklanmasından itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

Gereğince, bu şekilde kaleme alınan yeni düzenlemenin eski düzenlenemeye nazaran birçok tartışmalı noktaya açıklık getirdiği ifade edilmektedir²³. İlk, hükümde kovuşturma zamanaşımının gerçekleşmesiyle ilişki kurulurken bunun, tazminat talebinin önceki fıkralara karşın en erken zamanaşımına uğrayabileceği an olarak düzenlenmesi üzerinde durulmaktadır. Buradan hareketle hükmün, hem kısa (nisbi) zamanaşımı süresi yönünden hem de uzun (mutlak) zamanaşımı süresi yönünden geçerli olduğu ve ancak önceki fıkralara göre (Art. 60 Abs. 1, 1bis OR) tazminat talebinin zamanaşımına uğraması söz konusu oluyorsa ayrıca incelenmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴. Yine yeni düzenlemeye göre ceza hukukuna ilişkin sürenin, kısa (nisbi) ve uzun (mutlak) zamanaşımı sürelerinden (Art. 60 Abs. 1, 1bis OR) bağımsız ve bunlara paralel işlediği ifade edilmektedir. Buna göre, kovuşturma zamanaşımının süresi, başlangıcı ve sona ermesi münhasıran ceza hukuku hükümlerine göre belirlenecektir. Dolayısıyla kısa (nisbi) ve uzun (mutlak) zamanaşımı sürelerinin (Art. 60 Abs. 1, 1bis OR) kesilmesinin, kovuşturma zamanaşımına ilişkin sürenin işlemesine bir etkisinin olmayacağı kabul edilmiştir²⁵.

Hükmün ikinci cümlesinde ise ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün açıklanmasından itibaren üç yıllık yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlayacağı öngörülmüştür²⁶. Böylece bir ceza yargılamasının ardından zarar görenin bu üç yıllık süre içerisinde özel hukuk davasıyla tazminat talep etmek konusunda karar vermesi beklenmektedir. Söz konusu süre bakımından medenî hukuk kurallarına göre (Art. 135 OR) zamanaşımının kesilmesi mümkün görülmekte ve bu hâlde üç yıllık yeni bir sürenin işlemeye başlayacağı ifade edilmektedir²⁷.

22 Art. 60 Abs. 2 OR: *Hat die ersatzpflichtige Person durch ihr schädigendes Verhalten eine strafbare Handlung begangen, so verjährt der Anspruch auf Schadenersatz oder Genugtuung ungeachtet der vorstehenden Absätze frühestens mit Eintritt der strafrechtlichen Verfolgungsverjährung. Tritt diese infolge eines erstinstanzlichen Strafurteils nicht mehr ein, so verjährt der Anspruch frühestens mit Ablauf von drei Jahren seit Eröffnung des Urteils.*

23 Bkz.: Botschaft, s. 255.

24 Botschaft, s. 255. Ayrıca bkz.: Michel Verde, “Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 75, 76.

25 Botschaft, s. 255, 256. Karş. Krauskopf / Märki, N. 9. Revizyon öncesinde Federal Mahkeme'nin farklı yöndeki uygulaması hakkında bkz.: Christof Bergamin, “Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 44.

26 Botschaft, s. 256. Kovuşturma zamanaşımına ilişkin Art. 97 Abs. 3 StGB hükmüne göre, zamanaşımı süresinin dolmasından önce bir ilk derece mahkemesi hükmü verilirse artık zamanaşımı vuku bulmaz.

27 Bkz.: Botschaft, s. 256; Verde, s. 84. *Karşı Görüş*: Bergamin, s. 47, 48.

B. Zamanaşımının Durmasına ve Kesilmesine İlişkin Değişiklikler

I. Zamanaşımını Durduran Sebepler (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6, 7, 8 OR)

15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun, İsviçre Borçlar Kanunu'nda zamanaşımını durduran sebepler bakımından da birtakım değişiklik ve yenilikler getirmiştir.

Söz konusu değişikliklerden ilki, zamanaşımını durduran sebep olarak alacağın yerel bir mahkemede ileri sürülememesinin artık yeterli görülmemesi, objektif sebeplerle alacağın herhangi bir mahkemede ileri sürülememesinin aranmasıdır (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6). Gerçekten değişiklik öncesi düzenlemede, alacağın bir İsviçre Mahkemesi'nde ileri sürülememesi zamanaşımını durduran sebep olarak öngörülmüştür²⁸. Yeni düzenlemeye göre ise alacağın objektif sebeplerle herhangi bir mahkemede ileri sürülememesi gerekir²⁹. Değişikliğin gerekçesi, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1912'de yürürlüğe girmesinin ardından Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu ile iki veya çok taraflı milletlerarası antlaşmaların mahkemelerin yetkisi ve yabancı kararların tanınması ve tenfizi hususunda düzenlemeler getirmiş olmasıdır. Buna göre, alacağın İsviçre mahkemelerinde ileri sürülememesini artık tek başına zamanaşımını durduran bir sebep olarak görmenin uygun olmadığı kabul edilmiştir³⁰. Hükümde alacağın "objektif sebeplerle" (*aus objektiven Gründen*) ileri sürülememesinin belirtilmesi ise Federal Mahkeme'nin bu yöndeki içtihadının³¹ açıkça kabul edilmesine dayanmaktadır³².

Revizyon kapsamında yapılan bir diğer değişiklik, terekenin resmi defteri tutulduğu sürece zamanaşımının işlemeyeceğine ilişkin hükmün Borçlar Kanunu'na taşınmasıdır. Revizyon öncesinde İsviçre Medeni Kanunu'nda (Art. 586 Abs. 2 ZGB) yer alan bu husus³³, zamanaşımını durduran sebepleri düzenleyen Borçlar Kanunu'ndaki genel hükme yeni bir bent olarak eklenmiştir (Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7). Buna göre, resmi defter tutulduğu sürece mirasbırakan alacakları veya ona karşı sahip olunan alacaklar için zamanaşımını durmaktadır³⁴. Söz konusu değişiklik, zamanaşımını durduran sebeplerin tek hüküm altında toplanması amacına hizmet etmektedir³⁵. Bununla birlikte, mirasbırakanın borçlarının yanında alacakları için de zamanaşımının durduğu hususu açıklığa kavuşturulmuştur³⁶.

28 Buna uygun olarak TBK m. 153/1.6 hükmü de alacağın Türk mahkemelerinde ileri sürülmesi imkânının bulunmamasını zamanaşımını durduran sebep olarak düzenlemektedir.

29 Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6: *Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat... solange eine Forderung aus objektiven Gründen vor keinem Gericht geltend gemacht werden kann;*

30 Botschaft, s. 259. Değişikliğe eleştirel yönde bkz.: Däppen, BSK-OR, Art. 134 N. 10c.

31 BGE 90 II 428 (E. 9); BGE 134 III 294 (E. 1.1).

32 Botschaft, s. 259, 260; Josianne Magnin, "Die Hemmung der Verjährung Unter besonderer Berücksichtigung der geänderten und ergänzten Hemmungsgründe im revidierten Verjährungsrecht", *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 65.

33 Aynı şekilde Türk hukukunda bkz.: TMK m. 625/II.

34 Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7: *Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat... für Forderungen des Erblassers oder gegen diesen, während der Dauer des öffentlichen Inventars;*

35 Botschaft, s. 260.

36 Krauskopf / Märki, N. 21; Magnin, s. 66, 67.

Nihayet 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile İsviçre Borçlar Hukuku'nda zamanaşımını durduran yeni bir sebep ihdas edilmiştir. Gerçekten Art. 134 Abs. 1 OR hükmüne eklenen 8'inci bende göre, tarafların yazılı olarak kararlaştırması şartıyla sulh görüşmeleri süresince, arabuluculuk sürecinde yahut diğer bir mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü yönteminde zamanaşımı durabilecektir³⁷. Madde gerekçesinde, hükümdeki sayımın tüketici olmadığı ve geniş anlaşılması gerektiği üzerinde durularak, resmi ve resmi olmayan tüm mahkeme dışı uyuşmazlık çözümü türlerinin düzenleme konusuna dâhil kabul edilebileceği belirtilmektedir³⁸. Ancak dikkat etmek gerekir ki böyle bir uyuşmazlık çözümü sürecinde zamanaşımının durması *ipso iure* gerçekleşmemekte³⁹, tarafların bu hususta yazılı anlaşması aranmaktadır. Yazılı anlaşma aranmasının sebebi, tarafları acele karar vermektan korumak ve bilhassa da hukuk güvenliğini sağlamak olarak gösterilmektedir. Yine gerekçede, bu anlaşmada zamanaşımının hangi zaman dilimi için duracağıının ve hangi alacakların (en azından hangi hukuki ilişkilerin) anlaşma konusu olduğunun tam olarak gösterilmesi tavsiye edilmektedir⁴⁰. Buna karşın, uyuşmazlık çözümü sürecine üçüncü bir kişinin dâhil olması şart görülmemekte; doğrudan taraflar arasında gerçekleşen görüşmelerde de zamanaşımının durması konusunda anlaşılabilirliği kabul edilmektedir. Zamanaşımının durması yalnız anlaşma tarafları bakımından söz konusu olacak, üçüncü kişiler (örneğin kefil) bundan etkilenmeyecektir⁴¹.

2. Zamanaşımının Kesilmesinin Birlikte Borçlulara Etkisi (Art. 136 Abs. 1, 2, 4 OR)

Zamanaşımının kesilmesinin birlikte borçlulara etkisini düzenleyen Art. 136 OR (TBK m. 155) de revizyon kapsamında değişikliğe uğrayan hükümlerden biridir. Bu çerçevede hükmün ilk iki fıkrasında tartışmalı bir noktayı açıklığa kavuşturmaya yönelik düzenlemeye gidilmiş ayrıca hükme yeni bir fıkra ilave edilerek (Art. 136 Abs. 4 OR) zamanaşımının kesilmesi, sigortacı-borçlu ilişkisi bakımından ele alınmıştır.

Değişiklik sonrası Art. 136 Abs. 1 OR hükmünün yeni düzenlemesine göre, zamanaşımının müteselsil borçlulardan birine veya bölünemeyen bir edimin birlikte borçlusuna karşı kesilmesi, alacaklının bir fiiline dayanması şartıyla, diğer birlikte borçlulara karşı da etkili olur⁴². Yine değişiklik sonrası Art. 136 Abs. 2 OR hükmü uyarınca, zamanaşımı asıl borçluya karşı kesilince, bunun alacaklının bir fiiline dayanması şartıyla, kefile karşı da kesilmiş olur⁴³. Her iki düzenlemede yeni olan husus, hükümlerde

37 Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8: *Die Verjährung beginnt nicht und steht still, falls sie begonnen hat... während der Dauer von Vergleichsgesprächen, eines Mediationsverfahrens oder anderer Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung, sofern die Parteien dies schriftlich vereinbaren.*

38 Botschaft, s. 260.

39 Türk hukukunda 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu m. 16/II uyarınca, arabuluculuk sürecinin başlangıcından sona ermesine kadar zamanaşımı durmaktadır. Nitekim dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk bürosuna başvurulmasından son tutanağın düzenlenmesine kadar zamanaşımının durduğu öngörülmüştür (m. 18A/XV).

40 Botschaft, s. 260. *Karş. Krauskopf / Märki, N. 23.*

41 Botschaft, s. 260.

42 Art. 136 Abs. 1 OR: *Die Unterbrechung der Verjährung gegen einen Solidarschuldner oder den Mitschuldner einer unteilbaren Leistung wirkt auch gegen die übrigen Mitschuldner, sofern sie auf einer Handlung des Gläubigers beruht.*

43 Art. 136 Abs. 2 OR: *Ist die Verjährung gegen den Hauptschuldner unterbrochen, so ist sie es auch gegen den Bürgen, sofern die Unterbrechung auf einer Handlung des Gläubigers beruht.*

öngörülen sonuçların “zamanaşımının alacaklının fiiliyle kesilmiş olmasına” bağlanmasıdır. Bu yönde bir açıklık içermeyen önceki düzenlemeler çerçevesinde konu doktrinde tartışmalı iken⁴⁴, yeni düzenlemelerle kanun koyucu açık bir tercih ortaya koymuştur. Böylece zamanaşımının kesilmesi borçlunun borcu ikrar etmesine dayanıyorsa (Art. 135 Ziff. 1 OR; TBK m. 154.1) incelenen hükümler (Art. 136 Abs. 1, 2 OR) uygulama alanı bulmayacaktır⁴⁵.

Revizyon kapsamında Kanun'a eklenen yeni bir düzenleme Art. 136 Abs. 4 OR olmuştur. Hükümde, sigortacıya karşı doğrudan bir alacak hakkı bulunuyor ise sigortacı için kesilen zamanaşımının borçluya karşı da etkili olacağı ve bunun tersinin de geçerli olduğu öngörülmüştür⁴⁶. Sigortacıya karşı zamanaşımının kesilmesi hâlinde bunun tazminat yükümlüsü için ancak sigorta teminat miktarına kadar etkili olacağı ifade edilmektedir⁴⁷.

C. Rücu Talebinde Zamanaşımı (Art. 139 OR)

15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile gerçekleşen zamanaşımı revizyonu öncesinde İsviçre Borçlar Kanunu'nda rücu talebinin zamanaşımını belirleyen genel bir hüküm bulunmamaktaydı⁴⁸. Revizyon sonrasında “rücu talebinin zamanaşımı” (*Verjährung des Regressanspruchs*) başlığını taşıyan Art. 139 OR hükmünde getirilen düzenlemeye göre, birden fazla borçlu müteselsil sorumlu ise alacaklıyı tatmin eden borçlunun rücu talebi, alacaklının tatmin edildiği ve birlikte borçlu olunan kişinin bilindiği günden itibaren üç yılın geçmesiyle zamanaşımına uğramaktadır⁴⁹. İsviçre doktrininde bir görüş⁵⁰, hükmün uygulama alanının eksik teselsül ile sınırlı olduğunu zira tam teselsülde ifade bulunan borçlunun alacaklıya halef olması sebebiyle mevcut zamanaşımı durumunu

44 Bu bakımdan karşı. Theo Guhl / Alfred Koller / Anton K. Schnyder / Jean Nicolas Druey, *Das Schweizerische Obligationenrecht: Mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000, (Guhl / Koller), s. 34; Stephen V. Berti, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR*, 3. Auflage, Zürich 2002, Art. 136 N. 7; Däppen, *BSK-OR*, Art. 136 N. 3; Peter Gauch / Walter R. Schlupe / Susan Emmenegger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, C. II, 10. Auflage, Zürich 2014, s. 329.

45 Botschaft, s. 261; Krauskopf / Märki, N. 25.

46 Art. 136 Abs. 4 OR: *Die Unterbrechung gegenüber dem Versicherer wirkt auch gegenüber dem Schuldner und umgekehrt, sofern ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer besteht.*

Türk hukukunda 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 109/III hükmü, tazminat yükümlüsü veya sigortacıya karşı zamanaşımının kesilmesinin, diğeri için de etkili olacağını düzenlemektedir.

47 Botschaft, s. 261; Krauskopf / Märki, N. 25; Andrea Eisner-Kiefer, “Verjährung in der Privatversicherung”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Zürich 2018, s. 106.

48 Türk hukukunda ise rücu talebine ilişkin zamanaşımı TBK m. 73 hükmünde düzenlenmiş bulunmaktadır.

49 Art. 139 OR: *Haften mehrere Schuldner solidarisch, so verjährt der Regressanspruch jenes Schuldners, der den Gläubiger befriedigt hat, mit Ablauf von drei Jahren vom Tage an gerechnet, an welchem er den Gläubiger befriedigt hat und den Mitschuldner kennt.*

Hükümde mutlak bir zamanaşımı süresi düzenlenmemiştir. Fakat Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1, Art. 127 OR hükümlerinden kıyasen yararlanarak boşluğun doldurulması gerektiği, alacaklıya yapılan ifadan itibaren işlemeye başlayan on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin gerekli olduğu görüşünde bkz.: Däppen, *BSK-OR*, Art. 139 N. 6; benzer yönde: Adrian Rothenberger, “Die Verjährung des Regressanspruchs”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 98.

50 Däppen, *BSK-OR*, Art. 139 N. 3.

da devraldığını savunurken, diğer bir görüşe⁵¹ göre hüküm, hem tam teselsül hem de eksik teselsül bakımından geçerli olmalıdır⁵².

D. Zamanaşımından Feragate İlişkin Değişiklikler (Art. 141 Abs. 1, 1bis, 4 OR)

Zamanaşımından feragat de 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun'un değişiklik getirdiği önemli konulardan biridir. Bu hususta İsviçre Federal Mahkemesi'nin 13 Şubat 2006 tarihli prensip kararı⁵³ kanun değişikliğine yön vermiştir⁵⁴. Gerçekten hükmün ilk fıkrası yeniden kaleme alınmış ve zamanaşımından feragatin hangi andan itibaren ve hangi süre için mümkün olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bunun yanında, hükme yeni bir fıkra ilave edilerek (Art. 141 Abs. 1bis OR) zamanaşımından feragatin şekli ve genel işlem koşullarında feragatin mümkün olup olmadığı belirlenmiştir. Nihayet hükme eklenen son fıkrada da (Art. 141 Abs. 4) zamanaşımından feragat, borçlu-sigortacı ilişkisi bakımından ele alınmıştır. Buna göre, revizyon sonrasında Art. 141 OR hükmü şu şekilde düzenlenmiştir⁵⁵:

“VII. Zamanaşımı Definden Feragat

(1) Borçlu, zamanaşımının başlamasından itibaren her defasında en fazla on yıl için zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir.

(1bis) Feragat yazılı şekilde olmalıdır. Genel işlem koşullarında yalnız bu koşulları kullanan, zamanaşımı defini ileri sürmekten feragat edebilir.

(2) Müteselsil borçlulardan birinin feragati, diğer müteselsil borçlulara karşı ileri sürülemez.

(3) Aynı husus, bölünemeyen bir edimin birden çok borçlusu bakımından ve asıl borçlunun feragati hâlinde kefil için de geçerlidir.

(4) Sigortacıya karşı doğrudan bir alacak hakkı bulunuyor ise borçlu veya sigortacının feragati, diğerine karşı ileri sürülebilir.”

51 Pascal Pichonnaz, “Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 115/2019, s. 742.

52 Türk kanun koyucusunun TBK m. 61, 62 hükümlerinde eksik teselsül – tam teselsül ayrımını terk ettiği kabul görmektedir; bkz.: Oğuzman / Öz, s. 300, 301; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara 2019, s. 915.

53 BGE 132 III 226.

54 Bkz.: Botschaft, s. 261.

55 Art. 141 OR: VII. Verzicht auf die Verjährungs-einrede

¹ Der Schuldner kann ab Beginn der Verjährung jeweils für höchstens zehn Jahre auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.

^{1bis} Der Verzicht muss in schriftlicher Form erfolgen. In allgemeinen Geschäftsbedingungen kann lediglich der Verwender auf die Erhebung der Verjährungseinrede verzichten.

² Der Verzicht eines Solidarschuldners kann den übrigen Solidarschuldnern nicht entgegengehalten werden.

³ Dasselbe gilt unter mehreren Schuldern einer unteilbaren Leistung und für den Bürgen beim Verzicht des Hauptschuldners.

⁴ Der Verzicht durch den Schuldner kann dem Versicherer entgegengehalten werden und umgekehrt, sofern ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer besteht.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki hükmün “zamanaşımından feragat” (*Verzicht auf die Verjährung*) şeklindeki başlığı, “zamanaşımı definden feragat” (*Verzicht auf die Verjährungs-einrede*) olarak değiştirilmiştir. Gerekçeye göre böylece feragatin konusunun “zamanaşımının” kendisi değil, zamanaşımı define başvurulması olduğu açıklığa kavuşturulmuştur⁵⁶. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen prensip kararında, sözleşmenin kurulmasından sonra borçlunun zamanaşımını ileri sürmekten feragat edebileceği kabul edilmiştir⁵⁷. Buna karşın revizyonda, kanun ya da tarafların anlaşması gereği borcun başka bir anda muaccel olabileceği göz önüne alınarak sözleşmenin kurulması değil, zamanaşımının işlemeye başlamış olması (Art. 130 Abs. 1 OR) zamanaşımı definden feragatin geçerlilik kistası olarak belirlenmiştir⁵⁸. Hükmün uygulanma alanı, Art. 129 OR (TBK m. 148) düzenlemesinden farklı olarak tüm zamanaşımı sürelerini kapsamaktadır⁵⁹. Yine zamanaşımı definden feragatin, zamanaşımı süresi işlerken mümkün olduğu gibi, zamanaşımının gerçekleşmesinden sonra da caiz olduğu belirtilmektedir⁶⁰. On yılı aşan bir süre için feragat halinde ise bunun, izin verilen en uzun süre olarak on yıl için hüküm doğuracağı kabul edilmektedir⁶¹. Süre sonunda feragatin tekrarlanması yine en fazla on yıl için mümkündür⁶².

IV. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

Yukarıda 15 Haziran 2018 tarihli Federal Kanun ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında yapılan zamanaşımına ilişkin değişiklikler ortaya konmuştur. Elbette söz konusu revizyonun Türk hukuku bakımından örnek alınıp alınamayacağı da ayrıca incelenmelidir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki getirilen yeni düzenlemelerin bir kısmı hukuk pratiğindeki ihtiyaçların değerlendirilmesine göre kanun koyucu tercihinin⁶³, bir kısmı da İsviçre mevzuatındaki diğer kanunların öngördüğü hükümlere⁶⁴ bağlı olarak şekillenmiştir. Yine ifade edilmelidir ki Türk kanun koyucusu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ihdas edilirken getirdiği yeniliklerle düzenleme ihtiyacı bulunan bazı konularda iradesini zaten açıklamıştır⁶⁵. Nihayet İsviçre'de zamanaşımı revizyonunun

56 Botschaft, s. 261. *Karş.* Däppen, BSK-OR, Art. 141 N. 5c; Krauskopf / Märki, N. 27.

57 BGE 132 III 226 (E. 3.3.7).

58 Botschaft, s. 261, 262. Bu tercihe eleştirel yönde bkz.: Däppen, BSK-OR, Art. 141 N. 5d; Krauskopf / Märki, N. 28; Walter Fellmann, “Verzicht auf die Verjährungseinrede”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Zürich 2018, s. 153, 154; Pichonnaz, s. 744. Lafzına rağmen hükmün Federal Mahkeme içtihadına uygun yorumlanması gerektiği görüşünde bkz.: Isabelle Wildhaber / Sevda Dede, “Verzicht auf die Verjährungseinrede”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 141, 142.

59 Kapsamlı incelemesi için bkz.: Wildhaber / Dede, s. 137 vd.

60 Botschaft, s. 262.

61 Botschaft, s. 262; Wildhaber / Dede, s. 149.

62 Botschaft, s. 262; Krauskopf / Märki, N. 29; Fellmann, *Verzicht*, s. 154.

63 Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1, Art. 134 Abs. 1 Ziff. 6, 8, Art. 136 Abs. 4, Art. 141 OR hükümlerine ilişkin değişiklikler bu bağlamda örnek gösterilebilir.

64 Örneğin, Art. 60 Abs. 2 OR hükmünün ikinci cümlesinde öngörülen üç yıllık yeni zamanaşımı süresi, İsviçre'de kovuşturma zamanaşımına ilişkin Art. 97 Abs. 3 StGB hükmüne dayanmaktadır.

65 Örneğin, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede kısa (nisbi) zamanaşımı süresi iki yıl olarak öngörülüş (TBK m. 72/I, 82/I; *karş.* Art. 60 Abs. 1, Art. 67 Abs. 1 OR), rücu talebine ilişkin zamanaşımı da TBK m. 73 hükmünde düzenlenmiştir (*Karş.* Art. 139 OR).

tartışmalı bazı noktalarda benimsediği yaklaşımı aynı şekilde kanuna aktarmak ya da bu konuların çözümünü öğreti ve yargıya bırakmak seçimi de Türk kanun koyucusuna ait bulunmaktadır⁶⁶.

Burada özellikle üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz değişiklik, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali hâlinde tazminat talebine ilişkin uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin on yıldan yirmi yıla çıkarılmasıdır. Nitekim bu yöndeki değişiklik ihtiyacı, İsviçre’de de zamanaşımı revizyonunun hareket noktası olmuştur⁶⁷. Keza revizyon öncesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin İsviçre aleyhine verdiği 11 Mart 2014 tarihli karar⁶⁸ da kanun değişikliğine gidilmesinde önemli rol oynamıştır. Bu kararda, on yıllık mutlak zamanaşımı süresi karşısında asbest mağdurlarının tazminat taleplerinin, bu talebin varlığını objektif olarak öğrenebilmelerinden önce zamanaşımına uğradığı belirtilmiş ve bu sebeple AİHS m. 6 çerçevesinde adil yargılanma hakkının ihlal edildiğine hükmedilmiştir⁶⁹.

Belirtmek gerekir ki başlangıçta 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na ilişkin Tasarı da haksız fiilde uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin yirmi yıl olarak düzenlenmesini öngörmüştür (m. 71). Madde gerekçesine göre “818 sayılı Borçlar Kanununda on yıllık uzun zamanaşımı süresi için kullanılan ‘zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren’ şeklindeki ibarenin, haksız fiilin ‘zarar’ unsuru gerçekleşmedikçe, fiilin işlendiği tarihten itibaren kaç yıl geçerse geçsin, haksız fiil nedeniyle tazminat isteminin zamanaşımına uğramayacağı şeklinde yorumlanmasını önlemek amacıyla, bu ibare ‘her hâlde, fiilin işlendiği tarihten başlayarak’ şeklinde değiştirilmiş ve 818 sayılı Borçlar Kanunundaki on yıllık uzun zamanaşımı süresinin de, bu değişiklik göz önünde tutularak yirmi yıla çıkarılması öngörülmüştür”. Ancak Adalet Komisyonu’nun, “Tasarının 71 inci maddesinin birinci fıkrası, uzun zamanaşımı başlangıcına temel alınan fiil terimi eylemin sonuç unsurunun meydana geldiği tarihi içerdiğine; fiilin sonucun meydana geldiği tarihte oluşmuş sayıldığına göre, sonucu on yıl sonra meydana gelen fiillerde dahi zamanaşımının dolmamış bulunması karşısında ‘yirmi yılın’ ibaresi ‘on yılın’ şeklinde değiştirilmiş[tir].” gerekçesiyle⁷⁰ bu süre tekrar on yıl olarak kanuna girmiştir⁷¹. Aktarılan gerekçelerden de anlaşıldığı üzere, haksız fiilde uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin hangi anda işlemeye başlayacağı tartışmalıdır. Türk hukukunda bu tartışmanın önemli bir kaynağını, Yargıtay’ın 1999 Gölcük Depremi sonrası vermiş olduğu kararlar oluşturmaktadır. Yargıtay’a göre haksız fiilde on yıllık zamanaşımı süresi, zararın meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır⁷². Hâlbuki haksız fiilde uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcına ilişkin doktrin görüşü bu

66 Örneğin, Art. 134 Abs. 1 Ziff. 7, Art. 136 Abs. 1, 2 OR hükümlerine ilişkin değişiklikler bu bağlamda zikredilebilir.

67 Bkz.: Botschaft, s. 236.

68 Howald Moor ve Diğerleri / İsviçre, Başvuru No: 52067/10 ve 41072/11.

69 Karar hakkında ayrıca bkz.: Fellmann, *Entstehung*, s. 5, 6; Ayça Akkayan-Yıldırım, “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2016, C. LXXIV, S. 1, s. 208, 209.

70 Bu gerekçeye eleştirel yönde bkz.: O. Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 618.

71 Bkz.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), (S. Sayısı: 321) (Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

72 YHGK. T. 04.06.2003 E. 2003/4-400 K. 2003/393; YHGK. T. 22.10.2003 E. 2003/4-603 K. 2003/594; YHGK. T. 10.03.2010 E. 2010/4-111 K. 2010/137 (Kararlar için bkz.: Kazancı İçtihat.).

içtihadın tam tersi yöndedir. Zira henüz zarar ortaya çıkmamış olsa dahi hukuka aykırı davranışın gerçekleştiği tarihten itibaren on yıllık sürenin işlemeye başladığı kabul edilmektedir.⁷³

Görülmektedir ki Yargıtay'ın kabul ettiği gibi on yıllık sürenin zararın meydana geldiği tarihten itibaren işlemeye başladığı kabul edilirse geç ortaya çıkan bedensel zararlarda tazminat talebinin, talebin varlığının öğrenilebilmesinden önce zamanaşımına uğraması sorunu ortadan kalkmaktadır. Ancak doktrinde hâkim olan görüşün belirttiği gibi, bu yaklaşım kanunda öngörülen tercihle bağdaşmamaktadır. *Contra legem* bir yorumla uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcını zararın ortaya çıkmasına bağlamak doğru değildir⁷⁴. Nitekim mehzaz hüküm olan Art. 60 Abs. 1 OR bakımından özellikle İsviçre Federal Mahkemesi'nin benimsediği hâkim anlayışa göre de on yıllık mutlak zamanaşımı süresinin başlangıcı, zararın ortaya çıkmasından ve öğrenilmesinden bağımsızdır; belirleyici olan tek kıstas zarara sebebiyet veren davranışın gerçekleşme anıdır⁷⁵. Her ne kadar belirtilen yaklaşımın özellikle uzun sürede ortaya çıkan zararlarda hakkaniyete aykırı sonuçlara yol açabileceği kabul edilse de hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla kanun koyucu iradesinin bu yönde olduğu ifade edilmektedir⁷⁶. Nitekim bizatihi bu durum, İsviçre kanun koyucusunu ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlali hâlleri için özel bir zamanaşımı süresi (Art. 60 Abs. 1bis, Art. 128a OR) belirlemeye yöneltmiştir⁷⁷. Bununla birlikte, İsviçre'de revizyon sonrasında da tazminat alacağının,

73 Özel olarak bkz.: Mehmet Erdem, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010, s. 183 vd.; Veysel Başpınar / Mehmet Altunkaya, "Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 118 vd.; Ayşe Havutçu, "Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XII, Özel Sayı, s. 584 vd.; Serdar Nart, "Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72)", *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 236 vd.

74 *Kanunısza* deprem özelinde meselenin çözümü, "hukuka aykırı davranış" kıstasında yatmaktadır. Deprem bölgesinde binanın yapım tarihinde öngörülen teknik koşullara aykırı bina yapan kişinin, bu binayı teslim etmekle hukuka aykırı davranışını tamamladığı söylenemez. Her ne kadar sözleşme ilişkisi içerisinde binanın teslimiyle ayıplı ifa gerçekleşiyor ve bu andan itibaren akdi sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi işlemeye başlıyor (TBK m. 478) olsa da haksız fiil sorumluluğu bakımından binanın teslimiyle hukuka aykırı davranışın sona erdiği kabul edilemez. Zira binayı teknik koşullara aykırı yapan kişinin, her zaman için bu hukuka aykırılığı gidermek konusunda davranış yükümlülüğü bulunduğu kabul edilmelidir. Deprem bölgesinde ilgili teknik koşullara aykırı inşa edilen binanın sürekli olarak kişilerin yaşamını ve bedensel bütünlüğünü (mutlak hakkını) tehlikeye düşürdüğü bir vakaadır (Tehlike oluşturan bir icraattan sonra hareketsiz kalmanın hukuka aykırı davranış oluşturması hakkında bkz.: Roland Brehm, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen*, Art. 41-61 OR, 4. Auflage, Bern 2013, Art. 41 N. 57; Martin A. Kessler, *BSK-OR*, Art. 41 N. 19a, 38.). Başlangıçta bu duruma sebebiyet veren kişi, hukuka aykırılığı gidermekten kaçınma tarzındaki pasif (olumsuz) davranışıyla hukuka aykırı davranışını sürdürmektedir. Şu hâlde, deprem bölgesinde teknik koşullara aykırı bina yapan kimse, bu hukuka aykırılığı gidermek için gerekli girişimi üstlenmek zorundadır. Dolayısıyla hukuka aykırı davranış, binanın teknik koşullara aykırı inşa edilmesiyle başlamakta ve bina bu hâlde bırakılarak sürdürülmektedir. Binanın teslim edilmiş olması veya yapı kullanma izin belgesinin alınmış olması, ilgili teknik koşullara aykırı bir inşanın varlığı anlaşılıyorsa ve sorumluluğun diğer şartları da (*Karş.* TBK m. 49) gerçekleşmişse haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır. Bu durumun pratik sonucu, teknik koşullara aykırı inşa edilmiş bir bina bulunuyorsa binayı yapan kişi hayatta olduğu sürece deprem ne zaman gerçekleşirse gerçekleşsin zamanaşımı defteri sürülemez; zira hukuka aykırı davranış sona ermediği için o ana dek zamanaşımı işlemeye başlamıştır. Elbette hukuka aykırılığı giderme (binayı teknik koşullara uygun hâle getirme veya yıkma) yönündeki davranış yükümlülüğü şahsen binayı yapan kişiye ait olduğundan bu yükümlülük mirasçılara geçmez.

75 BGE 136 II 187 (E. 7.4.4, 7.5); BGE 127 III 257 (E. 2b/aa); BGE 119 II 216 (E. 4a/aa).

76 Däppen, *BSK-OR*, Art. 60 N. 9. Ayrıca bkz.: Brehm, *BK-OR*, Art. 60 N. 64a; Moser, s. 44, 45.

77 Bkz.: Botschaft, s. 241, 252.

zararın anlaşılmasından önce zamanaşımına uğrayabileceği kabulü terk edilmiş değildir; zira uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin başlangıcı zararın ortaya çıkmasına bağlanmamıştır⁷⁸.

Gelinen noktada, Türk hukukunda da geç ortaya çıkan bedensel zararlar bakımından düzenleme ihtiyacı bulunduğu⁷⁹ ifade edilebilecek durumdadır. Geç ortaya çıkan zararlarda, zarara yol açan vaka veya fiil ile zararın anlaşılabilir olması arasında –çoğunlukla on yıllık mutlak zamanaşımı süresini aşan – uzun bir zaman dilimi bulunmaktadır⁸⁰. Kişiyे gelen zarar olarak vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm hâlinde, bunların zarara yol açan davranıştan on yıl sonra ortaya çıkması, zamanaşımı bakımından hassas bir mesele oluşturmaktadır. Örnek vermek gerekirse asbest ile temas, radyoaktif maddeye maruz kalma veya bazı ilaçlar sebebiyle uzun zamanda görülen kişinin sağlığına ilişkin bozulmaları, zamanaşımı rejimi bakımından diğer zarar türleriyle eş görmek sorgulanmalıdır⁸¹.

Gerçekten hukuka aykırı davranışın tamamlanmasından itibaren on yıl içerisinde ortaya çıkmayan ve anlaşılması objektif olarak mümkün bulunmayan bedensel zarar (veya ölüm) hâlinde, bu zarar tespit edilince tazminat talebinin önüne zamanaşımı engelinin konması adalet hissini zedelemektedir⁸². Örneğin, hatalı bir tıbbi müdahalenin on yıldan sonra ortaya çıkardığı bedensel zararın daha baştan zamanaşımına uğradığını kabul etmek ve zarar görene tazminat talebi için hiçbir imkân tanımamak uygun görünmemektedir. Bu noktada, hukuka aykırı davranıştan on yıl sonra görülen ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali hâllerini, ihlal edilen değerlerin önemi itibarıyla diğer zarar türlerinden ayrı değerlendirmek makul karşılanmalıdır. Dolayısıyla bu tip zararların karakteristik ve istisnai niteliklerine istinaden zamanaşımı bakımından farklı değerlendirilmeleri gerekir⁸³. *Kanımızca* burada, zararın *tespit edilebilir*⁸⁴ olduğu andan itibaren işlemeye başlayan uygun – ve her hâlükârda iki yılı (TBK m. 72 hükmündeki kısa zamanaşımı süresini) geçmeyen – bir ek sürenin zarar görene tanınması çözümü üzerinde durulmalıdır⁸⁵. Nitekim vurgulanmalıdır ki İsviçre doktrininde bazı

78 Krauskopf / Märki, N. 7. Eleştirel yönde bkz.: Pichonnaz, s. 741.

79 Zarara yol açan fiilin tamamlandığı tarihten itibaren işleyen otuz yıllık zamanaşımı süresi önerisi için bkz.: Akkayan-Yıldırım, s. 213.

80 Bkz.: Moser, s. 18; Akkayan-Yıldırım, s. 185 vd.

81 Bkz.: Botschaft, s. 252.

82 Ayrıca bkz.: Eren, s. 941: “Zarar verici fiilin zararlı etki ve sonuçlarını bu fiil nihayete ermesinden itibaren 10 yıldan daha uzun bir süre sonunda meydana getirdiği hallerde 10 yıllık sürenin mutlak olarak uygulanması, zarar gören yönünden tatmin edici değildir.”

83 Ayrıca karş. Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 125 ve orada dn. 1: “Aslında, özellikle ölüm ve cismanî zarar söz konusu olan durumlarda, yarışma olsun olmasın, tek ve tatmin edici bir zamanaşımı süresinin kabulü daha uygun olur. Bu konuda, (3) ve (10) yıllık zamanaşımı süresi öneriyorum. Fail veya sorumlunun kötü niyetli davranışı ile (10) yıllık süre geçirilmiş ise, hak düşürücü süre niteliğinde bir ek süre tanınmalıdır.”

84 Zaten hâlihazırda on yıllık uzun zamanaşımı süresinin geçmiş olması karşısında, salt zarar görenin sübjektif bilgisini (zararı öğrenmesini) kıstas almak makul olmayacaktır. Buna karşın, TBK m. 72/I uyarınca on yıllık uzun zamanaşımı süresi içerisinde önem taşıyan iki yıllık kısa zamanaşımı süresi, zararın öğrenilmesiyle işlemeye başlamaktadır; öğrenebilecek olma yeterli değildir (Bkz.: Murat Topuz, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan ‘Zararın Öğrenilmesi’ Olgusu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. XIV, S. 157, s. 1776.).

85 Bu imkânın hem haksız fiil hem de akdi ilişkiye dayanan sorumluluk için getirilmesi isabetli olacaktır. Dikkat çekmek gerekir ki 1999 Gölcük Depremi sonrası zamanaşımı konusunda Yargıtay daireleri arasında ortaya çıkan içtihat farklılığı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi nezdinde Türkiye aleyhine hak ihlali kararlarının verilmesine yol açmıştır. Söz konusu içtihat farklılığı, talebi akdi ilişki temelinde gören dairenin zamanaşımının gerçekleştiğini kabul etmesine, talebi haksız

yazarlar, *kanımızca* da haklı olarak, mutlak zamanaşımı süresinin on yıldan yirmi veya otuz yıla yükseltilmesinin dahi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne uygunluğu sağlamak bakımından yeterli olacağına şüphe duymaktadırlar⁸⁶. Zira zarar görenin sağlığına ilişkin bir bozulmayı geçerli zamanaşımı süresi içerisinde tespit etmesinin ve bu sebeple tazminat istemesinin objektif olarak mümkün görülmediği her durumda AİHS çerçevesinde hak ihlali oluşacağı düşünülmektedir⁸⁷. Dolayısıyla zamanaşımı süresinin uzatılması tek başına yeterli değildir, bu tip zararlar da zamanaşımının başlangıcı ve buna göre belirlenecek uygun bir süre üzerinden çözüm üretmek daha doğru gözükmektedir⁸⁸.

Sonuç

Çalışmada, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında yapılan zamanaşımına ilişkin değişiklikler incelenmiş bulunmaktadır. 1 Ocak 2020 tarihinde yürürlüğe giren bu değişiklikler (ana hatları itibarıyla); haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmede kısa (nisbi) zamanaşımı süresinin –bir yıldan – üç yıla çıkarılması, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu ise uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin –on yıldan – yirmi yıla yükseltilmesi, ceza davası zamanaşımının medenî yargılamaya etkisinin detaylı şekilde düzenlenmesi, zamanaşımı durduran sebeplerde bazı değişiklik ve genişletmelere gidilmesi, zamanaşımının kesilmesinin birlikte borçlulara etkisi bakımından açıklayıcı düzenlemelere yer verilmesi, rücu talebinin zamanaşımı konusunda hüküm ihdas edilmesi ve zamanaşımı definden feragatin şartlarının ve sınırlarının belirlenmesi olarak özetlenebilir. Bu değişikliklerin önemli bir kısmı, ülkedeki ihtiyaçların değerlendirilmesine ve izlenen hukuk politikasına göre şekillenmiştir. Dolayısıyla büyük ölçüde kanun koyucunun tercihine dayandıkları ifade edilebilir. Bununla birlikte, ölüm veya vücut bütünlüğünün ihlali söz konusu ise uzun (mutlak) zamanaşımı süresinin yirmi yıla yükseltilmesi üzerinde özel olarak durulmalıdır. Bu değişiklik, zarar verici davranışın üzerinden uzun yıllar geçtikten sonra ortaya çıkan bedensel zarar ve ölüm durumları göz önünde tutularak getirilmiştir. Nitekim emsal bir olayda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, tazminat talebinin varlığının objektif olarak öğrenilebilmesinden önce talebin zamanaşımına uğraması gerekçesiyle İsviçre aleyhine hak ihlali kararı vermiştir. Hukuka aykırı davranışın tamamlanmasından itibaren on yıl içerisinde ortaya çıkmayan ve anlaşılması objektif olarak mümkün bulunmayan bedensel zarar (veya ölüm) söz konusu ise bu zarar tespit edilince tazminat talebinin önüne zamanaşımı engelinin konması adalet hissini de zedelemektedir. Dolayısıyla geç ortaya çıkan bedensel zarar (ve ölüm) bakımından Türk hukukunda da düzenleme ihtiyacı bulunduğunu düşünmekteyiz. Bu tip zararların karakteristik ve istisnai niteliklerine istinaden zararın tespit edilebilir olduğu andan itibaren işlemeye başlayan uygun bir ek sürenin zarar görene tanınması isabetli olacaktır.

fil temelinde gören dairenin ise zamanaşımı defini reddetmesine dayanmaktadır. Bkz.: Çelebi ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No: 582/05; Aksis ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No: 4259/06.

86 Krauskopf / Märki, N. 8; Moser, s. 28.

87 Moser, s. 28.

88 Benzer yönde bkz.: Moser, s. 28.

Kaynakça

- Akkayan-Yıldırım Ayça, “Geç Ortaya Çıkan Bedensel Zararların Tazmini Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımının Yeni Eğilimler Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Y. 2016, C. LXXIV, S. 1, s. 185-219.
- Antalya O. Gökhan, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C. V/1, 2, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Basler Kommentar: Obligationenrecht I*, 7. Auflage, Hrsg. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, Basel 2020 (Atf: İşleyen, BSK-OR).
- Başpınar Veysel / Altunkaya Mehmet, “Depremden Doğan Zararların Tazmininde Zamanaşımının Başlaması ve Süresi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 57, S. 1, s. 95-131.
- Baysal Başak, *Haksız Fiil Hukuku: BK m. 49-76*, İstanbul 2019.
- Bergamin Christof, “Die längere strafrechtliche Verjährungsfrist nach Art. 60 Abs. 2 OR”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 35-58.
- Berti Stephen V., *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erlöschen der Obligationen, Art. 127-142 OR*, 3. Auflage, Zürich 2002.
- Botschaft zur Änderung des Obligationenrechts (Verjährungsrecht) vom 29. November 2013, BBI 2014 235 (Atf: Botschaft).
- Brehm Roland, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht: Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR*, 4. Auflage, Bern 2013 (Atf: BK-OR).
- Eisner-Kiefer Andrea, “Verjährung in der Privatversicherung”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 93-117.
- Erdem Mehmet, *Özel Hukukta Zamanaşımı*, İstanbul 2010.
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 24. Baskı, Ankara 2019.
- Fellmann Walter, “Entstehung des neuen Verjährungsrechts und Überblick”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 1-8 (Atf: Entstehung).
- Fellmann Walter, “Verzicht auf die Verjährungseinrede”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 141-165 (Atf: Verzicht).
- Gauch Peter / Schlupe Walter R. / Emmenegger Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, C. II, 10. Auflage, Zürich 2014.
- Guhl Theo / Koller Alfred / Schnyder Anton K. / Druey Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht: Mit Einschluss des Handels – und Wertpapierrechts*, 9. Auflage, Zürich 2000.
- Hatemi Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, 2. Bası, İstanbul 1998.
- Havutçu Ayşe, “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2010, C. XII, Özel Sayı, s. 579-605.
- Kaşak Esra / Ganbari Muhammed Kiomers, “İsviçre Borçlar ve Ticaret Hukuku’nda Zamanaşımı Revizyonu”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2020, C. XXIV, S. 1, s. 93-126.
- Krauskopf Frédéric, “Die Verjährung der Delikts – und der Vertragshaftung”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 9-33.
- Krauskopf Frédéric / Märki Raphael, “Wir haben ein neues Verjährungsrecht”, *Jusletter*, 2. Juli 2018.
- Magnin Josianne, “Die Hemmung der Verjährung Unter besonderer Berücksichtigung der geänderten und ergänzten Hemmungsgründe im revidierten Verjährungsrecht”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 59-72.

- Moser Nicola, “Verjährungsfristen der vertraglichen und ausservertraglichen Haftung”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 15-63.
- Nart Serdar, “Haksız Fiillerde Zamanaşımına İlişkin Hükümün Değerlendirilmesi (TBK.md.72)”, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011)*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2012, s. 223-244.
- Oğuzman M. Kemal / Öz M. Turgut, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, C. II, 15. Bası, İstanbul 2020.
- Pichonnaz Pascal, “Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte”, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 115/2019, s. 739-748.
- Rothenberger Adrian, “Die Verjährung des Regressanspruchs”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 73-101.
- Topuz Murat, “Yargıtay Kararları Çerçevesinde Zamanaşımının İşlemeye Başlaması İçin Gerekli Koşullardan Olan ‘Zararın Öğrenilmesi’ Olgusu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Y. 2019, C. XIV, S. 157, s. 1774-1782.
- Verde Michel, “Die Verjährung nach Art. 60 Abs. 2 OR”, *Die Verjährung: Antworten auf brennende Fragen zum alten und neuen Verjährungsrecht*, Hrsg. Frédéric Krauskopf, Zürich 2018, s. 65-92.
- Wildhaber Isabelle / Dede Sevda, “Verzicht auf die Verjährungseinrede”, *Das neue Verjährungsrecht – Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern*, Bern 2019, s. 135-155.

Elektronik Kaynaklar:

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.html> (Kazancı İçtihat)

İrade Beyanlarının Yorumlanması Bakımından Muvazaa

The Simulation in Terms of Interpretation of Declarations of Intent

Barış DEMİRSATAN* 

Öz

Muvazaalı irade beyanında, gerçek irade ve beyan arasında kasıtlı bir farklılık bulunmaktadır. Muvazaanın hukuki işlem üzerindeki etkisini tespit edebilmek için öncelikle irade beyanının yorumlanması gerekir. İşlem varlık kazandıktan sonra geçerlilik açısından değerlendirilebilir. Bu bağlamda irade ve beyan arasında kasıtlı farklılık bulunan bütün durumlar ortaktır. Güven kuramının uygulandığı hallerde irade beyanının muhatabı, beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği veya bilebilecek durumda olduğunda; beyan, irade doğrultusunda hüküm ifade eder. İrade kuramının uygulandığı yöneltilmesi gerekmeyen irade beyanlarında da, beyan irade doğrultusunda hüküm doğurur. Muvazaada, muhatap gerçek iradeyi bildiği için muhatap olduğu irade beyanı sonuç doğurmaz. Hukuken yoktur. Bu itibarla muvazaalı işlemin hukuken sonuç doğurmamasının nedeni muhatabın gerçek iradeyi bilmesidir. Bu konuda beyan sahibi ve muhatabın anlaşmış olmalarına gerek yoktur. Beyan kuramının kısmen veya bütünüyle uygulandığı olasılıklarda ise, beyan ve gerçek irade arasındaki farklılık iddiaları dinlenilmez. Beyan, içeriğine göre hüküm doğurur.

Anahtar Kelimeler: İrade beyanı, İrade beyanının yorumlanması, İrade ve beyan arasında kasıtlı uyumsuzluk, Güven kuramı, Muvazaa

Abstract

There is a deliberate difference between true will and declaration in the collusive declaration of intent. The declaration of intent must be firstly interpreted in order to determine the effect of the collision on the legal transaction. The validity can be evaluated once the transaction is concluded. In this context, all situations where there is a deliberate difference between will and declaration can be evaluated jointly. In cases where the trust theory is applied, when the addressee of the declaration of intent knows or is able to know the true will of the declaration, such declaration becomes in accordance with the will. In a declaration of will, which does not need to be directed, in which the will theory is applied, the declaration also creates its effects in accordance with the will. In the case of a collusive transaction, the declaration of intent gives rise to no legal effect since the addressee is aware of the true will. In this respect, the reason why the collusive act does not have any legal consequences is that the addressee knows the true will. There is no need for an agreement between parties to prevent the collusive act from having any legal effect. In cases where the declaration theory is applied partially or wholly, any claim arising out of the difference between declaration and true will cannot be heard. The declaration engenders its effects in accordance with its literal content. The declaration gives rise to legal effects in accordance with its content.

* Ar. Gör. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: baris.demirsatan@istanbul.edu.tr

Keywords: Declaration of intent, Interpretation of declaration of intent, Deliberate mismatch between will and declaration, Theory of trust, Collusion

GİRİŞ

Muvazaalı (danışıklı) bir irade beyanı söz konusu olduğunda, gerçek irade beyan edilen hukuki sonucun doğmaması yönünde olduğu için beyan sahibinin gerçek iradesi ile beyanı arasında kasıtlı bir farklılık bulunur. Bu farklılığın irade beyanının varlık ve geçerliği üzerindeki etkisi hususunda aşağıda değinileceği üzere öğretide çeşitli görüşler bulunmaktadır. Çalışmada bu görüşler çerçevesinde söz konusu farklılığın irade beyanı üzerindeki etkisi incelenecektir.

Esas itibarıyla, çalışmada değerlendirilen hukuki mesele salt muvazaaya özgü olmayıp irade beyanında gerçek irade ve beyan arasında kasıtlı farklılığın bulunduğu bütün halleri kapsamaktadır. Bir irade beyanının geçerliliği hususunda değerlendirme yapabilmek için öncelikle bu beyanın hukuken var olması gerekmektedir. İrade beyanının varlığını tespit etmek ise yorumlamayı gerektirir. Bu kapsamda çalışmanın konusunu oluşturan hukuki meseleye yanıt bulabilmek için öncelikle muvazaa kavramına değinilecek, ardından irade beyanlarına ilişkin yorumlama kuramları açıklanacak ve bu kuramların uygulama alanları tespit edilecektir. Bu tespitler doğrultusunda, gerçek irade ve beyan arasında kasıtlı farklılığın irade beyanı üzerindeki etkisi değerlendirilerek çalışma sonuçlandırılacaktır.

I. MUVAZAA KAVRAMI

Muvazaa, görünüşte var olan bir hukuki işlemin (muvazaalı/danışıklı işlem) hukuken sonuç doğurmaması hususunda¹ bu işlemin tarafları veya tarafı ile muhatabının uzlaşmış olmasını ifade

1 Bu itibarla üçüncü kişileri aldatma amaç veya saiki, muvazaanın unsuru sayılamaz (WOLF Manfred/NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Münih, 2016, §40 N. 15; ACJC/229/2018 (Swisslex); KARAYALÇIN Yaşar, “Muvazaa (Danışık) – Hileli Anlaşma – Miras Bırakanın Muvazaası”, **Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999, s. 348; Benzer yönde: ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, 1992, s. 8). Kaldı ki üçüncü kişileri aldatma amacı olmadan işlemin hüküm doğurmaması husundaki uzlaşımın nasıl nitelendirileceği aksi görüş tarafından yanıtlanamamaktadır. Önemli olan işlemin hukuki sonuç doğurmamasıdır. Saik belirleyici veya niteleyici değildir. Bu bağlamda, miras hukukundaki saklı pay kurallarını aşmak saikiyle yapılan muvazaalı işlemlerin (*muris muvazaası*) de olağan muvazaadan hukuki sonuçları açısından farkı yoktur. Bu nedenle ayrı muvazaa türü olarak kategorize edilmesine kanımızca gerek yoktur. Karş. Muvazaada üçüncü kişiyi aldatma amacını arayan görüş: EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2019, N. 1088; ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2015, s. 281; İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2016, s. 274; FEYZİOĞLU Feyzi N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 1976, s. 188; ESENER Turhan, **Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul, 1956, s. 11-12; YILDIRIM Abdulkemal, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017, s. 125; CANSER Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Ankara, 2017, N. 495; ATAMULU İsmail, **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Ankara, 2017, s. 44 vd.; AKINCI Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak için Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **SÜHFD C. 27 S. 3** (2019), s. 655; SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016, N. 30.04; HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürih, 2014, N. 198; Yarg. 4. HD., 9.10.2012, 9891/14653 (Lexpera) “Muvazaanın şartları; görünürdeki işlem, muvazaa anlaşması ve aldatma kastıdır.” Üçüncü kişileri aldatma kastının muvazaa nedeniyle geçersizliğin unsurlarından sayılmasının, noterde düzenlenen

eder². Başka bir deyişle, muvazaa halinde iki kişi³ gerçek iradelerine uygun olmayan bir hukuki görünüş yaratma konusunda ortak bilinçle hareket etmektedir. Bu durumda, iradelerine uygun olmayan hukuki görünüş yaratan görünüşteki hukuki işleme ilişkin irade beyan veya beyanları, beyanda bulunanların gerçek iradelerinden kasıtlı olarak farklılık arz eder⁴. Muvazaa, görünüşteki

- arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan taşınmaz mülkiyeti devir borcunun ifası kapsamında tapu sicilinde satış sözleşmesi düzenlenmesinin geçerli kabul edilmesine dayanak olduğu hususunda: ÖZ Turgut, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul, 2017, s. 501; İnançlı işlemlerin üçüncü kişileri aldatma amacı taşımadıkları takdirde muvazaalı sayılmayacağı şeklinde karşı. ALTAŞ Hüseyin/KURT Leyla M., “İnançlı İşlemler”, İNÜHFD C. 2 S. 2 (2011), s. 14.
- 2 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm I**, İstanbul, 2014, §35 N. 1; TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993, s. 408; ANTALYA, s. 280; İNAN/YÜCEL, s. 274; TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, İstanbul, 1976, s. 291; FEYZİOĞLU, s. 187; Yarg. HGK., 26.9.2012, 14-422/618 (Lexpera) “Muvazaa, en basit tanımıyla, bir sözleşmenin taraflarının, üçüncü kişilerden gerçek durumu gizleyerek, onları aldatmak maksadıyla, gerçek iradelerine uymayan ve kendi aralarında geçerli olmayan bir hususta anlaşmalarıdır. Bu şekilde yapılan işlemlere de, muvazaalı işlemler adı verilir.” Karş. Tarafların bu şekilde görünmelerine muvazaa adı verildiği şeklinde: AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, Konya, 2016, s. 90; İki tarafın beyan ve iradeleri arasında isteyerek meydana getirdikleri uygunsuzluk şeklinde: EREN, N. 1087. Bu kapsamda teknik olarak muvazaa iki tarafın hüküm ifade etmeme hususunda uzlaşmasını gerektiği için yöneltilmesi gereken irade beyanlarında gerçekleşebileceği öğretide vurgulanmaktadır: Palandt-ELLENBERGER Jürgen, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Münih, 2018, §117 BGB, N. 2; VON TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, 3. Baskı, Zürih, 1984, §35 III; BK-KRAMER Ernst A./SCHMIDLIN Bruno, **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1/1 Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern, 1986, Art. 18 OR, N. 149; ATAAY Aytekin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım**, İstanbul, 1981, s. 206; FEYZİOĞLU, s. 190; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35 N. 7; DURAL Mustafa/SARI Suat, **Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015, s. 213-214. Bkz. ve karşı. EREN, N. 1093; ADAY, s. 7, yazara göre, muvazaaya elverişlilik için yöneltilmesi gereken beyanın varlığından ziyade karşı tarafın muvazaa anlaşmasını kabulü gerekmektedir. Aşağıda açıklanacağı üzere, bu konuda anlaşmadan önce, güven kuramının uygulanması ile gerçek iradeyi muhatapın biliyor olması muvazaalı işlemin hukuken varlık kazanmaması için yeterli olmaktadır. Sadece sözleşmelerde muvazaanın mümkün olduğu fikrinde: ATAMULU, s. 35-36; Yarg. 2. HD., 22.10.2007, 19259/13908 (Lexpera) “...özellikle muvazaa, iki taraflı işlemler için söz konusu olup, tek taraflı irade beyanı niteliğinde olan ...”. Karş. Yarg. 4. HD., 2.4.2012, 14206/5460 (Lexpera) “Kural olarak üçüncü kişiler (olayımızda davacı) muvazaa nedeniyle hakları zarara uğratıldığı takdirde, tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilir.” Alman hukukunda Al. MK §117 hükmü yasada irade beyanlarına ilişkin kısımda düzenlendiğinden öğreti yöneltilmesi gerekli irade beyanlarında muvazaanın söz konusu olabileceğini, muvazaanın salt sözleşmeye özgü olmadığını açıkça kabul etmektedir: WOLF/NEUNER, §40 N. 15; MEDICUS Dieter/PETERSEN Jens, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016, §40 N. 594; BORK Reinhard, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Tübingen, 2016, N. 801; VON TUHR Andreas, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C. II/1, Berlin, 1957, s. 557. Nitekim esas itibarıyla muvazaa, sözleşmenin kendisiyle ilgili olmayıp sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarına ilişkin bir hukuki durumdur.
- 3 Çok taraflı sözleşmelerde sözleşmenin kurulmasına yönelik irade açıklamaları, her bir muhatap açısından güven kuramına göre yorumlanmalıdır. Bu açıdan, her bir muhatap açısından irade beyanları arasında uyuma bulunması lazım gelir. Buna göre bu irade açıklamaları arasında birinin güven kuramına göre gerçek irade hukuki sonuç doğurmaması istendiği muhatapça biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları bulunmayacağı için sözleşmenin kurulması söz konusu olmayacaktır. Benzer yönde, sözleşmenin devri gibi çok taraflı bir sözleşmede, salt iki tarafın muvazaa hususunda anlaşmasının yeterli olduğu fikrinde: REYMOND Philippe, **La cession des contrats**, Lozan, 1989, s. 62. Bu durumda irade ve beyanları arasında farklılık bulunmayanlar, bu suretle sözleşmenin kurulmasına engel olanların sorumluluğuna *culpa in contrahendo* esasına göre gidebilir. Farklı yönde her üç tarafın da bu hususta anlaşmış olması gerektiği görüşünde: FAVRE Pascal G., **Le transfert conventionnel de contrat**, Zürih-Basel-Cenevre, 2005, N. 982; Adi ortaklık sözleşmesi açısından bu görüşte: DOĞANAY Y. Ümit, **Âdi Şirket Akdi**, İstanbul, 1968, s. 79.
- 4 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35 N. 1; ANTALYA, s. 279; ESENER, **Muvazaa**, s. 10; ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse**, Bern, 1997, s. 224; HUGUENIN, N. 198; CHK-KUT Ahmet, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Zürih, 2016, Art. 18 OR, N. 27; BORK, N. 794; Yarg. 9. HD., 15.11.2016, 35282/20130 (Lexpera) “Bununla birlikte irade açıklanırken bazen beyanın iradeye

işlem yapıldığı anda var olmalıdır. Bir işlem varlık kazandıktan sonra, görünüşte var olan işlem haline getirilemez⁵. Bu olasılıkta ancak gerçek ve geçerli bir hukuki işlemi ortadan kaldırmaya yönelik bir hukuki işlem yapılması söz konusu olabilir⁶.

Yukarıdaki tanımlama çerçevesinde muvazaada, muvazaalı işleme ilişkin irade beyan veya beyanlarında, beyan sahiplerinin gerçek iradeleri ve beyanları arasında kasten yaratılmış bir uyumsuzluk vardır. İki taraflı veya çok taraflı bir hukuki işlem söz konusu ise, bu durum muvazaalı işleme yönelik her bir irade beyanı için geçerlidir. Dolayısıyla muvazaa olarak ifade edilen, muvazaalı işlemin hukuki sonuç yaratmaması konusundaki ortak bilincin muvazaalı işlem üzerindeki etkisini değerlendirmek için öncelikle muvazaalı işleme yönelik irade beyanlarının yorumlanması gerekir. Zira bir hukuki işlemin geçerliliği hakkında değerlendirme yapabilmek için öncelikle varlık koşullarının bulunması gerekir. Farklı bir deyişle muvazaanın irade beyanlarının varlığı üzerindeki etkisi, geçerliliği üzerindeki etkisinden önce incelenmelidir.

II. İRADE BEYANLARINDA YORUM YÖNTEMLERİ

A. GENEL OLARAK

Hukuki işlem, hukuk düzeninin beyan edilen irade doğrultusunda ve iradeye uygun olarak işlemin geçerli olması kaydıyla hukuki sonuç bağladığı irade açıklaması olarak tanımlanabilir⁷. Bu itibarla, hukuki sonuca yönelmiş irade beyanı, bütün hukuki işlemler açısından ana varlık koşulunu oluşturmaktadır⁸. Hukuki sonuca yönelen bir irade beyanı yoksa bu sonucu doğuracak hukuki işlem

uygun olmaması da söz konusu olabilir. Eğer bu uygunsuzluk istenerek oluşturulmuşsa “zihni kayıt”, “latife beyanı” ve “muvazaa” söz konusudur. Muvazaada uygunsuzluk her iki tarafça da istenmektedir. Oysa zihni kayıt ve latife beyanında taraflardan sadece biri bu uygunsuzluğu istenmektedir.” Bu nedenle muvazaalı işlem aracılığı ile taraflar gizli ve gerçek bir hukuki işlem yaptığı takdirde (nisbi muvazaa), bu işlem ile muvazaa hususundaki taraflar arasındaki uzlaşma birbirinden bağımsız ve farklı olur. Aksi yönde, örtülü işlem ve muvazaa hususundaki uzlaşmayı gizli anlaşma olarak bir bütün kabul eden görüş: KOÇ Nevzat, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, *DEÜHFD* Yıl 2 S. 2 (1981), s. 159.

- 5 ANTALYA, s. 281; BK-MÜLLER Christoph, *Berner Kommentar Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, Bern, 2018, Art. 18 OR, N. 321; Yarg. HGK., 21.3.2019, 1-1225/326 (Lexpera) “Muvazaa anlaşmasının görünüşteki sözleşmeden önce veya en geç onunla aynı zamanda yapılması gerekir. Daha sonra yapılan sözleşme bu muvazaa sözleşmesini değil, önceki geçerli sözleşmeyi değiştiren ikinci bir sözleşme niteliğini taşır.” Karş. Sadece muvazaalı işlemle aynı anda söz konusu olabileceği fikrinde: ADAY, s. 9-10. Ayrıca karş. VON TUHR, s. 564, yazar bu eserde muvazaa anlaşmasını ikale anlaşmasıyla eşdeğer görmektedir. Benzer yönde: POSTACIOĞLU İlhan E., *Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Aktlerde Şekle Riayet Mecburiyeti*, İstanbul, 1945, s. 114.
- 6 KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §35 N. 4.
- 7 DEMİRSATAN Barış, *Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi*, İstanbul, 2019, s. 4. Bu çerçevede, bir hukuki işlemin hükümsüz olmasının onu hukuki işlem sayılmaktan çıkarmadığı gözden kaçırılmamak gerekir.
- 8 WOLF/NEUNER, §28 N. 1; OĞUZMAN/BARLAS, N. 659; ŞEKER Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, İstanbul, 2015, s. 63. Yokluk, hukuki işlemin varlık unsurlarının bulunmamasıyla gerçekleşen doğal bir sonuçtur. Bununla birlikte istisnaen kanun koyucunun yokluğu bir yaptırım olarak düzenlemesi söz konusu olabilir. Türk hukukunda genel işlem koşullarının içerik denetimine ilişkin olmasına karşın yazılmamış sayılma yaptırımı bağlanan TBK m. 24’ün yokluk yaptırımı öngördüğünü kabul eden görüşler (Örn. EREN, N. 648; YELMEN Adem, “Değiştirme Yasağı”, *İzmir Barosu Dergisi* 2015/3, s. 373; AKÇAAL Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, *Gazi Ü. HFD*, C. 18 S. 1 (2014), s. 61) açısından bu hüküm örnek olarak verilebilir. Bu çerçevede, yokluk

de yoktur. Dolayısıyla hukuki işlemin varlığı ve yöneldiği sonucun belirlenebilmesi, irade beyanının yorumlanmasına bağlıdır. Bu çerçevede irade beyanının yorumlanabilmesi için aşağıda değinilecek ve odak noktası irade beyanının yorumunda⁹ kimin anlayışının üstün ve haklı sayılacağı olan yorum yöntemleri geliştirilmiştir.

B. İRADE KURAMI

İrade kuramı, irade açıklamasının beyan sahibinin gerçek iradesi doğrultusunda ise hüküm doğuracağını kabul eder¹⁰. Gerçek iradeye uymayan beyan, hukuki sonuç doğurmaz¹¹. Bu kuram, mutlak olarak beyan sahibini korur; varsa, irade beyanının yöneltildiği karşı tarafın anlayışını dikkate almaz. Dolayısıyla, irade kuramının yöneltilmesi gereken irade beyanları¹² bakımından kabul edilemez olduğu sonucuna ulaşılabilir. Mutlak olarak iradeyi üstün tutmak, irade beyanının yöneltildiği ve kural olarak hukuki sonuçların üzerinde doğacağı kişiyi hukuken belirsizliğe mahkûm etmek anlamına gelir. Nitekim bu görüş, tarihsel gelişim içinde eleştiriye uğradığı gibi sözleşmenin kurulması bağlamında Türk hukukunda TBK m. 1/I hükmüyle açıkça reddedilmiştir¹³.

İrade kuramı, hüküm doğurması için karşı tarafa yöneltilmesi gereken, başka bir deyişle muhatabı olan irade beyanları açısından, muhatabın hukuki güvenliğini göz ardı ettiği için kabul edilebilir

kavramsal açıdan sonuç olarak yokluk ve yaptırım olarak yokluk şeklinde ayrıma tabi tutulmalıdır. Öte yandan belirtmek gerekir ki TBK m. 24 hükmünün kesin hükümsüzlük yaptırımını doğuracağı yönünde bir görüş de öğretide haklı olarak savunulmaktadır: ATAMER Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55/I(f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Ankara, 2012, s. 61 vd.; NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2020, N. 50a.1

9 Söz konusu olan, işlemin varlık kazanması hususunda yapılan kurucu yorumdur. Bu kavram hakkında: ANTALYA, s. 227.

10 MERZ Hans, **Vertrag und Vertragsschluss**, Friburg, 1992, §4 N. 162; BOEMKE Burkhard/ULRICI Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, Berlin, 2014, §5 N. 2; KOCHENDÖRFER Thomas, **Die Begründungsbedürftigkeit der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte**, Göttingen, 2010, s. 61; EREN, N. 397; ERGÜNE M. Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, 2011, s. 5; ANTALYA, s. 228; İNAN/YÜCEL, s. 168; ESENER Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **AÜHF D. 9 S. 3 (1952)**, s. 168. İrade kuramında sözleşmenin sadece tarafların gerçek iradesine göre hüküm doğurabileceği: PIOTET Paul, **La formation du contrat**, Bern, 1956, s. 83.

11 ERGÜNE, s. 5-6; EREN, N. 397; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72; ENGEL, s. 215; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 141; PIOTET, **Formation**, s. 83.

12 Yöneltilmesi gerekli irade beyanlarının oluşumu ve hüküm ifade edebilmesi için muhataba yönetilmesi gerekir, salt dışarı yansıtılması yeterli değildir. Buna karşılık yönetilmesi gerekli olmayan irade beyanlarının varlığı ve hükmü için beyan edilmiş olmaları yeterlidir. Bu konuda: İstŞ-SEROZAN Rona, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, Cilt I, İstanbul, 2019, TBK m. 1, N. 22; OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2018, N. 684-685; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2015, III §2 N. 5-5c; ANTALYA O. Gökhan/TOPUZ Murat, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016, s. 185; HUGUENIN, N. 179-180; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I**, Zürich, 2008, N. 194-195 ve 205; SCHWENZER, N. 27.14-27.15; ENGEL, s. 127-128; MEDICUS/PETERSEN, §22 N. 259-260; WOLF/NEUNER, §33 N. 5-9. İrade beyanı bir başkasının hukuk alanını etkiliyorsa kural olarak yöneltilmesinin gerekeceği ve bu hususta açık bir düzenlemeye gerek duyulmadığı: FLUME Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, Berlin, 1992, §11 4, s. 139.

13 EREN, N. 400; ERGÜNE, s. 6.

olmasa da yöneltmesi gerekmeyen irade beyanları bakımından belirtilen riske yol açmamaktadır. Başka bir ifadeyle hüküm doğurmak için muhataba gereksinim duymayan irade beyanlarında irade kuramı uygulanabilir¹⁴. Bu itibarla irade kuramı, tarihi gelişim çerçevesinde yöneltmesi gereken irade beyanlarında terk edilmiştir. Yöneltmesi gerekmeyen irade beyanlarında kural olarak irade kuramı uygulanır¹⁵. Nitekim yöneltmesi gerekmeyen irade beyanı olarak, vakıf kurma, vasiyetname gibi işlemlerde irade beyanının irade kuramına göre yorumlanacağı kabul görmektedir¹⁶.

C. BEYAN KURAMI

Beyan kuramı, irade kuramının aksine, irade açıklamasının esas alınacağını ve beyanın açıklama içeriğine göre hüküm doğuracağını kabul etmektedir¹⁷. Beyan kuramı açısından bu durumda iki olasılık söz konusu olur: Beyana muhatabın yüklediği öznel anlam esas alınabilir (*anlam verme/öznel beyan kuramı*) veya beyana üçüncü bir kişinin yükleyebileceği nesnel anlam (*nesnel beyan kuramı*) dikkate alınabilir¹⁸.

İkinci olasılık, ne beyan sahibini ne de muhatabını yeterince koruduğu ve iki tarafın da istemediği bir sonuca yol açabileceği, üçüncü kişinin nesnel anlayışıyla irade beyanının ilgililerini bağlanmasının her zaman arzu edilebilir olmaması itibarıyla reddedilmelidir¹⁹. Kaldı ki işleme yabancı üçüncü kişinin anlayışını genel olarak esas almaya neden oluşturacak haklı bir gerekçe de yoktur. Ancak belirtileceği üzere birtakım istisnai hallerde bu kurama başvurmak gerekli olacaktır.

Birinci olasılığın ise muhatabın öznel anlayışına mutlak üstünlük tanıdığı için kabul görmesi olanaklı değildir²⁰. Esasen irade kuramına yöneltilebilecek bütün eleştiriler, bu olasılık için de geçerlidir. Daha açık bir deyişle, bu olasılık, irade kuramının muhatap açısından uygulanmasından ibarettir²¹. İrade kuramı, yönetilmesi gerekmeyen irade beyanlarında sakınca yaratmadığı için uygulanabildiği

14 WOLF/NEUNER, §35 N. 31; MEDICUS/PETERSEN, §24 N. 322; BORK, N. 513; SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk**, III §2 N. 5c; CHK-KUT, Art. 18 OR, N. 4; DURAL/SARI, s. 245; İstŞ-SEROZAN, TBK m. 1, N. 23.

15 Yarg. 3. HD., 27.5.2014, 6645/8309 (Lexpera) "Zira irade teorisi, dışa vurulmuş irade yerine, beyan sahibinin gerçek iradesini üstün tutmakla, vasiyetnamenin varması gerekli olmayan tek taraflı işlem karakterine en uygun çözümü sunmaktadır."

16 Vakıf kurma: SEROZAN Rona, **Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar**, İstanbul, 1994, s. 92; ÖZTAN Bilge, **Tüzel Kişiler**, Ankara, 1998, s. 125; ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul, 1978, s. 405; WOLF/NEUNER, §35 N. 31. Vasiyetname: CR-WINIGER Bénédicte, **Commentaire Romand – Code des Obligations Art. 1-529**, Basel, 2012, Art. 18 CO, N. 69; SCHWENZER, N. 27.36; ERGÜNE, s. 17 vd.; BORK, N. 517; GRUBER Michael/SPROHAR-HEIMLICH Helga/SCHUEBA Elisabeth, "§16 Die letztwillige Verfügung", **Erbrecht und Vermögensnachfolge**, Viyana, 2010, s. 440. Bu çerçevede miras sözleşmesinin tek yanlı içeriğine dahil hükümler de irade kuramı çerçevesinde yorumlanmak gerekir.

17 ERGÜNE, s. 6; ANTALYA, s. 228 ve 229; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 141; BOEMKE/ULRICI, §5 N. 2.

18 ERGÜNE, s. 6.

19 EREN, N. 403; ANTALYA, s. 230.

20 EREN, N. 402; ANTALYA, s. 229.

21 ERGÜNE, s. 7; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 72.

halde, sadece muhatabın bulunduğu, sahibi olmayan bir irade beyanı bulunmayacağından ötürü, bu şekliyle kuram uygulama alanı bulmamalıdır²².

D. GÜVEN KURAMI

İrade ve beyan kuramları, güven kuramıyla senteze ulaşmış, hem irade beyanında bulunanın, hem de beyan muhatabının anlayışlarına ilişkin haklı güvenleri korunmuştur. Güven kuramına göre, bir irade beyanı²³, beyan muhatabı²⁴ tarafından dürüstlük kuralı (MK m. 2) çerçevesinde nasıl anlaşılması gerekiyorsa o içerikle hüküm ifade eder²⁵. Buna göre, hem beyan sahibi, beyanın makul ve dürüst şekilde anlaşılacağına itimat edebilir; muhatap da kendisine ulaşan irade beyanının beyan sahibinin iradesini makul ve dürüst şekilde ifade ettiğine itimat edebilir²⁶. Dolayısıyla beyan sahibi, iradesinin makul ve dürüst bir muhatap tarafından nasıl anlaşılacağına ilişkin özen göstermek zorunda olduğu gibi, muhatap da makul ve dürüst biri olarak beyanı anlama konusunda özen göstermek zorundadır. Böylece irade açıklamasının sahibi ve muhatabı arasında denge tesis edilmiş olur²⁷. Bu bağlamda muhataba ulaşma olgusu gerekli dahi görülmeden²⁸ irade faaliyetine olanak tanımak güven kuramının uygulandığı bir hukuk rejiminde söz konusu değildir²⁹. İrade faaliyeti,

- 22 Sistematik açıdan İBK m. 1 (TBK m. 1) hükmü ile esas olarak irade kuramının benimsenmiş olduğu, İBK m. 18 (TBK m. 19) ve beyan hatasına ilişkin hükümlerle güven kuramına dayanak kazandırıldığı görüşünde: BSK-HONSELL Heinrich, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, Basel, 2015, Art. 2 ZGB, N. 13. Borçlar Kanununun sözleşmenin kurulmasına ilişkin herhangi bir kuramı açıkça kabul etmediği, kanundaki birtakım hükümlerden sonuca varılabileceği görüşünde: PIOTET, **Formation**, s. 81, ancak yazar İBK m. 1 bağlamında irade kuramının işlem ve açıklama iradesinin gerekliliğini temellendirebileceğini ifade etmektedir: s. 94.
- 23 Güven kuramının doğrudan doğruya irade beyanlarının yorumuna yönelik olduğu: ZK-JÄGGI Peter, **Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a – Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR)**, Zürih, 1973, Art. 1 OR, N. 190; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 165. Ayrıca irade beyanını teşkil eden eylemin varlığına ilişkin yorumlamada da uygulanır: KOCAYUSUPFAŞAOĞLU Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968, s. 28; EREN, N. 412; OĞUZMAN/BARLAS, N. 666; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 208.
- 24 Muhatap belirli bir kişi değilse, başka bir deyişle belirsiz bir kişi çevresine yöneltilmiş dürüstlük kuralı çerçevesinde ortalama bir muhatabın veya söz konusu muhatap çevresinin ortak anlayışı dikkate alınmak gerekir: WOLF/NEUNER, §35 N. 33.
- 25 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 207; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 148; ENGEL, s. 216; BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürih, 1988, s. 122; ZK-JÄGGI, Art. 1 OR, N. 195; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2018, N. 242; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, §13 N. 2; EREN, N. 409; FEYZİOĞLU, s. 356; NOMER, N. 25.6; ANTALYA, s. 231; DURAL/SARI, s. 244; KANIŞLI Erhan, **Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, İstanbul, 2018, s. 99; ESENER, **İtimat**, s. 174. Bu nedenle kuramın temelini MK m. 2 olduğu kabul edilmektedir: OĞUZMAN/BARLAS, N. 911; DURAL/SARI, s. 244; EREN, N. 406; SEROZAN, III §2 N. 3; OKTAY Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHF** C. 55 (1996), s. 279; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 211; HUGUENIN, N. 193; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 162; ANTALYA/TOPUZ, s. 375; KANIŞLI, s. 91; SARIKAYA Murat, **Sözleşmenin Yorumlanması**, İstanbul, 2019, s. 82. Dürüstlük kuralının somutlaştığı yönünde: CR – MORIN Ariane, Art. 1 CO, N. 106. Pozitif hukuk ötesi bir temeli olduğu yönünde: ZK-JÄGGI, Art. 1 OR, N. 188.
- 26 MERZ, §2 N. 52.
- 27 İştŞ-SEROZAN, TBK m. 1, N. 15 ve 53. İrade bozukluklarında beyanın iptal edilebilir nitelikte olmasının da irade ve beyan kuramları arasında kurulmuş dengeyi gösterdiği görüşünde: BOEMKE/ULRICI, §12 N. 4.
- 28 Oysa irade kuramında dahi iradenin açıklanmış olması, iradenin belirlenmesi ve hukuki sonuç doğurması için gereklidir: BOEMKE/ULRICI, §5 N. 2.
- 29 DEMİRSATAN, s. 10-11; Karş. OĞUZMAN M. Kemal, **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1994, s. 111 dn. 38, yazar

ancak irade kuramı çerçevesinde temellendirilebilir³⁰. İrade faaliyeti olarak kabul edilen bir eylem, güven kuramı çerçevesinde muhataba ulaştığı ölçüde örtülü irade beyanı veya irade karinesi olarak hüküm doğurabilir³¹. Güven kuramı, burada taraflar arasında menfaat dengesi kurma işlevini tekrar gösterir. Buna göre ayrık bir irade faaliyeti kavramına gerek yoktur.

Muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, irade açıklaması gerçek iradeye göre sonuçlarını doğurur³². Öğretide gerçek iradenin muhatapça bilindiği haller, güven kuramının dışında ve öznel yorumlama kapsamında güven kuramından önce gelecek bir durum olarak değerlendiriliyor olsa da, irade beyanının muhatapça nasıl anlaşılması gerekiyorsa öyle hüküm doğuracağı şeklinde kapsayıcı, açık ve basit bir tanım benimsemek ve karşı tarafın iradesinin bilindiği halleri de bu kuram kapsamında saymak kanımızca daha yerinde olacaktır³³.

Güven kuramı da makul ve dürüst muhatabın anlayışını esas aldığından, salt yöneltilmesi gereken irade beyanlarına uygulanabilir³⁴. Oluşumu için birden fazla irade beyanının uyuşması gereken

irade faaliyeti kavramının salt gönderme ile hukuki sonucun doğabileceği irade beyanları için geçerli olabileceğini, varması gereken irade beyanları bakımından irade faaliyetinin söz konusu olmayacağını kabul etmektedir.

30 REPGEN Tilman, "Abschied von der Willensbetätigung: Die Rechtsnatur der Vertragsannahme nach § 151 BGB", *Archiv für die civilistische Praxis*, C. 200 S. 5 (2000), s. 564.

31 DEMİRSATAN, s. 12.

32 WOLF/NEUNER, §35 N. 27; Yarg. 22. HD., 9.10.2019, 20202/18565 (Lexpera) "...davalı işverence davacının iş sözleşmesinin sona erdirileceği, kendi isteği ile işten ayrılmak istemesi durumunda kıdem tazminatını alma konusunda yardımcı olunulacağı ifade edildiği, davacının kıdem tazminatı alabilmek amacıyla istifa dilekçesi verdiği, davalı tanık söylemleri ve dosya kapsamına göre, davalıların eylemleri dikkate alındığında güven teorisi çerçevesinde davacının istifa dilekçesi verdiği anlaşıldığından, istifa iradesinin gerçeği yansıtmadığı değerlendirilmekte kıdem ve ihbar tazminatının kabulü gerekirken..."

33 Benzer yönde: FEYZİOĞLU, s. 356; Benzer yönde karşı AKSOY DURSUN Sanem, "Borçlar Hukukunda "Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)" Kuralının Uygulanması", *İÜHF M C. 76 S. 1* (2018), s. 145-146. Nitekim benzer bir ilke benimseyen fiili meram anlatma kuramının güven kuramıyla farklılık taşımadığı öğretide tespit edilmiştir: ERGÜNE, s. 10 dn. 25. Başka bir deyişle kanımızca fiili meram anlatma kuramı, güven kuramıyla özdeş olarak kabul edilebilir. Genel olarak meram anlatma kuramının güven kuramıyla aynıyet gösterdiği: KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §13 N. 4. Gerçek iradenin bilindiği durumların güven kuramın kapsamı dışında kaldığı ve önce geldiği şeklinde karşı. MERZ, §4 N. 164; TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016, N. 196 ve 948a; OĞUZMAN/ÖZ, N. 239; EREN, N. 417; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Hata**, s. 11; CR-WINIGER, Art. 18 CO, N. 133-134; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 212; CHK-KUT, Art. 18 OR, N. 6; KANIŞLI, s. 102; TAŞKIN Zeynep Damla, **Sözleşmenin Kurulması**, İstanbul, 2020, s. 189; JdT 1995 I 274; İFM, 12.10.2017,4A_155/2017 (Swisslex). Ayrıca Viyana Uluslararası Satım Sözleşmesi Konvansiyonu bağlamında: ERGEÇ Işıl, "Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması", *İÜHF M C. 73 S. 2* (2015), s. 224. Söz konusu konvansiyonun yorumlanması, uygulandığı sözleşmelerin yorumlanmasından farklıdır. Hukuk düzeninin bir parçası olarak norm niteliği nazara alınmak suretiyle yorumlanmalıdır. Genel olarak konvansiyonun yorumlanması hususunda: DURSUN KARAAHMETOĞLU Şeyda, "Interpretation of The United Nations Convention on Contracts for The International Sale Of Goods", *Law&Justice Review* Sayı: 14 Yıl: 8 (2017), s. 106 vd.

34 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, **Hata**, s. 9; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 73; EREN, N. 410-411; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 196-197; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 165; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 207; HUGUENIN, N. 193; SARIKAYA, s. 78 vd. ve 86; TAŞKIN, s. 183. Yönetilmesi gereken irade beyanlarında muhatabın güven kuramıyla korunması gerektiği: SCHWENZER, N. 27.37; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 138. Yarg. 4. HD., 8.11.1984, 7125/8253 (Lexpera) "Yargıtay'ın görüşünü çok açık ve kesin olarak belirleyen somut bir karar örneği göstermek olanağı yoktur. Ne, var ki, önceleri irade kuralının esas alınması gerektiğine dair içtihatların

hukuki işlemlerde de her bir irade beyanı ayrı ayrı güven kuramına göre değerlendirilecek ve beyanların uyuşup uyuşmadıkları tespit edilecektir³⁵. Örnek olarak, bir sözleşme metninde iki tarafın imzası bulunuyorsa, her bir taraf için bu metnin ayrı ayrı sözleşme kurmaya yönelik irade beyanı olduğu ve her iki beyanın da güven kuramına göre sonuç doğuracağı vurgulanmak gerekir.

E. ARA DEĞERLENDİRME: HUKUKİ İŞLEMLERİN NİTELİĞİNE GÖRE UYGULANACAK YORUM YÖNTEMİ

Hukuken sonuç doğurabilmesi için yönetilmesi gereken, başka bir deyişle muhataba gereksinim duyan irade beyanları güven kuramına tabi olur. Buna karşılık hukuki sonucunu muhataba yöneltilmesinden bağımsız olarak doğuran irade beyanları, irade kuramı doğrultusunda hüküm ifade eder ve yorumlanır³⁶. Zira irade sahibinin karşısında korunması lazım gelen bir muhatap yoktur. Bununla birlikte soybağı hukukuna ilişkin olarak, tanıma işlemi açısından bir istisna kabul edilmelidir. Tanıma, yöneltilmesi gerekmeyen ve resmi şekilde tanıma yapıldığı hallerde herhangi bir resmi makama beyan sahibi tarafından sunulmayan bir hukuki işlemdir³⁷. Yöneltilmesi gerekmemesine karşın, tanıma üçüncü kişinin (tanınanın) hukuk alanını doğrudan doğruya etkiler. Bu nedenle tanıma hukuki işleminde, tanımaya yönelik irade beyanının, irade kuramına dayanılarak yokluğunun ileri sürülmesinin önüne geçmek gerekmektedir. Beyan yöneltilmediği için güven kuramının uygulanması da söz konusu olmayacağından, nesnel beyan kuramı tanıma işleminin yorumlanmasında esas olacaktır.

Bazı irade beyanlarının sonuç doğurabilmesi için resmi bir makama yöneltilmesi (*geniş anlamda yöneltilmesi gereken irade beyanı/amtsempfangsbedürftige Willenserklärung*) gerekir³⁸. Bu beyanlar da kendi içinde ikiye ayrılmalıdır. Birincisi, resmi makamlar aracılığıyla muhataba yöneltilen irade beyanları olup boşanma, önalım hakkının kullanılması gibi işlemlerin yapıları itibarıyla muhatabının bulunması gerekir. Bu tür irade beyanlarında resmi makamlar üzerinde hukuki işlemin sonuçları doğmadığından dar ve teknik anlamda yöneltilmesi gereken irade beyanının bulunduğu kabul etmek yerinde olmaz. Teknik olarak yöneltilmesi gereken irade beyanı, üzerinde hukuki sonucun doğduğu kişiye yöneltilir. Birinci grupta, resmi makamlara yöneltilen irade beyanlarında resmi makamlar, işlemin hukuki sonuçları doğurmak için aracı olmaktadır. İkinci grup ise vakıf kurma,

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.10.1952 4/88 E. 144 K.) daha sonra “güven kuralı görüşü” doğrultusunda geliştiğini göstermektedir (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 5.10.1960 gün ve 4/56 E, 248 K. ve 3.4.1963 gün 2/93 E, 29 K.). ...”; Yarg. 11. HD., 12.4.2011, 11553/4262 (Lexpera) “uyuşmazlık, gerek hukukumuzda gerekse tüm çağdaş hukuk sistemlerinde uygulanan güven kuramı ışığında ele alınmalıdır. Bu kurama göre, irade beyanlarından her birinin objektif anlamına bakılmayacak, bu beyana muhatabın iyiniyetle vereceği anlamın ne olması gerektiği araştırılacaktır (BK'nun 18.maddesi).”

35 ZK-JÄGGI, Art. 1 OR, N. 210; ANTALYA, s. 231.

36 Her yorum yönteminin kendine özgü bir uygulama alanı bulunduğu: MERZ, §4 N. 163.

37 DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2020, s. 295-296.

38 Çalışmada, dar anlamda yönetilmesi gereken irade beyanları “yöneltilmesi gereken”, geniş anlamda yöneltilmesi gereken irade beyanları “resmi makama yöneltilmesi gereken” irade beyanı olarak ifade edilmiştir. Kanun koyucunun bir irade beyanının resmi makama yöneltilmesini aradığı hallerde ya irade beyanının belirli ve somut bir muhatap çevresini etkilemediği, etkisini belirsiz bir çevrede gösterdiği ya da somut ve belirli bir çevreyi etkilemekle birlikte işlemin önemi nedeniyle bu gerekliliği öngördüğü yönünde: FLUME, §11 4, s. 138-140.

mirasın reddi gibi muhatabın bulunmasını gerektirmeyen ancak resmi makama yönetilmesi gereken irade beyanlarıdır.

Birinci gruptaki irade beyanları, muhatap gereksinimleri itibarıyla, resmi makamın değil muhatabın anlayışının esas alındığı güven kuramına; ikinci grup ise muhatap gereksinimim bulunmaması nedeniyle irade kuramına tabi olmak gerekir. Bununla birlikte, aşağıda açıklanacağı üzere gerçek iradenin irade beyanının sonuç doğurmaması yönünde olduğu hallerde, irade veya güven kuramları değil, beyanın yöneltildiği resmi makam açısından nesnel beyan kuramı uygulanmak gerekecektir.

III. YORUM YÖNTEMLERİ AÇISINDAN MUVAZAA KAVRAMININ YERİ

Muvazaa, yukarıda açıklandığı üzere, bir hukuki işlemin (muvazaalı/danışıklı işlem) hukuken sonuç doğurmaması hususunda işlem tarafları arasındaki uzlaşmayı ve ortak bilinci ifade ediyor olsa da bu anlaşma, yorum yöntemlerinin hiç biri açısından özellik arz etmez. Zira muvazaalı işleme yönelik irade beyanında, gerçek irade ve beyan arasında kasıtlı olarak yaratılmış farklılık bulunmaktadır. Yorum yöntemleri bakımından mesele; irade, beyan veya güven kuramına göre doğması gereken hukuki sonuçlardan hangisinin üstün tutulacağını belirlemekten ibarettir. Muvazaalı (danışıklı) irade beyanın sahibi ve muhatapları arasında bu beyanın hukuki sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşılmış olması, sadece gerçek irade ve beyan arasında farklılık olduğunu ve muhatabın bunu bildiğini en açık ve bariz surette gösterir.

Bir irade beyanının muvazaalı olmasının, irade ve beyan arasında kasıtlı farklılık bulunan diğer durumlardan ayrı değerlendirmeye gerek yoktur. Muvazaa³⁹, zihni kayıt⁴⁰ ve latife beyanı, irade ve beyan arasında kasıtlı farklılık bulunması kavramı altında aynı kurallara tabi olmak gerekir. Nitekim zihni kayıta, kişi, muhataba bu hususta bilgi vermeden, kasten gerçek iradesinden farklı bir irade beyanında bulunur⁴¹. Latife beyanında, karşı taraftan saklama isteği bulunmadan, aksine bu durumu karşı tarafın anlayacağı beklentisiyle gerçek iradeyi yansıtmayan bir irade beyanında bulunulur⁴². Bu durumda, yöneltmesi gerekli olmayan bir irade beyanı söz konusuysa korunması gereken bir muhatap bulunmadığından buna göre bir sonuca varmak gerekirken, yönetilmesi gereken irade beyanlarında muhatabın korunma gereksinime göre sonuca varılmalı ve muhatabın gerçek iradeyi bildiği hallerde ise korunma ihtiyacı içinde olmayacağı gözden kaçırılmamalıdır. Bu kapsamda, gerçekten iradesinden farklı beyanda bulunan kişinin saiki önemli değildir. Farklı saiklere farklı sonuçlar ve yaptırımlar uygulanmasına yol açmamak gerekir. Gerçek iradesini gizlemek (zihni kayıt), gerçek iradesinin anlaşılacağını ummak (latife beyanı), muhatabın farklılığın ayırıcılığı olduğunu

39 Muvazaalı irade beyanının muhatabın bildiği zihni kayıtlı irade beyanına çok yakın olduğu, bu itibarla aynı sonuca tabi tutulduğu yönünde: VON TUHR, s. 557 ve dn. 17.

40 Kanımızca zihni kayıta da muhatabı veya üçüncü kişileri aldatma saik veya amacı belirleyici değildir. Aynı yönde: İNAN/YÜCEL, s. 272.

41 VON TUHR, s. 554; BORK, N. 795; WOLF/NEUNER, §40 N. 1; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §34 N. 3; İNAN/YÜCEL, s. 272; TUNÇOMAÇ, s. 289; FEYZİOĞLU, s. 184; ATAMULU, s. 104; SCHWENZER, N. 30.02. Bütün irade beyanlarında söz konusu olabileceği: Palandt-ELLENBERGER, §116 BGB, N. 3.

42 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §34 N. 4; ANTALYA, s. 278; FEYZİOĞLU, s. 186; ATAMULU, s. 108; SCHWENZER, N. 30.02.

bilerek gerçek iradesinden farklı beyanda bulunmak (muvazaalı irade beyanı) durumlarında, muhatap gerçek iradeyi bildiği veya bilmesi gerektiği takdirde korunma gereksinimi açısından hiçbir farklılığı gerektirmez. Kaldı ki bu üç durum için özel düzenleme içermeyen Türk hukukunda, irade beyanının yorumlanması açısından özdeşlik içeren durumlara aynı ilke ve kuralın uygulanması lazım gelir.

IV. GERÇEK HUKUKİ SONUÇ DOĞURMA İRADESİ BULUNMAYAN İRADE BEYANLARININ AKİBETİ

A. İRADE KURAMININ UYGULANDIĞI İRADE BEYANLARINDA

Yöneltilmesi gerekmeyen irade beyanlarında, korunması gereken bir muhatap bulunmadığı için irade kuramı üstün tutulacaktır. Bu durumda, beyan iradeyi yansıtmasa dahi, gerçek irade esas alınır. Yöneltilmesi gerekli olmayan irade beyanlarının içeriğinin yorumlanmasında irade kuramı uygulanırken, işlem iradesinin varlığı hususunda irade kuramını uygulamamak çelişkili olacaktır. Dolayısıyla, beyan sahibinin iradesi işlemi gerçekte yapmama yönünde ise beyanı herhangi bir sonuç doğurmaz. Daha açık bir deyişle irade beyanı yoktur.

İrade kuramı uygulandığı ölçüde hukuki sonuç gerçek iradeye göre doğduğundan, gerçek irade, beyandaki hukuki sonuçların doğmaması yönündeyse latife beyanı⁴³ ve zihni kayıt⁴⁴ durumları da dâhil olmak üzere, işlem hukuken varlık kazanmaz. Örnek olarak, bu durumda vasiyetname yoklukla malul olur⁴⁵. Burada işlemin yapıldığı anda gerçek iradenin farklı olduğu hususunu kanıtlamak gerektiğinden, pek çok halde ispatın mümkün olamayacağını vurgulamak lazım gelir⁴⁶.

43 ANTALYA, s. 279; AKINCI, s. 89; İNAN/YÜCEL, s. 273; TUNÇOMAĞ, s. 290; TAŞKIN, s. 181.

44 Muhatap bulunmadığı için aslında öğretilde tanımlandığı şekli ile muvazaanın söz konusu olması olanak dışıdır. Teknik olarak bu durumda zihni kaydın bulunduğunu belirtmek daha doğru olur. Aksi yönde, zihni kayıtlarla yapılan yönetilmesi gerekmeyen irade beyanında, zihni kaydın sonuç doğurmayacağı görüşünde: BORK, N. 797; Vasiyetname açısından: VON TUHR/PETER, §35 I, s. 292 dn. 5; ESENER, *Muvazaa*, s. 28; HATEMİ Hüseyin, *Miras Hukuku*, İstanbul, 2018, §6 N. 19; Karş. Al. MK §116 c. 2 hükmünün, yöneltilmesi gerekmeyen irade beyanlarında da uygulanabileceği hakkında: FLUME, § 20 I, s. 404. Bu konuda ayrıca: ATLI Banu, *Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi*, Ankara, 2017, s. 78 vd.

45 PIOTET Paul, *Schweizerisches Privatrecht IV Erbrecht*, C. I, Basel, 1978, s. 166; AYİTER Nuşin/KILIÇOĞLU Ahmet M., *Miras Hukuku*, Ankara, 1993, s. 154; İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, *Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku*, İzmir, 2012, s. 277; Latife beyanı açısından: ÖZTAN Bilge, *Miras Hukuku*, Ankara, 2018, s. 224; CR-PIOTET Denis, *Commentaire Romand Code Civil II Art. 457-977 CC*, Basel, 2016, Art. 519/520 CC, N. 4; KOCAYUSUFAŞAOĞLU Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul, 1987, s. 350-351, ÇABRİ Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I*, İstanbul, 2018, N. 1291-1292. Anılan son iki yazar, bu durumda mutlak butlanın söz konusu olacağını belirtmekle birlikte, güven kuramına göre işlemi değerlendirdiği için sonucun işlemin geçerliliği üzerinde değil, varlığı üzerinde gerçekleşmesi lazım gelir.

46 Benzer şekilde: PIOTET, s. 266 dn. 11. Genel itibarıyla gerçek iradenin, beyandan farklı olduğunu kanıtlama hususunda ispat yükü daha ağırdır: ATF 130 III 417 “İlgililerin benimsemiş olduğu metnin yazılı anlamının dışına, bu anlamın tarafların iradesine karşılık gelmediğini gösteren ciddi bir sebep bulunmadıkça çıkılmaz.”; ATF 112 II 337; İFM, 5A_677/2017 (Swisslex).

B. GÜVEN KURAMININ UYGULANDIĞI İRADE BEYANLARINDA

Hukuken sonuç doğurabilmesi için muhataba gereksinim duyan dolayısıyla yönetilmesi gereken irade beyanlarında, yukarıda belirtildiği üzere güven kuramı uygulanır. Bu kuram uyarınca, bir irade beyanı muhatabının makul ve dürüst bir şekilde anlayacağı şekilde hüküm ifade ettiğine göre; muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesinin beyanına uygun bir hukuki sonuç doğurmamak olduğunu bildiği takdirde, irade beyanı hukuk düzeninde hiçbir sonuç doğurmaz. Muhatap ve irade beyanı sahibinin beyanın hukuki sonuç doğurmayacağı hususunda anlaşmaları, muhatabın beyan sahibinin gerçek iradesini bildiğini gösteren en açık göstergedir. Bununla birlikte, bu yönde bir anlaşma olmasa hatta buna karşı çıkmış olsa dahi muhatap, gerçek iradenin hukuki sonuç doğurmak olmadığını biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa, irade beyanı yine varlık kazanmayacaktır. Bu bakımdan, muvazaa anlaşması, işlemin hüküm ifade etmemesi için zorunlu değildir⁴⁷. Muhatabın, gerçek iradeyi biliyor olması yeterlidir. Muvazaa anlaşmasının varlığı sadece, iki veya çok taraflı işlemlerde işlemi yapmaya yönelik bütün irade beyanlarının muvazaalı olduğunu gösterir. Muvazaa halinde, muhatap, gerçek iradenin hukuki sonuç doğurmamak olduğunu bildiğinden muhatap olunan irade beyanı hukuken yoktur, hüküm doğurmaz⁴⁸. Örnek olarak, muvazaalı fesih beyanı yok olduğu gibi; sözleşme önerisi ve kabul de aynı akıbete tabidir. Şeklen imzalanan bir sözleşme de beyanlar doğrultusunda sonuç doğurmaya yönelik uyuşan iradeler bulunmadığı için hukuken yoktur⁴⁹. Buna neden olan muvazaa

47 Dolayısıyla muvazaa halinde anlaşma yerine, tarafların "ortak bilinçle" hareket etmelerinin söz konusu olduğunu belirtmek daha yerinde olacaktır. Bu ifadeyle açıklama için: BURCUOĞLU Haluk/BARLAS Nami, "İsviçre Federal Mahkemesinin Açık Artırma ile Satım ve Danışıklı (Muvazaalı) İşlem Hakkındaki 4.11.1986 tarihli Kararının Değerlendirilmesi", *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi* S. 17 (1988), s. 73.

48 Bu husus, kişi açısından sınırlama bulunmadan MK m. 2 kapsamında ileri sürülebilecektir. Yargılama ve takip hukukunda bu durumun ileri sürülmesi hukuki yararın varlığını gerektirir. Üçüncü kişilerin muvazaa nedeniyle doğan geçersizlik statüsünü ileri sürmeleri, mal kaçırma amacının söz konusu olduğu hallerde özellik arz edecektir. Bu durumlarda dava takip yetkisini aleyhine mal kaçırılan alacaklıya taniyan genel bir hüküm olmadığı için, örnek olarak taşınmaz mülkiyetinin gerçek malik adına tescil edilmesini alacaklı dava edemeyecek, hak sahibini hakkını kullanmasına zorlayamayacaktır (Aksi yönde: Yarg. HGK., 17.1.2019, 17-2051/19 (Lexpera)). Tasarrufun iptali davaları gerçek ve geçerli bir hukuki işlemin varlığını gerektirmesine karşın, alacaklılar açısından gereken hukuki korunma ihtiyacı özdeş olduğu için İİK m. 283/I hükmünün örneksemeye uygulanacağı, aciz vesikası gerekli olmadan ilgili malvarlığı unsuru üzerinde haciz ve paraya çevirme yetkisi tanınacağı uygulamada kabul edilmektedir: Yarg. HGK., 3.5.2000, 4-283/851 (Lexpera); Yarg. 17. HD., 18.10.2016, 17449/9073 (Lexpera); Yarg. 17. HD., 8.10.2007, 4397/3011 (Lexpera). Bu itibarla üçüncü kişilerin muvazaa sebebiyle yokluğu ileri sürmesine yargılama ve takip hukuku açısından içtihat yolu ile bağlanmış özel bir sonucun bulunduğu ifade edilebilir. Uygulamanın aksi yönünde: KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara, 2013, s. 1400-1401; PEKANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku*, Ankara, 2012, s. 841; ERDÖNMEZ Güray, *Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali*, İstanbul, 2017, s. 29 vd. Uygulama yönünde: NOMER, N. 69.2; UYAR Talih, "İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu", *Ankara Barosu Dergisi* 2011/1, s. 218; Benzer yönde: ESENER, *Muvazaa*, s. 108. Alacaklılardan mal kaçırma saiki ile yapılan işlemlerin inançlı ve gerçek olacağını kabul eden görüş ise bu olasılıkta sadece gerçek anlamda tasarrufun iptali davası açılmasını olanaklı görür: VON TUHR/PETER, §35 III, s. 296-267. Bu uygulama, davacının alacağı doğrudan tahsil edildiği için Fransız hukukunda düzenlenmiş olan (FMK m. 1341-1) ve alacaklıya belli koşullarda borçlunun dava takip yetkisini veren dolaylı dava (*action oblique*) kurumu ile karıştırılmamalıdır (CABRILLAC Rémy, *Droit des obligations*, Paris, 2016, N. 483; BUFFELAN-LANORE Yvaine/LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, *Droit civil Les obligations*, Paris, 2017, N. 405). Bu yönden bir benzerlik, üçüncü kişi sıfatını taşıyan diğer alacaklıların bu kapsamda bir dava açmadan hacze iştirak edebilmelerine olanak tanıdığı varsayımında kurulabilir.

49 TBK m. 19/II hükmü, iyileştirici etki taniyan diğer hükümlerle birlikte, yok hükmündeki bir işleme, yaratılmış hukuki görünüş nedeniyle istisnai şekilde hukuki etki tanımaktadır.

sözleşmesi değil, güven kuramı doğrultusunda muhatabın gerçek iradeyi biliyor olmasıdır. Bu itibarla, muvazaanın kesin hükümsüzlüğe yol açtığı⁵⁰ kanımızca kabul edilemez⁵¹. Muvazaalı irade beyanının yok hükmünde olması, bu hususa dayanılarak yapılan ve dürüstlük kuralına aykırı savunmaların MK m. 2'ye aykırılık sebebiyle nazara alınmamasına engel olmaz. Alman hukukunda genel kabul muvazaanın kesin hükümsüzlüğe yol açması yönünde olsa da bunun sebebi Alman Medeni Kanunu §117/I⁵² hükmü uyarınca muvazaalı irade beyanının açıkça hükümsüz sayılmasıdır⁵³.

Aynı sonuç, herhangi bir özel düzenlemeye konu olmayan latife beyanları ve zihni kayıt içeren beyanlar için de geçerlidir. Yönetilmesi gereken beyanın muhatabı, zihni kayıttan veya latifeden haberdarsa yahut haberdar olması gerekiyorsa⁵⁴, irade beyanı hukuken sonuç doğurmaz; yoklukla

- 50 Kesin hükümsüzlük yönündeki ağırlıklı görüş: VON TUHR/PETER, §35 III, s. 294; GUHL Theo/KOLLER Alfred, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürich, 2000, §15 N. 20; ENGEL, s. 225; SCHWENZER, N. 30.07; BK-BECKER Hermann, **Berner Kommentar Band/Nr. VI/1 – Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, Bern, 1945, Art. 18 OR, N. 29 ve 33; BK-MÜLLER, Art. 18 OR, N. 350; CHK-KUT, Art. 18 OR, N. 29; OFK-KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, Zürich, 2016, Art. 18 OR, N. 20; SAYMEN F. Halit/ELBİR Halid K., **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966, s. 254; OĞUZMAN/ÖZ, N. 415; NOMER, N. 69; ANTALYA, s. 285; TUNÇOMAĞ, s. 300; ATAAY, s. 210; FEYZİOĞLU, s. 195; ESENER, **Muvazaa**, s. 51-52; ADAY, s. 24; ATAMULU, s. 117; BELEN Herdem, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, 2014, s. 87; YILDIRIM, s. 126; KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018, s. 244; ŞEKER, s. 72; AKSOY DURSUN Sanem, “Sözleşmenin İçeriği: Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I**, İstanbul, 2014, s. 114; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 411, bununla birlikte yazarlar muvazaalı işleme yönelik irade beyanlarının hukuken bulunmadığını da belirtmektedir: s. 412. Öte yandan yazarlar güven kuramı gerekçesiyle muvazaaya hüküm tanınmayacağını ifade etmektedir. Oysa gerçek iradenin işlem yönünde olmaması, muvazaalı işlemin var olmasına engel olmaktadır. Yarg. 8. HD., 15.11.2018, 11235/18759 (Lexpera) “Mürisin mirasçılardan mal kaçırmak kastı ile yaptığı muvazaaya dayanan devir ve temlikler kesin hükümsüzdür ve geçersizdir.”; ATF 123 IV 61; İFM, 12.9.2017, 5A_677/2017 (Swisslex).
- 51 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 OR, N. 157; ZK-JÄGGI Peter/GAUCH Peter/HARTMANN Stephan, **Zürcher Kommentar Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge; Simulation Obligationenrecht**, Art. 18 OR, Zürich, 2014, N. 104; HUGUENIN, N. 198-199; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N. 1019 ve 1013; BUCHER, s. 146-147; ESENER, **İtimat**, s. 188; EREN, N. 1105 ve 1108; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35 N. 19; KARAYALÇIN, s. 351; İstŞ-SEROZAN, TBK m. 1, N. 55; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 584, 586, 589; CANSEL/ÖZEL, N. 492; KİPER Osman, **Öğreti ve Uygulamada Muvazaa**, Ankara, 1995, s. 24-25; Yarg. 17. HD., 3.4.2019, 5532/4081 (Lexpera) “Dava dilekçesindeki ileri sürüşe ve yargılama sırasındaki sözlü ve yazılı açıklamalara göre dava niteliği itibarıyla TBK 19.maddesinde tanımını bulan muvazaa hukuksal nedenine dayalı iptal davasıdır. Muvazaa davası borçlunun yaptığı tasarrufi işlemlerin gerçekte hiç yapılmamış olduğunu tesbit ettirmeyi amaçlar.”; Yarg. 17. HD., 4.11.2014, 7947/15062 (Lexpera). Karş. UYAR Talih, “Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Ankara Barosu Dergisi S. 2016/2**, s. 358, yazar hükümsüzlüğün nedeninin taraflarca yapılan beyanların irade beyanı niteliğini taşıması olarak ifade etmektedir.
- 52 Al. MK §117 I “*Wird eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, mit dessen Einverständnis nur zum Schein abgegeben, so ist sie nichtig.*” Alman Medeni Kanunu §116 ve 118 hükümlerinde de zihni kayıtlı beyan ve latife beyanını düzenlerken irade beyanının hükümsüzlüğü terimlerini kullanmıştır.
- 53 Karş. ANTALYA, s. 285. Yazar kesin hükümsüzlük sonucunu Al. MK §117 hükmünün teyit ettiğini kabul etmektedir. Alman hukukunda yokluk görüşünde: MICHAELIS Karl, “Scheingeschäft, verdecktes Geschäft und verkleidetes Geschäft im Gesetz und in der Rechtspraxis”, **Festschrift für Franz Wiaecker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, 1978, s. 446; BAECK Ulrich, **Das Scheingeschäft, ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft**, Würzburg, 1988, s. 110.
- 54 İstŞ-SEROZAN, TBK m. 1, N. 18. Muhatap gerçek iradeyi bilmediği ve bilmesi gerekmediği için irade beyanı, beyan doğrultusunda hüküm doğurmuş ise; latife beyanı halinde beyan hatası nedeniyle iptal mümkünken (ATAAY, s. 205; EREN, N. 1083; AKINCI, s. 89; YILDIRIM, s. 123); zihni kayıttan hatanın koşulları gerçekleşmediği için iptal söz konusu değildir (BUCHER, s. 146; SEROZAN, **Medeni Hukuk**, III §2 N. 4a; EREN, N. 1086; AKINCI, s. 89).

maluldür⁵⁵. Bu iki durum arasında sadece muhatabın haberdar olma veya olması gerekme olasılığı bakımından fark vardır, muvazaada ise bu hususta kesinlik söz konusudur. Türk hukukunda, Alman Medeni Kanunu §116⁵⁶'ya karşılık gelen bir hüküm bulunmadığından, muhatabın zihni kaydı bildiği irade beyanlarının yokluğunu reddedip beyanları kesin hükümsüz saymak mümkün olmadığı gibi; muhatabın bilmesi gerektiği halde bilmediği durumlarda beyanın yokluğu yerine geçerliliği kabul edilemez. Genel bir ilke olarak, bütün bu durumlarda güven kuramı uygulanır⁵⁷.

Görüldüğü üzere, zihni kayıt ve latife beyanına benzer olarak, muvazaa halinde de, gerçek iradeyi karşı tarafın biliyor olması nedeniyle irade beyanı hukuken varlık kazanamamaktadır⁵⁸. Başka bir deyişle muvazaalı işleme yönelik irade beyan veya beyanlarında işlem iradesi eksik bulunmaktadır⁵⁹. Bu itibarla muvazaalı işlemin kesin hükümsüz olacağını sonucunu kabul etmek kanımızca mümkün değildir. Kesin hükümsüzlük ve sair geçersizlik kategorileri varlık kazanmış bir hukuki işlem için değerlendirilebilir. Öte yandan görülmektedir ki yapılacak veya yapılan irade beyanının hukuki sonuç doğurmaması hususunda yapılan anlaşma, sadece gerçek iradenin bilindiğini göstermesi açısından işleve sahiptir. Yokluğa yol açan anlaşma⁶⁰ değil, gerçek iradenin muhatapça biliniyor olmasıdır.

55 Latife beyanları veya zihni kayıt içeren beyanların güven kuramına göre hükümsüz olacağı sonucuna varmak (Örn.: ESENER, *Muvazaa*, s. 24; VON TUHR/PETER, §35 I, II; KOÇ, s. 165) yerinde değildir. Güven kuramı bu çerçevede irade beyanlarının varlığı bakımından sonuç doğurur.

56 Al. MK §116: “Eine Willenserklärung ist **nicht** deshalb **nichtig**, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist **nichtig**, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt.” Ayrıca, latife beyanının ciddiye alındığının farkına varan kişinin bu hususta hemen karşı tarafı uyarması gerektiği, aksi halde latife beyanı değil zihni kaydın söz konusu olacağı, bu itibarla latife beyanının Alman hukukunda *per se* kesin hükümsüz olmasından ileri gelen sakıncanın önüne geçileceği hususunda: FLUME, §20 3, s. 414.

57 HUGUENIN, N. 197; BK-MÜLLER, Art. 1 OR, N. 175 ve 179; BUCHER, s. 146; GUHL/KOLLER, §15 N. 13; CRWINIGER, Art. 18 CO, N. 76; SCHWENZER, N. 30.03; EREN, N. 1082 ve 1085; ESENER Turhan/GÜNDOĞDU Fatih, *Borçlar Hukuku I*, İstanbul, 2017, s. 94; HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul, 2017, §12 N. 2; AKINCI, s. 89; ATAMULU, s. 105 ve 109; ESENER, *İtimat*, s. 186. Dürüstlük kuralının yeterli olacağı şeklinde: BELEN, s. 84. Aksi yönde Alman hukukundaki çözümü benimseyen görüş: ANTALYA, s. 278; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 424-425; YILDIRIM, s. 124; FEYZİOĞLU, s. 185; VON TUHR/PETER, §35 I; ENGEL, s. 223; ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR, N. 110.

58 BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 OR, N. 157; EREN, N. 1105; TERCIER/PICHONNAZ/DEVELİOĞLU, N. 584 ve 586; CANSSEL/ÖZEL, N. 492. Zihni kayıt ve latife beyanında da güven kuramının uygulandığı: İstŞ-SEROZAN, TBK m. 1, N. 15

59 ZK-JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Art. 18 OR, N. 104.

60 Tarafların irade beyanının hukuki sonuç doğurmaması hususunda, işlemin varlık kazanmasına karşın kesin hükümsüzlük doğuracağı şeklinde anlaşmış olduklarını beklemek de kanımızca genel-geçer bir kabul olamaz. Öte yandan kesin hükümsüzlük TBK m. 27 uyarınca emredici hükümlere, ahlaka veya kamu düzenine aykırılık hali ile konusu imkansız işlemler açısından doğmaktadır. Sayılı bu olasılıklar dışında, iradi olarak kesin hükümsüzlük yaratabilmek olanağı da sorgulanmaya değerdir. Bu bağlamda muvazaa nedeniyle doğan kesin hükümsüzlüğün yaptırım olarak kesin hükümsüzlükten (TBK m. 27) farklı olduğu görüşünde: ESENER/GÜNDOĞDU, s. 96; Yarg. HGK., 28.5.2008, 4-399/408 (Lexpera) “Muvazaada görünüşteki işlemin her türlü hukuki sonuçtan yoksun olması, tarafların ortak iradelerinin bu yolda olmasından kaynaklanmaktadır.”; ATF 123 IV 61 “*Muvazaalı sözleşme, tarafların ortak ve gerçek iradeleri uyarınca hukuken etkisizdir.*” Başka bir deyişle bu görüş çerçevesinde iradi kesin hükümsüzlük söz konusu olmaktadır: ATAMULU, s. 26; Negatif irade serbestisi ile işleme hüküm kalandırılmadığı: WOLF/NEUNER, §40 N. 14; Benzer şekilde Alman hukukunda latife beyanının hükümsüzlüğüne yol açanın muhatapça bilinen şakanın anlaşılma beklentisi olduğu: Palandt-ELLENBERGER, §118 BGB, N. 2. Bu itibarla gerçek iradeden farklılık gösteren irade beyanında bulunmak hukuka aykırılık oluşturmaz. Karş. BELEN, s. 87, yazara göre kesin hükümsüzlüğe yol açan, gerçek iradelerinin esas alınmasına yönelik olan emredici TBK m. 19 hükmünün ihlalidir. Muvazaanın hukuka aykırı durum olduğu görüşünde karşı. ALTAŞ/KURT, s. 14; Muvazaa hususunda uzlaşmanın haksız fiil niteliğinde anlaşma olduğu fikrinde karşı. UYAR,

C. İRADE BEYANININ RESMİ MAKAMA YÖNELTİLDİĞİ HALLERDE

Resmi makamlara yöneltilmesi gereken irade beyanlarında, irade veya güven kuramlarından hangisine öncelik verileceği hususunda, irade beyanının muhataba gereksinim duyup duymamasına göre bir ayırım yapılması gerektiğine yukarıda işaret edilmişti. Buna göre irade açıklaması muhataba gereksinim duymuyorsa ve beyan sahibinin gerçek iradesi farklı yönde ise, gerçek iradenin; muhataba gereksinim duyan bir irade beyanında ise muhatap gerçek iradenin farklı olduğunu biliyorsa veya bilmesi gerekiyorsa yine gerçek iradenin esas alınması gerekirdi. Bu sonuç ise resmi makamların beyan ile yaratılan hukuki görünüşten beyan sahibinin sıyrılmasına araç olmasına⁶¹ yol açacağı için hiçbir şekilde kabul edilemez⁶².

Bu sakıncalı sonucun önüne geçmek ve resmi makamların kendilerine sunulan irade beyanlarının içeriklerine güvenin temin edilebilmesi için bu tür işlemlerde işlem iradesinin varlığı açısından nesnel beyan kuramına üstünlük tanımak gerekir. Başka bir deyişle, ne irade ne de güven kuramı ile beyan sahibinin hukuki işlemi yapma iradesinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmasına cevaz verilebilir. Aynı sonuç, latife beyanı ve zihni kayıt için de geçerlidir. İrade beyanının resmi makama yöneltilmesi, makamın bu irade beyanın sonuç doğurması için aracı olduğu durumlarda, işlem iradesinin varlığı sorgulanamaz. Bu işlemler, muvazaa, zihni kayıt veya latife beyanının sonuç doğurmasına elverişli değildir. Örnek olarak, usulüne uygun olarak yapılan mirasın reddi işleminden sonra, gerçek iradenin mirasın reddi olmadığından bahisle işlemin hukuki sonuçları ortadan

s. 357; Üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görüntü oluşturmanın muvazaa değil haksız fiil kapsamında değerlendirilmesi gerektiği fikrinde: KARAYALÇIN, s. 350 ve 356. Bu görüş uyarınca, haksız fiilin unsurlarından hukuka aykırılığın TBK m. 49/I anlamında nasıl gerçekleşeceği açık değildir. Ancak TBK m. 49/II kapsamında uygulama söz konusu olabilecektir: VON TUHR/PETER, §35 III, s. 295.

- 61 Bununla birlikte, resmi makamlar aracılığıyla muhataba yöneltilen irade beyanlarında resmi makamlarla muvazaa hususunda uzlaşmaya olanak bulunmadığı, belirtilen sakıncalı sonucun bu anlama gelmediği vurgulanmalıdır. Hiçbir halde irade beyanının muhatabı resmi makam olmayıp resmi makam sadece beyanın hüküm doğurmasına aracı olmaktadır. Başka bir deyişle işlem, resmi makam üzerinde hüküm doğurmamaktadır. Örnek olarak önalım davasında, önalım hakkının kullanılmasına yönelik beyanın muhatabı önalım hakkı yükümlüsüdür. Hakkın dava aracılığı ile kullanılması irade açıklamasının muhatabının mahkeme olduğu sonucuna yol açmaz. Muvazaa hususunda bu iradeyi bilmesi gereken muhataptır, resmi makam değildir. Bu yönde: FLUME, §20 2, s. 405.
- 62 ESENER, *Muvazaa*, s. 29 vd.; İNAN/YÜCEL, s. 275; TUNÇOMAĞ, s. 292; ATAAY, s. 207; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, §35 N. 7; ATAMULU, s. 40 vd.; VON TUHR, s. 562; VON TUHR/PETER, §35 III. Benzer şekilde, zihni kaydı muhatabın bildiği hallerde irade beyanının hüküm doğurmayacağı ilkesinin yargısal işlemlerde uygulanamayacağı: Palandt-ELLENBERGER, §116 BGB, N. 5; Aynı sonuç tahkim yargılaması bakımından da geçerli olmalıdır. Gerek tahkim yargılaması kapsamında yapılan işlemlerde, gerekse tahkim yargılamasına başladıktan sonra tahkim sözleşmesinde muvazaa iddiası dinlenemez. Zira tahkim anlaşmasına dayalı olarak yapılan yargılama sonucunda verilen karar kural olarak hüküm niteliğini taşır (PEKCANİTEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, *Medeni Usul Hukuku*, Ankara, 2013, s. 1064), bu açıdan devlet yargısıyla aynı ilkelere tabi olması uygun düşer. Yarg. 10. HD., 9.9.2013, 11595/15652 (Lexpera) "...eşlerin boşanma iradelerinin gerçekliğinin/samimiliğinin araştırılıp ortaya konulması söz konusu olmamalı, boşanmanın muvazaalı olup olmadığına ilişkin herhangi bir araştırma/irdeleme ve boşanma yönündeki kesinleşmiş yargı kararının geçerliliğinin sorgulanması yapılmamalı, özellikle, kesinleşmiş yargı organının verdiği karara dayanan "boşanma" hukuki durum ve sonucunun eşlerin gerçek iradelerine dayanıp dayanmadığının araştırılmasının bir başka organın yetki ve görevi içerisinde yer almadığı..." Muvazaalı bir yargılama yürütülmesi halinde alınan hükmün geçerli olacağı, ancak icra edilmemesi yönünde taraflar arasında anlaşmanın bulunduğu yorumunun yapılabileceği şeklinde: FLUME, §20 2, s. 405. Karş. AYDEMİR Fatih, *Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi*, İstanbul, 2017, s. 354-355, Yazar muvazaada üçüncü kişileri aldatma kastını aradığı için tahkim sözleşmesinde bu kastın nadiren gerçekleşebileceğini, muvazaanın tahkim sözleşmesinin niteliğine pek uymadığını kabul etmektedir.

kaldırılmaz. Benzer şekilde önalım davası açılıp taşınmaz adına tescil edildikten sonra mülkiyetin, önalım hakkının kullanılmasında gerçek iradenin bulunmadığı ve bu husustan yükümlünün haberdar olduğu gerekçesiyle intikal etmediği sürülemez⁶³. Bu bağlamda, taşınmazlara ilişkin tescil talebinde bulunmanın tasarruf işlemi olduğu görüşü üstün tutulursa⁶⁴, tapu siciline yöneltilen tescil talebinde de gerçek iradenin tasarruf işleminde bulunmak olmadığı ileri sürülemez. Buna karşılık tasarruf işlemine sebep oluşturan hukuki işlem bu sebeple yok hükmünde ise tasarruf işlemi sebebe bağlılık ilkesi nedeniyle hüküm doğuramaz⁶⁵. Ayrıca arabuluculuk faaliyeti kapsamında tarafların anlaşmasıyla arabulucu tarafından da imzalanan ve icra edilebilirliğine dair şerh verildiği takdirde ilam niteliğini kazanan Arabuluculuk Anlaşma Belgesi bakımından da, arabuluculuk faaliyetinin işlevi ve belgenin ilam niteliğini kazanabilmesi (6325 sayılı, 7.6.2012 tarihli Kanun m. 18) nedeniyle muvazaa ve sair gerçek irade ile beyan arasındaki kasıtlı farklılıkların ileri sürülmesine olanak tanımamak gerekir. Ayrıca, evliliğin kurulmasında, eşlerin bu sözleşmeyi kurmaya yönelik irade beyanlarını resmi evlendirme memuruna yönelttikleri için beyan kuramının uygulanması gerektiği ve bu nedenle irade ve beyan arasındaki kasıtlı farklılıkların hukuken sonuç doğurmayacağı, evliliğinin kurulacağı belirtilmelidir⁶⁶. Öğreti ve uygulamada da evliliğin kurulmasında beyan kuramına üstünlük tanımakta, oluşturulan hukuki görünüme tam bir himaye sağlanmak suretiyle evliliğin bu sebeple kurulmamış sayılmasının önüne geçmektedir⁶⁷.

63 Bununla birlikte verilen hükmün HMK m. 376 uyarınca iptalini yasadaki sayılan üçüncü kişiler dava edebilir. Bu dava ile öngörülen hukuki çare, iptali istenen kesin hükmün bütün etkileriyle ortadan kalkmasıdır. HMK m. 376 uyarınca, davacı ve davalının muvazaalı hukuki işleme dayalı olarak hüküm elde ettiği durumlarda da yargılamanın iadesi istenebilir. Başka bir deyişle kesin hüküm verilen bütün davalar bakımından uygulanabilir. Sadece dava açılmasının hukuki işlem hükmünü doğurduğu hallerde (dava yoluyla yenilik doğuran haklar ile davadan önce kullanılmadığı için dava dilekçesinin muhataba tebliği ile kullanılmış olan yenilik doğuran haklar) özgü değildir.

64 Tartışma hakkında: OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018, N. 849-852.

65 Taşınırlarda, aynı hakkın devri kapsamında muvazaa aynı sözleşmenin kurulmasını engeller: ERGÜNE M. Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, 2017, N. 362 Kaldı ki sebep oluşturan hukuki işlemin varlığını engelleyen muvazaanın aynı sözleşmenin kurulmasını da kapsamı doğaldır. Bununla birlikte kuramsal olarak taşınırlarda tasarruf işlemine sebep oluşturan hukuki işlemin muvazaa nedeniyle yok hükmünde olduğu halde tasarruf işlemi kapsamında aynı sözleşmenin ciddi olarak yapılması ihtimali vardır. Bu durum, tasarruf işlemi yapıldığı sırada devre sebep oluşturan başka bir hukuki işlemin yapıldığını gösterir. Soyutluk görüşü çerçevesinde, kazanım gerçekleşecektir. Bu kazanım sebepsiz zenginleşme teşkil edip etmediği ise sebep oluşturan bu hukuki işlemin geçerliliğine bağlı olacaktır. Bu konuda: ERGÜNE, **Taşınır Mülkiyeti**, N. 363.

66 Bu husus evlenmenin kurulmasında kamu erkinin kurucu bir işlevi olmamasından (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 48) farklıdır. Söz konusu sonuç, irade beyanının resmi makama yöneltilmek suretiyle açıklanmasından ileri gelmektedir.

67 KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, §35 N. 8; YILDIRIM, s. 128-129; ESENER, s. 31-32; FEYZİOĞLU, s. 191; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 83; Yarg. 2. HD., 23.6.1988, 5120/6735 (Lexpera); Yarg. 2. HD., 11.4.1974, 1315/2185 (Lexpera) “Medeni Kanunun 5. maddesi gereğince Borçlar Kanununun sözleşmelerle ilgili hükümlerinin Medeni Hukuk ilişkilerinde de uygulanması gerekir ise de, olayda Borçlar Kanununun 18. maddesinden yararlanmak mümkün, değildir. Çünkü geçerliliği resmi bir memurun katılmasına bağlı tutulan ve özel bir önem taşıyan evlenme, evlat edinme gibi konularda Borçlar Kanununun 18. maddesine dayanılmaz. Bu çeşit sözleşmelerle güdülen amaç ne olursa olsun, hatta taraflar gizli bir sözleşme ile bunun geçersizliğini önceden tesbit etmiş olsalar bile evlenme geçerli kalır.”; BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 OR, N. 154. Şunu belirtmek gerekir ki evlilikte muvazaalı beyan iddiasının dinlenemez kabul edilmesinin gerekçesi butlan sebeplerinin sınırlı olarak sayılması kabul edilemez. Zira muvazaa vurgulandığı üzere irade beyanlarının varlığıyla ilgili bir hukuki mesele oluşturur. Aynı sonuç önceki Medeni Kanun döneminde sözleşme niteliğini taşıyan evlat edinme işlemi için kabul edilmekteydi: BK-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 18 OR, N. 154; Yarg. 2. HD., 21.11.1975, 7209/8971 (Lexpera) “... evlenmede olduğu gibi, evlat edinme sözleşmelerinde de muvazaaya dayanılmaz. Kanun koyucu önemli ilişkiler meydana getiren bu sözleşmelerde genel kuraldan ayrılmış, özel iptal sebepleri öngörmüştür...” Birtakım kararlarında ise Yargıtay

Diğer yandan, yöneltmesi gereken veya gerekmeyen bazı irade beyanlarının birtakım hukuki sonuçlarının doğumu için resmi makama sunulması gerekebilir. Bu durumda teknik olarak resmi makama yöneltilen bir irade beyanı söz konusu olmaz. Zira irade beyanının varlık kazanması, resmi makama yöneltilmesine bağlı değildir. Bu hususta verilebilecek örneklerin başında tüzel kişilerin kurulmasına yönelik hukuki işlemler gelir. Vakfın tüzel kişilik kazanması için vakfın kuruluş işlemine dayalı olarak mahkemeye başvurularak tescil edilmesine, derneklerde dernek tüzüğüne idareye verilmesine, ortaklıklarda ortaklık kuruluş işleminin ticaret siciline tescili gerekmektedir⁶⁸. Tüzel kişilerin kurulmasına yönelik söz konusu işlemlerde zihni kayıt veya muvazaa gibi gerçek iradeler ve beyanlar arasında farklılığın bulunması kuramsal olarak mümkündür⁶⁹. Bu olasılıklarda da resmi makama başvurulmasından sonra hukuki işlemin kurulmasına yönelik beyan resmi makam yöneltilmiş olmasa da beyana dayalı olarak ortaya çıkan hukuki görünüşe resmi makamın ve diğer hukuk öznelerinin haklı olarak itimat etmesi korunmak gerekir. Başvurudan itibaren, gerçek iradenin beyandan farklı olduğu şeklindeki bir iddia dinlenmez. Bu yönden nesnel beyan kuramı geçerli olmalıdır. Gerçek irade ve beyan arasındaki farklılığın, resmi makama başvuru sonrasında dinlenmemesi, bazı tüzel kişilerin kuruluşuna ilişkin olarak öngörülmüş olan iyileştirici etkiden⁷⁰ bağımsız ve ondan önce gerçekleşen bir sonuçtur.

SONUÇ

Muvazaalı bir irade beyanı söz konusu olduğunda, gerçek irade ve beyan arasında kasıtlı bir farklılık bulunmaktadır. Muvazaalı irade beyanı, bu özellik itibarıyla böyle bir farklılığın bulunduğu diğer hallerden herhangi bir farklılık arz etmez. İrade beyanının varlığı ve yorumlanması bakımından belirleyici olan, irade beyanının tabi olacağı yorumlama ilkesidir. Başka bir deyişle, irade ve beyan arasında kasıtlı farklılığın bulunduğu her durum, irade beyanının yorumlanması bakımından eşdeğerdir. İrade beyanın tabi olduğu yorum yöntemine göre bu farklılığın sonuçları belirlenecektir.

muvazaa iddiasını isabetsiz olarak kabul etmiştir. Bu kararlar için: AÇIKGÖZ Aslı, “Türk Medeni Kanunundaki Evlatlık İlişisini Kaldırma Hakkının Sınırlandırılması”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, İstanbul, 2019, s. 44.

- 68 Benzer örnekler: Sendikalar, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 7/I “Kuruluşlar, kurucularının kuruluşun merkezinin bulunacağı ilin valiliğine dilekçelerine ekli olarak kuruluş tüzüğünü vermeleriyle tüzel kişilik kazanır”; Avukatlık ortaklıkları: Avukatlık Kanunu m. 44/B “Ana sözleşmesi tip ana sözleşmeye uygun olarak düzenlenen avukatlık ortaklığı, kurucularının kayıtlı bulunduğu baro yönetim kurulu tarafından Baro Avukatlık Ortaklığı Siciline yazılmasıyla tüzel kişilik kazanır”; Siyasal partiler: Siyasal Partiler Kanunu m. 8/III “Siyasi partiler, aşağıda belirtilen bildiri ve belgelerin, İçişleri Bakanlığına verilmesiyle tüzelkişilik kazanırlar.”
- 69 Aksi yönde, ortaklık sözleşmesinin teknik olarak iki taraflı sözleşme niteliği taşımadığı için muvazaaya elverişli olmadığı görüşü: KENDİGELEN Abuzer, “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”inin Hukuki Açısından Değerlendirilmesi”, **İÜHF M C. 55 S. 1-2 (1996)**, s. 314 dn. 40; BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, İstanbul, 2001, s. 86. Alacaklılardan mal kaçırmak için yeni ortaklık kurularak faaliyetlerin bu ortaklıkla yürütülmesi olasılığına dair değerlendirmeler: AKINCI, **Mal Kaçırma**, s. 657-659.
- 70 TTK m. 353 hükmüyle anonim ortaklıklarda, TTK m. 644/I(b) ile limited ortaklıklarda, KoopK. m. 98 ile kooperatiflerde tescile iyileştirici etki tanınmıştır. Diğer ticaret ortaklıklarında bu yönde açık bir hüküm yoktur. Anonim ortaklıklar açısından: KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara, 2013, s. 304 ve 361. Aynı şekilde, vakıflarda MK m. 103/II (DEMİRSATAN Barış, “Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve MK m. 103/II Hükümünün İşlevi”, **İÜHF M C. 75 S. 1 (2017)**, s. 342), derneklerde MK m. 60 ile iyileştirici etki tanınmıştır.

İrade kuramının uygulandığı ve kural olarak yöneltmesi gerekmeyen irade beyanlarında, hukuki sonuç gerçek irade doğrultusunda doğduğu için beyan sahibinin gerçekte beyan ettiği işlemi yapma iradesi yoksa hukuki işlem doğmaz. Güven kuramının uygulandığı yöneltmesi gereken irade beyanlarında ise muhatap, beyan sahibinin gerçek iradesini bildiği veya MK m. 2 uyarınca bilebileceği ölçüde hukuki sonuç gerçek iradeye koşut olarak doğar. Bu olasılıkta gerçek irade, beyan edilen işlemin hukuki sonuç doğurmaması yönündeyse, irade beyanı hukuken yoklukla malul olur. İstisnai olarak beyan kuramının uygulandığı tanıma veya evlenme gibi hukuki işlemlere yönelik irade beyanları ile gerçek iradenin irade beyanının sonuç doğurmaması yönünde olduğu halde resmi makama yöneltildiği için resmi makam açısından beyan kuramının uygulandığı durumlarda da gerçek irade ve beyan arasındaki kasıtlı farklılık iddiaları dinlenebilir değildir. Aynı sonuç, resmi makama yöneltmediği halde, bazı hukuki sonuçlarının gerçekleşmesi için resmi makama sunulması gerekli olan irade beyanları için de geçerlidir.

Buna göre, muvazaa halinde muvazaalı irade beyanının hukuki sonuç doğurmasını engelleyen, irade beyanı sahibi ve muhatapı arasındaki anlaşma değil; gerçek iradenin beyandan farklı olduğunu muhatapın biliyor olmasıdır. Muvazaaya yönelik anlaşma sadece söz konusu bilinme ve bilinmesi gerekme olgusunun en açık örneğini oluşturur. İrade beyanının, gerçek irade ve beyan arasındaki kasıtlı farklılık nedeniyle, güven veya irade kuramı uyarınca gerçek irade yönünde sonuç doğurduğu bütün durumlar özdeşlik göstermektedir. Muvazaa, kavramsal açıdan bu kasıtlı farklılığın muhatapça kesin olarak bilindiği bir durumu gösterir. Bunun dışında, diğer kasıtlı farklılık durumlardan ayrı ve bağımsız bir özellik taşımaz. Gerçek irade hukuki sonuç yaratmak yönünde değilse, irade beyanının gerçek irade yönünde sonuç doğurduğu olasılıkta; beyan, hiçbir sonuç doğuramaz. Başka bir ifadeyle yokluk söz konusudur. İrade beyanı yok olduğu için bu beyanın hükümsüzlüğünü değerlendirmek de söz konusu olmaz.

KISALTMALAR

Al. MK	:	Alman Medeni Kanunu
ATF	:	Arrêts du Tribunal Fédéral
C.	:	Cilt
c.	:	Cümle
dn.	:	Dipnotu
FMK	:	Fransız Medeni Kanunu
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İFM	:	İsviçre Federal Mahkemesi
İÜHFEM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	:	Journal des Tribunaux
Karş.	:	Karşılaştırınız
KoopK.	:	Kooperatifler Kanunu
Lexpera	:	Lexpera Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası

m.	:	Madde
MK	:	Medeni Kanun
N.	:	Kenar/Paragraf numarası
s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
Swisslex	:	Swisslex Çevrimiçi Hukuk Bilgi Bankası
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TTK	:	Türk Ticaret Kanunu
Yarg.	:	Yargıtay

KAYNAKÇA

- AÇIKGÖZ Aslı, “Türk Medeni Kanunundaki Evlatlık İlişkinin Kaldırma Hakkının Sınırlandırılması”, **Prof. Dr. Sabih Arkan’a Armağan**, İstanbul, 2019
- ADAY Nejat, **Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa**, İstanbul, 1992
- AKÇAAL Mehmet, “Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşullarına Dair Hükümleri Hakkında Bir İnceleme”, **Gazi Ü. HFD**, C. 18 S. 1 (2014)
- AKINCI Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırma için Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, **SÜHFD** C. 27 S. 3 (2019) (Mal Kaçırma)
- AKINCI Şahin, **Borçlar Hukuku Bilgisi**, Konya, 2016
- AKSOY DURSUN Sanem, “Borçlar Hukukunda “Falsa Demonstratio Non Nocet (Yanlış Niteleme Zarar Vermez)” Kuralının Uygulanması”, **İÜHF** C. 76 S. 1 (2018)
- AKSOY DURSUN Sanem, “Sözleşmenin İçeriği; Sözleşmelerin Yorumu, Muvazaalı İşlemler”, **Prof. Dr. İsmet Sungurbey’e Armağan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Konferansları I**, İstanbul, 2014
- ALTAŞ Hüseyin/KURT Leyla M., “İnançlı İşlemler”, **İNÜHFD** C. 2 S. 2 (2011)
- ANTALYA O. Gökhan, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2015
- ANTALYA O. Gökhan/TOPUZ Murat, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2016
- ATAAY Aytakin, **Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Yarım**, İstanbul, 1981
- ATAMER Yeşim M., “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi – TKHK m. 6 ve TTK m. 55/I(f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, **Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu 8 Nisan 2011**, Ankara, 2012
- ATAMULU İsmail, **Türk Borçlar Hukukunda Muvazaa**, Ankara, 2017
- ATLI Banu, **Ölüme Bağlı Tasarrufların Hükümsüzlüğü ve Hükümden Düşmesi**, Ankara, 2017
- AYDEMİR Fatih, **Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi**, İstanbul, 2017
- AYİTER Nuşin/KILIÇOĞLU Ahmet M., **Miras Hukuku**, Ankara, 1993
- BAECK Ulrick, **Das Scheingeschäft, ein fehlerhaftes Rechtsgeschäft**, Würzburg, 1988
- BAHTİYAR Mehmet, **Anonim Ortaklık Anasözleşmesi**, İstanbul, 2001
- BELEN Herdem, **6098 sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh)**, İstanbul, 2014
- BK-Yazar SOYADI Adı, **Berner Kommentar**, Bern (İlk atıflarda yazar ad soyadı ile basım yılı verilmiştir.)
- BOEMKE Burkhard/ULRICI Bernhard, **BGB Allgemeiner Teil**, Berlin, 2014
- BORK Reinhard, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs**, Tübingen, 2016
- BUCHER Eugen, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, Zürich, 1988
- BUFFELAN-LANORE Yvaine/LARRIBAU-TERNEYRE Virginie, **Droit civil Les obligations**, Paris, 2017

- BURCUOĞLU Haluk/BARLAS Nami, “İsviçre Federal Mahkemesinin Açık Artırma ile Satım ve Danışıklı (Muvazaah) İşlem Hakkındaki 4.11.1986 tarihli Kararının Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi** S. 17 (1988)
- CABRILLAC Rémy, **Droit des obligations**, Paris, 2016
- CANSEL Erol/ÖZEL Çağlar, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1**, Ankara, 2017
- CR-Yazar SOYADI Adı, **Commentaire Romand – Code des Obligations Art. 1-529**, Basel, 2012
- ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574) Cilt I**, İstanbul, 2018
- DEMİRSATAN Barış, “Vakıf Tüzel Kişiliği Bakımından Tescilin İyileştirici Etkisi ve MK m. 103/II Hükmünün İşlevi”, **İÜHFMD C. 75 S. 1** (2017)
- DEMİRSATAN Barış, **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul, 2019
- DOĞANAY Y. Ümit, **Âdi Şirket Akdi**, İstanbul, 1968
- DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ M. Alper, **Aile Hukuku**, İstanbul, 2020
- DURAL Mustafa/SARI Suat, **Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri**, İstanbul, 2015
- DURDURUN KARAHAHMETOĞLU Şeyda, “Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, **Law&Justice Review** Sayı: 14 Yıl: 8 (2017)
- ELLENBERGER Jürgen, **Palandt Bürgerliches Gesetzbuch**, Münih, 2018 (BGB §116, 117, 118)
- ENGEL Pierre, **Traité des obligations en droit suisse**, Bern, 1997
- ERDÖNMEZ Güray, **Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali**, İstanbul, 2017
- EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2019
- ERGEÇ Işıl, “Türk Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Sözleşmenin Yorumlanması”, **İÜHFMD C. 73 S. 2** (2015)
- ERGÜNE M. Serkan, **Taşınır Mülkiyeti**, İstanbul, 2017 (Taşınır Mülkiyeti)
- ERGÜNE M. Serkan, **Vasiyetnamenin Yorumu**, İstanbul, 2011
- ESENER Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, **AÜHFMD C. 9 S. 3** (1952) (İtimat)
- ESENER Turhan, **Türk Hususî Hukukunda Muvazaalı Muameleler**, İstanbul, 1956 (Muvazaa)
- ESENER Turhan/GÜNDOĞDU Fatih, **Borçlar Hukuku I**, İstanbul, 2017
- FAVRE Pascal G., **Le transfert conventionnel de contrat**, Zürih-Basel-Cenevre, 2005
- FEYZİOĞLU Feyzi N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 1976
- FLUME Werner, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Zweiter Band Das Rechtsgeschäft**, Berlin, 1992
- GAUCH Peter/SCHLUEP Walter R./SCHMID Jörg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I**, Zürih, 2008
- GRUBER Michael/SPROHAR-HEIMLICH Helga/SCHEUBA Elisabeth, “§16 Die letztwillige Verfügung”, **Erbrecht und Vermögensnachfolge**, Viyana, 2010
- GUHL Theo/KOLLER Alfred, **Das Schweizerische Obligationenrecht**, Zürih, 2000
- HATEMİ Hüseyin, **Miras Hukuku**, İstanbul, 2018
- HATEMİ Hüseyin/GÖKYAYLA K. Emre, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, İstanbul, 2017
- HONSELL Heinrich, **Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I**, Basel, 2015 (Art. 2 ZGB)
- HUGUENIN Claire, **Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil**, Zürih, 2014
- İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, **Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku**, İzmir, 2012
- İNAN Ali Naim/YÜCEL Özge, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2016
- İstŞ-SEROZAN Rona, **İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu**, Cilt I, İstanbul, 2019 (TBK m. 1)
- KANIŞLI Erhan, **Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma**, İstanbul, 2018

- KARAYALÇIN Yaşar, “Muvazaa (Danışık) – Hileli Anlaşma – Miras Bırakanın Muvazaası”, **Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay’ın Hatırasına Armağan**, İstanbul, 1999
- KENDİGELEN Abuzer, “Sanayi ve Ticaret Bakanlığının İçticaret 1995/1 Sayılı “Anonim ve Limited Şirketlerin Kuruluş ve Anasözleşme Değişikliği İşlemlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”inin Hukuki Açılan Değerlendirilmesi”, **İÜHF M C. 55 S. 1-2** (1996)
- KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2018
- KIRCA İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK Feyzan Hayal/MANAVGAT Çağlar, **Anonim Şirketler Hukuku Cilt 1**, Ankara, 2013
- KİPER Osman, **Öğreti ve Uygulamada Muvazaa**, Ankara, 1995
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm I**, İstanbul, 2014
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı**, İstanbul, 1968 (Hata)
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, İstanbul, 1987
- KOCHENDÖRFER Thomas, **Die Begründungsbedürftigkeit der Ausübung zivilrechtlicher Gestaltungsrechte**, Göttingen, 2010
- KOÇ Nevzat, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (=Butlan)”, **DEÜHFD Yıl 2 S. 2** (1981)
- KOSTKIEWICZ Jolanta Kren, **OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch)**, Zürih, 2016 (Art. 18 OR)
- KURU Bakı, **İcra ve İflas Hukuku El Kitabı**, Ankara, 2013
- KUT Ahmet, **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht: Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 OR**, Zürih, 2016 (Art. 18 OR)
- MEDICUS Dieter/PETERSEN Jens, **Allgemeiner Teil des BGB**, Heidelberg, 2016
- MERZ Hans, **Vertrag und Vertragsschluss**, Friburg, 1992
- MICHAELIS Karl, “Scheingeschäft, verdecktes Geschäft und verkleidetes Geschäft im Gesetz und in der Rechtspraxis”, **Festschrift für Franz Wiaecker zum 70. Geburtstag**, Göttingen, 1978
- NOMER Haluk N., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2020
- OĞUZMAN M. Kemal, **Medenî Hukuk Dersleri**, İstanbul, 1994
- OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2018
- OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, İstanbul, 2018
- OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 2018
- OKTAY Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, **İÜHF M C. 55** (1996)
- ÖZ Turgut, “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil Sorunları”, **Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan**, İstanbul, 2017
- ÖZSUNAY Ergun, **Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler**, İstanbul, 1978
- ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku**, Ankara, 2018
- ÖZTAN Bilge, **Tüzel Kişiler**, Ankara, 1998
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, Ankara, 2013
- PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 2012
- PIOTET Denis, **Commentaire Romand Code Civil II Art. 457-977 CC**, Basel, 2016 (Art. 519/520 CC)
- PIOTET Paul, **La formation du contrat**, Bern, 1956 (Formation)
- PIOTET Paul, **Schweizerisches Privatrecht IV Erbrecht**, C. I, Basel, 1978

- POSTACIOĞLU İlhan E., **Gayri Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecburiyeti**, İstanbul, 1945
- REPGEN Tilman, “Abschied von der Willensbetätigung: Die Rechtsnatur der Vertragsannahme nach § 151 BGB”, **Archiv für die civilistische Praxis**, 200. Bd., H. 5 (2000)
- REYMOND Philippe, **La cession des contrats**, Lozan, 1989
- SARIKAYA Murat, **Sözleşmenin Yorumlanması**, İstanbul, 2019
- SAYMEN F. Halit/ELBİR Halid K., **Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, İstanbul, 1966
- SCHWENZER Ingeborg, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Bern, 2016
- SEROZAN Rona, **Medeni Hukuk**, İstanbul, 2015 (Medeni Hukuk)
- SEROZAN Rona, **Tüzel Kişiler Özellikle: Dernekler ve Vakıflar**, İstanbul, 1994
- ŞEKER Muzaffer, **Yazılmamış Sayılma**, İstanbul, 2015
- TAŞKIN Zeynep Damla, **Sözleşmenin Kurulması**, İstanbul, 2020
- TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Haluk/ALTOP Atilla, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 1993
- TERCIER Pierre/PICHONNAZ Pascal/DEVELİOĞLU H. Murat, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2016
- TUNÇOMAĞ Kenan, **Türk Borçlar Hukuku Cilt I Genel Hükümler**, İstanbul, 1976
- UYAR Talih, “İcra ve İflas Hukukunda Tasarrufun İptali Davasının Konusu”, **Ankara Barosu Dergisi** S. 2011/1
- UYAR Talih, “Tasarrufun İptali Davası ve Muvazaa, Nam-ı Müstear, İşletmenin Devri, Kanuna Karşı Hile ve Perdeyi Kaldırma Teorisi”, **Ankara Barosu Dergisi** S. 2016/2
- VON TUHR Andreas, **Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts**, C. II/1, Berlin, 1957
- VON TUHR Andreas/PETER Hans, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Band I (mit Supplement)**, Zürih, 1984
- WOLF Manfred/NEUNER Jörg, **Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts**, Münih, 2016
- YELMEN Adem, “Değiştirme Yasağı”, **İzmir Barosu Dergisi** 2015/3
- YILDIRIM Abdulkерim, **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2017
- ZK-Yazar SOYADI Adı, **Zürcher Kommentar**, Zürih (İlk atıflarda yazar ad soyadı ile basım yılı verilmiştir.)

Tüzel Kişilik Kavramı ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması*

Concept of Legal Personality and Piercing the Corporate Veil

Fahri Erdem KAŞAK** 

Öz

Tüzel kişiler, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliğe ve malvarlığına sahiptir. Bu bakımdan tüzel kişiden alacaklı üçüncü kişilerin, tüzel kişiyi oluşturan kişilere başvurarak alacaklarını talep edebilmeleri kural olarak mümkün değildir. Bu durumun kötüye kullanılması hâlinde ise tüzel kişiler hukukuna hâkim ayrılık ilkesi göz ardı edilerek tüzel kişiden alacaklı üçüncü kişilerin, tüzel kişiyi oluşturan kişilere başvurulabilmesi somut olayda mümkün hâle gelebilir. Uygulamada “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” şeklinde ifade edilen bu kurum, ağırlıklı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırılır ve istisnai niteliği sebebiyle titizlikle uygulanmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tüzel Kişi, Farazî Kişilik Teorisi, Gerçek Kişilik Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Hakkın Kötüye Kullanılması.

Abstract

Legal persons have separate personality and assets from its creators. In this regard, as a rule, it is not possible for legal person's creditors to demand their claims from the persons constituting the legal person. If this principle is misused, it may be probable for legal person's creditors in the concrete case to apply to persons constituting the legal person, ignoring the principle of separation prevailing in law of legal persons. This institution, which is expressed in practice as “piercing the corporate veil”, is mainly based on the prohibition of abuse of right and should be applied cautiously due to its exceptional nature.

Keywords: Legal Person, Fiction Theory, Theory of Reality, Piercing the Corporate Veil, Abuse of Right.

GİRİŞ

Kökene Roma hukukuna kadar uzanan¹ tüzel kişilik kurumu, önemli bir ihtiyaç neticesinde doğmuştur. Gerçek kişilerin sınırlı ömürleri nedeniyle kendi başlarına erişemeyecekleri bazı amaçlara

* Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 19.04.2019 tarihinde düzenlenen Ticaret Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumunda “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması” başlığıyla sunulmuş olan bildirinin genişletilmiş tam metin hâlidir.

** Arş. Gör. Dr., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, E-Mail: fahri.kasak@hbv.edu.tr

1 Weber, Rolf H., Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, Vierter Teilband Juristische

ulaşabilmeleri için tüzel kişilikler elzemdir. Bu şekilde ortaya çıkan tüzel kişilik, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliğe ve malvarlığına sahip olur. Kişi ayrılığı ve mal ayrılığı olarak ifade edilen bu ilkeler, tüzel kişilik kurumunun temelini oluşturur. Öte yandan, tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden bağımsız olduğu ilkesi, istisnaî hâllerde göz ardı edilebilir. Öğretide sıklıkla “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” şeklinde ifade edilen kurum, en temel anlamıyla tüzel kişinin alacaklılarının, tüzel kişiyi oluşturan gerçek veya tüzel kişilere başvurabilmesi ve alacaklarını onlardan talep edebilmesi şeklinde tanımlanabilir. Gerçekten tüzel kişilik kurumu, sorumluluktan kurtulmak için kötüye kullanılıyorsa 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 2/II uyarınca tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir ve tüzel kişinin arkasında duran, yani onu oluşturan kişilere başvurulabilir.

Çalışmada; önce tüzel kişilik kavramı, sonrasında ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sadece özel hukuk tüzel kişileri çerçevesinde incelenmiştir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 202 vd. hükümlerinde şirketler topluluğu bakımından öngörülen özel düzenlemeler de çalışmanın kapsamı dışındadır².

I. TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI

Çağdaş hukukta hak sùjeleri, sadece gerçek kişilerden ibaret değildir³. Çeşitli toplumsal, ekonomik ve teknik ihtiyaçlar, insanların dışında başka varlıkların da kişi olarak kabulünü gerektirmiştir⁴. Tüzel kişi (hükmi şahıs) kavramıyla ifade edilen varlıklar, gerçek kişiler haricinde kalan ve hak ehliyetine sahip kişilerdir⁵. Tüzel kişilik, TMK m. 47/I hükmünden istifade edilerek tanımlanabilir. Belirli ve sürekli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş ve kendisini kuran kişilerden bağımsız olan kişi veya mal topluluğuna tüzel kişi denir⁶.

Aşağıda sırasıyla; tüzel kişiliğin unsurları, tüzel kişiliğin niteliğine ilişkin teoriler, tüzel kişilerin türleri, tüzel kişilerin ehliyeti ve tüzel kişiliğin yararları ele alınmıştır.

Personen, Basel 1998 (Herausgegeben von: Tercier, Pierre), s. 40 vd.; **Akünel**, Teoman, Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1998, s. 4; **Özsunay**, Ergun, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982, s. 6-7; **Oğuzman**, M. Kemal/**Seliçi**, Özer/**Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Bası, İstanbul 2020, N 824 dn. 1; **Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2020, N 1069 vd.; **Ergün**, Ömer, Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010, s. 9 vd.; **Hatemi**, Hüseyin, Medenî Hukuk Tüzel kişileri Cilt I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul 1979, s. 41; **Öztan**, Bilge, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994, s. 3.

2 Anılan husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Göktürk**, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Ankara 2015, s. 55 vd.; **Narçin Tosun**, Zela, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2015, Cilt 10, Sayı 105, s. 94 vd.

3 **Öztan**, Tüzel, s. 1, 3; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 822; **Dural/Öğüz**, N 1044.

4 **Öztan**, Tüzel, s. 2-3.

5 **Hausheer**, Heinz/**Aebi-Müller**, Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012, N 17.08; **Brückner**, Christian, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000, N 998-999; **Öztan**, Tüzel, s. 1; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 822; **Dural/Öğüz**, N 1044.

6 Benzer tanımlar için bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 826; **Dural/Öğüz**, N 1046; **Kaşak**, Esra, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2019, N 1.2.

A. TÜZEL KİŞİLİĞİN UNSURLARI

Türk Medeni Kanunu m. 47 hükmü ile hükmün gerekçesi⁷ çerçevesinde; örgütlenme, belirli ve sürekli amaç ile hukuk düzenince tanınma olmak üzere tüzel kişiliğin üç unsurunun bulunduğu söylenebilir. Hiç şüphesiz tüzel kişiliğin kurulabilmesi, kendisini oluşturanların iradesini de gerektirir⁸.

1. Örgütlenme

Tüzel kişiliğin, amacını gerçekleştirecek organlara sahip olması örgütlenme unsuru olarak ifade edilir. Bu bakımdan bir kişi veya mal topluluğunun örgütlenmiş olması, amacını gerçekleştirecek organlara sahip olmasını gerektirir. Nitekim “*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*” düzenlemesini havi TMK m. 49 hükmü de bu hususu teyit etmektedir. Hukuk düzeni, her bir tüzel kişi bakımından örgütlenmeyi sağlayacak gerekli organların neler olduğunu belirlemiştir⁹. Anılan zorunlu organlar sayesinde örgütlenmesini tamamlayan tüzel kişi, hem bünyesindeki kişilere hem de üçüncü kişilere karşı bağımsız hâle gelir¹⁰.

2. Belirli ve Sürekli Amaç

Tüzel kişinin amacının belirli olması gerekliliği, TMK m. 47/I hükmünden anlaşılmaktadır. Ayrıca özel olarak TMK m. 56/I hükmü dernekler ve TMK m. 101/I düzenlemesi vakıflar için amacın belirli olması gerektiğini tekrarlamıştır. Türk Medeni Kanunu m. 47/I hükmünde açıkça ifade edilmemesine rağmen öğreti; tüzel kişiliğin, belirli bir amaca sürekli bir şekilde hizmet için örgütlenmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle, geçici bir amaç için kurulan kişi veya mal topluluğu tüzel kişi teşkil edemez¹¹. Devamlı faaliyetin varlığını gerektiren bir amaç, kendisinin mevcudiyeti sürekli olmasa bile sürekli bir amaç olarak sayılabilir¹².

7 TMK m. 47/I hükmünün gerekçesi “... *Bu sebeple maddenin birinci fıkrasında, tüzel kişiliğin nasıl kazanılacağı açıklanırken verilen tanımda tüzel kişi türleri tek tek zikredilmemiş, tüzel kişilere has olan ortak unsurlar belirtilmiştir. Birinci fıkrada yer alan bu unsurlar ise, a. Bir kişi veya mal topluluğunun bulunması, b. Bu topluluğun belirli bir amaç için oluşturulması, c. Bu oluşumun hukuk düzeninde başlı başına bir varlığa sahip olmak üzere, bir örgütlenme ile sağlanmasıdır.*” şeklindedir.

8 **Riemer**, Hans Michael, Berner Kommentar, Band I Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung Die juristischen Personen, 1. Teilband Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, 3. Auflage, Bern 1993 (Herausgeber: Hausheer, Heinz), vor Art. 52-59 N 2; **Kaşak**, N 1.4; **Ergün**, s. 18; **Hatemi**, Tüzel, s. 8. Örneğin; TMK m. 56/I hükmü uyarınca en az yedi gerçek veya tüzel kişinin iradesiyle (TMK m. 59/I) dernek kurulabilir. İradenin, tüzel kişiliğin dördüncü unsuru olarak değerlendirmesi için bkz. **Erdoğan/Keskin**, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2019s. 340-341.

9 TMK m. 72/I düzenlemesi uyarınca derneğin zorunlu organları; genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruludur. Vakıflar bakımından ise yönetim organının varlığı elzemdir (TMK m. 109).

10 **Erdoğan/Keskin**, s. 339-340; **Dural/Öğüz**, N 1052; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 829; **Kaşak**, N 1.4; **Akünel**, s. 15-16; **Öztaş**, Tüzel, s. 6; **Ergün**, s. 19, 45.

11 **Hatemi**, Tüzel, s. 4-5; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 833; **Erdoğan/Keskin**, s. 338-339; **Akünel**, s. 15; **Öztaş**, Tüzel, s. 4-5. Zira böylesine geçici bir amacın gerçekleştirilebilmesi için tüzel kişilik kurumuna ihtiyaç duyulmaz.

12 **Dural/Öğüz**, N 1050; **Akünel**, s. 15; **Erdoğan/Keskin**, s. 339. krş. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 833 dn. 3. Bu bakımdan okul yaptırma derneğinin örnek gösterilmesi için bkz. **Erdoğan/Keskin**, s. 339. Çeşitli örnekler için bkz. **Akünel**, s. 15.

Tüzel kişilerde amaç, ortak bir menfaatin karşılanmasıdır¹³. Söz konusu menfaat maddî veya manevî olabilir¹⁴. Dernek, vakıf, sendika ve siyasi parti manevî amaca yönelmiştir¹⁵. Ticaret şirketleri ise kazanç paylaşmak amacını taşır. Kooperatiflerde ise amaç ekonomik olmakla birlikte, ticaret şirketlerindeki gibi doğrudan kazanç paylaşmaya matuf değildir¹⁶.

3. Hukuk Düzenince Tanınma

Örgütlenmiş, belirli ve sürekli amaca sahip topluluğun tüzel kişi olarak kabul edilmesi, hukuk düzeninin buna izin vermesine bağlıdır. Diğer bir anlatımla, hukuk düzeninin açıkça cevaz vermediği bir topluluğun tüzel kişilik olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir¹⁷. Nitekim tüzel kişilerde sınırlı sayı (*numerus clausus*, *Formenzwang*) ilkesi geçerlidir; yani tarafların iradeleri ile kanun koyucunun belirlediği türler dışında yeni bir tüzel kişilik meydana getirebilmesi mümkün değildir¹⁸. Ayrıca tüzel kişiler bakımından tipe bağlılık ilkesi (*Formenfixierung*) de kabul edilmiştir¹⁹. Bu sebeple kanun koyucunun, tüzel kişiler için pek çok emredici hükümle öngördüğü esasların taraflarca değiştirilebilmesi ve tüzel kişilerin, kanun koyucunun çizdiği çerçevenin dışında varlık göstermesi söz konusu olmaz²⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun tanıdığı tüzel kişiler, dernek (TMK m. 56-100) ve vakıftır (TMK m. 101-117). Türk Ticaret Kanunu ise ticaret şirketlerinin (TTK m. 125/I) tüzel kişiliğe sahip olduğunu düzenlemiştir; TTK m. 124/I düzenlemesinde ise ticaret şirketlerinin; kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerden oluştuğunu hükme bağlamıştır²¹. Şüphesiz TMK ve TTK dışında başka kanunlar eliyle sendika, siyasi parti gibi çeşitli özel hukuk tüzel kişilikleri de kabul edilmiştir.

13 Akünal, s. 14-15; Ergün, s. 17-18.

14 Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich/ Basel/Genf 2016, N 1149; Erdoğan/Keskin, s. 338.

15 Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Bern 1993, s. 225-226; Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 126; Dural/Öğüz, N 1049, 1101-1104; Ergün, s. 61 vd., 79 vd. Bununla birlikte amacına ulaşmak için ticarî işletme işleten dernek ve vakıflar, TTK m. 16/I hükmü gereğince tacir sayılırlar. Bu hususta bkz. Özsunay, s. 35-36.

16 Hatemi, Kişiler, s. 126; Dural/Öğüz, N 1048, 1098. Kooperatifler Kanunu m. 1 uyarınca kooperatifler "... ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla ..." kurulur.

17 Weber, s. 46; Akünal, s. 17; Öztan, Tüzel, s. 5.

18 BGE 140 III 219 E. 3.7 (www.bger.ch); BGE 132 III 476 E. 3.3 (www.bger.ch); BGE 104 Ia 445 E. 4c (www.bger.ch); Weber, s. 78, 80 vd.; Riemer, vor Art. 52-59 N 10-12; Brückner, N 1003; Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, N 17.26-17.28; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1145; Hatemi, Kişiler, s. 132; Hatemi, Tüzel, s. 24-25; Dural/Öğüz, N 1055, 1093; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 836; Erdoğan/Keskin, s. 338; Kaşak, N 1.3; Akünal, s. 9-10. Tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesinin kabul edilmesinin hukuk ve işlem güvenliği gibi gerekçeleri için bkz. Weber, s. 82; Riemer, vor Art. 52-59 N 12.

19 Weber, s. 78; Riemer, vor Art. 52-59 N 14; Erdoğan/Keskin, s. 340.

20 Weber, s. 78; Dural/Öğüz, N 1055.

21 Aynı sonuca TTK m. 42-43 hükümlerinin kenar başlıklarından hareketle de varılabilir.

B. TÜZEL KİŞİLİĞİN NİTELİĞİNE İLİŞKİN TEORİLER

Özellikle tüzel kişilik kurumunun kanunlar eliyle düzenlenmediği 19. yüzyılda, tüzel kişilik kavramını açıklamak üzere öğretilerde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bunlardan farazî kişilik ve gerçek kişilik teorileri daha eski ve temel teorilerdir. Soyutlama ve amaç kişiliği teorileri ise anılan teorileri birbirine yakınlaştırma amacıyla ileri sürülmüştür.

1. Farazî Kişilik (Varsayım, Fiksyon) Teorisi (Fiktionstheorie)

Von Savigny tarafından ileri sürülen teori, sadece insanların hak ehliyetine sahip olabileceğini savunmaktadır²². Bununla birlikte kanun koyucu, tüzel kişileri de pratik ihtiyaçlar sebebiyle tıpkı insan gibi farz ederek onlara kişilik atfetmiştir²³. Bu bakımdan farazî kişilik teorisine göre, kişi veya mal topluluğunun kişilik kazanabilmesi kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Tüzel kişilik adına işlemler sadece temsil yoluyla yapılabilir, tüzel kişinin fiil ehliyeti yoktur²⁴. Anılan sebeple tüzel kişinin hukuka aykırı kusurlu bir fiili ile başkasını zarara uğratması da düşünülemez. Bu yüzden tüzel kişilerin haksız fiil sorumluluğu da bulunmaz²⁵, sorumlu gerçek kişilerdir.

2. Gerçek Kişilik Teorisi (Realitätstheorie, Organtheorie)

Von Gierke tarafından savunulan gerçek kişilik teorisi, tüzel kişilerin tıpkı gerçek kişiler gibi canlı sosyal varlıklar olduğunu kabul etmektedir²⁶. Tüzel kişiler, bedeni bir varlığa sahip olmayıp sosyal bir organizma olmaları cihetiyle gerçek kişilerden ayrılır. Anılan teoriye göre kişi veya mal toplulukları

22 Von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, Band II, Berlin 1840, s. 236. krş. Hatemi, Tüzel, s. 13, 14-15, 18-19. Teorinin diğer temsilcilerinin Puchta ve Windscheid olduğu yönünde bkz. Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012, § 2 N 13; Kaşak, N 1.31; Özsunay, s. 47; Weber, s. 48; Öztan, Tüzel, s. 6-7. Anılan teoriye dair açıklamalar için bkz. Riemer, vor Art. 52-59 N 6; Pedrazzini/Oberholzer, s. 198; Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, N 17.03; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1130; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 13-15; Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015, § 15 N 5; Brückner, N 1031; Weber, s. 48; Kaşak, N 1.31-1.32; Öztan, Tüzel, s. 6-8; Öztan, Bilge, Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 5-6; Erdoğan/Keskin, s. 341-342; Dural/Öğüz, N 1082; Akünel, s. 20; Gönen, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul 2011, s. 14-16; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 841-842; Ergün, s. 19-22. Bahis konusu teorinin Roma hukuku kaynaklı olduğu hususunda bkz. Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1130; Akünel, s. 19; Özsunay, s. 47; Dural/Öğüz, N 1081; Gönen, s. 14.

23 Von Savigny, s. 236, 282 vd. krş. Hatemi, Kişiler, s. 153; Hatemi, Tüzel, s. 10, 13.

24 Von Savigny, s. 282 vd., 293.

25 krş. Hatemi, Kişiler, s. 159; Hatemi, Tüzel, s. 10-11.

26 Von Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Erster Band Allgemeiner Teil und Personenrecht, 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage von 1936), Berlin 2010, s. 471. Anılan teoriye dair açıklamalar için bkz. Pedrazzini/Oberholzer, s. 199; Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, N 17.04; Riemer, vor Art. 52-59 N 6; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 15 N 6; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 16-18; Weber, s. 48-49; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1130; Brückner, N 1032; Kaşak, N 1.33-1.34; Öztan, Organ, s. 7-9; Öztan, Tüzel, s. 9-10; Özsunay, s. 48; Erdoğan/Keskin, s. 342-343; Dural/Öğüz, N 1083; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 843-845; Akünel, s. 21; Ergün, s. 22-23; Gönen, s. 16-17. Söz konusu teorinin Germen hukuku kaynaklı olduğu yönünde bkz. Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1130; Öztan, Tüzel, s. 9; Akünel, s. 19; Dural/Öğüz, N 1081; Özsunay, s. 48; Gönen, s. 16.

toplumda gerçekten var olduğu için kanun koyucu sadece bunların varlıklarını tanır²⁷. Bu bakımdan tüzel kişi hak ve fiil ehliyetine sahiptir; işlemlerini temsil yoluyla değil, organları eliyle gerçekleştirir²⁸. Organların davranışları haksız fiil teşkil ediyorsa tüzel kişi haksız fiilden dolayı sorumlu tutulabilir²⁹.

3. Soyutlama Teorisi (Abstraktionstheorie)

Soyutlama teorisine göre³⁰ tüzel kişilik, gerçekte var olmayan; ancak insan fikri tarafından kabul edilen bir varlıktır. Fakat tüzel kişi, hayali bir varlık veya varsayım da değildir. Tüzel kişi, kendisini oluşturan kişi veya mal topluluğundan soyutlanarak ayrı bir varlığa bürünmüştür.

4. Amaç Kişiliği Teorisi (Zweckpersonifikationstheorie)

Amaç kişiliği teorisine göre³¹, tüzel kişiler canlı varlıklar olmayıp belirli bir amacı gerçekleştirmek için örgütlenmiş birliklerdir. Bu bakımdan tüzel kişiler doğal bir iradeye sahip değildir. Tüzel kişi, kendi amacı doğrultusunda organlarının ortak iradesiyle faaliyet gösterir.

5. Değerlendirme

Tüzel kişilik kurumu, günümüzde kanun koyucular tarafından düzenlendiği için anılan teorilerin önemini yitirdiği söylenebilir³². Bununla birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nda (ZGB) ve doğal olarak TMK'de gerçek kişilik teorisinin benimsendiğini gösteren emareler vardır³³.

Tüzel kişilerin fiil ehliyetine sahip olduğunu belirten TMK m. 49 ile "*Tüzel kişinin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır.*" şeklindeki TMK m. 50/I hükmü bu bakımdan özellikle dikkate şayandır. Keza organların hukuka aykırı fiilleri sebebiyle tüzel kişinin sorumlu olacağını belirten TMK m.

27 Von Gierke, s. 471.

28 Von Gierke, s. 472. Benzer şekilde bkz. Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, N 17.05.

29 Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht, N 17.04.

30 Soyutlama teorisine ilişkin açıklamalar için bkz. Öztan, Organ, s. 11 dn. 42; Öztan, Tüzel, s. 10; Hatemi, Tüzel, s. 11; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 848; Özsunay, s. 49; Gönen, s. 17; Ergün, s. 23-24. Soyutlama teorisinin, pratik açıdan farazi kişilik teorisine aynı sonuca vardığı hususunda bkz. Hatemi, Tüzel, s. 12.

31 Amaç kişiliği teorisine dair açıklamalar için bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 847; Gönen, s. 17.

32 Riemer, vor Art. 52-59 N 6; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1131; Dural/Öğüz, N 1084; Hatemi, Tüzel, s. 12; Öztan, Tüzel, s. 6, 10; Gönen, s. 14; Ergün, s. 25; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 838-839. Bununla birlikte anılan teorilerin hâlen çeşitli açılardan işe yaradığı yönünde krş. Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 15 N 7-8; Kaşak, N 1.37; Akünal, s. 19-20.

33 Pedrazzini/Oberholzer, s. 200; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1131; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 15 N 9 vd.; Brückner, N 1033; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 26; Weber, s. 49; Erdoğan/Keskin, s. 343; Kaşak, N 1.29, 1.35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 849; Dural/Öğüz, N 1084; Akünal, s. 22, 49-50; Öztan, Tüzel, s. 10-11; Ergün, s. 25; Gönen, s. 18. krş. Hatemi, Tüzel, s. 14-15. İsviçre Federal Mahkemesi'nin açıkça gerçeklik teorisinden istifade ettiği kararlara örnek olarak bkz. BGE 138 III 344 E. 6.1 (www.bger.ch). krş. Öztan, Organ, s. 10-12. ZGB'yi hazırlayan Eugen Huber'in gerçeklik teorisini benimsediği yönünde bkz. Weber, s. 2; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 15 N 8; Riemer, vor Art. 52-59 N 6; Kaşak, N 1.33; Dural/Öğüz, N 1084 dn. 55; Öztan, Tüzel, s. 10; Akünal, s. 22; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 844 dn. 8; Gönen, s. 18.

50/II-III hükümleri³⁴ de gerçeklik teorisine uygundur. Bu noktada organlarının fiillerinden tüzel kişinin sorumlu tutulmasının; temsil kurumuyla değil, kişiler hukuku alanında kanun koyucunun düzenlediği organ sıfatıyla ve ona bağlanan sonuçlarla açıklandığı söylenmelidir³⁵.

C. TÜZEL KİŞİLERİN TÜRLERİ

Tüzel kişiler; tâbi oldukları hukukî rejime göre özel hukuk tüzel kişileri, kamu hukuku tüzel kişileri ve kamu iktisadî teşebbüsleri olarak üçe ayrılır³⁶. Özel hukuk tüzel kişileri denildiğinde akla ilk olarak medenî hukuk tüzel kişileri olan dernek ve vakıf ile ticaret hukuku tüzel kişileri olan ticaret şirketleri gelir. Şüphesiz tüm özel hukuk tüzel kişileri bunlardan ibaret değildir; sendika, siyasî parti ve avukat ortaklığı gibi özel hukuk tüzel kişileri de mevcuttur.

İkinci ayırım ise tüzel kişiliğin amacını esas alır³⁷. Bu bağlamda sosyal amaçlı tüzel kişiler ve kazanç paylaşma amacı güden tüzel kişiler şeklinde ikili bir tasnif yapılabilir. Dernekler, vakıflar, sendikalar ve siyasî partiler kazanç paylaşma amacı gütmeyen tüzel kişilerdir³⁸. Türk Ticaret Kanunu'ndaki ticaret ortaklıkları; yani kollektif, komandit, limited ve anonim şirketler ise kazanç paylaşma amacı taşır³⁹. Kooperatiflerin ekonomik bir amaç taşımakla beraber bunun kazanç paylaşmaya yönelik olmadığı (Kooperatifler Kanunu m. 1) haklı olarak kabul edilmektedir⁴⁰. Avukatlık ortaklığı (Avukatlık Kanunu m. 44/IV) da kazanç paylaşma amacına yönelik bir tüzel kişiliktir⁴¹.

Son ayırım ise tüzel kişilerin kişi ya da mal topluluğu teşkil etmesine dayanır⁴². Dernekler, ticaret şirketleri, siyasî partiler ve sendikalar kişi topluluğudur. Mal topluluğunun özel hukuktaki tek örneği ise vakıflardır⁴³.

34 **YHGK**, T. 02.02.2011, E. 2010/13-516, K. 2011/6 (www.kazanci.com); **Yarg. 18. HD**, T. 18.11.2008, E. 2008/8656, K. 2008/12197 (www.kazanci.com); **Yarg. 15. HD**, T. 09.06.2008, E. 2008/2914, K. 2008/3772 (www.kazanci.com); **Yarg. 4. HD**, T. 16.06.2003, E. 2003/2340, K. 2003/7779 (www.kazanci.com). Bu husustaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Dural/Öğüz**, N 1189 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 956 vd.

35 **BGE** 138 III 344 E. 6.1 (www.bger.ch); **BGE** 115 Ib 281 E. 10c (www.bger.ch); **BGE** 112 II 190 E. II.2.c (www.bger.ch); **Weber**, s. 155-156; **Dural/Öğüz**, N 1159-1160.

36 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 850, 863 vd.; **Erdoğan/Keskin**, s. 344, 345-346; **Öztaş**, Tüzel, s. 11. krş. **Riemer**, vor Art. 52-59 N 58 vd.; **Brückner**, N 1001; **Dural/Öğüz**, N 1085; **Akünel**, s. 8 vd. krş. **Özsunay**, s. 33 vd. Tüzel kişileri amaçlarına veya yapılarına göre sınıflandırmak da mümkündür. Bu hususta bkz. **Erdoğan/Keskin**, s. 344.

37 **Weber**, s. 52; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 79 vd.; **Erdoğan/Keskin**, s. 344; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 857-862; **Akünel**, s. 10; **Öztaş**, Tüzel, s. 13; **Dural/Öğüz**, N 1097 vd.

38 **Akünel**, s. 11; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 860-862; **Dural/Öğüz**, N 1099; **Özsunay**, s. 36. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 2/I/ğ ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu m. 3 hükümleri; sendikalar ile siyasî partilerin tüzel kişiliği haiz olduklarını açıkça düzenlemiştir.

39 krş. **Riemer**, vor Art. 52-59 N 80.

40 Bu hususta ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, N 1048, 1098.

41 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 859; **Dural/Öğüz**, N 1098; **Erdoğan/Keskin**, s. 346-347.

42 **Weber**, s. 52 vd.; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 66 vd.; **Dural/Öğüz**, N 1096; **Erdoğan/Keskin**, s. 344; **Kaşak**, N 1.2.

43 **Akünel**, s. 12.

D. TÜZEL KİŞİLERİN EHLİYETİ

Türk Medenî Kanunu m. 48 hükmü tüzel kişilerin hak ehliyetini, TMK m. 49-50 hükümleri ise fiil ehliyetini düzenlemiştir. Anılan hükümler öncelikle Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmiş olan dernekler ve vakıflar için uygulama alanı bulur. Bununla birlikte söz konusu hükümlerin ticaret şirketlerine uygulanabilmesi de mümkündür⁴⁴.

I. Hak Ehliyeti

Tüzel kişi, kendisini oluşturan gerçek ya da diğer tüzel kişilerden veya malvarlığı değerlerinden ayrı bir hukukî değere sahiptir. Bu bakımdan tüzel kişiler, tüm hakları kazanabilir ve borçları yüklenebilir. Ancak tüzel kişilerin hak ehliyeti, doğal olarak gerçek kişilerin hak ehliyetinin kapsamı ile aynı değildir⁴⁵. Nitekim TMK m. 48 hükmü “*Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.*” diyerek tüzel kişilerin ehliyetini sınırlandırmıştır.

2. Fiil Ehliyeti

Tüzel kişiler, TMK m. 49 hükmü uyarınca gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar. Tüzel kişiler, fiil ehliyetini organları eliyle kullanabilirler⁴⁶. Her bir tüzel kişi bakımından, hangi organların zorunlu olduğu kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir⁴⁷. Örneğin; derneklerin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kuruluyken (TMK m. 72/I) vakıfların tek zorunlu organı yönetim organıdır (TMK m. 109). Bununla birlikte zorunlu organların dışında başka (ihtiyari) organların ihdas edilebilmesi de mümkündür (TMK m. 72/II, 109)⁴⁸.

44 “Uygulanacak kanun hükümleri” kenar başlıklı TTK m. 126 hükmü “*Her şirket türüne özgü hükümler saklı kalmak şartıyla, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adı şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.*” şeklindedir. Bu bakımdan Türk Medenî Kanunu'ndaki tüzel kişilik hükümleri, hakkında özel bir düzenleme getirilmemiş olan hususlarda ve bünyesine uygun düştüğü ölçüde ticaret şirketlerine de uygulanma kabiliyetine sahiptir. Aynı yönde bkz. **Riemer**, vor Art. 52-59 N 95. Anılan hüküm mevcut olmasaydı dahi TTK m. 1/I hükmü gereği veya TMK m. 5 hükmünün atfıyla da aynı sonuca ulaşılabilirdi.

45 **Weber**, s. 117-118; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 24; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 15 N 11, 13; **Çağlar**, Hayrettin/Çalışkan, Türk Medenî Kanununun tüzel kişilere ilişkin genel hükümleri ile bu Kısımda hüküm bulunmayan hususlarda Türk Borçlar Kanununun adı şirkete dair hükümleri her şirket türünün niteliğine uygun olduğu oranda, ticaret şirketleri hakkında da uygulanır.” şeklindedir. Bu bakımdan Türk Medenî Kanunu'ndaki tüzel kişilik hükümleri, hakkında özel bir düzenleme getirilmemiş olan hususlarda ve bünyesine uygun düştüğü ölçüde ticaret şirketlerine de uygulanma kabiliyetine sahiptir. Aynı yönde bkz. **Riemer**, vor Art. 52-59 N 95. Anılan hüküm mevcut olmasaydı dahi TTK m. 1/I hükmü gereği veya TMK m. 5 hükmünün atfıyla da aynı sonuca ulaşılabilirdi.

46 **Çağlar/Çalışkan**, s. 67; **Akünel**, s. 45; **Özsunay**, s. 72.

47 **Dural/Öğüz**, N 1154; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 934; **Kaşak**, N 1.14; **Öztan**, Tüzel, s. 31.

48 **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 934; **Dural/Öğüz**, N 1168; **Kaşak**, N 1.14; **Akünel**, s. 50; **Ergün**, s. 86-87. Fiili organ kavramına yönelik açıklamalar için bkz. **Weber**, s. 157-159; **Kaşak**, N 1.74-84; **Dural/Öğüz**, N 1162 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 939-940; **YHGK**, T. 11.06.2003, E. 2003/4-359, K. 2003/406 (www.legalbank.net).

E. TÜZEL KİŞİLİĞİN YARARLARI

1. Bazı Amaçlara Ulaşmaktaki Yetersizliğin Bertaraf Edilmesi

Gerçek kişilerin ömürlerinin sınırlı olması, uzun süreli amaçlara ulaşmak bakımından ciddi bir engel teşkil eder. Anılan engelin bertaraf edilmesi için gerçek kişilerin dışında hukukî varlıklara ihtiyaç duyulmuştur⁴⁹. Keza bazı amaçlara erişebilmek için tek başına bir gerçek kişinin çabası yeterli gelmemekte ve birden çok kişinin örgütlü bir şekilde bir araya gelmesi gerekmektedir⁵⁰. Ezcümle tüzel kişiler sayesinde, gerçek kişilerce elde edilemeyecek amaçlar gerçekleştirilebilir⁵¹.

2. Tüzel Kişiliği Oluşturanların Sorumluluğunun Sınırlandırılabilmesi

Tüzel kişiler; hukuk düzeninin tanıması sayesinde, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir hukukî varlığa sahip olur. Tüzel kişinin, kendisini oluşturan kişilerden ayrı bir kişiliğe ve malvarlığına sahip olması ayrılık ilkesiyle (*Trennungsprinzip*) açıklanır⁵². Anılan ayrılık, kişi ayrılığı ve mal ayrılığı olarak ikiye ayrılabilir.

Kişi ayrılığı; tüzel kişinin, kendisini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir hukukî kişiliğinin olmasıdır⁵³. Tüzel kişinin örgütlenmesi, onun ayrı bir kişi olarak faaliyet göstermesini sağlar. Şu hâlde tüzel kişiyi oluşturan kişiler ile tüzel kişi birbirinden farklıdır.

Mal ayrılığı; tüzel kişinin, kendisini oluşturan kişilerinden ayrı ve bağımsız bir malvarlığına sahip olması anlamına gelir⁵⁴. Mal ayrılığı ilkesi sayesinde tüzel kişi, tarafı olduğu hukukî işlemlerden

49 **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 195; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 824; **Hatemi**, Tüzel, s. 4-5; **Dural/Öğüz**, N 1045, 1071; **Özsunay**, s. 5; **Öztan**, Tüzel, s. 2.

50 **Weber**, s. 39; **Pedrazzini/Oberholzer**, s. 195; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 826; **Dural/Öğüz**, N 1045, 1071; **Özsunay**, s. 5; **Öztan**, Tüzel, s. 1; **Narçin Tosun**, s. 90.

51 **Weber**, s. 51.

52 **Yarg. 11. HD**, T. 04.04.2019, E. 2017/2384, K. 2019/2653 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net “Tüzel kişiliklerde mal ayrılığı ilkesi geçerli olup, tüzel kişinin malvarlığı onun ortaklarının ve onun yönetiminde bulunan organları oluşturan kişilerin ve kardeş ortaklıkların malvarlığından bağımsız ve ayrıdır. Eğer kişilik ve mal varlığı ayrılığı ilkesi uygulanmıyorsa yani malvarlıkları birbirine karışmışsa ve bu durumdan 3. kişiler zarar görüyorsa, art niyetle ve hesabi davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesi ardına sığınmış ise bu durumda TMK'nin 2. maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır.”); **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 1221; **Yanlı**, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000, s. 10; **Serick**, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Personen, ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, Berlin 1955, s. 1; **Dural**, Mustafa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)”, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 97; **Poroy**, Reha/**Tekinalp**, Ünal/**Çamoğlu**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019, N 121f; **Akyol**, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 102.

53 **Riemer**, vor Art. 52-59 N 7; **Weber**, s. 102-103; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 43 vd.; **Yanlı**, s. 11; **Özkurt**, Ayşegül, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul 2018, s. 12; **Yüksel**, Kemalettin, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008 (Editör: Ulusoy, Erol), s. 265; **Narçin Tosun**, s. 90. Roma hukuku bakımından krş. **Dural/Öğüz**, N 1075.

54 **Riemer**, vor Art. 52-59 N 7; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 43 vd.; **Hausheer/Aebi-Müller**, Personenrecht, N 17.10;

doğrudan sorumlu olur ve tüzel kişiyi oluşturan kişiler prensip itibarıyla sorumluluk altına girmez⁵⁵. Bu husus, kişi ayrılığı ilkesinin de doğal sonucudur. Şu hâlde tüzel kişiler, sadece kendi alacaklılarına karşı ve tüm malvarlıklarıyla sınırsız olarak sorumludur. Kural olarak, tüzel kişinin borçları için tüzel kişinin ortaklarına başvurulmadığı gibi ortakların borçları da tüzel kişiden talep edilemez⁵⁶.

Ayrılık ilkesinin, tüzel kişilik ile kendisini oluşturan kişiler arasında bir “perde” çektüğinden bahsedilmektedir⁵⁷. Kullanılan “perde” sözcüğünün isabetli olup olmadığı tartışmasına girmeksizin anılan durumun tüzel kişiler hukukuna hâkim ayrılık ilkesinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilebilir. Ancak istisnâ olarak söz konusu perdenin kaldırılması mümkündür. Öğretide ve uygulamada yerleşmiş bir kavram olması sebebiyle çalışmada da anlatım kolaylığı sağlaması bakımından “tüzel kişilik perdesi” ve “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” kavramları kullanılmıştır.

II. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KURAMI

A. TERMİNOLOJİ

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, en temel anlamıyla tüzel kişinin ayrılığı ilkesinin somut olayda göz ardı edilmesi ve tüzel kişiden alacaklı üçüncü kişilerin, tüzel kişiyi oluşturan kişilere başvurulabilmesi anlamına gelir⁵⁸. Türk hukukunda kurumu ifade etmek için genellikle “tüzel kişilik

Antalya, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008 (Editör: Ulusoy, Erol), s. 146; **Yanlı**, s. 11-12; **Özkurt**, s. 13-14; **Yüksel**, s. 265; **Narçin Tosun**, s. 90.

55 **Öztan**, Tüzel, s. 3; **Ulusoy**, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008 (Editör: Ulusoy, Erol), s. 352.

56 **Yanlı**, s. 11-12; **Dural/Öğüz**, N 1058; **Narçin Tosun**, s. 90. Anılan ilkenin Roma hukukunda dahi kabul gördüğü yönünde bkz. **Weber**, s. 40-41; **Dural/Öğüz**, N 1075.

57 **Weber**, s. 102; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121a-121b; **Dural/Öğüz**, N 1058; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 878 vd. Tüzel kişiliğin, hukuk düzeninin sağladığı bir perde olmadığı; zira tüzel kişilik ile onu oluşturanlara sadece “*şeffaf bir örtü*” sağlandığı ve bu bakımdan tüzel kişilerin “*saydam hukuki varlıklar*” olduğu yönünde bkz. **Çamoğlu**, Ersin, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2016, Cilt XXXII, Sayı 2, s. 6-7. Yazar; bir tüzel kişiyle hukukî ilişki içine girmek isteyen kişilerin, o tüzel kişinin ortaklarını, üyelerini, tüzüklerini, ana sözleşmelerini, sermayelerini, malvarlığını, yöneticilerini ve temsilcilerini kural olarak öğrenebildiğini; nitekim ticaret sicilinin aleni olduğunu düzenleyen TTK m. 35/II hükmü ile Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi’nde yapılan ilanların sonuçlarına ilişkin TTK m. 36/I ve m. 36/III hükümlerinin de bu hususu teyit ettiğini belirtmektedir.

58 **Weber**, s. 107; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 44; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 15 N 12; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 25; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121a, 121b; **Yanlı**, s. 17-18; **Dural/Öğüz**, N 1058; **Akıncı**, Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 660; **Göktürk**, s. 276; **Arda Bicaz**, Fatma, Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2017, s. 44. Bu noktada şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerden de istifade edilebileceği yönünde bkz. **Can**, Mehmet Çelebi, Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından), Ankara 2020, s. 38. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması dendiğinde ilk akla gelen perdenin kaldırılması suretiyle normal şartlarda sorumlu olmayan kişilere sorumluluk atfedilmesidir (*Haftungsdurchgriff*). Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dair gerçek-gerçek olmayan kaldırma, hâkim kişinin lehine-aleyhine kaldırma gibi çeşitli tasnifler hakkında bkz. **Weber**, s. 105-107.

perdesinin kaldırılması”, “*tüzel kişilik perdesinin aralanması*” ile “*tüzel kişinin tabanına başvurulması*” kavramlarına rastlanmaktadır⁵⁹. Anglo-Sakson hukukunda “*lifting the corporate veil*”, “*piercing the corporate veil*”, “*disregard of legal entity*” veya “*disregarding the corporate entity*”, Alman hukukunda kısaca “*Durchgriff*” ya da “*Durchgriff durch die juristische Person*” ve Fransız hukukunda ise “*non reconnaissance de la personne morale*” ile “*le principe de la transparence*” kavramları kullanılmaktadır⁶⁰.

B. KURAMIN UYGULANMASI

I. İşleyişi

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişinin ortağının sorumluluğunu öngören açık bir kanun veya sözleşme hükmünün bulunmamasına rağmen, ortağın, tüzel kişinin borçlarından tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması sebebiyle sorumlu tutulduğu hâlleri ifade eder⁶¹. Bu sebeple tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için en başta somut olay adaletini sağlayabilecek ve uygulanabilir nitelikte özel bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekir⁶². Bu cihetle bir kanun veya sözleşme hükmünün; tüzel kişinin ortağının, tüzel kişinin borçlarından sorumlu tutulabileceğini açıkça öngörmesi, teknik anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teşkil etmez⁶³. Nitekim anılan hâller; öğretilde “*gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” veya “*geniş anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması*” başlığı altında incelenmektedir⁶⁴. Anılan kanunî düzenlemelere örnek olarak

59 Bu bakımdan krş. **Antalya**, s. 143-144; **Akünel**, s. 23 vd.; **Dural/Öğüz**, N 1058 dn. 14; **Dural**, s. 97. Işıldak ilkesi şeklindeki adlandırma için bkz. **Hatemi**, *Kişiler*, s. 154. Anılan kavramların tarihçesi hakkında bkz. **Çamoğlu**, s. 7.

60 **Weber**, s. 104; **Yanlı**, s. 5, 13; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121d; **Çamoğlu**, s. 7-8; **Antalya**, s. 144 dn. 1; **Sağlam**, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008 (Editör: Ulusoy, Erol), s. 154 dn. 4; **Kaplan**, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, Yıl 2009, Cilt XXV, Sayı 4, s. 39; **Dural**, s. 97 dn. 1; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 879 dn. 20; **Akünel**, s. 24; **Yılmaz**, Lerzan, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008 (Editör: Ulusoy, Erol), s. 239, 253; **Özkurt**, s. 27-29 dn. 71; **Topaloğlu**, Mustafa, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, Prof. Dr. Firat Öztan’a Armağan, II. Cilt, Ankara 2010, s. 2083; **YHGK**, T. 22.09.2004, E. 2004/4-360, K. 2004/431 (www.kazanci.com). Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunun ilk olarak Amerikan hukukunda ortaya çıktığı yönünde bkz. **Weber**, s. 104; **Ansay**, Tuğrul, *Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor?* (Kitap Tanıtımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi), Ankara 2005, s. 28; **Yanlı**, s. 5; **Kervankıran**, Emrullah, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2007, Cilt XI, Sayı 3-4, s. 459; **Kaşak**, N 1.37; **Akünel**, s. 24; **Özkurt**, s. 29; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 879; **Topaloğlu**, s. 2084-2085; **Narçin Tosun**, s. 91, 99. krş. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121a; **Akıncı**, s. 661; **Arda Bıcaz**, s. 41, 44.

61 **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 45; **Akıncı**, s. 661; **Topaloğlu**, s. 2084.

62 **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 6 N 17; **Dural/Öğüz**, N 1061-1062; **Akyol**, s. 16-17; **Erdoğan/Keskin**, s. 155; **Dural**, s. 101. krş. **İmre**, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş* (Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası, İstanbul 1980, s. 311-313.

63 Aynı yönde bkz. **Riemer**, vor Art. 52-59 N 26; **Çamoğlu**, s. 8 vd.. 14; **Dural**, s. 101; **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat, *Türk Özel Hukuku*, Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 15. Baskı, İstanbul 2020, N 1273; **Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo**, § 6 N 17; **Oğuzman**, M. Kemal/**Barlas**, Nami, *Medeni Hukuk*, 26. Bası, İstanbul 2020, N 962; **Dural/Öğüz**, N 1062; **Akyol**, s. 16-17; **Erdoğan/Keskin**, s. 155; **Akıncı**, s. 664 dn. 46.

64 Bu husustaki açıklamalar için bkz. **Yanlı**, s. 19-20; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 879; **Kervankıran**, s. 470-471;

TMK m. 50/III⁶⁵, TTK m. 236-238⁶⁶ ve m. 317, Bankacılık Kanunu m. 108/I, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun m. 35⁶⁷ ve Çek Kanunu m. 4⁶⁸ hükümleri gösterilebilir.

Uygulamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sıklıkla ticaret şirketleri bakımından görülür⁶⁹. Bununla birlikte diğer tüzel kişiler bakımından da tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kabul edilmektedir⁷⁰. Bu bakımdan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, esasen ticaret hukuku ile borçlar hukuku çerçevesinde gerçekleşir⁷¹.

2. Hukukî Temeli

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, kanun koyucu tarafından genel bir hükümle düzenlenmemiştir. Bu çerçevede tüzel kişilik perdesinin kaldırılması zaman içerisinde ortaya çıkmış, öğretide ve uygulama tarafından 20. yüzyılın ikinci yarısında geliştirilmiştir⁷². Anılan sebeple hangi şartlar altında tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi kesin bir netliğe sahip değildir. Bir başka ifadeyle, her somut

Dural/Öğüz, N 1061-1062; **Akınal**, s. 27; **Topaloğlu**, s. 2084; **Akıncı**, s. 661 dn. 27.

- 65 TMK m. 50/III hükmünün, kanun koyucunun ayrılık ilkesine getirmiş olduğu bir istisna olarak değerlendirilmesi için bkz. **Antalya**, s. 147; **Sağlam**, s. 156. Anılan düzenleme çerçevesinde ortağın kusuru varsa, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına, yani hakkın kötüye kullanılmasına başvurmaya gerek kalmaksızın tüzel kişinin ortaklarının sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bkz. **Antalya**, s. 148; **Dural**, s. 101. Hükümde geçen “kusur” kavramından ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır. Bu husustaki açıklamalar için bkz. **Antalya**, s. 147; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 965 vd.
- 66 **Çamoğlu**, s. 10; **Yanlı**, s. 3; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, N 879; **Sağlam**, s. 156; **Dural/Öğüz**, N 1061; **Dural**, s. 101.
- 67 Söz konusu hüküm, limited şirket ortaklarının sınırlı sorumluluğuna getirilmiş kanunî bir istisnadır. Esasen kanun koyucu, anılan düzenleme ile tüzel kişinin sorumlu olduğu amme alacakları bakımından tüzel kişinin ortaklarının sorumluluğunun gündeme geleceğini düzenlemiştir. Hatta ikinci fıkra hükmü, payını devreden ortağı, devralan ortak ile beraber sorumlu tutmuştur. Bahis konusu hükme ilişkin açıklamalar için bkz. **Çamoğlu**, s. 8-9; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 123a; **Sağlam**, s. 156; **Ulusoy**, s. 364-365; **Dural**, s. 102; **Yanlı**, s. 4; **Dural/Öğüz**, N 1061. Anılan Kanun’un m. 35/III hükmünün Anayasa’ya aykırı olduğu yönünde bkz. **Çamoğlu**, s. 9 dn. 5.
- 68 Anılan hüküm gerçek kişinin açmış olduğu çek hesabının tüzel kişi ile ilişkilendirilmesi hâlinde hesabın tüzel kişiye ait sayılacağı düzenlemiştir. Bu bakımdan burada tüzel kişilik perdesinin ters yönde kaldırılmasına benzer bir durum söz konusudur. Gerçek kişinin çek hesabının tüzel kişiye ait sayılabilmesi için titiz bir inceleme yapılması gerektiği ve hesabın bir ya da birkaç kez şirket için kullanılmasının yeterli görülmeceği belirtilmektedir. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Çamoğlu**, s. 10. Hükümde sadece tüzel kişinin gerçek kişi ortakları bakımından tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesinin düzenlendiği ve tüzel kişinin tüzel kişi ortaklarının kapsam dışında bırakıldığı yönünde bkz. **Çamoğlu**, s. 9.
- 69 **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 46; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 27-28; **Hatemi**, Kişiler, s. 153-154. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının en çok tek ortaklı anonim şirketler ile limited şirketlerde görüldüğü yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121a.
- 70 **Weber**, s. 104; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 27. krş. **Ulusoy**, s. 352. Yazar, vakıflarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna başvurulamayacağı kanaatindedir.
- 71 **Arda Bicz**, s. 45. İş hukuku alanında da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumuna başvurulmaktadır. Bu husustaki kapsamlı açıklamalar için bkz. **Yücel Bodur**, Mehtap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul 2018, s. 293-299; **Arda Bicz**, s. 46 vd. İsviçre hukuku bakımından ceza, icra ve iflas ile vergi hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi yönünde bkz. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 46; **Weber**, s. 108-109; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 30-34.
- 72 **Çamoğlu**, s. 6. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin teoriler hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Yanlı**, s. 47-73; **Kervankıran**, s. 461-463.

olay bakımından hâkim, önüne gelen olayın şartlarını dikkate alarak kararını verecektir⁷³. Bununla birlikte tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının ön şartının; tüzel kişinin alacaklılarının zarara uğramaları, yani alacaklarını tahsil edememeleri olduğu söylenebilir⁷⁴.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, öğretide çeşitli teorilerle izaha çalışılmıştır. Bu noktada kötüye kullanma teorisi ve normların amaçları teorisi olmak üzere iki temel kuramdan bahsetmek gerekir⁷⁵.

Kötüye kullanma teorisi (*Missbrauchstheorie*), tüzel kişiliğin dürüstlük ve güven kurallarına aykırı olarak kullanılması hâlinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceğini savunur. Kötüye kullanma teorisi, subjektif kötüye kullanma teorisi ve objektif kötüye kullanma teorisi olarak kendi içinde ikiye ayrılır. Subjektif kötüye kullanma teorisi; tüzel kişilik perdesinin, üçüncü kişileri zarara uğratabilecek şekilde kasten kötüye kullanılması hâlinde kaldırılabilceğini savunur⁷⁶. Kasten kötüye kullanma şeklindeki subjektif unsurun varlığının aranması, tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesini zorlaştırır ve kurumun istisnâ niteliğine uygun düşer⁷⁷. Objektif kötüye kullanma teorisi ise tüzel kişilik perdesinin kasten kötüye kullanılmasına lüzum olmadığını, sadece objektif unsurların varlığının tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yeterli olduğunu kabul eder⁷⁸. Böylece hem tüzel kişilik perdesini kötüye kullananların kastının ispatlanmasına lüzum kalmaz hem tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu daha yeknesak bir şekilde uygulanabilir⁷⁹.

73 **Weber**, s. 189-190. Zira hangi hâllerin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği önceden bilinemez. Bu hususta bkz. **Dural/Sarı**, N 1255; **Oğuzman/Barlas**, N 866, 871.

74 **Yarg. 11. HD**, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net). Zararın mutlaka gerçekleşmiş olmasının gerekmediği yönünde bkz. **Dural/Sarı**, N 1258.

75 Öğretide; kanuna karşı hile kurumuna, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 49/II hükmüne ve nam-ı müsteara dayanan görüşler de ileri sürülmektedir. Alman hukukundaki durum için bkz. **Çamoğlu**, s. 15 dn. 18. Alman hukukunda § 826 Alman Medenî Kanunu (BGB) hükmü çerçevesinde ahlâka aykırı ve kasten zarar verme kurumuna dayanıldığı yönünde bkz. **Monsch**, Martin/**Von der Crone**, Hans Caspar, "Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, Jahrgang 2013, Heft 5, s. 450. Fransız hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının muvazaayla açıklandığı yönünde bkz. **Müller-Freienfels**, Wolfram, "Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht", Archiv für die civilistische Praxis, Jahrgang 1958, Band 156, Heft 6, s. 540; **Dural**, s. 99. Ancak Fransız hukukunda muvazaanın, kanuna karşı hile hâlini de kapsayacak şekilde anlaşıldığı ve bu bakımdan Fransız hukukundaki hâkim görüşün muvazaa kurumu vasıtasıyla somut normun amacını dikkate aldığı yönünde bkz. **Müller-Freienfels**, s. 540-541. İngiliz hukukundaki duruma dair bkz. [2013] UKSC 34 (Prest v. Petrodel), N 35 (https://www.supremecourt.uk).

76 **BGer 5A_739/2012 E. 7.2.1** (www.bger.ch); **BGE 132 III 493 E. 3.2** (www.bger.ch); **Serick**, s. 38; **Dural**, s. 102-103; **Dural/Öğüz**, N 1060. krş. **Akünel**, s. 25-26. Bununla birlikte tüzel kişilere ilişkin temel normların ihlâli hâlinde, ayrıca kasıt veya zarar unsurunun varlığı aranmaksızın tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği yönünde bkz. **Serick**, s. 104 vd. İsviçre Federal Mahkemesi'nin yeni kararlarında subjektif teorinin benimsendiği; ancak Fransızca kararlarda, Almanca kararlardan farklı bir şekilde zarar verme kastının aranmadığı yönünde bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 121g. Mezkûr teoriye ilişkin geniş açıklamalar için bkz. **Yanlı**, s. 49-54; **Poroy/ Tekinalp/Çamoğlu**, N 121g. Bahis konusu teorinin, kanunun dolanılmasından (kanuna karşı hile) farklı bir esasa dayanmadığı yönünde bkz. **Müller-Freienfels**, s. 537.

77 **Dural**, s. 102-103; **Dural/Öğüz**, N 1060. krş. **Akünel**, s. 25-26 (Yazar, kanuna karşı hile kurumuna dayanmakta; ancak kastın varlığını da arayarak subjektif teoriye yakın bir tutum sergilemektedir). Bu bakımdan zarar sonucu gerçekleşse dahi kasıt unsuru yoksa tüzel kişilik perdesinin kaldırılmayacağı yönünde bkz. **Serick**, s. 100.

78 **Antalya**, s. 150-151; **Sağlam**, s. 156-157. krş. **Kaplan**, s. 43. Bahis konusu kurama ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Yanlı**, s. 56-57.

79 **Antalya**, s. 150-151; **Sağlam**, s. 157.

Normların amaçları (uygulanması) teorisi (*Normanwendungstheorie*), tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hakkın kötüye kullanılması gibi temel bir norm çerçevesinde değerlendirilmesini ve her tüzel kişilik bakımından genel bir çözümün benimsenmesini reddeder⁸⁰. Anılan teori, her somut olay bakımından mevcut durumun ve menfaat dengesinin irdelenerek uygulanması söz konusu olan normun amacı çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağına karar verilmesi gerektiğini savunur⁸¹.

Türk/İsviçre öğretisi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını, ağırlıklı olarak hakkın kötüye kullanılması yasağına (TMK m. 2/II) dayandırmaktadır⁸². Keza Yargıtay ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları da aynı doğrultudadır⁸³.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilceği hâller; subjektif kötüye kullanma teorisinin benimsenmesiyle, objektif teoriye nazaran sınırlandırılabilir. Ancak subjektif teorinin kastın ispatına ilişkin barındırdığı zorluk ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bakımından standart bir uygulama yapılmasını güçleştiren yapısı, objektif teoriyi kanaatimizce daha makul hâle getirmektedir⁸⁴.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının, hakkın kötüye kullanılmasına dayandığı tespit edildikten sonra hakkın kötüye kullanılmasından ne anlaşılması gerektiği irdelenmelidir. Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin öğretilerde, subjektif ve objektif teoriler başta olmak üzere farklı teoriler ileri sürülmüştür⁸⁵. Objektif teoriye göre hakkın kötüye kullanılması; hakkın amacına aykırı kullanılmasını

80 Müller-Freienfels, s. 537, 542; Monsch/Von der Crone, s. 449-450, 452, 455. Anılan teoriye dair açıklamalar için bkz. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N 121g; Yanlı, s. 59-61.

81 Müller-Freienfels, s. 537, 542-543; Monsch/Von der Crone, s. 452, 455.

82 Öğretilerde yazarların pek çoğu subjektif veya objektif kötüye kullanma teorileri arasında net bir ayırım yapmaksızın kötüye kullanma teorisini benimsemiştir. Bu doğrultuda bkz. Honsell, Heinrich, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 6. Auflage, Basel 2018 (Herausgeber: Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana), Art. 2 N 52; Brückner, N 1131; Riemer, vor Art. 52-59 N 25; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 43; Tuor/Schnyder/Schmid/Jungo, § 15 N 12; Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung Einteilung (Art. 1-9 ZGB), Bern 2012 (Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter), Art. 2 N 256-258; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 879; Akıncı, s. 660, 669; Arda Bicz, s. 44; Narçin Tosun, s. 91; Çamoğlu, s. 6, 15; Yılmaz, s. 254; Kervankıran, s. 469; Özkurt, s. 90-91. Bununla birlikte subjektif kötüye kullanma teorisini (Dural, s. 102-103; Dural/Öğüz, N 1060. krş. Akünal, s. 25-26) veya objektif kötüye kullanma teorisini (Antalya, s. 150-151; Sağlam, s. 156-157. krş. Kaplan, s. 43) benimseyen yazarlar da vardır. Farklı görüşler için krş. Weber, s. 104-105; Pedrazzini/Oberholzer, s. 224; Hatemi, Kişiler, s. 153; Yanlı, s. 252; Topaloğlu, s. 2086; Ulusoy, s. 370. Hakkın kötüye kullanılması yasağının temelinde yatan düşünceler hakkında bkz. Akyol, s. 7.

83 Yarg. 11. HD, T. 04.04.2019, E. 2017/2384, K. 2019/2653 (www.legalbank.net); Yarg. 11. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net); Yarg. 22. HD, T. 06.12.2018, E. 2017/18188, K. 2018/26470 (www.kazanci.com); Yarg. 11. HD, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084 (www.kazanci.com); Yarg. 9. HD, T. 15.11.2016, E. 2016/29064, K. 2016/20166 (www.legalbank.net); Yarg. 19. HD, T. 24.03.2015, E. 2014/7187, K. 2015/4144 (www.legalbank.net); Yarg. 11. HD, T. 12.09.2014, E. 2013/8411, K. 2014/13676 (www.kazanci.com); Yarg. 13. HD, T. 28.03.2013, E. 2013/820, K. 2013/7793 (www.kazanci.com); Yarg. 23. HD, T. 11.10.2012, E. 2012/4160, K. 2012/5938 (www.kazanci.com); BGE 137 III 552 E. 2.3.1 (www.bger.ch); BGE 132 III 493 E. 3.2 (www.bger.ch); BGER 5A_739/2012 E. 7.2.1 (www.bger.ch); BGE 97 II 293 E. 3 (www.bger.ch); BGE 81 II 459 E. 2b (www.bger.ch).

84 Aynı doğrultuda bkz. Antalya, s. 150-151. krş. Sağlam, s. 157.

85 Ayrıca Avusturya hukukunda benimsenen bireyci hak görüşü (hak; hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içinde kullanılabilir, sınır aşılırsa haksız fiil söz konusu olur) ile Alman hukukunda benimsenen karma teori (hakkın kötüye kullanılması için hem başkasına zarar verme amacı hem de hakkın zarar vermektan başka bir amaçla kullanılabilmesinin objektif

ve hak sahibinin anılan kullanımda bir menfaatinin bulunmamasını (ya da karşı tarafın olumsuz etkilenmesine karşılık önemsiz bir menfaat elde etmesini) gerektirir⁸⁶. Subjektif teori; objektif teorinin aradığı şartlara ilaveten, hakkın bir başkasına zarar vermek kastıyla kullanılmasını, yani hukuka aykırılık kastının mevcudiyetini aramaktadır⁸⁷.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 2/II hükmü bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalinden, yani sadece başkasına zarar verme amacıyla kullanılmasından bahsetmişti. Bu yönüyle hüküm, subjektif teoriye uygun bir lafza sahipti⁸⁸. Oysaki mehzaz kanunda yer alan Art. 2/II ZGB hükmü, zarar verme kastına değinmeksizin, sadece hakkın açıkça (*offenbar, manifest*) kötüye kullanılmasından söz ediyordu. Bu sebeple Türk öğretisinde, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 2/II hükmünün, Art. 2/II ZGB düzenlemesi doğrultusunda anlaşılması gerektiği de ileri sürülüyordu⁸⁹. Nitekim Türk Medenî Kanunu m. 2/II hükmü, hakkın “açıkça” kötüye kullanılmasından söz ederek hem anılan uyumsuzluğu bertaraf etmiş hem objektif teoriyi benimsemiş izlenimi uyandırmıştır⁹⁰.

Türk ve İsviçre hukukunda baskın olan objektif teori, hakkın kötüye kullanılmasını genellikle üç şartın bir arada (kümülatif) bulunmasına bağlar⁹¹. Öncelikle hukuk düzenince tanınmış bir hak olmalıdır⁹². İkinci olarak, anılan hak açıkça doğruluk ve güven kurallarına aykırı kullanılmalıdır⁹³. Bu noktada hakkın amacına uygun bir şekilde veya meşru bir yararı elde etmek için kullanılıp kullanılmadığı dikkate alınabilir⁹⁴. Hakkın öngörülmesindeki amacın tamamen dışında kullanılması da hakkın kötüye kullanılmasını oluşturabilir⁹⁵. Son olarak ise hakkın kullanılması neticesinde elde edilecek menfaat ile hakkın kullanılmasının başkası bakımından doğuracağı olumsuzluk arasında aşırı bir oransızlığın bulunması gerekir⁹⁶. Bu bakımdan hakkın kullanılması üzerine başkaları, ciddi ölçüde zarara uğramalı veya zarara uğrama tehlikesi karşısında kalmalıdır. Buna karşılık hak sahibi ya hiç yarar elde etmemeli ya da başkasının uğradığı zarar karşısında önemsiz bir yarar elde etmelidir⁹⁷.

olarak mümkün olmaması gerekir) zikredilmelidir. İsviçre, Alman, Avusturya ve Fransız hukukundaki duruma ilişkin açıklamalar için bkz. **Akyol**, s. 3-5.

86 **Akyol**, s. 23-24.

87 Subjektif teoriye ilişkin açıklamalar için bkz. **Antalya**, s. 150; **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 290. krş. **Weber**, s. 190.

88 **Oğuzman/Barlas**, N 895 dn. 478'de zikredilen yazarlar.

89 **Akyol**, s. 22; **Oğuzman/Barlas**, N 895; **İmre**, s. 306.

90 **Antalya**, s. 150-151; **Oğuzman/Barlas**, N 895-896; **Akyol**, s. 21-22; **Yanlı**, s. 112. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de hakkın kötüye kullanılması yasağını objektif görüş bağlamında değerlendirmektedir. Bu hususta bkz. **BGE** 132 III 493 E. 3.2 (www.bger.ch); **BGer** 5A_739/2012 E. 5.3.1, 7.2.1 (www.bger.ch).

91 **Oğuzman/Barlas**, N 872 vd. Bu bakımdan tek başına zarara uğratma kastının yeterli olmadığı yönünde bkz. **Weber**, s. 190; **Oğuzman/Barlas**, N 869. Zarar veya zarar tehlikesinin de tek başına yeterli olmadığı hakkında bkz. **Oğuzman/Barlas**, N 870.

92 **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 288.

93 **BGE** 125 III 257 E. 2a (www.bger.ch); **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 289.

94 **Oğuzman/Barlas**, N 861; **İmre**, s. 314-315. Her hakkın, “gerçek hak” ve “görünüşte hak” olmak üzere iki kısımdan oluştuğu ve kötüye kullanma hâlinde gündeme gelen görünüşte hakkın hukuk düzenince himaye edilmeyeceği yönünde bkz. **Akyol**, s. 21-22.

95 **Akyol**, s. 23-24; **Dural/Sarı**, N 1267; **Oğuzman/Barlas**, N 861, 865. Objektif teoriye dair açıklamalar için bkz. **Antalya**, s. 150.

96 **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 294 vd.; **Dural/Sarı**, N 1260-1261; **Oğuzman/Barlas**, N 878.

97 **Hürlimann-Kaup/Schmid**, N 298-299; **Akyol**, s. 22, 24, 25, 106; **Dural/Sarı**, N 1257, 1260; **Oğuzman/Barlas**, N 872 vd., 878.

Hakkın kötüye kullanılması bakımından ağırlıklı savunulan objektif teori, kanaatimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını açıklayan objektif kötüye kullanma teorisi ile uyum içerisindedir⁹⁸. Öte yandan Türk hukukunda hakkın kötüye kullanılmasını açıklayan objektif teorinin baskınlığı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bakımından subjektif kötüye kullanma teorisinin benimsenmesini ciddi ölçüde güçleştirmektedir.

3. İstisnai Niteliği

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişiler bakımından kabul edilen ayrılık ilkesinin istisnasını teşkil eder⁹⁹. “İstisnalar dar yorumlanır” (“*singularia non sunt extendenda*”) ilkesi çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının da dar yorumlanması gerekir. Yani istisnai bir nitelik taşıyan ve genel ilkelere aykırı hareket edilmesi anlamına gelen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına şüpheyle ve ihtiyatla yaklaşılmalıdır¹⁰⁰. Aksi takdirde hukukî güvenlik tehlikeye düşer ve tüzel kişilik kurumunun içi boşalır¹⁰¹. Bu bakımdan sadece olağan dışı işlemler yapılarak dürüstlük kuralına aykırı hareket edilmesi durumunda tüzel kişilik perdesi kaldırılmalıdır¹⁰². Bu noktada subjektif kötüye kullanma teorisinin daha fazla şartın varlığını araması nedeniyle, tüzel kişilik perdesinin kaldırılabileceği hâlleri objektif kötüye kullanma teorisine nazaran sınırlandıracağı da iddia edilmektedir¹⁰³.

İştirak ilişkisinin veya şirketler arasında organik bağın bulunduğu her durumda perdenin aralanarak perde arkasındakilerin sorumlu tutulması mümkün değildir¹⁰⁴. Keza tüzel kişinin karar verme organlarına hâkim olmak, tüzel kişinin tek ortağı ya da tek yöneticisi olmak da tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için kendi başına yeterli değildir¹⁰⁵. Nitekim Yargıtay kararlarında da aynı

98 Aynı yönde bkz. **Antalya**, s. 150-151.

99 **Yarg. 11. HD**, T. 04.04.2019, E. 2017/2384, K. 2019/2653 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 15.05.2015, E. 2015/1107, K. 2015/6980 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 12.09.2014, E. 2013/8411, K. 2014/13676 (www.kazanci.com); **BGer** 5A_739/2012 E. 7.2.1(www.bger.ch); **Yanlı**, s. 21; **Çamoğlu**, s. 12; **Antalya**, s. 149; **Yücel Bodur**, s. 290; **Sağlam**, s. 154; **Yılmaz**, s. 240, 254; **Kaplan**, s. 39; **Kervankıran**, s. 459, 460; **Topaloğlu**, s. 2086; **Akıncı**, s. 661. krş. **Akyol**, s. 17.

100 **Yarg. 11. HD**, T. 04.04.2019, E. 2017/2384, K. 2019/2653 (www.legalbank.net); **Çamoğlu**, s. 12; **Akıncı**, s. 662; **Topaloğlu**, s. 2086; **Yılmaz**, s. 254. krş. **Yarg. 19. HD**, T. 12.05.2006, E. 2005/8774, K. 2006/5232 (www.kazanci.com). Nihayetinde tüzel kişilik kurarak bir kimsenin sorumluluğunu sınırlandırması meşru bir yoldur. Bu hususta bkz. **Çamoğlu**, s. 12. Hatta TTK, önceden mevcut olmayan tek kişilik anonim şirket (TTK m. 338/I) ve tek kişilik limited şirket (TTK m. 573/I) kurma imkânlarını da kabul ederek ayrılık ilkesini daha da belirginleştirmiştir. Bu hususta ayrıca bkz. **Dural/Öğüz**, N 1059 dn. 16; **Karaahmetoğlu**, s. 56 vd.

101 **Çamoğlu**, s. 12; **Dural**, s. 98; **Akıncı**, s. 662. krş. **Dural/Sarı**, N 1273.

102 **Çamoğlu**, s. 13; **Akıncı**, s. 662; **BGE** 81 II 459 E. 2b.

103 **Dural**, s. 102-103; **Dural/Öğüz**, N 1060. krş. **Akünel**, s. 25-26.

104 **Yarg. 22. HD**, T. 25.10.2017, E. 2017/42069, K. 2017/22840 (www.legalbank.net); **Yarg. 19. HD**, T. 11.05.2017, E. 2016/17898, K. 2017/3683 (www.legalbank.net); **Yarg. 13. HD**, T. 28.03.2013, E. 2013/820, K. 2013/7793 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 15.05.2015, E. 2015/1107, K. 2015/698 (www.legalbank.net);

Yarg. 11. HD, T. 09.05.2017, E. 2017/1443, K. 2017/2756 (www.kazanci.com); **Yarg. 11. HD**, T. 10.03.2014, E. 2013/15772, K. 2014/4589 (www.kazanci.com); **Weber**, s. 190; **Çamoğlu**, s. 13; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 122c; **Akünel**, s. 25; **Akıncı**, s. 661.

105 **Yarg. 11. HD**, T. 15.05.2015, E. 2015/1107, K. 2015/6980 (www.legalbank.net); **Weber**, s. 190; **Ulusoy**, s. 402; **Akünel**, s. 25. Esasen ana-bağlı şirket ilişkisi hukuka aykırı olmayıp kanun koyucu tarafından tanınan meşru bir ilişkidir. Hatta TTK m. 195 vd. hükümlerinde şirketler topluluğuna ilişkin çeşitli düzenlemeler getirilmiştir. Bununla birlikte hukuk

anlayış benimsenmiştir¹⁰⁶. Özetle tüzel kişilik perdesi, ancak hakkın kötüye kullanılmasının tüm şartlarının bir arada bulunması hâlinde kaldırılabilir.

4. Türleri

Öğretide tüzel kişilik perdesinin düz (doğrudan), ters (dolaylı) ve çapraz kaldırılmasından söz edilmektedir.

a. Tüzel Kişilik Perdesinin Düz (Doğrudan) Kaldırılması

Esasen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması denildiğinde anlaşılan hâl, perdenin düz kaldırılmasıdır¹⁰⁷. Düz kaldırma (*direkter Durchgriff*) hâlinde tüzel kişinin alacaklılarına, tüzel kişilik perdesini sorumluluktan kurtulmak amacıyla kötüye kullanan tüzel kişinin hâkim ya da tek ortağına başvurma imkânı sağlanır¹⁰⁸. Ortaklar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁰⁹. Yargıtay kararlarında da tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması kabul edilmektedir¹¹⁰.

b. Tüzel Kişilik Perdesinin Ters (Dolaylı) Kaldırılması

Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırması (*umgekehrter Durchgriff*) hâlinde tüzel kişinin ortağının alacaklıları, ortağın hâkimiyet ilişkisi bulunduğu tüzel kişiye başvurabilmekte ve ortak ile birlikte anılan tüzel kişiyi de sorumlu tutabilmektedir¹¹¹. Her ne kadar öğretilde, bu durum tüzel kişilik perdesinin ters (dolaylı) olarak kaldırılması şeklinde ifade edilse de kanaatimizce burada teknik anlamda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu değildir¹¹². Gerçekten de burada tüzel kişilik perdesi kaldırılmamakta, tam tersine –adeta– ortak perdesi kaldırılmaktadır. Yargıtay ve

düzeni, anılan ilişkinin yoğunlaştığı belirli hâlleri ise özel olarak düzenleme yolunu seçmiş ve bu hâller bakımından hâkim şirket ve yöneticilerini üçüncü kişilere karşı sorumlu tutmuştur. Örneğin; TTK m. 206/I hükmü, hâkim şirket ve yöneticilerinin, TTK m. 203 kapsamında verdikleri talimatlar neticesinde bağlı şirkette oluşan ve denkleştirilmeyen kayıplar sebebiyle zarara uğrayan alacaklıların hâkim şirkete ve onun kayıptan sorumlu yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açabileceğini açıkça düzenlemiştir. Burada özel bir kanun hükmü mevcut olduğu için gerçek olmayan tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından bahsedilebilir. Bu doğrultuda bkz. **Topaloğlu**, s. 2102-2103.

106 **Yarg. 19. HD**, T. 27.11.2018, E. 2018/638, K. 2018/6119 (www.kazanci.com); **Yarg. 22. HD**, T. 03.12.2018, E. 2017/18734, K. 2018/25887 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 15.05.2015, E. 2015/1107, K. 2015/6980 (www.legalbank.net); **Yarg. 13. HD**, T. 28.03.2013, E. 2013/820, K. 2013/7793 (www.kazanci.com).

107 **Weber**, s. 192.

108 **Weber**, s. 105, 189, 192; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 25; **Ulusoy**, s. 356; **Çamoğlu**, s. 11; **Yanlı**, s. 37; **Kaplan**, s. 40; **Yücel Bodur**, s. 292-293; **Akıncı**, s. 663; **Narçin Tosun**, s. 91-92.

109 krş. **Yarg. 9. HD**, T. 04.07.2008, E. 2008/12981, K. 2008/18875 (www.legalbank.net).

110 **Yarg. 9. HD**, T. 04.07.2008, E. 2008/12981, K. 2008/18875 (www.legalbank.net); **Yarg. 23. HD**, T. 11.10.2012, E. 2012/4160, K. 2012/5938 (www.legalbank.net).

111 **Weber**, s. 105, 189; **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 46; **Riemer**, vor Art. 52-59 N 25; **Hausheer/Aebi-Müller**, Berner, Art. 2 N 257; **Yanlı**, s. 38; **Çamoğlu**, s. 11; **Kaplan**, s. 41; **Yücel Bodur**, s. 293; **Ulusoy**, s. 356; **Özkurt**, s. 71 vd.; **Topaloğlu**, s. 2087; **Akıncı**, s. 663; **Narçin Tosun**, s. 92. İsviçre hukukunda, sadece çok istisnai hâllerde perdenin ters kaldırılabilceğinin kabul edildiği yönünde bkz. **Weber**, s. 193.

112 Aynı yönde bkz. **Çamoğlu**, s. 11-12. krş. **BGE** 137 III 552-553 E. 2.3.1 (www.bger.ch).

İsviçre Federal Mahkemesi de tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması kurumunu uygulamaktadır¹¹³. Tüzel kişinin alacaklılarının durumunu tehlikeye sokabileceğinden Alman hukukunda tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması genel olarak reddedilmektedir¹¹⁴.

c. Tüzel Kişilik Perdesinin Çapraz Kaldırılması

Şirketler topluluğunda yavru şirketlerin alacaklılarının, bu ilişkinin kötüye kullanılması hâlinde ana şirkete veya ana şirketin hâkimiyetinde olan başka bir yavru şirkete başvurulabilmesi ve bu sebeple ana şirketin veya diğer yavru şirketin, asıl borçlu olan yavru şirketle birlikte alacaklılara karşı sorumlu tutulabilmesi tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılması (*Querdurchgriff*) şeklinde ifade edilmektedir¹¹⁵. Yargıtay da çeşitli kararlarında tüzel kişilik perdesinin çapraz kaldırılmasını uygulamıştır¹¹⁶. Tüzel kişinin kendi alacaklılarının durumunu tehlikeye düşüreceği gerekçesiyle Alman hukuk öğretisinde çapraz kaldırma ağırlıklı olarak reddedilmektedir¹¹⁷.

5. Görünüm Şekilleri

Öğretide, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hâllerinin genel itibarıyla üç başlık altında toplanabileceği kabul görmektedir: İlk hâl; tüzel kişinin ortaklarının şahsî malvarlıkları ile tüzel kişilik malvarlığının (*Vermögensvermischung*) veya ortaklar ile tüzel kişinin alanlarının (*Sphärenvermischung*) birbirine karışmasıdır¹¹⁸. İkinci ihtimal; tüzel kişi yönetilirken tüzel kişinin menfaatleri yerine, ortakların çıkarlarının gözetilmesi şeklinde ifade edilen yabancı yönetimdir (*Fremdsteuern*)¹¹⁹. Son durum ise tüzel kişinin öz kaynak yetersizliğidir (*Unterkapitalisierung*)¹²⁰. Şüphesiz tüzel kişilik perdesinin

113 **Yarg. 22. HD**, T. 06.12.2018, E. 2017/18188, K. 2018/26470 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084 (www.legalbank.net); **Yarg. 23. HD**, T. 11.10.2012, E. 2012/4160, K. 2012/5938 (www.legalbank.net); **BGE** 132 III 493 E. 3.2 (www.bger.ch); **BGer** 5A_498/2007 E. 2 (www.bger.ch). Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılmasına yönelik İsviçre ve Amerikan mahkeme kararlarından örnekler için bkz. **Narçin Tosun**, s. 92.

114 Alman hukukundaki durum hakkında bkz. **Yanlı**, s. 38.

115 **Weber**, s. 105, 189; **Kaplan**, s. 41, 43-44; **Yanlı**, s. 40; **Topaloğlu**, s. 2087; **Yücel Bodur**, s. 293; **Narçin Tosun**, s. 92; **Akıncı**, s. 663. krş. **Meier-Hayoz/Forstmoser**, § 2 N 43a; **Çamoğlu**, s. 11-12.

116 **Yarg. 9. HD**, T. 15.11.2016, E. 2016/29064, K. 2016/20166 (www.legalbank.net); **Yarg. 23. HD**, T. 11.10.2012, E. 2012/4160, K. 2012/5938 (www.legalbank.net); **Yarg. 19. HD**, T. 29.09.2006, E. 2006/1122, K. 2006/9002 (www.kazanci.com).

117 Alman hukukundaki duruma ilişkin olarak bkz. **Göktürk**, s. 384; **Yüksel**, s. 270. krş. **Yanlı**, s. 41.

118 **Yarg. 11. HD**, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net); **Yarg. 11. HD**, T. 11.12.2017, E. 2016/5148, K. 2017/7084 (www.kazanci.com); **Hausheer/Aebi-Müller**, Berner, Art. 2 N 259; **Weber**, s. 192; **Yanlı**, s. 237 vd.; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 122b; **Çamoğlu**, s. 14-15; **Kaplan**, s. 40; **Kervankıran**, s. 464-465; **Topaloğlu**, s. 2092-2094; **Narçin Tosun**, s. 89, 91; **Akıncı**, s. 662; **Ulusoy**, s. 377-382; **Sağlam**, s. 157-158; **Özkurt**, s. 43-44; **Yüksel**, s. 274-275.

119 **Hausheer/Aebi-Müller**, Berner, Art. 2 N 259; **Çamoğlu**, s. 15; **Kaplan**, s. 40-41; **Kervankıran**, s. 467-469; **Narçin Tosun**, s. 89, 91; **Akıncı**, s. 662; **Yanlı**, s. 119 vd.; **Ulusoy**, s. 388-393; **Yüksel**, s. 273; **Sağlam**, s. 158-159; **Özkurt**, s. 42-43.

120 **Weber**, s. 192; **Hausheer/Aebi-Müller**, Berner, Art. 2 N 259; **Çamoğlu**, s. 15; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 122a; **Yanlı**, s. 86 vd.; **Kaplan**, s. 40; **Kervankıran**, s. 465-467; **Topaloğlu**, s. 2091-2092; **Narçin Tosun**, s. 89, 91; **Akıncı**, s. 663; **Ulusoy**, s. 382-388; **Sağlam**, s. 159-161; **Yüksel**, s. 272-273; **Özkurt**, s. 36-42. Tüzel kişinin sermayesinin yetersiz olması; tüzel kişinin kuruluş amacını gerçekleştirmek için faaliyet göstermediği, aksine hukuken himaye edilmeyecek amaçlar elde etmeye yöneldiği şeklinde mütalaa edilebilir. Bu doğrultuda bkz. **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, N 122a. Tüzel kişinin ortakları, tüzel kişinin öz kaynaklarının yetersiz olduğunu bilmelerine rağmen tüzel kişinin üçüncü kişilerle işlem

kaldırılmasına sebebiyet veren hâller, sadece bunlardan ibaret değildir. Nitekim öğretide başka ilave durumlar da zikredilmektedir¹²¹.

6. Sonuçları

Tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız varlığı bulunduğu ilkesi, tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması hâlinde ve sadece somut olay bakımından göz ardı edilir¹²². Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verilmesi hâlinde, tüzel kişi ile onu oluşturanlar veya ona hâkim olanlar sanki aynı kişiymiş gibi değerlendirilir¹²³. Tüzel kişilik perdesinin düz kaldırılması hâlinde, tüzel kişinin borçları, tüzel kişinin ortaklarına teşmil edilerek onlardan talep edilebilir hâle gelir¹²⁴. Tüzel kişilik perdesinin ters kaldırılması hâlinde ise ortakla birlikte tüzel kişi de sorumlu tutulur¹²⁵. Çapraz kaldırma neticesinde ise yavru şirketin alacaklarından ana şirketin veya ana şirketin hâkimiyetindeki başka bir yavru şirketin sorumluluğuna gidilebilir¹²⁶.

SONUÇ

Tüzel kişiyi oluşturan kişiler, tüzel kişinin sağlamış olduğu ayrılık ilkesinden istifade ederek sorumluluktan kaçmaya çalışırlarsa tüzel kişilik perdesi kaldırılabilir. Öğreti ve uygulama tarafından geliştirilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumu, hakkın kötüye kullanılması yasağının (TMK m. 2/II) uygulanmasından ibarettir. Bu noktada kanaatimiz, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını subjektif teoriye kıyasla kolaylaştıran ve daha net unsurlara bağlayan objektif teorinin benimsenmesi yönündedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması, tüzel kişiler hukukuna egemen ayrılık ilkesinin istisnasını teşkil eder. “İstisnalar dar yorumlanır” ilkesi gereğince tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kurumunu dar yorumlamak ve uygulanmasına şüpheyle yaklaşmak gerekir.

Tüzel kişilik perdesinin düz, ters ve çapraz kaldırılabilceği hem öğretide hem yargı kararlarında kabul edilmektedir. Düz kaldırma hâlinde tüzel kişi ile birlikte tüzel kişinin arkasına saklanan kişiler sorumlu tutulur. Ters kaldırma hâlinde tüzel kişiyi oluşturan kişilerin borcundan dolayı, bu kişilerin oluşturduğu tüzel kişiliğin sorumluluğuna gidilebilir. Çapraz kaldırma ise grup şirketlerinde yavru

yapması sebebiyle üçüncü kişileri zarara uğrattırlarsa tüzel kişinin borçlarından sorumlu tutulabilirler. Bu doğrultuda bkz. Çamoğlu, s. 15; Yanlı, s. 111 vd.; Ulusoy, s. 382 vd.; Kaplan, s. 40.

121 Weber, s. 192-193. Örneğin; kurumsal kötüye kullanma (*Institusmissbrauch*) hakkında açıklamalar için bkz. Kervankıran, s. 467; Özkurt, s. 46.

122 Pedrazzini/Oberholzer, s. 223; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N 121b; Kaplan, s. 39; Yüksel, s. 268; Ulusoy, s. 401; Yarg. 11. HD, T. 19.03.2018, E. 2016/9387, K. 2018/2071 (www.legalbank.net).

123 Weber, s. 103, 191; Pedrazzini/Oberholzer, s. 223; Çamoğlu, s. 11; Ulusoy, s. 352, 356; Kervankıran, s. 459; Dural/Öğüz, N 1058, 1060.

124 Weber, s. 105, 189, 191-192; Hürlimann-Kaup/Schmid, N 1222; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N 879; Dural/Öğüz, N 1059; Riemer, vor Art. 52-59 N 25; Ulusoy, s. 356; Çamoğlu, s. 11; Yanlı, s. 37; Kaplan, s. 40; Yücel Bodur, s. 292-293; Akıncı, s. 663; Narçin Tosun, s. 91-92.

125 Weber, s. 105, 189, 191; Meier-Hayoz/Forstmoser, § 2 N 46; Riemer, vor Art. 52-59 N 25; Yanlı, s. 38; Çamoğlu, s. 11; Kaplan, s. 41; Yücel Bodur, s. 293; Ulusoy, s. 356; Özkurt, s. 71 vd.; Akıncı, s. 663; Narçin Tosun, s. 92.

126 Kaplan, s. 41, 43-44; Çamoğlu, s. 11; Yanlı, s. 40; Yücel Bodur, s. 293; Narçin Tosun, s. 92; Akıncı, s. 663.

şirketlerin alacaklılarının ana şirkete veya aynı grup içerisinde yer alan diğer yavru şirketlere başvurabilmesi anlamına gelir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin, “Alacaklılardan Mal Kaçırarak İçin Kurulan Yeni Şirkete Müracaat İmkânı Bakımından; Muvazaa, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ile Organik Bağ Kavramlarının Elverişliliği ve Yargıtay Uygulamaları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2019, Cilt 27, Sayı 3, s. 652-678.
- Akünel, Teoman, Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İstanbul 1998.
- Akyol, Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.
- Ansay, Tuğrul, Anonim Şirketler Hukuku Nereye Gidiyor? (Kitap Tanıtımları ile Birlikte Müziksel Bir Kontrpuan Denemesi), Ankara 2005.
- Antalya, Gökhan, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008, s. 143-152 (Editör: Ulusoy, Erol).
- Arda Bicaz, Fatma, Türk İş Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İstanbul 2017.
- Brückner, Christian, Das Personenrecht des ZGB (ohne Beurkundung des Personenstandes), Zürich 2000.
- Can, Mehmet Çelebi, Hakimiyet Sözleşmesi (Anonim Şirketlerden Oluşan Şirketler Topluluğu Bakımından), Ankara 2020.
- Çağlar, Hayrettin/Çalışkan, Esra, “Anonim Şirketlere Ait Taşınmazların Satımında Ehliyet ve Temsil Sorunları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2010, Cilt XIV, Sayı 1, s. 61-85.
- Çamoğlu, Ersin, “Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2016, Cilt XXXII, Sayı 2, s. 5-17.
- Dural, Mustafa, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması (Ya Da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması)”, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara 1998, s. 97-107.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II Kişiler Hukuku, 21. Baskı, İstanbul 2020.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 15. Baskı, İstanbul 2020.
- Erdoğan, İhsan/Keskin, A. Dilşad, Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku), 2. Baskı, Ankara 2019.
- Ergün, Ömer, Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinin Ehliyet Durumu, İstanbul 2010.
- Göktürk, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Ankara 2015.
- Gönen, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, İstanbul 2011.
- Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk Tüzelkişileri Cilt I: Giriş, Tarihi Gelişim, Eski Vakıflar, İstanbul 1979 (Hatemi, Tüzel).
- Hatemi, Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992 (Hatemi, Kişiler).
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. Auflage, Bern 2012 (Hausheer/Aebi-Müller, Personenrecht).
- Hausheer, Heinz/Aebi-Müller, Regina E., Berner Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band I Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung Einteilung (Art. 1-9 ZGB), Bern 2012 (Herausgeber: Hausheer, Heinz/Walter, Hans Peter) (Hausheer/Aebi-Müller, Berner).
- Honsell, Heinrich, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1-456 ZGB), 6. Auflage, Basel 2018 (Herausgeber: Geiser, Thomas/Fountoulakis, Christiana).

- Hürlimann-Kaup, Bettina/Schmid, Jörg, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016.
- İmre, Zahit, Medenî Hukuka Giriş (Temel Kavramlar, Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku), 3. Bası, İstanbul 1980.
- Kaplan, İbrahim, “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Yıl 2009, Cilt XXV, Sayı 4, s. 37-46.
- Karaahmetoğlu, İsmail Özgün, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Limited Şirketin Temsili, 2. Baskı, Ankara 2018.
- Kaşak, Esra, Anonim Şirketlerde Genel Kurul ile Yönetim Kurulu Arasındaki Yetki Dağılımına İlişkin Temel Esaslar, İstanbul 2019.
- Kervankıran, Emrullah, “Sermaye Ortaklıklarında Sınırlı Sorumluluk İlkesine Karşı Önemli Bir İstisna: Tüzel Kişilik Perdesi’nin Kaldırılması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2007, Cilt XI, Sayı 3-4, s. 453-472.
- Meier-Hayoz, Arthur/Forstmoser, Peter, Schweizerisches Gesellschaftsrecht mit Einbezug des künftigen Rechnungslegungsrechts und der Aktienrechtsreform, 11. Auflage, Bern 2012.
- Monsch, Martin/Von der Crone, Hans Caspar, “Durchgriff und wirtschaftliche Einheit, Bundesgerichtsurteil 5A_739/2012 vom 17. Mai 2013”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts – und Finanzmarktrecht, Jahrgang 2013, Heft 5, s. 445-457.
- Müller-Freienfels, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht”, Archiv für die civilistische Praxis, Jahrgang 1958, Band 156, Heft 6, s. 522-543.
- Narçin Tosun, Zelal, “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Düzenlemeleriyle Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, Mayıs 2015, Cilt 10, Sayı 105, s. 89-103.
- Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medenî Hukuk, 26. Bası, İstanbul 2020.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 19. Bası, İstanbul 2020.
- Özkurt, Ayşegül, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul 2018.
- Özsunay, Ergun, Medenî Hukukumuzda Tüzel Kişiler, 5. Bası, İstanbul 1982.
- Öztan, Bilge, Medenî Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970 (Öztan, Organ).
- Öztan, Bilge, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994 (Öztan, Tüzel).
- Pedrazzini, Mario M./Oberholzer, Niklaus, Grundriss des Personenrechts, 4. Auflage, Bern 1993.
- Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, İstanbul 2019.
- Riemer, Hans Michael, Berner Kommentar, Band I Einleitung und Personenrecht, 3. Abteilung Die juristischen Personen, 1. Teilband Allgemeine Bestimmungen, Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52-59 ZGB, 3. Auflage, Bern 1993 (Herausgeber: Hausheer, Heinz).
- Sağlam, İpek, “Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008, s. 153-161 (Editör: Ulusoy, Erol).
- Serick, Rolf, Rechtsform und Realität juristischer Personen, ein rechtsvergleichender Beitrag zur Frage des Durchgriffs auf die Personen oder Gegenstände hinter der juristischen Person, Berlin 1955.
- Topaloğlu, Mustafa, “Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, II. Cilt, Ankara 2010, s. 2083-2103.

- Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015.
- Ulusoy, Erol, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008, s. 351-405 (Editör: Ulusoy, Erol).
- Von Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Erster Band Allgemeiner Teil und Personenrecht, 3. Auflage (unveränderter Nachdruck der zweiten Auflage von 1936), Berlin 2010.
- Von Savigny, Friedrich Carl, System des heutigen römischen Rechts, Band II, Berlin 1840.
- Yanlı, Veliye, Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.
- Yılmaz, Lerzan, “Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Işığında Düşünceler”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008, s. 233-259 (Editör: Ulusoy, Erol).
- Yücel Bodur, Mehtap, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul 2018.
- Yüksel, Kemalettin, “Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Örtünün Aralanması”, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (2 Şubat 2008), İstanbul 2008, s. 261-276 (Editör: Ulusoy, Erol).
- Weber, Rolf H., Schweizerisches Privatrecht, Zweiter Band Einleitung und Personenrecht, Vierter Teilband Juristische Personen, Basel 1998 (Herausgegeben von: Tercier, Pierre).

Ticari Vekil ile Benzer Kavramların Karşılaştırılması

The Comparison Between Commercial Agent and Similar Concepts*

Oğuz YOLAL 

Öz

Tacir yardımcıları genellikle bağlı ve bağlı olmayan tacir yardımcıları olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı bağlı tacir yardımcıları; acente, simsar, komisyoncu ise bağlı olmayan tacir yardımcıları arasında sayılmaktadır. Ticari vekil, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 551 ilâ 554'üncü maddeleri arasında düzenlenen tacir yardımcılarında biridir. Ticari vekil kavramının unsurları, bağlı tacir yardımcısı olması, kural olarak bir ticari işletmenin varlığı ve ticari işletmeyi yönetmek veya bazı işlerini yürütmek için yetkilendirilmiş olmasıdır. Bu çalışmanın temelini ticari vekil oluşturmaktadır. Ticari vekil ile temsilci, ticari temsilci ve pazarlamacı arasındaki benzerlikler ve farklar karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Tacir Yardımcıları, Ticari Vekil, Ticari Temsilci, Pazarlamacı

Abstract

Merchant assistants are usually divided into dependent and independent merchant assistants. Commercial representative, commercial agent and commercial traveller are considered dependent merchant assistants. Agents, broker, commission agent are considered independent merchant assistants. The commercial agent, is one of the merchant assistants of the Turkish Code of Obligations regulated by articles 551-554. The elements of a commercial agent are to be depending on the merchant, as a rule, the existence of a commercial enterprise and the authority to manage commercial enterprise or conduct certain business. The basis of this article is the commercial agent. The similarities and differences between the representative, commercial agent, and the commercial traveller are compared.

Keywords: Merchant Assistants, Commercial Agent, Commercial Representative, Commercial Traveller

Giriş

Ticari hayatın hızla gelişmesi ve ticari işletmenin faaliyetlerinin artması, ticari işletme sahibinin tek başına çalışmasını güçleştirmektedir. Bu nedenle ticari işletme sahibi, işletmesinde kendisine yardım edecek kişilere ihtiyaç duymaktadır. Tacir yardımcılığı olarak adlandırılan bu kişiler genellikle bağlı tacir yardımcılığı ve bağlı olmayan tacir yardımcılığı şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bağlı tacir yardımcılığı, ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı; bağlı olmayan tacir yardımcılığı ise acente,

* Bu çalışma, yazarın "Ticari Vekil" başlıklı yüksek lisans tezinden üretilmiştir.

** Arş. Gör., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, oguz.yolal@selcuk.edu.tr

simsar ve komisyoncudur (alım-satım ve taşıma işleri komisyoncusu). Bu tacir yardımcılarında ticari temsilci, ticari vekil, pazarlamacı, simsar ve alım-satım komisyoncusu Türk Borçlar Kanunu'nda¹ (TBK) düzenlenmiş, acente ve taşıma işleri komisyoncusu ise Türk Ticaret Kanunu'nda² (TTK) düzenlenmiştir.

Bağlı tacir yardımcılardan olan ticari vekil, ticari işletmenin sadece olağan iş veya işlemlerini yapmaya yetkilidir. Ticari vekil, ticari işletme sahibi tarafından açıkça yetkili kılınmadıkça ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez (TBK m. 551/2). Ticari temsilci ise, ticari işletme egosu) gibidir. Dolayısıyla ticari temsilcinin yetkilerinin kapsamı geniş olup, ticari işletmenin olağan ve olağanüstü bütün iş veya işlemlerini yapabilir. Ticari işletme sahibi, ticari temsilci gibi yetkileri geniş olan tacir yardımcısına ihtiyaç duyacağı gibi; yetkileri daha dar olan tacir yardımcısına da ihtiyaç duyabilir. Bu hususu dikkate alan kanun koyucu yetkileri ticari temsilciye nazaran daha dar olan ticari vekili düzenlemiştir. Ticari temsilcinin olağanüstü işlemleri yapma yetkisi bulunduğundan, ticari vekilin açıkça yetkilendirilmesi gereken işlemler bakımından ticari temsilcinin izin alması gerekmez. Atanan kişinin ticari vekil veya ticari temsilci olup olmadığına belirlenmesi, yetkilerin kapsamı açısından önem arz etmektedir.

Bir diğer bağlı tacir yardımcısı olan pazarlamacı, 6098 sayılı TBK ile hukukumuzda girmiştir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda³ düzenlenen ve pazarlamacı ile benzer faaliyetleri gören seyyar tüccar memurları ise TBK'ya alınmamıştır. Dolayısıyla pazarlamacının seyyar tüccar memurları yerine düzenlenip düzenlenmediği hususu gündeme gelmektedir. Bunun yanında mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde seyyar tüccar memurları ticari vekil olarak kabul edilmişti⁴. Seyyar tüccar memurlarının ticari vekil olarak nitelendirilmesi, pazarlamacının da ticari vekil olarak kabul edilip edilmeyeceği sorusunu aklara getirmektedir.

Bu çalışma içerisinde öncelikle genel olarak ticari vekil incelenmiştir. Daha sonra ticari vekil ile TBK m. 40 ve devamında düzenlenen temsilci, ticari temsilci ve pazarlamacı karşılaştırılmış,

1 RG. 04.02.2011, S. 27836.

2 RG. 14.02.2011, S. 27846.

3 RG. 29.04.1926, S. 359. Bu çalışmada 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu ifade etmek üzere mülga Borçlar Kanunu ifadesi kullanılacaktır.

4 **Arslanlı**, Halil, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960, s. 176; **Ayhan**, Rıza, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 599; **Bozkurt**, Tamer, Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık, Ankara 2007, s. 78, 81; **Doğanay**, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2004, s. 556; **Edgü**, Ekrem, Ticaret Hukuku I, Umumi Hükümler, Ankara 1964, s. 172; **Feyzioğlu**, Feyzi Necmeddin, Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 437; **Karayalçın**, Yaşar, Ticaret Hukuku I. Giriş - Ticari İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968, s. 483; **Ülgen**, Hüseyin / **Helvacı**, Mehmet / **Kendigelen**, Abuzer / **Kaya**, Arslan / **Nomer Ertan**, Füsün, Ticari İşletme Hukuku, 5.(Tıpkı) Bası, İstanbul 2015, s. 700, N. 1467; **Koç**, Derviş, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2014, s. 6-7; **Olgaç**, Senai, Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976, s. 327; **Öçal**, Akar, Türk Hukukunda Seyyar Tüccar Memurları, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 5, S. 1, 1968, s. 358; **Sungur**, H. Halis, Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1943, s. 300; **Tekil**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 201; **Teoman**, Ömer, Tacir Yardımcıları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somere Armağan, İstanbul 2006, s. 245; **Tuna**, Ergun, Ticaret Hukuku, C. I, Ticari İşletme, İstanbul 1993, s. 181; **Yavuz**, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s. 1330; **Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2016, s. 723; **Zengin**, İbrahim Çağrı, Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013, s. 35.

aradaki benzerlik ve farklara değinilmiştir. Özellikle birbiri ile karıştırılma ihtimali bulunan, ticari temsilci ve ticari vekile ilişkin farkların belirlenmesi amacıyla öğretilerde ileri sürülen çözüm önerileri incelenmiştir. Pazarlamacının ticari vekil olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususu da ayrıca değerlendirilmiştir.

I. Genel Olarak Ticari Vekil Kavramı

A. Tanımı

Ticari vekil kavramı, TBK m. 551/1 hükmünde tanımlanmıştır⁵. Bu fıkraya göre, “*Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin⁶, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir*”. Anılan fıkrada ticari vekilin tanımı dar ve teknik anlamda yapılmıştır. Geniş anlamda ticari vekillik, ticari işletme sahibinin, ticari işletme için verdiği her türlü temsil yetkisini içerir⁷. Hükümde geçen “*kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin*” ifadesi, ticari vekilin yetkilerinin ticari temsilci⁸ kadar geniş olmadığını vurgulamak için kullanılmıştır. Zira ticari temsilci işletmenin olağan ve olağanüstü⁹ işlemlerini yapabilirken, ticari vekil sadece işletmenin olağan işlemlerini yapmaya yetkilidir. Buradan hareketle ticari vekil, ticari temsilci ve temsilci arasında yer alan ara statü olarak nitelendirilebilir¹⁰.

Ticari vekile ilişkin öğretilerde de değişik tanımlamalar yapılmıştır. BAŞTUĞ/ERDEM'e göre, “*yetkileri ticari temsilci kadar geniş olmayan ve fakat tacire bağlı bulunan ve temsil yetkisi olan, diğer tacir yardımcılarına*” ticari vekil denilir¹¹.

- 5 Teoman'a göre, bu tanımlama tek başına yeterli değildir. Zira ticari vekilin hukuki tanımının yapılabilmesi için ticari temsilciden farklarının da bu tanım içerisinde belirtilmesi gerekir. Bu nedenle TBK m. 551/2'nin ilk cümlesi olan “*Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar*” hükmü de bu tanım içerisinde değerlendirilmelidir (Teoman, s. 240).
- 6 Mülga Borçlar Kanunu m. 453/1'te kullanılan “*bir ticarethane veya fabrika veya ticari şekilde işletilen diğer bir müessese sahibi*” ibaresi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 11 hükmü ile uyum sağlanması amacıyla ticari işletme sahibi şeklinde kısaltılmıştır. Bkz. TBK m. 551'in gerekçesi.
- 7 Feyzioğlu, s. 428; Yavuz, s. 1327; Yavuz / Acar / Özen, s. 722.
- 8 Türk Borçlar Kanunu'nda ticari temsilci kavramı kullanılmasına karşın Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK) ticari mümessil ve ticari temsilci kavramının birlikte kullanıldığı görülmektedir. TTK m. 40/4, 102/1, 218/2, 223, 235/2, 318/2, 321/1, 368 ve 631'inci hükümlerinde ticari mümessil kavramı, ticari davalara ilişkin TTK m. 4'te ise ticari temsilci kavramı kullanılmıştır. Dolayısıyla TTK'da, esasında aynı kurumu ifade eden ticari mümessil ve ticari temsilci kavramlarının birlikte kullanıldığı söylenebilir. Ticari mümessil kavramının kullanılmasına devam edilmesinin gerektiğine ilişkin bkz. Demirkapı Ertan, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 798.
- 9 TBK m. 551/2'de ticari vekilin yetkilerinin işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsadığı belirtilmiştir. Ayoğlu'na göre, alışılmış teriminin kullanılması isabetli değildir. Zira olağan ve olağanüstü işlem şeklinde öğretilerde kabul gören terimler var iken, alışılmış teriminin kullanılması uygun olmamıştır (Ayoğlu, Tolga, Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi, 25-26 Kasım 2011, s. 47). Alışılmış kavramının, olağan işlem olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Şener, Oruç Hami, Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 285. Bu çalışmada, öğretilerde genel olarak kabul edilen “olağan ve olağanüstü” kavramlarının kullanılması tercih edilmiştir.
- 10 Şener, Ticari İşletme, s. 281. Ticari vekilin, temsilci ve ticari temsilci arasında aracı durumunda olduğuna ilişkin bkz. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Özdemir, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987, s. 653.
- 11 Baştuğ İrfan / Erdem H. Ercüment, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 1993, s. 153.

İNCEOĞLU'na göre, ticari vekil “*ticari mümessil sıfatına sahip olmaksızın bir ticari işletme sahibi tarafından işletmenin bütün işlemlerini veya belirli bazı işlemlerini yapmak üzere yetkilendirilen kimsedir*”¹².

KARAYALÇIN'a göre, “*ticari mümessil dışında kalan ve temsil salâhiyetini haiz olan tacire bağlı yardımcıları ticari vekil*” adını alır¹³.

MİMAROĞLU'na göre, “*bir ticari işletmede, müesseseyi her konuda temsil eden, işletmenin amacına giren bütün eylem ve işlemleri yapan ve müesseseyi yöneten ve yürüten kimselerin dışında kalan; daha kısıtlı bir temsil yetkisi olan ve tacire bağlı bulunan tacir yardımcılarına ticari vekil*” olarak adlandırılır¹⁴.

MİNELİLER'e göre, “*bir ticari işletmede, işletmeyi her konuda temsil eden, işletmenin amacına giren bütün eylem ve işlemleri yapan ve işletmeyi idare eden ve yürüten kişiler dışında kalan; daha kısıtlı bir temsil yetkisine sahip olan ve tacire bağlı bulunan tacir yardımcılarına*” ticari vekil denilir¹⁵.

ÖZDEMİR/KINACIOĞLU'na göre, “*bir ticari işletmede, müesseseyi faaliyet alanına giren her konuda temsil yetkisini taşıyan, ticari mümessillerin dışında kalan ve sınırlı bir temsil yetkisi bulunan tacire bağlı yardımcıları ticari vekildir*”¹⁶.

Bu tanımlamalar incelendiğinde ticari vekilin, ticari işletme için atanabileceği, kanuni değil iradi bir temsilci olduğu ve ticari temsilciye nazaran daha dar yetkilere sahip olduğunun vurgulandığı görülmektedir.

Kanaatimizce ticari vekil öğretide yapılan tanımlamalar da dikkate alınarak, daha açık bir surette tarif edilebilir. Öncelikle TBK m. 551 hükmünde “*bir ticari işletme sahibinin*” ibaresi kullanılarak, ticari vekilin ticari işletme sahibi tarafından atanacağı belirtilmiştir. Hükümde geçen ticari işletme sahibi ifadesi, ticari işletme işleten olarak anlaşılmalıdır. Ticari işletme sahibi ile ticari işletme işleten kişi genellikle aynı kişi olmakla beraber, istisnai olarak bu kişilerin farklı olması durumunda ticari vekil atama yetkisinin ticari işletmeyi işleten kişide olduğu kabul edilmelidir¹⁷. Zira ticari işletme, her zaman

12 İnceoğlu, Mehmet Murat, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2008, s. 188.

13 Karayalçın, s. 494.

14 Mimaroğlu, Sait Kemal, Ticaret Hukuku, C. 1, 3. Baskı, Ankara 1978, s. 492.

15 Mineliler, Zeynep, Ticari Vekil, Prof. Dr. Fırat Özta'nın Armağanı, C. II, Ankara 2010, s. 1467.

16 Özdemir, Necdet / Kinacioğlu, Naci, Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri, 5. Baskı, Ankara 1984, s. 192.

17 Arkan Sabih, Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Üçüncü Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017, s. 192, dn. 1; Arslanlı, s. 164-165; Ayhan, s. 573; Birsnel, Mahmut Tevfik, Ticari Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur, Batider, C. 2, S. 1, 1963, s. 2-3, 13; Bozer, Ali / Göle, Celal, Ticari İşletme Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 2017, s. 107; Çetiner, Selma / Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru, Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 203, dn. 10; Demirkapı, Ticari Temsilci, s. 818; Demirvuran, H. Melih, Ticari Vekâlet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004, s. 24; Erkol, Nedim, Ticari Vekillik ve Özellikle Ticari Vekilliğin Hukuki Mahiyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 1998, s. 32; Karaahmetoğlu, İsmail Özgün, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili, 2. Baskı, Ankara 2018, s. 345; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1457; Kaya, Emin, Türk Özel Hukukunda Ticari Vekillik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kırıkkale 2010, s. 18; Kırca, İsmail, Ticari Mümessillik, Ankara 1996, s. 50; Korucuoğlu Doğan, Özlem, Ticari Vekillik Kurumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2017, s.11; Korucuoğlu Doğan, Özlem, Ticari Vekil ve Ticari Vekilin Kanundan Doğan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 1, 2017, s. 5; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukukundaki Temsil ile Borçlar Kanunundaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayırımı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, s. 9. Ticari temsilcinin (TBK

sahibi tarafından işletilmek zorunda değildir. Örneğin, ürün kirasında, ticari işletmeyi işleten kişi, ticari işletmenin sahibi konumunda değil, ticari işletmeyi işleten kiracı durumundadır. Bu hâlde ticari vekil atama yetkisi ticari işletme sahibinde değil, ticari işletmeyi işleten kiracıdadır¹⁸. Aynı şekilde ticari işletme üzerinde intifa hakkı kurulmuş ise ticari vekili atama yetkisi intifa hakkı sahibinde olacaktır¹⁹.

Bunun yanında tanımında, ticari vekilin ticari işletmeyi işleten kişinin “*işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek*” üzere atanabileceğinden bahsedilmiştir. Ticari işletme sahibi, sahip olduğu ticari işletmesinin yanında TTK m. 11 anlamında ticari işletme vasfına sahip olmayan bir işletmeye de sahip olabilir. TBK m. 551/1’de yapılan tanımlama lafzi olarak yorumlandığında, ticari işletme sahibinin ticari işletme niteliğine sahip olmayan işletmeler için de ticari vekil atayabileceği anlaşılabilir²⁰. Dolayısıyla tanımda geçen “*işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini*” ibaresinde bahsedilen “*işletme*” kelimelerinin önüne, bu işletmenin ticari işletme olduğunu belirtmek amacıyla, ticari kelimesi getirilmelidir. Bu nedenle söz konusu ibarenin “*ticari işletmesini yönetmek veya ticari işletmesinin bazı işlerini*” şeklinde anlaşılması gerekir. Zira ticari vekil sadece ticari işletmelere atanabilir. Kanaatimizce yukarıda bahsedilen hususlar da dikkate alınarak ticari vekil; “*ticari işletmeyi işleten kişi tarafından ticari işletmenin olağan iş ve işlemleriyle sınırlı kalarak, ticari işletmeyi yönetmek veya bu işletmenin bazı işlemlerini yürütmek için tacire bağlı olarak atanan kişi*” şeklinde tanımlanabilir.

B. Unsurları

Ticari vekilin unsurları; ticari vekilin bağlı tacir yardımcılarında olması, kural olarak bir ticari işletmenin varlığı ve ticari vekilin ticari işletmeyi yönetmek veya bazı işlerini yürütmek için yetkilendirilmiş olması şeklinde sayılabilir²¹.

1. Ticari Vekilin Bağlı Tacir Yardımcısı Olması

TTK m. 12/1’e göre bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. Tacir, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. TTK m. 12/1’de yer alan tanım gerçek kişi tacire ilişkindir. TTK m. 16/1’de ise tüzel kişi tacir düzenlenmiştir. Bu fıkraya 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*”.

m. 547) ve pazarlamacılık sözleşmesinin (TBK m. 448) tanımının yapıldığı maddelerde de ticari işletme sahibi ibaresi kullanılmıştır. Söz konusu ibare de ticari işletmeyi işleten olarak anlaşılmalıdır.

18 **Ayhan**, Rıza / **Çağlar**, Hayrettin / **Özdamar**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Bası, Ankara 2020, s. 457; **Bahtiyar**, Mehmet, Ticari İşletme Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2020, s. 220; **Birsel**, Ticari Mümessil, s. 2-3; **Bozkurt**, Tamer, Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020, s. 438; **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 818, dn. 61; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1457; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 50; **Şener**, Ticari İşletme, s. 255; **Şener**, Oruç Hami, Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015, s. 11.

19 **Arslanlı**, 164-165; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 17; Ticari temsilci açısından bkz. **Albaş**, Hakan, Türk Hukukunda Ticari Mümessillik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 1991, s. 14; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 438.

20 Örneğin, kişi, hem esnaf işletmesi hem de ticari işletme işletiyor olabilir. TBK m. 551/1’in lafzi olarak yorumlanması, esnaf işletmesine de ticari vekil atanabileceği şeklinde bir yanlış anlaşılmaya mahal verebilir.

21 Ticari vekilin tanımından çıkarılan unsurlar için bkz. **Ayhan**, s. 594; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 471-472.

Tacir, yaptığı işin yoğunluğu, özelliği, kapsamı veya ticari işletmenin şubesinin bulunması gibi sebeplerle her zaman tek başına faaliyette bulunamaz²². Dolayısıyla gerçek veya tüzel kişi tacir ticari faaliyetlerinde üçüncü bir kişinin yardımına ihtiyaç duyabilir²³. Tacirin ticari işletmesinin içerisinde, dışarısında, merkezinde yahut şubesinde, ticari işletmenin yönetimi ve yürütülmesi için emeklerinden ve hizmetlerinden yararlandığı bu kişiler tacir yardımcıları olarak adlandırılır²⁴. Tacir yardımcıları ile işlem yapan üçüncü kişiler, bu kişilerin işlem yapma yetkisine sahip olup olmadıklarını bilmek isterler. Bu ihtiyacı dikkate alan kanun koyucu, tacir yardımcılarının temsil yetkisini, TBK m. 40 ve devamında düzenlenen temsil yetkisine nazaran daha özel olarak düzenlemiştir²⁵.

Tacir yardımcıları, Türk Ticaret Kanunu'nda, Türk Borçlar Kanunu'nda ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu'nda²⁶ düzenlenmiştir. TTK'da düzenlenen tacir yardımcıları acente ve taşıma işleri komisyoncusudur. TBK'da düzenlenen tacir yardımcıları ise, simsar, alım-satım komisyoncusu, pazarlamacı, ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarıdır. Gümrük Kanunu'nda düzenlenen gümrük müşaviri²⁷ de tacir yardımcısı olarak kabul edilmektedir²⁸. Her ne kadar Türk hukukunda düzenlenmemiş olsa da tek satıcı da tacir yardımcıları arasında sayılmaktadır²⁹.

- 22 **Acar**, Faruk, Sınırlı Ehliyetizlerin Ticari Mümessil Olarak Tayini Sorunu, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 1; **Arkan**, s. 177; **Arslanlı**, s. 165; **Ayhan**, s. 579; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 453; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 218; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 424; **Cihangiroğlu**, Celal, Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İzmir 2001, s. 153; **Domaniç**, Hayri, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul 1988, s. 315; **Domaniç**, Hayri / **Ulusoy**, Erol, Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul 2007, s. 359; **Erem**, Turgut S., Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticari İşletme, İstanbul 1981, s. 239; **Karayalçın**, s. 480; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 36; **Özdemir / Kınacıoğlu**, s. 185; **Şener**, Ticari İşletme, s. 253; **Ulusan**, İlhan, İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokurist, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 629; **Yavuz**, s. 1321; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 717.
- 23 **Arkan**, s. 177; **Arslanlı**, s. 165; **Ayhan**, s. 579; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 453; **Baştuğ / Erdem**, s. 148; **Bilgili / Demirkapı**, Ertan, Ticaret Hukuku Bilgisi, 15. Baskı, Bursa 2019, s. 71; **Birsel**, Mahmut Tevfik, Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970, s. 98; **Doğanay**, s. 548; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 315; **Domaniç / Ulusoy**, s. 359; **Erem**, s. 239; **Feyzioğlu**, s. 409; **Hirsch**, Ernst E., Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1948, s. 135; **İmregün**, Oğuz, Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005, s. 116; **İmregün**, Oğuz, Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4. Bası, İstanbul 2004, s. 145; **Karayalçın**, s. 480; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 673-674, N. 1400 vd.; **Kayar**, İsmail, Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 367; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 36; **Mimaröğlu**, s. 479; **Özdemir / Kınacıoğlu**, s. 185; **Teoman**, s. 221; **Ulusan**, s. 629.
- 24 **Ayhan**, s. 569-570; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 453; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 218; **Birsel**, Ticari İşletme, s. 98; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 424; **Güllüce**, Muhammet Ali, Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 2014, s. 6-7; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 145; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 116; **Kaplan**, Ahmet Emre, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017, s. 27; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 674, N. 1402; **Kayar**, s. 367; **Mimaröğlu**, s. 479.
- 25 **Doğanay**, s. 549.
- 26 RG. 04.11.1999, S. 23866.
- 27 Gümrük Kanunu m. 225/1'e göre, "eşyanın gümrükçe onaylanmış bir işlem veya kullanıma tabi tutulmasına ilişkin faaliyetler gümrük müşavirleri tarafından dolaylı teslim yoluyla takip edilir ve sonuçlandırılır".
- 28 **Ayhan**, s. 570; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 453; **Bilgili / Demirkapı**, s. 71; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 316; **Domaniç / Ulusoy**, s. 360. Gümrük müşaviri tacir yardımcısı olarak kabul edilmesine karşın ticari vekil olarak nitelendirilemez. "Olayımızda ise davacı karşı davalıya gümrük müşavirliği hizmeti sunmuş, bu hizmet karşılığında ödenecek alacağını talep etmektedir. Davacı - karşı davalının, davalı-karşı davalının ticari vekili değildir. Davacının sorumluluğu ticari vekillik kapsamında değil, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacağı olup olmadığı kapsamında değerlendirilmelidir". BAM., T. 5.2.2018, E. 2018/115, K. 2018/86 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 10.09.2020).
- 29 **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 453-454; **Topçuoğlu**, Metin, Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2011, s. 29; **Yeşiltepe**, Salih Önder, Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları

Tacir yardımcıları, genellikle tacire bağlı olan veya bağlı olmayan tacir yardımcıları şeklinde ayrıma tutulmaktadır³⁰. Ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacı bağlı tacir yardımcılardan; simsar, komisyoncu ve acente bağlı olmayan tacir yardımcılardan. Bağlı tacir yardımcıları, tacirin verdiği emir ve talimat çerçevesinde, onun gözetimi ve denetimi altında çalışırlar³¹. Bu kişilerin kendilerine ait ticari işletmeleri yoktur ve faaliyetlerini, tacire ait ticari işletmenin organizasyonu içerisinde yürütürler³². Bağlı tacir yardımcıları, temsil yetkisine sahip olup olmamalarına göre ikiye ayrılmaktadır. Bir kısım bağlı tacir yardımcıları temsile yetkili değildir. Bu tacir yardımcıları, sadece ticari işletmenin faaliyetinin yürütülmesinde yardımcı olurlar. Örneğin, fabrikada çalışan bir müstahdem veya mühendisin, otelcilik işletmesinde çalışan çamaşırcının, ticari işletmede çalışan çaycının taciri temsil etme yetkisi yoktur. Temsil yetkisi olmayan ve genellikle bir hizmet sözleşmesi ilişkisi içinde çalışan bu kişilerin ticaret hukuku bakımından bir önemi bulunmamaktadır³³. Buna karşın, diğer kısım bağlı tacir yardımcılarının temsil yetkisi mevcuttur. Temsil yetkisi olan bağlı tacir yardımcıları; ticari temsilci, ticari vekil ve pazarlamacıdır.

Bağlı olmayan tacir yardımcıları ise, çalışma yöntem ve zamanını serbestçe belirleyebilen, uzmanlıkları olan kişilerden oluşur³⁴. Bu kişiler genellikle ayrı bir ticari işletme işlettiklerinden tacir sıfatına sahip olabilirler. Bağlı olmayan tacir yardımcıları esas itibarıyla tacirin emir ve talimatı altında çalışırlar³⁵. Ancak tacirin bu kişilere vereceği emir ve talimat işin icrasına yöneliktir; yoksa tacir, ne kendi ticari işletmesinin yönetimi ne de bağlı olmayan tacir yardımcılarının işletmesinin yönetimi ile ilgili emir ve talimat verebilir³⁶. Bağlı olmayan tacir yardımcıları temsil yetkisine sahip olup olmama bakımından ikiye ayrılır. Bu kişiler arasında simsarın temsil yetkisi yoktur. Acente açısından sözleşme yapmaya yetkili acentenin temsil

Dergisi, C. 14, S. 3, 2007, s. 151, 153. İnan, tek satıcının, temsil yetkisi bulunmayan bir çeşit tacir yardımcısı olduğunu belirtmiştir (İnan, Nurkut, Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider, C. 17, S. 2, 1993, s. 58). Kaya'ya göre, tek satıcı, tacirin dağıtım aşında yer alması ve tacire ait fikri mülkiyet haklarını kullanması nedeniyle geniş anlamda tacir yardımcısıdır. Ancak hukuki anlamda, kendi adına ve hesabına işlem yaptığı için tacir yardımcısı sayılmaz [Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 676, N. 1406. Poroy / Yasaman, tek satıcının bağlı olmayan tacir yardımcısı olduğunu belirtmiştir (Poroy, Reha / Yasaman, Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017, s. 271). Tek satıcının tacir yardımcısı olmadığına ilişkin bkz. Teoman, s. 227.

30 Teoman, tacir yardımcılarını düzenledikleri yere, tacire bağlı olup olmamasına, taciri temsil etmesine ve tacir ile ilişkilerinin devamlı olmasına göre çeşitli şekilde sınıflandırmıştır (Teoman, s. 223 vd.). Tacir yardımcılarının sınıflandırılmasına ilişkin bkz. Güllüce, s. 17 vd.; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 676, N. 1406. Poroy / Yasaman, bu sınıflandırmayı; bağlı yardımcılar, özel durumda olan (acente ve tek satıcı) ve bağlı olmayanlar (aracılar) şeklinde yapmaktadır (Poroy / Yasaman, s. 234).

31 Arkan, s. 177; Arslanlı, s. 165; Bahtiyar, Ticari İşletme s. 218; Bilgili / Demirkapı, s. 71; Bozer / Göle, s. 105; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 425; Cihangiroğlu, s. 153; Feyzioğlu, s. 408; Güllüce, s. 16; İmregün, Genel İlkeler, s. 146; İmregün, Kara Ticareti, s. 117; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 675, N. 1405; Kayar, s. 367.

32 Şener, Ticari İşletme s. 253.

33 Arkan, s. 177; Ayhan, s. 570; Bozer / Göle, s. 105; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 426; Domaniç / Ulusoy, s. 360; Güllüce, s. 21; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 674, N. 1403; Şener, Ticari İşletme, s. 253.

34 Arkan, s. 177; Arslanlı, s. 165; Ayhan, s. 571; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 425; Kaplan, s. 27; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 675, N. 1406; Mimaroglu, s. 480.

35 Ayhan, s. 571; Bilgili / Demirkapı, s. 71. Bahtiyar, bağımsız tacir yardımcılarının, tacirin emri, denetimi ve gözetimi altında çalışmasının söz konusu olamayacağından bahsetmiştir (Bahtiyar, Ticari İşletme s. 218).

36 Kayar, s. 381; Şener, Ticari İşletme s. 253.

yetkisi bulunmaktadır. Komisyoncunun ise doğrudan temsil yetkisi olmamasına karşın, dolaylı olarak taciri temsil yetkisi mevcuttur³⁷.

Ticari temsilci, işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir (TBK m. 547/1). Ticari işletmeyi işleten kişi, yetkisi geniş olmayan, daha dar yetkilere sahip olan ve yetkileri sınırlandırılabilen tacir yardımcısına ihtiyaç duyabilir³⁸. Zira bütün tacir yardımcılarının aynı temsil yetkisine sahip olması sorunlara yol açabilir³⁹. Ayrıca ticari işletmeyi işleten kişi, ticari temsilci gibi tacir yardımcılarında daha fazla güvenirken, bir kısım tacir yardımcılarında daha az güvenmektedir⁴⁰. Dolayısıyla tacir, gerek yetkileri, gerekse aralarındaki sıkı güven ilişkisinin bulunmaması açısından ticari temsilci sıfatına sahip olmayan farklı bir tacir yardımcısı atamak isteyebilir. Bu nedenle ticari işletmeyi işleten kişiye temsil yetkisinin kapsamını kendisinin belirleyeceği bir tacir yardımcısı atama imkânının verilmesi gerekir⁴¹. Nitekim bu ihtiyaçları dikkate alan kanun koyucu, TBK m. 551 ve 552'de ticari temsilciye nazaran daha dar yetkilere sahip, bağlı tacir yardımcılarında olan ticari vekili ve diğer tacir yardımcılarını⁴² düzenlemiştir⁴³.

37 **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 426; **Hızır**, Fatma, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Alım ve Satım Komisyoncusunun Temsil Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2874; **Karayalçın**, s. 481, 483-484; **Şener**, Ticari İşletme, s. 253. Komisyoncunun ve simsarın taciri temsil yetkisi bulunmadığından, bunların bağımsız tacir yardımcılarında incelenmesine ilişkin tereddütler hakkında bkz. **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 675, N. 1406.

38 **Arkan**, s. 192; **Ayhan**, s. 593; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 471; **Cihangiroğlu**, s. 159; **Hirsch**, s. 140; **Tuna**, s. 180.

39 **Karayalçın**, s. 494; **Mineliler**, s. 1467; **Şener**, Ticari İşletme, s. 281.

40 **Şener**, Ticari İşletme, s. 281.

41 **Karayalçın**, s. 484; **Olgaç**, s. 307.

42 TBK m. 552'de düzenlenen diğer tacir yardımcılarının ticari vekil mi, yoksa yeni bir tacir yardımcısı mı olduğu açık değildir. Zira diğer tacir yardımcılarını ifadesi, kelime anlamı ile bakıldığında, ticari temsilci ve ticari vekil dışında kalan tacir yardımcılarını kapsadığı şeklinde izlenim oluşturmaktadır. TBK'nın on ikinci bölüm gerekçesinde ise, mülga Borçlar Kanunu'nun "*Ticari Müessesiller ve Diğer Ticari Vekiller*" şeklindeki üst başlığının, "*Ticari Temsilciler, Ticari Vekiller ve Diğer Tacir Yardımcıları*" şeklinde değiştirildiği ve bu değişiklikte ticari temsilcilerin ve ticari vekillerin de tacir yardımcılarının vurgulanmak istendiği ifade edilmiştir. Gerekenin ifadesinden ticari temsilci ve ticari vekilin tacir yardımcısı olduğu; TBK m. 552'de ise bunların dışında kalan tacir yardımcılarının düzenlendiği anlaşılabılır. Ancak TBK m. 552'de düzenlenen kişiler arasında mülga Borçlar Kanunu m. 453/3'te düzenlenen satış mağazası memurlarıdır. Satış mağazası memurlarının düzenleme yerine bakıldığında mülga BK m. 453/3'te "*diğer ticaret vekilleri*" kenar başlığı altında düzenlenmiş olduğu, dolayısıyla ticari vekil olarak kabul edildiği görülmektedir. TBK m. 552 hükmünde diğer tacir yardımcılarını kenar başlığı altında düzenlenen kişilerin ticari vekil olduğuna ilişkin bkz. **Arkan**, s. 195; **Ayoğlu**, s. 47; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 224; **Bilgili / Demirkapı**, s. 76, 78; **Cenkci**, Esra, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, Ankara 2018, s. 38; **Cenkci**, Esra, Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Sorunsalı, Batider, C. 34, S. 2, 2018, s. 104; **Kaplan**, s. 60; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 693, N. 1455 ve N. 1462; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 16; **Taşatan**, Caner, Ticari Vekil, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 2, 2013, s. 333; **Yanlı**, Veliye / **Okutan Nilsson**, Gül, Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini, Batider, C. 30, S. 4, 2014, s. 17; **Zengin**, s. 34. Karşı görüş için bkz. **Karaahmetoğlu**, s. 342, dn. 692. Yazar, madde başlığının diğer tacir yardımcılarının hareketle ticari vekilden ayrı bir tacir yardımcısı düzenlendiğini belirtmiştir. Kanaatimizce diğer tacir yardımcılarını, TBK m. 551/1 anlamında ticari vekildir. Zira diğer tacir yardımcılarını kenar başlığı altında düzenlenen kişilerin yetkileri de, ticari vekil gibi olağan işlemlerle sınırlandırılmıştır. Ayrıca TBK m. 552 ve mülga BK m. 453/3 hükümleri karşılaştırıldığında şekle ilişkin değişiklikler olduğu, esasa ilişkin bir değişiklik olmadığı görülmektedir. Bu nedenle "*diğer tacir yardımcılarını*" başlığı altında düzenlenen kişilerin ticari vekil olarak kabul edilmesi ve "*diğer tacir yardımcılarını*" kenar başlığının da satış mağazası memurları olarak değiştirilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde "*diğer tacir yardımcılarını*" ibaresi hem karışıklığa sebep olacak hem de TBK'da yeni bir tacir yardımcısının düzenlendiği izlenimi verecektir.

43 **Arkan**, s. 192; **Ayhan**, s. 593; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 471; **Bilgili / Demirkapı**, s. 76; **Hirsch**, s. 140; **İmregün**, Kara

2. Kural Olarak Bir Ticari İşletmenin Varlığı

Bir kişinin ticari vekil olarak atanabilmesi için öncelikle ticari işletmenin mevcut olması gerekir. TTK m. 11/1 ve Ticaret Sicil Yönetmeliği⁴⁴ (TSY) m. 4/1-r hükmünde ticari işletme “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin*⁴⁵ *devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmedir*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle bir işletmenin ticari işletme sayılabilmesi için gelir sağlamayı hedeflemesi, elde ettiği gelirin esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşması⁴⁶, devamlı ve bağımsız olması gerekir.

Ticari işletme olarak kabul edilmeyen işletmelere ticari vekil atanması mümkün değildir. Şayet kişi ticari işletme niteliğine sahip olmayan bir işletmeye ticari vekil sıfatıyla atanmışsa, bu kişiye ticari vekile ilişkin hükümler değil, temsile⁴⁷ veya vekile⁴⁸ ilişkin hükümler uygulanır. Örneğin, esnaf işletmesine ticari vekil olarak atanan bir kişi, ticari vekil niteliğine sahip olmayacak ve bu kişiye ticari vekile ilişkin hükümler uygulanmayacaktır⁴⁹.

TTK m. 211 ve 304/1 gereğince kollektif ve komandit şirketler bir ticari işletmeyi işletmek amacıyla kurulurlar. Bu nedenle kollektif ve komandit şirketlerde ticari vekil, zorunlu olarak ticari işletmeye atanacaktır. Ancak anonim şirketlerin ticari işletme işletmek amacıyla kurulması öngörülmemiş, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç için kurulabileceği belirtilmiştir (TTK m. 137). Anonim şirketlerin ekonomik amaca ulaşması için ticari işletmeyi işletme zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁰. Zira anonim şirketler, ticari işletme işletmesi dahi şekilleri dolayısıyla ticaret

Ticaret, s. 122; **Kaplan**, s. 49; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 693, N. 1455.

44 RG. 27.01.2013, S. 28541.

45 TTK m. 11/1 hükmünde geçen “*esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetler*” ibaresi farklı yorumlara neden olabilir. Gerçekten anılan ibare ticari işletme için sadece gelir sağlamanın hedeflenmesinin yeterli olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bunun yanında gelir sağlama ile birlikte esnaf faaliyeti sınırlarını aşmanın da hedeflenmesi gerektiği sonucu çıkarılabilir. Esnaf faaliyeti sınırlarının aşan şekilde gelir elde edilmesinin hedef tutulmasının yeterli olduğu kabul edilirse, faaliyete yeni başlayan bir işletmeyi işleten kişinin niyeti önem kazanacaktır. Hedef tutma ibaresi ile ilgili görüşler için bkz. **Demirkapı**, Ertan, Ticari İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1-2, 2013, s. 382 vd.

46 Ticari işletme ve esnaf işletmesi arasındaki sınır TTK m. 11/2 gereğince Cumhurbaşkanı kararıyla belirlenecektir. Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 10'da Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılıncaya kadar, yürürlükte olan kararnamenin uygulanacağı belirtilmiştir. Cumhurbaşkanlığı kararnamesi henüz çıkarılmamış olduğu için 2007 yılında çıkarılmış olan Bakanlar Kurulu kararı mevcut TTK açısından da geçerli olacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikboya**, Kerem, Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2017, s. 38 vd.; **Demirkapı**, Esnaf, s. 371 vd.; **Göle**, Celal, Tacir – Esnaf Ayırımı, Batider, C. 13, S. 2, 1985, s. 47 vd.

47 **Arkan**, s. 193; **Arslanlı**, s. 172; **Ayhan**, s. 576; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 223; **Bozer / Göle**, s. 106; **Bozkurt**, Tellâlık, s. 80; **Cihangiroğlu**, s.160, dn. 9; **Çetiner / Bozkurt Yüksel**, s. 208; **Demirkapı**, Ticari Temsilci s. 849, dn. 159; **Deryal**, Yahya, Ticaret Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2005, s. 70, dn. 2; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 331; **Domaniç**, Hayri, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988, s. 365; **Domaniç / Ulusoy**, s. 373; **Ergün**, Mevci, Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2011, s. 194; **Feyzioğlu**, s. 430; **İnceoğlu**, s. 189; **Kaplan**, s. 51; **Saka**, Zafer, Ticaret Hukuku, İstanbul 1998, s. 349.

48 **Bozkurt**, Tellâlık, s. 80; **Domaniç**, Şerh, s. 365; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 331; **Domaniç / Ulusoy**, s. 373; **Ergün**, s. 194.

49 **Aydın**, Sema / **Kaplan**, Hasan Ali, Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 200; **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 849; **Kaplan**, s. 51.

50 **Çelikboya**, Kerem, Anonim Şirketin TTK m.11 f.3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 175; **Kırca**, İsmail / **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal / **Manavgat**, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Ankara 2013, s. 57; **Poroy**, Reha / **Tekinalp**, Ünal

şirketleridir ve istisna olarak karşılaşılsa da ticari işletme işletmeden de tacir sıfatını kazanabilirler⁵¹. Anonim şirketlerin ticari işletme işletmek amacıyla kurulması söz konusu olmasa da, günümüzde bu şirketler tarafından kurulan işletmeler genellikle ticari işletme niteliğine sahip olacaklardır⁵². Ticari işletme işletmeyen, fakat iktisadi amaç güden anonim şirketlere, holdingler ve menkul kıymetler yatırım şirketleri örnek olarak gösterilebilir⁵³.

Anonim şirketlerde ticari vekil, TTK m. 368 gereğince yönetim kurulu tarafından atanır. Anonim şirketlere özgü olarak yönetim kurulu, ticari işletme olmadan ticari vekil atayabilir. Dolayısıyla TTK m. 368 hükmünün anonim şirketler açısından ticari vekilin sadece ticari işletmelere atanabilmesinin istisnasını oluşturduğu söylenebilir⁵⁴. Limited şirketler bakımından da, anonim şirketler hakkında yapılan açıklamalar geçerlidir⁵⁵.

1163 sayılı Kooperatifler Kanunu⁵⁶ (KoopK) m. 1’de, kooperatifler “tüzel kişiliği haiz olmak üzere ortaklarının belirli ekonomik menfaatlerini ve özellikle meslek veya geçimlerine ait ihtiyaçlarını işgücü ve parasal katkılarıyla karşılıklı yardım, dayanışma ve kefalet suretiyle sağlayıp korumak amacıyla gerçek ve tüzel kişiler tarafından kurulan değişir ortaklı ve değişir sermayeli şirketler şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere kooperatiflerin ticari işletme işletmek amacıyla kurulması zorunlu değildir. Ancak kooperatifler, TTK m. 124 gereğince ticaret şirketi olması ve TTK m. 16/1’de de ticaret şirketlerinin tüzel kişi tacir olarak belirtilmesi nedeniyle tacir sıfatına sahiptirler⁵⁷. Kooperatiflerin tacir sıfatının bulunmasından dolayı, ticari işletme işletmese dahi ticari vekil atayabileceği kabul edilebilir.

/ Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 29, N. 59; Türk, Hikmet Sami, Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986, s. 38, 72. Örneğin, bir apartmanın bütün kat sahipleri, apartmanın yönetimi açısından anonim şirket şeklinde örgütlenebilir. Bu hâlde anonim şirketin amacı iktisadi olacak, ancak ticari işletme işletmesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), s. 308, N. 437. Nitekim sermaye şirketlerinin tacir sıfatı belirlenirken TTK m. 16/1’den hareket edilmeli, diğer bir ifadeyle bu şirketlerin ticari işletme işletip işletilmediğine bakılmaksızın tüzel kişilik kazanmasıyla tacir sıfatını kanunen kazandığı kabul edilmelidir. Bkz. Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan), s. 143, N. 269 vd. Sermaye şirketleri için öngörülen asgari sermaye şartı (TTK m. 332/1, 580/1) ile esnafın tanımının yapıldığı TTK m. 15 karşılaştırıldığında, sermaye şirketlerinin faaliyetlerinin bedeni çalışmaya değil tamamen sermayeye dayalı olması kanun koyucunun sermaye şirketlerinin ticari işletme işlettikleri varsayımından hareket ettiği şeklinde yorumlanabilir. Bkz. Kendigelen (Ülgen / Helvacı / Kaya / Nomer Ertan), s. 143, N. 269 vd.

51 Cihangiroğlu, s. 84; Poroy / Yasaman, s. 128; Tuna, s. 59.

52 Arkan, s. 128; Ayhan, s. 576; Karayalçın, s. 208; Şener, Ticari İşletme, s. 164. Anonim şirketler, çoğu zaman ticari işletme işletmek üzere kurulurlar. Bkz. Türk, Birleşme, s. 38, 72.

53 Poroy (Tekinalp / Çamoğlu), s. 279, N. 437.

54 Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 678, N. 1410.

55 TTK m. 573/3 gereğince limited şirketler kanunen yasak olmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için kurulabilir. Karaahmetoğlu, buradan hareketle limited şirketlerin ticari işletme işletmek zorunda olmadığını belirtmiştir. Limited şirketlere ticari temsilci atanması sadece ticari işletme işleten limited şirketler açısından söz konusu olacaktır (Karaahmetoğlu, s. 251).

56 RG. 10.05.1969, S. 13195.

57 Ancak Yargıtay tarafından verilmiş olan kararlarda yapı kredi kooperatiflerinin ticaret şirketi olmadığı, dolayısıyla tacir olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir. “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 124/1. maddesinde “Kooperatifler” ticaret şirketleri arasında sayılmış ise de, aynı maddenin 2. bendinde kooperatifler “Şahıs şirketleri” ve “Sermaye şirketleri” arasında gösterilmemiştir. TTK’nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu’nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin “ticaret şirketi” olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Kaldı ki, bu düzenlemelere benzer hükümler, 6762 sayılı mülgâ Türk Ticaret Kanunu’nda da bulunmasına rağmen (md 18, 136), Yargıtay’ın istikrar kazanan uygulamasında yapı kooperatifleri tacir olarak kabul

Ticari vekilin, esnaf işletmesine atanamama nedeni ile ilgili madde gerekçesinde veya öğretide herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Bu hususta esnafın tanımının yapıldığı TTK m. 15'e bakılabilir. Anılan hükümden esnaf, "İster gezici olsun ister bir dükkânda veya bir sokağın belirli yerlerinde sabit bulunsun, ekonomik faaliyeti sermayesinden fazla bedeni çalışmasına dayanan ve geliri 11 inci maddenin ikinci fıkrası uyarınca çıkarılacak kararnamede gösterilen sınırı aşmayan ve sanat veya ticaretle uğraşan kişi" şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre esnafın ekonomik faaliyeti, sermayesinden çok bedeni çalışmasına dayanmalıdır. Dolayısıyla esnaf işletmesine ticari vekil atanamamasının nedeni olarak; esnafın ekonomik faaliyetinin sermayesinden ziyade bedeni çalışmaya dayanması ve yardımcıya ihtiyaç duymaması gösterilebilir. Ayrıca tanımda esnafın gelirinin TTK m. 11/2'de öngörülen sınırı aşmaması gerektiği belirtilmiştir. Esnafın gelirinin ticari işletmeye nazaran daha az olduğu ve herhangi bir yardımcıya ihtiyaç duymayacağı da düşünülmüş olabilir.

Kanaatimizce olması gereken hukuk açısından, ticari vekil, ticari işletmenin yanında esnaf işletmelerine de atanabilmelidir. Zira esnafın, ticari işletmeye nazaran küçük bir boyutta işletme olması tacir yardımcısına ihtiyaç duymayacağı anlamına gelmez. Örneğin, esnaf işletmesi niteliğindeki bir

*edilmemiştir. Esasen, yıllardır süregelen Yargıtay uygulamasını (Dairemizin 09.06.2008 tarih ve 2007/2726 esas – 2008/3798 karar ile yine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 07.02.1996 tarih ve 1995/956 esas, 1996/45 karar sayılı kararları) ortadan kaldıracak bir yenilik de bulunmamaktadır. Dairemizin 11.02.2014 tarih 2014/483 esas, 2014/844 karar sayılı kararında da yapı kooperatiflerinin tacir olmadığı çoğunluk tarafından kabul edilmiştir" Y. 15. HD., T. 15.09.2014, E. 2014/2787, K. 2014/5195 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 11.09.2020); "TTK'nın 124. maddesinin 1 ve 2. bentleri ile 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi birlikte değerlendirildiğinde yapı kooperatiflerinin "ticaret şirketi" olmadığı, sosyal niteliği ağır basan kendine özgü bir ortaklık olduğu anlaşılmaktadır. Benzer hükümler, 6762 sayılı eski TTK'da da bulunmasına rağmen (md 18, 136), Yargıtay'ın kararlılık kazanan uygulamasında yapı kooperatifleri tacir olarak kabul edilmemiştir" Y. 15. HD., T. 11.02.2014, E. 2014/483, K. 2014/844 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 11.09.2020). Söz konusu kararların eleştirisi için bkz. **Kırca**, İsmail, Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?, Batider, C. 33, S. 2, 2017, s. 24-25; **Orbay Ortaç**, Nurdan / **Can**, Ozan, Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi, Batider, C. 32, S. 3, 2016, s. 94 vd. Anılan kararlardan sonra verilen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında kooperatifin tacir olduğu açıkça belirtilmiştir. "Görülebileceği üzere, Kooperatifler Kanunu yürürlükte olmasına karşın yeni TTK'nda da kooperatiflerin ticaret şirketi olduğu açık bir biçimde hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu yeni TTK'nda kooperatifleri ticaret şirketleri arasında saymanın yanında, Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesinde "ortaklık" olarak ifade edilen kooperatiflerin "ticari nitelikte bir ortaklık" olup olmadığı konusunda gerek doktrin gerekse yargısal kararlarda süregelen tartışmalar karşısında iradesini de 6102 sayılı TTK'nın 124. maddesinin gerekçesinde net bir şekilde açıklamıştır. Anılan madde gerekçesinde "kooperatif şirket" ibaresi ile ilgili tartışmanın 2004 yılında çıkarılan 5146 sayılı Kanun'la son bulduğu, çünkü anılan Kanunun kooperatifin şirket olduğunu belirttiği, gerçi Kanunun 1. Maddesinde kooperatifin şirket olduğu ifade edilmekte ise de ticaret şirketi olup olmadığını açıkta bıraktığı, bu boşluk dolayısıyla bir tartışma başlatılabilir ve kooperatifin ticaret şirketi olmadığı teorik olarak ileri sürülebilir ve 124. Maddenin kooperatifi ticaret şirketi olarak kabul etmesi eleştirilebilirse de böyle bir tartışmanın kooperatif şirketin niteliği tartışmasını davet edeceği belirtilerek "...Anılan şirket adı şirket olmayacağına göre Türk hukukunda üç çeşit şirket ortaya çıkmış olur. Kooperatif şirkete uygulanacak hükümler sorunu da diğer sorunların ortaya çıkmasına sebep olur. Tasarı, tüm bu çözümün güç sorunları ortadan kaldırmak amacıyla kooperatifin ticaret şirketi olduğunu hükme bağlamıştır." demek suretiyle kooperatiflerin ticaret şirketi olduğunu vurgulamıştır. Kanun koyucunun kooperatifi ticaret şirketi, dolayısıyla tacir sayma iradesinin varlığı oldukça açıktır.tüm bu yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde kooperatiflerin ticaret şirketi ve tacir olduğu açıkça görülmektedir. Bu açık kanun hükümleri karşısında ticaret siciline tescili zorunlu olan, ancak bu şekilde tüzel kişilik kazanabilen, ticari defterler tutan, ortaklarının sermaye koyma borcu bulunan, şirketler ile birlikte düzenleme yapıp birleşme, bölünme ve tür değiştirme şartları düzenlenen ve iflasa tabi olan kooperatifin ticaret şirketi ve tacir sayılmaması mümkün değildir." YHGK., T. 29.11.2017, E.: 2017/1658, K. 2017/1464 (www.hukuktürk.com, Erişim Tarihi: 11.09.2020).*

lokanta, ticari vekil olarak atanan kasiyere⁵⁸ veya müşterilerin siparişlerini alan garsona⁵⁹ ihtiyaç duyabilir. Bu kişilerin her ne kadar esnaf işletmesi için temsilci olarak atanabileceği kabul edilse de, bu durum ticari vekilin esnaf işletmesine atanabilmesine engel olmamalıdır.

3. Ticari Vekilin Ticari İşletmeyi Yönetmek veya Bazı İşlerini Yürütmek İçin Yetkilendirilmiş Olması

TBK m. 551/1'de yapılan tanıma göre, ticari vekil ya işletmeyi yönetmek ya da işletmenin bazı işlerini yürütmek amacıyla atanabilir. Bu hâlde işletmeyi yönetmek için atanan ticari vekil genel yetkili ticari vekil, işletmenin bazı işlerini yürütmek için atanan ticari vekil ise özel yetkili ticari vekil olarak nitelendirilmektedir⁶⁰.

Ticari vekilin yetkisinin sınırı, ticari işletme sahibi tarafından belirlenir. Ticari işletme sahibi, ticari vekilin temsil yetkisini geniş veya dar tutarak, iradi olarak sınırlandırabilir. Bunun yanında ticari vekilin temsil yetkisinin sınırı, verilen hizmetin niteliğinden doğar ve bu yetkinin sınır ve içeriği dış ilişkideki görünüşe göre belirlenir⁶¹. Örneğin, ticari işletme sahibi tarafından atanan kasa görevlisi, ticari işletme içerisinde satım bedelini tahsil etmekle görevlidir. Bu bakımdan kasa görevlisinin yaptığı işin niteliği göz önüne alındığında, bu kişinin özel yetkili ticari vekil olarak atandığı varsayılır. Ancak kasa görevlisi, ticari temsilcinin yetkileri kapsamındaki işlemleri yapıyor ise, örneğin farklı zamanlarda açıkça yetkilendirilmeden tacir adına bono düzenlemişse, kasa görevlisinin ticari temsilci olduğu kabul edilmelidir.

Öğretide ticari vekilin yetkilerinin tipik olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁶². Ancak ticari vekilin yetkilerinin tipik olarak düzenlenmesi ile ne kastedildiği açık değildir. Bir görüşe göre ticari vekillik yetkisinin tipik olarak düzenlenmesinden kasıt, ticari vekillik yetkisinin belli tipik içerikli ve sözleşme ile verilmesidir⁶³. Ancak ticari vekillik yetkisi, ticari işletme sahibi ve ticari vekil arasında sözleşme

58 Kasiyerin ticari vekil olduğuna ilişkin bkz. **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 223; **Bilgili / Demirkapı**, s.76; **Feyzioğlu**, s. 432; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 154; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 124. Kasa görevlisinin, TBK m. 552 kapsamında diğer tacir yardımcılara örnek olduğuna ilişkin bkz. **Tekinalp**, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 260, N. 12-82a.

59 Garsonun özel yetkili ticari vekil olduğuna ilişkin bkz. **Bilgili / Demirkapı**, s.76; **Deryal**, s. 70.

60 **Arkan**, s. 192; **Bilgili / Demirkapı**, s. 76; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 449; **Domaniç / Ulusoy**, s. 372; **Deryal**, s. 70; **Ergün**, s. 194; **Feyzioğlu**, s. 428; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 123; **İnceoğlu**, s. 188; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 693, N. 1456; **Kayar**, s. 374; **Kayıhan**, Şaban, Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018, s. 301; **Mineliler**, s. 1468; **Tekil**, Fahiman, Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 1997, s. 200; **Zengin**, s. 33; **Yavuz**, s. 1327; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 722.

61 **Arslanlı**, s. 172; **Ayhan**, s. 594; **Mimaroglu**, s. 492.

62 **Becker**, Herman, Ticari Temsil Yetkisi (Prokuro) ve Ticari Vekillerin Temsil Yetkileri (andere Handlungsvollmachten) II, (Çeviren: Suat Dura), Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 4, 1982, s. 589; **Erkol**, s. 15; **Yavuz**, s. 1327; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 722. Korucuoğlu Doğan, ticari vekillik yetkisinin genel olarak tipik içerikte ve sözleşme ile verilen bir temsil yetkisi olduğunu belirtmiştir. Ancak, devamında ticari vekillik yetkisinin atipik bir sözleşmeyle verilmesinin de mümkün olduğunu ifade etmiştir (**Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 56). Ticari temsilcinin yetkisinin de tipik şekilde düzenlendiğine ilişkin **Becker**, Herman, Ticari Temsil Yetkisi (Prokuro) ve Ticari Vekillerin Temsil Yetkileri (andere Handlungsvollmachten) I, (Çeviren: Suat Dura), Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 3, 1982 s. 431.

63 **Becker**, II, s. 589.

olmadan da verilebilir⁶⁴. Dolayısıyla ticari vekillik yetkisinin, taraflar arasında sözleşmeye dayanarak verilmesinin, ticari vekillik yetkisinin tipik olarak düzenlendiği şekilde değerlendirilmesi isabetli değildir. Kanaatimizce, ticari vekilin yetkilerinin tipik şekilde düzenlenmesinden kasıt, ticari vekilin temsilci olmasıdır. Ancak temsilciden farklı olarak, ticari vekilin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırı yasal olarak çizilmiştir. Bu nedenle ticari vekilin yetkisinin, kapsam ve sınırları kanun tarafından çizilmiş tipik bir temsil yetkisi olduğu söylenebilir⁶⁵.

C. Atanması

Ticari vekil, ticari işletmeyi işleten kişi veya yetkili temsilcisi tarafından atanır. Ticari vekil atama yetkisinin ticari işletmeyi işleten kişide olması, bu kişinin her zaman tacir olduğu anlamına gelmemektedir. Zira TTK m. 16/2 gereğince “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”. Anılan fıkrada sayılan kişiler tacir sayılmasa dahi ticari vekil atama yetkisine sahip olacaklardır⁶⁶. Bu husus küçükler tarafından işletilen ticari işletmeler açısından da geçerlidir. Küçüklere ait ticari işletmelerde tacir sıfatı küçüğe ait olmasına karşın (TTK m. 13), ticari vekil, küçüğün velisi tarafından atanacaktır. Vesayet altında bulunan kişiler açısından vasinin yasak işlemleri arasında (Türk Medeni Kanunu⁶⁷ m. 449) ticari vekil atama işlemi sayılmamıştır. Buradan hareketle vasinin ticari vekil atayabileceği

64 TBK m. 554/1’de “hizmet, vekâlet, ortaklık ve benzeri sözleşmelerden doğan hakları saklı kalmak koşuluyla” denilerek ticari işletme sahibi ve ticari vekil arasında bir sözleşmenin bulunması gerektiğinden bahsedilmiştir. Oysa mülga Borçlar Kanunu m. 456/1’de “iki taraf arasında mevcut diğer hukuki münasebetlerden mütevellit haklara” denilerek, taraflar arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi dışında hukuki bir ilişki olabileceği belirtilmişti. TBK’nın yeni düzenlemesinden ticari işletme sahibi ile ticari vekil arasındaki ilişkinin mutlaka sözleşme ilişkisi olması gerektiği çıkarılabilir. Ancak taraflar arasında sözleşme ilişkisi olmadan da ticari vekilin atanması mümkündür. Örneğin, ticari işletme sahibi kendisine yardım eden eşini veya çocuğunu, mağazasına kasa görevlisi olarak atayabilir. Bkz. **Acar**, Ticari Mümessil, s. 2; **Becker**, II, s. 590; **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 805 ve dn. 25; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 34; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 14. Kanaatimizce taraflar arasında mutlaka sözleşme ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur. Ticari işletme sahibi ile ticari vekil arasında sözleşme bulunmasa dahi ticari vekilin atanması mümkündür. Bu nedenle TBK m. 554/1’de geçen “benzeri sözleşmelerden doğan” ibaresinin benzeri hukuki ilişkilerden olarak anlaşılması gerekir. Dolayısıyla TBK m. 554/1’in ilgili kısmının “hizmet, vekâlet, ortaklık sözleşmeleri ve benzeri hukuki ilişkilerden doğan hakları saklı kalmak koşuluyla” şeklinde değiştirilmesi uygun olacaktır. Nitekim temsilci açısından temsil olunan ile temsilci arasında bir ilişki bulunmasa bile temsil yetkisinin istisna da olsa verilebileceği belirtilmektedir. Bkz. **Akyol**, Şener, Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009, s. 166.

65 **Şener**, Ticari İşletme, s. 287. Feyzioğlu, ticari vekilin yetkisinin ticari temsilci gibi, içeriği tipik olarak düzenlenmiş bir temsilci olduğunu belirtmiştir (**Feyzioğlu**, s. 428). Aksi görüşte bkz. **Demirvuran**, s. 19, dn. 26. Yazara göre, ticari işletme sahibinin ticari vekilin yetkilerini kısıtlayabilmesi, ticari vekillik yetkisinin tipik olarak düzenlenmediğine işaret etmektedir.

66 TBK m. 551/1’de belirtilen ticari işletme sahibi ifadesinin tacir olarak anlaşılması hâlinde, TTK m. 16/2’de sayılan kişiler, tacir sayılmasa dahi ticari vekil atayabileceklerdir. Böyle bir durumda TTK m. 16/2 hükmü, ticari vekilin tacir tarafından atanabilmesinin istisnasını oluşturacaktır. Ancak ticari işletme sahibi ifadesi ticari işletmeyi işleten olarak yorumlanırsa, TTK m. 16/2’de sayılan kişiler, ticari işletme işlettikleri için herhangi bir istisna da söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 818, dn. 62.

67 RG. 08.12.2001, S. 24607.

söylenbilir⁶⁸. Ancak vasi yapacağı bazı işlemler için vesayet makamı olan sulh mahkemesi (TMK m. 462) ile denetim makamı olan asliye hukuk mahkemesinden (TMK m. 463) izin alınmalıdır. Vesayet makamından izin alınması gereken işlemler arasında ödünç verme ve alma, kambiyo taahhüdü altına girme ve dava açma ticari vekil için önem arz eder. Zira ticari vekil sayılan işlemleri açıkça yetkilendirilmesi şartıyla yapılabilir (TBK m. 551/2). Dolayısıyla vasinin ticari vekilin açıkça yetkilendirilerek yapması gereken işlemler açısından vesayet makamından izin alması gerekir⁶⁹. Bu işlemler için denetim makamının izni gerekiyorsa, denetim makamının da izni alınmalıdır.

Tüzel kişilerde ticari vekil, ilgili tüzel kişinin yönetim organı tarafından atanmaktadır⁷⁰. Örneğin, anonim şirketlerde ticari vekil, TTK m. 368 gereğince yönetim kurulu tarafından atanır. Bu noktada 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun⁷¹ 131'inci maddesi ile anonim şirketlere eklenen m. 371 hükmünün 7'nci fıkrasına değinmek gerekir. Anılan fıkra “*Yönetim kurulu, yukarıda belirtilen temsilciler dışında, temsile yetkili olmayan yönetim kurulu üyelerini veya şirkete hizmet akdi ile bağlı olanları sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını olarak atayabilir. Bu şekilde atanacak olanların görev ve yetkileri, 367'nci maddeye göre hazırlanacak iç yönergede açıkça belirlenir. Bu durumda iç yönergenin tescil ve ilanı zorunludur. İç yönerge ile ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını atanamaz. Bu fıkra uyarınca yetkilendirilen ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını da ticaret siciline tescil ve ilan edilir. Bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur*” şeklindedir⁷². Söz konusu hüküm gereğince atanacak olan ticari vekil atanma şekli, yetkisi ve kapsamı açısından TBK m. 551'de düzenlenen ticari vekilden farklı düzenlemeler içermektedir. Öncelikle “*sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını*” olarak atanacak kişilerin kimler olduğu açık değildir. Söz konusu hükümde belirtilen sınırlı yetkili ibaresi ticari vekilin temsil yetkisinin sınırlandırıldığını belirtmek için kullanılmıştır. Bu kapsamda atacak olan ticari vekil genel veya özel yetkili olabilir. Hükümde geçen “*Diğer tacir yardımcılarını*” ibaresi ile TBK m. 552'de düzenlenen kişilerin kastedildiği kabul edilmelidir. Aksi takdirde, ticari vekil dışında kalan tacir yardımcılarını, örneğin ticari temsilci ve pazarlamacı, hatta hükümde bağlı olan-olmayan tacir yardımcılarını ayırımı yapılmadığından, bağlı olmayan tacir yardımcılarını da bu fıkra kapsamında atanabilecektir⁷³. Ayrıca

68 Bu yönde bkz. **Baştuğ**, İrfan, Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı, Batider, C. 5, S. 4, 1970, s. 811; **Erkol**, s. 35; **Kaya**, Ticari Vekil, s. 35; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 19. Öğretide bu husus genellikle ticari temsilci açısından tartışılmıştır. Tartışmalar için bkz. **Eryiğit**, Harun: Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2017, s. 165 vd.; **Yolal**, Oğuz, Ticari Vekil, Ankara 2020, s. 85 vd.

69 Bu yönde bkz. **Demirvuran**, s. 49. Vasiye tanınan temsil yetkisi kişisel nitelikte olup, bu yetki başkasına devredilemez. Ancak belirli hukuki işlemlerle sınırlı olmak üzere üçüncü kişilere yetki verilebilir. Bkz. **Açıkgöz**, Aslı, Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017, s. 199; **Eşelioğlu Sezgili**, Nevin, Vasinin Görevleri ve Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi SBE, Mersin 2007, s. 70.

70 Tüzel kişilerde ticari vekil atanmasına ilişkin bkz. **Yolal**, s. 91 vd.

71 RG. 11.09.2014, S. 29116 (Mükerrer).

72 6552 sayılı kanun ile limited şirketlere ilişkin TTK m. 629'a da üçüncü bir fıkra eklenmiştir. Anılan fıkra “*Müdürlük tarafından şirkete hizmet akdi ile bağlı olanların sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarını olarak atanması hususunda 367'nci madde ile 371'inci maddenin yedinci fıkrası kıyasen limited şirketlere de uygulanır*” şeklindedir. Bu hükümde TTK m. 371/7'ye atf yapıldığı için anonim şirketler açısından yapılan değerlendirmeler, limited şirket açısından da geçerli olacaktır.

73 Bağlı olmayan tacir yardımcılarının TTK m. 371/7'nin kapsamında olup olmadığı açıkça anlaşılamamaktadır. Ancak

hükümde ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının ticaret siciline tescil ve ilan edileceği belirtilmiştir. Oysaki TBK m. 551 anlamında ticari vekilin tescil edilmesi zorunlu değildir. Buna karşın ticari vekil herhangi bir şekilde tescil edilmişse, bu tescil hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁷⁴. TTK m. 371/7 ve 629/3 ile sınırlı yetkili ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının – istisnai olarak – tescil edilebilmesi düzenlenmiştir.

Ticari vekil olarak atanan kişinin tüzel kişi olup olamayacağına da değinmek gerekir. Tüzel kişilerin ticari vekil olarak atanıp atanamayacağına ilişkin TBK'da açık bir hüküm yoktur⁷⁵. Bu husus öğretilerde genel olarak ticari temsilci için tartışılmış, ticari vekilin tüzel kişi olup olamayacağına ise çok fazla değinilmemiştir. Bir görüş, tüzel kişilerin ticari vekil olarak atanamayacağını belirtmiştir⁷⁶. Zira ticari temsilcinin atanmasında, ticari işletme sahibi ile ticari temsilci arasında bir güven ilişkisi mevcuttur. Bu güven ilişkisi ise kişisel vasıflara dayanmaktadır. Dolayısıyla tüzel kişi ticari temsilci olamaz. Ayrıca tüzel kişinin ticari temsilci olması hâlinde, tüzel kişi ticari temsilcilik yetkisini organları aracılığıyla kullanacaktır. Tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin değişmesi, dolaylı olarak ticari işletme sahibinin etkisi olmadan ticari temsilcinin de değişmesine neden olacaktır. Bu durum ise ticari temsilcinin değişmeyeceği ilkesine ters düşmektedir.

hükümün amacından hareketle bağlı olmayan tacir yardımcılarının kapsam dışı tutulması gerekir. Aksi takdirde hükümün uygulama alanı genişleyecektir. Bkz. **Akdağ Güney**, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016, s. 122. Diğer tacir yardımcılarını ifadesi ile ticari temsilcinin belirtildiğine ilişkin bkz. **Cenkci**, Ticari Temsilci, s. 103-104.

- 74 **Arkan**, s. 193; **Arslanlı**, s. 172; **Bilgili / Demirkapı**, s. 77; **Cihangiroğlu**, s. 161; **Deryal**, s. 70; **Domaniç**, Şerh, s. 363; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 329; **Domaniç / Ulusoy**, s. 372; **Ergün**, s. 197; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1458; **Kayıhan**, s. 301; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 34; **Teoman**, s. 241; **Şener**, Ticari İşletme, s. 283. Edgü, ticari vekilin üçüncü kişilerin güvenliği açısından ticaret siciline kaydedilmesi gerektiğini, ticari vekilin yetkileri sınırlandırılmış ise, ticari işletme sahibinin bu sınırlamayı da ticaret siciline bildirmek zorunda olduğunu belirtmiştir (**Edgü**, s. 168). Yazar, diğer bir yerde ticari vekilin tescilinin zorunlu olmadığını, ancak tescil edilmiş ise ticari vekilin yetki sınırlarının da tescil edilmesi gerektiğini ifade etmiştir (**Edgü**, s. 169). Bu ifadelerden yazarın ticari vekilin tescilinin zorunlu olmadığını, ancak tescil edilmişse bu tescilin hüküm ve sonuç doğuracağını ve ticari vekilin yetkilerine sınırlandırma getirilmişse, bu sınırlamanın da tescil edilmesi gerektiğini ileri sürdüğü söylenebilir. Ancak TBK'da ticari vekilin tescil edilmesi gerektiği öngörülmediğinden, ticari vekilin tescil ve ilan edilmiş olması herhangi bir hüküm ve sonuç doğurmayacaktır.
- 75 Ticari vekilin tanımında kullanılan kişi ibaresi ile gerçek ve tüzel kişilerin işaret edildiğine, buradan hareketle tüzel kişilerin ticari vekil olarak atanabileceğine ilişkin bkz. **Karaahmetoğlu**, s. 345.
- 76 Ticari vekilin gerçek kişi olması gerektiği yönünde bkz. **Ayhan**, s. 594; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 472; **Güllüce**, s. 40; **Kaplan**, s. 51; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1457. Alman hukukunda bu konu hakkında öğretilerde görüş birliği bulunmamakla beraber, ticari vekilin gerçek kişi olması gerektiği yönünde bkz. **Rumpf**, Christian, Alman Hukuku'nda Ticari Vekil ve Yetkileri, <https://www.rumpf-legal.com/tr/downloads/alman-hukukunda-ticari-vekil.pdf>, s. 3. Ticari temsilci açısından bkz. **Acar**, Ticari Mümessil, s. 5; **Arkan**, s. 182-183; **Arslanlı**, s. 168; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 220; **Birsal**, Ticari Mümessil, s. 10; **Bozer / Göle**, s. 106; **Cihangiroğlu**, s. 155; **Deryal**, s. 65; **Domaniç**, Şerh, s. 353; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 318; **Domaniç / Ulusoy**, s. 362; **Edgü**, s. 168; **Feyzioğlu**, s. 412-413; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 148; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 118; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 84-85; **Mimaroglu**, s. 390; **Olgaç**, s. 391; **Özdemir / Kınacıoğlu**, s. 187; **Şener**, Ticari Temsilci, s. 60; **Tekil**, s. 199; **Teoman**, s. 230; **Tunçer**, Polat, Ticaret Hukuku, Ankara 2014, s. 106. Kanuni düzenleme, ticari temsilcinin gerçek kişi olması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Aslan**, İ. Yılmaz, Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa 2018, s. 89; **Poroy / Yasaman**, s. 235-236. Tüzel kişilerin ticari temsilci olamayacaklarının aksinin düşünülmemesi ve tercihin tacire bırakılması gerektiği yönünde bkz. **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 436. Yıldız, limited şirketlere atanacak ticari temsilcinin gerçek kişi olması gerektiğini ifade etmiştir (**Yıldız**, Şükrü, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Ankara 2007, s. 267). İsviçre hukukunda ticari vekil olarak gerçek kişilerin atanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **CHK – Schwarz**, Art. 462, N. 3; **Gautschi**, Georg, Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung. 6. Teilband, Besondere Auftrags – und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Bern 1962, Art. 462, N. 4.

Diğer bir görüş, tüzel kişilerin ticari vekil olarak atanabileceğini kabul etmiştir⁷⁷. Bu görüşe göre, ticari işletme sahibini kendi isteğine karşı koymanın anlamı yoktur. Zira ticari işletme sahibi, ticari temsilci olarak tüzel kişiyi atamışsa, bu tüzel kişinin organlarının da ileride değişebileceğini kabul etmiş olmaktadır. Ticari işletme sahibinin, ticari temsilciye karşı güven duymaması hâlinde ise ticari temsilciyi her zaman azletme yetkisi vardır. Ayrıca ticari temsilcilik yetkisi, tüzel kişinin organlarına verilmiştir. Tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin değişmesi hâlinde, ticari temsilcinin değiştiğinden bahsedilemez.

Kanaatimizce tüzel kişi ticari vekil olarak atanabilmelidir. Azınlıkta kalan görüşleri kabul etmemizin yanında, öncelikle hukuk sistemimizde güvene dayalı olarak yapılan işlemler, tüzel kişiler tarafından yapılabilmektedir⁷⁸. Örneğin, vasiyeti yerine getirme görevlisi tüzel kişi olabilmektedir⁷⁹. Dolayısıyla güven ilişkisine dayalı olarak atanan vasiyeti yerine getirme görevlisinin tüzel kişi olarak atandığı bir sistemde, ticari vekilin de tüzel kişi olarak atanabilmesi kabul edilmelidir⁸⁰. Aynı şekilde tüzel kişilerin, anonim şirketlerde yönetim kurulu üyeliğine limited şirketlerde ise şirket müdürü olarak atanabilmeleri mümkündür (TTK m. 359/2, m. 623/2). Nitekim çoğunluk görüşte olan bir kısım yazar⁸¹ 6762 sayılı mülga Ticaret Kanunu döneminde tüzel kişilerin anonim şirket yönetim kurulu üyesi olarak atanmalarının mümkün olmadığından hareketle ticari temsilcinin gerçek kişi olması gerektiğini belirtmişlerdir. Bunun yanında ticari işletme sahibi ile ticari vekil arasında, ticari temsilci olduğu gibi sıkı bir güven ilişkisine gerek yoktur. Dolayısıyla ticari işletme sahibi ile ticari temsilci arasında aranan sıkı güven ilişkisinin, ticari vekil açısından bulunmasına gerek yoktur. İkinci olarak, şirketler arasındaki işbirliğinin gelişmesi ve bir alanda uzman olan şirketler ve diğer tüzel kişilerden, ticari işletme sahibinin yararlanabilmesi için tüzel kişiler ticari vekil olarak atanabilmelidir⁸². Tüzel kişiyi ticari vekil olarak atamak isteyen ticari işletme sahibinin bu isteğine karşı koymanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır⁸³. Ayrıca günümüzde gerçek kişi ile tüzel kişinin herhangi bir faaliyet alanında uzmanlaşması karşılaştırıldığında, tüzel kişinin daha ileride olduğu görülmektedir. Üçüncü olarak, tüzel kişinin ticari temsilci olarak atanmasının nedenlerinden biri olarak, tüzel kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin değişmesi gösterilmiştir. Bu noktada ticari işletme sahibinin ticari vekili her zaman azletme hakkı bulunmaktadır. Ticari işletme sahibi, ticari vekil olarak atadığı tüzel kişiyi temsil eden organlar konusunda bir tereddüde düşerse ticari vekili her zaman azledebilir. Ayrıca TTK m. 18/2 gereğince her tacirin, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Dolayısıyla ticari işletme sahibi, ticari vekilin atanması esnasında, tüzel

77 **Ergün**, s. 196; **Karahmetoğlu**, s. 345; **Korucuoğlu Doğan**, Rekabet, s. 6; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari vekil, s. 30; **Mineliler**, s. 1471; **Taşatan**, s. 329. Ticari temsilci açısından bkz. **Bilgili**, Fatih, Tüzel Kişilerin Ticari Temsilciliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004, s. 37, 42; **Eryiğit**, s. 179; **Karayalçın**, s. 487-488; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 84-85. Tüzel kişilerin ticari temsilci olarak atanmasına hukuki bir engel bulunmadığına, ancak uygulamada tüzel kişi ticari temsilci ile karşılaşamayacağına ilişkin bkz. **Yavuz**, s. 1322; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 718.

78 **Albaş**, s. 51.

79 **Albaş**, s. 51.

80 **Albaş**, s. 51.

81 **Domaniç**, Şerh, s. 363; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 318; **Domaniç / Ulusoy**, s. 362.

82 Ticari temsilci açısından bkz. **Karayalçın**, s. 487.

83 **Karahmetoğlu**, s. 263.

kişinin organlarını oluşturan gerçek kişilerin zaman içerisinde değişebileceği ihtimalini göz önünde bulundurmalıdır. Dördüncü olarak, tüzel kişinin ticari vekil olarak atanabileceğinin dolaylı da olsa yasal dayanağı bulunmaktadır. Gerçekten de TTK m. 318/2'de komandit şirketlerde komanditer ortakların ticari vekil olarak atanabileceği düzenlenmiştir. TTK m. 304/3'te ise komanditer ortakların tüzel kişi olarak atanabileceği belirtilmiştir. Görüldüğü üzere tüzel kişi komanditer ortakların ticari vekil olarak atanabilmesi hukuken mümkündür. Sonuç olarak yukarıda anlatılan gerekçelerle tüzel kişinin ticari vekil olarak atanabilmesi mümkündür.

II. Ticari Vekil ile Temsilcinin Karşılaştırılması

Ticari vekil ve temsilci arasında benzerlik olduğu gibi farklılıklar da mevcuttur. İki kurum arasındaki benzer özellik ticaret siciline tescil hususudur. Ticari vekilin atanmasında veya ticari vekilin yetkisinin sona ermesinde ticaret siciline tescil söz konusu değildir. Aynı durum temsilci açısından da geçerlidir. Ancak anonim ve limited şirketlere atanan sınırlı yetkili ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarını istisnai olarak ticaret siciline tescil edilebilmektedir (TTK m. 371/7, TTK m. 629/3). Diğer bir benzerlik atanma şekli açısındandır. Ticari vekil ve temsilcinin her ikisi de, açık veya zımni irade beyanıyla atanabilmektedir⁸⁴.

Ticari vekil ile temsilci arasında bazı farklar⁸⁵ da mevcuttur. Öncelikle ticari vekilin yetkileri ticari işletmenin olağan işleriyle sınırlıdır. Buna karşın temsilcinin yetkileri temsil edilenin iradesine bağlı olarak değişmektedir. Ayrıca ticari vekilin ve temsilcinin atandığı yer bakımından fark vardır. Ticari vekil sadece ticari işletmeler atanabiliyorken, temsilci açısından bu şekilde bir sınırlama mevcut değildir. Ticari işletme niteliğine sahip olmayan işletmelere de temsilci atanabilmesi mümkündür⁸⁶.

Ticari vekil ve temsilci, yetkilerinin sona ermesi bakımından da birbirlerinden ayrılmaktadır. Temsil ilişkisi, kural olarak temsil olunanın ölümü, gaip olması veya fiil ehliyetini kaybetmesi hâlinde sona ermesine rağmen (TBK m. 43/1), ticari vekilin yetkisi ticari işletme sahibinin ölümü⁸⁷ veya fiil ehliyetini kaybetmesi ile sona ermez⁸⁸ (TBK m. 554/2). Ticari vekil açısından

84 Ticari vekilin zımni irade beyanıyla atanabileceğine ilişkin bkz. OFK – **Jermi** / **Vanotti**, Art. 462, N. 2; CHK – **Schwarz**, Art. 462, N. 4.

85 Bu farklılıklar için bkz. **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 13; **Mineliler**, s. 1469; **Tekil**, s. 202.

86 Örneğin, esnaf işletmesine temsilci atanabilmesi mümkün iken, ticari vekil atanması mümkün değildir.

87 TBK m. 554/2'de ticari vekilin ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesinden bahsedilmiş, gaiplikten bahsedilmemiştir. Anılan maddenin gerekçesinde de bununla ilgili bir açıklama yapılmamıştır. Kanaatimizce ticari işletme sahibinin gaip olması halinde de ticari vekillik ilişkisinin sona ermesi gerekir. Bu yönde bkz. **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 446; **İnceoğlu**, s. 289; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 81; **Taşatan**, s. 325, dn. 26; **Tokat**, Hüseyin, Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018, s. 204.

88 Benzer bir düzenleme vekâlet sözleşmesinin sona ermesi açısından da getirilmiştir. TBK m. 513/1'e göre "Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur".

böyle bir düzenlemeye gidilmesinin nedeni ticari işletmenin faaliyetlerinin devam etmesini⁸⁹ ve ticari güven ortamının korunmasını sağlamaktır⁹⁰.

Son olarak ticari vekil rekabet yasağına tabi iken temsilci için böyle bir yasak söz konusu değildir. Gerçekten de TBK m. 553'te ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları açısından rekabet yasağı düzenlenmişken, temsilciler açısından rekabet yasağı düzenlenmemiştir⁹¹. Ticari vekil, ticari işletme sahibi ile arasındaki temel ilişkinin hukuki niteliği önemli olmaksızın, ticari işletme sahibine karşı sadakat yükümlülüğü altındadır⁹². Sadakat yükümlülüğünün sonucu olarak ticari işletme sahibine zarar verecek, onun menfaatine aykırı olacak davranışlardan kaçınması gerekir. Bu nedenle ticari vekil hakkında rekabet yasağı öngörülmüştür.

III. Ticari Vekil İle Ticari Temsilcinin Karşılaştırılması

TBK m. 547-550 arasında ticari temsilci düzenlenmiştir. TBK m. 547'de ticari temsilci "*işletme sahibinin, ticari işletmeyi yönetmek ve işletmeye ilişkin işlemlerde ticaret unvanı altında, ticari temsil yetkisi ile kendisini temsil etmek üzere, açıkça ya da örtülü olarak yetki verdiği kişidir*" şeklinde tanımlanmıştır.

Ticari temsilci ile ticari vekil arasındaki benzerliklerin veya farkların açıklanması önemli bir husustur. Zira ticari işletmeye atanmış kişinin ticari temsilci mi yoksa ticari vekil mi olduğu genellikle anlaşılammaktadır. Özellikle ticari temsilci ile ticari vekilin yetkilerinin kapsamının farklı olması, yapılan işlemlerin ticari işletme sahibini bağlaması anlamında önemlidir. Örneğin, ticari işletme

89 Albaş, s. 90; Arkan, s. 190; Ayhan, s. 590; Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 468; Baçoğlu, Şebnem, Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1980, s. 231; Bilgili / Demirkapı, s. 75; Bırsel, Ticari Mümessil, s. 3-4; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 446; Cihangiroğlu, s. 159; Deryal, s. 69; Domaniç, Şerh, s. 369; Domaniç, Ticaret Hukuku, s. 327-328; Domaniç / Ulusoy, s. 370; Erem, s. 246; Feyzioğlu, s. 442; Karayalçın, s. 493; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 691, N. 1447; Mimarçoğlu, s. 396; Mineliler, s. 1485; Olgaç, s. 332, dn. 3; Özdemir / Kınacıoğlu, s. 191; Poroy / Yasaman, s. 243; Teoman, s. 242; Tuna, s. 180; Uzunallı, Sevilay / Şener, Oruç Hami, Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017, s. 50. Şener'e göre, ticari işletme sahibinin ölmesi hâlinde ticari temsil yetkisinin devam etmesinin çeşitli nedenleri vardır. Bunlardan ilki ticari işletmenin devamlılığını sağlamaktır. İkincisi ise, ticari ilişkilerin kesinlik ve güvenlik ihtiyacını düzenlemektir. Nitekim TBK m. 554/2 hükmü olmasaydı pek çok durumda ticari temsilcilik ilişkisinin son bulmayacağı açıktır. Ayrıca yazar, düzenleme ile ticari temsilcinin yetkisinin sona erip ermediği hususundaki tereddütlerin kaldırıldığı belirtmektedir (Şener, Ticari Temsilci, s. 372, 392). Kırca, ticari işletme sahibinin ölümü durumunda mirasçılardan işletmenin geleceği hakkında karar vermesinin; fiil ehliyetini kaybetmesi durumunda ise, kanuni temsilcinin yeni bir ticari temsilci atamasının zaman alması nedeniyle, böyle bir düzenlemenin yapıldığını belirtmiştir (Kırca, Ticari Mümessil, s. 189).

90 Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 691, N. 1447; Şener, Ticari Temsilci, s. 374.

91 TBK m. 553/1'de ticari vekilin (bağlı tacir yardımcıların) rekabet yasağı düzenlenmiştir. Bu fıkra gereğince "*Bir işletmenin bütün işlerini yöneten veya işletme sahibinin hizmetinde bulunan ticari temsilciler, ticari vekiller veya diğer tacir yardımcıları, işletme sahibinin izni olmaksızın, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak, kendilerinin ya da bir üçüncü kişinin hesabına işletmenin yaptığı türden bir iş yapamayacakları gibi, kendi hesaplarına bu tür işlemleri üçüncü kişilere de yaptırılmazlar*". Söz konusu hükmün ikinci fıkrasında ise rekabet yasağına aykırı şekilde davranılmasının yaptırımları düzenlenmiştir. TBK m. 553'ün ikinci fıkrasına göre, "*işletme sahibi, aralarındaki hukuki ilişkiden doğan hakları saklı kalmak kaydıyla, uğradığı zararını giderilmesini isteyebileceği gibi, bunun yerine, ticari temsilcinin, ticari vekilin veya diğer tacir yardımcısının kendi hesabına yaptığı veya üçüncü kişilere yaptırdığı işlerin kendi hesabına yapılmış sayılmasını ve bu işler dolayısıyla aldıkları ücretin verilmesini veya aynı işlerden doğan alacağın devredilmesini isteyebilir*". Fıkra metninde "*bunun yerine*" ifadesi kullanıldığı için anılan fıkrada bahsedilen hakların, seçimlik haklar olduğu söylenebilir. Nitekim TBK m. 553'ün gerekçesinde de bu hakların ticari işletme sahibine tanınan seçimlik haklar olduğu belirtilmiştir.

92 Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 681, N. 1420; Kırca, Ticari Mümessil, s. 171.

sahibi tarafından atanmış bir kişinin bono düzenlemesi hâlinde, atanan kişi ticari vekil olarak kabul edilirse, açık olarak yetkilendirilmedikçe bono düzenleyemeyecektir (TBK m. 551/2). Ancak ticari temsilci olarak kabul edilirse açıkça yetkilendirilmeden de bono düzenleme yetkisi bulunacak ve bu bono ticari işletme sahibini bağlayacaktır (TBK m. 548/1). Bu nedenle iki kurum arasındaki farkların belirleneceği açık ve kesin bir hükmün TBK'ya konulması faydalı olacaktır⁹³.

Ticari vekil ve ticari temsilci arasındaki benzerlikleri şu şekilde açıklayabiliriz:

– Ticari vekil ve ticari temsilci sadece ticari işletmeler için atanabilir. Mülga BK m. 449/3'te “*diğer nevi müesseselerde ve işlerde ticaret siciline kayıttan başka suretle ticari mümessil tayin olunamaz*” şeklindeki hükümden hareketle ticari temsilcinin esnaf işletmesine atanabileceği kabul edilmişti⁹⁴. Anılan hüküm mevcut Türk Borçlar Kanunu'na alınmamıştır⁹⁵. Bu nedenle, esnaf işletmelerine ticari temsilci atanmasının mümkün olmadığı söylenebilir. Ayrıca, TBK m. 547/1'de ticari temsilcinin ticari işletmeyi yönetmesinden bahsedilerek, esnaf işletmesine ticari temsilcinin atanamayacağı ifade edilmiştir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler içerisinde ticari temsilci ile ticari vekilin esnaf işletmelerine atanması mümkün değildir⁹⁶.

– Ticari temsilci ve ticari vekil Türk Borçlar Kanunu'nun özel borç ilişkilerini düzenleyen ikinci kısmının on ikinci bölümünde ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları başlığı altında düzenlenmiştir. Her iki temsilcide bağlı tacir yardımcılarında olup, ticari işletme sahibi ile

93 **Albaş**, s. 29, 93; **Karayalçın**, s. 495; **Mineliler**, s. 1472; **Tuna**, s. 181.

94 **Acar**, Ticari Mümessil, s. 3, dn. 8; **Albaş**, s. 12; **Arslanlı**, s. 168; **Ayhan**, s. 573, 577; **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 220; **Cihangiroğlu**, s. 155; **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 815, dn. 5; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 321; **Domaniç / Ulusoy**, s. 365; **Feyzioğlu**, s. 412; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 148; **İmregün**, Kara Ticareti, s. 118; **Tuna**, s. 178. Aksi görüşte bkz. **Teoman**, s. 230. Yazar mülga Borçlar Kanunu döneminde esnaf işletmesine ticari temsilci atanmasının imkânsız olduğunu belirtmiştir. Esnaf işletmesinin ticaret siciline tescil edilememesi de, ticari temsilcinin esnaf işletmesine atanamayacağını göstermektedir. Ticaret siciline kayıtlı olmayan bir esnaf işletmesine atanan ticari temsilciye ilişkin vekâletnamenin, tescil edilemeyeceği açıktır.

95 TBK m. 547'nin madde gerekçesinde 818 sayılı Borçlar Kanununa göre herhangi bir değişiklik olmadığı belirtilmiştir. Ancak TBK m. 547'ye göre artık esnaf işletmeleri için ticari temsilcinin atanması mümkün değildir. Bu nedenle en azından madde gerekçesinde değişikliğin yazılması isabetli olurdu. Bu yönde bkz. **Arkan**, s. 180; **Demirkapı**, Ticari Temsilci, s. 817.

96 “*Aynı husus TBK 551. maddesinde ise “Ticari vekil, bir ticari işletme sahibinin, kendisine ticari temsilcilik yetkisi vermeksizin, işletmesini yönetmek veya işletmesinin bazı işlerini yürütmek için yetkilendirdiği kişidir. Bu yetki, işletmenin alışılmış bütün işlemlerini kapsar. Ancak, ticari vekil açıkça yetkili kılınmadıkça, ödünç olarak para veya benzerlerini alamaz, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, dava açamaz ve açılmış davayı takip edemez.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle ticari mümessillik ile ticari vekalet arasındaki farkları ana hatlarıyla şöyle sıralayabiliriz: Ticari mümessil, hem ticari işletme hem esnaf işletmesi için; ticari vekil ise, sadece ticari işletme için tayin edilebilir. Ticari mümessil, hem ticari işletme hem esnaf işletmesi için; ticari vekil ise, sadece ticari işletme için tayin edilebilir”* YHGK., T. 19.06.2013, E. 2013/12-2, K. 2013/866 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 12.09.2020). Anılan Hukuk Genel Kurulu kararına atf yapılarak aynı yönde verilen güncel kararlar için bkz. Y. 12. HD., T. 3.7.2018, E. 2017/5549, K. 2018/7155 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.09.2020); Y. 12. HD., T. 22.1.2018, E. 2016/27009, K. 2018/462 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 12.09.2020). Kanaatimizce mülga Borçlar Kanunu'na göre verilen bu karar, TBK m. 547 hükmünün açık olması karşısında isabetli değildir. Zira TBK m. 551 zikredildikten sonra, ticari temsilcinin esnaf işletmesine atanabileceğinin belirtilmesi yerinde olmamıştır. Nitekim bahsedilen Hukuk Genel Kurulu kararına atf yapan bir kararda da bu husus açıkça belirtilmiştir. “*Bununla birlikte, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 449/3 maddesi, esnaf işletmelerine ticari temsilci atanmasına olanak tanımakta iken bu husus 6098 Sayılı Borçlar Kanunu'na alınmamıştır. Dolayısıyla hem ticari temsilci hem de ticari vekil sadece ticari işletme için tayin edilebilir*” Y. 12. HD., T. 11.9.2017, E. 2016/18252, K. 2017/10387 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 14.09.2020).

aralarındaki ilişki bakımından da benzerlik göstermektedirler. Her iki tacir yardımcısının da ticari işletme sahibi ile arasındaki ilişki geçici bir ilişki olmayıp, aralarında süreklilik ilişkisi mevcuttur⁹⁷.

– Ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcıları açısından TBK’da ortak hükümler düzenlenmiştir. Gerçekten rekabet yasağı başlığı altında düzenlenen TBK m. 553 ve ticari temsilcilerin, ticari vekillerin ve diğer tacir yardımcılarının yetkilerinin sona ermesi başlığı altında düzenlenen TBK m. 554 ticari temsilci ve ticari vekil açısından ortak hükümlerdir.

– Ticari temsilci ve ticari vekil atanma şekilleri bakımından birbirlerine benzemektedir. Her iki bağlı tacir yardımcısı da ticari işletme sahibinin açık veya zımni irade beyanıyla atanabilir. Ayrıca ticari temsilci ve ticari vekil, TBK m. 40 ve devamında düzenlenen temsilcinin özel bir türünü oluşturmaktadır.

Ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkları⁹⁸ şu şekilde açıklayabiliriz:

– Ticari temsilci, sadece ticari işletme işleten kişi tarafından atanmasına karşın, ticari vekil ticari işletmeyi işleten kişi veya ticari temsilci tarafından atanabilmektedir. Ticari vekilin, ticari temsilci tarafından atanabileceği öğretide ve Yargıtay kararlarında belirtilmiştir⁹⁹. Dolayısıyla ticari vekilin hiyerarşik olarak ticari temsilciden sonra geldiği ifade edilebilir¹⁰⁰.

– Ticari temsilcinin, ticari işletme sahibi tarafından ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi zorunludur (TBK m. 547/2). Buna karşın kural olarak ticari vekilin ticaret siciline tescil edilme zorunluluğu bulunmamaktadır¹⁰¹. TSY m. 47/1 gereğince ticari temsilcinin atanmasına ve temsil yetkisine ilişkin belgenin noter onaylı örneği ticaret sicil müdürlüğüne verilecektir. Tescilde; ticari temsilcinin adı ve soyadı, kimlik numarası, yerleşim yeri ve temsil yetkisi ile varsa temsil süresi, temsil yetkisine ilişkin

97 **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 453.

98 Farklar için bkz. **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 453; **Cihangiroğlu**, s. 160; **Domaniç**, Şerh, s. 364; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 330-331; **Domaniç / Ulusoy**, s. 373-374; **Dündar**, Hamit, Yasa ve Yargıtay İçtihatları Kapsamında Ticari Müessil ve Ticari Vekil’in Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 132, 2006, s. 25; **Ergün**, s. 199-200; **Sungur**, s. 301.

99 **Arkan**, s. 184, 192; **Arslanlı**, s. 172; **Aslan**, s. 92; **Ayhan**, s. 594; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 471; **Bilgili / Demirkapı**, s. 77; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 450; **Cihangiroğlu**, s. 156; **Deryal**, s. 70; **Ergün**, s. 196; **Feyzioğlu**, s. 430; **İnceoğlu**, s. 188; **Kaplan**, s. 53; **Karaahmetoğlu**, s. 343-344; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1457; **Kayar**, s. 374; **Kayıhan**, s. 301; **Korucuoğlu Doğan**, Rekabet, s. 5; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 18; **Mineliler**, s. 1470; **Olgaç**, s. 320; **Pulaşlı**, Temsil, s. 9; **Sungur**, s. 302; **Şener**, Ticari İşletme, s. 282; **Şener**, Ticari Temsilci, s. 165; **Taşatan**, s. 327; **Tekil**, s. 201; **Tunçer**, s. 110; **Uluslan**, s. 628. Yargıtay tarafından verilen kararlarda da ticari vekilin, ticari temsilci tarafından atanabileceği belirtilmiştir. “...*Limited Şirketlerde ticari mümessil tayin etmeye genel kurul yetkili olup, ticari mümessil ise ticari vekil atayabilir. Dosyada mevcut 26.06.2012 tarihli vekâletname incelendiğinde; borçlu şirketin ticari mümessili C. A.’nin, A. İ.’yi ticari vekil olarak atadığı...*” Y. 12. HD., T. 26.03.2014, E. 2014/5952, K. 2014/8797 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020); “...*borçlu şirketin ticari mümessili Mustafa Karaduman tarafından ticari vekil olarak atanan Cüneyt Küpelî’nin şirket adına çek düzenlemek dışında...*” Y. 12. HD., T. 25.05.2015, E. 2015/3966, K. 2015/14086 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 16.09.2020); “...*yetkili ticari mümessileri... ve... tarafından verilen.... Noterliği’nin 09.02.2010 tarihli vekâletnamesi ile davacı borçlunun ticari vekil olarak atandığı, vekâletname içeriğine göre davacı borçlu ... ile...’e müşterek imza ile çek ve senet düzenleme yetkisi verildiği görülmektedir.*” Y. 12. HD., T. 13.01.2015, E. 2014/30331, K. 2015/425 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 17.09.2020); “*Limited Şirketlerde ticari mümessil tayin etmeye genel kurul yetkili olup, ticari mümessil ise ticari vekil atayabilir*” Y. 12. HD., T. 18.2.2014, E. 2014/1341, K. 2014/4257 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 18.09.2020)

100 **Albaş**, s. 30.

101 İsviçre hukukunda ticari vekilin tescil edilmeyeceğine ilişkin bkz. **Gautschi**, Art. 462, N. 5; **CHK – Schwarz**, Art. 462, N. 5.

belgenin tarihi ve sayısı da gösterilir. Söz konusu hükümde ticari temsilcinin tescilinde temsil yetkisine ilişkin belgenin aranmasının, ticari temsilcinin yazılı veya sözlü olarak atanabilmesine aykırı olduğu söylenebilir. Zira anılan fıkra ticari temsilcinin yazılı olarak atanması gerektiğine işaret etmektedir.

Yargıtay, ticari temsilcinin ticaret siciline tescilinin niteliği hususunda farklı görüşte kararlar vermiştir. Bir kısım kararlarında¹⁰² tescilin açıklayıcı nitelikte olduğunu “*Ticari mümessilin tayininin ticaret siciline tescili, kurucu (ihdası) nitelikte değildir*” şeklinde açıkça ifade etmiştir. Diğer kısım kararlarında¹⁰³ ise, ticari temsilcinin atanmasına ilişkin vekâletnamenin tescilinin zorunlu olduğunu, tescil edilmemiş ise atanan kişinin ticari temsilci olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu yönde verilen kararlardan¹⁰⁴ birinde ticaret siciline tescilin zorunlu olduğu “*vekâletnamedeki geniş yetkiler uyarınca vekil olan bu şahıs ticari mümessil sayılması için borçlunun ticarethane sahibi olması yanında vekâletnamenin de, ticaret siciline kaydedilmesi zorunludur*” şeklinde belirtilmiştir. Kanaatimizce TBK m. 547/2’de belirtilen “*ancak ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına bağlı değildir*” cümlesi, ticari temsilcinin ticaret siciline tescilinin kurucu nitelikte olmadığını açıkça göstermektedir. Bu nedenle ticaret siciline tescilin kurucu nitelikte olduğu yönündeki kararların isabetli olmadığını belirtmek gerekir¹⁰⁵.

Ticari vekilin yetkisinin tesciline ilişkin anonim ve limited şirketlerde – istisnai olarak sınırlı yetkili ticari vekil ve diğer tacir yardımcılarının ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi öngörülmüştür (TTK m. 371/7, 629/3)¹⁰⁶.

102 “*Ticari bir işletmeye ticari mümessil tayini için bir şekil şartı yoktur. Ticari mümessilin tayininin ticaret siciline tescili kurucu (ihdas) nitelikte değildir. Zira, B.K.’nin 452.maddesi gereğince mümessil tayin edilirken tescil edilmemiş olsa bile sadece temsil selahiyetinin geri alınması halinde keyfiyetin ticaret siciline kayıt edilmesi zorunludur*” Y. 12. HD., T. 13.12.2004, E. 2014/20223, K. 2014/25824 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 18.09.2020); “*...Ticari bir işletmeye ticari mümessil tayini için bir şekil şartı yoktur. BK. m. 449/2’den anlaşılacağı üzere, bu mümessilin tayininin ticaret siciline tescili kurucu (ihdası) nitelikte değildir. Diğer bir anlatım ile tescilden önce de ticari mümessil tayini hüküm ifade eder....*” Y. 11. HD., T. 31.03.1981, E. 522, K. 1405 (Şener, Ticari Temsilci, s. 108).

103 “*...ibraz edilen bu vekaletnamenin incelenmesinde vekaletnamedeki geniş yetkiler uyarınca vekil olan bu şahsın ticari mümessil sayılması gerekmesi için borçlunun ticarethane sahibi olması ve vekaletnamenin de ticaret siciline kaydedilmesi zorunludur... borçlunun ticarethane sahibi olmadığı ve vekaletnameyi ticaret siciline kaydettirmediği de anlaşıldığından ticari mümessil olarak kabulüne de olanak yoktur.*” Y. 12. HD., T. 25.03.2002, E. 2002/4822, K. 2002/6011 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020); “*...BK. 449/2. maddesi gereğince ticari mümessile verilen vekâletnamenin ticaret siciline kayıtlı olmasının mecburi olmasına, böyle bir kayıtlı mevcudiyeti davalı tarafından iddia ve ispat edilmemiş bulunmasına BK. 453 gereğince de özel yetki verilmeden ticari vekilin dahi kambiyo taahhüdünde bulunamayacağına göre davalılar vekilinin karar düzeltme isteğinin reddi gerekir....*” Y. 11. HD., T. 26.01.1990, E. 1990/241, K. 1990/236 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020).

104 Y. 12. HD., T. 16.3.2009, E. 2008/25704, K. 2009/5452 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020). Aynı yönde bkz. Y. 12. HD., T.15.03.2007, E. 2007/2077, K. 2007/4742 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020).

105 Bu yönde bkz. **Kaplan**, s. 40.

106 Bu tescilin niteliğinin açıklayıcı olduğu yönünde bkz. **Arkan**, s. 193. dn. 4; **Koç**, Himmət, Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, Ankara 2018, s. 185; **Korucuoğlu Doğan**, Rekabet, s. 15; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 36; **Yanlı / Okutan Nilsson**, s. 23-24. Aksi görüşte bkz. **Pulaşlı**, Hasan, 6552 Sayılı (Torba) Kanunla Türk Ticaret Kanununa Eklenen Yeni Hükümlerin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, C.12, S. 142, 2014, s. 44. Kanaatimizce bahse konu sınırlı yetkili temsilcilerin tescili açıklayıcı niteliktedir. Zira kanunda aksi öngörülmedikçe ticaret siciline tescil kurucu nitelikte değil, açıklayıcı nitelikte olacaktır. Örneğin, TTK m. 355’te anonim şirketin ticaret siciline tescil ile tüzel kişilik kazanacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin lafzından tescilin kurucu nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. TTK m. 371/7 hükmünde aksi belirtilmediği için buradaki tescilin açıklayıcı nitelikte olduğu kabul edilmelidir. Limited şirketlere ilişkin TTK m. 629/3, TTK m. 371/7’ye atf yapıldığından, limited şirketlere atanan sınırlı yetkili temsilciler açısından da aynı sonuç geçerlidir.

Ticari temsilci ve ticari vekil arasında yetkilerin sona ermesinin tescili bakımından da fark vardır. Gerçekten TBK m. 550 gereğince ticari temsilciye temsil yetkisinin verildiği ticaret siciline tescil edilmemiş olsa bile, sona erdiği tescil edilir. Ancak ticari vekilin yetkilerinin sona ermesinin tescil ve ilan edilmesi zorunlu değildir¹⁰⁷.

Ticaret siciline tescil, ticari temsilci ve ticari vekil arasında mutlak bir fark olarak görülemez. Zira ticari temsilcinin ticaret siciline tescil edilmesi kurucu nitelikte değil, açıklayıcı niteliktedir¹⁰⁸. Dolayısıyla somut olayda ticari temsilcinin tescil edilmemiş olması, ticari vekil olarak atandığı anlamına gelmez. Bu hâlde dahi ticari temsilcinin atanmış olduğundan bahsedilebilir. Aynı şekilde ticari vekil olarak atanan kişinin her nasılsa ticaret siciline tescil edilmiş olması, söz konusu kişinin ticari temsilci olarak atandığını göstermez. Fakat atanmış olan kişinin ticaret siciline tescil edilmiş olup olmamasının da dikkate alınması gerekir. Şöyle ki kişinin ticaret siciline tescil edilmesi ticari temsilci olarak atandığına, tescil edilmemesi ise ticari vekil olarak atandığına karine olabilir¹⁰⁹. Taraflar veya üçüncü kişiler bu karinenin aksini her zaman ispat edebilir.

– Ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki önemli farklardan biri yetkilerin kapsamındadır. Ticari temsilci, ticari işletme sahibinin kendisi gibidir (alter egosu)¹¹⁰ ve yetkileri ticari vekile nazaran daha

107 Arkan, s. 193, dn. 2; Domaniç, Şerh, s. 363; Domaniç, Ticaret Hukuku, s. 329.

108 Acar, Ticari Mümessil, s. 2; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 122, 157; Akdağ Güney, Necla, 6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK m. 371/7'ye Eklenen Yedinci Fıkra'ya ilişkin Değerlendirmeler, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, www. arslanlibilimarsivi. com, s. 14; Arkan, s. 183; Arslanlı, s. 168; Aslan, s. 89; Ayhan, s. 579; Ayhan / Çağlar / Özdamar, s. 459; Bahtiyar, Mehmet, 6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (M. 35/3), Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, 2013, s. 4, dn. 3; Battal, Ahmet, Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider, C. 19, S. 1, 1997 s. 96; Bilge, Mehmet Emin, Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 158, 161; Bilgili / Demirkapı, s. 72-73; Bozer / Göle, s. 108; Bozkurt, Ticari İşletme, s. 436; Ceylan, Nurgül, Limited Şirketin Temsili, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, s. 81; Çetiner / Bozkurt Yüksel, s. 204; Demirkapı, Ticari Temsilci, s. 823; Deryal, s. 65; Domaniç, Şerh, s. 352; Feyzioğlu, s. 413; İmregün, Genel İlkeler, s. 147; İmregün, Kara Ticareti, s. 118; İnceoğlu, s. 173; Kaplan, s. 40; Karahmetoğlu, s. 276-277; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 680, N. 1416; Kayar, s. 369; Kırca, Ticari Mümessil, s. 99; Korucuoğlu Doğan, Ticari Vekil, s. 33; Poroy / Yasaman, s. 236; Pulaşlı, Temsil, s. 8; Şener, Ticari Temsilci, s. 106-107; Türk, Ahmet, Müdürlerin Temsil ve Yönetim Yetkileri Bakımından Hukuki Durumu ve Anonim Ortaklığa Ticari Mümessil Atanıp Atanamayacağı Sorunu, Batider, C. 20, S. 4, 2000, s. 84, dn. 46; Uzunallı / Şener, s. 37; Velidedeoğlu / Özdemir, s. 648; Yavuz, s. 1323; Yavuz / Acar / Özen, s. 718.

109 İnceoğlu, s. 173 ve ayrıca bkz. s. 191, dn. 348; Karahmetoğlu, s. 349; Teoman, s. 243. Şener, vermiş olduğu örnek olayda, ticari işletmenin yürütülmesi için atanan ve kendisine kambyo senedi düzenleme yetkisi verilen, ancak ticaret siciline tescil ve ilan edilmeyen kişiyi ticari vekil kabul etmiştir (Şener, Ticari İşletme, s. 288 vd.).

110 Acar, Ticari Mümessil, s. 1; Acar, Serdar, Kambyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2006, s. 30; Arslanlı, s. 167; Ayhan, s. 582; Bahtiyar, Ticari İşletme, s. 219; Başoğlu, s. 224; Bilgili / Demirkapı, s. 73; Birsal, Ticari İşletme, s. 99; Birsal, Ticari Mümessil, s. 8; Domaniç, Ticaret Hukuku, s. 322; Domaniç / Ulusoy, s. 365; Dündar, s. 17; Feyzioğlu, s. 429; İmregün, Genel İlkeler, s. 147; İmregün, Kara Ticareti, s. 118, 120; İnceoğlu, s. 172; Kaplan, s. 49; Karayalçın, s. 489; Kaya (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 678, N. 1408; Kayhan, s. 290-291; Kırca, Ticari Mümessil, s. 105, dn. 2; Özdemir / Kınacıoğlu, s. 189; Poroy / Yasaman, s. 236; Pulaşlı, Temsil, s. 14; Tekil, s. 200; Şener, Ticari Temsilci, s. 134; Teoman, s. 231, 234-235; Türk, Ticari Mümessil, s. 86, dn. 55; Ulsan, s. 631. Ticari temsilcinin, ticari işletme sahibinin alter egosu olduğuna ilişkin görüşün eleştirisi için bkz. Uzunallı / Şener, s. 39. Yazarlara göre, ticari temsilcinin yetkileri ticari işletme sahibinin yetkilerine nazaran oldukça geride kalmıştır. Esasında Roma hukukunun ticari temsilcisi olarak kabul edilen institor açısından alter ego teriminin kullanılması doğru olabilir. Zira institor mevcut TBK'da düzenlenen ticari temsilcisinden çok daha geniş yetkilere sahipti.

geniştir. Bu nedenle ticari temsilci, ticari işletmenin olağan ve olağanüstü bütün işlemleri yapmaya yetkili iken, ticari vekil ise sadece olağan işlemleri yapmaya yetkilidir.

– Ticari vekilin ödünç para ve benzerlerini alması, kambiyo taahhüdünde bulunması¹¹¹ veya mahkemelerde ticari işletme sahibini temsil edebilmesi açıkça yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır (TBK m. 551/2). Buna karşın ticari temsilci açık bir yetkilendirme olmadan da sayılan işlemleri yapabilir. TBK m. 548/2’de ticari temsilcinin dahi açık bir yetki olmadan yapamayacağı işlemler gösterilmiştir. Gerçekten de ticari temsilcinin taşınmazları devretmesi ve aynı bir hak ile sınırlandırması açıkça yetkili olmasına bağlanmıştır. Ticari temsilcinin bile açıkça yetkilendirilmesine bağlı olan bu işlemler için ticari vekil evleviyetle yetkili değildir¹¹².

– Ticari işletme sahibi, ticari temsilcinin yetkilerini birlikte imza veya şube işleri ile sınırlandırılabilir. Bunun haricindeki sınırlandırmalar, tescil edilse dahi iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez (TBK m. 549/4). Ticari temsilcinin yetkisinin sınırlandırılması bakımından iç ilişki ve dış ilişki bakımından ayırım yapılmalıdır. Zira ticari temsilcinin yetkisi, iç ilişkide, birlikte imza veya şube işleri haricinde dahi sınırlandırılabilir. Ancak bu sınırlandırma dış ilişkide iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Şayet üçüncü kişi ticari temsilcinin yetkisinin iç ilişkide sınırlandırıldığını (birlikte imza ve şube işleri dışında) biliyorsa, diğer bir ifadeyle iyiniyetli değilse, yapılan işlem üçüncü kişiyi bağlayacaktır. Ticari vekilin yetkisi ise, ticari işletme sahibi tarafından birlikte imza, şube işleri, miktar, konu vb. şeklinde istenildiği gibi sınırlandırılabilir.

– Ticari temsilci veya ticari vekilin atanması ihtiyaridir¹¹³. Ancak merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye’de bulunan şubeleri için ticari temsilci atanması zorunludur. Ticari vekil için böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır (TTK m. 40/4, TSY m. 122/1-ç, d).

111 Ticari vekilin kambiyo taahhüdünde bulunabilmesine ilişkin, kambiyo senetlerinden biri olan çek ile ilgili, Çek Kanunu’nda bir hüküm bulunmaktadır. ÇK m. 5/3’te “Çek hesabı sahibi gerçek kişi, kendisi adına çek düzenlemek üzere bir başkasını temsilci veya vekil olarak tayin edemez. Gerçek kişinin temsilcisi veya vekili olarak çek düzenlenmesi hâlinde, bu çekten dolayı hukuki ve cezai sorumluluk çek hesabı sahibine aittir”. Bu hükme göre çek hesabı sahibi gerçek kişi tarafından atanan ticari vekil, kambiyo taahhüdünde bulunması için açıkça yetkilendirilse dahi, çek düzenleyemeyecektir. Buna karşın ticari vekil, çek hesabı sahibi tüzel kişi tarafından atanmış ise, ticari vekilin açıkça yetkilendirilmesi halinde çek düzenlemesi mümkün olacak ve çek geçerli sayılacaktır. Kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisine sahip olan ticari temsilci açısından da aynı sonuç geçerlidir. Bu konuda bkz. **Dural**, H. Ali, 5941 sayılı Çek Kanunu’na Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla Çek Düzenlenmesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin Çek Düzenleme Yetkisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. I, 2010, s. 667 vd.; **Pulaşlı**, Hasan, Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara 2019, § 33, N. 36-37. Kanaatimizce anılan hükümde sadece temsilcinin çek düzenlenmesinden kaynaklanan sorumluluk belirtilmiş olup, çekin geçerli veya geçersiz olduğundan bahsedilmemiştir. Dolayısıyla TBK m. 551/2 gereğince kambiyo taahhüdünde bulunma hususunda açıkça yetkilendirilen ticari vekil, çek düzenleyebilmeli ve düzenlenen bu çek geçerli sayılmalıdır.

112 **Arkan**, s. 194; **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 473; **Bilgili / Demirkapı**, s. 78; **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 451; **Cihangiroğlu**, s. 160, dn. 12; **Deryal**, s. 71; **Domaniç**, Ticaret Hukuku, s. 330; **Domaniç / Ulusoy**, s. 373; **İnceoğlu**, s. 192; **Karaahmetoğlu**, s. 351; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 695, N. 1460; **Kırca**, Ticari Mümessil, s. 46, dn. 59; **Korucuoğlu Doğan**, Rekabet, s. 10; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 59; **Şener**, Ticari İşletme, s. 291; **Taşatan**, s. 326.

113 **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 678, N. 1411.

– Ticari temsilcinin temsil yetkisinin kapsamı ve sınırları, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı emredici hükümler ile düzenlenmişken, ticari vekile ilişkin hükümler tamamlayıcı niteliktedir¹¹⁴.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda¹¹⁵ ticari temsilci veya ticari vekilin farkları şu şekilde açıklanmıştır: “..Ticari mümessil, bir işletmenin tüm işlerini idare etmekle görevlendirildiğinden, onun, işletmenin hem olağan hem olağanüstü nitelikteki bütün işleri yapmaya yetkisi vardır. Buna karşılık genel yetkili ticari vekil, işletmenin sadece olağan (mutad) işleriyle sınırlı temsil yetkisine sahiptir. Olağanüstü işlemleri yapabilmesi için, işletme sahibinin özel yetkisine ihtiyaç vardır. Belli bir işin ya da işlemin ifasıyla görevlendirilen sınırlı (özel) yetkili vekillerin sahip oldukları temsil yetkilerinin kapsamı ise, kendilerine bırakılan iş ya da işlemin niteliğine göre belirlenir. Ticari vekil, özel yetki verilmedikçe tacir adına ödünç alamaz, kambiyo taahhütlerinde bulunamaz ve davacı veya davalı olarak mahkemelerde taciri temsil edemez.(BK. 453/2; TBK 551/2) Oysa ticari mümessil, bu tür işlemleri dahi yapma yetkisine sahiptir. Nihayet, ticari mümessilin temsil yetkisinin ticaret siciline tescili gerekirken (BK 449/II-III); ticari vekilin temsil yetkisi sicile tescil edilemez...”

Ticari temsilci ile ticari vekil arasındaki farklara rağmen atanan kişinin hukuki durumu tespit edilememiş olabilir. Öğretide atanan kişinin ticari temsilci mi, ticari vekil mi olduğu anlaşılamiyorsa somut olayın özelliklerine, yetkilerin kapsamına ve kişinin ticari işletme içerisindeki durumuna bakılması gerektiği belirtilmektedir¹¹⁶.

Ticari temsilci ile ticari vekil arasındaki farkın ortaya konulması için öğretide değişik çözüm önerileri ileri sürülmüştür. İlk görüş noterlerin, yetkilerin kapsamına bakarak, atanan kişinin hukuki durumunu vekâletnamede belirtebileceklerini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, noterler vekâletname

114 Ayhan, s. 593.

115 YHGK., T. 19.06.2013, E. 2013/12-2, K. 2013/866 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020). Anılan Hukuk Genel Kurulu kararına atf yaparak ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkları açıklayan benzer kararlar için bkz. Y. 12. HD., T. 22.01.2018, E. 2016/27009, K. 2018/462 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 10.11.2016, E. 2016/30519, K. 2016/23258 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 10.11.2016, E. 2016/30514, K. 2016/23259 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 11.9.2017, E. 2016/18252, K. 2017/10387 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 11.09.2017, E. 2016/18253, K. 2017/10386 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 18.03.2014, E. 2014/4759, K. 2014/7653 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 19.1.2015, E. 2014/26693, K. 2015/987 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020); Y. 12. HD., T. 28.05.2015, E. 2015/4037, K. 2015/14712 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 14.09.2020). Ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkları açıklayan diğer bir karar için bkz. YHGK., T. 19.04.2006, E. 2006/19 – 165, K. 2006/213 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 15.09.2020)

116 Poroy / Yasaman, s. 238; Uzunallı / Şener, s. 47. Bozkurt, bir kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olduğunun somut olaya göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (Bozkurt, Ticari İşletme, s. 451). Kaplan'a göre, kişinin ticari temsilci olup olmadığı her somut olayın özelliğine ve temsil yetkisinin kapsamına göre belirlenmelidir (Kaplan, s. 35). Yargıtay tarafından verilen bir kararda da yetkinin içeriği ve kapsamından bahsedilmiştir. “...bir kişinin ticari vekil mi, yoksa ticari mümessil mi olduğunun çekışmeli bulunduğu hallerde, öncelikle, o kişiye işletme sahibi (veya işletmeyi temsile yetkili kişi) tarafından verilen yetkilerin içerik ve kapsamı dikkate alınarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Eğer verilen yetkiler, işletmenin hem olağan ve hem de olağanüstü nitelikteki bütün işlerinin idare edilmesine olanak tanyan bir içerik ve genişlikte ise, ortada ticari mümessilin bulunduğu; buna karşılık, sadece olağan işlerle sınırlı bir yetki verilmiş ise, ticari vekilden söz edilmesi gerektiği kabul edilmelidir.” YHGK., T. 19.4.2006, E. 2006/19-165, K. 2006/213 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.09.2020); “Hukuksal statüsü belirlenmek istenilen kişinin; şirket içerisindeki pozisyonu, yetkisinin kapsamı, gördüğü iş, çalışma koşulları, aldığı ücret vs birlikte değerlendirilerek işçi mi ticari temsilci mi yoksa ticari vekil mi olduğu belirlenmelidir.” Y. 11. HD., T. 12.12.2019, E. 2018/2428, K. 2019/8116 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 28.09.2020).

düzenlerken, ticari işletme sahibinin vermek istediği yetkileri belirleyecek ve bu yetkilere bakarak kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olduğunu vekâletnameye açıkça yazacaklardır. Dolayısıyla üçüncü kişiler, temsilcinin işleme yetkili olup olmadığı konusunda bir güvene sahip olacaklardır¹¹⁷. Noterlik Kanunu¹¹⁸ m. 84 vd. da bu görüşün dayanağını oluşturmaktadır. Gerçekten de anılan kanunun 84. maddesinde, hukuki işlemlerin noter tarafından nasıl düzenleneceği açıklanmıştır. Bu maddeye göre hukuki işlemler noter tarafından tutanakla yazılır. Tutanakta kişinin gerçek isteği de yazılmak zorundadır. Dolayısıyla ticari işletme sahibinin temsilcisine hangi yetkileri vermek istediği ile ticari temsilci veya ticari vekilden hangisini atamak istediği tutanakta yazmalıdır. Ancak ticari temsilci veya ticari vekilin açık veya zımni olarak atanabileceği dikkate alındığında, bu sonuç sadece noterde düzenlenen vekâletnameler için geçerli olacaktır. Şayet kişi sözlü olarak veya yazılı vekâletname ile atanmış olabilir. Bu gibi hâllerde ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkın ortaya konulması mümkün değildir.

İkinci görüşe göre, iki kurum arasındaki farklar için bakılması gereken ilk ölçüt, ilgili kişinin ticaret siciline tescil edilmiş olup olmadığıdır. Kişinin ticaret siciline tescil edilmiş olması, ticari temsilci olarak atandığına karine teşkil edecektir. Ancak, esasında ticari vekil olarak atanmış bir kişinin de, ticaret siciline tescil edilmiş olması ihtimal dâhilindedir. Bu nedenle yolsuz olarak tescil edilmiş olan bir kişinin, sicile kayıtlı olmasından hareketle ticari temsilci olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İki kurum arasındaki farkların ortaya koyulmasındaki en önemli husus ise, ticari işletme sahibinin iradesinin ortaya konulduğu vekâletnamelere bakılmasıdır. Vekâletnamede, ticari işletme sahibinin, geniş bir temsil yetkisi verme iradesinin olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin, kişinin sadece kambiyo taahhüdünde bulunma veya taşınmazları devretme yetkisine sahip olması, ticari temsilci olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Aynı şekilde vekâletnamede yazan terimlerden hareket ederek, kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olarak atandığı tespit edilemez. Zira fabrika müdürü veya genel müdür olarak belirtilen, dışarıdan ticari temsilci gibi geniş temsil yetkisine sahip gibi görünen kişiler de ticari vekil olabilir. Dolayısıyla atanmış olan kişinin yetkilerin kapsamına bakılmalı ve ticari işletme sahibi tarafından verilen temsil yetkisinin sınırlarına göre kişinin hukuki durumu tespit edilmelidir¹¹⁹.

Üçüncü bir görüş, olması gereken hukuk açısından, sadece ticari temsilcinin atanmasının açık bir beyanla ve noter aracılığıyla olması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, ticari temsilci zımni olarak atanmamalı, sadece açık irade beyanı ile atanmalıdır. Bu beyan ise, ticaret siciline tescile esas olacak şekilde, noterde düzenlenme veya noter tarafından onaylanma şeklinde verilmelidir. Ayrıca ticari temsilcinin, ticaret siciline tescilinin kurucu nitelikte olması daha uygun olacaktır¹²⁰.

117 Şener, Ticari Temsilci, s. 151.

118 RG. 05.02.1972, S. 14090.

119 Teoman, s. 243. Benzer yönde bkz. Poroy / Yasaman, s. 238.

120 Demirkapı, Ticari Temsilci, s. 823. Ayrıca bkz. s. 837, dn. 122 ve s. 858-859. Yazar, tüzel kişiler bakımından organların atanmasının sıkı şekil şartlarına bağlı tutulması karşısında, ticari temsilcinin zımni olarak atanamaması gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle ticari temsilcinin yazılı bir beyanla atanması daha doğru olacaktır. Ticari temsilcinin açık irade beyanıyla atanması gerektiğine ilişkin bkz. Albaş, s. 93; Kaplan, s. 40; Mineliler, s. 1472. Ticari temsilcinin tescil edilmesine ilişkin talebin çoğunlukla yazılı bir belgeye dayandırılması istenildiğinden, ticari temsilcinin yazılı şekilde atanmasında fayda olduğu yönünde bkz. Kayar, s. 369.

Dördüncü bir görüşe göre, ticari temsilci veya ticari vekil arasındaki farkların belirlenmesi için öncelikle bu kişileri atayan ticari işletme sahibinin açık iradesine bakılması gerekir. Bu şekilde açık bir irade beyanı yoksa temsilci tarafından yapılan işlemin olağan veya olağanüstü işlem olmasından hareketle, temsilcinin ticari temsilci veya ticari vekil olduğu anlaşılacaktır¹²¹.

Beşinci bir görüş temsilcinin üçüncü kişilere karşı oluşturduğu dış görünüşten hareketle konuyu açıklamıştır. Temsilcinin, ticari vekil mi yoksa ticari temsilci mi olduğu, ticari işletme ile ilk defa muhatap olan müşteriler tarafından kolayca anlaşılammaktadır. Zira olağan ve olağanüstü işlemlerin fark edilmesi gözlem gerektirir. Temsilcinin aradaki farkları belirleyici (kambiyo taahhüdünde bulunma gibi) özel yetkileri kullanmadığı veya kullanması da gerekmediği hâllerde, üçüncü kişileri korumak açısından bu kişinin ticari temsilci olarak kabul edilmesi gerekir. Yetki belgesinin bulunması hâlinde belgedeki kayıtlar kişinin ticari temsilci mi ticari vekil mi olduğu ayrımını kolaylaştıracaktır. Temsilcinin işletmenin unvanını kullanarak imza atma yetkisi yoksa ve kendisini ticari temsilci olarak tanıtmış değilse, ticari vekil olduğu kabul edilebilir¹²².

Kanaatimizce ticari temsilci ile ticari vekilin ayrımında öncelikle, ticari işletme sahibinin açık irade beyanına bakılmalıdır. Somut olayda ticari işletme sahibi, kişiyi açıkça ticari vekil olarak atamış ise herhangi bir sorun oluşmayacaktır. Ancak açık irade beyanının bulunmadığı hâllerde, atanan kişinin ticaret siciline tescil edilmiş olması yol gösterici olabilir. Ticaret siciline tescil kesin bir fark yaratmasa da karine olarak ileri sürülebilir¹²³. Nitekim ticaret siciline tescil edilmiş bir kişinin yetkilerinin kapsamının geniş olması hâlinde ticari temsilci olarak atandığı kabul edilebilir. Ancak sadece tescil edilmiş olması değerlendirilerek, kişinin ticari temsilci olarak atandığının kabul edilmesi mümkün değildir. Zira esasında ticari vekil olarak atanmış olan bir kişi de herhangi bir şekilde ticaret siciline tescil edilmiş olabilir.

Bunun yanında ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki en önemli fark, kişiye verilen yetkilerin kapsamındadır¹²⁴.

121 **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 694, N. 1456, ayrıca bkz. N.1461; **İnceoğlu**, s. 189.

122 **Battal**, s. 96.

123 Yargıtay tarafından verilmiş bir kararda kişi, ticaret siciline tescil edilmediğinden ticari temsilci olarak kabul edilmemiştir. “Vekâletnamede vekile pek çok konuda yetki tanındığı ve kapsamının geniş olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, keşideci ...in tacir olduğuna yönelik belge bulunmadığı gibi, velev ki adı geçenin tacir olduğu kabul edilse dahi, bu vekâletnamenin ticaret siciline tescil edildiğine dair bir iddia ve bu yönde de bir delil ve belge bulunmadığına göre, ...in ticari mümessil sayılmasına yasal olarak imkan bulunmamaktadır”. Y. 12. HD., T. 10.9.2015, E. 2015/17020, K. 2015/20614 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.09.2020).

124 “...şirketin temsilcilerinin kimler olduğu hususlarının ticaret sicil müdürlüğünden sorulup, ilgili belgelerin getirilmesi, dava dışı ...'nin davacı şirketin ticari vekili olup olmadığının belirlenmesi, davacı şirkette dava dışı ...'ya verilmiş vekaletname varsa vekaletname örneğinin temin edilmesi, ayrıca ...'ya verilen vekaletnamenin kapsamına göre ticari temsilci sayılmasını gerektirecek durumların bulunup bulunmadığının tespit edilmesi...” Y. 19. HD., T. 21.11.2018, E. 2018/43, K. 2018/5977 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 25.09.2020); “Uyuşmazlık davaya konu çekleri imzalayan dava dışı ...'in ticari vekil mi yoksa ticari mümessil mi olduğu noktasındadır. BK'nun 453/2 (6098 sayılı TBK'nun 551/2) maddesine göre ticari vekil, açık yetki verilmedikçe kambiyo taahhütlerinde bulunamaz ise de, aynı yasanın 450/1 (6098 sayılı TBK'nun 548/1) maddesine göre ticari mümessil müessese sahibi hesabına kambiyo taahhütlerinde bulunmak yetkisini haizdir. Dosyada bulunan 20.04.2006 tarih ve 3833 yevmiye numaralı vekâletname içeriği incelendiğinde davacı işletme sahibi ... tarafından dava dışı ...'a verilen vekâletnamede “TC bankaları merkez ve şubelerinde her türlü hesaplardan dilediği zaman dilediği miktarlarda paralar çekmeye, ahzu kabza, sulh ve ibraya hesap miktarlarını öğrenmeye, faizlerini istemeye, hesap türlerini değiştirmeye, gerekirse vadelerini bozmaya, vadeli ve vadesiz olarak hesaplar açtırmaya, açılmış ve açılacak hesaplardan para çekmeye, ve yatırmaya, ilgili banka şubelerince bilcümle evrak ve vesaike tanzim ve imzalamaya, yurtiçi ve yurtdışı havaletleri almaya hesaba aktarmaya, hesaplardan dilediği zaman çekmeye, ahzu kabza, sulh ve ibraya, düzenlenecek tüm

Yargıtay tarafından verilen bir kararda¹²⁵ işletmenin belirli yetkilere sahip idarecisi niteliğini taşımayan kişinin ticari temsilci olmadığı belirtilmiştir. Diğer bir kararda¹²⁶ ise kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisine sahip olan kişinin ticari temsilci olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak atanan kişinin yetkilerinin kapsamının geniş olması hâlinde ticari temsilci; dar olması hâlinde ticari vekil olarak atandığı söylenebilir¹²⁷. Bu noktada atanan kişiye verilen yetkilerin kapsamı olağan iş olarak nitelendirilirse, ticari vekilin atandığı kabul edilebilir¹²⁸.

Ticari işletme sahibi tarafından atanmış olan kişi, açıkça izin almadan kambiyo taahhüdünde bulunuyor, ödünç para veya benzerini alıyor ve ticari işletme sahibi bu kişinin yapmış olduğu işlemlere ses çıkarmıyorsa bu kişinin ticari temsilci olarak atandığından bahsedilebilir¹²⁹. Şayet kişi

evrak ve belgeleri adına imzalamaya,kargo vekolileri almaya" şeklinde oldukça geniş yetkiler verildiği görülmüştür. Ayrıca dava dilekçesinde dava dışı ...'in işletmeyi bil-fiil işlettiğinin belirtildiği ve dinlenen tanık anlatımlarının da aynı yönde olduğu, bu durumda mahkemeye, vekâletname içeriği, davacının beyanları ve tanık anlatımlarına göre somut olayda çek karnesi kendisine teslim edilen ve çekleri imzalayanın ticari mümessil olduğunun" Y. 11. HD., T. 10.4.2017, E. 2016/974, K. 2017/1983 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.09.2020). "...Dava dışı ...'in yetkilendirilmesine ilişkin dava dosyasına sunulan vekâletnamelerin çok geniş yetkileri kapsadığı gözetildiğinde adı geçenin davalı şirketlerin ticari vekili olarak değil ticari mümessili olduğunun kabulü gerekir..." Y. 19. HD., T. 5.11.2015, E. 2014/16457, K. 2015/14100 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 06.09.2020); "vekaletname içeriği incelendiğinde davacı şirket tarafından dava dışı K1'ya verilen vekaletnamede davacı şirketi hem resmi hem özel şirketler nezdinde temsil yetkisi verildiği gibi bankalar nezdinde ise şirket her türlü hesaplardan dilediği zaman dilediği miktarlarda paralar çekmeye, ahzu kabza..... mevcut hesaptaki meblağları tamamen çekerek hesabı kapatmaya, yeniden hesap açmaya, açılmış hesabımıza dilediği zaman dilediği miktarlarda paralar yatırmaya, çekmeye, çek, tediye fişi vesair evrakları tanzim ve imzalamaya, şirket adına gelecek olan havale bedellerini ve alacaklısı olduğum çek bedellerini almaya, talep, tahsil ve ahzu kabza, tüm bu hususlardan dolayı şirketi ilgili banka şubesinde temsile ve hesabımı benden farksız olarak kullanmaya.... şirket adına tanzim edilecek ödeme emirlerini veya çekleri almaya, tahsil etmeye...." şeklinde oldukça geniş yetkiler verildiği görülmüştür. Bu durumda mahkemeye, vekâletname içeriğine göre somut olayda çeki imzalayanın ticari mümessil olduğunun kabulü..." Y. 19. HD., T. 11.12.2014, E. 2014/14332, K. 2014/17869 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 06.09.2020); "...Makine Proj. Ltd. Şirketi tarafından davacıya 12.03.2010 ve 14.01.2011 tarihli iki adet vekâletname ile yetki verildiği, bu vekâletnamelere göre davacının ticari vekil mi yoksa ticari mümessil mi olduğunun saptanması gerektiği, söz konusu vekâletnamelerin kapsamına göre davacının ticari mümessil olduğu" Y. 19. HD., T. 7.1.2014, E. 2013/17026, K. 2014/675 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 08.09.2020).

- 125 "Söz konusu vekaletnamede tanınan yetkiler, şirket adına ihaleye katılması, teklifte bulunması, pey sürmesi, ihalenin şirket üzerinde kalmalı halinde sözleşme yapılmasıyla sınırlıdır. Buna göre, Semra Samangül'ün işletmenin tüm işlerini idareyle görevlendirilmiş olduğundan ve böylece işletmenin belirli yetkilere sahip "idarecisi" niteliği taşıdığından söz edilemez. Dolayısıyla, Semra Samangül'ün ticari mümessil olmadığı, şirketin ticari vekili durumunda bulunduğu kabulü zorunludur." YHGK., T. 27.4.2016, E. 2014/325, K. 2016/556 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 13.09.2020).
- 126 "Uyuşmazlığın çözümde anılan vekaletname içeriğine göre dava dışı Mehmet Yel'in ticari vekil mi, yoksa ticari mümessil mi olduğunun saptanması önem arz etmektedir. Zira, BK'nun 453/2.maddesine göre, ticari vekil, açık yetki verilmedikçe kambiyo taahhütlerinde bulunamayacağı halde, aynı Yasa'nın 450/1.maddesi uyarınca ticari mümessil iyniyetli üçüncü kişilere karşı mensesse sahibi hesabına kambiyo taahhütlerinde bulunmak yetkisine haiz sayılır. Yukarıda sözü edilen vekaletname kapsamına göre, bonoyu düzenleyen Mehmet Yel'in davacı şirket ticari mümessili olduğunun kabulü gerekir.." Y. 19. HD., T. 30.9.2014, E. 2014/9094, K. 2014/14337 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.09.2020).
- 127 "Dosyada mevcut 15.5.1981 tarihli vekaletnamede her ne kadar vekil tarafından şirketin borçlandırılmayacağı ve taahhüt altına sokulamayacağına dair bir cümle mevcut ise de düzenlenen vekaletnamede verilmiş olan geniş yetkiler itibarıyla M.A.A. 'in B.K. 449. maddesinde yazılı olan ticari mümessil sıfatını kazanmış olduğu kabul olunmak gerekir" Y. 11. HD., T. 18.5.1989, E. 1988/5482, K. 1989/2967, T. 18.5.1989 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 09.09.2020).
- 128 "Eğer verilen yetkiler, işletmenin hem olağan ve hem de olağanüstü nitelikteki bütün işlerinin idare edilmesine olanak tanıyan bir içerik ve genişlikte ise, ortada ticari mümessilin bulunduğu; buna karşılık, sadece olağan işlerle sınırlı bir yetki verilmiş ise, ticari vekilden söz edilmesi gerektiği kabul edilmelidir." YHGK., T. 16.5.2018, E. 2017/836, K. 2018/1097 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 11.09.2020).
- 129 **Poroy / Yasaman**, s. 238; **Türk**, Ticari Mümessil, s. 84; **Yavuz**, s. 1323. Bozkurt'a göre, temsilciye açık veya zimni

ticari işletme sahibinden izin almadan, ticari işletme sahibi adına uzun bir süre boyunca kambiyo taahhüdünde bulunmuş ise, bu kişinin ticari temsilci olmadığı ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir¹³⁰.

Ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki fark yetkilerin kapsamından anlaşılıyor olabilir. Bu hâlde kişinin ticari temsilci olarak atandığı söylenebilir¹³¹. Zira kişi esasında ticari temsilci olarak atanmışsa herhangi bir sorun yoktur. Ticari temsilci olarak atanan kişi, yetkisinin kapsamına giren bir işlemi yapmıştır. Ancak kişi, ticari vekil olarak atanmış ve ticari işletme sahibinin talimatlarına uymayıp yetkisine girmeyen bir işlemi yapmışsa, bu kişiyi de ticari temsilci olarak kabul etmemiz gerekir. Atanan temsilciyle yapılmış olan işlemden dolayı iyiniyetli üçüncü kişinin değil, ticari işletme sahibinin zarar görmesi hakkaniyete daha uygun olacaktır¹³². Bu hâlde kişinin, ticari vekil olduğunu iddia eden ticari işletme sahibi, ticari vekil olduğunun üçüncü kişilerce bilindiğini ispat etmekle yükümlüdür¹³³.

Ticari temsilci ve ticari vekilin birbirinden ayırt edilmesine ilişkin olarak, ticari temsilcinin atanma şeklinin değiştirilmesi gerekmektedir. Ticari temsilci, açık veya zımni irade beyanıyla değil, sadece yazılı beyan ile atanmalıdır¹³⁴. Ancak kişinin yazılı beyan ile atanması, bu kişinin mutlaka ticari temsilci olarak atandığı anlamına gelmeyecektir. Zira ticari vekilin de yazılı bir beyanla atanması mümkündür. Nitekim uygulamada ticari temsilciye veya ticari vekile genellikle noterde düzenlenmiş şekilde yazılı olarak vekâletname verilmektedir¹³⁵. Bu hâlde atanan kişiye verilmiş olan yetkilerin kapsamı belirleyici olacaktır.

Ticari temsilci noter aracılığıyla atanmışsa, noter tarafından tespit yapılması düşünülebilir. Ancak bu durumda ticari temsilci ve ticari vekil arasında kesin bir fark yaratması her zaman mümkün olmayacaktır. Zira noterler öncelikle temsil yetkisinin kapsamına bakarak, yetki belgesinde yazılan işlemin olağan veya olağanüstü işlem olduğunu tespit edeceklerdir. Olağan ve olağanüstü işlemlerin tespiti ise, kolayca mümkün olmamakla beraber, bir işlemin olağanüstü olması da atanan

olarak kambiyo taahhüdünde bulunma yetkisi vermek, temsilcinin ticari temsilci olarak atandığına işaret eder (**Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 451-452). Uzunallı / Şener'e göre temsilci, herhangi bir izin almaksızın kambiyo taahhüdünde bulunuyor ya da kredi sözleşmeleri yapıyor ve ticari işletme sahibi de bu işlemleri kabul ediyorsa ticari temsilcilik ilişkisi var demektir (**Uzunallı / Şener**, s. 47). Ticari işletme sahibi, kişinin, ticari temsilcilik yetkisi varmış gibi hareket etmesine ses çıkarmamış veya davranışlarıyla üçüncü kişilerde ticari temsilcilik yetkisinin verilmiş olduğu izlenimini uyandırıyor ise, kişinin ticari temsilci olarak atandığı kabul edilmelidir. Bkz. **Feyzioğlu**, s. 414. Temsilci herhangi bir izin almaksızın kambiyo taahhüdünde bulunabiliyor veya kredi sözleşmesi yapabiliyor ve ticari işletme sahibi de bunları kabul ediyorsa, kişinin ticari temsilci olarak atandığını kabul etmek gerekir. Bkz. **Mineliler**, s. 1472.

130 **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 452.

131 **Albaş**, s. 31; **Battal**, s. 96; **Güllüce**, s. 40; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 155; **Kaplan**, s. 50.

132 Aynı yönde bkz. **Albaş**, s. 31; **İmregün**, Genel İlkeler, s. 155.

133 **Arslanlı**, s. 172.

134 Nitekim HGB § 48/1 hükmünde ticari temsilcinin ancak açık bir irade beyanıyla atanabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Acar**, Ticari Mümesil, s. 3, dn. 7; **Albaş**, s. 18; **Kaplan**, s. 40; **Mineliler**, s. 1472, dn. 20.

135 **Cenkci**, Esra / **Çetinkaya**, Mehmet, Ticari Vekilin Kambiyo Taahhüdünde Bulunma Yetkisi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 86, 2013, s. 27. Esasında ticari temsilci açısından uygulamanın bu şekilde gelişmesinin nedeni Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 47/1 hükmüdür. Anılan fıkra gereğince ticari temsilcinin tescilinde temsil yetkisine ilişkin belgenin noter onaylı örneği ve temsil yetkisine ilişkin belgenin tarihi ile sayısı gösterilmelidir.

kişinin mutlaka ticari temsilci olarak atandığı anlamına gelmeyecektir. Örneğin, temsilciye verilen yetkilerden birinin taşınmaz satımı olması hâlinde taşınmaz satımının olağanüstü işlem olması nedeniyle bu temsilcinin ticari temsilci olduğu kesin bir şekilde söylenemeyecektir¹³⁶. Aynı şekilde ticari temsilcinin kambiyo senedi düzenleme yetkisine sahip olduğundan bahisle, ticari işletme sahibi tarafından kişiye sadece kambiyo senedi düzenlemesi hususunda verilen yetki kişinin ticari temsilci olarak atandığını göstermez. Nitekim Yargıtay tarafından verilen kararda¹³⁷ sadece çek düzenleme yetkisine sahip olan kişinin ticari temsilci değil, ticari vekil olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce atanan kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olduğu hususunda ticari temsilcinin yazılı bir beyanla atanmasının yanında, bu beyanda verilen yetkilerin kapsamı belirleyici olacaktır. Yetkilerin kapsamına göre, ticari işletme sahibinin iradesi de dikkate alınarak, atanmış olan kişinin sıfatı belirlenecektir. Bu noktada ticari temsilcinin ticaret siciline tesciline kurucu nitelik taşıması da düşünülebilir. Ancak, ticari temsilcinin tescilinin kurucu nitelikte olması, TBK m. 547/2'nin "...*ticari işletme sahibinin ticari temsilcinin fiillerinden sorumluluğu, tescilin yapılmış olmasına bağlı değildir*" hükmüne aykırı olacaktır. Olması gereken hukuk açısından tescilin kurucu olduğu kabul edilse dahi, yetkileri çok geniş olmasına rağmen tescil edilmeyen kişi ticari vekil olarak kabul edilecektir. Bu nedenle tescile kurucu nitelik verilmesi, ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkların belirlenmesi açısından çözüm olmayacaktır. Ticari temsilcinin yazılı bir beyanla atanması ile en azından zımni olarak ticari temsilci atandığından bahsedilemeyecek ve bu yazılı beyan içerisinde ticari temsilciye verilecek olan yetkiler ile üçüncü kişiler, yetki belgesine bakarak bu kişinin o işlemi yapmaya yetkili olduğunu anlayabileceklerdir.

Son olarak atanan kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olarak atandığına ilişkin, kişinin unvanı veya sıfatı belirleyici olmayacaktır. Örneğin, şube müdürü olarak atanan bir kişinin, yetkilerinin kapsamının geniş olduğu ve ticari temsilci olarak atandığı düşünülebilir. Ancak ticari işletme sahibinin şube müdürüne sadece olağan işlemleri yapma yetkisi vermiş ise bu kişinin ticari vekil olarak atandığı kabul edilmelidir¹³⁸.

136 "...imza sahibi T.E.â verdiği vekâletname içeriğinde taşınmaz alım satımı, ipotek tesisi, taşınmazlarla ilgili itiraz vs. konuları ile bankalarda muhtelif işlemler yapabilmek üzere sınırlı yetkiler verildiği bu şekilde ticari vekil tayin edildiği görülmektedir..". Y. 12. HD., T. 27.09.2011, E. 2011/1831, K. 2011/17790 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 08.09.2020); "*davacı şirket yetkilisi H.C.. A.. tarafından, dava dışı N. A.â verilen 12.12.2002 tarihli vekâletnamede tanınan yetkiler, şirket adına taşınmaz alınması, satılması, ipotek düzenlenmesi, ipotegün fekki, bunlarla ilgili kredi alınması, tescil işlemleri yapılmasıyla sınırlıdır. Buna göre, N.A..ün işletmenin tüm işlerini idareyle görevlendirilmiş olduğundan ve böylece işletmenin belirli yetkilere sahip "idarecisi" niteliği taşıdığından söz edilemez. Dolayısıyla, N.A..ün ticari mümessil olmadığı, şirketin ticari vekili durumunda bulunduğu kabulü zorunludur.*" YHGK., T. 29.11.2006, E. 2006/12-758, K. 2006/754 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 08.09.2020).

137 "*Sadece çek tanzimine yetkili olup, üç yıl hizmet yapmasına rağmen ticaret siciline kayıt edilmemiş olan kişi, ticari mümessil değil, ticari vekildir*" Y. 11. HD., T. 3.10.1986, E. 4516, K. 4950 (Doğanay, s. 554, dn. 17).

138 "...*şirketin Ankara şube müdürü D. G.. "Bilumun finans kurumları ve genel müdürlükleri ile bünyesindeki müdürlükler nezdinde her türlü işlemleri yapmaya bu hususlarla ilgili her türlü kredi talep etmeye ve kredi almaya her türlü trafik işlemleri takibe ve neticelendirmeye, hesap açmaya, kapatmaya, sözleşmeler akdetmeye, fesh etmeye, harç ve vergilerini yatırmaya yurt içinde ve yurt dışında her türlü taşımacılık ihaleleri ile her çeşit ihaleye katılmaya iş taahhüdünde bulunmaya sözleşmeler akdetmeye imzalamaya yetkili ve mezun kılınmıştır. Açıklanan bu yetkiler nedeniyle şirketin şube müdürü BK'nın 453. maddesi anlamında sözü edilen şirketin ticari vekili konumundadır.*" Y. 12. HD., T. 11.5.2009, E. 2009/2260, K. 2009/10336 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 08.09.2020).

IV. Ticari Vekil ile Pazarlamacının Karşılaştırılması

Pazarlamacılık sözleşmesi, TBK m. 448'de “pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre pazarlamacı, aracı pazarlamacı ve sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı olarak ikiye ayrılır. Aracı pazarlamacı aksi belirtilmedikçe ticari işletmenin işlemlerine aracılık eder. Sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı ise işlemlerin gerektirdiği bütün olağan işlemleri yapar. Ancak sözleşme yapma yetkisi olan pazarlamacının tahsilat ve ödeme günü değişikliği yapabilmesi için özel olarak yetkilendirilmesi gerekmektedir (TBK m. 452/2).

Pazarlamacı, 6098 sayılı TBK ile hukukumuzda girmiştir. Mülga Borçlar Kanunu m. 454'te düzenlenen seyyar tüccar memurları¹³⁹ ise mevcut kanunda düzenlenmemiştir¹⁴⁰. Bu nedenle pazarlamacının, seyyar tüccar memurlarının yerine düzenlenip düzenlenmediği öğretilerde tartışılmıştır. Bir görüş pazarlamacı ile seyyar tüccar memurlarının benzer kurumlar olduğunu, dolayısıyla pazarlamacının, seyyar tüccar memurlarının devamı niteliğinde olduğunu belirtmiştir¹⁴¹. Diğer bir görüş ise pazarlamacı ile seyyar tüccar memurları arasında farkların olduğunu, bu nedenle ikisinin de aynı kurum olmadığını ifade etmiştir¹⁴².

139 Mülga Borçlar Kanunu m. 454'e göre “Bir müessese için merkezinin haricindeki mahallerde muamele icra eden seyyar memurlar, müessese namına sattıkları malın bedelini almak ve makbuz vermek ve borçluya mehil ita etmek salahiyetini dahi haiz sayılırlar. Bu salahiyetin tahdidi, hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı muteber değildir”.

140 Seyyar tüccar memurlarının mevcut kanunda yer almamasının nedeni mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda 1971 yılında yapılan değişikliktir. Bu değişiklik İsviçre Borçlar Kanunu'nda diğer tüccar yardımcıları başlığı altında düzenlenen gezici tüccar yardımcıları, hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlenmiştir. Ancak gezici tacir yardımcıları ismi aynen kalmıştır. Kanun koyucu TBK sisteminde pazarlamacıyı da aynı şekilde düzenlediğinden iki kurum arasında benzerlik bulunmaktadır. Bkz. **Arkan**, s. 196; **Topuz**, Murat, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m.448-460), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 296, dn. 2; **Tuncay**, A. Can, Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, C. 26, S. 2, 2012, s. 5. Seyyar tüccar memurları TBK'da düzenlenmemiş olmasına karşın TTK m. 318/2 ve 321'de bu kavramın kullanılmış olduğu görülmektedir. Kanunlar arasındaki uyumun sağlanması için seyyar tüccar memurları ibaresinin TTK'dan kaldırılması isabetli olacaktır.

141 İki kurum arasında benzerlik olduğuna ilişkin bkz. **Arkan**, s. 196; **Bahtiyar**, Ticari İşletme s. 226; Pazarlamacının, seyyar tüccar memurunun yerine düzenlendiğine ilişkin bkz. **Akdeniz**, Umut, Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 4, 2013, s. 32; **Bozer / Göle**, s. 113; **Kaya**, Arslan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Acentelik, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 4, N. 02e; **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 699, N. 1467; **Topçuoğlu**, s. 30-31; **Topuz**, s. 317, 349-350; **Yalman**, Gökhan, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017, s. 10, 37; Pazarlamacının seyyar tüccar memurunun görevini ifa edeceğine ilişkin bkz. **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 454; **Tuncay**, s. 5, 16; **Zengin**, s. 35. Pazarlamacının temellerinin seyyar tüccar memurlarına dayandığı yönünde bkz. **Kaplan**, s. 64. Pazarlamacının yerine seyyar tüccar memurları ifadesinin kullanılmasının uygun olacağı yönünde bkz. **Akdeniz**, s. 9; **Yalman**, s. 7. Güllüce'ye göre, pazarlamacı ile seyyar tüccar memuru arasında farklılar bulunmasına rağmen, kanun koyucu seyyar tüccar memurları ile ortaya çıkan boşluğu, pazarlamacılık sözleşmesi ile doldurulmayı amaçlamıştır. Pazarlamacı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi, pazarlamacının isminin veya yetkilerinin kapsamının değişmesi; pazarlamacının seyyar tüccar memuru yerine düzenlenmiş olduğunu değiştirmeyecektir (**Güllüce**, s. 50). Tuncay'a göre, mehz kanuna bağlı olarak pazarlamacı yerine “ticari gezgin” ya da “gezici tüccar yardımcısı” kavramı kullanılabilir (Tuncay, s. 5).

142 **Ayoğlu**, s. 47-48. Pazarlamacı, mevcut TBK'da düzenlenmeyen seyyar tüccar memurlarının bıraktığı boşluğu doldurmak amacıyla öngörülmemiştir. Bkz. **Poroy / Yasaman**, s. 241. Pazarlamacı, seyyar tüccar memurunun basit bir devamı değildir. Bkz. **Demirkapı**, Ertan, Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından “Kendi Müşteri Çevresi” Kavramı ve

Seyyar tüccar memurları mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde tek bir maddede, iki fıkra olarak düzenlenmişti. Pazarlamacı ise TBK m. 448-460 arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca seyyar tüccar memurları, ticari mümessiller ve diğer ticaret vekilleri başlığı altında düzenlenmişken, pazarlamacı altıncı bölümde hizmet sözleşmeleri bölümü altında, pazarlamacılık sözleşmesi başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesinin, hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğundan bahsedilebilir¹⁴³. Bu husus TBK gerekçesinde¹⁴⁴ ve Yargıtay kararlarında¹⁴⁵ açıkça vurgulanmıştır. Ayrıca TBK m. 449'da pazarlamacılık sözleşmesine ilişkin hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacağını düzenlenmesi de, pazarlamacının hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlendiğini göstermektedir¹⁴⁶. Buna karşın mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde seyyar tüccar memurları ile ticari işletme sahibi arasındaki ilişki hizmet, vekâlet veya ortaklık sözleşmesi de olabirdi¹⁴⁷. Dolayısıyla pazarlamacı veya seyyar tüccar memurlarının, ticari işletme sahibi ile aralarındaki iç ilişkinin hukuki niteliği açısından da farklılıklar bulunmaktadır.

Mülga Borçlar Kanunu m. 454'te seyyar tüccar memurlarının malın bedelini almak, makbuz vermek ve borçluya süre tanınması yetkilerine sahip olduğu belirtilmişti. Ancak pazarlamacı açısından TBK'da böyle bir yetki söz konusu değildir. Gerçekten de aracı pazarlamacı sadece müşteri ile iletişime geçmeyi sağlar. Sözleşme yapma yetkisi olan pazarlamacının ise tahsilat veya ödeme gününü değiştirmesi için açıkça yetkilendirilmiş olması gerekir. Dolayısıyla mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde seyyar tüccar memurunun yapmaya yetkili olduğu işlemleri, sözleşme

Eleştirisi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, 2013, s. 63.

143 **Güllüce**, s. 60; **Poroy / Yasaman**, s. 241; **Topçuoğlu**, s. 30; **Topuz**, s. 294 ve 311. Pazarlamacının, hizmet sözleşmesi dışında başka bir sözleşme ile çalıştırılabileceğine ilişkin bkz. **Tuncay**, s. 6. Zengin'e göre, pazarlamacılık sözleşmesi TBK m. 448'de içerdiği unsurlar, özellikle bağımsızlık unsuru nedeniyle, her zaman hizmet sözleşmesinin özel bir türüdür (**Zengin**, s. 27, 35, dn. 96). Yalman, pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesi kapsamında değil, vekâlet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. (**Yalman**, s. 22). Pazarlamacılık sözleşmesi, hukuki niteliği itibarıyla hizmet sözleşmesinden ziyade vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmelidir. Bkz. **Akdeniz**, s. 10.

144 Bkz. TBK hükümet gerekçesi, Bölüm 6.

145 “Yukarıda da belirtildiği üzere pazarlamacılık sözleşmesi hizmet sözleşmelerinin genel hizmet sözleşmesi olan birinci ayrımdan hemen sonra düzenlenmiştir. Buradan, Kanun Koyucu'nun, pazarlamacılık sözleşmesini, hizmet sözleşmesinin bir türü olarak kabul ettiği sonucuna varabiliriz. Gerekçe'de de bu husus açık olarak belirtilmiş ve bu sözleşmenin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu ifade edilmiştir. Kaldı ki, TBK'nın 469. Maddesinde de göre pazarlamacılık sözleşmesine dair hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümleri uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bir sözleşmenin pazarlamacılık sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için tanımında yer alan unsurların yanında Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinde düzenlenen hizmet sözleşmesine dair unsurlarının da mevcudiyeti aranacaktır” YHGK., T. 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 23.09.2020); “...Sözleşmenin unsurları, 1. Ticari işletmenin varlığı, 2. Süreklilik, 3. İşletme dışında faaliyet yürütme, 4. Ticari işletme sahibi işveren hesabına çalışma, 5. Aracılık ve sözleşme yapma, 6. Ücret (komisyon-prim) almaktır. Pazarlamacılık sözleşmesi bu unsurları nedeni ile atipik bir iş sözleşmesidir.” Y. 9. HD., T. 21.03.2016, E. 2014/35247, K. 2016/6636 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 24.09.2020); “TBK. 'un 448 vd. maddelerinde pazarlamacılık sözleşmesini hizmet aktinin özel bir türü olarak düzenlemekle kalmamış, 469 maddesinde açıkça “pazarlamacılık sözleşmesine ve evde hizmet sözleşmesine dair hüküm bulunmayan hâllerde, hizmet sözleşmesinin genel hükümlerinin uygulanacağı” hükmünü getirmiştir.” Y. 9. HD., T. 08.11.2016, E. 2016/24670, K. 2016/19553 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 24.09.2020).

146 TBK m. 469 düzenlemesi ile 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin pazarlamacıya uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki tartışmalar için bkz. **Zengin**, s. 27 vd.

147 **Poroy / Yasaman**, s. 241; **Zengin**, s. 35.

yapma yetkisi olan pazarlamacının yapabilmesi açıkça yetkilendirilmiş olmasına bağlıdır. İki kurum arasında yetki bakımından da fark olduğu söylenebilir¹⁴⁸.

Kanaatimizce pazarlamacı ve seyyar tüccar memurları arasında benzerlik olmasına karşın, ikisinin tamamen aynı kavramı ifade ettiği söylenemez. Zira ikisi arasında hem sözleşme ilişkisi bakımından hem de yetki bakımından farklılıklar mevcuttur. Bu nedenle pazarlamacı ile seyyar tüccar memurlarının tamamen birbirinin aynısı olmadığı, iki kavram arasında sadece benzerliklerin olduğu kabul edilebilir.

Pazarlamacı ile seyyar tüccar memurların benzer kavramlar olması, pazarlamacının ticari vekil olup olmadığı sorusunu akıllara getirmektedir. Zira mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde seyyar tüccar memurları ticari vekil olarak kabul edilmişti¹⁴⁹. Dolayısıyla pazarlamacının ticari vekil olarak kabul edilip edilemeyeceği tartışılabilir. Öğretide genel olarak pazarlamacının ticari vekil olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁰.

Pazarlamacının tacir yardımcısı olarak düzenlenip düzenlenmediğinin de incelenmesi gerekmektedir¹⁵¹. Zira pazarlamacı tacir yardımcılarının düzenlendiği bölümde düzenlenmemiş, özel borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci kısmın altıncı bölümünde hizmet sözleşmeleri başlığı altında düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanun koyucunun pazarlamacıyı, tacir yardımcısı olarak düzenleme maksadı olmadığından bahsedilebilir¹⁵². Bunun yanında tacir yardımcılarını düzenleyen

148 “...Davacı, davalıya satılan malların bedelinin ödenmediğini ileri sürerek alacağını tahsilini talep etmiş, davalı ise malların bedelinin davacı şirket temsilcisi olduğunu iddia ettiği U. W'e ödediğini savunmuştur. Davalı tarafından ödeme yapıldığı ileri sürülen U. W'ün Borçlar Kanunu'nun 454. maddesinde belirtilen seyyar tüccar memuru olması halinde bu şahsa yapılan ödemeler geçerlidir...” Y. 19. HD., T. 11.05.2011, E. 2010/12341, K. 2011/6539 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 26.09.2020). Bu kararda seyyar tüccar memurunun malın bedelini tahsil yetkisine sahip olmasından hareketle, kişinin seyyar tüccar memuru olması hâlinde işlemin geçerli olacağına karar verilmiştir. Şayet malların bedelinin ödendiği kişi pazarlamacı olarak kabul edilseydi, pazarlamacının malların bedelini tahsil yetkisi bulunmadığından yapılan ödeme geçersiz olacaktı. Yargıtay tarafından verilen bir başka kararda ise, seyyar tüccar memuru olarak nitelendirilen kişilerin para tahsil etme yetkisine sahip olduğu belirtilmiştir. “Mahkemece, Mustafa ... ve İbrahim ... adlı kişilerin BK.nun 454. maddesinde tanımlanan Seyyar Tüccar memurlar olduğunu, bu kişilerin mal satmaya ve para tahsil etmeye yetkileri olduğu, davalının yaptığı ödemenin yasa ve iyi niyet kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna bulunan hükmün onanmasına...” Y. 19. HD., T. 6.5.1999, E. 1999/2552, K. 1999/3117 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 26.09.2020).

149 Bkz. dn. 4.

150 **Bahtiyar**, Ticari İşletme, s. 225. Kaya, aracı pazarlamacı ve özellikle sözleşme yapma yetkisi olan pazarlamacının ticari vekil sayılmasına engel bir durum olmadığını belirtmiştir [**Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan)], s. 701, N. 1467; **Koç**, Pazarlamacı, s. 7, dn. 20; Topuz'a göre, pazarlamacı ticari vekilin özel bir türüdür (**Topuz**, s. 343). Zengin, sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacının temsil yetkisine sahip olduğunu belirterek, bu pazarlamacının bir tür özel yetkili ticari vekil olduğunu ifade etmiştir (**Zengin**, s. 34, 46). Aynı yönde bkz. **Kaplan**, s. 66.

151 Pazarlamacı, ticari işletme hukuku kitaplarında bağlı tacir yardımcılar başlığı altında incelenmiştir. Ancak Poroy/ Yasaman, pazarlamacıyı tacire bağlı yardımcılar sıralamasında saymışken, pazarlamacı konusunu ayrı bir başlık olarak değil, ticari vekil başlığı altında anlatmıştır (**Poroy / Yasaman**, s. 234, 239).

152 Pazarlamacının düzenlenme şekli ile tacir yardımcısı niteliğinin çeliştiği hakkında bkz. **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 699, N. 1467. Topçuoğlu, pazarlamacılığın kanundaki düzenleme yeri ve pazarlamacılık ile ilgili hükümler nedeniyle tacir yardımcısı olarak nitelendirmenin güç olduğunu belirtmiştir. Ancak, pazarlamacının, seyyar tüccar memurlarının görevini devam ettirdiğini ifade ederek tacir yardımcısı olarak değerlendirmiştir (**Topçuoğlu**, s. 31-32). Ayrıca bkz. **Zengin**, s. 42, dn. 4.

hükümlerde ticari işletme sahibi ile üçüncü kişi arasındaki ilişkiler düzenlenmişken (rekabet yasağına ilişkin düzenleme dışında), pazarlamacılık sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları, tarafların hakları, borçları ve yükümlülükleri düzenlenmiştir. Bu nedenle pazarlamacılık sözleşmesinin, TBK'da yeni bir sözleşme tipi olarak düzenlendiği sonucuna varılmıştır¹⁵³. Yargıtay tarafından verilen bir kararda¹⁵⁴ da pazarlamacılık sözleşmesinin özel bir sözleşme türü olduğu belirtilmiştir.

Kanaatimizce pazarlamacı, bağlı tacir yardımcılarındandır. Zira yukarıda belirtildiği üzere, pazarlamacının hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlenmesinin nedeni İsviçre Borçlar Kanununda yapılan değişikliktir. Dolayısıyla bu değişikliğe bağlı olarak kanun koyucu pazarlamacının kanun sistematliğini mehzaz kanuna göre uyarlamak istemiştir. Tacir yardımcılarının, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları başlığı altında düzenlenmesi nedeniyle, pazarlamacının da bu başlık altında düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir. Ancak TBK'da madde başlıklarının metne dâhil edilmesi gerektiği yönünde bir düzenlemenin bulunmadığı dikkate alındığında, pazarlamacının da tacir yardımcısı olarak hizmet sözleşmesi başlığı altında düzenlenmesi mümkündür¹⁵⁵. Ticari temsilci, ticari vekil ve diğer tacir yardımcılara ilişkin hükümlerde, ticari işletme sahibi ile anılan tacir yardımcıları arasındaki hukuki ilişkilerden ziyade, bu kişilerin üçüncü kişilerle ilişkisi düzenlenmiştir. Pazarlamacılık sözleşmesinde ise, ticari işletme sahibi ile pazarlamacı arasındaki iç ilişkiler düzenlenmiştir. Bu durum, pazarlamacının tacir yardımcısı sayılmasına engel değildir¹⁵⁶. Zira bağlı olmayan tacir yardımcılarında olan acenteyi düzenleyen hükümler arasında da iç ilişkiye dair hükümler mevcuttur (TTK m. 102 vd.). Ayrıca TBK'da ticari işletme sahibi ve tacir yardımcıları arasındaki iç ilişkiyi ilgilendiren rekabet yasağına ilişkin düzenleme de mevcuttur (TBK m. 553). Dolayısıyla pazarlamacılık sözleşmesine dair hükümlerin iç ilişkiye ait hükümler olması, pazarlamacının tacir yardımcısı olmadığı anlamına gelmez¹⁵⁷. Öğretide de pazarlamacının tacir yardımcısı olduğu kabul edilmektedir¹⁵⁸.

Pazarlamacının, ticari vekil olup olmadığı hususunda, iki kurum arasındaki benzerliklere ve farklara bakılması gerekir. Öncelikle yaptığımız açıklamalar ışığında her ikisi de bağlı tacir yardımcılarındandır. Pazarlamacı da ticari vekil gibi sadece ticari işletmelere atanır¹⁵⁹. Ticaret siciline tescil hususunda pazarlamacılık sözleşmesinin, ticari vekilin temsil yetkisinde olduğu gibi ticaret siciline tescil ve

153 **Ayoğlu**, s. 47-48; **Poroy / Yasaman**, s. 241.

154 “...6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda ise 448-460 maddeleri arasında da “pazarlamacılık sözleşmesi” özel bir sözleşme türü öngörülmüş olup, bu sözleşmenin pazarlamacının sürekli olarak, bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında, her türlü işlemin yapılmasına aracılık etmeyi veya yazılı anlaşma varsa, bu anlaşmada belirtilen işlemleri yapmayı, işletme sahibi işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlandığı ...” Y. 21. HD., T. 24.2.2016, E. 2015/8780, K. 2016/2751 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.09.2020).

155 Pazarlamacının tacir yardımcısı başlığı altında düzenlenmemesi tacir yardımcısı olmasına engel değildir. Bkz. **Akdeniz**, s. 4; **Koç**, Pazarlamacı, s. 6; **Tuncay** s. 6; **Zengin**, s. 42. Aksi görüş için bkz. **Ayoğlu**, s. 47-48.

156 **Zengin**, s. 44-45.

157 Pazarlamacının tacir yardımcısı olduğuna ilişkin bkz. **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 699, N. 1465 – N. 1467; **Poroy / Yasaman**, s. 240. Nitekim pazarlamacının bağlı tacir yardımcısı olmasından hareketle, rekabet yasağına ilişkin TBK m. 553'ün pazarlamacıyı da uygulanabileceğine ilişkin bkz. **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 489.

158 **Arkan**, s. 178, 196; **Bozer / Göle**, s. 113; **Kaplan**, s. 67; **Topçuoğlu**, s. 29; **Topuz**, s. 294; 349; **Yalman**, s. 12

159 **Bozkurt**, Ticari İşletme, s. 454; **Koç**, Pazarlamacı, s. 11, **Tuncay**, s. 9; **Zengin**, s. 16-17.

ilan edilmesi gerekmez¹⁶⁰. Ticari vekil, genel yetkili ve özel yetkili olarak, pazarlamacı ise aracı pazarlamacı ve sözleşme yetkisi olan pazarlamacı olarak ikiye ayrılır. Pazarlamacılık ilişkisi TBK m. 448'de sürekli olarak ibaresiyle vurgulanmıştır. Dolayısıyla ticari işletme sahibi ve pazarlamacı arasındaki ilişki geçici bir ilişki şeklinde değil, sürekli bir ilişki olmalıdır. Ticari işletme sahibi ile ticari vekil arasındaki ilişki de süreklilik arz eder¹⁶¹.

Pazarlamacı ile ticari vekil arasında ki farklar şu şekildedir:

– Pazarlamacı ve ticari vekil arasındaki önemli farklardan biri, pazarlamacının ticari işletme dışında çalışıyor olmasıdır¹⁶². Bu husus TBK m. 448'de “*bir ticari işletme sahibi işveren hesabına ve işletmesinin dışında*” ibaresiyle vurgulanmıştır. Gerçekten de ticari işletme sahibinin mal veya hizmetlerini müşterilere ulaştırması gerekmektedir. Bu işlevi, ticari işletme sahibi adına pazarlamacı üstlenmektedir. Madde metninde geçen ticari işletme dışarı¹⁶³ ile kastedilenin ne olduğu açık değildir. Ticari işletme dışında ibaresi ile ticari işletmenin mal veya hizmetlerinin üretildiği fiziki sınırların dışarı¹⁶⁴ kastedilmektedir. Oysa ticari vekiller, ticari işletmenin bulunduğu alan içerisinde çalışırlar ve ticari işletme sahibini ticari işletmenin içerisinde temsil etmeye yetkilidirler¹⁶⁵. Dolayısıyla ticari vekilin yer itibarıyla faaliyet alanı ticari işletmenin merkezi veya şubeleridir¹⁶⁶. Ancak ticari vekil açıkça yetkilendirilmiş ise ticari işletme dışarısında işlem yapabilir¹⁶⁷. Sonuç olarak, bir kişinin ticari işletmenin merkezi veya şubesinde faaliyet gösteren bir kişi pazarlamacı olarak değil, yetkilerinin kapsamına göre ticari temsilci veya ticari vekil olarak nitelendirilebilir¹⁶⁸. Pazarlamacı ve diğer tacir yardımcıları, ticari işletmenin içerisinde veya dışarısında çalışmalarını yönüyle farklılık göstermektedir¹⁶⁹.

– Ticari vekil ve sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı arasında fark vardır. Sözleşme yapma yetkisi bulunan pazarlamacı açıkça yetkili kılınmadıkça tahsilat veya ödeme günü değişikliği yapamaz (TBK

160 **Teoman**, s. 246; **Yalman**, s. 27.

161 **Güllüce**, s. 20; **Korucuoğlu Doğan**, Ticari Vekil, s. 12.

162 **Arkan**, s. 197; **Bilgili / Demirkapı**, s. 79; **Güllüce**, s. 44, 58; **Topuz**, s. 302; **Yalman**, s. 26; **Zengin**, s. 34. Seyyar tüccar memurları, ticari işletme/şube dışarısında çalışmaları ile ticari vekilden ayrılmaktadır. Bkz. **Teoman**, s. 246.

163 Pazarlamacının ticari işletme dışarısında çalışması, bu kişinin tüm zamanını ticari işletmenini dışarısında geçirmesi gerektiği şeklinde yorumlanamaz. Zira pazarlamacının, toplam çalışma süresinin yarısından fazlasını ticari işletme dışarısında geçirmesi şartıyla, ticari işletme içerisinde çalışabilmesi mümkündür. Bkz. **Tuncay**, s. 9; **Yalman**, s. 17; **Zengin**, s. 19-20.

164 **Zengin**, s. 16 vd. İşletme dışı ifadesi, ticari işletmenin merkez ve şubesi dışındaki her yeri kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bunun sonucunda, ticari işletmenin merkezi dışında bulunan bir semte, mahalleye, il veya ilçeye pazarlamacı yetkilendirilebilir. Bkz. **Topçuoğlu**, s. 32; **Yalman**, s. 17. Ticari işletme dışarısında ifadesi hakkındaki görüşler için bkz. **Zengin**, s. 18, dn. 40.

165 **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 696; N. 1461. “*Pazarlamacı, işletme dışında, uzakta müşterilerin ayağına giderek çalışır ve bir işletmeye bir hizmet akdiyle bağlıdır. Oysa, ticari mümessil ve ticari vekil işletmenin bulunduğu yerde çalışırlar ve işverene bağlılıkları bir iş sözleşmesi ile olabileceği gibi bir vekalet ya da şirket sözleşmesi ile de olabilir*” Y. 9. HD., T. 8.11.2016, E. 2016/24670, K. 2016/19553 (www.kazanci.com, Erişim Tarihi: 25.09.2020).

166 **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 696; N. 1461.

167 **Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan), s. 696; N. 1461.

168 **Topuz**, s. 302; **Yalman**, s. 17.

169 **Arkan**, s. 197. Ticari vekil, ticari işletme içerisinde temsile yetkili olup, ticari işletme dışarısında temsil yetkisi mevcut değildir. Bkz. **İmregün**, Kara Ticareti, s. 123.

m. 452/2). Ancak genel veya özel yetkili ticari vekil açıkça yetkilendirilmiş olmasa bile bu işlemleri yapabilir. Zira satış bedelini tahsil etme yetkisi, olağan işlem olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla kanun koyucu, ticari vekilin özel yetki almadan yapma yetkisi olduğu bir işlemi, pazarlamacı açısından açıkça yetkilendirme şartına bağlamıştır.

– Pazarlamacı hizmet sözleşmesi bölümü altında; ticari vekil, ticari temsilciler, ticari vekiller ve diğer tacir yardımcıları bölümü altında düzenlenmiştir. Pazarlamacılık sözleşmesi, hizmet sözleşmesinin özel bir türünü oluşturmaktadır¹⁷⁰. Ticari vekil ve ticari işletme sahibi arasındaki ilişki hizmet sözleşmesi olabileceği gibi vekâlet, ortaklık veya benzeri sözleşmeler de olabilir¹⁷¹.

– İki kurum arasında atanacak kişiler bakımından fark vardır. Yukarıda bahsedildiği üzere ticari vekil gerçek veya tüzel kişi olarak atanabilmektedir¹⁷². Pazarlamacı ise niteliği gereği sadece gerçek kişi olabilmektedir¹⁷³. Gerçekten pazarlamacının yaptığı iş gereği tüzel kişi olması düşünülemez.

– Pazarlamacının TTK m. 122 gereğince denkleştirme tazminatı alabileceği belirtilmektedir¹⁷⁴. TTK m. 122 hükmü, hakkaniyete aykırı düşmedikçe, tek satıcılık ile benzeri diğer tekel hakkı veren sürekli sözleşme ilişkilerinin sona ermesi hâlinde de uygulanacaktır (TTK m. 122/5). Bize göre de, anılan hükümden hareketle pazarlamacı denkleştirme tazminatı talep edebilmelidir. Ancak TTK m. 122'de öngörülen denkleştirme tazminatına ilişkin unsurların sağlanması gerekmektedir. Ticari vekilin denkleştirme tazminatı alabilmesi ise mümkün değildir.

– Ticari vekil, tek taraflı irade beyanı ile atanır. Pazarlamacı ise, pazarlamacılık sözleşmesi gereği tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile atanır¹⁷⁵. Ayrıca pazarlamacıya sözleşme yapma yetkisinin verilmesi yazılı şekil şartına bağlıdır (TBK m. 452/1).

170 Pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olduğu yönünde bkz. **Zengin**, s. 26. TBK genel gerekçesinde pazarlamacılık sözleşmesinin hizmet sözleşmesinin özel bir türü olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Ancak öğretilerde pazarlamacılık sözleşmesine, vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği de belirtilmektedir. Bkz. **Akdeniz**, s. 10.

171 “Pazarlamacı, işletme dışında, uzakta müşterilerin ayağına giderek çalışır ve bir işletmeye bir hizmet akdiyle bağlıdır. Oysa, ticari mümessil ve ticari vekil işletmenin bulunduğu yerde çalışırlar ve işverene bağlılıkları bir iş sözleşmesi ile olabileceği gibi bir vekalet ya da şirket sözleşmesi ile de olabilir” Y. 9. HD., T. 8.11.2016, E. 2016/24670, K. 2016/19553 (www.lexpera.com, Erişim Tarihi: 24.09.2020).

172 Bkz. II. Bölüm, C.

173 **Yalman**, s. 25, 28, 45. İşçinin İş Kanunu m. 2 gereğince gerçek kişi olması karşısında, hizmet sözleşmesinin bir türü olan pazarlamacılık sözleşmesi açısından pazarlamacının da gerçek kişi olması gerekir. Bkz. **Koç**, Pazarlamacı, s. 39; **Zengin**, s. 41. Pazarlamacı, sözleşme konusu faaliyetin icrasının koyduğu zorunluluk olarak gerçek kişi olmalıdır. Bkz. **Topuz**, s. 304; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 522. Pazarlamacının kişi olması gerektiği tartışmasız olsa da, bu kişinin gerçek veya tüzel kişi olabileceği yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bkz. **Ayhan / Çağlar / Özdamar**, s. 479, dn. 743.

174 Arkan, pazarlamacının denkleştirme tazminatı alabilmesini, belirli bir alanda faaliyet göstermesi ve TBK m. 453/1'de öngörülen şekilde anlaşmanın olmamasına bağlamıştır (**Arkan**, s. 199). Kayaya göre pazarlamacının denkleştirme tazminatı alabilmesi teorik olarak ihtimal dâhilindedir, ancak uygulanması istisnai olarak mümkündür [**Kaya** (Ülgen / Helvacı / Kendigelen / Nomer Ertan)], s. 721; N. 1432. Poroy / Yasaman, pazarlamacılık sözleşmesinin TTK m. 122/5'e uyduğunu belirterek, pazarlamacının denkleştirme tazminatını alabileceğini belirtmiştir (**Poroy / Yasaman**, s. 240). Ayrıca bkz. **Yalman**, s. 135-136; **Zengin**, s. 178-179.

175 **Yalman**, s. 27.

Kanaatimizce aracı pazarlamacının, ticari işletme sahibini temsil yetkisi olmadığından ticari vekil olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Sözleşme yapma yetkisi olan pazarlamacı ise atanma şekli, atanacak kişi, yetki, hak ve yükümlülüklerden genel veya özel yetkili ticari vekilden farklılık gösterdiği için, ticari vekil olarak nitelendirilemez. Ayrıca ticari işletme sahibi tarafından kişinin hem işletme içerisine ticari vekil olarak atanması, hem de işletme dışında müşterilere mal veya hizmet götürmesi ihtimal dâhilindedir. Bu gibi durumlarda ticari işletme sahibi ile atanan kişi arasındaki sözleşmeden, kişinin ticari vekil mi veya pazarlamacı mı olduğu anlaşılacaktır. Pazarlamacı, her ne kadar tacir yardımcıları başlığı altında düzenlenmemiş olsa da, ticari temsilci, ticari vekil gibi TBK'da düzenlenmiş bağlı tacir yardımcılarında olduğu söylenebilir.

Sonuç

Ticari vekil, TBK m. 551 gereğince sadece ticari işletmelere atanabilmektedir. Ticari işletme niteliğine sahip olmayan işletmelere ticari vekil atanması ise mümkün değildir. Bu hususta ticari vekilin esnaf işletmelerine atanmama nedeni ile ilgili olarak madde gerekçesinde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Esnaf işletmeleri faaliyeti bakımından ticari işletme kadar geniş olmasa da, esnaf olan kişi de yardımcılara ihtiyaç duyabilir. Bu nedenle olması gereken hukuk açısından ticari vekil, ticari işletme yanında esnaf işletmelerine de atanabilmelidir. Ayrıca mülga Borçlar Kanunu m. 449/2 gereğince ticari temsilcinin esnaf işletmesine atanabileceği kabul edilmekteydi.

TBK m. 551/1'de ticari vekilin ticari işletme sahibi tarafından atanabileceği düzenlenmiştir. Ancak ticari işletme sahibi her zaman ticari işletmeyi işleten kişi olmamaktadır. Zira ürün kirası ve intifa hakkında ticari işletme sahibi ile ticari işletmeyi işleten kişiler farklı olmaktadır. Bu nedenle anılan fıkrada geçen ticari işletme sahibi ibaresi ticari işletmeyi işleten olarak anlaşılmalıdır.

Ticari temsilci ve ticari vekil, benzer kurumlar olması nedeniyle birbiri ile karıştırılmaktadır. Her iki tacir yardımcısının arasında düzenlenme yeri, atanma şekli ve atanabilecek kişiler açısından benzerlikler bulunmaktadır. Aralarındaki farklar için öncelikle ticari işletme sahibinin iradesine bakılmalıdır. Ticari işletme sahibinin açık bir irade beyanı var ise, atanmış olan kişinin hukuki durumu tespit edilebilir. Bunun yanında ticari temsilcinin ticaret siciline tescil edilmesinin zorunlu olması da atanmış olan kişinin niteliği konusunda belirleyici olabilir. Ticari temsilcinin tescili kurucu değil, açıklayıcı niteliktedir. Dolayısıyla atanmış olan kişi, ticaret siciline tescil edilmiş ise ticari temsilci olarak atandığı karine olarak ileri sürülebilir. İki kurum arasındaki en önemli fark ise, atanmış olan kişiye verilen yetkilerin kapsamındadır. Bu yetkilerin kapsamı geniş ise ticari temsilcinin; dar ise ticari vekilin atandığı kabul edilebilir. Ayrıca yetkilerin kapsamının olağan ve olağanüstü işlerden olması, kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olarak atandığının tespitinde yardımcı olabilir. Şayet atanmış kişiye verilen yetkilerin içerisinde olağanüstü iş ve işlemler var ise, ticari temsilcinin atandığı varsayılır.

Ticari temsilci ve ticari vekil arasındaki farkın belirlenebilmesi açısından ticari temsilcinin atama şeklinin değiştirilmesi isabetli olacaktır. Ticari temsilci açık veya zımni irade beyanı ile değil, sadece yazılı bir beyanla atanmalıdır. Bu şekilde en azından zımni olarak atanan kişinin ticari vekil olarak

atandığı belirlenebilir. Ancak ticari temsilcinin yazılı beyanla atanması, kişinin ticari temsilci veya ticari vekil olup olmadığı noktasında kesin belirleyici olmayacaktır. Bu hâlde atanan kişiye verilen yetkilerin kapsamına bakılması gerekecektir.

TBK'da düzenlenen pazarlamacı ile seyyar tüccar memurları tamamen aynı kavramlar olmasa da birbirine benzer kavramlardır. Zira pazarlamacı ile seyyar tüccar memurları arasında yetki ve hukuki nitelik bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Pazarlamacı ile ticari vekil karşılaştırıldığında, aracı pazarlamacı, ticari işletme sahibini temsil etme yetkisi bulunmadığından ticari vekil olarak nitelendirilemez. Sözleşme yapmaya yetkili pazarlamacı ise, atanma şekli, atanacak kişi ve yetki bakımından farklılıklar bulunduğu için ticari vekil olarak kabul edilemez. Dolayısıyla pazarlamacı da ticari vekil gibi bağlı tacir yardımcılarında biridir.

Kaynakça

- ACAR**, Faruk: Sınırlı Ehliyetsizlerin Ticari Mümessil Olarak Tayini Sorunu, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 1-15 (Ticari Mümessil).
- ACAR**, Serdar: Kambiyo Senetlerinde Temsil Yetkisindeki Sakatlıklar ve Sonuçları, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 1, S. 2, 2006, s. 27-42 (Temsil).
- AÇIKGÖZ**, Aslı: Dar Anlamda Vesayeti Gerektiren Hâller ve Vesayet Altına Almanın İşlem Ehliyeti Bakımından Sonuçları, İstanbul 2017.
- AKDAĞ GÜNEY**, Necla: 6552 Sayılı Torba Kanun ile TTK m. 371/7'ye Eklenen Yedinci Fıkra ile İlişkin Değerlendirmeler, Halil Arslanlı Bilim Arşivi, www.arslanlibilimarsivi.com, s. 1-25 (TTK m. 371/7).
- AKDAĞ GÜNEY**, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Bası, İstanbul 2016 (Yönetim Kurulu).
- AKDENİZ**, Umut: Pazarlamacılık Sözleşmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 4, 2013, s. 1-34.
- AKYOL**, Şener: Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009.
- ALBAŞ**, Hakan: Türk Hukukunda Ticari Mümessillik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 1991.
- ARKAN**, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, Yirmi Üçüncü Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 2017.
- ARSLANLI**, Halil: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Baskı, İstanbul 1960.
- ASLAN**, İ. Yılmaz: Ticaret Hukuku Dersleri, 12. Baskı, Bursa 2018.
- AYDIN**, Sema / **KAPLAN**, Hasan Ali: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 3-4, 2014, s. 165-203.
- AYHAN**, Rıza: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2007.
- AYHAN**, Rıza / **ÇAĞLAR**, Hayrettin / **ÖZDAMAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, 13. Bası, Ankara 2020.
- AYOĞLU**, Tolga: Bağımlı ve Bağımsız Tacir Yardımcıları Bakımından Getirilen Yenilikler, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari İşletme Hukuku Anlamında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu, İstanbul, Kadir Has Üniversitesi, 25-26 Kasım 2011, s. 46-52.
- BAHTİYAR**, Mehmet: 6102 Sayılı TTK'da Ticaret Siciline Tescil Yanında İlanı da Gereken Hususlar Sorunu (M. 35/3), Regesta Ticaret Hukuku Dergisi, C. 3, S. 2, 2013, s. 3-14 (Ticaret Sicili).
- BAHTİYAR**, Mehmet: Ticari İşletme Hukuku, 21. Bası, İstanbul 2020 (Ticari İşletme).

- BAŞOĞLU**, Şebnem: Bağlı Tacir Yardımcılarının Kanundan Doğan Rekabet Yasağı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, 1980, s. 221-237.
- BAŞTUĞ**, İrfan: Küçük ve Kısıtlıların Tacirlik Sıfatı, Batider, C. 5, S. 4, 1970, s. 805-813.
- BAŞTUĞ**, İrfan / **ERDEM**, H. Ercüment: Ticarî İşletme Hukuku, Ankara 1993.
- BATTAL**, Ahmet: Ticaret Sicilinin Müsbet Fonksiyonunun Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, Batider, C. 19, S. 1, 1997, s. 83-101.
- BECKER**, Herman: Ticari Temsil Yetkisi (Prokuro) ve Ticari Vekillerin Temsil Yetkileri (andere Handlungsvollmachten) I, (Çeviren: Suat Dura), Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 3, 1982, s. 428-439 (I).
- BECKER**, Herman: Ticari Temsil Yetkisi (Prokuro) ve Ticari Vekillerin Temsil Yetkileri (andere Handlungsvollmachten) II, (Çeviren: Suat Dura), Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 4, 1982, s. 585-599 (II).
- BİLGE**, Mehmet Emin: Ticaret Sicili, İstanbul 1999.
- BİLGİLİ**, Fatih: Tüzel Kişilerin Ticari Temsilciliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004, s. 37-43.
- BİLGİLİ**, Fatih / **DEMİRKAPI**, Ertan: Ticaret Hukuku Bilgisi, 15. Baskı, Bursa 2019.
- BİRSEL**, Mahmut Tevfik: Ticari İşletme Hukuku, C. I, İzmir 1970 (Ticari İşletme).
- BİRSEL**, Mahmut Tevfik: Ticarî Mümessil Tarifinde Şahsi Unsur, Batider, C. 2, S. I, 1963, s. 1-13 (Ticari Mümessil).
- BOZER**, Ali / **GÖLE**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, Dördüncü Bası, Ankara 2017.
- BOZKURT**, Tamer: Ticarî İşletme Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2020 (Ticari İşletme).
- BOZKURT**, Tamer: Türk Hukukunda ve Uygulamada Tellâllık, Ankara 2007 (Tellâllık).
- CENKÇİ**, Esra: Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulunun Temsil Yetkisinin Devri, Ankara 2018 (Temsil).
- CENKÇİ**, Esra: Ticari Temsilcinin Temsil Yetkisinin Sınırlandırılması Sorunsalı, Batider, C. 34, S. 2, 2018, s. 93-118 (Ticari Temsilci).
- CENKÇİ**, Esra / **ÇETİNKAYA**, Mehmet: Ticari Vekilin Kambiyo Taahhüdünde Bulunma Yetkisi, Terazi Hukuk Dergisi, C. 8, S. 86, 2013, s. 25-29.
- CEYLAN**, Nurgül: Limited Şirketin Temsili, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, 2014, s. 59-93.
- CİHANGİROĞLU**, Celal: Ticari İşletme Hukuku, 3. Bası, İzmir 2001.
- ÇELİKBOYA**, Kerem: Anonim Şirketin TTK m.11 f.3 Uyarınca Ticari İşletmesini Devretmesi, Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan, İstanbul 2017, s. 163-214 (Anonim Şirket).
- ÇELİKBOYA**, Kerem: Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 2017 (İşletmenin Devri).
- ÇETİNER**, Selma / **BOZKURT YÜKSEL**, Armağan Ebru: Ticari İşletme ve Şirketler Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017.
- DEMİRKAPI**, Ertan: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Ticari Temsilciye İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel Sayı, 2010, s. 795-872 (Ticari Temsilci).
- DEMİRKAPI**, Ertan: Pazarlamacının Garanti Yükümlülüğü Açısından "Kendi Müşteri Çevresi" Kavramı ve Eleştirisi, Ersin Çamoğlu'na Armağan, 2013, s. 61-83 (Pazarlamacı).
- DEMİRKAPI**, Ertan: Ticarî İşletmenin Tespiti Açısından Esnaf İşletmesi Kavramının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, C. 17, S. 1-2, s. 371-441 (Esnaf).
- DEMİRVURAN**, H. Melih: Ticari Vekâlet, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi SBE, Ankara 2004.
- DERYAL**, Yahya: Ticaret Hukuku, 8. Baskı, İstanbul 2005.
- DOĞANAY**, İsmail: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, 4. Bası, Birinci Cilt, İstanbul 2004.
- DOMANIÇ**, Hayri: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 4. Bası, İstanbul 1988, (Ticaret Hukuku).

- DOMANİÇ**, Hayri: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. I, İstanbul 1988 (Şerh).
- DOMANİÇ**, Hayri / **ULUSOY**, Erol: Ticaret Hukukunun Genel Esasları, 5. Bası, İstanbul 2007.
- DURAL**, H. Ali: 5941 sayılı Çek Kanunu'na Göre Gerçek Kişilerin Temsilci Aracılığıyla Çek Düzenlemesi ve Gerçek Kişi Tacirin Ticari Mümessilinin Çek Düzenleme Yetkisi, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. I, 2010, s. 667-677.
- DÜNDAR**, Hamit: Yasa ve Yargıtay İçtihatları Kapsamında Ticari Mümessil ve Ticari Vekil'in Yetkileri Üzerine Bir İnceleme, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S. 132, 2006, s. 17-28.
- EDGÜ**, Ekrem: Ticaret Hukuku I, Umumi Hükümler, Ankara 1964.
- EREM**, Turgut S.: Ticaret Hukuku Prensipleri, C. I, Ticarî İşletme, İstanbul 1981.
- ERGÜN**, Mevci: Ticari İşletme Hukuku, Bursa 2011.
- ERKOL**, Nedim: Ticarî Vekillik ve Özellikle Ticarî Vekilliğin Hukukî Mahiyeti, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 1998.
- ERYİĞİT**, Harun: Tüzel Kişilerin Ticari Temsilci Olarak Atanıp Atanamayacağı Sorunu, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, 2017, s. 161-181.
- EŞELİOĞLU SEZGİLİ**, Nevin: Vasinin Görevleri ve Sorumluluğu, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çağ Üniversitesi SBE, Mersin 2007.
- FEYZİOĞLU**, F. Necmettin: Ticari Mümessiller ve Diğer Ticari Vekiller, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407-443.
- GAUTSCHI**, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Band VI, 2. Abteilung. 6. Teilband, Besondere Auftrags – und Geschäftsführungsverhältnisse sowie Hinterlegung, Art. 425-491, Bern 1962.
- GÖLE**, Celal: Tacir – Esnaf Ayırımı, Batider, C. 13, S. 2, 1985, s. 47-62.
- GÜLLÜCE**, Muhammet Ali: Tacir Yardımcısı Olarak Pazarlamacı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi SBE, Erzurum 2014.
- HIZIR**, Fatma: Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Alım Ve Satım Komisyoncusunun Temsil Yetkisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 4, 2016, s. 2867-2890.
- HİRSCH**, Ernst E.: Ticaret Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1948.
- HUGUENIN**, Claire / **MULLER-CHEN**, Markus (Hrsg.): CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft OR Art. 319-529, 3. Auflage, Zürich 2016 (CHK – İlgili yazar).
- İMREGÜN**, Oğuz: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, 13. Bası, İstanbul 2005 (Kara Ticareti).
- İMREGÜN**, Oğuz: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, 4. Bası, İstanbul 2004 (Genel İlkeler).
- İNAN**, Nurkut: Tek Satıcılık Sözleşmesi ve Üçüncü Kişiler, Batider, C. 17, S. 2, 1993, s. 55-77.
- İNCEOĞLU**, Mehmet Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2008.
- KAPLAN**, Ahmet Emre: Bağlı Tacir Yardımcılarının Rekabet Yasağı, İstanbul 2017.
- KARAAHMETOĞLU**, İsmail Özgün: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Limited Şirketin Temsili, 2. Baskı, Ankara 2018.
- KARAYALÇIN**, Yaşar: Ticaret Hukuku I. Giriş – Ticarî İşletme, 3. Baskı, Ankara 1968.
- KAYA**, Arslan: Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Acentelik, 2. Baskı, İstanbul 2016 (Acentelik).
- KAYA**, Emin: Türk Özel Hukukunda Ticarî Vekillik, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale Üniversitesi SBE, Kırıkkale 2010 (Ticarî Vekil).
- KAYAR**, İsmail: Ticari İşletme Hukuku, 11. Baskı, Ankara 2018.
- KAYIHAN**, Şaban: Ticari İşletme Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2018.

- KIRCA**, İsmail: Ticarî Mümessillik, Ankara 1996 (Ticari Mümessil).
- KIRCA**, İsmail: Kooperatiflerin Tacir Niteliği Hakkında Yargıtay'ın Tutumu: Kanuna Aykırı Yorum mu Yoksa Örtülü Boşluk Doldurma Gayreti mi?, Batider, C. 33, S. 2, 2017, s. 5-25 (Kooperatif).
- KIRCA**, İsmail / **ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan Hayal / **MANAVGAT**, Çağlar: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler Kuruluş Yönetim Kurulu, Ankara 2013.
- KOÇ**, Derviş: Pazarlamacılık Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, Ankara 2014 (Pazarlamacı).
- KOÇ**, Himmet: Anonim Şirketlerde İç Yönerge ile Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri, Ankara 2018 (Yönetim).
- KORUCUOĞLU DOĞAN**, Özlem: Ticarî Vekil ve Ticarî Vekilin Kanundan Doğan Rekabet Etmeme Yükümlülüğü, Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 1, 2017, s. 1-25 (Rekabet).
- KORUCUOĞLU DOĞAN**, Özlem: Ticarî Vekillik Kurumu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi SBE, 2017 (Ticari Vekil).
- KREN KOSTKIEWICZ**, Jolanta / **WOLF**, Stephan / **AMSTUTZ**, Marc / **FANKHAUSER**, Roland (Hrsg.), OFK – OR Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 2016 (OFK – İlgili yazar).
- MİMAROĞLU**, Sait Kemal: Ticaret Hukuku, C.I., İşletme Hukuku, 3. Bası, Ankara 1978.
- MİNELİLER**, Zeynep: Ticari Vekil, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 1469-1488.
- OLGAÇ**, Senai: Emsal İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Ankara 1976.
- ORBAY ORTAÇ**, Nurdan / **CAN**, Ozan: Yapı Kooperatiflerinin Tacir Sıfatı Olup Olmadığı Sorusu Bağlamında Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 15.9.2014 Tarih, 2014/2787 Esas ve 2014/5195 Karar Sayılı Kararının Eleştirisi, Batider, C. 32, S. 3, 2016, s. 79-104.
- ÖÇAL**, Akar: Türk Hukukunda Seyyar Tüccar Memurları, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. 5, S. 1, 1968, s. 355-361.
- ÖZDEMİR**, Necdet / **KINACIOĞLU**, Naci: Türk Ticaret Hukuku Başlangıç Hükümleri, 5. Baskı, Ankara 1984.
- POROY**, Reha / **TEKİNALP**, Ünal / **ÇAMOĞLU**, Ersin: Ortaklıklar Hukuku I, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış, 14. Bası, İstanbul 2019.
- POROY**, Reha / **YASAMAN**, Hamdi: Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2017.
- PULAŞLI**, Hasan: 6552 Sayılı (Torba) Kanunla Türk Ticaret Kanununa Eklenen Yeni Hükümlerin Değerlendirilmesi, Legal Hukuk Dergisi, C.12, S. 142, 2014, s. 39-49.
- PULAŞLI**, Hasan: Kıymetli Evrak Hukukunun Esasları, 7. Baskı, Ankara 2019.
- PULAŞLI**, Hasan: Şirketler Hukukundaki Temsil ile Borçlar Kanunundaki Ticari Mümessil ve Ticari Vekil Ayırımı, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, C. 1, S. 2, s. 3-23 (Temsil).
- RUMPF**, Christian: Alman Hukuku'nda Ticari Vekil ve Yetkileri, <https://www.rumpf-legal.com/tr/downloads/alman-hukukunda-ticari-vekil.pdf>, s. 1-13 (Erişim Tarihi. 20.09.2020).
- SAKA**, Zafer: Ticaret Hukuku, İstanbul 1998.
- SUNGUR**, H. Halis: Borçlar Kanunu ve Tatbikatı, İstanbul 1943.
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari Temsilci ve Ticari Temsil Yetkisi, Ankara 2015 (Ticari Temsilci).
- ŞENER**, Oruç Hami: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020 (Ticari İşletme).
- TAŞATAN**, Caner: Ticari Vekil, İstanbul Barosu Dergisi, C. 87, S. 2, 2013, s. 321-341.
- TEKİNALP**, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015.
- TEOMAN**, Ömer: Tacir Yardımcıları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan, İstanbul 2006, s. 221-304.
- TOKAT**, Hüseyin: Türk Hukukunda Gaiplik, Ankara 2018.

- TOPÇUOĞLU**, Metin: Yeni Tacir Yardımcısı Pazarlamacı, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, 2011, s. 27-70.
- TOPUZ**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Pazarlamacılık Sözleşmesi (TBK. m.448-460), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 19, S. 1, 2013, s. 293-356.
- TUNA**, Ergun: Ticaret Hukuku, C. I, Ticari İşletme, İstanbul 1993.
- TUNCAY**, A. Can: Pazarlamacılık (Ticari Gezgin) Sözleşmesi ve Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, C. 26, S. 2, 2012, s. 4-17.
- TUNÇER**, Polat: Ticaret Hukuku, Ankara 2014.
- TÜRK**, Ahmet: Müdürlerin Temsil ve Yönetim Yetkileri Bakımından Hukukî Durumu ve Anonim Ortaklığa Ticari Mümessil Atanıp Atanamayacağı Sorunu, Batider, C. 20, S.4, 2000, s. 75-95 (Ticari Mümessil).
- TÜRK**, Hikmet Sami: Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986 (Birleşme).
- ULUSAN**, İlhan: İsviçre Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak Alman Hukukunda Prokürist, Ord. Prof. Dr. Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 625-675.
- UZUNALLI**, Sevilay / **ŞENER**, Oruç Hami: Uygulamalı Ticari İşletme Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2017.
- ÜLGEN**, Hüseyin / **HELVACI**, Mehmet / **KENDİGELEN**, Abuzer / **KAYA**, Arslan / **NOMER ERTAN**, Füsun: Ticari İşletme Hukuku, 5.(Tıpkı) Bası, İstanbul 2015.
- VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet / **ÖZDEMİR**, Refet: Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel-Özel), Ankara 1987.
- YALMAN**, Gökhan: Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Pazarlamacılık Sözleşmesi, Ankara 2017.
- YANLI**, Veliye / **OKUTAN NİLSSON**, Gül: Anonim ve Limited Şirketlerde Sınırlı Yetkili Temsilci Tayini, Batider, C. 30, S. 4, s. 5-42.
- YAVUZ**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014.
- YAVUZ**, Cevdet / **ACAR**, Faruk / **ÖZEN**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2016.
- YEŞİLTEPE**, Salih Önder: Tek Satıcılık Sözleşmesinin Öğretide Benzer Olarak Belirtilen Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 14, S. 3, 2007, s. 147-169.
- YILDIZ**, Şükrü: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Limited Şirketler Hukuku, Ankara 2007.
- YOLAL**, Oğuz: Ticari Vekil, Ankara 2020.
- ZENGİN**, İbrahim Çağrı: Pazarlamacılık Sözleşmesi, İstanbul 2013.

Borçlunun Kusurunun Ceza Koşulu Anlaşması Üzerindeki Etkisi

The Impact of the Debtor's Fault on Penalty Clause Agreements

Zeynep Damla TAŞKIN* 

Öz

Ceza koşulu borçluyu sözleşmesel yükümlülüklerini ifaya güdülemeyi amaç edinmiş bir baskı aracıdır. Ceza koşulu anlaşmasında alacaklı taraf, gerek kendisine taahhüt edilmiş olan edimin yerine getirilmesi ihtimalinin artması gerekse her şeye rağmen ifa edilmemesi halinde kararlaştırılan ceza koşulu tutarını, herhangi bir zarara uğrayıp uğramamasından bağımsız olarak, talep edebilecek olması sebebiyle epey ayrıcalıklı bir konumdadır. Ancak ceza koşulu olarak kararlaştırılan tutarın, borçlunun gerçekleşmeyen ifadan kusuru bulunmaması nedeniyle sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı bir durumda dahi muaccel olup olmayacağı bugün hala canlılığını koruyan bir tartışma konusu olmuştur. Bu makalede anılan soruya yanıt aranırken öncelikle mevcut kanuni düzenlemeler arasında ceza koşulu borçlusunun kusursuz sorumluluğuna ilişkin herhangi bir işaret olup olmadığı araştırılmış ve ardından da ceza koşulunun kararlaştırıldığı her durumda böyle katı bir sorumluluk rejimine gerçekten ihtiyaç duyulup duyulmayacağı değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeler sırasında karşılaştırmalı bir yaklaşım benimsenerek farklı hukuk sistemlerinde ve uyumlaştırma çalışmalarında konunun nasıl ele alındığı ortaya konmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Koşulu, Kusursuz Sorumluluk, Tazminat, Kusur, Sözleşmenin İhlali.

Abstract

Penalty clause is an instrument that serves as a pressure mechanism against the debtor, forcing him to fulfil his contractual obligations. By way of a penalty clause agreement, the creditor puts himself in an extremely privileged position where his chances of receiving a proper performance are significantly high and even if the debtor breaches the contract, the creditor would still be entitled to the amount agreed within the penalty clause regardless whether he has endured any loss or damage due to that breach. However, it has always been a vivid topic of discussion whether the non-performance, which the debtor cannot be held responsible due to lack of fault, would trigger the penalty clause. To come up with an answer to this question the author of this article will initially search any possible signs in the current code that call for the debtor's strict liability with respect to the penalty clause and then discuss if there is a genuine need for such a liability applicable for all cases where a penalty clause is involved. In this attempt, the author adopted a comparative approach and reflected the positions taken in different legal systems along with certain harmonization studies.

Keywords: Penalty Clause, Strict Liability, Damages, Fault, Breach of Contract.

* Arş. Gör., İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, damla.taskin@bilgi.edu.tr

GİRİŞ

Alacaklı ve borçlu arasında belirli bir borca aykırı davranışın gerçekleşmesine bağlı olarak ifa edilmesi kararlaştırılan ve çoğunlukla belirli miktarda bir paranın ödenmesi olarak ortaya çıkan anlaşmalar ceza koşulu anlaşmalarıdır. Diğer bir ifadeyle, ceza koşulu olarak belirlenen edimin ifasının talep edilebilmesi, borca aykırı davranışın ortaya çıkması geciktirici koşuluna bağlıdır. Ancak borca aykırı davranışın ortaya çıkmasının tek başına yeterli olup olmadığı tartışmalıdır. Tahmin edilebileceği gibi bazı borca aykırılıklar tümüyle borçlunun eseridir: Borçlu gerek kasti gerekse ihmali bir davranışla sözleşmeye aykırı davranır. Ancak kimi durumlarda ise borçlu borcunu ifa etmesi için gerekli her türlü önlemi almış olmasına rağmen, diğer bir ifadeyle, hiçbir kusuru olmaksızın borcuna aykırı davranmış olur. Türk-İsviçre hukukunda ceza koşulunun muaccel olmasına yol açacak borca aykırılık, bir görüşe göre, sorumluluk hukukunda kabul gören “kusur” ilkesine uygun olarak sadece ilk anılan tipte sınırlıdır. Karşı görüş ise ceza koşulunun, sözleşmeler hukukunda alışılmış tazminat sorumluluğundan daha ileri giden, dolayısıyla bu sorumluluğun kural olarak bağlı olduğu kusurlu davranış şartını aşan bir yaptırım olduğu yönündedir.

Bu çalışmada temel olarak yanıtı aranacak soru, kusuru olmayan bir borçlunun ceza koşulunu ifa ile yükümlü olup olmadığıdır. Bu soruya yanıt ararken öncelikle ceza koşulunun hukuki niteliği ve amacı açıklanacaktır. Ardından Türk-İsviçre hukukunda ceza koşulunu, borçlunun kusuruyla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkilendiren hükümler ele alınarak; mevcut düzenlemeler ışığında ceza koşulunun kusurdan tamamen koparılmasının mümkün olup olmadığı irdelenecektir. Bu sırada çeşitli hukuk sistemlerinde, kanun tasarılarında ve uyumlaştırma çalışmalarında benimsenen yaklaşım da ortaya konacaktır. Çalışmanın son bölümünde ise yürürlükteki düzenlemelerden bağımsız olarak, kusursuz borçluyu her halükarda ceza koşulunu ifaya zorlamayı haklı çıkarabilecek bir zemin olup olmadığı tartışmaya açılacaktır. Bu çerçevede öncelikle Türk-İsviçre hukukunda kusura bağlı sorumluluk kuralından sapma ihtiyacının hangi hallerde doğduğu üzerinde durulacak ve benzer bir ihtiyacın ceza koşulu anlaşmasının söz konusu olduğu her halde doğup doğmayacağı incelenecektir.

I. CEZA KOŞULUNUN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. CEZA KOŞULUNUN AMACI

Alacaklının, üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmeyen borçluya karşı sahip olduğu imkanlardan ilki bu borcun ifasının halen mümkün olması kaydıyla aynen ifa talebinde bulunmaktır. Bunun yanında borcun aynen ifası sağlanana kadar geçen sürede alacaklı bir zarara uğramışsa, bu zararın tazmini de ayrıca talep edilebilecektir. Öte yandan borçlunun temerrüdü halinde veya borcun aynen ifasını engelleyen bir imkansızlık durumu söz konusu olduğunda ifanın gerçekleştirilemeyecek olması sebebiyle, zarara uğrayan alacaklının artık borç konusu edimin yerine geçecek bir tazminat talep etmesi de mümkün olacaktır. Hatta borçlunun edimini yerine getirememesine yol açan ifa engelinin niteliğine göre, alacaklıya sözleşmeden dönme ve malvarlığının, bu sözleşmeye hiç taraf olmasaydı içinde bulunacağı duruma kavuşmasını sağlayacak bir tazminat talep etme hakkı da tanınmaktadır.

Alacaklının bu sayılan hakları doğrudan kanundan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle alacaklının taraf olduğu sözleşmede, ifa etmeme durumunda bu haklara sahip olacağına ilişkin bir hükme yer verilmesi gerekmez. Ancak somut olayda alacaklının ifa menfaatine verdiği önem, kanun koyucunun herhangi bir sözleşmeye taraf olan herhangi bir alacaklıya sağladığından daha kapsamlı bir korumayı gerektirebilir. İşte böyle bir durumda alacaklının başvurabileceği imkanlardan biri, borçlu ile bir ceza koşulu anlaşması yapmaktır.

TBK m. 179 ve devamında düzenlenen ceza koşulu kavramının birden fazla görünümü vardır. Bu görünümlerden ilkinde taraflar, bir borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, genellikle belirli bir miktar paranın ödenmesinin konusunu oluşturacağı bir cezanın borçlu tarafından ifası hususunda anlaşılır. “Gereği gibi ifa etmeme” sadece TBK m. 112 anlamında kötü ifa ve özel borç ilişkilerinde düzenlenen ayıp halleri ile sınırlı olarak algılanmamalı; borcun doğru zamanda ve doğru yerde ifa edilmemesi halleri de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Nitekim TBK m. 179(1) ile hiç ve dar anlamda gereği gibi ifa etmeme halleri (doğru yer ve doğru zamanda ifa etmeme halleri dışında kalanlar), TBK m. 179(2) ile ise doğru zamanda veya doğru yerde ifa etmeme halleri ayrı olarak düzenlenmiştir. Ceza koşulunun diğer bir görünümü olan dönme cezasında ise borçluya, kararlaştırılan cezayı ifa ederek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmaktadır. Dikkat edileceği üzere kanun koyucu bu görünümlerden ilkinde alacaklı, ikincisinde ise borçlu lehine bir düzenleme yapılmasına izin vermektedir.

Ceza koşulunun hangi görünümünün tercih edileceği taraf iradelerince belirlenir. Tarafların iradesini şekillendirecek olan da ceza koşulu ile sağlanması beklenen menfaattir. Şöyle ki, hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme haline özgü olarak ceza koşulu kararlaştırılması yönünde iradesini ortaya koyan alacaklı, bu yolla kuşkusuz borçluyu borcunu ifaya güdülemeyi amaçlamaktadır.¹ Zira TBK m. 180(1) uyarınca alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifası gerekecektir. Kaldı ki bir zarar doğmuş olsa bile, kararlaştırılan ceza koşulu zaten işin doğası gereği bu zararı aşacak şekilde belirlenmiş olacaktır. Bu doğrultuda borçlunun ceza koşulunu ifadansa, borcunu ifa etmeyi tercih etmesi ve bu uğurda – makul olduğu ölçüde – her türlü özveriye göstermesi beklenir. Bu durumdan da anlaşılabilirceği üzere, ceza koşulu borçlu açısından kanun koyucunun öngörmüş olduğu ifa yerine geçecek tazminat yaptırımını aşmakta ve bir baskı aracı teşkil etmektedir.²

1 **Kemal Oğuzman/Turgut Öz**, Borçlar hukuku Genel Hükümler C. II, İstanbul, 2018, N. 1564; **Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993, s. 342; **Kenan Tunçomag**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963, s. 30; **Cevdet İlhan Günay**, Cezai Şart, Ankara, 2002, s. 49-50; **Erol Cansel/Çağlar Özel**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 715; **Yeşim M. Atamer**, “Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Sözel/Elliott Geisinger), İstanbul, 2018, s. 118; **Yasemin Kabaklıoğlu Arslanyürek**, Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018, s. 6; **Berk Kapancı**, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 662.

2 Ceza koşulunun ifaya güdüleme işlevinin, öncelikle ceza koşulunun henüz zarar ortaya çıkmadan – yani bir bilinmezlik içinde – belirlenecek olması ve aşırı ceza koşulunun hakim tarafından indirilebilmesi sebebiyle zayıfladığı yönünde bkz. **Elif Beyza Akkanat**, “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 40.

Alacaklının ceza koşulu sayesinde borçluyu örtülü olarak ifaya zorlaması mümkün olmakla beraber, ceza koşulunun yegane amacı bu değildir. Alacaklı ve borçlu arasında kararlaştırılan ceza koşulu sayesinde, tüm temennilere rağmen borçlunun borcunu ifa edemediği bir durumda uygulanacak tazminat yaptırımının muğlaklığı daha en baştan giderilmiş olacaktır.³ Diğer bir deyişle henüz ceza koşulunun ifasını gerektirecek borca aykırılık ortaya çıkmadan, böyle bir durumun yaşanması halinde nasıl bir yaptırım uygulanacağı belirlenmiş ve bu konuda çıkabilecek uyuşmazlıklar daha en baştan engellenmiş olacaktır. Hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde ifası talep edilebilecek ceza koşulu söz konusu olduğunda, anılan iki amaçtan hangisinin öne çıktığı konusu ise bir soru işaretidir. Esasen bu tartışmaya ceza koşulunun kusur ile ilişkisi bağlamında özel bir önem atfetmeye gerek bulunmamaktadır. Zira bu tartışma daha çok, tarafların arasında yapılan anlaşmanın bir ceza koşulu anlaşması olup olmadığı konusunda karar verileceği an gündeme gelir. Yine de kimi Yargıtay içtihatlarında, ceza koşulunun borçluyu düzgün ifaya zorlayıcı karakterinin öne çıkarıldığı belirtilmelidir.⁴

Ceza koşuluyla bir dönme cezası olarak karşılaşılan bir kurguda ise korunmak istenen menfaat borçlunun menfaatidir ve borçlunun, kararlaştırılan cezayı ifa ederek, sözleşmeden sıyrılmasının öni açılmaktadır. Görüleceği üzere, bu ihtimalde ceza koşulunun işlevi ifaya güdülemenin tam tersidir. Bu çalışmanın konusu çerçevesinde borçlunun kusuru ile ilişkisi incelenecek olan ceza koşulu görünümü ise hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme halinde talep edilecek ceza koşuludur. Zira dönme cezası söz konusu olduğunda, sözleşme ile bağlılığından kurtulmak isteyen borçlunun kusuruna dair araştırma yapmanın yeri yoktur. Borçlu onu sorumluluktan kurtaracak bir sebep yokken ahde vefa ilkesine aykırı davranarak zaten kusurlu bir davranışta bulunacaksa da, kararlaştırılan dönme cezası karşılığında bu davranışa alacaklı tarafından halihazırda izin verilmektedir.

B. CEZA KOŞULUNUN HUKUKİ NİTELİĞİ

Ceza koşulunun hukuki niteliği ele alınırken, genellikle tazminat (veya götürü tazminat), sigorta ve ceza kavramları ile son olarak ceza ve tazminatın bir arada bulunduğu karma yapı gibi kavramlara başvurulmaktadır. Ceza koşulunun hukuki niteliğinin tespiti, kimi durumlarda ceza koşulunun talep edilebilmesi için gerekli koşulların sağlanıp sağlanmadığını belirlemek açısından önemli olacaktır. Yine bu kavramlardan hangisinin tercih edileceği, ceza koşulunun kusurdan bağımsızlaştırılmasının mümkün olup olmadığı konusunda da önem arz edecektir. Bu nedenle ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışan bu kavramlara çalışmanın bu kısmında kısaca değinilecektir.

3 **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2018, s. 1209; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 342; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 7; **Tunçomağ**, s. 48-49.

4 YHGK., 2017/13-577 E., 2019/413 K., T. 04.04.2019 (Kazancı veritabanı); Yarg. 19. HD., 12.09.2019, 3732/4342 (Kazancı veritabanı); Aynı yönde bir ilk derece mahkemesi kararı için bkz. İstanbul 4. ATM, 13.02.2018, 541/168 (Lexpera veritabanı). Ceza koşulunun iki amacını da “temel amaç” olarak nitelendiren bir karar için bkz. Yarg. HGK., 20.12.2018, 11-113/1994 (Kazancı veritabanı). Ceza koşulunun iki amacının da eşit değere sahip olduğu ancak bunların aynı anda değil, zamansal olarak kademeli şekilde kendisini gösterdiği yönünde bkz. **Burcu Yağcıoğlu**, Türk ve İsviçre Hukuku’nda Ceza Koşulu, Ankara, 2019, s. 43-44.

İnceleme konusu yapılacak ilk husus ceza koşulunun bir tazminat olup olmadığıdır. Bu konuda karar verilebilmesi için önce tazminatın işlevinin ne olduğu açıklanmalı; ardından ceza koşulunun işlevsel olarak tazminatla eş tutulup tutulamayacağı aydınlatılmalıdır. Ancak bu açıklamalarımıza geçmeden önce, ceza koşulunun hukuki niteliğinin salt tazminat olduğu iddiasının önündeki en büyük engeli ortaya koymak gerekir. TBK m. 180(1)'de açıkça belirtilmiş olduğu üzere alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa dahi, borçlunun kararlaştırılan cezayı ifası gerekir. Oysa tazminat kavramı zararla doğrudan ilişkilidir ve zararın olmadığı yerde tazminattan bahsetmek mümkün değildir. Nitekim tazmin edilecek olan, uğranılan zarardır. Dolayısıyla mantıksal olarak zarara bağlı olmayan ceza koşulunu bir çeşit tazminat olarak nitelemek ilk bakışta makul görünmeyebilir. Ancak ceza koşulunun amaçlarından birinin henüz borca aykırılık ortaya çıkmadan, böyle bir durumun yaşanması halinde uygulanacak yaptırımın somutlaştırılması olduğu göz önünde tutulacak olursa, ceza koşulu ve tazminatın işlevsel olarak birbirine yaklaştığı söylenebilir. Kaldı ki Türk hukukunda tazminatın telafi amacı taşıdığı kabul edilmektedir.⁵ Bir diğer ifadeyle borca aykırılığın alacaklı açısından yaratmış olduğu olumsuz sonuçlar tazminat ile telafi edilecektir. Taraflar ceza koşulu üzerinde anlaştığı sırada da alacaklı, olası bir borca aykırılık durumunda uğrayabileceği zararı düşünmekte ve borçluyu ifaya zorlama amacına da hizmet edebilmesi için bu muhtemel zararı aşan bir ceza yönünde iradesini ortaya koymaktadır. Böylelikle borçlu ile bir ceza koşulu anlaşması yapmak isteyen alacaklının amaçlarından en azından birinin, uğrayabileceği zararı telafi etmek olduğunu söylemek isabetsiz olmaz.⁶

Hemen belirtmek gerekir ki alacaklının öncelenmiş bir tazminat hesabı yaptığı ve borçlunun borca aykırılık durumunda bu hesaplanan tazminatı ödemeyi üstlendiği bir anlaşma, esasen bir götürü tazminat anlaşması olacaktır. Bu çerçevede sözleşmenin kurulduğu sırada yapılan öncelenmiş tazminat hesaplamasının o anki koşullar altında makul olarak doğması beklenebilecek zarara yakın olması, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşme hükmünün götürü tazminat olarak nitelendirilebilmesi için elzemdir. Özetle tarafların borca aykırılık halinde ortaya çıkacağına inandıkları zarar ile kararlaştırdıkları tutarın birbirine yakınlığı götürü tazminat yönünde bir nitelemenin ağır basmasını sağlayacaktır.⁷ Ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir götürü tazminat olduğu yönündeki görüşler geçmişte savunulmuşsa da⁸, bugün hemen tüm hukuk sistemlerinde bu iki kavram arasında bir ayırım yapılıyor olması sebebiyle – hatta kimi hukuk sistemlerinde ceza koşulu anlaşmalarının, götürü tazminat anlaşmalarının aksine, geçersiz sayıldığı da düşünüldüğünde

5 **Aylin Hekim/Mikail Bora Kaplan**, "Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması", Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler 2017 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 166-167; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 581 (Tazminat ile amaçlanan zararın ortaya çıkmasından önceki malvarlığı durumuna ulaşılması olduğu ifade edilmiştir); **Oğuzman/Öz**, C. II, N. 347; **Eren**, Genel Hükümler, s. 787-788; **Mehmet Serkan Ergüne**, Olumsuz Zarar, İstanbul, 2008, s. 329-339; **Haluk Nami Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996, s. 33 vd. (özellikle s. 35).

6 Bu yönde bkz. **Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker**, Allgemeines Schuldrecht, 2020, §11 N. 12; **Köksal Kocaağa**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, 2018, s. 37. Kaldı ki Yargıtay kararlarında kullanılan kimi ifadeler, ceza koşulunun tazminat ile işlevsel benzerliğini de ortaya koymaktadır. Örnek için bkz. YHGK., 2017/11-113, 2018/1994 K., T. 20.12.2018 (Kazancı veritabanı): "... [ceza koşulunun diğer amacı] borcun ifa edilmemesinden doğacak zararı önceden ve götürü şekilde tespit etmektir."

7 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 110.

8 **Tunçomağ**, s. 37-38.

– bu görüşlere katılmak güçtür.⁹ Özellikle götürü tazminatın ceza koşulu gibi zarardan bağımsız veya indirim tabii olup olmadığı yönündeki tartışmalar¹⁰ ile ifaya eklenen ceza koşulunun aksine, götürü tazminatın – saklı tutulmasına gerek kalmaksızın – asıl borcun ifasının kabul edilmesinden sonra dahi talep edilebilmesi¹¹ de bu iki kavramı hukuki nitelik bağlamında bir araya getirmeye engel olmaktadır. Kaldı ki iki kavram arasındaki çok önemli bir fark da sözleşme taraflarından hangisinin korunmasının amaçlandığı hususunda kendini gösterecektir. Yukarıda ceza koşulunun amacı açıklanırken de değinilmiş olduğu üzere¹², hiç veya geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme hali için öngörülmüş ceza koşulu ile esas olarak alacaklı korunmaktadır. Oysa götürü tazminat anlaşması söz konusu olduğunda taraflardan birinin diğerine nazaran korunması değil, taraflar arasında bir risk paylaşımı yapılması söz konusu olacaktır.¹³ Zira götürü tazminat sayesinde sadece alacaklı zararının miktarını ispat zorunluluğundan kurtulmuş değildir. Borçlu da borca aykırılığının sonuçlarını öngörebilir hale gelir ve hemen her zaman bu götürü tazminat anlaşmasını sözleşme bedeline yansıtır.¹⁴ Bu açıklamalar ışığında götürü tazminat anlaşmasının, ceza koşulundan farklı olarak, bir baskı aracı olarak tasarlanmadığı ve dolayısıyla borçluyu ifaya güdülemek gibi bir amacı olmadığı rahatlıkla söylenebilir.¹⁵ Bu sebeplerle, ceza koşulunun kimi farklılıklarına rağmen işlevi itibariyle bir tazminat türü olarak değerlendirilebileceğini kabul etmenin, onun bir götürü tazminat olduğu anlamına gelmeyeceğinin altı çizilmelidir.

- 9 Türk hukuku açısından değerlendirme yapıldığında, kanundan yola çıkarak ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasında bir ayırım yapmanın mümkün olmadığı söylenebilir; zira götürü tazminat kanunda düzenlenen bir kavram değildir. Bu yönde bkz. **Kerem Cem Sanlı**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2017, s. 338. Ancak *Sanlı* da bu iki kurumun birbirinden farklı olduğu görüşündedir.
- 10 Anılan tartışmalar için bkz. **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 133-134; **Şafak Parlak Börü**, Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 223; **Tuba Birinci Uzun**, Götürü Tazminat, Ankara, 2015, s. 154; **Mehmet Erdem**, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 122.
- 11 **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 132; **Suat Sarı**, “‘Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 302; **Köksal Kocağa**, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, s. 151.
- 12 Bu yöndeki açıklamalar için bkz. I/A.
- 13 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 114; **Parlak Börü**, s. 209-210; **Berk Kapancı**, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bununun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 677.
- 14 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 114; **Gaspard Couchepin**, “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II, s. 15.
- 15 **Atamer**, Ceza Koşulu-Götürü Tazminat, s. 97; **Erdem**, Tazminat, s. 102; **Birinci Uzun**, s. 103-104 ve s. 154-155 (*Erdem ve Birinci Uzun* götürü tazminatın böyle bir amacı olmamakla birlikte, yine de borçlu üzerinde kendiliğinden böyle bir etki yaratabileceğine dikkat çekmektedir); **Patrick Ostendorf**, “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 978; BGH NJW 1992, s. 2625 (BeckOnline); **Couchepin**, Forfaitisation, s. 4; **Alborz Tolou**, La forfaitisation du dommage, Zurich, 2017, N. 96 vd., N. 195 vd., özellikle N. 97 ve N. 201-202 (*Couchepin ve Tolou* da götürü tazminatın böyle bir amacı olmasa da, borçlunun psikolojik olarak baskı altında hissetmesi dolaylı sonucunu doğurabileceği görüşündedir). Aksi görüş için bkz. **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 30; **Hüseyin Ekinci**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara, 2015, s. 53; **Parlak Börü**, s. 208; **Kapancı**, Götürü Tazminat, s. 666. Götürü tazminatı bir baskı aracı olarak değerlendiren yazarlar tazminat yaptırımının içeriğinin götürü olarak belirlenmek suretiyle somutlaştırılmasından ve dolayısıyla borçlu üzerindeki etkisinin soyut bir kavramkinden daha büyük olacağından yola çıkmaktadır. Ancak kanımca klasik tazminat yaptırımının bir baskı aracı olarak nitelendirilmesi ne kadar mümkünse, götürü tazminatın bu şekilde değerlendirilmesi de ancak o kadar mümkündür.

Ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışırken kullanılan bir diğer kavram ise cezadır. Özel hukuk alanında çok sık karşılaşılmaması sebebiyle, ceza kavramının hukuki nitelik olarak belirleyici olabileceği pek kabul görmemiştir. Ceza kavramının yadırgatıcı tarafının ardında aslında tazminat için benimsenen tutum bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere tazminatın telafi edici bir niteliği olduğu öğretilde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir ve zarar görenin cezalandırılmasından hareket eden görüşler genellikle destek görmemektedir.¹⁶ Hal böyle olmakla birlikte özel hukuk alanında cezalandırıcı niteliği öne çıkan yaptırımların hiç olmadığı da söylenemez. Bu tür yaptırımlardan akla ilk geleni kuşkusuz öğretilde “medeni (özel) hukuk cezası” başlığı altında bilinen düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerin ortak özelliği ise, konuları ne kadar farklı olabileceksede, her birinin kanun tarafından düzenlenmiş olması ve kanun koyucunun söz konusu yaptırımı, ortaya çıkan zarardan bağımsız olarak belirlemiş olmasıdır.¹⁷ Bu yaptırım türünde belirli bir davranış, hiçbir zarara yol açmamış olsa da, cezalandırılmakta ve bu sayede caydırıcı bir etki yaratılması amaçlanmaktadır.¹⁸ Borca aykırılık halinde ifası talep edilecek olan ceza koşulunun bir medeni hukuk cezası olmadığı açıktır. Zira medeni hukuk cezaları emredici niteliktedir ve kanun koyucunun özel hukuk kişileri arasındaki ilişkiye müdahale etmesini gerektirecek özel durumlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak bu yaptırımı ortaya çıkaran hareketin cezalandırılması gerektiğine duyulan ve kanuna da yansıyan inanç, özel hukuk alanında cezalandırıcı nitelikte bir yaptırımın düşünülmemeyeceğine ilişkin katı fikrin kırılmasında önemli bir tutamak noktasıdır. Bununla beraber ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir ceza olduğu görüşüne eleştiriyle yaklaşanlar, ceza koşulunun belirlendiği sırada alacaklının uğrayabileceği zararın henüz bilinmediğinden hareketle, belirlenen tutarın cezalandırıcı bir niteliğe sahip olup olmadığı konusunda yorum yapılamayacağını savunmaktadır.¹⁹ Ceza koşulunun kararlaştırıldığı anda zararın tam olarak belirlenemediği doğru olabileceksede, tarafların – özellikle alacaklının – zarara yönelik hiçbir değerlendirme yapmadan ceza koşulunu belirlemesi düşünülemez. Zira ceza koşulunun mantığı, doğabilecek zarardan daha yüksek bir tutar belirlemek suretiyle borçluyu ifaya zorlamak²⁰ ve ifanın buna rağmen gerçekleşmemesi durumunda, başta belirlenen ceza koşulunun, doğmuş olan gerçek zararın daha az olması veya hiç doğmamış olması engeline takılmadan ifasını talep edebilmek üzerine kurulmuştur. Doğması muhtemel zarara ilişkin değerlendirmeler ise *ex ante* bir şekilde yapılacağından, borca aykırılığın ortaya çıktığı anda doğan zararın kararlaştırılan ceza koşulundan daha az olması, ceza koşuluna başta atfedilmiş olan cezalandırıcı niteliği ortadan kaldırmayacaktır.

Ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza olamayacağı görüşünün bir diğer dayanağı ise, hiç ve (dar anlamda) gereği gibi ifa etmeme hallerinde alacaklının borcun ifası ve ceza koşulu arasında bir tercih yapmasının gerekmesidir.²¹ Bunun gibi alacaklı, ceza koşulu yanında ifa yerine geçen bir tazminat

16 Bkz. Dn. 5'te anılan yazarlar.

17 Medeni hukuk cezalarına çeşitli örnekler için bkz. TBK m. 7, TBK m. 81, TBK m. 355, TBK m. 530, TMK m. 25, TMK m. 995, TKHK m. 7, FSEK m. 68, RKHK m. 58.

18 **Hekim/Kaplan**, s. 178-179.

19 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 26.

20 YHGK., 2017/13-577 E., 2019/413 K., T. 04.04.2019 (Kazancı veritabanı): “Cezai şartta kararlaştırılan ceza miktarı ilke olarak tazminat miktarından yüksek tutulduğu için borçlu sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek için daha çok çaba sarf eder.”

21 Dar anlamda gereği gibi ifa etmeme hallerinde ceza koşulunun seçimsel olarak talep edilebileceğini düzenleyen bu

talebinde de bulunmayacaktır. Bunun tek istisnası ise ifa yanında talep edilebilecek bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması veya alacaklının ceza koşulunu aşan bir zarara uğramış olmasıdır. Başka bir ifadeyle bu görüşteki yazarlar, borca aykırılığa yol açan kişiden bu davranışı sebebiyle hem tazminat hem de ceza koşulu talep edilebilecek olsaydı, ceza koşulunun hukuki niteliğinin ceza olduğunun savunulabileceğini; ancak bunun mümkün olmaması nedeniyle ceza koşulu ve ceza arasında hukuki bir yakınlık olamayacağını ileri sürer.²² Kanımca ceza koşulunun hukuki niteliğinin kısmen ceza olması, yukarıda açıklanan *ex ante* değerlendirme çerçevesinde hala mümkündür. İfa ile ceza koşulunun ya da ifa yerine geçen tazminat ile ceza koşulunun bir arada talep edilememesi ise esasen ceza koşulunun tazminat ile işlevsel olarak denk olmasının bir yansımasıdır. Bu nedenle ceza koşulunun hukuki niteliğini salt ceza ile açıklamak mümkün değilse de, cezalandırıcı fonksiyonu da göz ardı edilemez. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da ceza koşulunun hukuki niteliğinin tazminat ve ceza karışımı bir yapı olduğu ileri sürülmüştür.²³ Ceza koşulunun hukuki niteliğinin bu şekilde karma bir yapıyla açıklanması öğretilerde pek taraftar bulmamış; aksine ceza ve tazminat kavramlarının birbirini dışlayacağı ifade edilmiştir.²⁴ Ancak yine de bu görüşteki yazarlar da belirlenen ceza koşulunun zararı aşmayan kısım için tazminat niteliği, zararı aşan kısım için ise ceza niteliği taşıyabileceğini kabul etmektedir.²⁵

Ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamakta başvurulacak son görüş ise ceza koşulunun bir sigorta olduğu yönünde olup, özellikle bu çalışmanın konusu bağlamında anmaya değerdir. Zira bu görüşü diğerlerinden ayıran husus, ceza koşulunun ifası için borçlunun kusurlu olup olmadığına bir önem atfetmemiş olmasıdır.²⁶ Borçlu borca aykırılıkta hiçbir kusuru olmasa dahi, borca aykırılığın ortaya çıkmasıyla üstlendiği ceza koşulunu ifa etmek durumunda kalacaktır. Bir an için ceza koşulunun hukuki niteliğinin bir ceza olduğu görüşünün de aslında borçlunun kusurundan bağımsız olarak

kanun hükmüne eleştiriler için bkz. III/B/3/a.

22 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 26; **Günay**, s. 31.

23 Ceza koşulunun, hem tazmin hem de ceza fonksiyonuna sahip olduğuna ilişkin kararlar için bkz. Yarg. 13. HD., 14.11.1977, 4495/5010 (Kazancı veritabanı); Yarg. 6. HD., 02.07.2014, 16564/8813 (Kazancı veritabanı); Yarg. 6. HD., 04.12.2016, 2569/5645 (Kazancı veritabanı); Yarg. 2. HD., 18.09.2018, 3747/9363 (Kazancı Veritabanı). Aynı yönde bkz. **Salter Uçar**, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993, s.14; **Cansel/Özel**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 715.

24 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 28; **Günay**, s. 35-36.

25 **Tunçomağ**, Cezai Şart, s. 28; **Günay**, s. 35-36; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 12.

26 Tek olmasa da ceza koşulunun işlevlerinden birinin de sigorta olduğu ve ceza koşulunun talep edilebilmesi için borçlunun kusurunun aranmayacağı yönünde bkz. **Hüseyin Can Aksoy**, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 1013. Her ne kadar ceza koşulunun bir sigorta niteliğine sahip olduğuna ilişkin açık bir iddiada bulunmasa da, *Eren ve Birinci Uzun* de ceza koşulunun kusurdan bağımsız olduğu görüşündedir, **Eren**, Genel Hükümler, s. 1215; **Birinci Uzun**, s. 150. Jhering de mücbir sebep niteliğindeki olayların sınır oluşturması kaydıyla, ceza koşulunun bir sigorta niteliğinde olduğu görüşündedir (Bu yönde bkz. **Giovanoli Silvio**, Force majeure et cas fortuit en matiere d’increcution des obligations, Genève, 1933, s. 147-148, dn. 428). Son olarak *Mauler* de ceza koşulunu sigorta fikri ile ilişkilendirmeye çalışmışsa da özellikle bu yazarın tezinde 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu’nun ceza koşulunun talep edilemeyeceği halleri düzenleyen maddesinin yerine geçmek üzere teklif ettiği madde önerisinden, yazarın alacaklının fiili, mücbir sebep veya beklenmeyen hal sebebiyle imkansızlaştığı haller olarak sayılmış; böylelikle sadece borçlunun kusurlu davranışla sebep olduğu imkansızlık halleri dışarıda bırakılmıştır (Bu yönde sırasıyla bkz. **Giovanoli**, s. 147, dn. 428 ve s. 142-143).

ceza koşulunun talep edilmesine kaynak olacağı düşünülebilir. Oysa kanaatimce ceza koşulunu “ceza” ile ilişkilendiren görüş çerçevesinde cezalandırılmak istenen kişi, borca aykırılık sebebiyle sorumlu tutulabilecek olan borçludur ve kural olarak borçlunun sorumlu tutulabilmesi de borca aykırılıkta kusurlu olmasına bağlıdır.²⁷ Zira kusuru olmaksızın borca aykırı davranan kişiyi cezalandırmanın bir dayanağı yoktur. Buradan hareketle sigorta görüşünün, ceza koşulunun hukuki niteliğini açıklamaya çalışan görüşler arasında borçlu açısından en katısı olduğu da rahatlıkla söylenebilecektir. Ceza koşulunun bir sigorta olduğu görüşü kanuni dayanaktan yoksun olduğu iddiasıyla eleştirilmekteyse de²⁸, bu husus bu çalışmanın ilerleyen kısımlarında ele alınacağından burada üzerinde durulmayacaktır.²⁹

Kanımcı ceza koşulunun bir sigorta anlaşması olduğu söylenemez. Bunun gibi teknik anlamıyla tek başına ceza veya tek başına tazminat olarak da nitelenmesi mümkün olmayan bu kavramı açıklamaya en yakın görüş ceza koşulunun ceza ve tazminat birleşimi, karma bir yapıya sahip olduğunu kabul eden görüştür. Yine kanımcı eğer bir zarar mevcutsa, belirlenen ceza koşulunun zarara kadar olan kısmını tazminat; bu zararı aşan kısmını ise ceza olarak nitelendirmek suretiyle ceza koşulunu bölümlere ayıran bir niteleme yapmaya da gerek yoktur. Zira ceza koşulunun doğası gereği taraflar, bu koşula karar verirken olası bir tazminattan daha yüksek bir belirleme yapmayı amaçlar ve tarafların bu yöndeki iradesi kendi içinde ceza koşulunun tümünü kapsayacak şekilde bir ceza niteliğinden bahsetmek için yeterli olmalıdır.³⁰

II. CEZA KOŞULUNUN KUSURDAN BAĞIMSIZLIĞINA İŞARET EDEN (?) DÜZENLEMELER

Ceza koşulunun kusurla ilişkisi araştırılırken öncelikle kanunda bu hususta bir düzenleme olup olmadığını incelemek gerekir. Türk Borçlar Kanunu ve mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu ele alındığında ceza koşulunun kusurla ilişkisi hakkında açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bir yönlendirme yapması beklenebilecek iki düzenleme göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki alacaklının, ceza koşulunu aşan zararını talep edebilmesi için borçlunun borca aykırılıkta kusuru olduğunu ispat etmesi gerektiğini düzenleyen TBK m. 180(2)'dir (İsvBK m. 161(2)). Diğeri ise, asıl borcun sonradan

27 Aynı yönde bkz. **Yağcıoğlu**, s. 25; **Tunçomağ Kenan**, “Cezaî Şartın Hukuki Mahiyeti”, 1 Banka Hukuku Dergisi (1962), s. 558 (Yazarların ikisi de ceza koşulunun salt bir ceza niteliğine sahip olduğu savını kabul etmemektedir).

28 **Yağcıoğlu**, s. 32.

29 Mevcut kanuni düzenlemelerin ceza koşulunu kusurdan bağımsızlaştırıp bağımsızlaştırmadığı yönündeki tartışmalar için bkz. II/A/1/a/aa ve II/B.

30 Öğretide savunulan bir diğeri görüş ise ceza koşulunun bu başlık altında anılan hiçbir kurum ile tam olarak örtüşmediği ancak içinde her birinden belirli ölçüde bulundurduğu yönündedir, bkz. **Mehmet Erdem**, La Clause Pénale : Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006, s. 20-21. Diğeri yandan ceza koşulunu salt bir teminat türü olarak tanımlayan bir görüş de mevcuttur, bkz. **Yağcıoğlu**, s. 33 vd. Yazara göre ceza koşulu anlaşmasının yapılmasından asıl borcun ifa edilmesi gereken ana kadar bir baskı ve aynı zamanda ifaya yönelik bir teminat aracı olarak işlev gösteren ceza koşulu, borcun ifa edilmemesi üzerine zararın tazmini hususunda kolaylık sağlayan bir teminat olarak görülebilecektir. Kanımcı ceza koşulunun teminat işlevi yadsınamayacaksa da bu durum ceza koşulunun, aynı zamanda tazminat ve ceza karması bir yapı olarak kabulüne engel değildir.

borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmesi durumunda, cezanın ifasının talep edilemeyeceğine ilişkin TBK m. 180(2) düzenlemesidir (İsvBK m. 163(2)).

Çalışmanın bu kısmında öncelikle TBK m. 182(2) ardından ise TBK m. 180(2) incelenerek, bu hükümlerin kusursuz borçludan ceza koşulunun ifasını talep etmeye imkan verip vermeyeceği sorusu cevaplanmaya çalışılacaktır.

A. TBK M. 182(2): İFANIN BORÇLUNUN KUSURU OLMASIZIN İMKANSIZLAŞMASI

I. Düzenlemenin Tarihi Gelişimi

a. Geçmişten Bugüne TBK m. 182(2)

aa. “Kusur” ve “Sorumluluk” Kavramları

TBK m. 182(2)'nin ilk cümlesinin ifadesi “*Asıl borç herhangi bir sebeple geçersiz ise veya aksi kararlaştırılmadıkça sonradan borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkânsız hâle gelmişse, cezanın ifası istenemez.*” şeklinde olup, görülebileceği üzere iki farklı durumu ele almaktadır. Bu durumlardan ilki borcun herhangi bir sebeple geçersiz olması; diğeri ise borcun, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesidir. Bu düzenleme kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'ndan almaktadır. İsvBK m. 163(2)'nin ifadesi ufak farklılıklar içermekle birlikte genel olarak TBK'daki düzenlemeye epey yakındır. Şöyle ki, İsvBK m. 163(2)'nin ilk kısmında, TBK m. 182(2)'den farklı olarak, genel bir geçersizlikten bahsedilmemiş; aksine sadece borcun hukuka veya ahlaka aykırılığı üzerinde durulmuştur. Düzenlemenin ilk kısmı ifade ediliş şekli itibarıyla Türk hukukundakinden farklı olsa da, borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesine ilişkin kısım iki kanunda da aynıdır. Bu nedenle TBK m. 182(2)'nin anlaşılabilirliği için, İsviçre Borçlar Kanunu'nun ilgili hükmünün geçirdiği tarihsel gelişimin irdelenmesini gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bugünkü İsviçre Borçlar Kanunu'nun borcun hukuka veya ahlaka aykırı olması durumunda cezanın ifasının istenemeyeceği yönündeki düzenlemesi, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu (1881 İsvBK) metninde de aynen mevcuttur.³¹ Ancak 1881 İsvBK'da, cezanın ifasının talep edilemeyeceği imkansızlık durumlarına ilişkin bir sayım yapıldığı görülmektedir. Bu sayıma göre borcun ifasının imkansızlaşması durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceği haller, bu imkansızlığın (i) alacaklının bir fiili, (ii) alacaklının şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal veya (iii) bir mücbir sebepten kaynaklandığı hallerdir. Esasına bakılacak olduğunda imkansızlığın alacaklının fiili veya mücbir sebep sonucu ortaya çıkması durumunda borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir hal söz konusu olacaktır. Ne de olsa her iki durumda da borçlunun kusuru yoktur ve bu nedenle kural olarak sorumlu tutulması da beklenemez. Bu doğrultuda 1881 İsvBK'nın içerik olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun bugünkü metninden pek farkı olmadığı söylenebilir. Ancak bu yanıltıcı bir düşüncedir. Zira farklılık, imkansızlığın bir beklenmeyen halden kaynaklanması durumunda kendini gösterecektir. 1881 İsvBK, ceza koşuluna ilişkin düzenlemesinde beklenmeyen

31 1881 İsvBK m. 181.

halin sözleşme taraflarından hangisinin alanında kaldığına göre bir ayırım yapmaktadır. İlgili hükümde kullanılan “*alacaklının şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal*” ifadesinden, borçlunun şahsında gerçekleşen ve borcu imkansızlaştıran bir beklenmeyen halin ceza koşulunun ifasının talep edilmesine engel olmayacağı çıkarımı yapılabilmektedir. O halde 1881 İsvBK çerçevesinde ceza koşulunun ifasının talep edilebileceği imkansızlık halleri (i) borçlunun kusuruyla yol açtığı imkansızlık halleri ve (ii) borçlunun hiçbir kusuru olmasa dahi şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen halden kaynaklanan imkansızlık halleridir.³²

Bugün geçerli olan sorumluluk hukuku sisteminde imkansızlığa yol açan beklenmeyen hal kimin şahsında gerçekleşirse gerçekleşsin, bu aykırılık sebebiyle borçlunun sorumlu tutulamaması kuraldır.³³ Bunun sebebi ise beklenmeyen halin, tanımı itibarıyla kusuru dışlamasıdır. Şöyle ki, sözleşmesel sorumluluk anlamında beklenmeyen hal, “*borçlunun veya alacaklının kusurundan ya da bir tarafın yardımcı kişilerinin o tarafın sorumluluğunu gerektiren davranışlarından kaynaklanmayan, borçlunun sözleşmeden doğan borcunu ihlal etmesine kaçınılmaz bir biçimde neden olan*” olaylar olarak tanımlanmaktadır.³⁴ Bu doğrultuda, beklenmeyen halin yol açtığı bir imkansızlık söz konusu olduğunda, ne borçlu ne de alacaklı kusurludur. Oysa bilindiği üzere TBK m. 112 ve bu hükmün İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki karşılığı olan İsvBK m. 97 uyarınca, hiç veya gereği gibi ifa etmeme durumunda sorumluluğun şartlarından biri de borçlunun davranışında kusurlu olmasıdır. Sorumluluk için borçlunun kusurlu davranmış olması şartını getiren bu hüküm, 1881 İsvBK’den miras kalmıştır. Ancak aynı kanunun ceza koşuluna ilişkin yukarıda anılan düzenlemesi, tazminat sorumluluğu bulunmayan borçludan ceza koşulunun ifasını talep etmeye imkan vermektedir. Buradan yola çıkarak, en azından 1881 İsvBK uyarınca ceza koşulunun kusurdan bağımsız bir yükümlülük yarattığını söylemek yerinde olacaktır. Ancak pek tabii alacaklıdan veya mücbir sebepten kaynaklanan borca aykırılıklar bu durumun sınırını oluşturmaktadır.

Bu noktada 1881 İsvBK’nın ceza koşuluna ilişkin bu düzenlemesi ile borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesine ilişkin düzenlemesi arasında da bir bağlantı kurmak gerekir. Borcun ifasının borçluya isnat edilemeyecek bir sebeple imkansızlaşması, 1881 İsvBK’da da borcun sona ermesine sebep olmaktadır (1881 İsvBK m. 145(1)). Bu durumda

32 Borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hale örnek olarak ise borçlunun herhangi bir kusurunun bulunmadığı ve borcu ifasına engel olan bir hastalık hali verilmektedir, **Hermann Becker**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Stämpfli, Bern 1945, Art. 163, N. 5. Bunun gibi bir eser sözleşmesinde işin, yüklenicinin işyerinde yaşanan bir grev sebebiyle gecikmesinin de bu duruma örnek olarak gösterilebileceği yönünde bkz. **Alfred Koller**, Konventionstraft für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau – und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen (ed. Alfred Koller), St. Gallen, 1996, N. 235 ve dn. 150. Yazar BGE 38 II 94 kararında mahkemenin grevin ceza koşuluna engel olmayacağı yönündeki hükmünün, 1881 İsvBK m. 181 uyarınca yerinde olduğuna işaret ederek; bugün yürürlükte olan kanun çerçevesinde bu yönde bir karar verilemeyeceğine işaret etmektedir. İlgili kararda, grevin günün ekonomik ve sosyal şartları çerçevesinde borçlu açısından öngörülebilir ve sonuçlarının da belirli bir ölçüde önenebilir olduğuna işaret edilmekte ve iddiaların aksine, bir mücbir sebep teşkil etmediğinden ceza koşulunun da muaccel olacağı belirtilmektedir (BGE 38 II 94, 100-101). *Koller* bu hükmü 1881 İsvBK m. 181 ile ilişkilendirirken kuşkusuz burada borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal olduğunu kabul etmektedir. (Kararın tam metni için bkz. entscheide.weblaw.ch).

33 Kanun koyucunun borçluyu beklenmeyen halden de sorumlu tuttuğu TBK m. 119(1), 380(3), 563(2) gibi düzenlemeler saklıdır.

34 **L. Müjde Kurt**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara, 2016, s. 191.

ceza koşulunun da fer'ilik ilkesi çerçevesinde talep edilememesi gerekir. Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere imkansızlığın borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal nedeniyle ortaya çıkması, ceza koşulunun ifasını talep etmeye engel değildir. Bu durum iki şekilde izah edilebilir: (i) İhtimallerden biri, kanun koyucunun imkansızlığın borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen halden kaynaklanmasını, ceza koşulunun fer'iliğinin bir istisnası olarak değerlendirmiş olmasıdır³⁵; (ii) bir diğer ihtimal ise borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin, 1881 İsvBK m. 145'te anılan "borçluya isnat edilebilir haller" arasında kabul edilmesidir.³⁶ Bu ikinci ihtimale ağırlık verilecek olduğunda borçlu, şahsında gerçekleşen ve borcu imkansızlaştıran beklenmeyen hal nedeniyle ne tazminat sorumluluğundan ne de ceza koşulundan kurtulabilecektir. Ancak 1881 İsvBK'daki ceza koşuluna ilişkin istisnai durumun bugün yürürlükte olan İsvBK m. 163'te terk edilmiş olması ve bu değişikliğin ceza koşulunun hukuki niteliğini değiştirerek³⁷, düzenlemeyi genel sorumluluk rejimini düzenleyen İsvBK m. 119 ile uyumlu hale getirmiş olduğu yönündeki düşünceler³⁸ ilk ihtimali destekler niteliktedir.

İsvBK163(2) ile, yukarıda da belirtildiği üzere, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir imkansızlık durumunda ceza koşulunun ifasının talep edilemeyeceği ifade edilerek 1881 İsvBK'da mevcut olan ayrık durum ortadan kaldırılmıştır. Böylelikle 1881 İsvBK'daki düzenlemenin ifadesinin bir ölçüde bağımsızlaştırmış olduğu ceza koşulu ve kusur kavramları, bugünkü düzenlemeyle bir araya getirilmiştir ve imkansızlıkta kusuru olmadığını kanıtlayan borçlunun, kural olarak, ceza koşulunu ifası gerekmeyecektir. Burada "kural olarak" denmesinin sebebi ise borçlunun kusursuz da olsa sorumlu tutulmasına imkan veren bir durum olması halinde, ceza koşulunun ifasının yine talep edilebilecek olmasıdır.

bb. "İmkansızlık" ve "Borca Aykırılık" Kavramları

1881 İsvBK'dan bugüne kalan bir mirası da İsvBK m. 163(2)'de yapılan imkansızlık vurgusudur. Başka bir deyişle ilgili hükümde borcun, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple "imkânsız"

35 Bu yönde bkz. **Koller**, *Verspätungsstrafe*, N. 83. Yazar bu vesileyle, 1881 İsvBK döneminde ceza koşulunun fer'iliğinin bugüne kıyasla daha zayıf olduğuna da dikkat çekmektedir.

36 Örneğin **Becker**, İsvBK m. 97'lerinde ifası imkansızlaşan borcun borçlusunu sorumluluktan kurtaran beklenmeyen hal için verdiği bir örnekte, söz konusu halin borçlunun şahsında gerçekleşmediğinin özellikle altını çizmiştir. Buradan hareketle yazara göre borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin borçluyu sorumluluktan kurtarmayacağı söylenebilir. **BK/Becker**, Art. 97, N. 84.

37 **BK/Becker**, Art. 163, N. 4-5.

38 **Giovanoli**, s. 93; **Theodor Bühler**, "Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht", *Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht* (ed. Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier), Freiburg, 1982, s. 171-172. Ancak öğretilde hala borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen halin ceza koşuluna etkisi tartışmalıdır, **Katja Roth Pellanda**, *Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 – CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht* (ed. Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), Zürich, 2016, Art. 163, N. 5 (**Roth Pellanda** ise bu durumda beklenmeyen halin kimin şahsında gerçekleştiğinin önemi olmadığını, önemli olanın beklenmeyen halin gerçekleştiği sırada riskin kimin üzerine bırakılmış olduğunun tespiti olduğunu ifade etmekte; buna örnek olarak ise borçlunun temerrüdü halinde gerçekleşen beklenmeyen hal düzenlemesini göstermektedir). İmkansızlığa yol açan beklenmeyen halin borçlunun şahsında gerçekleştiği hallerde ceza koşulunun muaccel olmayacağı yönünde bkz. **Felix R. Ehrat**, *Basler Kommentar, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 163, N. 6; **Roth Pellanda**, Art. 163, N. 5'ten naklen Schoch, 40. Aksi görüşte aynı yerden naklen Bentele, 29 Fn 125; Oser/Schönenberger, ZK OR 163 N 1.

hâle gelmesi durumunda cezanın ifasının istenemeyeceği düzenlenmiş; borçlunun sorumlu tutulamayacağı, imkansızlık dışında kalan borca aykırılık hallerinden ise hiç bahsedilmemiştir. Öğretide bir görüşe göre, buradaki imkansızlık ifadesi ile sınırlı bir okuma yapılmamalı ve borçlunun kusuru olmaksızın ortaya çıkan hiçbir borca aykırılık halinde ceza koşulunun ifası talep edilememelidir.³⁹ Ancak bu görüşe, kanun koyucunun açıkça imkansızlık kavramını vurgulamış olması karşısında böyle genişletici bir yorum yapılmasının yerinde olmayacağı gerekçesiyle karşı çıkmaktadır.⁴⁰

İmkansızlık vurgusunun anlamlı olduğuna ilişkin görüşün ilk bakışta hükmün tarihsel gelişimi ile uyumlu olduğu kabul edilebilir. Şöyle ki 1881 İsvBK hazırlık çalışmaları sırasında kaleme alınan taslakta, bir mücbir sebebin borçlunun borcu ifasına veya düzgün ifasına engel olduğu hallerde ceza koşulunun talep edilemeyeceği şeklinde bir düzenleme bulunmaktaydı.⁴¹ Ancak daha sonra bu düzenleme yerine bugünkü kanun metninde yer alan imkansızlık kavramının kabul edilmesi, kanun koyucunun diğer borca aykırılık hallerini dışlamak istediği savını destekler gözükmektedir. Zira borcun ifasının veya düzgün ifasının engellenmesi, imkansızlığı kapsayan ancak bununla sınırlı olmayan bir borca aykırılık kümesine işaret etmektedir. Fakat anılan taslağın reddedilme gerekçesinde imkansızlık dışında bir duruma dikkat çekilmektedir: Taslak düzenlemeye karşı çıkan *Regelsberger*, metni, borçlunun kusurlu olmadığı ifa etmeme durumlarında da ceza koşulunun talep edilebileceği çıkarımına izin verdiği gerekçesiyle eleştirmiş ve borcun en azından, alacaklının şahsında gerçekleşen engeller sebebiyle ifa edilmediği hallerde ceza koşulunun talep edilemeyeceğinin eklenmesini önermiştir. Nitekim sonuçta düzenlemenin nihai hali de bu şekilde olmuş; sadece alacaklının şahsında gerçekleşen “engel” ifadesi yerine “beklenmeyen hal” ifadesi getirilmiştir.⁴² Dolayısıyla taslak düzenlemede eleştiri konusu edilen imkansızlık hususun vurgulanmaması değildir.

İmkansızlık kavramının diğer borca aykırılık hallerini de kapsayacağına karşı çıkan yazarlardan bir kısmı, bu düzenlemede odaklanılması gerekenin ifa engelleri değil, ceza koşulunun fer’i niteliği olduğu kanısındadır.⁴³ Zira borcun ifasının, borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesi, borcun sona ermesine yol açacak ve sona eren borca bağlı ceza koşulu da artık talep edilemeyecektir. Oysa borçlunun sorumlu olmadığı imkansızlık dışındaki borca aykırılık halleri borcu sona erdirmez. Bu nedenle de ceza koşulunun fer’iliğinin bahse konu etkisini diğer borca aykırılık hallerinde görmek de mümkün olmayacaktır. Esasen bugün yürürlükte olan TBK m. 182(2)

39 **Ahmet M. Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, 2016, s. 813; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 360; **Kocağa**, *Ceza Koşulu*, s. 233; **Hüseyin Ekinci**, “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, S. 8, 2007, s. 23. Aynı yönde bkz. İstanbul 4. ATM, 2017/541 E., 2018/168 K. T. 13.02.2018; İstanbul 2. ATM., 2016/1282 E., 2019/110 K., T. 12.02.2019 (Lexpera veritabanı). İsviçre hukuku açısından aynı yönde bkz. **Gauch Peter**, *Le contrat d'entreprise*, Zürich, 1999, N. 697; **Koller Alfred**, “Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen”, *AJP* 1996, s. 1518, N. 6; **Koller**, *Verspätungsstrafe*, N. 74; **Bucher Eugen**, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zürich, 1988, s. 526; **Claire Huguenin**, *Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil*, 2012, N. 1262.

40 **Aksoy**, s. 1009.

41 **Bühler**, s. 149-150.

42 **Bühler**, s. 169-170.

43 **Aksoy**, s. 1008; **Eren**, *Genel Hükümler*, s. 1215; **Erdem**, *Clause pénale*, s. 124. Burada anılan diğer iki yazardan farklı olarak *Erdem*, kusursuz sorumluluk hallerinden biri mevcut olmadığı sürece kusursuz borçludan ceza koşulunun talep edilemeyeceği görüşündedir, **Erdem**, *Clause pénale*, s. 126.

ile İsvBK m. 163(2)'nin ifadeleri de bu savı destekler niteliktedir. Her iki hükümde ceza koşulunun ifasının talep edilemeyeceği haller sıralanırken önce asıl borcun geçersiz olduğu⁴⁴, sonra da asıl borcun ifasının borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansızlaştığı ihtimalden bahsedilmiştir. Gerek geçersiz gerekse sona ermiş bir borç sebebiyle ceza koşulunun talep edilemeyecek olması ise fer'ilik başlığı altında ele alınmaya elverişlidir.

b. Ceza Koşulu Düzenlemelerine İlişkin Çalışmalar

İsviçre Borçlar Kanunu'nun güncellenmesi amacıyla yapılan çalışmalar sonucunda oluşturulan İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR 2020) kanunlaşma sürecinde başarısızlığa uğramış olsa da ceza koşulu düzenlemesinin ne yönde evrilebileceği hakkında fikir vermesi açısından önemlidir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında kısaca bu kanun çalışmasına da değinilecektir.

OR 2020 m. 220(2)'de öncelikle ceza koşulunun geçersizliğinin gündeme gelebileceği hallerin sayıldığı görülmektedir. Bu çerçevede borçluyu, emredici hükümlere veya kamu düzenine aykırı bir borcu ifaya güdülemek üzere kararlaştırılan ceza koşullarının geçersiz olacağı ifade edilmiştir. Ancak bu düzenlemenin amacı borcun geçersiz olacağı her halde ceza koşulunun da fer'ilik sebebiyle talep edilemeyeceğine ilişkin genel kuralı sınırlamak değildir. Esasen arzu edilen bu genel kuralı güçlendirmektir.⁴⁵

Aynı maddenin 3. fıkrasında ise ceza koşulunun muacceliyetine ilişkin bir düzenleme yapılmış ve borcun borçludan kaynaklanmayan bir engel yüzünden ifa edilememesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyi esasen ceza koşuluna ilişkin genel kuralı ortaya koyan OR 2020 m. 218 ile birlikte okumak gerekir. Zira OR 2020 m. 218'de, ifa etmeme ve doğru zamanda/doğru yerde ifa etmeme hali için ceza koşulunun kararlaştırılabileceği açıkça ifade edilmiştir. Burada "ifa etmeme" ("Nichterfüllung"/ "Inexécution") terimi bir çatı kavram olarak kullanılmaktadır.⁴⁶ Bu çatı kavram içine ise sadece borcun hiç ifa edilmemesi hali değil; aynı zamanda gereği gibi ifa edilmemesi ve hatta ayrı bir başlık altında düzenlenmiş dahi olsa, temerrüt de dahildir.⁴⁷ Dolayısıyla tüm borca aykırılık halleri bu ifade içinde yer bulabilmektedir. O halde OR 2020 m. 220(3) ile de, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple borcun ihlal edilmesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı düzenlenmektedir. Ceza koşulunun muacceliyetine ilişkin bu düzenleme, bugün yürürlükte olan ve fer'ilik kavramını vurguladığı düşünülen İsvBK m. 163(2)

44 İsviçre Borçlar Kanunu açısından bakıldığında geçersizlik yerine borcun hukuka veya ahlaka aykırı olmasından bahsedildiği hatırlanmalıdır. Ancak bu iki halde de borcun geçersizliği gündeme geleceğinden bu farklılık göz ardı edilebilir. Zira İsvBK m. 163(2)'nin ilgili kısmının İsvBK m. 19 ve 20 çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği belirtilmekte olduğundan, İsviçre ve Türk hukukundaki bu düzenlemelerin içerik olarak birbirinden ayrıldığı söylenemez. İsvBK m. 163(2)'nin, İsvBK m. 19-20 çerçevesinde yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Roth Pellanda**, N. 4.

45 Bu yönde bkz. **Pascal Pichonnaz**, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013, Art. 220, N. 10-11.

46 Markus Müller-Chen, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013, Art. 118, N. 5 ve 11-14.

47 **OR 2020/Müller-Chen**, Art. 118, N. 13.

ve TBK m. 182(2) hükümlerine farklı bir bakış açısından yaklaşmaktadır. Şöyle ki tasarıdaki bu hüküm, İsvBK m. 163(2)/TBK m. 182(2)'nin borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifa imkansızlığı için öngördüğü sonucu, tüm borca aykırılık hallerine yaymıştır. Burada artık bir fer'ilik vurgusundan da söz edilemez. Nitekim maddenin düzenleniş tarzı da bu yorumu destekler niteliktedir. Zira ceza koşulunun fer'iliğinin bir uzantısı olarak kabul edilebilecek olan durumlar, OR 2020 m. 220(2) altında ayrı bir fıkra olarak düzenlenmiştir.

OR 2020 düzenlemesi çerçevesinde ceza koşulunun ifasının talep edilebilmesi, ancak borcun ifasının da talep edilebileceği hallerde mümkündür. Dolayısıyla borçlunun borcunu ifadan kaçınma imkanı olduğu sürece ceza koşulunu da ifa etmek zorunda kalmayacaktır.⁴⁸ Bunun gibi, alacaklının borcun ifa edilmemesi üzerine borçluya karşı harekete geçmesinin mümkün olmadığı bir durum söz konusu olduğunda da ceza koşulunun ifası talep edilemez. Örneğin OR 2020 m. 121 uyarınca sorumluluktan kurtulması mümkün olan borçlu, ceza koşulundan da sorumlu olmayacaktır.⁴⁹ Bununla beraber, bu koşullar altında varılabilecek sonuç ceza koşulunun talep edilebilmesinin borçlunun kusurlu olması şartına bağlı olduğu değildir. OR 2020'nin ilgili maddesi borçlunun kusurlu olması ve ceza koşulunun talep edilebilmesi arasında doğrudan bir bağlantı kurmamakta; sadece ceza koşulunun ifası ile tazminat talebinin şartlarını uyumlu hale getirmektedir. Başka bir ifadeyle borçlunun tazminat ödemesinin gerekmeyeceği bir ihtimalde, ceza koşulunu ifa etmesi de gerekmeyecektir. Pek tabii tazminat borcunun doğmamasının altında yatan sebep borca aykırılığın bir zarara sebep olmaması ise, ceza koşulunun ifası yine de talep edilebilir. Zira ceza koşulunun alacaklının zararından bağımsızlığı ilkesi OR 2020'de de korunmuştur (OR 2020 m. 219(1)).

Ceza koşulunun ifasının ancak borca aykırılıktan sorumlu tutulabilen borçludan talep edilebilecek olması sebebiyle, OR 2020 uyarınca borçlunun sorumluluğunun ortadan kalktığı hallerde değinmek gerekir. OR 2020 m. 121'de borçlunun sorumluluktan kurtulması başlığı altında alacaklının aynen ifa, tazminat veya ikame talep edemeyeceği haller; borcun, borçluya isnat edilemeyecek sebeplerle ihlal edilmiş olduğu haller olarak sayılmıştır. Borçluya isnat edilemeyecek sebepler ifadesinden anlaşılması gereken ise, bugün gerek İsviçre gerekse Türk hukukunda benimsenmiş olan sistemden farklı olarak, borçlunun kusurlu olmadığı haller değildir.⁵⁰ Yaratılmış olan garanti sorumluluğu benzeri yapıda artık borçlunun borca aykırılığa kusuruyla yol açmamış olması onu tek başına sorumluluktan kurtarmayacak; borca aykırılığa, borçlunun öngörmesinin ve engellemesinin mümkün olmadığı bir durumun yol açıp açmadığı araştırılacaktır.⁵¹ Öte yandan bunun ciddi bir sistem değişikliği teklifi olduğu söylenemez. Zira kusurun objektifleştirilmesi ile kusursuzluğu ispatın ne derece zorlaştığı da göz önünde bulundurulacak olursa, bu durumun mevcut sistemi sarsmayacağı söylenebilir.⁵²

48 OR 2020/Pichonmaz, Art. 220, N. 12.

49 OR 2020/Pichonmaz, Art. 220, N. 13.

50 OR 2020/Müller-Chen, Art. 121, N. 1.

51 Tasarıdaki bu hüküm esasen, CISG m. 79 ile borçluya tazminat sorumluluğundan kurtulmak için sunulan imkana denk bir hal yaratmaktadır. CISG m. 79: "Taraflardan biri yükümlülüklerinden birini ifa etmemesinin, denetimi dışında kalan bir engelden kaynaklandığını ve bu engeli, sözleşmenin kurulması anında hesaba katmasının veya engelden ve sonuçlarından kaçınmasının veya bunları aşmasının kendisinden makul olarak beklenemeyeceğini ispatlaması halinde ifa etmemeden dolayı sorumlu tutulmaz."

52 OR 2020/Müller-Chen, Art. 121, N. 2; Başak Baysal, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul, 2012, s. 288; Yeşim M. Atamer,

Özetle OR 2020 düzenlemeleri çerçevesinde hedeflenen, bugünkü kanuni düzenlemenin “(kusursuz) imkansızlık” vurgusunu ortadan kaldırmak ve ceza koşulunun muacceliyetini, ceza koşulu anlaşmasında kararlaştırılmış olan ve borçlunun sorumlu tutulabileceği ifa engelinin gerçekleşmesine bağlamak olmuştur. Ancak bu açıklamalardan ceza koşulunun fer’iliğinin ortadan kaldırıldığı sonucuna da varılamaz. Aksine bugün gerek İsviçre Borçlar Kanunu’nda gerekse Türk Borçlar Kanunu’nda mevcut olan ve asıl borcun ifa veya herhangi bir şekilde sona ermesi halinde, asıl borca bağlı ceza koşulunun da sona ereceğine ilişkin düzenleme OR 2020 m. 136’da korunmuştur.

Bu bölüme ilişkin açıklamaların en başında da belirtilmiş olduğu üzere, OR 2020 bir taslak metin olarak kalmış olduğundan, sadece bu hükümlerin ileride ne yöne evrilebileceklerini görebilmek açısından önemli bir kaynak olma özelliğine sahiptir. Bu nedenle bu bölümdeki açıklamaları, salt mevcut düzenlemelere farklı bir yaklaşımın da mümkün olabileceğini ortaya koyan yorumlar olarak değerlendirmek gerekmektedir.

2. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

a. Çeşitli Ülkelerden Örnekler

aa. Almanya

Alman hukukunda ceza koşulu kavramı BGB §339 vd’da düzenlenmiştir. BGB §339 ile öncelikli olarak ceza koşulunun hangi anda muaccel olacağı belirtilmekte; takip eden kısımlarda ise hiç ifa etmeme (BGB §340) ile doğru zamanda ifa etmemeyi de kapsayacak şekilde gereği gibi ifa etmeme (BGB §341) hallerinde cezanın borcun ifası yanında istenip istenemeyeceği düzenlenmektedir.

BGB §339’da borçlanılan edimin türüne göre bir ayırım yapılmış olması dikkat çekicidir. Şöyle ki ilgili düzenlemeye göre bir yapma veya verme borcu söz konusu olduğunda ceza koşulunun muaccel olabilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Öte yandan BGB §286(4)’te açıkça belirtilmiş olduğu üzere borçlunun, sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı bir sebepten dolayı borcunu ifa edememesi durumunda temerrüde düşmesi mümkün değildir. Temerrüde düşmeyen borçlu aleyhine ceza koşulu da muaccel olmayacaktır.⁵³ Borçlunun sorumluluğu ise BGB §276’da ele alınmış ve borçlu, daha yüksek veya düşük bir sınır getirilmediği sürece, kastından ve ihmalden sorumlu tutulmuştur. Bu şartlar altında da borçlunun ceza koşulunu ifadan kaçınabilmesi için sorumlu tutulamayacağı bir ifa engelinin söz konusu olması ve dolayısıyla borcu ifa etmemesinin de kusurundan kaynaklanmaması gerekecektir.

Yapma ve verme borçları açısından durum yukarıda izah edildiği şekilde olmakla birlikte, yapmama borçlarının ihlaline bağlı ceza koşulunun ifası BGB §339’da daha farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. İlgili maddede yapmama borcuna bağlı ceza koşulunun muacceliyeti için tek başına ihlalin (yapmama

CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005, s. 313.

53 Dieter Medicus/Stephan Lorenz, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München, 2015, N. 582; Gaspard Couchepin, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich, 2008, N. 208.

borçlusunun yasaklanan davranışı yapmasının) yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu defa bir temerrüt olgusu aranmamış olması sebebiyle bu düzenleme, yapmama borcunda borçlunun kusurlu olup olmadığı araştırmasına ihtiyaç olmadığı yönünde bir algının da oluşmasına önyak olmuştur.

Kanunun ifadesine rağmen, esasen yapmama borçları açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Kanun koyucu bir yapmama borcunun ihlalinin gerçek anlamda temerrüt yaratmayacağından yola çıkarak, yapmama borçlarına ilişkin ayrı bir düzenleme getirme ihtiyacı duymuştur. Zira yapmama borcunun ihlali ile bu borç imkansızlaşacaktır. Dolayısıyla yapmama borcunun ihlaline bağlı bir ceza koşulunun talep edilmesi için de borçlunun yine ihlalden sorumlu tutulabilmesi gerekmektedir.⁵⁴

Yapmama borcu açısından kusur aranıp aranmadığı sorusu sadece Alman hukukunda değil, İsviçre ve Türk hukukunda da gündeme gelmiştir. TBK m. 112 (İsvBK m. 97) ile hiç veya gereği gibi ifa etmeme halinde tazminata hükmedilebilmesi borçlunun kusuruna bağlanmışken; TBK m. 113 (İsvBK m. 98) altında edimin türüne göre yapılan ayrımlarda yapmama borcuna aykırı davranan borçlunun, bu davranışının doğurduğu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Görüleceği üzere kanunun lafzı, borçlunun kusurlu olup olmadığının yapmama borçlarını ihlal sebebiyle talep edilecek tazminat açısından bir fark yaratmayacağı anlamını çıkarmaya müsaittir. Ancak İsviçre hukukunda da kanunun lafzının yanlış anlaşılmaya müsait olduğu ve yapmama borçları açısından genel kuraldan sapmayı gerektirecek bir durum olmadığı kabul edilmektedir.⁵⁵ Buradan hareketle gerek Alman gerekse İsviçre (ve dolayısıyla Türk) hukukunda yapmama borçları ve yapma borçlarının ihlali sebebiyle talep edilecek tazminat bakımından kusurun aranacağını söylemek mümkündür.

bb. Fransa

Fransız hukukunda yakın zamanda yaşanan gelişmeler ceza koşuluna ilişkin düzenlemelere de sirayet etmiştir. 2016 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda yapılmış olan reform öncesine bakılacak olduğunda, ceza koşuluna ilişkin düzenlemelerin Kanun'un 1226 ve devamı maddelerinde yer aldığı görülmektedir. Bu maddelerde ceza koşulu, tarafların bir borcun ifasını temin etmek amacıyla, ifa etmeme halinde bir başka edimin ifasını kararlaştırmaları olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun'un 1229. maddesinde ise farklı bir tanım getirilmiş ve bu tanımda ceza koşulunun, alacaklının ifa edilmeyen borç sebebiyle uğradığı zararın tazminatı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir.

Aynı kanunda dikkat çeken bir diğer düzenleme ise borcun ifa edilmemesine bağlı olarak talep edilebilecek tazminat bölümü altında, 1152. maddede yer almaktadır. Anılan bu son düzenleme ile tarafların borcun ifa edilmemesi durumunda belirli bir tutarın ödeneceğini kararlaştırmaları ihtimali

54 **Medicus/Lorenz**, N. 582; **Ostendorf**, s. 978.

55 **Wolfgang Wiegand**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 98, N. 11; **Rolf H. Weber**, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Heinz Hausheer), Bern, 2000, Art. 98, N. 114; **Hans Giger**, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (ed. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2016, Art. 98, N. 8; **Couchevin**, Clause pénale, N. 210.

ele alınmış ve ikinci fıkrada, bu tutarın belirli şartlar altında, hakim tarafından indirilmesine veya arttırılmasına imkan tanınmıştır.

Aslında reform öncesi döneme ait 1152. madde, kanunda bulunduğu yerden de anlaşılabilirliği üzere, götürü tazminata ilişkin bir düzenlemeyi çağrıştırmaktadır. Bununla beraber, tarafların borcun ifa edilmemesi halinde belirli bir tutarın ödenmesi için yaptıkları her anlaşma, anılan düzenlemenin ikinci fıkrasında hakime verilen ceza koşuluna müdahale yetkisinin uygulama alanına girmez. Hakim sadece borçluyu ifaya güdüleyen anlaşmalarda belirlenen tutara müdahale edebilecektir ve zaten esas anlamıyla sadece bu anlaşmalar bir ceza koşulu teşkil eder.⁵⁶ 2016 yılında yapılan reform çalışmaları sonucunda, ceza koşuluna ilişkin 1226 ve devamı maddeler yeni kanun metninde yer bulamamıştır. Bunun karşısında 1152. maddenin içeriği genişletilmiş ve – en azında görünürde – ceza koşulu ile götürü tazminat ayrımı yapılmaksızın, borcun ifa edilmemesi durumunda ödeneceği kararlaştırılan tutarların tümü için uygulanacak şekilde düzenlenmiştir (Fransız Medeni Kanunu (CC) m. 1231-5).⁵⁷

Fransız Medeni Kanunu'nun yeni ceza koşulu düzenlemesi, aynı reform öncesi 1152. madde gibi, borcun ifa edilmemesine bağlı tazminat talepleri altında düzenlenmiştir. Buradan çıkarılabilecek sonuç da, ceza koşulu ve tazminat talep edebilmek için gerekli şartların birbirine eş olduğudur. Diğer bir ifadeyle, herhangi bir sebeple tazminat talebinde bulunamayacak olan alacaklı, borçlu ile aralarında kararlaştırmış oldukları ceza koşulunu da talep edemez. Bunun yanında borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünden kurtulması da CC m. 1231-1'de ele alınmıştır. Anılan maddeye göre borçlu, borcun ifa edilememesi veya geç ifa edilmesinin bir mücbir sebepten kaynaklandığını ispat etmek suretiyle tazminat yükümlülüğünden kurtulabilecektir. Mücbir sebep ise, CC m. 1218'de, borçlunun hakimiyetinde olmayan; sözleşmenin kurulması sırasında borçlunun öngörmesinin ve makul önlemler alarak sonuçlarına engel olmasının beklenemeyeceği bir olay olarak tanımlanmaktadır.⁵⁸

Görülebileceği üzere Fransız Medeni Kanunu'ndaki sorumluluk sistemi İsviçre/Türk hukukunda kural olarak kabul edildiği şekliyle kusura dayanmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle, sorumluluğun mevcut olup olmadığı, tıpkı CISG sisteminde olduğu gibi, borçlunun kusurlu olup olmadığından

56 Bu yönde bkz. **Dominique Legeais**, "Crédit-bail. Critère de qualification de la clause pénale", RTD com. 2008, s. 610; **Grégoire Forest**, "Promesse de vente, indemnité d'immobilisation et clause pénale", D. 2008, s. 2497; **Bertrand Fages**, "Derrière les mots, la clause pénale", RTD civ. 2008, s. 675.

57 Reform sonrası düzenlemenin lafzına rağmen hakim müdahalesi için taraflar arasında yapılan anlaşmanın borçluyu ifaya güdülemesinin gerekeceği yönünde bkz. Yannick Dagorne-Labbe, "Une indemnité de jouissance peut constituer une clause pénale – Cour de cassation, com. 14 juin 2016", AJCA 2016, s. 387. Kesin olmamakla birlikte hakim müdahalesi için kararlaştırılan tutarın ifaya güdüleme amacı taşımamasının aranabileceği yönünde, **Kevin Magnier-Merran**, "Clause pénale: elle en avait la substance sans le nom – Cour de cassation, com. 6 décembre 2017", AJ contrat 2018, s. 39. Yeni düzenlemede ceza koşulu ve götürü tazminat arasında hiçbir ayırım yapılmamış olmasının, bunların talep edilebilmesi için zarar şartının aranıp aranmayacağı hususunda bir karışıklık yaratacağı yönünde bkz. **Hélène Boucard**, "Responsabilité contractuelle", Répertoire de droit civil, Temmuz 2018, N. 575; **Denis Mazeaud**, "Qualification de clause pénale : encore et toujours...", Recueil Dalloz 2016, s. 1628.

58 Reform öncesi dönemde borçlunun borcunu ifa etmemesi üzerine tazminat sorumluluğu doğacağı ve bu sorumluluktan kurtulmanın şartları 1147. ve 1448. maddelerde düzenlenmişti. Bu düzenlemelerin ilkinde borçluyu sorumluluktan kurtarması beklenen olayın borçlunun dışında gelişmesi gerektiğine değinilmiş; ikincisinde ise mücbir sebep ve beklenmeyen hal kavramlarına atıf yapılmıştı. Fransız Medeni Kanunu'nun bugün yürürlükte olan 1231-1. maddesinde ise sadece mücbir sebep kavramına atıf yapıldığı dikkat çekmektedir, **Boucard**, N. 362.

bağımsız bir değerlendirmeye tabidir.⁵⁹ Fakat öğretilde, yeni düzenlemelerde kendine yer bulamamış olan özen ve sonuç taahhüdü içeren borçlar arasındaki eski ayrımın hala önem arz ettiği savunulmaktadır.⁶⁰ Bu ayrıma göre bir sonuç taahhüdünde bulunmuş olması durumunda, sonucun gerçekleşmemesi borçlunun sorumluluğuna yol açar. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen borçlunun kusursuz olduğunu ispat etmesi yetmez. Bunun yerine sonuç taahhüdünü yerine getirememesine yol açan, mücbir sebep niteliğinde bir olayın yaşandığını ispat etmelidir.⁶¹ Oysa sadece bir özen borcu niteliğindeki borçlar açısından durum farklıdır. Hiçbir sonuca ulaşmayı taahhüt etmemiş olan borçlu, gerekli özeni göstermiş olması durumunda borcun ifa edilmemesinden sorumlu tutulamayacaktır. Bu özenin gösterilmediğini ispat edecek olan ise kuşkusuz olacaktır. Bu durumda kusur tartışması özen borçları için yapılabilecekken, sonuç taahhüdü içeren borçlarda borçlunun kusursuz olmasının onu sorumluluktan kurtaran bir etkisi yoktur.⁶²

Özetle, yeni düzenleme metninin gösterdiğinin aksine, Fransız hukukunda hala özen ve sonuç borçları arasında bir ayrım yapılması gerektiği söylenebilir. Bu durumda ceza koşulunun talep edilebilirliği açısından da bu ayrımı göz önünde bulundurmak gerekir. Zira ceza koşulu ile temin edilmeye çalışılan edimin yerine getirilmemesinin borçlunun sorumluluğuna sebep olup olmayacağı bu tespate bağlıdır. Her halde, ceza koşulunun borçludan talep edilebilmesi için, kanunun borçludan tazminat talep edilebilmesi için aradığı şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Başka bir ifadeyle örneğin ister özen ister sonuç taahhüdü içeren bir borcun, mücbir sebep niteliğindeki bir olay nedeniyle ifa edilememesi durumunda, borçludan ceza koşulu talep edilemeyecektir.⁶³

b. Uyumlaştırma Çalışmaları

Ceza koşulunun borçlunun kusuruna bağlı olup olmadığı değerlendirilirken yol gösterici olabilecek metinler sadece çeşitli ülkelerin ulusal düzenlemeleri değildir. Özel hukukun yeknesaklaştırılması adına yapılmakta olan uyumlaştırma çalışmalarındaki ceza koşulu düzenlemeleri de dikkate değerdir. Bu nedenle çalışmanın bu kısmında söz konusu uyumlaştırma çalışmalarından PICC ve PECL'teki düzenlemelere kısaca değinilecektir.

PICC m. 7.4.13'te ifa etmeme halinde ödenmesi kararlaştırılan tutarlara⁶⁴ ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemenin ilk fıkrasında, taraflar arasında ifa etmeme halinde diğer tarafa belirli

59 Bu sisteme yakın bir diğer sistem de OR 2020 ile öngörülmüşse de hayata geçirilememiştir.

60 **Gaël Chantepie**, "Contrat : effets", Répertoire de droit civil, Ocak 2018, N. 298; **Yves Picod**, "Obligations", Répertoire de droit civil, Haziran 2017, N. 89 ve 91. Bu ayrımın reform öncesi dönemde kanunlaşmasından önce dahi mevcut olduğu; zira bu ayrımın esasen işin doğasından kaynaklandığı yönünde bkz. **Picod**, N. 77'den naklen FROSSARD, La distinction des obligations de < moyens > et de < résultat >, 1965, LGDJ, no 20.

61 **Boucard**, N. 326 ve 356; **Chantepie**, N. 298.

62 **Boucard**, N. 395; **Chantepie**, N. 294 ve 298.

63 Öğretilde kanundaki düzenlemenin ifadesinin de esasen bu sonucu açıkça ortaya koyduğu ifade edilmektedir. Şöyle ki reform öncesi dönemde 1152. maddede kullanılan "*manquera d'exécuter*" (ifa etmekte başarısız olma) ifadesi, borçlunun sorumlu tutulabilmesi gerekliliğine işaret etmektedir, bu yönde bkz. **Couchepin**, Clause pénale, N. 254. Aynı ifade, bugün yürürlükte olan ceza koşulu düzenlemesinde de korunmuştur.

64 Uyumlaştırma çalışmasında kullanılan ifade "kararlaştırılan ödeme" şeklindedir. Ulusal hukuk sistemlerinde kullanılanlara böylesi yabancı bir ifadenin seçilmesi ise bilinçli bir tercih olsa gerekir. Zira PICC'yi kaleme alanlar, "ceza

bir miktar paranın ödenmesi kararlaştırıldığında, borcunu ifa etmeyen tarafın sözleşme karşı tarafının zararından bağımsız olarak bu ödemeyi yapmakla yükümlü olacağı belirtilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, kararlaştırılan tutarın indirilmesine izin verilebilecek istisnai durumlara dikkat çekilmiştir. PICC'deki düzenleme bundan ibaret olmakla birlikte metnin resmi şerhi, çalışma konusu bakımından daha açıklayıcıdır. Şerhe göre, kararlaştırılan bu tutarın talep edilebilmesi kural olarak borçlunun, borcun ifa edilmemiş olması sebebiyle sorumlu tutulabilecek olmasına bağlıdır.⁶⁵ Şerhte bu kuralın mantığı açıklanırken, özellikle de mücbir sebep hallerinde, gerçekleşemeyen ifa yerine kararlaştırılan tutarın ödenmesine imkan verecek bir durum tahayyül etmenin zor olduğu ifade edilmiştir. Ancak yine de tarafların borçluya böyle bir sorumluluk yüklenmesini arzu ettikleri istisnai durumlarda bu yönde bir düzenleme yapılması önünde bir engel bulunmamaktadır.⁶⁶ İçeriği PICC m. 7.4.13 ile aynı olan bir düzenlemenin PECL'da (PECL m. 9:509) da olduğu dikkat çekmektedir.

Uyumlaştırma çalışmalarında borçlunun kusurundan söz edilmemekte, sorumlu tutulup tutulamayacağı üzerinde durulmaktadır. Bunun sebebi ise anılan uyumlaştırma çalışmaları çerçevesinde kusurun sorumluluk için bir şart olarak görülmemesidir.⁶⁷ Borçlu, borca aykırılıkta kusursuz olduğunu iddia ederek sorumluluktan kurtulamaz. Sorumluluktan kurtulmak için oluşması beklenen şartlar PICC m. 7.1.2 ve m. 7.1.7'da düzenlenmiştir. Anılan maddelerden ilkinde borcun ifa edilmemesinin (geç ifa ve kötü ifayı da kapsayacak şekilde geniş anlamda borca aykırılık kastedilmektedir) alacaklının bir davranışından veya alacaklının risk alanındaki bir olaydan kaynaklandığı hallerde değinilmiştir. Esasen bu hallerde bir borca aykırılığın mevcut olmadığı kabul edilir.⁶⁸ Bu nedenle sorumluluktan da bahsedilemez. Bunun yanında PICC m. 7.1.7 ile borçlunun tazminat sorumluluğundan kurtulacağı mücbir sebep halleri düzenlenmiştir. Bu haller esasen bu çalışmanın muhtelif kısımlarında değinilmiş olan CISG (CISG m. 79), OR 2020 ve Fransız hukuku sorumluluk sistemindekine denk hallerdir. PICC'nin alacaklıya tanımış olduğu bu sorumluluktan kurtulma imkanları, sırası ile, PECL m. 8:101 ve m. 8:108'de tekrar edilmektedir.

Anılan uyumlaştırma çalışmalarında kararlaştırılan tutarın talep edilebilmesi, borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulması şartına bağlanmış olduğuna göre, borçlunun (i) alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple veya (ii) kontrolü dışında kalan ve sözleşmenin kurulduğu sırada ne kendisini ne de sonuçlarını göz önünde bulundurmasının, bunlara engel olmasının veya üstesinden gelmesinin beklenemeyeceği bir engel sebebiyle borcunu ifa edememesi durumunda da kararlaştırılan tutarı ödemekten kurtulması gerekir.

Taraf devletlerin hukuk sistemlerinin bir parçası olması sebebiyle bir uyumlaştırma çalışması olarak nitelendirilemeyecek olsa da, kararlaştırılan ödemeler hususunda CISG'ı da anmak gerekir. CISG

koşulu" ve "götürü tazminat" kavramlarının yarattığı karmaşadan uzak durmak istemiş ve her iki durumu da kapsayacak bir kurallar bütünü getirmeyi amaçlamıştır.

65 Aynı yönde bkz. UNCITRAL Uniform Rules on Contract Clauses for an Agreed Sum Due upon Failure of Performance, Art. 5.

66 PICC m. 7.4.13 resmi şerhi, s. 290.

67 Borçlunun borcunu ifa edememesi üzerine tazminat sorumluluğu doğacağını düzenleyen PICC m. 7.4.1'in şerhinde bu husus açıkça ortaya konmuştur; PICC m. 7.4.1 resmi şerhi, s. 270.

68 PICC m. 7.1.2, resmi şerhi, s. 228.

metninde karşılaştırılan ödemelere ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak borçlunun borca aykırılık sebebiyle belirli miktarda bir ödeme yapacağından önden karşılaştırılmış olması mümkündür. Zira taraflar, CISG’ta öngörölmüş olan tazminat sisteminden ayrılmayı ve başka bir düzenleme getirmeyi tercih etmekte özgürdür. Bu şekilde bir ödeme yapılması karşılaştırıldığında, borca aykırılık sebebiyle sorumlu tutulamayacak olan borçludan bu ödemenin ifasının talep edilip edilemeyeceği ise ayrı bir soru işaretidir. CISG Danışma Kurulu Görüşü no. 10’da bu sorunun yanıtı araştırılmış ve tarafların iradelerinin aksi yönde olduğu anlaşılmadığı sürece, CISG m. 79 uyarınca tazminat sorumluluğundan kurtulan borçlunun karşılaştırılan tutarı da ödemekle yükümlü olmayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹ Danışma Kurulu bu çıkarımı yaparken kuşkusuz yukarıda anılan uyumlaştırma çalışmalarından da etkilenmiştir. Zira CISG yorumlanırken, antlaşmanın milletlerarası niteliğinin dikkate alınması gerekliliği, yine CISG’ta açıkça düzenlenmektedir (CISG m. 7(1)).⁷⁰

B. TBK m. 180(2): CEZA KOŞULUNU AŞAN ZARARIN TAZMİNİ

Ceza koşulunun borçlunun kusuruyla ilişkisi anlamında yol gösterici olabilecek bir diğer düzenleme ise TBK m. 180(2)/İsvBK m. 161(2)’de karşımıza çıkmaktadır. Bu düzenleme ile alacaklının uğradığı zararın karşılaştırılan ceza koşulunu aşması durumunda, ceza koşulunu aşan kısmın da tazmininin talep edilebileceği; ancak bunun için alacaklının, borçlunun ceza koşulunu muaccel kılan davranışta kusurlu olduğunu ispat etmesi gerektiği belirtilmiştir.

Anılan madde öğretide genel olarak ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bir düzenleme olarak kabul görmektedir.⁷¹ Zira bilindiği üzere TBK m. 112 uyarınca sözleşmesel sorumluluk rejimi, borçlunun kusursuzluğunu ispat edememesi halinde sorumlu tutulması genel kuralı üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, kusursuz olarak sorumlu tutulmasını gerektiren bir durum olmadıkça, kusursuzluğunu ispat edebilen borçlu tazminat ödemeyeceği gibi; ceza koşulu taahhüdünde bulunmuşsa, bu taahhüdü yerine getirmekten de kurtulacaktır. Dolayısıyla lehine ceza koşulu getirilmiş alacaklı, ne zararını ne de borçlunun kusurlu olduğunu ispat etmek zorundadır. Ancak ceza koşulunu aşan bir zararı olduğunu iddia etmesi halinde, alacaklının konumu bu kadar avantajlı olmaz.⁷² Bu defa alacaklının hem aşkın zararını hem de bu zararın ortaya çıkmasına borçlunun kusurlu bir davranışla sebep olduğunu ispat etmesi gerekecektir.⁷³

TBK m. 180(2) ile yapılan bu “aşkın zarar” düzenlemesi, temerrüt faizini aşan zararın tazminine ilişkin TBK m. 122’yi andırmaktadır. TBK m. 122(1) uyarınca, alacaklı temerrüt faizini aşan bir zarara uğradığında, hiçbir kusuru olmadığını ispat edemeyen borçlu, bu zararı da gidermekle

69 CISG DK Görüş no. 10, N. 5.2.

70 CISG DK Görüş no. 10, N. 5.2. Borçlunun, alacaklıdan kaynaklanan bir sebeple borca aykırı davranması durumunda karşılaştırılan tutarın talep edilemeyeceği ise CISG m. 80’in doğal sonucudur.

71 **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 124; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 359; **Kılıçoğlu**, s. 813-814; **Günay**, s. 163; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 59; **Erdem**, Clause pénale, s. 125; **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 318; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s. 346-347; **Ekinci**, Kusur Sorunu, s. 26; **Yağcıoğlu**, s. 218-219; **Sanlı**, s. 352, dn. 137.

72 **Tolou**, N. 193.

73 Pek tabii borçlunun kusursuz olarak sorumlu tutulması gereken bir hal söz konusu olduğunda, ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin bu hüküm uygulanmaz.

yükümlü olacaktır. Düzenlemelerin ortak noktası; alacaklının aşkın zararın varlığını ispatla yükümlü olmasıdır. Ancak bu iki düzenleme, kusura ilişkin ispat yükü açısından birbirinden ayrılır. Zira TBK m. 122 uyarınca aşkın zarardan sorumlu tutulmak istemeyen borçlu, genel kural çerçevesinde yine kusursuzluğunu ispat etmek zorunda kalacaktır.

Kanun koyucunun sonucunda aşkın zararın ortaya çıktığı iki durumda neden böyle bir farklılık yarattığı sorgulanabilir. Bir ihtimal, ceza koşulunun borçlu ve alacaklı arasında ve dahası alacaklı yararına bir anlaşma ürünü olduğu; bu anlaşmadan borçlu aleyhine sapma gerektirecek hususların da yine alacaklı tarafından ortaya konmasının gerektiği düşünülebilir.⁷⁴ Diğer bir ifadeyle kanundan kaynaklanan bir götürü tazminat olan temerrüt faizinin⁷⁵ aksine, alacaklı ceza koşulu anlaşmasını karşı tarafa kabul ettirerek; bir anlamda bu anlaşmadan sapmamayı taahhüt etmektedir. Ancak kanımca aşkın zararın söz konusu olduğu bir durumda, taraflar arasındaki anlaşmadan sadece ceza koşulunun miktarı konusunda sapma olacaktır. Bu nedenle zararın ceza koşulunu aştığının ispatının alacaklı üzerinde bırakılması gerekli ve yeterlidir.

Borçlunun davranışının kusurlu olduğunu ispatın da alacaklıya yüklenmesi, alacaklıyı bunu öngörebilse tercih etmeyeceği derecede sıkıntılı bir duruma düşürecektir. Durumu somutlaştırmak adına, birinde taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı, diğerinde ise alacaklının kendini bu şekilde özel olarak korumaya gerek duymadığı veya bunu ihmal ettiği iki senaryoda aynı borca aykırılık sebebiyle aynı zararın doğduğunu varsayalım. Bu zarar ceza koşulu olarak belirlenen miktardan daha yüksekse, en başta kendini daha fazla korumak için gerekli çabayı göstermiş alacaklının durumu diğer alacaklıya göre kötüleşecektir. Zira bu alacaklı borca aykırı davranışa borçlunun kusuruyla sebep olduğunu kanıtlamak zorundadır; aksi halde ceza koşulu yanında bu tutarı aşan zararının tazminini talep edemez. Ceza koşulu anlaşması yapmamış diğer alacaklı ise karşı tarafın kusurunu ispat etmek zorunda kalmayacaktır. Özellikle de zararının belirlenen ceza koşulundan çok daha fazla olması nedeniyle ceza koşulu olarak belirlenen tutarın tatmin edemeyeceği alacaklı, borçlunun kusurunu ispat edemeyecekse, ceza koşulundan vazgeçerek genel hükümlere göre zararının tazmini talep etmelidir.⁷⁶ Bu durum ise ya ceza koşulu anlaşmasını işlevsizleştirecek ya da alacaklının gereğinden fazla yüksek bir ceza koşulu belirlemesine ve borçluyu daha büyük bir yük altına sokmasına sebep olacaktır.⁷⁷ Hatta kimi durumlarda alacaklının aşkın zarar endişesinin onun *ex ante* olası zarar hesabına yansması daha şiddetli olur. Böyle bir kaygı içinde son derece yüksek bir tutar üzerinden belirlenen ceza koşulunun fahiş bulunması ve hakim tarafından indirilmesi de gündeme gelebilecektir. Ceza koşulunun ortaya çıkan zarara denk düşecek şekilde indirilmesi de mümkün olmadığından, borçlu yine daha büyük bir yük altına girer. Zira bu defa da aşkın zararın üzerinde bir ceza koşuluna hükmedilmesi gerekecektir. Özetle hükmün bu şekilde uygulanması

74 **BK/Becker**, Art. 161, N. 3; **Ekinci**, Kusur Sorunu, s. 26; **Aksoy**, s. 1006 (Ceza koşulunun her halükarda alacaklının yararına bir anlaşma olduğu açık olmakla birlikte, yazar ceza koşulunun kusursuz borçludan da talep edilebileceğini savunduğundan, ona göre alacaklının yararının en üst düzeyde gözetildiğini belirtmek gerekir).

75 **Rona Serozan**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016, s. 224, N. 7.

76 **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 74-75.

77 **Yağcıoğlu**, s. 219.

ya bu kurumun doğru kullanılmasının önüne geçmekte ya da aşkın zarar durumunda bir nebze korunması hedeflenen borçluyu daha da zor bir durumda bırakmaktadır.

Aşkın zarara ilişkin bu düzenlemeye öğretide de kuşkuyla yaklaşıldığı ve bu düzenlemenin alacaklı açısından yaratacağı olumsuzlukları törpülemek amacıyla çeşitli fikirler geliştirildiği de görülmektedir. Örneğin İsviçre öğretisinde geliştirilen ve alacaklıya yüklenmiş olan kusur ispatı külfeti için aranan derecenin düşük tutulması veya taraflar arasında ispat yükünü borçlu üzerinde bırakan örtülü bir anlaşma yapıldığının karine olarak kabul edilmesi gibi fikirler bu amaca hizmet etmektedir.⁷⁸

Görüleceği üzere TBK m. 180(2) düzenlemesinden anlaşılması gereken, borçlunun kusurunun ancak aşkın zarar söz konusu olduğunda aranacağı değildir. Öğretide yerindeliği sorgulanmış dahi olsa, bu düzenlemenin amacı kusurun hangi şartlarda kim tarafından ispat edileceğine ilişkin bir kural getirmektir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeden yola çıkarak ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsız olduğuna ilişkin bir kaniya varmak mümkün olmayacaktır.

C. ARA SONUÇ

TBK m. 182(2) uyarınca borcun borçlunun sonradan sorumlu tutulamayacağı bir sebeple imkansız hale gelmesinin, ceza koşulunun da talep edilebilirliğini ortadan kaldıracağı belirtilmiştir. Ancak burada, esasen TBK m. 131’de açıkça ortaya konan ceza koşulunun fer’iliği ilkesi bir kez daha vurgulanmıştır. Kanımca bu vurgu sayesinde, 1881 İsvBK’da yer verilen ceza koşulu düzenlemesinin ayrıksılığının bugün geçerli olmadığı açığa kavuşturulmuştur.

1881 İsvBK’da, borçlunun kusurlu olmadığı ancak borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal sebebiyle vuku bulan imkansızlık, ceza koşulunun talep edilebileceği bir hal olarak düzenlenmişti. Diğer bir deyişle borcu sona erdirmesi gereken, borçlunun şahsında gerçekleşen beklenmeyen hal sebebiyle vuku bulan imkansızlık, ceza koşulunun talebine engel olamayacaktı. Bu da esasen ceza koşulunun fer’iliğinin bir istisnası olarak kabul edilebilecekti. Ancak İsvBK m. 163(2) ile bu durum değişmiş, borcun imkansızlığına sebep olan ve borçlunun sorumlu tutulamayacağı hallerin hiçbirinde ceza koşulunun talep edilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle ceza koşulunun fer’iliği de istisnasız olarak kabul edilmiştir.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, borca aykırılık hallerinin tek bir çatı altında toplanması eğiliminin git gide arttığı günümüzde, ceza koşulu çerçevesinde bu aykırılıklar arasında bir ayrıma hiç gerek yoktur. PICC ve PECL gibi uyumlaştırma çalışmalarının gerek “ifa etmeme” gerekse “kararlaştırılan tutar” kavramlarını ele alışları da aynı sonucu desteklemektedir. Hatta her ne kadar bir taslak olarak kalmış olsa da, OR 2020’nin ceza koşulu ve borçlunun sorumluluğu arasında kurduğu ilişkinin anlamlı olduğu da yadsınamaz (OR 2020 m. 220(3)). Hatırlanacağı üzere söz konusu düzenleme ile

78 Daniel Wuffli, Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar, Zürich, 2016, Art. 161, N. 6; Bucher, s. 531, dn. 42; Roth Pellanda, Art. 161, N.6 ve aynı yerden naklen Guhl/Koller/Schnyder/Druey, § 56 N 10; Oser/Schönenberger, ZK OR 161 N 4; Schoch, 58.

borcun, borçludan kaynaklanmayan bir engel yüzünden ifa edilememesi durumunda ceza koşulunun muaccel olmayacağı belirtilmiştir. Böylelikle bir çatı kavram olarak öngörülen “ifa etmeme” ifadesi ile tüm borca aykırılıklar hükmün kapsamına dahil edilmiştir ve yanlış çıkarımlara kapı aralayan bugünkü fer’ilik vurgusu tekrarından da kaçınılmıştır.

TBK m. 182(2) hakkında çalışmanın bu kısmına kadar yapılmış olan açıklamalar ayrıca, ilgili maddenin doğrudan kusurla değil, sorumluluk kavramıyla ilişkili olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer bir deyişle tartışılması gereken husus, ceza koşulunun kusura bağlı olup olmadığı değil; borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesinin, ceza koşulunu talep edebilmek için bir şart olup olmadığıdır. Bu çerçevede verilmesi gereken cevap ise borca aykırılıktan kaynaklanan zararı tazmin etme yükümlülüğünden kurtulmuş olan borçlunun ceza koşulunu ifadan da kurtulacağı yönünde olmalıdır.⁷⁹ Bu noktada TBK m. 180(2)’deki aşkın zarar düzenlemesinin de aksi yönde bir sonuca varmayı gerektirmediği tekrar vurgulanmalıdır.

İsviçre ve Türk hukukunda sorumluluğun birinci şartı olarak borçlunun kusurlu bir davranışta bulunması kabul edildiğinden, sorumluluk ve kusur kavramları birbirine eş tutulmuş ve böylelikle kavramlar arası bağlantı incelenirken de ceza koşulunun kusurla ilişkilendirildiği görülmüştür. Ancak borçlunun kusuru olmamasına rağmen sorumlu tutulması gerektiği bir durum mevcut olduğunda, örneğin borçlunun ifa yardımcısının borca aykırılığa sebep olması veya borçlu kusuruyla temerrüde düşmüşken bir beklenmeyen halin ortaya çıkması durumunda, ceza koşulunu ifa ile yükümlü olacağına da şüphe yoktur.

Bu çerçevede ceza koşulunun muaccel olabilmesi, tarafların üzerinde anlaştıkları borca aykırılığın gerçekleşmesine ve borçlunun bu aykırılıktan sorumlu tutulabilmesine bağlıdır. Borçlunun kusurunun ceza koşulunun muaccel olmasındaki rolü ise, kusurun tazminat sorumluluğundaki rolüne denk olmalıdır.⁸⁰ Tazminat sorumluluğu açısından kabul edilen kusur anlayışının da yine ceza koşulu için de geçerli olması gerekir. Diğer bir deyişle, borçlunun sorumlu tutulabilmesi için subjektif kusur anlayışı esas alınıyorsa; borçlunun bizzat sahip olduğu kişisel yetenekler, eğitim düzeyi ve mesleki becerilere göre yapılacak değerlendirme sonucunda borca aykırılıkta kusurlu olmadığına kanaat getirilebiliyorsa, bu borçludan ceza koşulu talep edilemeyecektir. Öte yandan objektifleştirilmiş kusur anlayışı kabul edilecekse de⁸¹, borçlunun ceza koşulunu ifaya zorlanabilmesi için, mensup olduğu sosyal çevre içerisindeki makul bir kişi ile kıyaslama yapılması ve borçlunun,

79 Borçlunun sorumluluktan kurtulmasının zararın mevcut olmamasından (veya buna bağlı olarak, borca aykırı davranış ile zarar arasında nedensellik bağının mevcut olmamasından) kaynaklandığı haller pek tabii ceza koşulunun ifasının talep edilmesine engel olmayacaktır.

80 Aksi görüş için bkz. **Aksoy**, s. 1011 vd.; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1215; **Birinci Uzun**, s. 150.

81 Öğretide ağırlıklı olarak kusurun objektifleştirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Serozan**, s.199, N. 2; **Eren**, Genel Hükümler, s. 594; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.876-877; **Atamer**, CISG, s. 313; **Sanlı**, s. 482; **Baysal**, s.107, 109 ve (sözleşmesel sorumlulukta kusura özel olarak) 288-289. Katı bir objektifleştirilmiş kusur ve kusurluluğu imkansız kılan bir subjektif kusur arasında orta yol bulunması gerektiği yönünde bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 162-165 ve objektifleştirilmiş kusur eleştirisi ile alternatif bir anlayış için bkz. **Erman Benli**, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: ‘Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü’”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 304 vd. Ancak sözleşmesel sorumlulukta borçlunun, esas alınacak makul kişiye göre daha üstün özellikleri olması halinde, kusur araştırmasının bu özellikler göz önünde tutularak yapılacağına da şüphe yoktur.

bu makul kişiden beklenecek tavrı sergilememiş olması gerekir. Özetle mevcut kanun hükümleri çerçevesinde ceza koşulunun kusur ile ilişkisi değerlendirilirken, kusur ve tazminat sorumluluğu arasındaki ilişkiden bağımsız bir yol çizilmemelidir.

III. CEZA KOŞULUNU KUSURDAN BAĞIMSIZLAŞTIRMAYA İHTİYAÇ OLUP OLMADIĞI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER

Mevcut düzenlemelerden yola çıkarak, ceza koşulunun kararlaştırıldığı her durumda borçlunun kusursuz dahi olsa sorumlu tutulacağı sonucuna varmak mümkün değildir. Ancak mevcut düzenlemelerin yetersiz olup olmadığı; başka bir ifadeyle, ceza koşulunun kendisinden beklenilene vermesi için tazminat sorumluluğu şartlarından ayrılmaya ihtiyaç olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Çalışmanın bu kısmında öncelikle Türk hukukunda sorumluluğun kusurdan ayrıştırıldığı durumların hangi sebeple genel kuraldan bu şekilde sapmayı gerektirdiği; ardından ise ceza koşulunun kararlaştırıldığı bir durumda benzer bir gereklilikten söz edilip edilemeyeceği tartışılacaktır.

Bu değerlendirmeler yapılırken “kusur”un sorumluluk hukukundaki yerinin tartışma konusu yapılmadığı hatırlanmalıdır. Diğer bir deyişle bu çalışmada, Türk hukukunda tazminat sorumluluğunun kusura bağlı olması kuralı tartışmaya açılmamakta; aksine bu kural kabul edilerek, ceza koşulu için bu kuraldan ayrılmaya gerek olup olmadığı sorgulanmaktadır.

A. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK ALANINDAKİ KUSURSUZ SORUMLULUK DÜZENLEMELERİNE GENEL BAKIŞ

Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde sözleşmesel sorumluluk alanında tazminat sorumluluğunun doğması için kusurun aranmadığı haller incelendiğinde ilk karşılaşılan, korkutma halinde sözleşme ile bağlı kalmak istemeyen korkutulanın, sözleşmenin uğradığı zarardan kusursuz sorumluluğudur. Ancak sözleşmeyle bağlı olmak istemeyen korkutulanın bu sorumluluğunu kusura bağlı olmayan bir tazminat sorumluluğu olarak adlandırmak yerine, fedakarlığın denkleştirilmesi esasına dayalı bir sorumluluk olarak nitelemek daha uygun düşer.⁸² Zira korkutulan, salt kanundan kaynaklanan iptal hakkını kullanması ile bir zarara sebep olmaktadır. Öte yandan en az korkutulan kadar, onunla sözleşme yapmış ve bu korkutma eylemine dahil olmamış kişinin de korunması gerekeceğinden, hakkaniyet çerçevesinde onun uğradığı zararın korkutulana yüklenmesi yönünde bir düzenleme getirilmiştir.

Bir diğer kusursuz sorumluluk düzenlemesi ise yetkisiz temsilci tarafından yapılan işlemin sözde temsil olunan tarafından onanmaması halinde yetkisiz temsilcinin, sözde temsil yetkisini kullanarak işlem yaptığı kişinin zararından sorumlu olacağına dair TBK m. 47(1) düzenlemesidir. Bu düzenlemede yetkisiz temsilci açısından bir kusursuz sorumluluk öngörülmesinin gerekçesi olarak,

82 Bu yönde bkz. **Pekmez Cüneyt**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015, s. 499, 504.

yetkinin kapsamını en iyi bilebilecek kişinin yetkisiz temsilci olduğu gösterilebilir ve bu nedenle de yetki aşımının sonuçlarına katlanması gerekenin de yine o olduğu söylenebilir. Ancak bu kusursuz sorumluluk düzenlemesi öğretide işlem menfaatinden yararlanmayan yetkisiz temsilcinin, bu işlemin külfetine katlanmak zorunda bırakılması sebebiyle eleştirilmiştir.⁸³

Gerek korkutulanın gerekse yetkisiz temsilcinin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu bu hallerle ilgili bir husus gözden kaçırılmamalıdır: Korkutulanın iptal hakkını kullanması ve sözde temsil olunanın yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemi onamaması üzerine, sözleşme baştan itibaren kesin hükümsüz olacaktır. Ancak her halde gerek korkutulan gerekse yetkisiz temsilci, işlem yaptıkları kişilerle sözleşmesel bir yakınlığa sahiptir. Bu çalışma kapsamında bahse konu iki kusursuz sorumluluk haline yer verilmesinin nedeni de bu sözleşmesel yakınlıktır. Bu nedenle anılan hallerde doğan sorumluluğu da bir *culpa in conrahendo* sorumluluğu olarak nitelemek gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiile ilişkin düzenlemeleri arasında yer alan kusursuz sorumluluk hallerini bir kenara bırakacak olursak, yetkisiz temsilcinin sorumluluğunu takiben karşılaşılan bir diğer kusursuz sorumluluk düzenlemesi TBK m. 116'da borçlunun ifa yardımcısının fiillerinden sorumluluğu altında yer almaktadır. İki yönlü bir düzenleme olan TBK m. 116'da sadece borcun ifası değil, bir hakkın kullanılması sırasında da yardımcılarından yararlanan kişinin, bu yardımcıların verdiği zararlardan kusursuz sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Borçlunun, bir başkasının hareketlerinden dolayı sorumlu tutulmasının gerekçesi, özellikle borcun ifası söz konusu olduğunda, alacaklının müdahale edip denetim yapmasının beklenemeyeceği bir alanda gerçekleşen ihlal karşısında alacaklıyı koruma güdüsüdür. Bunun yanında ifa yardımcısı niteliğindeki kişilerin ifa sürecine katılması ile borçlunun iş kapasitesi ve gelir elde etme olanağı da artacağından, ifa yardımcısı kullanmanın nimetinden faydalanan borçlunun külfetine de katlanmasını beklemek makuldür.⁸⁴

Kusursuz sorumluluğun esas olduğu bir başka durum ise kanunda yasal garanti sorumluluğunun düzenlendiği hallerdir. Bu kapsamda anılabilecek durumlar ise ivazlı bir alacak devrinde alacağını devreden sorumluluğu ile satış sözleşmesinde satıcının zapt ve ayıp sebebiyle sorumluluğudur. Gerek alacak devrinde gerekse satış sözleşmesinde kanun koyucu, belirli zarar kalemleri için devreden/satıcının kusurundan bağımsız bir tazminat sorumluluğu öngörmüştür. İvazlı alacak devrinde devreden sorumluluğu açısından kusursuz sorumluluğun tercih edilme sebebi kuşkusuz devir konusunun bir "alacak" olmasıyla yakından ilgilidir. Kanun koyucu bu yasal garanti sorumluluğu ile, "gözle görülemeyen ve geçmişte de bilinemeyecek olan" alacak haklarının alıcısının güvenini özel olarak korumayı hedeflemiştir.⁸⁵ Satıcının zapttan ve (dönme haline özgü olarak) ayıptan dolayı kusursuz sorumluluğunda ise alıcının, uğradığı doğrudan zarar karşısında satıcıya karşı daha korunmaya değer bir konumda olduğu fikri itici güç olmuştur. Zira satıcı sattığı malın çalıntı veya ayıplı olduğunu bilebilecek bir durumdadır⁸⁶ veya en azından alıcıya kıyasla bunu bilmeye en yakın kişidir. Ancak

83 **Murat M. İnceoğlu**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009, s. 463.

84 **Serozan**, İfa Engelleri, s. 285, N. 3.

85 **Rona Serozan/Başak Baysal/Kerem Cem Sanlı**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2018, N. 643; **Baki İlkay Engin**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002, s. 56.

86 Zapt açısından bu yönde bkz. **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 615. Ayıp için bu yönde bir çıkarım yapılması mümkün değildir; zira günümüzde çoğu zaman satıcı, satılan ürünün üreticisi olmayacaktır. Dolayısıyla bu ayıpları bilebilecek durumda

yine de bu hallerde kusurdan bağımsız olarak tazmin edilmesi gerekecek zararın niteliği yönünden de bir sınır getirilmiş olduğuna dikkat etmek gerekir.

Sözleşmesel sorumluluk rejiminde kusurun aranmadığı bazı durumlarda ise, kanunda düzenlenen belirli koşullar altında, borçlunun beklenmeyen halden dahi sorumlu olacağı öngörülmüştür. Borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulacağı ilk hal genel hükümler çerçevesinde temerrüt durumuna ilişkin olarak düzenlenmiş; ödünç ve saklama sözleşmelerinde de benzer bir sorumluluğa yer verilmiştir. Temerrüde ilişkin TBK m. 119(1) düzenlemesi uyarınca, temerrüde düşmüş olan borçlu, bir beklenmeyen hal nedeniyle zarara uğrayan alacaklının bu zararını tazmin etmek zorundadır. Borçlunun ortaya çıkan zarara kusuruyla yol açmamış olması, bu sorumluluğu ortadan kaldırmaya yetmez. Bu sorumluluktan kurtulabilmek için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını veya borcunu zamanında ifa etse dahi alacaklının zarara uğrayacağını ispat etmesi gerekir. Ödünç ve saklama sözleşmelerinde de kanun koyucu benzer bir yol izlemiştir; ödünç alınanın sözleşmeye ya da amacına aykırı kullanımı/başkasına kullandırılması ile saklananın izinsiz kullanımını takiben ortaya çıkacak beklenmeyen hallerde borçluyu zarardan sorumlu tutmuştur. Bu sorumluluktan kurtulabilmek için kanunda yasaklanan davranıştan kaçınılmış olsa dahi söz konusu zararın yine de doğacağını borçlu tarafından ispatı gerekecektir. Dikkat edileceği üzere borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulduğu bu durumlarda, borçlu beklenmeyen hal öncesinde borcuna aykırı bir davranışta bulunmaktadır. Bu aykırılık temerrüt durumunda gecikme görünümünde; ödünç ve saklama sözleşmeleri özelinde ise bu sözleşmeler uyarınca iadesi gereken bir malın yasaklanan şekilde kullanılması olarak karşımıza çıkar. Beklenmeyen hal nedeniyle doğan zarardan sorumluluk, adeta beklenmeyen halden önce vuku bulan borca aykırı davranışın uzantısı niteliğindedir. Kanun koyucunun neden bu şekilde bir tavır takındığı kolaylıkla tahmin edilebilir. Şöyle ki borçlunun borca aykırı davranışının etkileri sürerken ortaya çıkan beklenmeyen halden doğan zarara alacaklının katlanmasını beklemek adil olmaz. Kaldı ki borçlu açısından bakılacak olduğunda, bu borca aykırılık hiç yaşanmasa bile zararın doğacağını ispat etmek, diğer bir deyişle borca aykırılık ve zarar arasındaki nedensellik bağıını ortadan kaldırarak sorumluluktan kurtulmak da mümkündür. Yine temerrüt durumuna özgü bir diğer sorumluluktan kurtulma yöntemi de, borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ispat edebilmesinden geçer. Zira eğer beklenmeyen halden sorumluluğun borca aykırılığın uzantısı olduğu kabul edilirse, borçlunun kendi kusuru olmayan bir borca aykırılık (gecikme) nedeniyle yaptırma tabi tutulması anlamlı olmayacaktır. Ödünç ve saklama sözleşmeleri açısından ise bu şekilde bir sorumluluktan kurtulma imkanı sayılmamıştır. Zira bu iki sözleşme tipinde beklenmeyen halden sorumluluğun doğmasına sebep olan yasaklı eylemler (ödünç alınanın sözleşmeye/amaca aykırı kullanımı ya da başkasına kullandırılması veya saklananın izinsiz kullanımı), iade borçlusunun kusuru bulunmaksızın sergileyebileceği davranışlar değildir.⁸⁷

Öte yandan borçlunun beklenmeyen halden sorumlu tutulduğu her hali önceleyen bir borca aykırılık bulunmayabilir. Örneğin konaklama yeri işletenin, konaklayanın eşyasının beklenmeyen hal sebebiyle zarara uğraması durumunda sorumlu tutulması buna bir örnektir. Konaklama yeri

olması da her zaman mümkün değildir. Fakat yine de tedarikçisinden mal satın alıp sonra da satarak kazanç elde eden kişinin, bu malı kendisinden satın alan alıcı karşısında daha fazla korunmayı hak ettiğini de kabul etmek gerekir.

87 Aksi görüş için bkz. **Pekmez**, s. 502.

işletenin yasaklı bir davranışta bulunmamış olmasına rağmen sorumluluğunun bu şekilde katı düzenlenmesi de kuşkusuz konaklama yeri işletme ediminin niteliğinden kaynaklanır. Şöyle ki konaklayanlar, konaklama yerinde çalışan kişilerin buradaki görevleri sebebiyle odalarına girip çıkmalarını kesin olarak engelleyebilecek, dolayısıyla da eşyalarını her an koruyabilecek imkanlara sahip değildir. Kanun koyucu bu nedenle eşyaya gelecek zararı, bu zararın doğumuna konaklayanın, bir mücbir sebebin veya eşyanın niteliğinin yol açtığını ispat edemeyen konaklama yeri işleten üzerinde bırakmayı uygun görmüştür.⁸⁸

Son olarak değinilmesi gereken bir diğer kusursuz sorumluluk hali de yine borç ilişkisine konu edilen edimin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Çeşit borcu ve para borçları hiçbir zaman imkansızlaşmayacaklarından, borçlunun edimin niteliğinden doğan bir garanti sorumluluğu olduğu söylenebilecektir.⁸⁹ Pek tabii bu kuralın geçerli olabilmesi için hasarın hala borçluda olması da gerekir. Çeşit borcunun imkansızlaşmaması nedeniyle, borçlu borcunu borç konusu çeşit yeryüzünden silinmediği sürece ifa etme imkanına sahip olacaktır. Ancak taraflar sözleşmelerinde sınırlı çeşit borcu belirleyerek bu sorumluluğu da sınırlandırabileceklerdir.⁹⁰ Para borcunun imkansızlaşması da yine aynı sebeplerle mümkün değildir. Dolayısıyla bu iki borç söz konusu olduğunda borçlu hala ifa ile yükümlü olduğundan, bir tazminat talebiyle de karşılaşılacaktır. Bunun yanında para borçlarında temerrüt durumunda temerrüt faizinin talep edilmesi için de borçlunun temerrüde kusuruyla düşüp düşmediği araştırılmaz. Zira borçlu para borcunun ifasında kusursuz olarak gecikmiş olsa da, zamanında ödeme yapmayarak alıkoyduğu paradan yararlanmıştı.

Yukarıdaki açıklamalardan da görülebileceği üzere sözleşmesel sorumluluk alanında karşılaşılabilecek tüm bu kusursuz sorumluluk örneklerinde kanun koyucunun genel kuraldan ayrılarak daha katı bir rejim benimsemesinin ardında bunu gerektiren özel bir sebep yer almaktadır. Bu kimi zaman sözleşmenin niteliğinden (ödünç, saklama gibi sözleşmelerde olduğu gibi), kimi zaman borçlanılan edimin niteliğinden (çeşit borcu ile para borcunun konusu oluşturduğu edimlerde, alacak devrinde ivaz karşılığı alacağını devredenin garanti sorumluluğunda veya konaklama yeri işletenin sorumluluğunda olduğu gibi), kimi zaman edimin ifa edilme sürecine başka kişilerin katılmasından (yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluk söz konusu olduğunda) veya borca aykırı davranışın niteliğinden (satış sözleşmesinde satıcının ayıp ve zapttan doğan sorumluluğunda olduğu gibi) kaynaklanabilir. Özetle tüm bu hallerde kanun koyucunun genel kuraldan ayrılmasını tetikleyen bir ihtiyaç vardır. Çalışmamızın bu bölümünde incelenecek olan da, taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşması yapıldığında böyle bir ihtiyaçtan bahsetmenin mümkün olup olmadığıdır. Ancak daha öncesinde yukarıda anılan kusursuz sorumluluk hallerinin mevcut olduğu kimi durumlarda ceza koşulunun nasıl bir işlev göstereceğine değinilecektir.

88 **Ş. Barış Özçelik**, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi Veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 2284-2285. Bununla beraber kanun koyucunun TBK m. 576(2) ile, bu kusursuz sorumluluk hali açısından bir sınır getirdiği de gözden kaçırılmamalıdır.

89 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 538; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 81, N. 7 ve s. 97, N. 3.

90 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 541-542; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 32 ve 1805.

B. CEZA KOŞULUNUN MUACCEL OLDUĞU KUSURSUZ SORUMLULUK HALLERİNE İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

1. Para Borcunda Temerrüt

Bir para borcunda temerrüde düşen borçlunun, temerrüde düşmekte kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, temerrüt faizi ödeme borcu doğacaktır. Ancak taraflar sözleşme ile bu para borcunun ödenmesinde gecikme durumunda muaccel olacak bir ceza koşulu kararlaştırmış olabilirler. Böyle bir durumda, borçlunun yine ceza koşulunu ifa etmesi talep edilebilmelidir. Hal böyle olmakla birlikte, bu şekilde bir sonuca varılabilmesi için öncelikle para borçları için ceza koşulu kararlaştırılabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir.⁹¹ 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminden bu yana süren bu tartışmanın temellerinin bugün, eskiye göre daha sağlam olduğu söylenebilir. Bunun sebebi ise bugün yürürlükte olan TBK m. 120 uyarınca sözleşme ile belirlenebilecek temerrüt faizi açısından bir sınır getirilmiş olmasıdır. Tarafların sözleşme ile bu sınırı aşan bir ceza koşulu belirlemeleri ise, TBK m. 120'nin dolanılması endişesini beraberinde getirmektedir.⁹² Eğer bu endişe haklı bulunacak olursa, para borçları açısından ceza koşuluna izin verilebilecek hallerin, TBK m. 120'de getirilmiş olan temerrüt faizi sınırlamasının uygulama alanı bulmayacağı, tacirler arası işlemlere özgülenmesi gerekir. Ancak tacirler arası işlemler açısından bir faiz sınırlaması olmaması sebebiyle tarafların bir ceza koşulunda anlaşmaktansa, diledikleri oran üzerinden bir temerrüt faizi belirlemeleri çok daha muhtemeldir.

2. Konaklama Yeri İşletenin Sorumluluğu

Konaklama yeri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından TBK m. 576 uyarınca herhangi bir kusurları olmasa da sorumlu tutulmuşlardır. Diğer bir ifadeyle burada borçlunun kusursuz sorumluluğu beklenmeyen hallere ilişkindir.⁹³ İşletenin konaklayanın eşyalarını koruma borcunu gereği gibi ifa edememesi şartına bağlı bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa; beklenmeyen hal sebebiyle zarara uğrayan eşyanın sahibi, konaklama yeri işleten kusursuz dahi olsa bu ceza koşulunun ifasını talep edebilecektir. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen işleten, zararın (i) bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, (ii) mücbir sebepten ya da (iii) eşyanın niteliğinden

91 Bu yöndeki tartışmalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1571; **Ekinci**, Ceza Koşulu, s.38 vd.; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s.23 vd. Para borçlarında ceza koşulunun kararlaştırılmayacağına ilişkin olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde verilmiş kararlar, bu dönemde taraflarca kararlaştırılabilecek temerrüt faizine üst sınır getiren bir düzenleme olmaması sebebiyle eleştirilmektedir, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 343-344; **Saba Özmen/Türkan Aktaş**, "Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı:1, 2018, s. 47.

92 818 sayılı eski Borçlar Kanunu dönemine ilişkin olarak aynı yönde açıklamalar için bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 68. Yürürlükteki Türk Borçlar Kanunu açısından aynı yönde bkz. **Günay**, s. 22; **Kabaklıoğlu Arslanyürek**, s. 25.

93 Buradaki beklenmeyen halden sorumluluk, temerrüt halindeki veya ödünç ve saklama sözleşmelerindeki beklenmeyen halden sorumluluktan ayrılmaktadır. Zira gerek temerrüt gerekse ödünç/saklama sözleşmelerinde beklenmeyen halden sorumlu tutulan borçlu, daha öncesinde zaten borcuna aykırı davranmıştır. Bu nedenle, örneğin temerrüt halinde, borçlunun sorumluluğunun beklenmeyen hal yanında mücbir sebebi de kapsayacağı ifade edilmektedir, **BSK/Wiegand**, Art. 103, N. 12; **Oğuzman/Öz**, C. I, N. 1594; **Eren**, Genel Hükümler, s. 1133. Kanımca aynı sonuca ödünç ve saklama sözleşmeleri açısından da varılabilir.

doğduğunu ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilecektir. Bu sayılan hallerden birinin mevcut olduğunu ispat edemeyen kusursuz işletenin sorumluluğu, çalışanlarının da bir kusuru bulunmadığı sürece, konaklayanlardan her biri için günlük konaklama ücretinin üç katını aşamayacaktır. Bu durumda kusursuz borçludan talep edilebilecek olan ceza koşulu da, daha yüksek belirlenmiş olsa dahi, kanunda getirilen üst sınırı aşamayacaktır. Belirlenen ceza koşulunun bu sınırı aşması halinde ise ceza koşulunun fahiş olması sebebiyle değil; eksik geçerlilik sebebiyle kanunun öngördüğü sınıra indirilmesi gündeme gelecektir.

3. Satış Sözleşmesinde Satıcının Ayıp ve Zapttan Sorumluluğu

Sözleşmesel sorumluluk rejimi çerçevesinde borçlunun kusurlu olmaksızın sorumlu tutulabileceği hallerden bir diğeri de, ayıplı mal satan satıcının, kendisine karşı sözleşmeden dönme hakkını kullanan alıcının doğrudan zararlarını tazmin etme borcudur (TBK m. 229). Satıcının ayıptan sorumluluğuna çok benzer bir diğer düzenleme ile zapta karşı sorumlulukta da karşılaşmaktadır. Tam zapt halinde satış sözleşmesi kendiliğinden sona ermiş sayılacak⁹⁴ ve hiçbir kusuru olmasa bile satıcı, alıcının doğrudan zararlarını tazmin etme borcu altında olacaktır (TBK m. 217). Özetle satıcı kusursuz bile olsa, ayıplı ifada sadece alıcının sözleşmeden dönmesi üzerine veya satış konusu malın, üstün hak sahibi üçüncü bir kişi tarafından alıcının elinden alınması ihtimalinde ise her halde, alıcının uğradığı doğrudan zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır. Ayrıca ayıp hali açısından bakıldığında, ayıplı ifanın muhatabı olan alıcıya kanunda tanınmış seçimlik hakların kullanılabilmesi de yine satıcının kusurundan bağımsızdır.⁹⁵

O halde ayıplı ifa ve/veya malın zapt edilmesi durumuna özgü bir ceza koşulunun öngörülmüş olması halinde, ayıplı veya zapt tehlikesini bilmeyen/bilebilecek durumda da olmayan – kusursuz – satıcının ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olup olmadığını tartışmak gerekir. Alıcının ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kusursuz satıcıya karşı ileri sürebileceğinde şüphe yoksa da, dönme dışındaki haklarından biri yanında tazminat talep edebilmesi, satıcının kusurlu olması şartına bağlıdır. Zira ayıplı ifa karşısında alıcının hakları düzenlenirken, tazminat talebi için genel hükümlere atıf yapılmıştır (TBK m. 227(2)). Bu atıf sayesinde alıcı ayıba bağlı seçimlik haklarını kullanırken veya bunları hiç kullanmadan, genel hükümler çerçevesinde tazminat talebinde bulunabilir.⁹⁶ Ancak kanun koyucu sözleşmeden dönme haline özgü bir düzenleme getirmiş ve kusursuz olsa dahi satıcıyı, alıcının uğradığı doğrudan zararlardan sorumlu tutmuştur. Bu durumda kusursuz satıcıdan ceza

94 Kullanılan “kendiliğinden sona erme” ifadesinin ve bu kapsamda satıcının zapttan sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin bir eleştirisi için bkz. **Yeşim M. Atamer**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (ed. Mehmet M. İnceoğlu), İstanbul, 2012, s. 218 vd.

95 Satıcının zapttan sorumluluğu çerçevesinde alıcının ayıp düzenlemesindeki gibi seçimlik haklara sahip olmamasının eleştirisi için bkz. **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 219 vd.; **Yeşim M. Atamer/Zahide Altunbaş Sancak**, “Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?”, Prof. Dr. Türkan Rado Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 101 vd.

96 Eser sözleşmesi açısından, ayıplı ifa muhatabı iş sahibinin de genel hükümler çerçevesinde tazminat talep etmesi mümkündür.

koşulunun talep edilip edilemeyeceği hususunda, alıcının seçimlik haklarından hangisini kullanacağı önem arz edecektir.

a. Ayıba Bağlı Seçimlik Haklardan Dönme Hakkı Dışındakilerden Birinin Kullanılması

Satıcı ayıplı ifa nedeniyle ceza koşulu taahhüdünde bulunduysa, dönme dışındaki haklarından birini kullanan veya ayıp sebebiyle sahip olduğu hakları hiç kullanmayan alıcının ceza koşulunun ifasını isteyebilmesi için, satıcının genel hükümlere göre sorumlu tutulabilmesi gerekir. Bu da borçlunun kusurlu olması şartına bağlıdır.⁹⁷ Ayrıca öğretide bir görüşe göre taraflar arasında, TBK m. 179(1)'deki yedek hükümden ayrılarak, ifa yanında talep edilebilecek bir ceza koşulu anlaşması yapılması da aranmalıdır.⁹⁸ Zira dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanan veya hiçbir seçimlik hakkını kullanmasa dahi malı teslim alan alıcı, ifayı kabul etmiş olduğundan seçimlik olarak kararlaştırılan (bu yönde bir kararlaştırma olmasa da TBK m. 179(1) uyarınca öyle olduğu varsayılan) bir ceza koşulunu talep edemez.⁹⁹ Özetle bu görüşe göre, TBK m. 179(1)'deki yedek hükmün aksi yönünde bir kararlaştırma yapılmamışsa, ceza koşulunu talep edebilmenin tek yolu, ayıplı malı iade etmek olacaktır. Bir diğer görüş ise alıcının hem ifayı kabul edebileceğini hem de ceza koşulunu talep edebileceğini savunur. Ancak bu defa da ceza koşulunu talep eden alıcı, ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Zira bu görüşteki yazarlar, aksi yönde bir kararlaştırma olmadıkça, bunun TBK m. 179(1)/İsvBK m. 160(1) yasağını ihlal edeceği görüşündedir.¹⁰⁰

Bununla beraber öğretide alıcının edimin ifası ve ceza koşulu ya da ayıba bağlı seçimlik haklar ve ceza koşulu arasında bir tercih yapmak zorunda bırakılmasının sebebinin, "seçimlik ceza koşulu" kavramının doğru anlaşılabilmesi olduğu da isabetli olarak savunulmaktadır.¹⁰¹ Bu görüşe göre TBK m. 179(1)/İsvBK m. 160(1) uyarınca ifa ve ceza koşulu taleplerinin seçimlik olduğunun kabul edilmesi gereken hallerde, asıl olarak hedeflenen tek bir borca aykırılık sonucunda aynı menfaatin tatminini amaçlayan iki yaptırıma hükmedilmesinin önüne geçmektir.¹⁰² Bu tür durumlarda ifa ve ceza koşulunun veya ifa yerine geçen bir tazminat ve ceza koşulunun birlikte talep edilmesi mümkün değildir. Söz gelimi, borçlunun ediminin ifasını kusurlu olarak imkansızlaştırması bu duruma bir örnek olabilecektir. Seçimlik ceza koşulu söz konusu olduğunda imkansızlaşan edim yerine geçen tazminat ve ceza koşulundan birinin tercih edilmesi gerekir. Ancak ayıplı ifaya bağlı ceza koşulunda, alıcı satıcıyı ayıpsız ifaya güdülemek istemekte ve ayıplı ifada bulunulması halinde, ifa menfaatini

97 Eser sözleşmesi açısından aynı yönde bkz. **Gauch**, N. 2529.

98 **Yağcıoğlu**, s. 195-196.

99 **Yağcıoğlu**, s. 195 (Yazar, ifayı kabul etmenin her zaman alıcının ifayı tercih ettiği anlamına gelmeyeceğini belirterek; aksi yönde bir sonuca varılacak olması halinde alıcıya borç konusu malı iade ederek, ceza koşulunu talep etme hakkı tanınması gerektiğini de savunmaktadır); **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1593, dn. 423 (Onarım, ayıpsız benzeri ile değiştirme ve bedel indirimi haklarının ceza koşulu yanında kullanılabilmesi için tarafların bu hususta anlaşmış olması gerektiği ifade edilmektedir).

100 Eser sözleşmesinde bedelden indirim hakkının kullanılması/tazminat talebi ve ceza koşulu ilişkisi açısından bu yönde bkz. **Gauch**, N. 2530 ve **Couchepin**, La clause pénale, N. 1374.

101 **Vedat Buz**, "Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung", Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2017, s. 495.

102 **Ostendorf**, s. 978; **Dimitri Santoro**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern, 2001, s. 14; **Buz**, Konventionalstrafe, s. 495.

değil ayıba bağlı olarak oluşan zararların tazminini güvenceye almayı amaçlamaktadır. Bu nedenle esasen ifayı kabul eden ancak onarım veya ayıpsız benzeri ile değişim ya da bedelde indirim isteyen alıcı, tercih edeceği hakkın yanında ceza koşulunu da talep edebilecektir.¹⁰³ Önemle belirtmek gerekir ki bu görüş çerçevesinde tarafların ifa yanında ceza koşulu talep edileceğine ilişkin bir anlaşma yapmaları da gerekmez. Alıcı seçimlik hakları yanında tazminat talep edebileceğine göre, bu tazminat yerine geçecek ceza koşulunu da talep edebilmelidir.¹⁰⁴

b. Ayıba Bağlı Seçimlik Haklardan Dönme Hakkının Kullanılması

Alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanması halinde ise öncelikle dönmenin sözleşmeye etkisinden bahsetmek gerekecektir. Yargıtay kararlarında benimsenen yaklaşım, dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldıracağı yönündedir. Bu yaklaşım kabul edilecek olursa, ortadan kalkan sözleşmeye bağlı bir anlaşma olan ceza koşulunun ifasının da artık talep edilememesi gerekir.¹⁰⁵ Alıcının bu halde dahi ceza koşulu talep edebilmesinin tek yolu, sözleşmede bunun taraflarca kararlaştırılmış olmasıdır. Diğer taraftan, kanımca daha isabetli olarak dönmenin sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmadığı, sadece bir tasfiye ilişkisine dönüştürdüğü ve bu tasfiyenin de sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılacağı görüşü¹⁰⁶ kabul edilecek olduğunda, ceza koşulunun talep edilmesi önünde bir engel kalmamaktadır. O halde satıcının kusursuzluğunun ceza koşulunun talep edilebilirliğine etkisini incelerken de, sözleşmeden dönme açısından belirlenecek görüşe göre bir ayrıma gidilmesi gerektiği söylenebilir.

Alıcının dönme hakkını kullanması ve dönmeye rağmen ceza koşulunun talep edilebileceği durumlarda (taraf iradeleri bu yönde uyuşmuşsa veya dönmenin sözleşmeyi ortadan kaldırmayacağı görüşü benimsenirse), ceza koşulunun talep edilmesine herhangi bir engel yoktur.¹⁰⁷ Ancak satıcının ayıplı ifade kusursuz olması halinde, satıcıdan bu ceza koşulunun ancak doğrudan zararı karşılayacak kadar kısmının talep edilebilmesi mümkün olmalıdır. Ceza koşulu olarak belirlenen miktar, alıcının

103 **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497. Ancak gereği gibi ifa etmeme durumunda, ifa yanında talep edilebilecek tazminat ve ceza koşulu, bu iki yaptırımın aynı menfaati tatmin ediyor olması nedeniyle, birlikte talep edilemeyecektir, **Ostendorf**, s. 978.

104 TBK m. 179(2)/İsvBK m. 160(2)'da ifa yanında ceza koşulu talep edilmesine imkan tanınan borca aykırılık çeşitleri arasında gereği gibi ifa etmemenin sayılmamış olmasının, editoryal bir hatadan kaynaklandığı ve kanun koyucunun gerçek iradesini yansıtmadığı yönünde bkz. **Buz**, Konventionalstrafe, s. 493 vd. Karş. BGB § 340 ve 341: Alman hukukunda ifa etmeme hali için seçimlik; gereği gibi ifa etmeme hali için ise ifa yanına eklenen ceza koşulunun talep edilebileceği düzenlenmektedir.

105 İlgili Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 23.HD., 11.3.2019, 4618/941 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 25.1.2016, 5933/382 (Kazancı veritabanı); Yarg. 23. HD., 5.5.2015, 8053/3272 (Kazancı veritabanı); Yarg. 23. HD., 25.11.2014, 2171/7539 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 8.9.2014, 3312/4996 (Kazancı veritabanı); Yarg. 15. HD., 10.3.2010, 1586/1330 (Kazancı veritabanı). Bu görüşte bkz. **Oğuzman/Öz**, C.II, N. 1585; **Yağcıoğlu**, s. 195; **Kapanıcı**, Sözleşme Cezası, s. 679.

106 Yeni dönme teorisi için bkz. **Rona Serozan**, Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s. 73 vd.; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 236 vd., N. 18; **Vedat Buz**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014, s. 123 vd.; **BSK/Wiegand**, Art. 109, N. 5 vd.

107 Haklı olarak sözleşmeden dönme halinde ceza koşulunun her şekilde talep edilebileceği yönünde **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497 vd. Kanımca da sözleşmede ayıplı ifaya ilişkin bir ceza koşulu belirlenmiş olması durumunda, bu ceza koşulunun alıcının tercih edeceği seçimlik haktan bağımsız olarak ayakta kalması gerekir.

doğrudan zararını aşıyorsa, bu aşan kısım kusursuz satıcıdan talep edilememelidir.¹⁰⁸ Diğer bir deyişle bu defa alıcı, ceza koşulu kararlaştırılmamış bir sözleşmeye taraf olmuş gibi, sadece gerçekten uğradığı doğrudan zararın tazminini talep edebilecek ve ceza koşulunun olağan korumasından fayda sağlayamayacaktır. Zira kanun koyucu sadece belirli tipte bir zarar için kusursuz borçluyu sorumlu tutmuştur ve alacaklının talepleri – eğer mevcutsa – sadece bu nitelikteki zararın telafisi ile sınırlı olmalıdır. Ancak genel hükümler çerçevesinde, kusursuzluğunu ispat külfetinin de satıcıya ait olacağı unutulmamalıdır.

c. Tam Zapt Halinde Sözleşmenin “Kendiliğinden Sona Ermesi” ve Kısmi Zapt

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere, alıcının elindeki malın bir üçüncü kişi tarafından zapt edilmesi sebebiyle uğrayacağı doğrudan zararlar açısından da kusursuz sorumluluk esası benimsenmiştir. Satıcının zapttan kaynaklanan sorumluluğunun, ayıptan ayrı bir şekilde değerlendirilmesinin sebebi, kanun koyucunun bu defa alıcıya seçimlik bir hak tanımamış olmasıdır. Ayıplı ifanın muhatabı olan alıcının ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanması üzerine ortaya çıkan kusursuz sorumluluk, tam zapt durumunda kendiliğinden ortaya çıkar. Zira kanunda, tam zapt halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği düzenlenmiştir.

Bölümsel zapt halinde ise, temel yaptırım tazminattır. Ancak TBK m. 218(2) uyarınca, alıcının satılandaki bu durumu bilseydi onu satın almayacağını anlaşılması halinde, alıcıya hakimden sözleşmenin sona ermesine karar vermesini talep imkanı tanınmıştır. Gerek tam zapt durumundaki kendiliğinden sona erme gerekse bölümsel zaptta hakimın sözleşmenin sona ermesine karar vermesi halleri hukukumuzda yabancı ifade seçimleridir. Esasen bu belirtilen durumlarda da sözleşmeden dönmeden bahsedildiğinin kabulü gerekir.¹⁰⁹

Yukarıda açıklandığı üzere dönme hakkının kullanılmasının sözleşme ve dolayısıyla ceza koşulunun talep edilebilirliği üzerindeki etkisi tartışmalıdır. Yargıtay içtihatları dönme hakkının kullanılmasının aksi yönde bir kararlaştırma söz konusu olmadıkça ceza koşulunu talep etme imkanını ortadan kaldırdığı yönündedir.¹¹⁰ Ancak özellikle tam zapt durumunda dikkat çeken nokta, sona ermenin alıcıya sunulan bir imkan olmamasıdır: Sözleşme – alıcının ne istediğinden bağımsız olarak – kendiliğinden sona erer. O halde gereği gibi ifa edilmeme hali için taraflar arasında bir ceza koşulu anlaşması yapılmışsa, gereği gibi ifaya engel olan durumun tam zapt olması üzerine sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi, ceza koşulu açısından olumsuz bir durum yaratacaktır. Zira bu sona erme, alıcının ceza koşulu anlaşması yönündeki iradesini de etkisiz kılacaktır. Dönmenin sözleşme üzerindeki etkisine ilişkin Yargıtay içtihatlarında değişiklik olmaması durumunda, bu sorunu aşabilmek adına zapt halinde taraflar arasında sözleşme ortadan kalksa dahi ceza koşulunun talep edilebileceği yönünde örtülü bir anlaşma olduğunun kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak zapttan

108 Gerek doğrudan gerekse dolaylı zararların tazmini talebi ile ceza koşulu aynı menfaati tatmin etmeye yönelik olduğundan, bu iki kalemin birlikte talep edilmesi kanımca mümkün değildir. Bu yönde bkz. **Buz**, Konventionalstrafe, s. 497. Karşı görüş için bkz. **Kapanıcı**, Sözleşme Cezası, s. 678-679.

109 **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 635.

110 Bu yönde karar örnekleri için bkz. dn. 105.

sorumlu olan satıcının kusurlu olmaması halinde, ayıpta dönmeye ilişkin açıklamalarda da belirtildiği üzere, ceza koşulu olarak ne belirlenirse belirlensin ancak doğrudan zarara karşılık gelen kısmı talep edilebilecektir.

Bölümsel zaptta sözleşmenin sona ermesinin talep edilemeyeceği bir kurguda hükmedilecek tazminat yaptırımının kusurla ilişkisi ise tartışmalıdır. Ancak öğretilerde doğrudan ve dolaylı zarar ayırımının burada da geçerli olacağı ve kusursuz satıcının yine alıcının doğrudan zararını karşılamakla yükümlü olduğu savunulmaktadır.¹¹¹ Bu çerçevede bölümsel zaptın gerçekleşmesi halinde muaccel olacak bir ceza koşulu kararlaştırılmışsa, borçlunun kusursuz olması halinde ceza koşulunun sınırını yine doğrudan zarar miktarı oluşturur.

C. KUSURSUZ SORUMLULUK YARATAN HALLER ARASINDA CEZA KOŞULU ANLAŞMASINA YER VERMEYE İHTİYAÇ OLUP OLMADIĞI

Bilindiği üzere ceza koşulu anlaşmasının kural olarak herhangi bir sözleşmedeki herhangi bir edime ilişkin olarak yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Kanun koyucunun bir ceza koşulu anlaşması yapılmasını yasakladığı düzenlemeler istisna niteliğindedir. Örneğin TBK m. 346 uyarınca konut ve çatılı işyeri kiralarında kira bedelinin ödenmemesi hali için ceza koşulu kararlaştırılması mümkün değildir; TBK m. 420 uyarınca hizmet sözleşmesinde sadece işçi aleyhine getirilen ceza koşulu geçersiz olacaktır; TMK m. 119¹¹² uyarınca nişanlanma sırasında evliliğin gerçekleşmemesi durumu için yapılan ceza koşulu anlaşmasının ifası talep edilemeyecektir. Bu hükümler yanında ceza koşulu anlaşmasını tümünden yasaklamayan ancak belirli bir tutara kadar izin veren kanuni düzenlemeler de mevcuttur. Taksitle satışlara ilişkin TBK m. 260(2) ile 271(3) bu sınırlamalara örnek gösterilebilir. Ancak bu tip istisnai düzenlemeler dışarıda bırakılacak olursa, herhangi bir sözleşmede, herhangi bir edimle ilgili olarak ceza koşulu anlaşması ile karşılaşılabilir. Bu nedenle sadece sözleşme niteliğinden veya bu sözleşme ile borçlanılan edimin türünden yola çıkarak ceza koşulu anlaşmasının kusursuz sorumluluk düzenlemesi gerektiren unsurlar barındırdığını söylemek güçtür.

Sözleşmenin niteliğinin kusursuz sorumluluk düzenlemelerini haklı kılabilmesine ilişkin olarak yukarıda verilen ödünç ve saklama sözleşmeleri örneklerinde, önemli olan ödünç alınanın/saklananın sözleşmesel ilişki sona erdiğinde geri verilecek olmasıdır. Bu nedenle ödünç alanın veya saklayanın bu eşyayı kullanımına belirli bir sınır getirilmiştir. Oysa hemen her sözleşmede yer verilebilecek ceza koşulu anlaşması söz konusu olduğunda, borçluyu kusuru olmaksızın da sorumlu tutmayı gerektirecek bir özellik olduğu söylenemez. Bunun gibi konaklama yeri işletenin sorumluluğunda da yine işletenin üstlenmiş olduğu edimin özelliği, eşyalarını yeterince korumaktan aciz konaklayan

111 **Jolanta Kren Kostkiewicz**, Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2016, Art. 196, N. 2; **Heinrich Honsell**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011, Art. 196, N. 2; **Serozan/Baysal/Sanlı**, N. 640; **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s. 95. Aksi görüş için bkz. **Atamer**, Taşınır Satımı, s. 219.

112 Kanımca bu düzenleme esasen ceza koşulu anlaşması yapılmasını yasaklamamakta, ancak ceza koşulu anlaşmasının ifasının talep edilmesini yasaklayarak onu bir eksik borca çevirmektedir.

karşısında işletenin bir dereceye kadar kusursuz olarak sorumlu tutulmasını haklı çıkarmaktadır. Ceza koşulu anlaşmasında ise alacaklının borçlu karşısında zayıf durumda olduğundan bahsedilemez; aksine salt bu anlaşma sayesinde, alacaklı borçlu karşısında daha avantajlı bir duruma kavuşmaktadır.

Benzer şekilde ceza koşulu anlaşması her türlü borca aykırılığa ilişkin olarak yapılabilmektedir. Borçlunun ifada gecikmesi veya dar ya da geniş anlamda gereği gibi ifada bulunmaması hallerinin her biri ayrı ayrı veya birlikte ceza koşulu anlaşmasının konusunu oluşturabilir. Dolayısıyla örneğin satış sözleşmesinde zapt veya ayıp durumunda (dönme haline özgü olarak) alıcının doğrudan zararı nedeniyle satıcının kusursuz olarak sorumlu tutulduğu hallere benzer bir düzenlemenin, tüm ceza koşulu anlaşmaları için geçerli olacağı söylenemez.

Öte yandan borçlunun yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğuna ilişkin kusursuz sorumluluk düzenlemesi getirilirken kanun koyucunun duyduğu kaygının, ceza koşulu anlaşmaları için söz konusu olduğu da iddia edilemez. Nitekim ceza koşulu anlaşması alacaklı lehine sonuçlar doğuran bir anlaşmadır ve yardımcı kişi kullanarak iş kapasitesini ve dolayısıyla gelirini arttıran borçlunun buna bağlı olarak taşınması gereken riskleri yine borçlunun taşınmasının beklenebileceği bir durum mevcut değildir.

Özetle salt ceza koşulu anlaşmasının varlığı, Türk-İsviçre hukukunda hakim olan kusura bağlı sorumluluk ilkesinden ayrılmayı meşru kılamaz. Zira bu ilkenin terk edildiği durumlara için özellikler ceza koşulu anlaşmasının kararlaştırıldığı her durumda sağlanmış değildir. Hatta ceza koşulu anlaşmasının kendine özgü amacının, genel kurala bağlı kalmayı destekleyen bir yanı olduğu dahi ileri sürülebilir. Şöyle ki, bu çalışmanın daha en başında ceza koşulu anlaşmasının amacı hakkındaki düşüncelerde açıklanmış olduğu üzere, alacaklının ceza koşulu anlaşması ile asıl hedefi borçluyu ifaya güdülemektir. Borçlu, üstlenmiş olduğu edimi yerine getirmemesi halinde kendisinden ceza koşulunun ifasının talep edilebileceğinin farkında olduğu için de edimini yerine getirmek konusunda gerekli özveriye göstermeye hazır olacaktır. Bu çerçevede borçlu kendisiyle aynı şartlarda benzer bir kişinin edimini ifa edebilmek için yapması beklenen hazırlıkları yapmalı ve alması gereken önlemleri almalıdır. Bu, ahde vefa ilkesi çevresinde gelişen bir sözleşmesel sorumluluk rejiminde “olması gereken” olduğu gibi, aynı zamanda aksi halde ceza koşulunu ifa etmesi gereken borçlu açısından da tercih edilmesi beklenen senaryodur. Duruma alacaklının bakış açısından yaklaşılacak olduğunda da aslında pek farklı bir sonuca varılmaz. Alacaklı, borçlunun ifayı tehlikeye düşürebilecek durumlara karşı önlem almış olmasını tercih edecektir. Zira ancak bu şekilde ifaya kavuşma ihtimali artacaktır. Ancak borçlu, kendisine hiçbir kusur isnat edilememesine rağmen borcunu ifa edemediğinde dahi ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalacağı bir kurguda, alabileceği önlemleri de almayı ihmal edebilecektir. Bu da esasen borcun ifasını güvenceye almak isteyen alacaklının varmak istediği sonuçtan epey uzaktır. Diğer bir deyişle ceza koşulunun borçlunun kusurundan bağımsızlaştırılması, bu mekanizmanın borçluyu ifaya güdülemesi amacı ile örtüşmemektedir.¹¹³ Ancak yine de taraf iradelerinin bu yönde uyuşması halinde, borca aykırılığın meydana gelmesinde hiçbir kusuru olmayan borçlunun da ceza koşulunu ifa edeceği kararlaştırılabilecektir.

113 Kabaklıoğlu Arslanyürek, s. 58.

Yine de kusuru olmayan borçludan dahi ceza koşulunun talep edilebilmesinin yukarıda açıklandığı şekilde alacaklının esas amacına ters düştüğünü kabul etmeyen; hatta alacaklı için daha güvenli bir durum yarattığını ileri süren görüşler de öğretilerde savunulmuştur.¹¹⁴ Örneğin *Giovanoli*, 1881 tarihli İsviçre Borlar Kanunu'nun ceza koşuluna ilişkin düzenlemesinin bu anlamda yerinde olduğunu ileri sürmüştür. Esasen ceza koşulunun borçluyu daha dikkatli olmaya yöneltici bir etkisi olması gerektiğini kabul eden yazar, bu etkinin ancak kusur sınırlarını aşan bir sorumluluk rejimi ile sağlanabileceği görüşündedir. Bu nedenle borcun ifasına engel olan hiçbir beklenmeyen halin veya en azından 1881 tarihli Kanun'da da benimsenmiş olduğu üzere borçlu şahsında vuku bulan beklenmeyen hallerin ceza koşulunun talep edilmesine engel olmaması gerekir. Ancak yazar yine de mücbir sebep halinde ceza koşulunun talep edilemeyeceğinin de altını çizmiştir.¹¹⁵ Ceza koşulunun talep edilebilirliğinin kusurdan tamamen bağımsızlaştırmaya yönelik görüşler kabul edilecek olursa, tazminat ve ceza koşulu arasındaki farkın derinleşeceğinde şüphe yoktur. Kaldı ki mevcut sorumluluk rejiminde, ceza koşulunu kusurdan bağımsızlaştırma arzusunun temelinde de bu saik yatmaktadır. Ancak ceza koşulunun muacceliyeti için borçlunun sorumlu tutulabilmesinin ve dolayısıyla da kural olarak kusurlu olmasının gerekmesi, ceza koşulunun halihazırda tazminattan çok daha ağır bir yaptırım olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır. Unutulmamalıdır ki, borçludan ceza koşulunu ifa etmesini talep etmek için alacaklının herhangi bir zarara uğramasına gerek yoktur. Dolayısıyla ceza koşulu doğası itibarıyla, daha en başta, zarara uğrayanın zararını telafiyi amaçlayan tazminatın bir adım ötesine geçmektedir.

Ceza koşulu ve tazminat sorumluluğunun doğumu şartları arasındaki bir diğer farklılık da nedensellik bağına ilişkindir. Tazminat hukukunda zarar ve borca aykırı davranış arasında aranan nedensellik bağı, bahis konusu ceza koşulu olduğunda artık aranmayacaktır. Zira zararın mevcut olmaması ceza koşulunun talep edilebilmesine engel değilse, bu zarar ile borca aykırı davranış arasında nedensellik bağının bulunmamasının da bir önemi olmasa gerekir. Önemli olan borçlunun borca aykırı davranmış olması ve kanunda kusursuz sorumluluğun öngörülmüş olduğu haller saklı olmak üzere, borca aykırı bu davranışta kusurlu olmasıdır. Zararından ve buna paralel olarak da nedensellik bağının bulunup bulunmamasından bağımsız olarak ceza koşulunun ifasını talep edebilecek olan alacaklının, bir adım daha ileri giderek, kusuru da olmayan borçludan ceza koşulunu talep edebilmesinin önünü açmanın sağlam bir gerekçesi bulunmamaktadır. Böyle bir sonuca ulaşmanın tek yolu, taraf iradelerinin bu hususta uyuşmasıdır.

Bu aşamada nedensellik bağı ve kusur şartlarının birbirine yakınlaştığı bazı noktalara da temas etmek gerekir. Örneğin mücbir sebep veya beklenmeyen hal kimi zaman borçlunun kusurunun olup olmadığına ilişkin bir tartışmayı, kimi zaman da borca aykırı davranış ve zarar arasındaki nedensellik bağını sorgulamayı gerektirir. Aşağıda bir örnek ile, mücbir sebep olarak nitelenebilecek bir olayın nedensellik bağı ve kusur üzerinde doğurabileceği sonuçları ortaya koymaya çalışacak ve bu sırada ceza koşulu ile tazminatın talep edilebilirliği arasındaki farklılıklara da değinmiş olacağız:

114 *Giovanoli*, s. 146 vd.

115 *Giovanoli*, s. 147-148.

(i) Bir satış sözleşmesinde satıcının (S), tedarikçisine (T) zamanında sipariş vermeyi ihmal ettiğini ve bu nedenle kendisine geç ulaşan malları, 27.07.2020 olarak belirlenen vadeden sonra, ancak 30.07.2020 tarihinde alıcısına (A) teslim edebildiğini varsayalım. Bu teslimat, tarafların aralarındaki sözleşmede açıkça anlaştıkları şekilde, karayolu ile gerçekleştirilmiştir. Alıcı A ise söz konusu malları bir üçüncü kişiye (Ü) satıp, 29.07.2020 tarihinde teslim etmeyi taahhüt etmiştir. A ve Ü arasındaki sözleşmede, A kusurlu olup olmamasından bağımsız olarak, her türlü gecikme için belirli bir ceza koşulu ödemeyi taahhüt etmiştir. S'nin kendi ihmali neticesinde yaşanan gecikme kuşkusuz A'yı da Ü karşısında üstlendiği edimleri ifada geciktirmiştir ve A, bu gecikme sebebiyle kararlaştırılan ceza koşulunu Ü'ye ödeyecektir. Ancak A'nın bu ceza koşulunu, kusuruyla borca aykırı davranan S'den tazminat olarak talep edebileceği açıktır. Zira S kusurlu olarak borca aykırı davranmış ve bu aykırılık nedeniyle A, Ü'ye ceza koşulu ödeyerek zarara uğramıştır.

A ve S arasındaki sözleşmede, S'nin gecikmesi durumu için bir ceza koşulunun kararlaştırılmış olması ihtimalinde de, S yine bu ceza koşulunu ifa etmekle yükümlüdür. Zira S, kusuru ile borca aykırı davranmış ve ceza koşulunun talep edilmesi için gerekli yegane şart da böylelikle sağlanmıştır. Özetle bu örnekte, S'nin tazminat sorumluluğuna gidilebileceği gibi; bu yönde bir anlaşma olması kaydıyla, S'den ceza koşulunu ifası da (seçimlik olarak) talep edilebilir.

(ii) Örneği biraz değiştirerek, 26.07.2020 tarihinde ülke genelinde yaşanan siyasi olaylar sebebiyle deniz ve hava taşımacılığının 2 hafta süre ile durdurulduğunu ve A'nın Ü'ye malları ancak bu iki yoldan biriyle teslim edebileceğini varsayalım. Alıcı A, 29.07.2020 tarihinde malları deniz yoluyla teslim etmeyi taahhüt ettiği Ü'ye karşı borcunu ifa edememiş ve bu sözleşmeden kaynaklanan ceza koşulunu ödemek zorunda kalmıştır (Ü ile yapılan sözleşmelerde, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulundan sorumlu tutulacağı yönünde bir kayıt olduğunu hatırlatalım). Bu örnekte A ve Ü arasındaki ceza koşulu anlaşması uyarınca, gecikmeye bağlı ceza koşulu muaccel olmuş ve bu nedenle A açısından bir zarar doğmuştur. Havayolu ve denizyolu taşımacılığının durdurulmuş olması bir mücbir sebeptir. Bu durum 26.07.2020 tarihinde başlamış olduğuna göre, mallar A'ya S tarafından sözleşmede kararlaştırıldığı gibi 27.07.2020 tarihinde teslim edilmiş olsaydı dahi, A'nın bu malları Ü'ye zamanında teslim edemeyeceği açıktır. Başka bir ifadeyle S'nin borca aykırı davranışı ve A'nın ifada gecikmeye bağlı olarak ödemek zorunda kaldığı ceza koşulu (zarar) arasında nedensellik bağı bulunmamaktadır. Dolayısıyla S, borcun ifasında kusurlu olarak gecikmiş olsa dahi, nedensellik bağı bulunmadığından, A'nın uğradığı zararın tazmini kendisinden istenemeyecektir.

Ancak A ve S arasındaki sözleşmede, S'nin gecikmesi durumu için ceza koşulu öngörülmuş ise, A bu ceza koşulunu S'den talep edebilecektir. Zira havayolu ve deniz yolu ile ulaşımın durdurulmuş olmasının, S'nin borcunu ifa etmesine engel teşkil ettiği söylenemez. Diğer bir ifadeyle S, yine kusuru ile borca aykırı davranmıştır. Öte yandan S'nin gecikmesi ve A'nın zarara uğraması arasında nedensellik bağının olmamasının bir önemi yoktur. Ne de olsa ceza koşulunun talep edilebilmesi için A'nın zarara uğraması dahi şart değildir.

(iii) Son olarak, S'nin tedarikçisine uygun zamanda sipariş vermiş olduğunu ancak ülkede yaşanan siyasi olaylar sebebiyle sipariş vermesinin hemen ardından karayolu ulaşımının da durdurulduğunu

varsayalım. Bu durumda S'nin malların tesliminde gecikmesi onun kusurlu bir davranışından değil, ortaya çıkan mücbir sebepten kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak A'nın Ü'ye ceza koşulu ödemiş olması nedeniyle uğradığı zararın S tarafından tazmin edilmesi söz konusu olmayacaktır. Zira tazminat sorumluluğu için kural olarak S'nin kusuruyla borcuna aykırı davranması gerekir.

Öte yandan A ve S arasındaki sözleşmede, gecikme haline özgü olarak bir ceza koşulu kararlaştırılmış olsaydı da, S bu ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalmayacaktı. Zira ceza koşulunun talep edilebilmesi için de borçlunun ilgili borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi, bir diğer ifadeyle, kural olarak kusurlu olması gerekecektir. Ancak karayolu ulaşımının durdurulmuş olması, S'nin borca aykırı davranmasının esas sebebi olduğundan, borçlunun kusurundan bahsedilemez.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere, salt zarardan bağımsız olmasının ceza koşulunu alacaklı açısından tazminat yaptırımına kıyasla çok daha avantajlı kıldığı açıktır ve alacaklının menfaatinin borçlu ile karşılaştırıldığında daha korunmaya değer olduğu da söylenemez. Bu nedenle borca aykırılıkta kusursuz olması sebebiyle tazminattan sorumlu tutulamayacak borçluyu, ceza koşulundan da sorumlu tutmamak gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki ceza koşulunun kusurdan bağımsızlaştırılması tartışmasını, alacaklının da kusurunun olmadığı ve dolayısıyla alacaklı ve borçlu arasından birini tercih etmek zorunda kalınan gri alanda kalan borca aykırılık halleri üzerinde yürütmek gerekir. Zira taraflar arasındaki anlaşmada, borçlunun kusuru olmasa dahi ceza koşulunu ifa edeceği kararlaştırılmış da olsa, bu anlaşma kendiliğinden borca aykırılığın alacaklıdan kaynaklanması ihtimalini kapsamaz. Hem borca aykırılığa yol açan hem de bu aykırılığa bağlı ceza koşulunu talep eden alacaklı karşısında borçlunun imdadına koşula ilişkin bir düzenleme olan TBK m. 175 yetiştir. Hükmün ikinci fıkrası uyarınca, taraflardan biri koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır. Ceza koşulunun muaccel olması borçlunun borca aykırı davranması geciktirici koşuluna bağlıdır. Alacaklının herhangi bir fiili ile borçlunun borcuna aykırı davranmasına yol açması ise TBK m. 175(2) çerçevesinde değerlendirilecek ve bu durumda da koşul gerçekleşmemiş sayılacaktır.

SONUÇ

Ceza koşulu anlaşması ile amaçlanan borçluyu ifaya güdülemek ve buna rağmen borcunu ifa etmemiş olan borçlunun tazminat sorumluluğunun kapsamını baştan belirlemektir. Ceza koşulunun bu amaçlardan hangisini merkezine oturttuğu konusu tartışmalı olabileceksede, kesin olan ceza koşulu anlaşmasıyla tarafların bu iki koşulu birlikte hedeflemesidir.

Özellikle borçlunun ifaya güdülenmesi için ceza koşulu olarak belirlenen tutarın, borca aykırılık durumunda ortaya çıkması beklenen zarardan daha yüksek olması hedeflenir. Bu da esasen ceza koşulu ve götürü tazminat kavramları arasındaki farkı ortaya koymaktadır. Yine muhtemel zararı aşacak şekilde belirlenmesi sebebiyle ceza koşulunun, ceza ve tazminat karışımı bir yapıda olduğu kabul edilmelidir. Ceza koşulunu tazminattan ayıran husus kanımca alacaklının zarara uğramasına

gerek olmaksızın da talep edilebilmesidir. Yine bu farklılığa bağlı olarak, ceza koşulunun talep edilmesi için borca aykırılık ve zarar arasında nedensellik bağı bulunması de aranmaz. Zira nedensellik bağı ancak zarar kavramı ile bir arada düşünüldüğünde bir anlam ifade eder. Her ne kadar ceza koşulu işlevsel olarak tazminata çok yaklaşırsa da, ceza koşulunun zarardan bağımsızlığını tazminat kavramından yola çıkarak açıklamak güçtür. İşte ceza koşulunun ceza işlevi tam da bu hususu açıklamak için devreye girecektir. Ceza koşulu kararlaştırılırken olası bir zarardan daha yüksek bir tutarın belirlenmesi, esas olarak borçluyu ifaya güdülerken, tarafların borca aykırı davranan borçluyu cezalandırma niyetini de içinde barındırır. Öyle ki borca aykırılık sonucunda ortaya çıkan zararın, ceza koşulundan daha az olması da *ex ante* olarak yapılan değerlendirme ile ortaya konan bu ceza işlevini yadsımaz.

Türk-İsviçre hukuk sisteminde borçlunun borca aykırılıktan sorumlu tutulabilmesi için bu borca aykırılığa kusurlu bir davranışla sebep olmuş olması gerekir. Bunun anlamı ise borçlunun borca aykırı davranışa derecesi her olursa olsun ihmali bir davranış veya kasten sebep olmasıdır. Bu hallerde, borca aykırı davranış ve doğan zarar arasında nedensellik bağı da kurulmuşsa, borçlunun tazminat sorumluluğu doğmuş olacaktır. Bunun yanında kusura bağlı sorumluluk kuralını delen, kusursuz borçlunun da tazminattan sorumlu olmasını öngören düzenlemeler mevcuttur. Her ne kadar uygulama alanlarının yaygınlığı sebebiyle zaman zaman bu niteliğinde şüpheye düşülebilse de, kusursuz sorumluluk düzenlemeleri sorumluluk hukukunda istisna teşkil eder. Bu nedenle de bu hallerin kanunda düzenlenmesi gerekir. Duruma ceza koşulu açısından yaklaşılacak olduğunda, kanunun kusursuz borçludan ceza koşulunun talep edilebilmesine her halde izin veren bir düzenleme içermediği görülecektir. Ceza koşulu ve kusur arasında doğrudan bir bağlantı kuran yegane düzenleme TBK m. 180(2)'deki aşkın zarar düzenlemesidir ve aşkın zarar durumunda kusura ilişkin ispat yükünün tersine çevrilmesine ilişkindir. Ceza koşulu ve kusur arasında doğrudan olmasa bile yine bağlantı kurmaya imkan veren bir diğer düzenleme ise ceza koşulunun talep edilemeyeceği halleri sayan TBK m. 182(2)'dir. Bu son hükümde dikkat çeken ilk husus borçlunun kusurundan değil, sorumlu tutulabilmesinden bahsedilmesi; ikinci husus ise herhangi bir borca aykırılığa değil, özel olarak borcun imkansızlaşmasına vurgu yapılmış olmasıdır.

TBK m. 182(2)'nin borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebeple borcun ifasının imkansızlaşması durumunda ceza koşulunun talep edilemeyeceğine ilişkin düzenlemesi esasen ceza koşulunun fer'iliğine ilişkin bir düzenlemedir. Borçlunun sorumlu tutulamayacağı ifa imkansızlığı borcu sona erdireceği için fer'i nitelikteki ceza koşulu talep edilemeyecektir. TBK m. 182(2) ve mehz kanunun aynı içerikteki düzenlemesine ihtiyaç duyulmasının sebebi ise kanımca 1881 İsviçre Borçlar Kanunu zamanında borçlunun kusuru olmamasına rağmen ceza koşulunu ifa etmek zorunda kaldığı bir halin mevcut olmasıdır. Bu hal ise borcun ifasının, borçlunun şahsında gerçekleşen bir beklenmeyen hal sebebiyle imkansızlaşmasıdır. Buradan yola çıkarak TBK m. 182(2)'nin ne anlatmak *istemediği* de açıklığa kavuşmuş olmaktadır. TBK m. 182(2) borçlunun sorumlu tutulamayacağı temerrüt veya kötü ifa hallerinde dahi ceza koşulunun talep edilmesine imkan vermez. Diğer bir ifadeyle TBK m. 182(2), borçluyu sorumlu tutulmadığı ifa imkansızlığı halinde ceza koşulundan kurtaran; diğer tüm borca aykırılık hallerinde ise kusuru olmayan ve dolayısıyla normalde sorumlu tutulmaması beklenen borçluyu ceza koşuluna ifaya mecbur bırakan bir düzenleme değildir.

Karşılaştırmalı hukukta ceza koşulu düzenlemeleri incelendiğinde de, borçlunun ancak borca aykırılıktan sorumlu tutulabileceği hallerde ceza koşulunu ifa etmekle yükümlü olacağı anlaşılmaktadır. Bir hukuk sisteminin hangi hallerde borçluyu sorumlu tutacağı ise hukuk politikası tercihidir. Kimi ülkeler bu tercihlerini borçlunun garanti sorumluluğundan yana kullanırken, Türk-İsviçre hukukunun da aralarında olduğu kimi diğer sistemlerde borçlu kural olarak ancak kusurlu davranışı sebebiyle sorumlu tutulabilir. Ancak önemli olan sorumluluk için benimsenmiş olan ilkenin hem tazminat hem de ceza koşulu için geçerli olmasıdır. Özellikle ceza koşulunun tazminata olan işlevsel yakınlığı da düşünülecek olduğunda, bu iki yaptırım türü için aranan şartları ayırıştırmanın anlamı yoktur. O halde özellikle Türk-İsviçre hukuku açısından yapılan ceza koşulunun kusurdan bağımsız olup olmadığı tartışmasına da bu çerçeveden yanıt vermek gerekir. Borçlu, tazminat sorumluluğundan kurtulmasını sağlayacak bir durum olmadıkça, ceza koşulundan da sorumludur. Kusursuzluk, kural olarak borçluyu tazminat sorumluluğundan kurtaracağından, ceza koşulunu ifa mecburiyetinden de kurtarır. Bunun istisnası ise borçlunun kusursuz olmasına rağmen tazminattan sorumlu tutulabileceği hallerdir. Kanunun kusursuz sorumluluk öngördüğü hallerde bu sorumluluk bir üst sınıra tabi tutulmuşsa, aynı sınırlama kusursuz borçludan talep edilecek ceza koşulu için de geçerli olmalıdır. Ancak unutulmamalıdır ki ceza koşulu ifaya zorlayıcı niteliği itibarıyla zarardan bağımsızdır ve zararın oluşmadığı veya buna bağlı olarak, nedensellik bağının olmadığı gerekçeleri tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırırsa da, borçluyu ceza koşulunu ifa mecburiyetinden kurtarmaz.

Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerinin incelemesi sırasında varılan bir diğer sonuç ise ceza koşulunun talep edilebilirliğinin borca aykırılık halleri arasında değişiklik göstermemesidir. Dolayısıyla borçlunun sorumlu tutulabildiği imkansızlık, temerrüt veya gereği gibi ifa etmeme hallerinden her birinde, eğer taraf iradeleri bu yönde uyuşmuşsa, ceza koşulu talep edilebilir. İfa etmeme kavramının bir çatı kavram olarak kullanılması ve dolayısıyla borca aykırılık hallerinin bir bütün olarak ele alınması da TBK m. 182(2)'nin imkansızlığa hasredilerek değerlendirilemeyeceği görüşüne destek sağlamaktadır.

Mevcut düzenlemeler ceza koşulu ve tazminat yaptırımlarının talep edilebilmesinin borçlunun sorumlu tutulması şartına bağlı olduğunu göstermekte; özellikle kusur sorumluluğunun kural olduğu Türk-İsviçre hukukunda, ceza koşulunun her halde kusursuz borçludan da talep edilmesinin önünü açacak bir yoruma geçit vermemektedir. Kaldı ki ceza koşulu anlaşmalarının genel kuraldan sapmayı gerektirecek bir niteliği haiz olduğu da söylenemez. Oysa kanun koyucunun kusur sorumluluğundan sapmayı uygun gördüğü her durumda, bunu gerektiren bir ihtiyaç söz konusudur. Bu ihtiyaç sözleşme tipinden, edimin niteliğinden, borca aykırılığın özelliğinden veya borcun ifa usulünden kaynaklanabilir. Ancak kanunda özel olarak yasaklanan istisnai haller dışında her sözleşme tipinde, her türlü edimi temin edebilmek adına ve yine taraf iradelerinin üzerinde uyduğu her türlü borca aykırılık durumuna özgü olarak ceza koşulu kararlaştırılabilecektir. Ceza koşulu anlaşmasının yapıldığı her olayda ise borçlunun, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumlu tutulmasını meşru kılacak bir zemin bulunmamaktadır. Kaldı ki kural olarak sorumlu tutulamayacak borçluyu ceza koşulunu ifaya mecbur bırakacak bir kusursuz sorumluluk düzenlemesi, amaçlarından biri borçluyu ifaya güdülemek olan ceza koşulu anlaşmasının mantığı ile de bağdaşmamaktadır. Zira

tüm önlemleri almasına rağmen kendi kusuru olmayan bir durum sebebiyle dahi ceza koşulunu ifa etmek zorunda kalabilecek olan borçlu, alabileceği önlemleri de almamayı seçebilir. Böylelikle borçlu ifaya güdülenmemiş olacaktır.

Bu çerçevede ifade etmek gerekir ki ceza koşulu anlaşması yapılmış olmasını ayrı bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirmemek gerekir. Ceza koşulu anlaşmasının tarafı olan kusursuz borçlu ancak sözleşme ile bunu taahhüt etmiş veya mevcut diğer şartlar sebebiyle kusurlu olmasa dahi sorumlu tutulabilecek durumdaysa kendisinden ceza koşulunun ifası talep edilebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akkanat Elif Beyza**, “Amerikan ve Türk Hukuk Sistemlerinde Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler 2018 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2019, s. 23-61.
- Aksoy Hüseyin Can**, “Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2018, s. 999-1018.
- Atamer Yeşim M.**, “Ceza Koşulu-Götürü Tazminat-Sorumsuzluk Anlaşması: Hangisi?”, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Gecikme ve Temerrüt (ed. Yeşim M. Atamer/Ece Baş Süzel/Elliott Geisinger), İstanbul, 2018, s. 87-133 (Ceza Koşulu-Götürü Tazminat).
- Atamer Yeşim M., CISG Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları, İstanbul, 2005 (CISG).
- Atamer Yeşim M.**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Taşınır Satımı Sözleşmesi”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu (ed. Mehmet M. İnceoğlu), İstanbul, 2012, s. 187-223 (Taşınır Satımı).
- Atamer Yeşim M./Altunbaş Sancak Zahide**, “Satım Sözleşmesinde Zapt: Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Günümüz Sorunlarına Ne Ölçüde Cevap Verebiliyor?”, Prof. Dr. Türkan Rado Anısına Armağan, İstanbul, 2020, s. 67-106.
- Baysal Başak, Zarar Görenin Kusuru, On İki Levha, İstanbul, 2012.
- Becker Hermann**, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI, 1. Abteilung, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Hermann Becker), Art. 1-183 OR, Bern, 1945 (**BK/Becker**).
- Benli Erman**, “İhmalin Takdirinde Yeni Bir Ölçü: ‘Kişiselleştirilmiş Özen Ölçüsü’”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 26, Sayı 1, 2020, s. 300-316.
- Birinci Uzun Tuba**, Götürü Tazminat, Yetkin, Ankara, 2015.
- Boucard Hélène**, “Responsabilité contractuelle”, Répertoire de droit civil, Temmuz 2018 (Daloz veritabanı).
- Brox Hans/Walker Wolf-Dietrich**, Allgemeines Schuldrecht, 2020.
- Bucher Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich, 1988.
- Buz Vedat**, “Konventionalstrafe wegen nicht richtiger Erfüllung”, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2017 s. 490-504 (Konventionalstrafe).
- Buz Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 2014.
- Bühler Theodor**, “Haft – und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht”, Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht (ed. Hans Peter/Emil W. Stark/Pierre Tercier), Freiburg, 1982, s. 143-179.
- Cansel Erol/Özel Çağlar**, “Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Özel Sayı, 2013, s. 713-733.

- Chantepie Gaël**, “Contrat : effets”, Répertoire de droit civil, Ocak 2018 (Dalloz veritabanı).
- Couchepin Gaspard**, “La forfaitisation du dommage”, Semaine Judiciaire, 2009 II s. 1-30.
- Couchepin Gaspard**, La clause pénale – Etude générale de l’institution et de quelques applications pratiques en droit de la construction, Zürich, 2008 (Clause Pénale).
- Dagorne-Labbe Yannick, “Une indemnité de jouissance peut constituer une clause pénale – Cour de cassation, com. 14 juin 2016”, AJCA 2016, s. 387 (Dalloz veritabanı).
- Ehrat Felix R.**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Ekinci Hüseyin**, Özel Hukuk Sözleşmelerinde Ceza Koşulu, Ankara 2015 (Ceza Koşulu).
- Ekinci Hüseyin**, “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 8, 2007, s. 21-28 (Kusur Sorunu).
- Engin Baki İlkay**, Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara, 2002.
- Erdem Mehmet**, La Clause Pénale : Etude comparative de droit suisse et de droit turc, Ankara, 2006 (Clause Pénale).
- Erdem Mehmet**, “Tazminatın Götürü Olarak Belirlenmesi”, Gazi Üniversitesi Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2009, s. 97-124 (Tazminat).
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2018 (Genel Hükümler).
- Eren Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin, Ankara, 2018.
- Ergüne Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, Beta, İstanbul, 2008.
- Fages Bertrand**, “Derrière les mots, la clause pénale”, RTD civ. 2008, s. 675 (Dalloz veritabanı).
- Forest Grégoire**, “Promesse de vente, indemnité d’immobilisation et clause pénale”, D. 2008, s. 2497 (Dalloz veritabanı).
- Gauch Peter**, Le contrat d’entreprise, Schulthess, Zürich, 1999.
- Giger Hans**, Haftpflichtkommentar – Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen (ed. Willi Fischer/Thierry Luterbacher), Zürich/St. Gallen, 2016.
- Giovanoli Silvio**, Force majeure et cas fortuit en matière d’incrémentation des obligations, Genève, 1933.
- Günay Cevdet İlhan**, Cezai Şart, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Hekim Aylin/Kaplan Mikail Bora**, “Cezalandırıcı Tazminat ve Medeni Ceza Kavramlarının Karşılaştırılması”, Sorumluluk Hukuku: Seminerler-Makaleler 2017 (ed. Başak Baysal), İstanbul, 2017, s. 165-189.
- Honsell Heinrich**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Huguenin Claire**, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012.
- İnceoğlu Murat M.**, Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul, 2009.
- Kabaklıoğlu Arslanyürek Yasemin**, Ceza Koşulu – Özellikle Zarar ve Tazminatla İlişkisi, İstanbul, 2018.
- Kapancı Berk**, “Götürü Tazminat Anlaşması ve Bunun Ceza Koşulundan Ayırt Edilmesi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, 2013, s. 655-683 (Götürü Tazminat).
- Kapancı Berk**, “Sözleşmesel Sorumlulukta Tazminat Edimi ile Sözleşme Cezası Arasındaki İlişki”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1-2, 2016, s. 661-684 (Sözleşme Cezası)
- Kılıçoğlu Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2016.
- Kocaağa Köksal**, Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası), Ankara, 2018.
- Kocaağa Köksal**, “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 74, s. 149-157.

- Koller Alfred**, Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), Bau – und Bauprozessrecht, Ausgewählte Fragen (ed. Alfred Koller), St. Gallen, 1996 (Verspätungsstrafe)
- Koller Alfred**, “Das Vorbehaltsfordernis bei Verspätungsstrafen”, AJP 1996, s. 1518-1521.
- Kren Kostkiewicz Jolanta**, Schweizerisches Obligationenrecht – OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), 2016.
- Kurt Müjde L.**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Ankara, 2016.
- Legeais Dominique**, “Crédit-bail. Critère de qualification de la clause pénale”, RTD com. 2008, s. 610 (Daloz veritabanı)
- Magnier-Merran Kevin**, “Clause pénale: elle en avait la substance sans le nom – Cour de cassation, com. 6 décembre 2017”, AJ contrat 2018, s. 39 (Daloz veritabanı).
- Mazeaud Denis**, “Qualification de clause pénale : encore et toujours...”, Recueil Dalloz 2016, s. 1628 (Daloz veritabanı).
- Medicus Dieter/Lorenz Stephan**, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, München, 2015.
- Müller-Chen Markus, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013 (OR 2020/Müller-Chen)
- Nomer Haluk Nami**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut**, Borçlar hukuku Genel Hükümler C. I – II, İstanbul, 2018.
- Ostendorf Patrick**, “Vertragsstrafe und pauschalierter Schadensersatz als Instrumente der Vertragsgestaltung”, JuS 2015, s. 977-981.
- Özçelik Ş. Barış**, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Konaklama Yeri İşletenin Konaklayanın Eşyasının Yok Olması, Zarar Görmesi Veya Çalınmasından Sorumluluğu”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, 2016, 2283-2303.
- Özmen Saba/Aktaş Türkan**, “Türk Hukuku Açısından Para Borçlarında Temerrüt Faizi Yanında Ceza Koşulu Talep Edilebileceğine İlişkin Yargıtay Kararlarının Eleştirisi”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 17, Sayı 1, 2018, s. 39-54.
- Parlak Börü Şafak**, “Götürü Tazminat Kavramına Bir Bakış”, TBB Dergisi, 2017 (129), s. 195-228.
- Pekmez Cüneyt**, “Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Borca Aykırılıktan Doğan Kusursuz Sorumluluğa Genel Bakış”, TAAD, Yıl: 6, Sayı: 21, 2015, s. 489-522.
- Pichonnaz Pascal**, Schweizer Obligationenrecht 2020 – Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil / Code des obligations suisse 2020 – Projet relatif à une nouvelle partie générale (ed. Claire Huguenin/Reto M. Hilty), 2013 (OR 2020/Pichonnaz)
- Picod Yves**, “Obligations”, Répertoire de droit civil, Haziran 2017 (Daloz veritabanı).
- Roth Pellanda Katja**, Obligationenrecht – Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183 – CHK – Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (ed. Andreas Furrer/Anton K. Schnyder), Zürich, 2016.
- Sanlı Kerem Cem**, Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi, İstanbul, 2017.
- Suat Sarı**, “Götürü Tazminat’ Kavramı Üzerine”, Medeni Hukuk Hocalarına Saygı Günleri, Medeni Hukukta Güncel Sorunlar ve Önemli Gelişmeler Sempozyumu, 26-27 Haziran 2008, İstanbul, 2011, s. 299-304.
- Santoro Dimitri**, Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag, Bern, 2001.
- Serozan Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul, 2016 (İfa Engelleri).
- Serozan Rona**, Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

- Serozan Rona/Baysal Başak/Sanlı Kerem Cem**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 2018.
- Tekinay Selahattin Sulhi/Akman Sermet/Burcuoğlu Haluk/Altop Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1993.
- Tolou Alborz**, La forfaitisation du dommage, Zurich, 2017.
- Tunçomağ Kenan**, Türk Hukukunda Cezai Şart, İstanbul, 1963 (Cezai Şart).
- Tunçomağ Kenan**, “Cezai Şartın Hukuki Mahiyeti”, 1 Banka Hukuku Dergisi (1962), s. 558-570.
- Uçar Salter**, Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması, İstanbul, 1993.
- Weber Rolf H**, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/5, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen (ed. Heinz Hausheer), Bern, 2000 (**BK/Weber**)
- Wiegand Wolfgang**, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (ed. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand), Helbing Lichtenhahn, 2011 (**BSK/Wiegand**).
- Wuffli Daniel**, Schweizerisches Obligationenrecht OFK – Orell Füssli Kommentar (ed. Jolanta Kren Kostkiewicz/Stephan Wolf/Marc Amstutz/Roland Fankhauser), Zürich, 2016.
- Yağcıoğlu Burcu**, Türk ve İsviçre Hukuku'nda Ceza Koşulu, Ankara, 2019.

Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Law Applicable to Arbitrability in International Commercial Arbitration

Mustafa Cemre CAN^{*} 

Öz

Günümüzde milletlerarası karakterli ticari uyuşmazlıkların en yaygın çözüm yolu tahkimdir. Uyuşmazlıkların olağan yargı makamları olan mahkemeler yoluyla çözüme ulaştırılması yerine hakemler vasıtasıyla sonuçlandırılması için tarafların yaptıkları anlaşmaya tahkim sözleşmesi denilmektedir. Taraflar, tahkim sözleşmesi ile uyuşmazlığın çözümünü yetkisini hakemlere havale etmektedirler. Bununla birlikte, hakemlerin önüne gelen somut uyuşmazlığın uyuşmazlıkla alakalı devlet hukuklarına göre tahkime elverişli olup olmadığı meselesi ortaya çıkabilmektedir. Milletlerarası ticari tahkim açısından sorun oluşturacak durum taraflar arasındaki uyuşmazlığın konusunun tahkime elverişli olmadığı hallerde yargılamaya devam edilmesi halinde ileride hakem kararının iptalinin gündeme gelebilecek olması veya tenfiz sürecinde sorunlar yaşanabilecek olmasıdır. Bu sebeple, milletlerarası ticari tahkim uygulamasında bir uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığı sorusunun hangi hukuk uygulanarak çözüleceği meselesi tartışma konusu olmuştur. Bu çalışmada tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusuna uygulama ve öğretideki görüşler çerçevesinde cevap aranmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Tahkime elverişlilik, Tahkime elverişlilik itirazı, Uygulanacak hukuk, Hukuk seçimi, Tahkim sözleşmesi, Münhasır yetki.

Abstract

In today's world, arbitration is the most common way of the resolution of international commercial disputes. The agreement concluded by the parties for the settlement of disputes through the arbitrators instead of being resolved through the courts, which are the ordinary judicial authorities, is called an arbitration agreement. With the arbitration agreement, the parties transfer the power of resolving the dispute to the arbitrators. Nevertheless, the issue of arbitrability of the concrete dispute brought before the arbitrators may arise according to the state laws related to the dispute. The situation that will create a problem in terms of international commercial arbitration is that if the subject of the dispute between the parties is not suitable for arbitration, the setting aside of the arbitral decision may come to the agenda or problems may arise during the enforcement process. For this reason, the problem of which law will be applied to the question of arbitrability has been the subject of discussion, especially in international commercial arbitration practice.

* Arş. Gör., Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, mustafacemre.can@asbu.edu.tr

In this study, an answer is sought for the question of which law will be applied to arbitrability, within the framework of the views in arbitration practice and scholarly writings.

Keywords: Arbitrability, Objection of arbitrability, Applicable law, Choice of law, Arbitration agreement, Exclusive jurisdiction.

GİRİŞ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olan tahkimin meşruiyeti tarafların özgür iradesinden kaynaklanmaktadır. Taraflar aralarında tahkim sözleşmesi imzalayarak olağan uyuşmazlık çözüm makamları olan devlet mahkemelerinin yetkisine istisna getirmekte, aralarındaki uyuşmazlıkların görülmesi için hakemleri yetkilendirmektedirler.¹ Tahkim sözleşmesi imzalandıktan sonra, sözleşme kapsamındaki uyuşmazlıklar hakkında tarafların uygun gördüğü hakemler yargılama yetkisine haiz olmaktadır. Öte yandan, tarafların tahkim alanındaki sözleşmesel özgürlüğü sınırsız değildir. Tarafların özgür iradesi teorik olarak tahkimin esasını oluştursa da uygulamada çeşitli devletler tarafların tahkime yönelik iradelerini sınırlamaktadırlar.² Bu anlamda, tahkim sözleşmesinin tahkim faaliyeti üzerindeki otoritesi hukuk sistemleri arasında farklılık arz etmektedir.³ Devletler, kamu düzeni, müdahaleci kurallar ve münhasır yetki kuralları vasıtasıyla kendi hukuk politikası tercihlerine göre farklı seviyelerde tahkim kurumunun işleyişine etki edebilmektedirler.⁴

Tahkimde tarafların özgür iradesinin milli hukukların düzenlemeleri ile karşı karşıya geldiği alanlardan bir diğerini tahkime elverişlilik meselesi oluşturmaktadır. Tahkim kurumunun devlet mahkemeleri karşısında taşıdığı istisnai nitelik tahkim yolu ile çözülebilecek uyuşmazlıklar açısından bazı sınırlamaları beraberinde getirmektedir. Milli hukuk sistemleri belirli tiplerdeki uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözülemeyeceğine dair kurallar getirmektedirler.⁵ Bu noktada, tahkime elverişlilik, milletlerarası tahkimin zıt kutupları olan taraf iradesi ile devletlerin münhasır yargılama alanlarını birbirine bağlayan mihenk taşı olarak tanımlanmaktadır.⁶ Zira, tahkime elverişlilik kuralları tarafların serbest iradeleri ile devlet mahkemelerinin yetki alanından çıkartabilecekleri uyuşmazlıkların sınırını oluşturmaktadır. Bu anlamda, tahkime elverişliliğe hususi olarak milli hukuklar tarafından karar verilmekte, meseleye dair uluslararası bir standart bulunmamaktadır.⁷

1 **Akıncı**, Ziya, Milletlerarası Tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020, s. 5.; **Şanlı**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması), İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019, s. 326.; **Nomer**, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018, s. 232.

2 **Huysal**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 93.

3 Çeşitli ülkelerin tahkim konusundaki tutumlarını karşılaştırmalı olarak görmek için bkz.: **Carbonneau**, Thomas E., "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, 2003, s.1190, d.n. 2.

4 **Huysal**, ss. 94,95.

5 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Sammartano**, M. Rubino, International Arbitration Law and Practice, The Hague: Kluwer Law International, 2001, s. 171.; **Huysal**, s. 13.

6 **Pamboukis**, Charalambos, "On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, L. A. / Brekoulakis, S. L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 121.

7 **Tang**, Zeng Sophia, Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law, London: Routledge, 2014, s. 93.

Tahkime elverişlilik konusunun Kıta Avrupası hukuklarında düzenlenme biçimlerini iki temel grup halinde ele almak mümkündür.⁸ Birinci gruptaki ülkeler tahkime elverişli uyuşmazlıkları serbest tasarruf ölçütüne göre belirlemekte, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular üzerindeki uyuşmazlıkları tahkime elverişli kabul etmektedirler.⁹ Örneğin, Türk Hukukunda Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun¹⁰ (MTK) birinci maddesi üçüncü fıkrasında MTK'nın Türkiye'de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmayacağı belirtilmiştir. Buna göre, Türk Hukukunda tahkime elverişlilik taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışında serbest tasarruf ölçütüne göre düzenlenmiştir. İkinci gruptaki ülkeler ise tahkime elverişliliği doğrudan bir maddi hukuk kuralı ile düzenlemekte, malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları tahkime elverişli saymaktadırlar.¹¹ Bu gruptaki ülkelere en iyi örnek ise İsviçre'dir. İsviçre, 1987 yılında Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda değişiklik yaparak ülkesinde gerçekleşen milletlerarası tahkim yargılamaları açısından mahkeme müdahalesini azaltmaya çalışmış ve bu amaçla yaptığı değişikliklerden biri de tahkime elverişliliği malvarlığı ilişkilerinden kaynaklanma ölçütüne bağlamak olmuştur.¹² Bu sistemde karmaşık kanunlar ihtilafı problemleri ancak malvarlığı ilişkisine yüklenen farklı anlamlar sebebiyle ortaya çıkabilmektedir.¹³ Öte yandan, Anglo-Sakson hukuk sisteminde yer alan Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri kanunlarında ise tahkime elverişliliğe dair belirli kurallar bulunmamakta, mesele mahkeme içtihatları üzerinden tartışılmaktadır.¹⁴ Neticede, tahkime elverişliliğe dair kuralların ülkeler arasında farklılıklar barındırması milletlerarası alanda gerçekleşen tahkim yargılamalarında tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağı sorusunu gündeme getirmektedir.

Doktrinde tahkime elverişlilik tanımlanırken ikili bir ayrıma gidilmektedir. Böckstiegel tarafından öne sürüldüğü şekliyle tahkime elverişliliğin objektif anlamı ne tür ihtilafların tahkim yolu ile çözülebileceğine tekabül ederken subjektif anlamı kimlerin tahkim sözleşmesine taraf olabileceğine işaret etmektedir.¹⁵ Subjektif tahkime elverişlilik özellikle devletlerin, yerel otoritelerin ve kamu kurumlarının tahkimde taraf olup olamayacağı hususunda gündeme gelmektedir.¹⁶ Bu ayrım, doktrinde çeşitli eleştirilere konu olmuşsa da tahkime elverişliliğin subjektif ve objektif olarak ikiye ayrılması yazarların çoğu tarafından kabul görmüştür.¹⁷ Kanaatimizce, tahkime elverişlilik kavramı

8 **Lew**, Julian D. M. / **Mistelis**, Loukas A. / **Kröll**, Stephan, *Comparative International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003, s. 194.

9 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Weigand**, Frank-Bernd, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: OUP Oxford, 2009, s. 44.

10 **Milletlerarası Tahkim Kanunu**, R.G. 21.06.2001 – 24453.

11 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Weigand**, s. 44.

12 **Weigand**, s. 44.; **Huysal**, s. 33.

13 **Huysal**, s. 30.

14 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 194.; **Huysal**, s. 30.

15 **Böckstiegel**, Karl Heinz, "Public Policy and Arbitrability", *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*(ed. Pieter Sanders) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 1987, s. 181.

16 **Fouchard**, Philippe / **Gaillard**, Emmanuel / **Goldman**, Berthold, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 1999, s. 313.;

17 **Böckstiegel**, s. 181.; **Huysal**, s. 14 vd.; **Hanotiau**, Bernard, "What Law Governs the Issue of Arbitrability? ", *Arbitration International* 12(4), 1996, s. 391.; **Kirry**, Antoine, "Arbitrability: Current Trends in Europe", *Arbitration International*

Türkçe açısından yalnızca hangi uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülebileceğine dair ayrımı karşılamaktadır. Doktrinde, devletlerin ve devlet kurumlarının tahkimde dava açıp açamayacağı meselesi üzerinden tartışılan ve aslında taraf ehliyeti ile alakalı bir konu olan subjektif tahkime elverişlilik kavramı Türkçe açısından anlam karmaşasına sebep olabilecektir.¹⁸

Doktrinde tahkime elverişlilik kavramı açısından yapılan bir diğer ayırım sözleşmesel tahkime elverişlilik (*contractual inarbitrability*) ve maddi tahkime elverişlilik (*substantive inarbitrability*) şeklindedir.¹⁹ Bu ayrıma göre, sözleşmesel tahkime elverişlilik tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve kapsamı ile alakalı iken maddi tahkime elverişlilik tahkime elverişliliğinin geleneksel anlamı olan hangi uyumsuzlukların tahkim yolu ile çözülebileceğine ilişkin bir terimdir.²⁰ Türk Hukukunda da, her ne kadar bu şekilde bir isimlendirme olmasa da, tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin kapsamı birbirinden ayrı olarak ele alınmaktadır.²¹ Nitekim, MTK'nın 15. maddesinde de bu iki husus hakem kararının iptal sebepleri arasında iki ayrı iptal sebebi olarak düzenlenmiştir.²² Kanaatimizce, objektif ve subjektif tahkime elverişlilik ayrımının aksine, sözleşmesel ve maddi tahkime elverişlilik ayrımı anlam karmaşasına sebep olmamakta ve aşağıda tartışılacak olan tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin tahkime elverişlilik meselesi ile olan ilişkisini basit bir şekilde ortaya koymaktadır.

Milletlerarası ticari tahkimde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusunu gündeme getirdiğimiz bu çalışmada kastedilen yukarıda yer verilen ayrımlar açısından sırasıyla objektif ve maddi tahkime elverişliliğidir.²³ Bu anlamda, çalışmanın devamında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusu etrafındaki görüşler, teklif edilen çözümlerin tahkime elverişliliği nasıl nitelendirdiği de göz önünde bulundurularak tartışılacaktır. Zira, tahkime elverişlilik meselesi milletlerarası tahkimin sözleşmeden kaynaklanma özelliğinin ve devlet mahkemelerinin yetkisini dışlayıcı özelliğinin karşı karşıya geldiği sorunlu alanlarından biridir.²⁴ Meselenin yeknesak bir zemine oturtulabilmesi hakemler veya mahkemeler için tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun belirlenmesi noktasında

12(4), 1996, s. 381.; **Fouchard / Gaillard / Goldman**, s. 313.

18 Subjektif ve objektif tahkime elverişlilik ayrımı hakkında yabancı doktrinde yapılan eleştiriler için bkz.: **Papeil**, Anne Sophie, "Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration", *Conflict of Laws in International Arbitration* (ed. Ferrari, Franco ve Kröll, Stephan) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, s. 350.; Özel de eserinde bu ayrımın varlığını kabul etmekle beraber subjektif tahkime elverişliliği tahkime elverişlilik başlığı altında değil taraf ehliyeti başlığı altında inceleyeceğini belirtmektedir. Bkz.: **Özel**, Sibel, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri*, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008, s. 38.

19 **Carbonneau**, Thomas E. / **Janson**, Francois., "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, 1994, s. 195.

20 **Ibid.**

21 **Huysal**, s. 12.

22 **Ibid**, d.n. 22.; MTK'ya göre iptal sebepleri hakkında geniş bilgi için bkz.: **Akıncı**, s. 349 vd.

23 Çalışmada tahkime elverişliliğinin yalnızca milletlerarası ticari tahkim açısından incelenip milletlerarası yatırım tahkimi açısından incelenmemesinin sebebi devletler tarafından imzalanan iki veya çok taraflı yatırım anlaşmalarında yer alan tahkim yoluna rıza gösterildiğine ilişkin hükümlerin devletlerin iç hukuk düzenlemeleri olan tahkime elverişlilik kurallarına göre öncelikli olarak uygulama bulacak olmasıdır. Dolayısıyla milletlerarası yatırım tahkiminde bu çalışmada tartışıldığı anlamda bir tahkime elverişlilik sorunu ortaya çıkmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Bantekas**, Ilias, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration", *The Australian Year Book of International Law* 27(1), s.196.

24 **Law / Mistelis / Kröll**, s. 187.

önerilen çözüm yollarının meseleyi vasıflandırma şekilleri ile beraber tartışılması ile mümkün olacaktır. Milletlerarası tahkim uygulaması, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusunun cevabının meselenin gündeme geldiği aşamalara göre değişebileceğini göstermektedir. Bu sebeple, aşağıda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi hakemler ve mahkemeler bakımından ayrı ayrı ele alınacaktır.

I. TAHKİME ELVERİŞLİLİK MESELESİNİN HAKEMLERCE ÇÖZÜMLENMESİ

Mahkemeler önünde gerçekleşen tahkime ilişkin yargılamalarda tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorunu davaya bakan hâkimin hukuku (*lex fori*) ile tahkime elverişliliğe hakemlerce uygulanmış olan hukukun farklı olması ve bu iki hukukun tahkime elverişlilik anlayışlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte, hakem heyeti önünde gerçekleşen yargılamalarda tahkime elverişlilik meselesinin içeriği milletlerarası tahkimin kendisine özgü yapısı nedeniyle değişikliğe uğramaktadır. Hakem heyeti yargılamasını yaparken herhangi bir devlete bağlı olmayıp bağımsız hareket ettiğinden tahkim yargılamalarında bir *lex fori*'nin bulunmadığından bahsedilmektedir.²⁵ Bu sebeple, tahkim yargılamalarında hakemler önlerine getirilen ihtilafın tahkime elverişli olup olmadığını tespit ederken uygulanacak hukuk problemi ile karşılaştıklarında mahkemelere göre daha çeşitli alternatiflere sahiptirler. Bu noktada, doktrinde ve milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkime elverişliliğe uygulanabilecek 8 adet muhtemel hukuk ortaya konulmuştur:²⁶

1. Tahkim davasının taraflarından birinin veya her ikisinin milli hukuku.
2. Taraflar arasındaki esas sözleşmeye uygulanacak hukuk (*lex causae*).
3. Tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*).
4. Tahkim sözleşmesiyle yetkisi kaldırılan mahkemenin milli hukuku.
5. Muhtemel tenfiz ülkesi hukuku.
6. Tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlı olduğu hukuk.
7. Yukarıda sayılan hukuklardaki kuralların bir kombinasyonu.
8. Uluslararası kurallar.

25 **Şanlı**, Cemal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 61.; **Özel**, s. 96.; **Huysal**, s. 351.; **Hanotiau**, s. 396.; **Bernardini**, Piero, "The Problem of Arbitrability in General", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice(ed. Gaillard, E. / di Petro, D.) içinde, İngiltere: Cameron May Yayıncılık, 2008, s. 511.; **Lehmann**, Matthias, "A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice", *Columbia Journal of Transnational Law* 42, 2004, s. 757.

26 **Blessing**, Marc, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 12(2), 1996, s. 192.; **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 196.; Huysal tahkime elverişliliğe uygulanabilecek 9 adet muhtemel hukukun varlığından bahsetmektedir, bkz.: **Huysal**, ss. 348, 349.

Bu çeşitlilikten de anlaşılacağı üzere doktrinde ve uygulamada hakem yargılaması sırasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusuna ortak bir cevap bulunamamıştır.

Bir tahkim yargılamasına konu olan uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığının bir ön sorun olarak gündeme gelmesi bu hususun taraflardan birince itiraz olarak öne sürülmesine bağlıdır.²⁷ Bununla birlikte, doktrinde bazı durumlarda hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik incelemesi yapabileceği belirtilmiştir. Örneğin, uluslararası kamu düzeninin ihlal edileceği kanaatine varıldığı hallerde hakemlerin tahkime elverişlilik incelemesini re'sen yapması gerektiği öne sürülmüştür²⁸. Her ne kadar uluslararası kamu düzeni kavramının mevcudiyeti ve sınırları konusunda bir görüş birliği olmasa da, konusunun hiçbir dünya ülkesinde hukuki koruma görmeyeceği aşikâr olan ihtilaflarda hakemlerin tahkime elverişliliği re'sen denetlemesi makul gözükmektedir²⁹. Bu asgari ölçü haricinde ise hakemlerin re'sen tahkime elverişliliği denetlemesi taraf iradelerini aşma tehlikesini barındıracağı için uygun olmayacaktır.³⁰ Buna göre, hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik denetlemesi yaptığı durumlarda uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmayacaktır. Zira bu tür durumlarda hakemler önlerindeki uyuşmazlığın hiçbir dünya ülkesinde hukuki koruma görmeyeceğinden hareketle tahkime elverişliliği reddedeceklerdir.

Milletlerarası ticari tahkimde, tahkime elverişlilik itirazı söz konusu olduğunda hakemlerce uygulanması yukarıda teklif edilen hukuklardan öne çıkanları; tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk, tahkim yeri hukuku, muhtemel tenfiz ülkesi hukukudur. Öne çıkan bu çözüm yolları aşağıda başlıklar halinde ele alınacak, kalan diğerleri ise diğer yaklaşımlar başlığı altında tartışılacaktır.

A. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE TAHKİM SÖZLEŞMESİNİN BAĞLI OLDUĞU HUKUKUN UYGULANMASI

Tahkim yargılaması sırasında uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına yönelik itirazda bulunulması halinde hakemlerin tahkime elverişliliğe tahkim sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka göre karar vermesi gerektiği öne sürülmüştür.³¹ Bu çözüm tarzı tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bir ön koşulu olduğu kabulünden hareket etmekte, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi'nde³² de bu yaklaşımın benimsendiğini savunmaktadır.³³ New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir:

27 Tahkime elverişlilik meselesi üzerinde taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkmaması da ihtimal dahilindedir. Taraflar tahkime elverişlilik itirazında bulunmaksızın tahkim kararına uymayı tercih edebilirler. Bkz.: **Bantekas**, s.194. Yazar makalesinde Suudi yatırımcıların uluslararası bankalarla olan tahkim yargılamalarında aleyhlerine verilen ve içeriğinde faiz hükmü bulunan kararlarda Suudi Hukukuna göre tahkime elverişlilik itirazında bulunabilecek iken yasadışı hukuki ilişkilerini saklamak için bundan kaçındıklarını belirtmektedir.

28 **Hanotiau**, s. 393. ; **Bernardini**, s. 510.

29 **Mayer**, Pierre, "Mandatory Rules of Law in International Arbitration", *Arbitration International* 2(4), 1986, s. 280.

30 **Huysal**, s. 335.

31 **Böckstiegel**, s. 181.; **Hanotiau**, s. 393.; **Özel**, s. 55.; **Tang**, s. 95.

32 **Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Sözleşmesi**, R.G. 25.09.1991-21002.

33 **Hanotiau**, s. 393. ; **Bernardini**, s. 510.

Âkit devletlerden her biri, tarafların sözleşmeye dayanan veya sözleşmesel olmayan, belli bir hukuk münasebetinden aralarında doğmuş veya ileride doğabilecek, hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün bir konu ile ilgili uyuşmazlıkların tamamını veya bir kısmını hakeme hallettirmek üzere birbirine karşı taahhüde girişmelerine dair yazılı anlaşmalarını muteber addeder.

Maddede geçen “hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün olan uyuşmazlıklar” ifadesi ile tahkime elverişlilik sözleşmeye taraf devletlerin bir tahkim sözleşmesini geçerli kabul etmesi için aranan şartlardan biri olarak sayılmış ve bu şekilde tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkime elverişlilik meselesi arasında yakın bir ilişki kurulmuştur. Bununla birlikte, bu ilişki tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuka göre belirleneceği anlamına gelmemektedir. Esasen tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri mahiyetleri itibarıyla farklılık göstermektedirler. Arfazadeh’in de belirttiği üzere tahkim sözleşmesi tarafların geçerli irade beyanları ile kurulan özel bir anlaşma iken tahkime elverişlilik meselesi mahkemelerin kanuni yetkisi, adaletin kamusal yönetimi ve yargı sisteminin organizasyonu ile alakalı bir konudur.³⁴ Bir tahkime elverişlilik kuralının olağan sonucu ortaya çıkan somut uyuşmazlığın tahkime konu olmasını engelleyerek geçerli olarak kurulmuş bir tahkim sözleşmesinin icrasının önüne geçmesidir.³⁵ Örneğin, tahkim sözleşmesi geçerli olarak akdedilmiş olsa da taraflar arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın tamamı değil ama bir kısmı tahkime elverişli olmayabilir. Böyle bir durumda uyuşmazlık kalemlerinden bir kısmının tahkime elverişsiz olmasının tahkim sözleşmesini de geçersiz kılması hukuken gerekçelendirilemeyecektir. Dolayısıyla, tahkime elverişlilik ve tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri tahkim faaliyetinin farklı veçhelerini ilgilendirmektedir.

Tahkime ilişkin milli kanunlarda da tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği birbirinden ayrı konular olarak ele alınmaktadır.³⁶ Örneğin, MTK’da tahkime elverişlilik Kanun’un “Amaç ve Kapsam” başlıklı 1. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenirken tahkim sözleşmesine ilişkin hükümler Kanun’un “Tahkim Anlaşması” başlıklı ikinci bölümünde yer almaktadır. Bu sebeplerle, iki meseleye uygulanacak olan hukukun birbirine bağlı olarak tespit edilmesi doğru gözükmemektedir. Netice itibarıyla, New York Sözleşmesi’nin 2. maddesi bir tahkim sözleşmesinin taraf devlet mahkemelerince ne zaman geçerli olarak tanınacağına ilişkin şartları ortaya koymaktadır. Ancak, Sözleşme’nin 2. maddesinde tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanacağına ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.³⁷

Tahkime elverişliliğe tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanacak hukuka göre karar verilmesi, taraflar tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda açık bir tercihte buldukları hallerde bu seçilen hukukun tahkime elverişliliğe uygulanacağı anlamına gelecektir. Doktrinde Özel, tahkime

34 **Arfazadeh**, Homayoon, “Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited,” *Arbitration International* 17(1), 2001, s. 80.

35 **Born**, Gary, *International Commercial Arbitration*, The Hague: Kluwer Law International, 2014, s. 949.

36 **Arfazadeh**, s. 80.

37 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 190.; **Poudret**, Jean-François/**Besson**, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2007, s. 283. **Chukwumerije**, Okezie, *Choice of Law in International Commercial Arbitration*, Doktora Tezi, Osgoode Hall Law School – York University, 1992, s. 144. Erişim Adresi: <https://search.proquest.com/docview/304007255> (Son erişim tarihi: 24 Mart 2020).

elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlantılı olduğu görüşünü savunuyor olsa da, tarafların aralarındaki ilişki ile yakından bağlantılı bir hukuktan kaçmak amacıyla tahkime elverişliliğe imkân veren bir hukuku tercih etmelerine izin verilmemesi gerektiği görüşündedir.³⁸ Gerçekten de, hakemlerce tarafların bu amaçla yaptıkları hukuk tercihlerinin geçerli kabul edilmesi milli hukukların tahkime elverişliliği sınırlandıran kurallarını işlevsiz hale getirecektir. Bu itibarla, hakemler, tarafların seçtikleri ülke hukukundan başka bir ülke hukukunun uyuşmazlıkla daha sıkı bağlantısı olduğunu tespit ederlerse tahkime elverişliliğe bu ülke hukukuna göre karar vermek durumunda kalacaklardır.³⁹ Doktrindeki bu görüş, tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak taraflarla ve uyuşmazlıkla hiç ilişkisi olmayan bir hukukun seçildiği hallerde bu hukukun tahkime elverişliliği uygulanmasını engellemek için öne sürülmüştür. Yukarıda, tahkime elverişlilik meselesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız olduğu görüşüne katıldığımızdan buradaki eleştiriler bizim açımızdan pratik bir faydaya sahip olmasa da tahkime elverişliliğe uygulanacak hukukun tarafların seçimine bırakılamayacağına dair bu görüşler tahkime elverişlilik meselesinin mahiyetine dair yukarıda yer alan açıklamalarımızla örtüşmektedir.⁴⁰

Öğretide, hakemlerin mahkemelerdeki yargıçlarla bir tutulamayacağı, milletlerarası tahkim tatbikatında da pek çok hakem heyetinin tahkime elverişliliğe karar verirken milli hukukları dikkate almadan tarafların hukuk seçimini öncelediği ileri sürülmüştür.⁴¹ Kanaatimizce hakemlerin devletlerden bağımsız olması ile tahkime elverişliliğe karar verme yetkileri birbirinden ayrı konulardır. Bu anlamda, bir uyuşmazlık türünün tahkime elverişli olup olmadığı meselesi ne tarafların iradesine ne de hakemlerin kararına bağlı olup tamamen milli hukukların düzenlemelerine bağlı bir konudur.⁴² Her ne kadar hakemler herhangi bir devletin kamu düzeninin muhafızı değilse de milletlerarası tahkimin bir kurum olarak devam edebilmesi için tahkime elverişliliğe karar verirken ilgili milli hukukun kurallarını dikkate almak zorundadırlar.⁴³ Nitekim hakemlerin milli hukukların emredici düzenlemelerini dikkate almamaları halinde verecekleri kararların iptali veya tenfiz taleplerinin reddi gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla hakemlerin tahkime elverişliliğe karar verirken salt tarafların iradesi ile bağlı olmaları gerektiği düşüncesi gerçekçi bir yaklaşım olarak değerlendirilemeyecektir.

Milletlerarası tahkimde tarafların tahkim sözleşmesi yaparken tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuku ayrı olarak belirlemeleri çok seyrek rastlanan bir durumdur.⁴⁴ Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmadıkları durumlarda uygulanacak hukukun belirlenmesi yetkisini zımni olarak hakemlere verdikleri kabul edilmektedir.⁴⁵ Böyle bir durumda hakemlerin tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak önlerindeki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılan bir hukuku tercih etmeleri gerektiği öne sürülmüştür. Zira, varsayımsal olarak tahkim sözleşmesinin

38 Özel, s. 55.; Aynı yönde bkz.: Lehmann, s. 759.

39 Chukwumerije, s. 142.

40 Yukarıda d.n. 34-36.

41 Tang, s. 96.

42 Bernardini, s. 510.

43 Mayer, ss. 285-286.

44 Hanotiau, s. 393; Bernardini, s. 511.

45 Fazilatfar, Hossein, Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration, Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2019, s. 85.

tarafalarının aralarındaki sözleşmesel ilişkiyi geçerli kabul edecek bir hukuku tercih edecekleri söylenebilecektir.⁴⁶ Kanaatimizce hakemlerin önlerindeki tahkim sözleşmesini geçerli kabul edecek bir hukuku uygulamaları tarafların tahkim iradesini ayakta tutabilmek açısından yararlı gözükse aynı durum tahkime elverişlilik için söylenemeyecektir. Yukarıda belirtildiği üzere, tarafların salt hukuk seçimi yolu ile aralarındaki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılabilmesine şüphe ile yaklaşılması gerekir. Aynı şekilde hakemlerin de önlerindeki uyuşmazlığı tahkime elverişli kılacak bir hukuk arayışına girmelerinin makul olmayacağını değerlendirmekteyiz.

Tarafların tahkim sözleşmesine uygulanacak hukuk konusunda seçim yapmadıkları durumlarda tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ve dolayısıyla tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk olarak taraflar arasındaki esas sözleşmenin geçerliliğinin bağlı olduğu hukukun uygulanması da teklif edilmiştir.⁴⁷ Bununla birlikte, tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsız olması (*seperability*) ilkesi esas sözleşmeye uygulanacak hukukun tahkim sözleşmesine uygulanmasını engelleyecektir.⁴⁸ Ayrıca, esas sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca değil de hakemlerce belirlenmiş olduğu durumlarda bu hukukun tahkim sözleşmesinin geçerliliğine uygulanması tarafların iradesini yansıtma hususunda ilave problemler doğuracaktır.⁴⁹ Öte yandan, yukarıda tahkime elverişlilik ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselelerinin birbirinden bağımsız olduğunu ifade etmiştik. Bu bağlamda bu görüş tahkime elverişlilik meselesini tahkim sözleşmesinin geçerliliğine bağlaması nedeniyle de kabul edilmez bulunmaktadır.

B. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE TAHKİM YERİ HUKUKUNUN UYGULANMASI

Doktrinde bazı yazarlarca tahkime elverişlilik konusuna tahkim yeri hukukunun (*lex loci arbitri*) uygulanması teklif edilmiştir.⁵⁰ Tahkim yeri hukukunun hakemlerce tahkime elverişlilik meselesine uygulanmasının en önemli sebebi yargılama sonunda davayı kaybeden tarafça olası bir iptal davası açılması ihtimalinde tahkime elverişliliğe tahkim yeri ülkesi mahkemelerince karar verilecek olmasıdır.⁵¹ Örneğin, UNCITRAL Model Kanunu'nun⁵² 34. maddesinde açıkça, hakkında tahkim yolu ile karar verilen hukuki ihtilafın tahkim yeri ülkesinde tahkime elverişli olmaması halinde tahkim yeri mahkemelerince iptal kararı verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bununla birlikte, milletlerarası tahkim tatbikatında tahkim yerinin çoğunlukla yalnızca tarafların seyahat külfetini azaltmak amacıyla seçilmesi ve çoğunlukla tahkime konu olan ihtilaf ile hiçbir alakasının bulunmaması

46 Hanotiau, s. 394.

47 Hanotiau, s. 394.

48 Huysal, s. 355.; Bernardini, s. 512.; Tahkim sözleşmesinin asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi için bkz.: Akıncı, ss. 163-166.

49 Huysal, s. 355.; Bernardini, s. 512.

50 Bernardini, s. 513; Poudret/Besson, s. 284.

51 Bernardini, s. 513.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 197.; Brekoulakis, Stavros L., "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 111. (Law Applicable to Arbitrability).

52 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006, Erişim Adresi: https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf (Son erişim tarihi: 10 Kasım 2020).

sebebiyle tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanması eleştiri konusu olmuştur.⁵³ Mayer'in de ifade ettiği üzere, bir mahkeme yargıcının örneğin yabancı bir ülkenin rekabet hukukuna ilişkin bir uyuşmazlıkta verilmiş hakem kararını ilgili uyuşmazlık kendi ülkesinde tahkime elverişli olmadığı için iptal etmesini anlamak zordur.⁵⁴ Gerçekten de tahkim yeri ülkesinin taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkla hiçbir ilişkisinin olmaması pek çok tahkim yargılamasındaki vakia olsa da hakemler verecekleri kararın ayakta kalabilmesi için tahkim yeri ülkesinin kurallarına göre tahkime elverişliliğe karar vereceklerdir. Bu haklı eleştirilerin hakemlerce göz önüne alınabilmesi ancak devlet mahkemelerinin tatbikatında gerçekleşecek bir zihniyet değişikliği ile mümkün olabilecektir. Devlet mahkemelerinin tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusundaki tutumları çalışmanın devamında incelenecektir.

Öğretide, tahkim yeri hukukunun tahkime elverişliliğe uygulanmasını zorlaştıran bir husus olarak tahkim yeri hukukunda tahkime elverişliliğe uygulanacak maddi kuralların bulunmaması ihtimali gösterilmiştir.⁵⁵ Bu ihtimalde hakemlerin tahkim yeri ülkesinin kanunlar ihtilafı kurallarına başvurması gerekecektir. Örneğin, Türk hukukunda tahkime elverişlilik taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklar dışında serbest tasarruf ölçütüne göre düzenlenmiştir.⁵⁶ Türkiye'de gerçekleşen bir tahkim yargılamasında tahkime elverişlilik ön sorunu ile karşılaşan hakem heyeti bu meseleye tahkim yeri hukuku olan Türk hukukunu uygularsa bu sefer de tasarruf ehliyetine hangi hukukun uygulanacağı ön sorunu ortaya çıkacaktır. Hakem heyeti, Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre tasarruf ehliyetine uygulanacak hukuku bulup sonuçta o ülke hukukuna göre tahkime elverişliliğe karar vermiş olacaktır. Tahkime elverişlilik meselesini doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenleyen ülke hukukları bakımından böyle bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Örneğin, biri malvarlığına ilişkin tüm ihtilafları diğeri ekonomik menfaat içeren tüm talepleri tahkime elverişli kabul eden İsviçre ve Alman hukukları açısından tahkim yeri hukukunun uygulanması yeni bir uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkarmayacaktır.⁵⁷ Uygulamada da özellikle İsviçre'de gerçekleşen tahkim yargılamalarında hakemler tahkime elverişliliğe İsviçre hukukunu uygulayarak karar vermektedir.⁵⁸ Hakemlerin tahkime elverişliliği doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenleyen ülkelerde gerçekleştirdikleri tahkim yargılamalarında meseleye uygulanacak hukuk olarak tahkim yeri hukukunu tercih etmeleri bu tercihin sağladığı kolaylık açısından makul gözükmemektedir.

Tahkim yeri hukukunun teklif edilmesine gerekçe olarak bu hukukun sözleşmenin ifa edildiği yer hukuku olarak tahkim sözleşmesi ile en yakın bağlantılı hukuk oluşu da gösterilmiştir.⁵⁹ Bu yaklaşım bir kanunlar ihtilafı hukuku yaklaşımı olarak sözleşmenin konusu ve tarafları ile en yakın bağlantılı hukuk olarak tahkim yeri hukukunu gösteriyor olsa da yukarıda ortaya koyduğumuz üzere tahkime

53 **Lehmann**, s. 758.; Aynı yönde Bkz.: **Schwartz**, Eric A., "The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC", *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 9(1), 1994, s. 27.

54 **Mayer**, s. 290.

55 **Huysal**, s. 362.

56 Bkz. yukarıda s. 3.

57 **Brekoulakis**, (Law Applicable to Arbitrability), s. 101.

58 **Schwartz**, s. 29.

59 **Bernardini**, s. 513. ; **Tang**, s. 96.

elverişlilik meselesi tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız ele alınmalıdır. Bu anlamda, tahkim yeri hukuku sırf tahkimin orada gerçekleşmesine bakılarak tahkime elverişliliğe karar verirken mesele ile en yakın bağlantılı hukuku teşkil etmeyecektir. Hakemlerce tahkime elverişliliğe tahkim yeri hukukunun uygulanması en yakın bağlantılı hukuk olması sebebiyle değil salt pratik mülahazalarla, hakemlerin yargılama sonunda verdikleri kararın tahkim yeri mahkemelerince iptale konu olmaması maksadıyla mümkün olmalıdır. Bu itibarla, tahkime elverişlilik meselesine tahkim yeri hukukunun uygulanmasını teklif eden görüşler meseleyi bir maddi hukuk meselesi veyahut usul hukuku meselesi olarak vasıflandırmamakta, yargılama sonucunda verilecek kararın icra kabiliyetini devam ettirebilmesi maksadıyla görüşlerini temellendirmektedirler.

C. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE MUHTEMEL TENFİZ ÜLKESİ HUKUKUNUN UYGULANMASI

Hakemlerin verdikleri kararın icra kabiliyetini muhafaza etme kaygısının yön verdiği öğretilerdeki görüşlerden bir diğeri tahkime elverişliliğe kararın muhtemel olarak tenfiz edileceği ülkenin hukukunu uygulamaktır.⁶⁰ New York Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 2. fıkrası a bendine göre bir hakem kararının tanınması ve tenfizi, bu talebin öne sürüldüğü ülkenin kanununa göre uyumsuzluk konusunun hakemlik yolu ile çözüme elverişli bulunmaması halinde reddedilebilir. Böyle bir durumda kararın tenfiz edileceği ülke hukuku eğer kendi yerel mahkemelerine üzerinde hakem kararı verilen ihtilafa ilişkin konularda münhasır yetki tanıyor veya o konuda başka bir devlet mahkemelerinin yetkili olduğunu öngörüyorsa o kararın tenfiz edilmesi mümkün olmayacaktır.⁶¹

Tahkime elverişliliğe kararın tenfiz edileceği muhtemel ülkenin hukukun uygulanması hakemleri bazı belirsizlikler içine sürüklemektedir. Öncelikle, tahkime elverişliliğe muhtemel tenfiz ülkesi hukukunu uygulayabilmek için hakemlerin henüz yargılama başlamadan önce davayı kimin kazanacağını biliyor olması gerekecektir.⁶² Zira, hakem kararı yargılamayı kazanan tarafça tenfiz için mahkemelere sunulacaktır. Buna ilaveten, hakem kararı bir ülkede tahkime elverişsizlik sebebiyle reddedilse bile kararın tenfizi yargılamayı kaybeden tarafın malvarlığının bulunduğu başka ülkelerde de istenebilecektir.⁶³ Örneğin, Cenevre'de yürütülen bir tahkim yargılamasında taraflardan biri tahkim kararının kendi ülkesinde tenfiz edilemeyeceğini itiraz olarak öne sürmesine rağmen hakemler bu itirazı reddederek davalının muhtemel tüm tenfiz ülkeleri için kararın tenfiz edilemeyeceğini ispatlaması gerektiğine karar vermiştir.⁶⁴ Dolayısıyla, milletlerarası tahkim yargılamalarında tarafların birden fazla ülkede malvarlıklarının bulunması ihtimalinin yüksek olması nedeniyle hakemlerce tahkime elverişliliğe muhtemel tenfiz ülkesi hukukunun uygulanması pratikte pek mümkün gözükmemektedir.

60 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 198.

61 **Arfazadeh**, s. 85.

62 **Lehmann**, s. 759.

63 **Moses**, Margaret L., *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge: Cambridge University Press, 2008, s. 69.

64 **Huysal**, s. 370.

D. TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK MESELESİNDE DİĞER YAKLAŞIMLAR

Yukarıda ortaya konulduğu üzere hakemlerin tahkim yargılaması neticesinde verdikleri kararların sonraki süreçte çeşitli devlet mahkemelerinde tekrar kontrole tabi tutulma ihtimalinin yüksek olması tahkime elverişliliğe uyuşmazlıkla bağlantılı tüm hukukların uygulanmasının teklif edilmesine sebep olmuştur. Böckstiegel'e göre taraflara hem iptal davası prosedüründe hem de tenfiz davası sürecinde ayakta kalabilecek bir karar verme yönünde ahlaki yükümlülüğü bulunan hakemlerin bu prosedürlerin gerçekleşebileceği devletlerin kamu düzenine ilişkin kurallarını tahkime elverişliliğe karar verirken göz önüne alması gerekecektir.⁶⁵ Böylelikle hakemler oldukça tartışmalı olan tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesinde bir hukuk belirleyerek yeni sorunlara yol açmak yerine olası tüm hukukların ihtilafı tahkime elverişli saymasını arayarak verecekleri kararın geleceğini garanti altına alacaklardır. Zira, tahkime elverişliliğe karar verirken tek bir hukuka sıkı sıkıya bağlı kalmak sürekli olarak kendi içerisinde çelişkiler ortaya çıkarmaktadır.⁶⁶ Bu sebeple, doktrinde Schwartz'ın da ortaya koyduğu üzere özellikle Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkimi uygulamasında hakemler çoğunlukla bu görüşü benimsemekte, verdikleri kararların mümkün olan bağlantılı tüm hukuklara göre tahkime elverişli olmasına önem vermektedirler.⁶⁷ Ancak, her ne kadar hakemler verdikleri kararların tahkime elverişliliğini olabildiğince çok hukuka göre kontrol etse de neticede bu uyuşmazlık bir devlet mahkemesi önüne gelecektir. Tahkime elverişlilik meselesine uygulanacak hukuk konusunda yeknesak bir çözüm geliştirilmediği müddetçe hakemlerin verdikleri kararların devlet mahkemeleri tarafından iptal edilme ya da tenfizinin reddedilmesi ihtimali mevcudiyetini koruyacaktır.

Tahkime elverişliliği tek bir milli hukuka nispetle tespit etmek yerine önerilen bir başka görüş ise meseleye uluslararası kurallar ile karar verilmesidir. Milletlerarası tahkimde belirli bir hukuk düzeninin organı olarak hareket etmeyen hakemlerin nihai kararlarının tenfiz edilebilirliğini göz önünde bulundurarak uluslararası kamu düzeni kurallarını uygulamak suretiyle tahkime elverişliliğe karar vermesi gerekeceği söylenmektedir.⁶⁸ Buradaki teklif, yukarıda yer alan muhtemel tüm bağlantılı hukukların emredici düzenlemelerinin dikkate alınmasından ziyade bir uluslararası kamu düzeni kavramının varlığından hareket etmekte, hakemin bu uluslararası kurallar ile bağlı olduğu görüşünü savunmaktadır. Bu yaklaşımın benimsendiği örnek bir kararda tek hakem olarak yer alan Lagergren rüşvet niteliğinde olan komisyon uyuşmazlığının tahkime elverişli olmadığını muhtemel bağlantılı hukuklar olan tahkim yeri hukuku ve temel ilişkinin gerçekleştiği yer hukukuna göre tespit ettikten sonra kararını bu milli hukuklara dayandırmak yerine uyuşmazlığın tahkime elverişli olmadığına hukukun genel ilkelerine dayanarak karar vermiştir.⁶⁹ Burada hakemin böyle bir karara varmasındaki en büyük gerekçe uyuşmazlığın konusu olan rüşvet meselesinin hiçbir ülkede yargısal koruma görmeyeceği vakasıdır.

65 Böckstiegel, ss. 185-186.

66 Huysal, s. 359.

67 Schwartz, s. 30.

68 Fouchard / Gaillard / Goldman, s. 330.

69 Wetter, J. Gillis, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arbitration International* 10(3), 1994, ss. 292,294.

Hakemlerce tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda uluslararası kamu düzeni yaklaşımı meseleye uygulanabilecek birden fazla hukukun tespiti zorluğunu ortadan kaldırırsa da bu yaklaşım tahkim yeri hukukunun emredici düzenlemeleriyle bağdaşmayabilecektir.⁷⁰ Zira, tahkim yeri hukukunun var olduğu iddia edilen uluslararası kamu düzeni kurallarından daha dar bir kamu düzeni anlayışına sahip olma ihtimali her zaman mevcuttur.⁷¹ Hakemlerce, uluslararası kamu düzeni kurallarının uygulanmasıyla tahkime elverişli kabul edilen ve yargılaması yapılan bir uyuşmazlık hakkındaki tahkim kararının tahkim yeri mahkemelerinin sınırlayıcı kamu düzeni anlayışına istinaden iptal edilmesi ihtimal dışı değildir.⁷² Öte yandan hakemlerin uluslararası kamu düzeni kurallarını uygulamasıyla hakkında tahkime elverişli olmadığına karar verilen bir uyuşmazlık bir başka ülke hukukuna göre tahkime elverişli olabilecektir. Uyuşmazlık konusunun rüşvet gibi hukuki koruma sağlanamayacak bir mesele değil de tahkime elverişli olup olmadığı hukuk sistemleri arasında tartışmalı olan bir hususa ilişkin olduğu durumlar böyledir. Dolayısıyla, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunda uluslararası kamu düzeni yaklaşımı hiçbir milli hukuk tarafından koruma görmeyeceği aşikâr olan meselelerde istisnai olarak tercih edilebilecektir. Yukarıda belirtildiği üzere bu gibi durumlarda taraflarca tahkime elverişlilik itirazı öne sürülmesi bile hakemlerin re'sen tahkime elverişlilik incelemesi yapması uygun olacaktır.⁷³

Uluslararası kamu düzeni yaklaşımına ilave olarak doktrinde, tahkime elverişliliğe milletlerarası ticari tahkim uygulamasında zamanla oluşan genel prensiplere göre karar verilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Yukarıda anılan Lagergren kararı akabinde gerçekleşen tartışmalar ile oluşmaya başlayan bu yaklaşım, tahkim kararlarının külli olarak uluslararası bir kamu düzeni anlayışı ortaya çıkardığını savunmaktadır.⁷⁴ Lehmann da, her ne kadar teorik altyapısının henüz gelişmemiş olduğunu kabul etse de tahkime elverişliliğe uluslararası bir yaklaşım getiren eğilimlerin mevcudiyetinden bahsetmektedir.⁷⁵ Yazar, hakemlerin tahkime elverişliliğe karar verirken uyuşmazlıkla ve taraflarla hiçbir bağlantısı bulunmamasına rağmen Fransız ve Amerikan mahkeme içtihatlarına dayandığı birkaç kararı örnek göstermekte, bu kararlara atıf yapılmasının hukukun genel ilkeleri ile açıklanabileceğini savunmaktadır.⁷⁶ Kanaatimizce gerek uluslararası kamu düzeni yaklaşımı gerekse de uluslararası yaklaşım hakemlerce tahkime elverişliliğe uygulandığında verilen kararların akıbeti tehlikeye girmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımızda belirtildiği üzere tahkime elverişlilik meselesi yapısı itibarıyla milli hukukların düzenlemelerinden kaynaklanmakta, şu an için bu alanı düzenleyen uluslararası bir kurallar bütününden bahsedilememektedir. Bu itibarla, tahkime elverişliliğe milli hukuklar dışında bir takım uluslararası prensiplerin uygulanması, hakemlerin kendi kararları üzerinde mahkemelerce ne hüküm verilebileceğine dair kehanette bulunmalarından öteye

70 **Bernardini**, s. 514.

71 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 197.

72 **Ibid.**

73 Yukarıda d.n. 28,29.

74 **Sweet, Alec Stone / Grisel**, Florian, *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press, 2017, s. 145.

75 **Lehmann**, s. 761.

76 **Lehmann.**, s. 762-763.

geçemeyecektir.⁷⁷ Dolayısıyla, olması gereken hukuk açısından tahkime elverişliliğe uygulanacak uluslararası bir kurallar bütünü varlığı meseleyi çözüme kavuşturabilecek olsa da şu an için tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi milli hukukların hüküm sürdüğü bir alandır.

II. TAHKİME ELVERİŞLİLİK MESELESİNİN MAHKEMELERCE ÇÖZÜMLENMESİ

Tahkime elverişliliğe mahkemelerce hangi hukukun uygulanacağı sorusu hakemlerce uygulanacak hukuk sorusu kadar karmaşık olmasa da bazı tartışmalara açıktır. Konunun mahkemeler nezdinde hakemler kadar tartışmalı olmamasının sebebi mahkemelerce tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk konusunun uygulamada bir sorun olarak görülmemesi, meseleye genelde her mahkemenin kendi hukukunu (*lex fori*) uygulamasıdır.⁷⁸ Oysa, ulusal mahkemelerce milletlerarası bir mesele hakkında uygulanacak hukuk sorusu ile karşılaşıldığında vasıflandırma probleminin ortaya çıkması ihtimal dâhilindedir.⁷⁹ Ayrıca mahkemesine başvuru New York Sözleşmesine taraf ise bu durumda ilgili Sözleşme hükmünün uygulanması gerekecektir.

Tahkime elverişlilik meselesinin mahkemelerce incelenmesi bir tahkim kararı verilmeden önce, diğeri tahkim kararı verildikten sonra olmak üzere iki aşamada söz konusu olabilir. Taraflardan biri tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen uyuşmazlık hakkında devlet mahkemelerinde dava açtığında birinci ihtimal söz konusu olacak ve diğer taraf tahkim itirazında bulunduğunda mahkeme kendi yetkisine karar verirken tahkime elverişlilik üzerinde de hüküm verebilecektir. Tahkim kararı verildikten sonra mahkemelerce tahkime elverişlilik incelemesi yapılması ise iptal davası prosedüründe ya da tenfiz davası sürecinde mümkün olabilecektir. Aşağıda, mahkemelerce tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanması gerektiği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler uygulamadan örneklerle birlikte tartışılacaktır.

A. TAHKİM KARARI VERİLMEDEN ÖNCE MAHKEMELERE BAŞVURULMASI HALİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİĞE UYGULANACAK HUKUK

Tahkim kararı verilmeden taraflardan birince uyuşmazlık hakkında mahkemelere başvurulması henüz tahkim yargılaması başlamadan önce veya tahkim yargılaması başladıktan sonra ama karar verilmeden önce söz konusu olabilir. New York Sözleşmesinin 2. maddesine göre taraf devletlerin mahkemeleri, tahkim sözleşmesine bağlanmış bir uyuşmazlık hakkında kendilerine başvurulduğunda eğer uyuşmazlığın hakemlik yolu ile halledilmesi mümkün ise tahkim sözleşmesine geçerlilik tanyacaklardır. Ancak, Sözleşmede uyuşmazlığın hangi hukuka göre hakemlik yolu ile çözülmeye elverişli addedileceğine dair bir belirlemede bulunulmamıştır.⁸⁰ Bazı yazarlar, bu aşamadaki tahkime

77 **Mistelis**, Loukas A., "Arbitrability – International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?", *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, 2009, s. 15.

78 **Mistelis**, s. 12.

79 Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Nomer**, s. 38 vd.

80 Yukarıda d.n. 37.

elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesini Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliği meselesi üzerinden okumaktadırlar. New York Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir:

Bir Âkit Devlet mahkemesi, tarafların, işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir konu ile ilgili uyuşmazlıklarına el koyduğu takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları, birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder.

Bernardini, tahkime elverişlilik meselesini tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile bağlantılı kabul ettiğinden⁸¹ meseleyi tartışırken Sözleşme'nin 2. maddesinin 3. fıkrası hükmünde tahkim sözleşmesinin hangi hukuka göre geçerli ve tatbiki mümkün kabul edileceğinin belirtilmediğini söylemekte, çeşitli devlet mahkemelerinin *lex fori* ve *lex loci arbitri* arasındaki tercihlerini aktarmaktadır.⁸² Öncelikle belirtmek gerekir ki ikinci madde Sözleşme'nin en sorunlu maddelerinden biridir.⁸³ Bu maddedeki eksikliklerin sebebi olarak, maddenin Sözleşme'ye müzakerelerin son günlerinde eklenmesi ve taslağının hazırlanması için var olan sürenin oldukça kısıtlı olması gösterilmiştir.⁸⁴ Bununla birlikte, tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk meselesi açısından Sözleşme'nin 2. maddesi 3. fıkrasındaki eksiklikleri değil ilk fıkrasındaki eksiklikleri ele almamız gerekmektedir. Zira, yukarıda savunduğumuz üzere tahkime elverişlilik meselesinin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden bağımsız olarak ele alınması gerekmektedir.⁸⁵

Tahkim yargılaması henüz başlamadan önce veyahut da tahkim yargılaması sırasında kendilerine başvuru millî mahkemeler tahkime elverişlilik meselesine çoğunlukla kendi hukuklarını (*lex fori*) uygulamaktadırlar. Örneğin, Cenova Temyiz Mahkemesi, Fincantieri ve Irak Devleti arasındaki Birleşmiş Milletler'in Irak'a o dönem uyguladığı ekonomik yaptırımların oluşturduğu ihtilafların tahkime elverişli olmadığına karar verirken İtalyan ambargo kurallarını uygulamıştır.⁸⁶ Temyiz Mahkemesi, tahkime elverişliliğin bir yetki meselesi olduğunu ve davanın açıldığı mahkemenin yetkisini ancak kendi kanunlarına dayanarak reddedebileceği değerlendirmesinde bulunmuştur.⁸⁷ Dolayısıyla Mahkeme, somut olayda ekonomik yaptırımların taraflar arasında meydana getirdiği uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığına *lex fori*'yi uygulamak suretiyle karar vermiştir.

Arfazadeh'e göre de Sözleşme'nin ikinci maddesi birinci fıkrasında ele alınan tahkime elverişlilik meselesine *lex fori* uygulanacaktır.⁸⁸ Bununla birlikte, yazara göre tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanabilmesi için mahkemesine başvuru devletin hukukunda dava konusu uyuşmazlıkların

81 Bkz. yukarıda d.n. 33.

82 **Bernardini**, s. 515. ; Aynı görüşte Bkz.: **Hanotiau**, s. 399.

83 Ayrıntılı bilgi için Bkz.: **İpek**, Mertcan, "Interpretation of Article II(3) of the New York Convention", *Prof.Dr.Bülent Tahiroğlu'na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı 23(3)*, 2017, ss. 683-724.

84 **Ibid**, s. 686.

85 Yukarıda d.n. 34-36.

86 **Lew / Mistelis / Kröll**, s. 192, Kararın Künyesi: Corte di Appello Genoa, 7 May 1994, Fincantieri-Cantieri Navali Italiani SpA and Oto Melara SpA v Ministry of Defence, Armanent and Supply Directorate of Iraq, Republic of Iraq, 4 Riv Arb 505 (1994), XXI YBCA 594 (1996).

87 **Ibid**.

88 **Arfazadeh**, s. 80.

münhasır olarak o mahkemenin milletlerarası yetkisine dahil olacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.⁸⁹ Aynı görüşü savunan Brekoulakis'e göre, taraflar arasında tahkim sözleşmesi mevcutken kendilerine başvurulmuş devlet mahkemeleri tahkime elverişlilik meselesine *lex fori*'yi uygulayacak olsalar da eğer söz konusu uyuşmazlık *lex fori*'ye göre münhasır olarak o devlet mahkemelerinin yetkisinde değilse tahkim sözleşmesinin varlığı sebebiyle davayı usulden reddedeceklerdir.⁹⁰ Bu yazarlar, tahkim sözleşmesine bağlanmış bir uyuşmazlığın tahkime elverişliliğine milli mahkemelerce *lex fori*'nin uygulanmasını usul hukukundaki münhasır yetki kuralları üzerinden mümkün görmekteyler.⁹¹ Yukarıda verilen örnekte ise tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayan Cenova Temyiz Mahkemesi'nin uyuşmazlık hakkında münhasır yetkisi olup olmadığı açıkça belirtilmemiştir. Yazarların görüşüne Türk Hukuku üzerinden bir örnek vermek gerekirse, Türkiye'deki bir taşınmaz hakkında aralarında ihtilaf çıkan taraflardan biri tahkim sözleşmesinin varlığına rağmen Türk Mahkemelerinde dava açıldığında Mahkeme, Türkiye'deki taşınmazlar hakkında yetkisi münhasır nitelikte olduğundan *lex fori*'yi uygulayarak tahkim itirazını reddedebilecektir.

Kendisine başvurulmuş milli mahkemenin uyuşmazlıkla hiçbir bağlantısı yoksa tahkime elverişliliğe hangi hukuk uygulanacaktır? Brekoulakis bu durumda uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkisi söz konusu olmayan devlet mahkemelerinin tahkime elverişlilik hususunda değerlendirme yapmadan meseleyi hakem heyetinin takdirine bırakması gerekeceğini ileri sürmektedir.⁹² Bu görüşe göre, yukarıda yer alan taşınmaz üzerindeki uyuşmazlık örneğinde eğer taşınmaz Türkiye'de değil de yurt dışında bulunuyorsa Türk Mahkemelerinin yetkisi münhasır nitelikte olmayacağından tahkim itirazı ile karşılaşan hakimin tahkime elverişlilik hususunda karar vermeden uyuşmazlıktan elini çekmesi gerekecektir.⁹³ Zira, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun⁹⁴ (HMK) 413. maddesinde tahkim ilk itirazı ile karşılaşan hakimin tahkim sözleşmesi hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız değil ise itirazı kabul edip davayı usulden reddetmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Yine, MTK'nın 7/H maddesi uyarınca hakem veya hakem kurulu, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında kendisi karar verebilecektir. Buna göre, kendisine başvurulmuş devlet mahkemesi uyuşmazlık üzerinde münhasır olarak yetkili değilse tahkime elverişliliğe karar verilmesi, hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermesi (*kompetenz-kompetenz*) ilkesi⁹⁵ gereğince hakemlere bırakılmış bir mesele olmaktadır.⁹⁶

89 Arfazadeh, s. 81.

90 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 104.

91 Arfazadeh, s. 81.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), ss. 103, 104: İki yazar arasındaki fark Arfazadeh'in vurgusunun önündeki uyuşmazlık hakkında münhasır yetkisi olan bir mahkemenin uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması sebebiyle tahkim itirazını reddetmesi gerekeceği üzerine iken Brekoulakis'in vurgusunun ilgili uyuşmazlık üzerinde münhasır yetkisi olmayan bir mahkemenin tahkime elverişlilik hakkında karar veremeyeceği üzerine olmasıdır.

92 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 107. ; Aynı görüşte bkz.: Arfazadeh, s. 81.; Fazilatfar, s. 50.

93 Huysal, s. 407.

94 Hukuk Muhakemeleri Kanunu, R.G. 04.02.2011 – 27836.

95 Kompetenz-kompetenz ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Akıncı, ss. 228-230.

96 Fazilatfar, s. 50.

Neticede, tahkim kararının verilmesinden önceki aşamada kendilerine başvurulan mahkemeler tahkime elverişlilik incelemesi yaparken temelde kendi yetkilerini araştırmakta, bir kanunlar ihtilafı incelemesi yapmaksızın yetkiye dair kendi kurallarını uygulamaktadırlar. Buna göre, tahkim kararından önceki aşamada tahkime elverişlilik meselesinin usul hukukuna dair bir mesele olduğu söylenebilecektir.⁹⁷ Kanaatimizce, bu aşamada mahkemelerce tahkime elverişliliğe hangi hukukun uygulanması gerektiği yönündeki öğretilerdeki geçmiş tartışmalar, tahkime elverişlilik meselesi ile tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin bağlantılı olduğu varsayımından kaynaklanmıştır. New York Sözleşmesi'nin ikinci maddesi 1. fıkrasındaki tahkime elverişlilik meselesi ile 3. fıkrasındaki tahkim sözleşmesinin geçerliliği meseleleri birbirinden ayrıldığında tahkim kararının verilmesinden önceki aşamada tahkime elverişlilik meselesinin bir yetki sorunu olduğu bariz bir şekilde ortaya çıkmaktadır.⁹⁸

B. TAHKİM KARARI VERİLDİKTEN SONRA İPTAL VE TENFİZ DAVALARI SÜRECİNDE TAHKİME ELVERİŞLİLİğE UYGULANACAK HUKUK

Tahkim yargılaması sonuğlandığı vakit davayı kaybeden tarafın tahkim yeri ülkesi mahkemelerinde iptal davası açma ihtimali bulunmaktadır. Öte yandan, iptal davası tahkim yeri mahkemelerince reddedilse bile kaybeden taraf kararın gereğini kendiliğinden yerine getirmeyebilecektir. Tahkim yargılamasında lehine hüküm kurulan tarafın kararın karşı tarafça yerine getirilmemesi halinde hükmün icrası için kaybeden tarafın malvarlıklarının bulunduğu ülkelerden birinde tenfiz davası açması gerekecektir. Bu iki dava ihtimalinde de tahkime elverişlilik meselesi ve buna bağlı olarak tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorunu gündeme gelebilecektir.

1. İptal Davası Sürecinde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Millî hukukların çoğu kendi ülkelerinde gerçekleşen tahkim yargılamaları için bir iptal davası prosedürü düzenlemektedir. Tahkim yeri mahkemelerinde açılacak olan olası iptal davalarında millî mahkemeler çoğunlukla kendi millî hukuklarını uygulayacaklardır.⁹⁹ Bunun sebebi, devletlerin çoğunun kendi ülkelerinde gerçekleşen tahkim yargılamalarındaki iptal prosedürü açısından düzenledikleri kurallara tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanması hükmünü getiren New York Sözleşmesi 5. maddesi 2. fıkrası a bendi hükmünü yansıtan bir kuralı dahil etmesidir.¹⁰⁰ Ayrıca, pek çok devletin tahkim kanununa kaynaklık etmiş olan UNCITRAL Model Kanunu'nun 34(2)(b)(i) maddesinde hakem kararının iptali davasında iptal sebeplerinden biri olan tahkime elverişsizliğe tahkim yeri ülkesi hukukunun uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Türk Hukukunda da, MTK m. 15(A)(2)(a)'da iptal davası açıldığında bölge adliye mahkemesinin hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmadığını

97 Arfazadeh, s. 81.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 193.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 104.; Huysal, s. 397.; Fazilatfar, s. 61.

98 Huysal, s. 398.

99 Huysal, s. 412; Hanotiau, s. 402; Poudret/Besson, s. 286.

100 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 108.

tespit ettiği takdirde kararı iptal edeceği hükme bağlanmıştır. Bu durumda Türk mahkemeleri de tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayacak, dahası madde hükmünden anlaşılacağı üzere tahkime elverişliliği re'sen denetleyeceklerdir.¹⁰¹

Brekeoulakis, tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanmasına karşı takındığı eleştirel tutumu iptal davası prosedürü için de sürdürmekte, *lex fori*'nin tahkime elverişliliğe ilişkin kurallarının ancak ilgili uyuşmazlığın tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin münhasır yetkisinde olduğu hallerde söz konusu olması gerektiği fikrini savunmaktadır.¹⁰² Buna göre, ülkesinde gerçekleşen bir tahkim yargılaması için mahkemesinde iptal davası açılan hakim, söz konusu uyuşmazlığın kendi ülkesi ile bağlantısını zayıf gördüğü takdirde tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulayarak tahkim kararını iptal etmemelidir. Aynı görüşü Türkiye'de gerçekleşen tahkim yargılamaları açısından savunan Huysal'a göre de hakemlerce verilen karar somut olayda Türkiye'yle tahkim yeri olmak dışında hiçbir bağlantı içermiyor ve icrası da ülke içerisinde gerçekleşmeyecekse Türk hâkimi kararı iptal etmekten imtina edebilecektir.¹⁰³

Milletlerarası ticari tahkim uygulamasında tahkim yeri tercihleri çoğunlukla salt pratik amaçlarla yapılmakta, tahkim yargılamalarının genelinde tahkim yerinin uyuşmazlık ve tarafları ile alakası zayıf olabilmektedir.¹⁰⁴ Böyle bir durumda mahkemelerin iptal davalarında tahkime elverişlilik incelemesi yaparken milletlerarası tahkimin gereklerine uygun hareket ederek uyuşmazlığın kendi ülkeleri ile olan bağlantısına göre hareket etmesi makul olacaktır. Örneğin, Türkiye'de gerçekleşen milletlerarası tahkim yargılamaları açısından MTK'nın 15. maddesi 4. fıkrasında yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflara iptal davası açma hakkından feragat etme hakkı tanınmıştır. Buradan hareketle, en azından yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflardan birince açılacak olan olası bir iptal davasında Türk hakiminin tahkime elverişliliğe karar verirken *lex fori*'yi katı bir şekilde uygulamaması yararlı olacaktır. Zira taraflara şartları mevcutsa iptal davasından feragat imkanını sağlayan MTK'nın ilgili hükmü aynı şartların mevcudiyeti halinde tahkime elverişlilik incelemesinde geniş yorum yapılmasını meşru hale getirecektir.

2. Tenfiz Davası Sürecinde Tahkime Elverişliliğe Uygulanacak Hukuk

Tahkim yargılamasını kazanan tarafın ilgili kararın icrası için bir ülke mahkemesinde tenfiz davası açtığı durumlarda mahkemenin tahkime elverişliliğe hangi hukuku uygulayacağı hususunda neredeyse ihtilafsız şekilde *lex fori*'ye işaret edilmektedir.¹⁰⁵ Tenfiz mahkemesi hâkimi çok büyük ihtimalle kendi ülkesinin de taraf olduğu New York Sözleşmesinin tenfiz davaları açısından tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuku düzenleyen V(2)(a) maddesi ile bağlı olacaktır. İlgili madde şu şekildedir:

101 Akıncı, s. 352 vd.

102 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 108.

103 Huysal, s. 413.

104 Lehmann, s. 758.; Schwartz, s. 27.

105 Huysal, s. 409.

Hakem kararının tanınması ve tenfizi istenen ülkenin yetkili makamı tarafından aşağıdaki hallerin bulunduğu görülecek olursa, tanıma ve tenfiz talebi aynı şekilde reddolunabilir:

(a) *Tanıma ve icra isteğinin öne sürüldüğü ülkenin kanununa göre uyumsuzluk konusunun hakemlik yolu ile çözüme elverişli bulunmaması.*

Sözleşmenin bu açık hükmü karşısında tenfiz davası sırasında mahkemelerin tahkime elverişliliğe *lex fori*'yi uygulamaları gerekecektir.¹⁰⁶ Bununla birlikte, Bernardini tenfiz davasında tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk olarak tek başına *lex fori*'nin tespit edilmiş olmasına şüpheyle yaklaşmaktadır.¹⁰⁷ Yazar, tahkime elverişliliğin tahkim sözleşmesinin geçerliliğinin ön koşulu olduğu görüşünü savunduğundan tahkime elverişliliğe *lex fori* yanında tahkim sözleşmesi hangi hukuka bağlanmışsa o hukukun da uygulanması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir.¹⁰⁸ Yukarıda açıkladığımız üzere tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkime elverişliliğin birbirinden bağımsız olduğu görüşünü savunduğumuzdan bu yaklaşıma katılmamız mümkün değildir.¹⁰⁹ Diğer yandan, tahkim sözleşmesinin geçerliliğine çoğu durumda uygulanan hukuk olan tahkim yeri hukukunca iptal davası prosedüründe uyumsuzluk tahkime elverişli bulunduktan sonra tenfiz davası sürecinde tekrar tahkime elverişliliğe bu hukuka göre karar vermek hukuka uygun olmayacaktır.¹¹⁰ Bu sebeplerle, tenfiz davasında tahkime elverişliliğe *lex fori* dışında bir hukukun uygulanması mümkün değildir.

Tahkim kararlarına ilişkin olarak açılacak olan tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe *lex fori*'nin uygulanacağı konusunda tartışma olmasa da *lex fori*'nin tahkime elverişliliğe ilişkin hükümlerinin dar yorumlanması gerektiği kabul edilmektedir.¹¹¹ Bu görüşe göre, *lex fori*'nin tenfiz davalarında tahkime elverişliliğe uygulanması ancak tenfiz davasının görüldüğü ülke mahkemelerinin hakemlerin karar verdiği uyumsuzluk üzerinde münhasır yetkisi olduğu hallerde mümkün olmalıdır.¹¹² Huysal'a göre de hakem kararının tenfizinde dikkate alınması gereken durum uyumsuzluk konusunun tahkim aracılığı ile icrasına tahammül edilip edilemeyeceğidir.¹¹³ Dolayısıyla, tenfiz hâkimi önündeki uyumsuzluğun tahkime elverişli olup olmadığına *lex fori*'ye göre karar verirken bu uyumsuzluğun kendi ülkesi ile olan bağlantısını da göz önünde bulundurmalı, ülkesinin mahkemelerinin uyumsuzluk konusu üzerinde münhasır yetkisinin olmadığı hallerde tahkime elverişsizlik sebebiyle tenfiz talebini reddetmemelidir.

SONUÇ

Yukarıda önce bir tahkim yargılamasının başlangıcında tahkime elverişlilik itirazı ile karşılaşan hakemlerin bu ön sorunu hangi hukuku uygulayarak karara bağlaması gerektiği, sonrasında ise

106 Bökstiegel, s. 189.; Huysal, s. 410; Hanotiau, s. 403.; Arfazadeh, s. 85.; Lew / Mistelis / Kröll, s. 189.

107 Bernardini, s. 516.

108 Ibid.

109 Yukarıda d.n. 34-36.

110 Arfazadeh, s. 86.

111 Hanotiau, s. 403.; Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 110.

112 Brekoulakis, (Law Applicable to Arbitrability), s. 110.

113 Huysal, s. 411.

mahkemelerin aynı sorun karşısında nasıl bir çözüm yoluna gitmesi gerektiği konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler tartışıldı. Buna göre, hâlihazırda milletlerarası tahkim tatbikatında genel olarak kabul edilen görüş tahkime elverişliliğe tahkim yeri hukukunun uygulanmasıdır. Belirtildiği üzere, bu görüşün genel kabul görmesinin ve uygulamada tercih edilmesinin temel sebebi tahkime ev sahipliği yapan ülkede gerçekleşecek olası bir iptal davası prosedüründe tahkime elverişliliğe mahkemenin kendi hukukunu uygulayacak olmasıdır. Bununla birlikte, verecekleri kararların gelecekteki icrasında problem yaşanmamasını isteyen hakemlerin sadece tahkim yeri hukukunu değil aynı zamanda o kararın tenfiz edileceği muhtemel ülkelerin hukuklarını da dikkate almaları gerekecektir. Zira, New York Sözleşmesi'nde açıkça belirtildiği üzere tenfiz mahkemeleri tahkime elverişliliğe kendi hukukunu uygulamaktadır.

Sonuç olarak, milletlerarası ticari tahkimde tahkime elverişliliğe uygulanacak hukuk sorusu daha çok tahkime elverişlilik meselesini serbest tasarruf ölçütüne göre düzenleyen hukuklar ve bu hukukların uygulandığı ülkeler açısından gündeme gelmektedir. Tahkime elverişliliği doğrudan bir maddi hukuk kuralı olarak düzenleyen milli hukuklar açınsındansa uygulanacak hukuk sorusu ortaya çıkmamaktadır. Bu anlamda, tahkime elverişliliğe ilişkin uluslararası kurallar ihdas edilmediği müddetçe meseleyi çözüme kavuşturacak en basit çözüm her bir milli hukukun tahkime elverişliliği doğrudan maddi hukuk kuralları ile düzenlemesi olacaktır. Böyle bir durumda hakem veya hâkim tahkime elverişlilik meselesini bir maddi hukuk uyuşmazlığı gibi ele alabilecek ve tarafların hukuk seçimi veya ilgili kanunlar ihtilafı kuralına göre uygulanacak hukuku belirleyebilecektir.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ziya**, Milletlerarası Tahkim, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2020.
- Arfazadeh, Homayoon**, "Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisited," *Arbitration International* 17(1), ss. 73-88, 2001.
- Bantekas, Ilias**, "The Foundations of Arbitrability in International Commercial Arbitration," *The Australian Year Book of International Law* 27(1), ss. 193-223, 2008.
- Bernardini, Piero**, "The Problem of Arbitrability in General", Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards – The New York Convention in Practice(ed. Gaillard, Emmanuel / di Petro, Domenico) içinde, ss. 503-522. İngiltere: Cameron May Yayıncılık, 2008.
- Blessing, Marc**, "Arbitrability of Intellectual Property Disputes", *Arbitration International* 12(2), ss. 191-222, 1996.
- Born, Gary**, International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 2014.
- Böckstiegel, Karl Heinz**, "Public Policy and Arbitrability", Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration(ed. Pieter Sanders) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 177-204, 1987.
- Brekoulakis, Stavros L.**, "Law Applicable to Arbitrability: Revisiting the Revisited Lex Fori", Arbitrability: International and Comparative Perspectives(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 99-119, 2009.
- Carbonneau, Thomas E.**, "The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements", *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 36, ss. 1189-1232, 2003.
- Carbonneau, Thomas E. / Janson, Francois**, "Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability", *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2, ss. 193-222, 1994.

- Chukwumerije, Okezie**, Choice of Law in International Commercial Arbitration, Doktora Tezi, Osgoode Hall Law School – York University, 1992. Erişim Adresi: <https://search.proquest.com/docview/304007255> (Son erişim tarihi: 24 Mart 2020)
- Fazilatfar, Hossein**, Overriding Mandatory Rules in International Commercial Arbitration, Cheltenham, Birleşik Krallık: Edward Elgar Publishing, 2019.
- Fouchard, Philippe / Gaillard, Emmanuel / Goldman, Berthold**, Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague: Kluwer Law International, 1999.
- Hanotiau, Bernard**, “What Law Governs the Issue of Arbitrability?”, *Arbitration International* 12(4), ss. 391-404, 1996.
- Huysal, Burak**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- İpek, Mertcan**, “Interpretation of Article II (3) of the New York Convention”, *Prof.Dr.Bülent Tahiroğlu’na Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı* 23(3), ss. 683-724, 2017.
- Kirry, Antoine**, “Arbitrability: Current Trends in Europe”, *Arbitration International* 12(4), ss. 373-390, 1996.
- Lehmann, Matthias**, “A Plea for a Transnational Approach to Arbitrability in Arbitral Practice”, *Columbia Journal of Transnational Law* 42, ss. 753-776, 2004.
- Lew, Julian D. M. / Mistelis, Loukas A. / Kröll, Stephan**, Comparative International Commercial Arbitration. The Hague: Kluwer Law International, 2003.
- Mayer, Pierre**, “Mandatory Rules of Law in International Arbitration”, *Arbitration International* 2(4), ss. 274-293, 1986.
- Mistelis, Loukas. A.**, “Arbitrability – International and Comparative Perspectives: Is Arbitrability a National or an International Law Issue?”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, Loukas A. / Brekoulakis, Stavros L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 1-18, 2009.
- Moses, Margaret L.**, The Principles and Practice of International Commercial Arbitration, Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Nomer, Ergin**, Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul: Beta Yayıncılık, 2018.
- Özel, Sibel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2008.
- Pamboukis, Charalambos**, “On Arbitrability: The Arbitrator as a Problem Solver”, *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*(ed. Mistelis, L. A. / Brekoulakis, S. L.) içinde, The Hague: Kluwer Law International, ss. 121-142, 2009.
- Papeil, Anne Sophie**, “Conflict of Overriding Mandatory Rules in Arbitration”, *Conflict of Laws in International Arbitration* (ed. Ferrari, Franco ve Kröll, Stephan) içinde, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, ss. 341-378, 2010.
- Poudret, Jean-François / Besson, Sébastien**, Comparative Law of International Arbitration, London: Sweet & Maxwell, 2007.
- Sammartano, M. Rubino**, International Arbitration Law and Practice, The Hague: Kluwer Law International, 2001.
- Schwartz, Eric A.**, “The Domain of Arbitration and Issues of Arbitrability: The View from the ICC”, *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* 9(1), ss. 17-46, 1994.
- Sweet, Alec Stone / Grisel, Florian**, The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Şanlı, Cemal**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk (Esasa Uygulanacak Hukuk), Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986.
- Şanlı, Cemal**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları (Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması), İstanbul: Beta Yayınları, 2019.

- Tang, Zeng Sophia**, *Jurisdiction and Arbitration Agreements in International Commercial Law*, London: Routledge, 2014.
- Weigand, Frank-Bernd**, *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*. Oxford: OUP Oxford, 2009.
- Wetter, J. Gillis**, "Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: The Authentic Text and True Meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110", *Arbitration International* 10(3), ss. 277-294, 1994.

Telif Hukuku ve Haksız Rekabet Hukuku Çerçevesinde Eser Adlarının Korunması

Protection of Works' Titles under Copyright Law and Unfair Competition Law

Ozan Ali YILDIZ* 

Öz

Fikir ve sanat eserleri genellikle bir ad altında umuma arz edilirler. Eserin adını belirleme yetkisi eser sahibine aittir. Eser sahibinin izni olmadıkça eser adında kısaltmalar, eklemeler veya başkaca değişiklikler yapılamaz.

Eser adları, eser sahibinin hususiyetini taşıması halinde, eserin bütününden bağımsız olarak; bir edebi eser gibi korunabilir. Eser sahibi, bu nitelikteki eser adlarını bağımsız bir hak konusu haline getirebilir ve bunlar üzerindeki hakların ihlali halinde FSEK m. 66 ve devamında düzenlenen talepleri ileri sürebilir.

Eser adları, haksız rekabet hükümleri kapsamında da korunmaktadır. FSEK m. 83'e göre, bir eser adının karıştırılmaya neden olabilecek şekilde bir başka eserde kullanılması haksız rekabet teşkil eder. Ancak bir eser adının bu kapsamda korunabilmesi için ayırt edici nitelikte olması ve umumen kullanılan adlardan olmaması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Eser Adı, Telif Hukuku, Hususiyet, Haksız Rekabet, Ayırt Edicilik

Abstract

Intellectual and artistic works are usually presented to the public under a name. The authority to determine the name of the work belongs to the author. No abbreviations, additions or other changes may be made to the name of the work without the permission of the author.

If the works' title is original, such title may be protected like a literary work. The author may claim a legal protection for such titles as a right independent from the work itself and, the author may claim legal remedies set out in Article 66 in case of violation of the rights on such titles.

The titles of the works are also protected under unfair competition provisions. According to article 83 of the Law on Intellectual and Artistic Works, the use of the name of a work in another work in a way that may cause confusion constitutes unfair competition. However, in order for a work title to be protected in this context; it must be distinctive and it should not be one of the commonly used names.

Keywords: Works' Title, Copyright, Originality, Unfair Competition, Distinctiveness

* Avukat (İstanbul Barosu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, E-Mail: ozanali.yildiz@hotmail.com

GİRİŞ

Eser adı, eseri tanıtmaya ve onu benzerlerinden ayırt etmeye yarayan işarettir. Gerekli nitelikleri haiz olmaları halinde, eser adları, telif hukuku ve haksız rekabet hukuku çerçevesinde korunabilir. Çalışmamızda her iki hukuk dalının eser adları için öngördüğü koruma mekanizmaları ele alınacaktır.

Çalışmanın birinci bölümünde telif hukuku koruması için gerekli koşullar ve korumanın kapsamı ile ilgili açıklamalar yapılacak; ikinci bölümde ise haksız rekabet hükümlerince öngörülen koruma mekanizması ele alınacaktır. İkinci bölümde yeri geldikçe telif hukuku koruması ile karşılaştırmalar da yapılacaktır. Böylece hem eser sahibinin başvurabileceği koruma mekanizmaları hakkında bilgi verilmiş olacak hem de bunlar arasındaki farklılıklara değinilecektir.

I. ESER ADLARININ TELİF HUKUKU ÇERÇEVESİNDE KORUNMASI

A. ESER ADININ BELİRLENMESİ VE DEĞİŞİKLİKLERE KARŞI KORUNMASI

Eser sahibi, meydana getirdiği esere bir ad verebileceği gibi eseri adsız olarak da umuma arz edebilir. Nihayet bir tablonun güzel sanat eseri olarak nitelendirilmesi veya bir şiirin edebi eser olarak kabulü için bir ada sahip olması gerekmez. Ancak eserin daha iyi tanıtılabilmesi ve benzerlerinden ayırt edilebilmesi amacıyla genelde bir adla umuma arz edilmesi tercih edilmektedir. Bu adı belirleme yetkisi eser sahibine aittir¹.

Eser sahibi kendi belirlediği bu adın değiştirilmesine engel olabilir. Bunun kanuni dayanağı FSEK m. 16'da düzenlenen, eserde değişiklik yapılmasını önleme hakkıdır. Anılan hükme göre eserde değişiklik yapılması, kural olarak, eser sahibinin iznine tabidir. Eser adı, eserin bir parçası olduğu için eserde değişiklik yapılmasına ilişkin bu sınırlama eser adında yapılacak değişiklikler açısından da geçerlidir². FSEK m. 16/1'e göre, eser sahibinden mali hakları devralanlar ve/veya eserin aslının malikleri, eser sahibinin izni olmadıkça, eser adında kısaltmalar, eklemeler veya başkaca değişiklikler yapamaz. Ayrıca eser sahibi, eserde değişiklik yapılmasına kayıtsız ve şartsız olarak izin vermiş olsa dahi, kendi şeref ve haysiyetini zedeleyen veya eserin mahiyetini ve hususiyetini bozan her türlü değişikliğe engel olabilir (FSEK m. 16/3).

İlkesel olarak, eser adında yapılacak her değişikliğin bu hakkı ihlal edeceği söylenebilir; değişikliğin küçük veya büyük olmasına bakılmaz³. Buna karşılık, somut olayın şartları çerçevesinde değerlendirilmek kaydıyla, eserin bütünlüğünü bozmayan bazı ufak değişikliklerin eser sahibinin haklarını ihlal ettiğini ileri sürmek dürüstlük kuralına aykırı sayılabilir⁴. Sözgelimi, eser adındaki ufak bir imla hatasının düzeltilmesi FSEK m. 16'ya aykırı görülmemelidir.

1 Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007, s. 405; Öztan, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008, s. 753.

2 Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012, § 10, n. 19; Tosun, Yalçın, Manevi Haklar, İstanbul, 2016, s. 143.

3 Tosun, s. 143.

4 Tosun, s. 143.

B. ESER ADLARININ ESERİN BÜTÜNÜNDEN BAĞIMSIZ ŞEKİLDE KORUNMASI

I. Genel Olarak

Gerek Kıta Avrupası⁵ gerekse Anglo-Amerikan⁶ telif hukuku siteminde, eser adlarının eserin bütününden bağımsız şekilde korunabileceği kabul edilmektedir. Hatta bazı ülkelerde bu koruma, ilgili kanunlarda açıkça düzenlenmiştir. Örneğin İsviçre Telif Hukuku Kanunu m. 2/4'e göre, sahibinin hususiyetini taşıyan⁷ eser adları bağımsız bir eser gibi korunabilir⁸. Fransada da Fikri Mülkiyet Kanunu'nun L.112-4 maddesinde benzer bir hükme yer verilmiş ve "orijinal" eser adlarının bağımsız bir eser gibi korunabileceği düzenlenmiştir.

Türk hukukunda ise, eser adlarına ilişkin tek açık düzenleme FSEK m. 83 hükmüdür ve bu hüküm eser adlarının haksız rekabete neden olacak şekilde kullanılmasını önlemeyi amaçlamaktadır. Eser adlarının telif hukuku çerçevesinde bağımsız bir eser gibi korunup korunamayacağı ise öğretide tartışmalıdır. Dolayısıyla telif hukuku korumasının eser sahibine tanıyacağı haklara değinmeden önce Türk hukuku açısından böyle bir korumanın mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

Öğretide bazı yazarlar, ne kadar "orijinal" olursa olsun eser adlarının ayrı bir mutlak hak konusu haline getirilemeyeceğini savunmaktadır⁹. Yargıtay'ın da – istikrar kazanmış olmamakla birlikte – bu görüşü destekler nitelikte bir kararı bulunmaktadır¹⁰.

Bazı yazarlar ise, FSEK m. 83'te eser adlarının korunmasına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmesinden ve bu düzenlemede haksız rekabet hükümlerine atıf yapılmış olmasından hareketle eser adlarının telif hukuku çerçevesinde korunmayacağını; yalnızca haksız rekabet hükümlerince korunabileceğini savunmaktadır¹¹. Bu görüşü savunanlardan *Öztan*'a göre, eser adları haksız rekabet hükümlerince korunduğu için telif hukuku korumasına ihtiyaç bulunmamaktadır¹². Oysa, aşağıda

5 İsviçre hukukunda bu yönde bkz. CR PI-Dessementet, Art. 2 LDA, n. 64-65; Barrelet, Denis / Egloff, Willi, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, Berne, 2008, Art. 2, n. 27-28. Fransız hukukunda bu yönde bkz. Marino, Laure, "Titres des Oeuvres", *JurisClasseur*, Fasc. 1158, 28 Temmuz 2015, n. 6; Chamagne, Catherine, "La Protection des Titres d'Ouvrages", *LEGICOM*, N. 24, 2001, s. 52. Belçika hukukunda bu yönde bkz. Van Bunnem, Louis, "La Protection des Oeuvres Courtes, Titres d'Ouvrages et Formules Publicitaires", *Auteurs & Media*, 2004/2, s. 122; De Visscher, Fernand / Michaux, Benoit, *Précis du Droit d'Auteur et des Droits Voisins*, Bruxelles, 2000, n. 33; Berenboom, Alain, *Le Nouveau Droit d'Auteur*, 4ème édition, Bruxelles, 2008, n. 49; Buydens, Mireille, *L'Application des Droits de Propriété Intellectuelle*, Genève, 2014, s. 245-246.

6 Bkz. Kamina, Pascal, *Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles*, Issy-les-Moulineaux, 2017, n. 83.

7 Anılan hükümde eser adının bireysel nitelik (*caractère individuel*) taşıması gerektiği belirtilmiş olup bu unsurun Türk hukukundaki karşılığı eserin, eser sahibinin hususiyetini taşımasıdır.

8 İsviçre öğretisinde, bu açık düzenleme öncesinde de eser adlarının eserden bağımsız şekilde korunabileceği kabul edilmekteydi. Bkz. Cherpillod, Ivan, *Le Droit d'Auteur en Suisse*, Lausanne, 1986, s. 20.

9 Çöl, Hüseyin Cem, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'na Göre Eser Dışında Koruma Konuları", *AÜHFĐ*, C. 52, S. 4, 2003, s. 368; Karaman Odabaşı, Fatma, *Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması*, Ankara, 2015, s. 112; Güneş, İlhami, *Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku*, 2. Baskı, Ankara, 2015, s. 293.

10 "...eser adları tek başına FSEK kapsamında ve eser bağlamında korunamayacağı gibi FSEK 83. madde anlamında "Usta Kulübü" ibaresini yaygın bir şekilde ve tanımlayıcı olarak kullandığı; bu sebeple ayırt edici bir vasfının olmadığı..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.11.2017, E. 2016/4147, K. 2017/6075 (Yargıtay Karar Arama).

11 Kılıçoğlu, Ahmet M., "Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar", Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan, Cilt II, İzmir, 2013, s. 121; Ateş, s. 417; Öztan, s. 118.

12 Öztan, s. 118.

da açıklayacağımız üzere, haksız rekabet hükümleri çerçevesinde sağlanacak koruma ile telif hukuku koruması; korumanın amacı, koşulları, kapsamı ve eser sahibine tanınan haklar yönünden farklılık göstermektedir. Dolayısıyla bu koruma mekanizmaları birbirlerini dışlamaz. Başka bir deyişle, eser adlarının haksız rekabet hükümlerince korunuyor olması bunlara telif hukuku kapsamında bir koruma sağlanmasına engel oluşturmaz¹³.

Bizim savunduğumuz görüşe göre, eser adları, eserin bir parçasıdır ve FSEK'te eser parçaları için öngörülen koruma bunlar için de geçerlidir. FSEK m. 13/2'e göre, eser sahibine tanınan hak ve yetkiler eserin parçalarını da kapsar. Bir eserin parçaları, eserin bütününden ayrıldıklarında dahi eser sahibinin hususiyetini taşıyorsa, bağımsız bir eser gibi korunabilir¹⁴. Dolayısıyla eser adları da eser sahibinin hususiyetini göstermeleri halinde bağımsız bir eser gibi korunabilmelidir¹⁵.

Bir eser adının, eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı eserin meydana getirildiği ana göre belirlenir¹⁶. Bu nitelik, eserin meydana getirildiği anda bulunmuyorsa sonradan kazanılamaz¹⁷ veya başlangıçta hususiyet taşıyan eser adının daha sonra yaygın şekilde kullanılmış olması bu niteliğini ortadan kaldırmaz¹⁸.

Eser sahibinin hususiyetini taşıyan eser adları (parçaları) bağımsız bir hak konusu haline getirilebilir veya bunların eser sahibinden izin alınmadan kullanılması halinde fikri hakların ihlaline dayalı talepler ileri sürülebilir¹⁹. Fikri hakların ihlalden söz edebilmek için karıştırılma ihtimalinin varlığı aranmaz²⁰; eser adının izinsiz şekilde kullanılmış olması yeterlidir. Örneğin eser adının marka olarak tescil edilmesi²¹, işletme adı olarak kullanılması veya bir reklam sloganı haline getirilmesi²² gibi kullanımlar karıştırılma ihtimaline neden olmasa dahi fikri hakları ihlal eder.

13 **Belgesay, Mustafa Reşit**, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1956, s. 19.

14 **Öztrak, İlhan**, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2. Baskı, Ankara, 1977, s. 38; **Öztan**, s. 105; **Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017, s. 60. Yargıtay bir kararında konuya ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştır: "...5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca, bir eser korumasından yararlanabilmek için ortaya çıkan eserin mutlaka Kanun'da sayılan eser türlerinden birine girmesi gerektiği gibi, ortaya çıkan eserlerde ise korunan unsur, eserin arkasındaki duygu ve düşünce olmayıp, o düşüncenin ifade edildiği şeklidir. Her hangi bir ifadenin eser kapsamında korunabilmesi için de eserin tümü ya da koruma talep edilen parçasının FSEK m. 1/B-a uyarınca, sahibinin hususiyetini taşıması gerekmektedir..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 17.7.2017, E. 2016/9284, K. 2017/4126 (Yargıtay Karar Arama).

15 **Öztrak**, s. 38; **Nal / Suluk** (Karasu), s. 59. Bazı yazarlar ise, eser adlarını eserin bir parçası olarak nitelemekle birlikte, bizimle aynı sonuca ulaşmakta ve eser sahibinin hususiyetini taşıyan eser adlarının bağımsız bir eser gibi korunabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **Belgesay**, s. 19; **Ayiter, Nuşin**, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981, s. 84; **Bellican, Cüneyt**, "Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından 'Hususiyet' Kavramı", İKÜHFHD, C. 7, S. 1, 2008, s. 81.

16 **Colombet, Claude**, "L'Evolution de la Jurisprudence sur la Protection des Titres d'Oeuvres de l'Esprit par la Loi du 11 Mars 1957", Mélanges Offererts à Albert Chavanne, Paris, 1990, s. 216; **Pollaud-Dulian, Frédéric**, Le Droit d'Auteur, 2ème édition, Paris, 2014, n. 260.

17 **Cherpillod**, s. 20, dn. 45.

18 **Pollaud-Dulian**, n. 260.

19 **Ayiter**, s. 106; **Erel, Şafak N.**, Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009, s. 119; **Nal / Suluk** (Karasu), s. 53.

20 **Gautier, Pierre-Yves**, Propriété Littéraire et Artistique, 8ème édition, Paris, 2012, n. 64.

21 **Yıldız, Ozan Ali**, "Telif Hakkına Dayalı Marka Tescil İtirazı", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, 2019, Prof. Dr. Ali Necip Orta'nın Armağanı, s. 2425.

22 **Chamagne**, s. 53.

2. Eser Adının Hususiyet Göstermesi

a. Edebi Eserlerde Hususiyetin Belirlenmesi

Eserin türü ne olursa olsun adı sözcüklerden ve/veya rakamlardan oluştuğu için eser adları edebi eser (FSEK m. 2) olarak sınıflandırılacaktır²³. Bunun bir sonucu olarak da bir eser adının sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı yani özgün nitelikte olup olmadığı tespit edilirken edebi eserlere özgü kriterler çerçevesinde değerlendirme yapılmalıdır.

Edebi eserlere sahibinin hususiyetini katacak şeyler; kompozisyon ve/veya ifade şeklidir²⁴. Kompozisyon; fikirlerin sıralanışı, bunlar arasında bağlantı kurma şekli ve benzeri unsurlardan oluşur²⁵. İfade şekli ise; sözcük seçimi, kullanılan tamlamalar veya metaforlar, sentaks gibi unsurlar sayesinde özgün hale gelir²⁶.

İlkesel olarak, eser adlarının eserin bütününden bağımsız olarak korunabileceğini kabul etmekle birlikte az sayıda sözcük veya rakam içeren bu metinlerin eser sahibinin hususiyetini yansıtmamasının kolay olmadığını da belirtmek gerekir²⁷. Zira bu tür kısa metinlerde özgün bir kompozisyon ve ifade şekli ortaya koymak güçlük gösterir. Ancak denebilir ki; beklenmedik metaforlar, alışıldık olmayan tamlamalar veya eser sahibinin yarattığı (*ex nihilo*) kelimeler ya da isimlerden oluşan eser adları, kompozisyon veya ifade şekli açısından özgün bir niteliğe sahip olacağı için bunların telif hukuku kapsamında korunma ihtimali daha yüksektir²⁸.

Örneğin “*Kürk Mantolu Madonna*” romanının eser sahibinin hususiyetini taşıyan bir ada sahip olduğu söylenebilir. Yazar Sabahattin Ali, milattan önce yaşadığı zannedilen Madonna (Meryem Ana)’ya, bir modern çağ kostümü olan kürk mantoyu giydirerek bu iki unsur arasında alışılmadık ve anakronik bir ilişki kurmuştur. Bu da eser adını telif hukuku kapsamında korunmaya değer kılmaktadır. Yine Ahmet Hamdi Tanpınar’ın “*Saatleri Ayarlama Enstitüsü*”, Ece Ayhan’ın “*Meçhul Öğrenci Anıtı*”, İhsan Oktay Anar’ın “*Puslu Kıtalar Atlası*” adlı eserlerinin de eser sahibinin hususiyetini taşıyan birer eser adına sahip olduğu ve bu eser adlarının asıl eserden bağımsız olarak da korunabileceği kanaatindeyiz²⁹.

Fransız hukukunda konuya ilişkin birçok mahkeme kararı bulunmaktadır. Telif hukuku çerçevesinde korunabileceği kabul edilen eser adlarından bazıları şunlardır: *L’empreinte de l’Ange* (Meleğin İzi)³⁰,

23 **Linant de Bellefonds, Xavier**, *Droits d’Auteur et Droits Voisins*, 2ème édition, Paris, 2004, n. 234; **Barrelet / Egloff**, Art. 2, n. 28; **Bellican**, s. 81; **Nal / Suluk** (Karasu), s. 59.

24 **Caron, Christophe**, *Droit d’Auteur et Droits Voisins*, 4ème édition, Paris, 2015, n. 124; **Sirinelli, Pierre**, *Propriété Littéraire et Artistique*, 3ème édition, Paris, 2016, s. 23.

25 **Caron**, n. 124.

26 **Caron**, n. 124.

27 CR PI-**Dessemontet**, Art. 2 LDA, n. 65; **Buydens**, s. 245-246; **Ayiter**, s. 84.

28 **Marino**, n. 32.

29 Bu eser adları – konunun daha iyi anlaşılabilmesi adına – örnek olarak sayılmış olup eser sahibinin hususiyetini taşıdıkları yönündeki değerlendirme kişisel görüşümüzdür. Somut uyumsuzlukta mahkemeler, bir fikir ürününü eser sahibinin hususiyetini taşıyıp taşımadığı tespit edebilmek için genellikle bilirkişilerden yararlanmaktadır. Zira bu, hakimın hukuk bilgisi ile çözebileceği bir husus olmayıp konunun uzmanı bilirkişiler tarafından değerlendirilmesi gerekmektedir.

30 CA Paris, pôle 5, Ch. 2, 19 Haziran 2009, N° 09/06122 (LexisNexis JurisClasseur: JurisData n° 2009-009443).

Les Ailes du Désir (Arzunun Kanatları)³¹, *La Septième Face de Dé* (Zarın Yedinci Yüzü)³², *Tarzan*³³, *Astérix*³⁴, *Clochemerle*³⁵...

b. Çeviri Eserlerde Hususiyetin Belirlenmesi

Başka bir veya birden çok eserden istifade suretiyle meydana getirilip de bu eser veya eserlere nispetle bağımsız olmayan ve işleyenin hususiyetini taşıyan fikir ve sanat ürünlerine işlenme eser denir. İşlenme eser üzerindeki hakların sahibi, onu meydana getirendir. Çeviri de bir tür işlenme eserdir (FSEK m. 6/1-1). Bu çerçevede bakıldığında, bir çeviri, çevirmenin hususiyetini taşıyorsa yeni bir eser meydana getirmiştir ve bu çeviri üzerindeki fikri haklar çevirmene ait olacaktır³⁶.

Bir çevirmenden beklenen, işlenecek metni anlamını muhafaza ederek başka bir dile aktarmaktır. Çevirmen; çeviriyi yaptığı dildeki sözcük veya deyim tercihleri, kullandığı gramer yapısı gibi unsurlar sayesinde çeviriye hususiyetini katabilir. Bu anlamda çevirmen, geniş bir yaratıcılık alanına sahip değildir. Çeviride hususiyetin varlığı irdelenirken bu husus göz önünde tutulmalı ve çok katı bir değerlendirme yapılmamalıdır³⁷.

Bir eserin bütünü gibi eserin adı da çevirmenin hususiyetini taşıyan bir çeviri eser niteliğinde olabilir³⁸. Örneğin Avusturyalı yazar Stefan Zweig'in "*Sternstunden der Menschheit*" adlı kitabının Türkçe çevirisini konu alan bir uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi eser adının çevirisini yaratıcı bulmuştur. Karara konu olayda, davacının murisi Zweig'in bu kitabını dilimize çevirmiş ve eser adı olarak da "*Yıldızın Parladığı Anlar*" ifadesini kullanmıştır. İlk derece mahkemesi, alınan bilirkişi raporu doğrultusunda, bu ifadenin "*tamamen çevirmenin kendi kişisel yorumuyla oluşturulmuş ve orijinal isme göre ayırd ediciliği bulunan özel bir niteleme*" olduğuna ve "*Çevirmenin kendi çevirisi ve çevirinin ismi üzerinde işleme eser sahibi olarak maddi ve manevi haklara sahip*" olduğuna karar vermiştir³⁹. Mahkemenin bu yaklaşımının isabetli olduğu kanaatindeyiz. Gerçekten de eser adı

31 TGI Paris, Ch. 3, Sec. 3, 25 Ocak 2013 (Légipresse 2013, n° 304).

32 CA Paris, Ch. 4, 12 Ocak 1984.

33 TGI Paris, 10 Temmuz 1973 (Daloz 1974, s. 32).

34 TGI Paris, 17 Ocak 1989 (PIBD 1989, s. 333).

35 CA Lyon, Ch. 1, 5 Temmuz 1979 (LexisNexis JurisClasseur: JurisData n° 1979-699787).

36 Çevirmen, eseri çevirmekle, başkaca bir işleme gerek kalmaksızın çeviri üzerindeki fikri hakları elde eder. Ancak bu haklardan ekonomik yarar sağlayabilmesi için istifade edilen yani çevirisi yapılan eser sahibinden işleme hakkını veya bu hakkı kullanma yetkisini devralması gerekir. Bkz. **Tekinalp**, § 11, n. 1.

37 "...çevirisi yapılan metinler arasında önemli farklılıklar bulunduğu, dava konusu çevirinin bir edebi eser ya da roman olmayıp bilimsel bir eser olması nedeniyle bu tür çevirilerde birebir karşılıklar bulunarak herhangi bir anlamsal farklılık yaratmadan birebir çevirinin yapılması gerektiği, çevirmenlerin tutumlarının benzer olmadığı, birinci çevirinin İngilizce söz dizimine ve kaynak metin normlarına daha çok bağlı kaldığı, ikinci çevirinin ise Türkçe dil ve anlatım olanakları lehine daha çok yerelleştirme yapılarak oluşturulduğu, önemli oranlarda çevirmen çözümlerinin sunulduğu ve aralarında önemli farklılıklar bulunduğu, intihal iddiasının sabit olmadığı, mevcut benzerliğin çevrilen eserin aynı eser oluşu, çevirinin bilimsel eser olmasından ve çeviri kurallarından kaynaklandığı..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 24.1.2013, E. 2011/1584, K. 2013/1558 (Yargıtay Karar Arama).

38 **Marino**, n. 33.

39 Yargıtay ilk derece mahkemesinin bu tespitlerini isabetli bulmuş ancak murisin birden çok mirasçısı olması ve tüm mirasçıların davaya iştirakinin sağlanamaması sebebiyle kararı bozmuştur. Yargıtay'ın kararı bozma gerekçesi şu

çevirmenin kişisel yorumuyla dilimize kazandırılmış ve çevirmenin hususiyetini taşıyorsa, telif hukuku çerçevesinde korunabilmelidir.

Eser adlarının yaratıcılık içermeyen bir çeviri ile dilimize kazandırılması halindeyse bunların hususiyet taşıdığı ve telif hukuku çerçevesinde korunacağı söylenemez. Örneğin Fransız şair Charles Baudelaire'in "*Les Fleurs du Mal*" adlı eserinin dilimize "*Kötülük Çiçekleri*" şeklinde çevrilmesi yaratıcı bir çaba içermez. "*Kötülük Çiçekleri*" eserin orijinal adının kelimesi kelimesine yapılmış bir çevirisinden ibarettir. Bu durumda çevirmen, eser adı üzerinde ayrıca bir hak elde edemez.

3. Koruma Süresi

Eser adının telif hukuku çerçevesinde korunmaya değer görülmesi halinde eser sahibi bu ad üzerinde manevi ve mali haklar elde eder. Manevi haklar açısından bir süre sınırlaması olmasa⁴⁰ da mali haklara ilişkin koruma süreye sınırlıdır.

Mali haklara ilişkin koruma süresi FSEK m. 26-27 hükümleriyle düzenlenmiştir. Buna göre mali haklar eser sahibinin yaşamı boyunca ve ölümünden itibaren 70 yıl boyunca korunur (FSEK m. 27/1). Eser sahibinin ölümünden sonra başlayan 70 yıllık süre; eser sahibinin öldüğü yılı takip eden yılın ilk gününden itibaren hesaplanır (FSEK m. 26/6).

Korunan eser adının bir çeviri niteliğinde olması halinde, koruma süresi hesaplanırken istifade edilen eser sahibinin ölüm tarihi değil; çevirmenin ölüm tarihi referans alınmalıdır. Çünkü bir eserin aslı ile çevirisi için tanınan koruma süreleri birbirine tabi değildir (FSEK m. 26/2).

şekildedir: "...Mahkemeye, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre, "Yıldızın parladığı anlar" isminin çevirmenin tamamen kendi kişisel yorumuyla oluşturduğu FSEK 83 anlamında ayırt edici özelliği bulunan bir niteleme olduğu, çevirmenin kendi çevirisi ve çevirinin ismi üzerinde işleme eser sahibi olarak maddi ve manevi haklara sahip olduğu, eserin başka çevirmenlerce Türkçeye çevrilmesi durumunda orijinal isme ve kitabın içeriğine uygun başka bir isim kullanmaları gerektiği ancak kitabın daha önceki isimle yayımlanıp tanınması nedeniyle bundan istifade edilmek isteniyorsa bu ismi oluşturan çevirmen veya mali hak sahibi olan mirasçılardan izin alınması gerektiği, somut olayda da davacı murisinin özgün çevirisiyle kitabın Türkiye'de "Yıldızın Parladığı Anlar" ismiyle tanındığı, davalı tarafından ismin davacının murisine ait olduğunun belirtilmesiz kullanılmasının eser üzerindeki maddi ve manevi haklara tecavüz ettiği, FSEK 19. maddesine göre de mirasçılardan dava açma hakkı olduğu gerekçesiyle 1000 TL maddi, 3000 TL manevi tazminatın davalıdan tahsiline, yayımlanacak yeni eserlerde "Yıldızın Parladığı Anlar" isminin kullanılmasının önlemesine, ilan talebinin reddine karar verilmiştir.

Karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir.

1) Dosya içerisindeki bilgi ve belgelere mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2) Davadaki maddi tazminat talebi yönünden yapılan incelemeye gelince; murisin tazminat hakkı mirasçılar arasında iştirak halinde alacak olup, müteselsil alacak değildir. Bu nedenle bir mirasçının, murisin tazminat hakkına dayanarak tek başına tazminat istemesi mümkün değildir. Maddi tazminat davasının ya tüm mirasçılar tarafından birlikte açılması ya da miras şirketine mümessil tayin edilmesi gerekirken, mahkemeye diğer mirasçılara yargılama sırasında davetیه çıkarılması bu husustaki eksikliği gidermez. Bu itibarla, mahkemeye davaya tüm mirasçıların iştirakinin sağlanması veya miras şirketine mümessil atanması konusunda davacıya süre verilip, bu husustaki eksiklik ikmal edildiğinde davaya devam edilmesi gerekirken, tek mirasçı tarafından açılan davaya bakılarak hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir..." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 02.12.2011, E. 2010/5052, K. 2011/16290 (Karar arşivimizdedir).

40 Ayrıca bkz. **Tosun**, s. 87-89; **Tekinalp**, § 14, n. 7.

II. ESER ADLARININ HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNCE KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun *Çeşitli Hükümler* başlıklı altıncı bölümünde haksız rekabete ilişkin iki hükme (FSEK m. 83-84) yer verilmiştir. Bu hükümler iki haksız rekabet halini özel olarak düzenlemektedir. Çalışmamız eser adları ile sınırlı olduğu için burada FSEK m. 83 ile ilgili açıklamalarda bulunmakla yetineceğiz.

FSEK m. 83'e göre, bir eser adının karıştırılmaya (iltibasa) neden olabilecek şekilde bir başka eserde kullanılması haksız rekabet teşkil eder⁴¹. Hükümün uygulanması için FSEK'in 1, 2 ve 3. bölümlerindeki şartların gerçekleşmesi gerekmez (FSEK m. 83/3). Bu hüküm kapsamında bir değerlendirmede bulunurken telif hukukunun değil; haksız rekabet hukukunun ilkeleri dikkate alınacaktır.

Telif hukuku koruması eser sahibine bir mutlak hak ve teknelci yetkiler tanıır⁴². Eser sahibi bu hakka dayanarak kendi izni olmadan gerçekleşen tüm kullanımlara engel olabilir. Buna karşılık FSEK m. 83'ün ve genel olarak haksız rekabet hükümlerinin böyle bir işlevi bulunmaz. Haksız rekabet hükümleri, birtakım davranış kuralları getirir ve bu kurallara uyulmamasını yaptırım altına alır⁴³. Bunun dışında kalan kullanımlar haksız rekabet hukukunun konusunu oluşturmaz.

FSEK m. 83/5'e göre, eser sahibi, eser adının karıştırılmaya neden olacak şekilde kullanılması halinde 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabetten kaynaklanan hukuki sorumluluğun düzenleyen 56 vd. maddelerine göre talepte bulunabilir⁴⁴. Kanunda FSEK hükümlerine değil de haksız rekabet hükümlerine atıf yapılmış olmasının en önemli sonucu; bu hükme aykırılık halinde, FSEK m. 68'de düzenlenen⁴⁵ çoklu tazminat (üç kat bedel) talebinin ileri sürülemeyecek olmasıdır. FSEK m. 68'de yer verilen çoklu tazminat yaptırımı hukuk sitemimizde yalnızca istisnai hallerde kabul edilen bir tür medeni hukuk cezasıdır⁴⁶. TTK m. 56 ve devamında böyle bir düzenlemeye yer verilmediği için haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda çoklu tazminat talebinde bulunulamaz⁴⁷.

41 Bu haksız rekabet eylemi TTK m. 55/1-a-4'te düzenlenen "başkalarının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak" şeklindeki haksız rekabet halinin özel bir görünümüdür.

42 **Benhamou, Yaniv / de Werra, Jacques**, "Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale. Analyse du Droit Suisse et Perspectives de Droit Allemand", *Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale: Les Liaisons Dangereuses?*, Bruxelles, 2017, s. 187.

43 **Benhamou / de Werra**, s. 188.

44 **Tekinalp**, § 18, n. 3; **Nal / Suluk** (Karasu), s. 60.

45 FSEK m. 68/1: "Eseri, icrayı, fonogramı veya yapımları hak sahiplerinden bu Kanuna uygun yazılı izni almadan, işleyen, çoğaltan, çoğaltılmış nüshaları yayan, temsil eden veya hertürlü işaret, ses veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletenlerden, izni alınmamış hak sahipleri sözleşme yapılmış olması halinde isteyebileceği bedelin veya bu Kanun hükümleri uyarınca tespit edilecek rayiç bedelin en çok üç kat fazlasını isteyebilir."

46 **Tekinalp**, § 20, n. 7; **Özcan** s. 649.

47 Haksız rekabetten kaynaklanan hukuki sorumluluk ve ileri sürülebilecek taleplerle ilgili ayrıca bkz. **Pekdinçer, Remzi Tamer**, *Haksız Rekabet Hukukunda Dürüstlük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri*, Ankara, 2020, s. 187 vd.; **Nomer Ertan, Füsün N.**, *Haksız Rekabet Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 393 vd.

Her ne kadar ileri sürülecek talepler yönünden haksız rekabet hükümlerine atıf yapılmışsa da söz konusu haksız rekabet hali FSEK'te düzenlendiği ve bu kanunda düzenlenen hukuki ilişkilerden doğan davalara bakma görevi ihtisas mahkemesine ait olduğu (FSEK m. 76) için FSEK m. 83'ten doğan uyuşmazlıklarda ihtisas mahkemesi olan Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri görevli olacaktır⁴⁸.

B. ESER ADININ KARIŞTIRILMAYA NEDEN OLABİLECEK ŞEKİLDE KULLANILMASI

FSEK m. 83'te düzenlenen haksız rekabet eylemi üç unsurdan oluşmaktadır: Korunması istenen eser adının umuma arz edilmiş bir eserde kullanılmış olması, eser sahibinin bu ad üzerinde korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunması ve bir başka eserin bu eser adı ile karıştırılmaya neden olabilecek bir adla umuma arz edilmesi.

1. Eser Adının Umuma Arz Edilmiş Bir Eserde Kullanılmış Olması

FSEK m. 83 kapsamında bir haksız rekabet eyleminden söz edebilmek için öncelikle korunması istenen eser adının umuma arz edilmiş bir eserde kullanılmış olması gerekir⁴⁹. Hükümde eser adlarından söz edildiği için eser niteliğinde olmayan ürünlerin adları bu kapsamda korunmaz. Bu sebeple FSEK m. 83'e dayalı bir talepte bulunulduğunda hakim öncelikle korunması istenen adın bir esere ait olup olmadığını saptamalıdır⁵⁰.

48 Güneş, s. 296.

49 Colombet, s. 217; Anaral, Hüseyin, "Ad, Alamet, İşaret, Resim ve Ses Üzerindeki Hakların Korunması", Yargıtay Dergisi, C. 1, S. 4, 1975, s. 130; Pollaud-Dulian, n. 260; Ayiter, s. 85; Sirinelli, s. 28.

50 "...Tarafların yukarıda açıklanan iddia ve savunmaları itibarıyla, davacının iddiası; "Tercih Robotu" ibaresinin haksız bir şekilde davalıya ait yazılımın adı olarak kullanılması suretiyle FSEK 83. maddesine göre yaratılan haksız rekabet nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir.

FSEK 83. maddesine göre, eser adının iltibasa meydan verecek surette diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanıldığı iddiasıyla haksız rekabete dayalı tazminat davasında, davacı tarafca davalıya ait yazılımın kopya olduğu veya bağımsız bir eser niteliği taşımadığı yönünde bir talep de ileri sürülmediğine göre, tarafların bilgisayar program kodlarının aynı olup olmadıklarının karşılaştırması için bilirkişi incelemesi yapılması zorunlu değildir. Ancak, böyle bir iddianın dinlenebilmesi için de davacıya ait yazılımın eser olup olmadığının mahkemeye resen araştırılması gerekir.

Davacı vekili, yargılama sırasında kendi bilgisayar programının yazılım kodlarını mahkemeye sunmuştur.

Bu durumda, davacıya ait bilgisayar programının FSEK 1/B ve 2/1. maddeleri kapsamında ilim ve edebiyat eseri olup olmadığı hususu, davacının tercihinin bırakılmaksızın, mahkemeye resen yapılacak bilirkişi incelemesi ile belirlenerek; davacı yazılımı eser vasfında ise uyuşmazlık FSEK 83. maddesi çerçevesinde değerlendirilip bir çözüme kavuşturulmalıdır..."

Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 22.2.2007, E. 2005/11944, K. 2007/3304 (Yavuz, Levent / Alica, Türkey / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013, s. 76-78); "...davacılar vekili müvekkillerinin bir grup halindeki özgün tarz ve dansları ile tanıttıklarını iddia ettiği karaktere verdikleri "Mezdeke" adına yönelik tecavüzün önlenmesini talep ettiğine ve FSEK 83. maddesi ve TTK'nın haksız rekabet hükümlerine dayandığına göre; davacıların bu isim ile yarattıkları karakterin öncelikle 5846 Sayılı FSEK hükümlerine göre "eser" sayılıp sayılmayacağı ve bu yolla "Mezdeke" adının FSEK'in haksız rekabet başlığı altında düzenlenen 83. maddesine göre korunup korunmayacağına açıklığa kavuşturulması "Mezdeke" adı ile oluşturulan karakterin yukarıda belirtildiği üzere "eser" olarak nitelendirilememesi ve uyuşmazlığa FSEK 83. maddesi hükümlerinin uygulanamaması halinde ise; bu kez de uyuşmazlığın TTK'da düzenlenen haksız rekabet ilkeleri gözetilerek çözüme kavuşturulması zorunludur." Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 30.9.2005, E. 2004/11522, K. 2005/9010 (Yavuz / Alica / Merdivan, s. 81-82).

Eser meydana getirilmiş ama henüz umuma arz edilmemişse, kural olarak, haksız rekabet hükümlerine göre talepte bulunulamaz. Zira bir eserin henüz umuma arz edilmemiş bir başka eserle karıştırılması pek muhtemel değildir⁵¹. Ancak öğretide bu kurala bir istisna tanınmaktadır. Buna göre, eser umuma arz edilmeden önce tanıtım, reklam vb. şekillerde kamuoyuna duyurulmuş ve kamuoyunda büyük bir ilgi görmüş ise, eserin kendisi henüz umuma arz edilmiş olmasa dahi eserin adı FSEK m. 83 kapsamında korunabilmelidir⁵². Bu yaklaşımın isabetli olduğu kanaatindeyiz çünkü tanıtım, reklam gibi faaliyetlerde kullanılan eser adı bir başka eserde kullanıldığında, ortalama okuyucu/izleyici bu eserin tanıtım veya reklamlarda gördüğü eser olduğunu zannedebilir. Elbette ki bu değerlendirme yapılırken somut olayın şartları gözetilerek bir sonuca varılmalıdır.

Bu unsur telif hukuku koruması ile haksız rekabet koruması arasındaki önemli bir farkı ortaya koymaktadır. Telif hukuku koruması için eserin meydana getirilmiş olması yeterli olup eserin yayımlanması veya başka bir şekilde umuma arz edilmiş olması gerekmez⁵³. Eser üzerindeki fikri haklar eserin henüz alenileşmediği evrede dahi korunabilir.

2. Eser Sahibinin Korunmaya Değer Haklı Bir Menfaatinin Bulunması

Hükmün uygulanması için aranacak ikinci unsur bu eser adı üzerinde eser sahibinin korunmaya değer haklı bir menfaatinin bulunmasıdır. Bunun için de eser adının ayırt edici niteliğe sahip olması ve umumen kullanılan adlardan olmaması gerekir.

a. Ayırt Edicilik

Bir eser adının FSEK m. 83 kapsamında korunabilmesi için ayırt edici bir niteliği olmalıdır (FSEK m. 83/2). Ayırt edici niteliği olmayan eser adları ne telif hukuku ne de haksız rekabet hükümlerince korunabilir. Yargıtay, muhtelif kararlarında; “Güzel Hayat”⁵⁴, “Ruh İkizini Arar”⁵⁵,

51 “...Somut uyumsuzlukta, davacı tarafından senaryo olarak oluşturulan “Muzur Evi” adlı eserin piyasaya sunulmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı D... S... tarafından meydana getirilen ancak kamuya sunulmayan bir eserin adının davalı tarafça gerçekleştirilen temsil konusu senaryo adı olarak kullanılmasının iltibasa sebebiyet vererek haksız rekabete yol açtığı kabulü mümkün değildir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 9.9.2014, E. 2013/6624, K. 2014/13470 (Yargıtay Karar Arama).

52 Öztan, s. 757.

53 Sirinelli, s. 28.

54 “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; format ismi olan “Güzel Hayat” ibaresinin çok yaygın bir şekilde her alanda kullanılan jenerik bir isim olduğu, özgün ve orijinal olmadığından ayırt edici bir vasfının bulunmadığı, FSEK’in 83. maddesinin 3. fıkrasına göre umumen kullanılan ve ayırt edici bir vasfı bulunmayan adlar hakkında haksız rekabet hükümleri uygulanmayacağından her iki tarafın isim üzerinde korunan bir hakkının bulunmadığı, program içeriklerinin de farklı olduğu gerekçesiyle; asıl ve karşı davanın reddine karar verilmiştir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 10.3.2016, E. 2015/6257, K. 2016/2692.

55 “...“Ruh İkizini Arar” ifadesinden oluşan eser adının başlı başına, FSEK 1/B maddesi hükümleri uyarınca eserin bir parçası olarak korunması gereken bir ifade olmadığından, davalılarca gazete ve dergi reklamlarında reklam sloganı olarak ve yine müşterilerine dağıtılmak üzere çoğaltılıp yayımlanan bir işleme eser adı olan “Her Ruh İkizini Arar” ifadesinin FSEK’unda belirtilen eser sahibinin mali ve manevi haklarının ihlali olarak kabul edilemeyecek olmasına ve herkesin kullandığı, ayırt edici vasfı bulunmayan adlardan olduğunun anlaşılması nedeniyle haksız rekabete yol açmadığının da saptanmasına göre, davacı vekilinin HUMK’un 440’ıncı maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteginin reddi

“*Usta Kulübü*”⁵⁶, “*Güneşi Beklerken*”⁵⁷, “*Hoş Geldin Bebek*”⁵⁸ gibi eser adlarının ayırt edici nitelikte olmadığına hükmetmiştir. Bu kararlarda, eser adının yaygın olması ve/veya herkesçe kullanılması gibi kriterlerden istifade edilerek bu adlarının ayırt edici olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Yargıtay; “*Şu Çılgın Türkler*”⁵⁹, “*Muhteşem Yüzyıl*”⁶⁰, “*Benzemez Kimse Sana*”⁶¹ ve “*Eğil Dağlar*”⁶² gibi eser adlarının ayırt edici niteliğe sahip olduğu yönünde kararlar vermiştir.

Ayırt ediciliğin en belirgin görünüm şekli eser adının özgün olması yani eser sahibinin hususiyetini taşımasıdır. Telif hukuku ile ilgili bölümde açıklanan kriterler çerçevesinde, eser sahibinin hususiyetini taşıdığı kabul edilen eser adları, aynı zamanda ayırt edici niteliğe de sahiptir. Dolayısıyla bu nitelikteki eser adları hem telif hukuku hem de haksız rekabet hukuku hükümlerince korunabilir.

Bununla birlikte ayırt edicilik; özgünlük ile sınırlı olmayan, özgünlüğü de kapsayan daha geniş bir kavramdır. Bir eser adı özgün olmamakla birlikte kullanım sonucunda ayırt edici hale gelebilir⁶³. Haksız rekabet hukukunun sağladığı koruma bu şekilde sonradan ayırt edici hale gelen eser adları için de geçerlidir. Ayırt ediciliğin sonradan kazanılması çoğunlukla eserin tanınmışlığı sayesinde gerçekleşir⁶⁴. Örneğin “*İnce Memed*” özgün bir eser adı olmamakla beraber Yaşar Kemal’in bu adı taşıyan romanı öylesine geniş bir kitleye ulaşmıştır ki artık ortalama bir okuyucunun nezdinde bu eser adı Yaşar Kemal’in romanı ile özdeşleşmiştir. Dolayısıyla bir başka yazarın yazdığı romanda bu adı kullanması halinde bu durum iki eser arasında karıştırılmaya neden olacaktır.

Ayırt ediciliğin sonradan kazanılabiliyor olması, özgün olmadığı için telif hukuku korumasından yararlanamayacak eser adları yönünden önemli bir imkan yaratmaktadır. Bir eser adının özgün olup olmadığı daha meydana getirildiği anda bellidir⁶⁵. Özgün olmayan bir eser adının tanınırlığının zamanla artması veya başkaca etkenler onu özgün hale getiremez⁶⁶. Bu sebeple telif hukuku korumasının sonradan kazanılması mümkün değildir. Ancak eser sahibi, özgün olmayan eser adını

gerekir...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 2.6.2006, E. 2006/5386, K. 2006/6635 (Güneş, s. 295).

56 “...FSEK 83.madde anlamında “*Usta Kulübü*” ibaresini yaygın bir şekilde ve tanımlayıcı olarak kullandığı; bu sebeple ayırt edici bir vasfının olmadığı...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 13.11.2017, E. 2016/4147, K. 2017/6075.

57 “...Mahkemeye tüm dosya kapsamına göre; “*Güneşi Beklerken*” ibaresinin, gündelik dilde herkesçe kullanılacak nitelikte olması, herhangi bir ayırt edici niteliğinin ve davacı tarafa atfedilebilecek özgünlüğünün bulunmaması, davalı tarafın fiili ile davacı tarafın genel olarak eser sahipliğinden doğan haklarının ihlalinden söz edilemeyeceği, söz konusu ifadenin davaya konu televizyon dizisi adında kullanılması veya kullanım şeklinin herhangi bir iltibas oluşturma olanağının olmadığını, davaya konu dizinin yayınının davacının hak ve menfaatlerine bir tecavüz oluşturmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Yargıtay 11. HD, T. 31.10.2017, E. 2016/3556, K. 2017/5919.

58 Yargıtay 11. HD, T. 22.10.2007, E. 2006/10358, K. 2007/13169 (Yavuz / Alica / Merdivan, s. 82-83).

59 “...‘*Şu Çılgın Türkler*’ isimli eserin çoğaltma ve yayma mali haklarını devralması, bu eserin adının özgün ve ayırt edilebilir olması ve ayırt edilebilirliğe sahip olması nazara alındığında FSEK’nun 83. maddesi anlamında koruma göreceği...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 14.4.2011, E. 2009/9841, K. 2011/4354 (Yavuz / Alica / Merdivan, s. 116-117).

60 Yargıtay 11. HD, T. 15.5.2015, E. 2015/1134, K. 2015/6984 (Yargıtay Karar Arama).

61 Yargıtay 11. HD, T. 8.2.2016, E. 2015/6452, K. 2016/1071 (Yargıtay Karar Arama).

62 Yargıtay 11. HD, T. 6.5.2013, E. 2012/9374, K. 2013/9120 (Yargıtay Karar Arama).

63 Pekdiñer, s. 129.

64 Çöl, s. 367.

65 Colombet, s. 216; Pollaud-Dulian, n. 260.

66 Cherpillod, s. 20, dn. 45.

kullanım sonucunda ayırt edici hale getirirse haksız rekabet hükümleri çerçevesinde koruma talep edebilecektir⁶⁷.

b. Umumen Kullanılmıyor Olma

FSEK m. 83/2'de, bu hükümde öngörülen koruma mekanizmasının umumen kullanılan eser adları yönünden uygulanmayacağı belirtilmiştir. Tarihi, dini veya mitolojik karakterlerin ya da olayların adları veyahut şehir, bölge veya ülke adları umumen kullanılan adlara örnek olarak gösterilebilir. Bu tür kişilerin, yerlerin veya olayların adları eser adı olarak kullanılabilir fakat bu eser adları ayırt edici nitelikte olsa dahi haksız rekabet hükümlerince korunamaz⁶⁸. Örneğin Yakup Kadri Karaosmanoğlu'nun bir romanının adı olan “*Sodom ve Gomora*” esasen ayırt edici bir eser adı olmakla beraber bu ad Tevrat'ta yer alan “*Sodom ve Gomora'nın Yıkılışı*” adlı bölümden⁶⁹ esinlenilerek oluşturulduğu için söz konusu romanın adı haksız rekabet hükümlerince korunamaz.

Umumen kullanılan adların koruma dışında bırakılmasının sebebi bu adları kullanma hakkının kimsenin tekeline bırakılmayacak olmasıdır. Yargıtay, “*İstanbul Ansiklopedisi*” adlı eseri konu alan bir kararında bu hususu vurgulamıştır. Kararda, İstanbul şehri ile ilgili bir ansiklopedide bu adın kullanmış olmasının eser sahibine “*üstün ve öncelikli bir hak*” sağlamayacağı, bu adı kullanmanın davacının tekeline bırakılmayacağı çünkü bu adın FSEK m. 83/2 anlamında umumen kullanılan adlardan olduğu belirtilmiştir⁷⁰.

3. Karıştırılma İhtimali

Haksız rekabet hükümlerinin uygulanabilmesi için aranan son unsur, korunması talep edilen eser adı ile haksız rekabete neden olduğu iddia edilen eser adı arasında karıştırılmaya yol açacak bir benzerliğin olmasıdır. Burada benzerlik yeterli görüldüğü için eser adlarının birebir aynı olması aranmaz⁷¹.

67 Chamagne, s. 61; Pollaud-Dulian, n. 269; Sirinelli, s. 28.

68 Sirinelli, s. 28.

69 Tevrat'ın “*Yaratılış*” adlı birinci kitabının 19. bölümü.

70 “...Bilindiği gibi, tarihi, kültür, coğrafyası ve tüm yönleri ile İstanbul şehri yıllar öncesinden beri herkesin ilgi alanında kalmış ve hakkında ansiklopedik düzeyde de olmak üzere birçok eser yazılmış bulunmaktadır. Böylece topluma ve umuma mal olmuş önemli bir şehir hakkında meydana getirilmiş eser olduğunu, veyahutta, ‘İstanbul Şehri’ hakkında yazılmış bir ‘ansiklopedi’ bulunduğunu vurgulamak amacıyla, herkesçe söylenen ‘İstanbul Ansiklopedisi’ sözcüklerinin FSEK’nun 83/2 maddesinde ifadesini bulan “umumen kullanılan” bir sözcük olduğunun kabulü gerekli ve zorunludur. Aksi bir düşüncenin kabulü halinde, ‘Türkiye Coğrafyası’, ‘Türkiye tarihi’, ‘Tarih Atlası’, ‘Borçlar Kanunu Şerhi’ gibi umumen kullanılan sözcükler hakkında bazı kişilere kullanma tekelini tanıtmış olur ki, bunun kabulü de mümkün değildir.

Davalı, umumen kullanılan ‘İstanbul Ansiklopedisi’ sözcüklerine FSEK’nun 83/2 maddesine uygun olarak ayırt edici ‘Dünden Bugüne’ ibarelerini eklemek suretiyle eserinin ismini yasaca himaye edilebilir hale getirmiştir. Davacı ise, umumen kullanılan ve ayırt edici vasıfta bir ibare eklenmeyen ‘İstanbul Ansiklopedisi’ sözcüklerinin kendisine üstün ve öncelikli hak sağladığı iddiasına dayanarak, haksız rekabet olduğunu ileri süremez...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 5.5.1998, E. 1998/415, K. 1998/3135 (Suluk, Cahit / Orhan, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2005, s. 492 vd.).

71 Anaral, s. 129; Marino, n. 81.

Karıştırılma ihtimalinin varlığı sorgulanırken eserin okuyucusunun/izleyicisinin bakış açısı dikkate alınmalıdır⁷². Ortalama bir okuyucu/izleyici, ikinci eser ile ilki arasında doğrudan veya dolaylı bir bağlantı olduğunu düşünecekse, karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmelidir⁷³. Haksız rekabetin gerçekleşmesi için bir okuyucunun veya izleyicinin somut olarak bu iki eseri karıştırmış olması ve bunun ispatı gerekmez; karıştırılma ihtimalinin varlığı yeterlidir⁷⁴. Ayrıca eylemin haksız rekabet olarak nitelendirilebilmesi için ikinci eserin sahibinin okuyucuları/izleyicileri aldatma kastıyla hareket etmiş olması da gerekmez.

Önceki eserin adı ile sonraki eser adı arasında kısmi bir benzerlik varsa, örneğin birden çok sözcükten oluşan eser adının bazı kelimeleri benzerse, karıştırılma ihtimalinin bulunup bulunmadığı değerlendirilirken öncelikle benzerlik gösteren kısmın ayırt ediciliğine bakılmalıdır. Bu kısım ne kadar ayırt edici ise karıştırılma ihtimali o kadar yüksek olacaktır.

Burada içerdiği kurgusal karakterlerin adını taşıyan eserlere ayrıca değinmek gerekir. Kurgusal karakterin adının önüne veya sonuna bazı sözcükler eklense dahi okuyucu/izleyici, bu eserin önceki eserin devamı olduğu izlenimine kapılabilir. Tanıtım, reklam veya başkaca faaliyetler ile iki eser arasında bir bağlantı bulunmadığı açık bir şekilde vurgulanmadığı sürece bu gibi kullanımların karıştırılma ihtimaline yol açacağı söylenebilir.

Karıştırılma ihtimali açısından bir diğer önemli unsur, eserlerin türüdür. Eser adlarının aynı tür eserlerde kullanılmış olması karıştırılma ihtimalini artıran bir unsurdur⁷⁵. Ancak bu, farklı eser türlerinde kullanılan eser adları arasında karıştırılma ihtimalinin oluşmayacağı anlamına gelmez⁷⁶. Fransa'da görülen bir davada Choderlos de Laclos'nun "*Les Liaisons Dangereuses*" (Tehlikeli İlişkiler) adlı romanı ile aynı adı taşıyan sinema eseri arasında karıştırılma ihtimalinin bulunduğu kabul edilmiştir⁷⁷. Yargıtay da bir kararında, "*Benzemez Kimse Sana*" adlı müzik eserinin adının bir TV programı adı olarak kullanılmasının FSEK m. 83 kapsamında haksız rekabete neden olacağına hükmetmiştir⁷⁸.

Son olarak FSEK m. 83'ün hatalı şekilde uygulandığını düşündüğümüz bir Yargıtay kararına değinmek isteriz. Yargıtay "*Muhteşem Yüzyıl*" adlı TV dizisinin adının bir gayrimenkul projesinde kullanılmasını konu alan kararında, söz konusu eser adının ayırt edici olduğu ve bu adın bir gayrimenkul projesinde kullanılmasının FSEK m. 83 ve TTK m. 55/1-a-4 kapsamında haksız rekabet teşkil ettiğini belirtmiştir⁷⁹. Ancak bu tür bir kullanım FSEK m. 83 kapsamında değerlendirilemez.

72 Yargıtay 11. HD, T. 15.6.2020, E. 2019/4909, K. 2020/2870 (Yargıtay Karar Arama).

73 **Gautier**, n. 66.

74 **Marino**, n. 69; **Çöl**, s. 369.

75 **Caron**, n. 135; **Kılıçoğlu**, s. 1631.

76 **Colombet**, s. 218; **Caron**, n. 135; **Chamagne**, s. 60; **Ayiter**, s. 85; **Çöl**, s. 369; **Kılıçoğlu**, s. 1631-1632.

77 Bkz. **Gautier**, n. 66.

78 Yargıtay 11. HD, T. 8.2.2016, E. 2015/6452, 2016/1071 (Yargıtay Karar Arama).

79 "...Mahkemeye davalının markasal kullanımının söz konusu olmadığı, davalı tarafça hazırlandığı kabul edilen basın duyurusundaki açıklamalarda, açıkça davacının "*Muhteşem Yüzyıl*" dizisi ile tüketici arasında çağrışım yaratarak kendi taşınmazlarının satışını arttırmaya yönelik reklam faaliyetinde bulunduğu, dava konusu "*Muhteşem Yüzyıl*" adlı dizinin FSEK'nin 1/B ve 5'inci maddeleri kapsamında sinema eseri niteliğinde olduğu, FSEK'nin 83/1'inci maddesine göre, bir

Hükümde öngörülen haksız rekabet eylemi, bir eser adının, “*diğer bir eserde*” kullanılmasıdır. Bunun dışındaki kullanımlar hükmün kapsamına dahil edilemez. Ayrıca karara konu kullanım, karıştırılma ihtimaline neden olacak bir mahiyette değildir. Bu sebeple kararın hatalı olduğu kanaatindeyiz. Eğer bu kullanım sayesinde eserin itibarından yararlandı ve bu şekilde haksız rekabet oluşturulduğu kabul edilecekse bile bu eylem FSEK m. 83 veya TTK m. 55/1-a-4 kapsamında değil; TTK m. 54/2’de belirtilen genel ilke kapsamında değerlendirilmelidir⁸⁰.

C. KORUMANIN SÜREYLE SINIRLI OLMAMASI

Telif hukuku koruması, eser sahibine herkese karşı ileri sürebileceği haklar tanır. Ancak bu hakların bir kısmını oluşturan mali haklar süreyle sınırlanmıştır⁸¹. FSEK m. 83 ise sadece eser adının belli şekillerde kullanılmasını yasaklayan bir davranış kuralı getirilmektedir. Mali hakların korunma süresi sona erse dahi bu davranış kuralına aykırılık haksız rekabet teşkil eder. Yani koruma süresi sona eren bir eserin adı da FSEK m. 83 kapsamında korunabilir⁸².

SONUÇ

Eser adları hem telif hukuku hem de haksız rekabet hükümlerince korunabilir. İki koruma mekanizması arasında; korunacak eser adının niteliği, korumanın kapsamı ve uygulanacak yaptırımlar açısından farklılıklar bulunmaktadır.

Korunacak eser adının niteliği yönünden bakıldığında, telif hukuku korumasının daha katı bir koşul öngördüğü söylenebilir. Telif hukuku yalnızca özgün eser adlarına koruma sağlar. Oysa haksız rekabet hükümlerinin sağladığı koruma, özgün eser adlarının yanında sonradan ayırt edici hale gelmiş eser adlarını da kapsar. Bu da ilk anda özgün olmadığı için telif hukuku korumasının kapsamı dışında kalan eser adlarının haksız rekabet hükümlerince korunmasına imkan tanır.

eserin ad ve alametleri ile çoğaltılmış nüshaların şekilleri, iltibasa meydan verecek şekilde diğer bir eserde veya çoğaltılmış nüshalarında kullanılmayacağı, FSEK’nin 83/son maddesi uyarınca, birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında haksız rekabete ilişkin hükümlerin uygulanacağı, davalı eyleminin TTK’nın 55/1-a-4 maddesi çerçevesinde haksız rekabet teşkil ettiği gerekçeleriyle; davanın kabulüyle davacının FSEK 80 inci maddesi kapsamında bağlantılı hak sahibi olduğu ve FSEK’nin 5’inci maddesi anlamında sinema eseri niteliğindeki “Muhteşem Yüzyıl” isimli televizyon dizisinin şöhretinden ve reklam gücünden faydalanılarak, davalının basın duyurusunda açıkça davacının “Muhteşem Yüzyıl” dizisi ile tüketiciler arasında çağrışım yaratarak kendi taşınmazlarının satışını arttırmaya yönelik reklam faaliyetinde bulunmasının, FSEK’nin 83’üncü maddesi ve TTK’nın 55/1-a-4 maddesi çerçevesinde haksız rekabet teşkil ettiğinin tespitine, önlenmesine, maddi tazminat isteminin kabulüne, 100.000 USD’nin dava tarihinden itibaren kısa vadeli kredilere uygulanan en yüksek reeskont faizi ile birlikte davalıdan alınarak davacıya verilmesine, manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne, 75.000 TL’nin dava tarihinden itibaren faizi ile birlikte davalıdan tahsiline, kararın ilanına dair verilen karar davalı vekilince temyizi üzerine Dairemizin 06/11/2014 tarihli kararı ile düzeltilerek onanmıştır...” Bkz. Yargıtay 11. HD, T. 15.5.2015, E. 2015/1134, K. 2015/6984 (Yargıtay Karar Arama).

80 Haksız rekabet iddiasının FSEK m. 83’e değil de TTK m. 54/2’ye dayandırılması bilhassa görevli mahkeme yönünden önem arz etmektedir. FSEK m. 83’e dayalı taleplerde Fikri ve Sınai Haklar Mahkemeleri görevliken TTK m. 54/2’ye dayanan taleplerde Asliye Ticaret Mahkemeleri görevli olacaktır.

81 Bkz. yukarıda I, B, 3.

82 **Tekinalp**, § 18, n. 5; **Ateş**, s. 417-418; **Erel**, s. 230; **Güneş**, s. 296. Fransız hukukunda bu yönde bkz. **Pollaud-Dulian**, n. 269; **Chamagne**, s. 61; **Gautier**, n. 66; **Sirinelli**, s. 28.

Korumanın kapsamı yönündense iki noktaya temas etmek gerekir. İlki, koruma sürelerinin başlangıcı ve bitişidir. Eserin henüz alenileşmediği aşamada yalnızca telif hukuku kapsamında bir korumadan söz edilebilir; bu aşamada haksız rekabet hükümleri, kural olarak, uygulanamaz. Buna karşılık telif hukukunun sağladığı koruma belli bir süreyle sınırlıdır. Mali haklara ilişkin koruma süresi sona erdikten sonra telif hukukunun eser sahibine veya onun haleflerine tanıdığı mali haklar sona erer. Haksız rekabet hukuku çerçevesinde sağlanan koruma açınsındansa böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Dolayısıyla mali haklara ilişkin koruma süresi sona erse dahi haksız rekabet hükümlerine başvurmak mümkündür. Eserin alenileşmesi ile mali haklara ilişkin koruma süresinin sona ermesine kadar geçen süreçte ise her iki koruma mekanizmasına da başvurulabilir.

Korumanın kapsamına ilişkin ikinci önemli tespitimiz, her iki koruma mekanizması yönünden eser sahibinin engel olabileceği kullanım şekillerinin farklı olmasıdır. FSEK m. 83'ün sağladığı koruma, eser adının karıştırılmaya neden olacak şekilde diğer bir eserde kullanılmasıyla sınırlıdır. Telif hukuku kapsamındaysa izinsiz her türlü kullanıma (eser adının başka bir eserde kullanılması, marka olarak tescil edilmesi, işletme adı olarak kullanılması, reklam sloganı haline getirilmesi gibi) engel olunabilir. Bu yönüyle telif hukuku eser adlarına daha geniş kapsamlı bir koruma sağlamaktadır.

Her iki koruma mekanizmasının işletilebilmesi için aranan koşulların kümülatif olarak gerçekleşmesi halindeyse eser sahibi ister telif hukuku ister haksız rekabet hükümlerine göre talepte bulunabilir. Ancak bu ihtimalde telif hukuku hükümlerinin eser sahibine daha avantajlı bir koruma sağlayacağını belirtmek gerekir. Zira fikri hakların ihlali halinde eser sahibi çoklu tazminat (üç kat bedel) talebinde bulunabilecekken haksız rekabet hükümleri eser sahibine böyle bir imkan tanımamaktadır.

Bu açıklamaların nihayetinde, telif hukukunun eser adlarına daha güçlü bir koruma sağladığı, bununla birlikte eser adının gerekli niteliği haiz olmaması veya zamansal sınırlamalar nedeniyle telif hukuku hükümlerinin uygulanamayacağı durumlarda haksız rekabet hükümlerinin telif hukuku korumasını tamamlayıcı bir rol oynayabileceği sonucuna ulaşmış bulunuyoruz.

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	:	Article
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.:		Bakınız
C.	:	Cilt
CA	:	Cour d'Appel
E.	:	Esas No
FSEK	:	5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD	:	Hukuk Dairesi
İKÜHFD	:	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	:	Karar No
m.	:	Madde
n.	:	Paragraf Numarası

s.	:	Sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
TGI	:	Tribunal de Grande Instance
TTK	:	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	:	Ve devamı

KAYNAKÇA

- Anaral, Hüseyin, “Ad, Alamet, İşaret, Resim ve Ses Üzerindeki Hakların Korunması”, Yargıtay Dergisi, C. 1, S. 4, 1975, s. 127-139.
- Ateş, Mustafa, Fikri Hukukta Eser, Ankara, 2007.
- Ayiter, Nuşin, Hukukta Fikir ve Sanat Ürünleri, 2. Bası, Ankara, 1981.
- Barrelet, Denis / Egloff, Willi, Le Nouveau Droit d’Auteur, Berne, 2008.
- Belgesay, Mustafa Reşit, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Şerhi, İstanbul, 1956.
- Bellican, Cüneyt, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Açısından ‘Hususiyet’ Kavramı”, İKÜHFD, C. 7, S. 1, 2008, s. 67-90.
- Benhamou, Yaniv / de Werra, Jacques, “Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale. Analyse du Droit Suisse et Perspectives de Droit Allemand”, Propriété Intellectuelle et Concurrence Déloyale: Les Liaisons Dangereuses?, Bruxelles, 2017, s. 183-208.
- Berenboom, Alain, Le Nouveau Droit d’Auteur, 4ème édition, Bruxelles, 2008.
- Buydens, Mireille, L’Application des Droits de Propriété Intellectuelle, Genève, 2014.
- Caron, Christophe, Droit d’Auteur et Droits Voisins, 4ème édition, Paris, 2015.
- Chamagne, Catherine, “La Protection des Titres d’Ouvrages”, LEGICOM, N. 24, 2001, s. 51-63.
- Cherpillod, Ivan, Le Droit d’Auteur en Suisse, Lausanne, 1986.
- Colombet, Claude, “L’Evolution de la Jurisprudence sur la Protection des Titres d’Oeuvres de l’Esprit par la Loi du 11 Mars 1957”, Mélanges Offerts à Albert Chavanne, Paris, 1990, s. 213-221.
- Çöl, Hüseyin Cem, “Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na Göre Eser Dışında Koruma Konuları”, AÜHFD, C. 52, S. 4, 2003, s. 365-385.
- De Visscher, Fernand / Michaux, Benoit, Précis du Droit d’Auteur et des Droits Voisins, Bruxelles, 2000.
- Dessemontet, François, “Art. 2 LDA”, Commentaire Romand, Propriété Intellectuelle, (Ed. Jacques de Werra / Philippe Gilliéron), Bâle, 2013 (Atıf Şekli: CR PI-Dessemontet, Art. 2 LDA).
- Erel, Şafak N., Türk Fikir ve Sanat Hukuku, 3. Baskı, Ankara, 2009.
- Gautier, Pierre-Yves, Propriété Littéraire et Artistique, 8ème édition, Paris, 2012.
- Güneş, İlhami, Uygulamada Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, 2. Baskı, Ankara, 2015.
- Kamina, Pascal, Droit Anglo-Américain des Propriétés Intellectuelles, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- Karaman Odabaşı, Fatma, Uygulamada Fikri Mülkiyet Haklarının Haksız Rekabete Konu Olması, Ankara, 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., “Eser Sayılmayan Fikri Ürünler ve Eserin Adı ve Alametleri Üzerindeki Haklar”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’è Armağan, Cilt II, İzmir, 2013, s. 1585-1636.
- Linant de Bellefonds, Xavier, Droits d’Auteur et Droits Voisins, 2ème édition, Paris, 2004.
- Marino, Laure, “Titres des Oeuvres”, JurisClasseur, Fasc. 1158, 28 Temmuz 2015.
- Nomer Ertan, Füsün N., Haksız Rekabet Hukuku, İstanbul, 2016.

- Öztañ, Fırat, Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku, Ankara, 2008.
- Öztrak, İlhan, Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar, 2. Baskı, Ankara, 1977.
- Pekdiñçer, Remzi Tamer, Haksız Rekabet Hukukunda Dürüslük Kuralına Aykırı Reklamlar ve Satış Yöntemleri, Ankara, 2020.
- Pollaud-Dulian, Frédéric, Le Droit d'Auteur, 2ème édition, Paris, 2014.
- Sirinelli, Pierre, Propriété Littéraire et Artistique, 3ème édition, Paris, 2016.
- Suluk, Cahit / Karasu, Rauf / Nal, Temel, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2017.
- Suluk, Cahit / Orhan, Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku, Cilt II, İstanbul, 2005.
- Tekinalp, Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 2012.
- Tosun, Yalçın, Manevi Haklar, İstanbul, 2016.
- Van Bunnan, Louis, "La Protection des Oeuvres Courtes, Titres d'Ouvrages et Formules Publicitaires", Auteurs & Media, 2004/2, s. 121-126.
- Yavuz, Levent / Alica, Türkay / Merdivan, Fethi, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Yorumu, Ankara, 2013.
- Yıldız, Ozan Ali, "Telif Hakkına Dayalı Marka Tescil İtirazı", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, 2019, Prof. Dr. Ali Necip Ortañ'a Armağın, s. 2415-2444.