

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt / Volume: 8

Sayı / Issue: 1

Bahar/Spring 2021

Genel Sayı / Number: 15

Künye

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Journal of Istanbul Medipol University School of Law

ISSN: 2148-6883 **e - ISSN:** 2687-6663 **DOI:** 10.46547/imuhfd

Cilt / Volume: 8 Sayı / Number: 1 Bahar / Spring 2021

Sahibi / Owner

İstanbul Medipol Üniversitesi adına
On behalf of Istanbul Medipol University
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ömer Ceran

Editörler / Editors in Chief

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU / Turkey
ayse.nuhoglu@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-0536-6517
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Sinan SEÇKİN / Turkey
sseckin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-9540-9682
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Ersin BAYRA / Turkey
aebayra@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-3391-6707
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Yardımcıları / Deputy Editors

Arş. Gör. Mustafa ÇATTIK / Turkey
mustafacattik@gmail.com
ORCID: 0000-0002-4488-304X
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Revaha GENCER / Turkey
argencer@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-2637-1155
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Muhammed Emre HAYYAR / Turkey
mehayyar@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0003-0731-6123
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah ERYİĞİT / Turkey
abdullahery@gmail.com
ORCID: 0000-0002-1757-0187
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Abdullah Musab ŞAHİN/ Turkey
asahin@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0001-6529-9179
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Arş. Gör. Beyza YİĞİTBAŞI / Turkey
byigitbasi@medipol.edu.tr
ORCID: 0000-0002-1112-3474
Kurum: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İletişim / Correspondance

Istanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi
Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz / İstanbul
Tel: +90 216 681 51 00
hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr
dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd / medipol.edu.tr/universite/yayinlar

Ajans İlişkileri / Agency Communications Coordinator Mert Sarsağ

Grafik-Tasarım / Graphic-Design Sertan Vural - Medicom Ajans

Danışma Kurulu / Advisory Board

- Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Akman, *Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. M. Akif Aydın, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yavuz Atar, *İbn Haldun Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cem Baygın, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nihat Bulut, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Talat Canbolat, *Milli Savunma Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayhan Döner, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Erzincan Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Nuray Ekşi, *Özyeğin Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Fethi Gedikli, *Istanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Hüseyin Hatemi, *Istanbul Ticaret Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mehmet Helvacı, *Istanbul Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Serap Helvacı, *Marmara Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Macit Kenanoğlu, *Türk Alman Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Mahmut Koca, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Şafak Narbay, *Sakarya Üniversitesi, Sakarya, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ayşe Nuhoğlu, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. H. Eyüp Özdemir, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. İzzet Özgeç, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Yücel Sayman, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Ahmet Hamdi Topal, *Kastamonu Üniversitesi, Kastamonu, Türkiye*
Prof. Dr. / Prof. Dr. Cevdet Yavuz, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Harun Demirbaş, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Doç. Dr. / Assoc. Prof. Salih Önder Yeşiltepe, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. A. Ersin Bayra, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Levent Korkut, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*
Dr. Öğr. Üye. / Asst. Prof. Sinan Seçkin, *Istanbul Medipol Üniversitesi, İstanbul, Türkiye*

Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi senede iki sayı yayımlanan, çift kör hakemli ve açık erişimli bir dergidir. Dergiye Türkçe, İngilizce, Almanca ve Fransızca dillerinde makaleler kabul edilmektedir.

The Journal of Istanbul Medipol University School of Law is a biannual double-blind peer-reviewed open access journal. The Journal accepts articles in Turkish, English, German and French.

Tarandığı Dizinler / Indexing Services



Tarandığı Veri Tabanları / Abstracting Services



İÇİNDEKİLER / TABLE OF CONTENTS

KAMU HUKUKU / PUBLIC LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - A. Ersin Bayra

Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi - II:
Milli Güvenlik

*Classification and Gradation of Concepts Restricting Rights and Freedoms - II:
National Security*7

Araştırma Makalesi / Research Article - Ayhan Ceylan

TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in Başlangıç Dönemlerinde Türk Sineması ve
Hukukî Düzeni (1920-1932)

*Turkish Cinema and its Legal Order in the TBMM Government and the
Beginning of the Republic (1920-1932)* 27

Araştırma Makalesi / Research Article - İsmail Çınar

5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak "İnternet Ortamında
Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi"

*"Removing Content From Internet Broadcasts and/or Blocking Access to
Internet Broadcasts" As Evidence Protection Measure Under The Code with Act
No. 5651* 63

Araştırma Makalesi / Research Article - Fatih Güler

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa Göre
İhtar

*Warning According to the Law of Political Parties No 2820 in the Light of the
Constitutional Court Decisions* 97

Araştırma Makalesi / Research Article - Abdurrahman Tekin

Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye'de Hâkim ve Savcı
Adaylarının Seçimi

*Selection of Judges and Prosecutors in Turkey in the context of Comparative
Law and the Principle of Merit* 131

ÖZEL HUKUK / PRIVATE LAW

Araştırma Makalesi / Research Article - İlhan Açıkgöz

Tıbbi Malzeme Tedarik Sürecinde Özel Hastane - Tedarikçi - Sosyal Güvenlik
Kurumu İlişkisi

*Relationships between Private Hospital - Supplier Firm - Social Security
Institution on Medical Devices Supply Process* 167

Araştırma Makalesi / Research Article - Murat Alışkan - Fatih Ölmez

Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması

*Protection of the Privilege to be Represented in the Board of Directors of Joint
Stock Companies* 183

Araştırma Makalesi / Research Article - Dicle Gençosmanoğlu - Gülden Zehra Omurtag - Fulya İlçin Gönenc Sağlık Hukuku Açısından Farmakovijilans Sistemi <i>Pharmacovigilance System in Terms of Health Law</i>	211
Araştırma Makalesi / Research Article - Evren Koç Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: İlamsız İcra Takibi <i>An Alternative Dispute Resolution Method: Execution Proceeding without Judgment.</i>	235
Araştırma Makalesi / Research Article - Evren Koç Zorunlu Elektronik Tebligatta Delil Kaydı <i>Evidence Record in Obligatory Electronic Notification</i>	259
Araştırma Makalesi / Research Article - Ertunç Mega - Özlem Yenerer Çakmut - Gürkan Sert - Pınar Ata - Fulya İlçin Gönenc Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları <i>Access to Medically Assisted Reproduction in Turkey and the Reproductive Rights.</i>	273
Araştırma Makalesi / Research Article - Begüm Süzen Yansıma Yoluyla Zararların Tazmini Taleplerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi Bakımından Zarar Yerinin Tespiti <i>Determination of the Place of Injury with Respect to Determining the Law Applicable to the Claims for Indemnity of Reflective and Ricochet Losses</i> . . .	295
Araştırma Makalesi / Research Article - Mustafa Okan Yağcı Uygulamadan Örneklerle Konkordato Kayyımı <i>Concordat Trustee referenced with Examples from Legal Practice</i>	329

KAMU HUKUKU

Araştırma Makalesi / Research Article

Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi-II: Milli Güvenlik*

Classification and Gradation of Concepts Restricting Rights and Freedoms - II: National Security

Adem Ersin BAYRA**

ÖZ

Hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramlar ihlalin yoğunluğu, coğrafi tesir alanı ve sürekliliği bakımından tasnif edilebilir. Bu açıdan yapılan tasnifte hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramlar iki öbekte ele alınabilir. Zira bu öbeklerden birincisi kamu düzenine, ikincisi ise milli güvenliğe ilişkin kavramlardan oluşmaktadır. Bu kavramlardan kamu düzenine ilişkin olanlar süre bakımından daha geçici, coğrafi olarak ise daha sınırlı bir alanı işaret etmektedir. Bu çalışmanın konusunu oluşturan milli güvenliğe ilişkin kavramlar ise devletin varlığına ve bekasına yöneliktir. Öyle ki milli güvenliğe yönelik tehditleri bertaraf etmek için olağanüstü hâl rejimlerine başvurulabilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hak ve özgürlükler, olağanüstü hal, sınırlama, siyasi iktidar, ulusal güvenlik.

ABSTRACT

Concepts limiting rights and freedoms can be classified in terms of the intensity of the violation, its geographical scope and continuity. In the classification made in this respect, the concepts that limit the rights and freedoms can be discussed in two groups. The first group is about public order, and the second is about national security. Concepts regarding public order indicate a more limited geographic area and a more temporary area in terms of duration. The concepts related to national security, which are the subject of this study, are related to the existence and survival of the state. Emergency regimes can be used to eliminate threats to national security.

Keywords: Rights and freedoms, national security, political power, restriction, state of emergency.

* Makale gönderim tarihi: 02.04.2021. Makale kabul tarihi: 19.05.2021. Adem Ersin Bayra, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi - II: Milli Güvenlik", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 7-26, <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.13>

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Göztepe Mah. Atatürk Cad. No: 40/16 34815 Beykoz/İstanbul, aebayra@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-3391-6707>.

Giriş

Liberal anayasalarda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda birçok farklı neden sayılmakta, ancak bu nedenlerin içeriklerine değinilmemektedir. Nitekim söz konusu nedenlerin içeriklendirilmesi daha çok doktrin ve yargı kararları vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.¹ Bu durum hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin hukuki çerçevesinin çizilmesini zorlaştırmaktadır. Diğer yandan hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramların sayıca fazlalığı ve anlamca çeşitliliği bunların tasnifini gerektirmektedir. Bununla birlikte hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerden her birinin kavramsal analizini gerçekleştirmek bu çalışmanın kapsamını aşmaktadır.² Bu sebeple çalışma kapsamındaki nedenlerin içeriklerine kısaca değinmekle yetinilecektir. Zira çalışmanın amacı söz konusu nedenlerin kavramsal çerçevesini çizmek değil, kamu düzeni ve milli güvenlik temelinde hukuki tasnifini yapmaktır.

Hak ve özgürlükler; tehdidin içeriği, sürekliliği ve coğrafi tesir düzeyi gibi sebeplerle farklı nedenlere başvurularak sınırlandırılmakta ya da askıya alınmaktadır. Bu kapsamda liberal anayasalarda genel ahlak ve kamu yararı gibi kavramlar sadece sınırlandırma nedeni olarak yer almaktadır. Bununla birlikte isyan ve darbe girişimi gibi kavramlar ise yalnızca askıya alma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu noktada anayasal düzen ve kamu güvenliği gibi kavramlar ise hem sınırlandırma hem de askıya alma nedeni olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla olağan hukuk düzeni içinde anayasal düzen ya da kamu güvenliği gibi nedenlerle hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir gibi bu kavramlara başvurularak olağanüstü hal rejimlerine geçerek hak ve özgürlükleri askıya almak da mümkündür.³

- 1 Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin 28.01.1964 tarihli ve 1963/128 E., 1964/8 K. sayılı kararında kamu düzeni ve genel ahlak kavramlarının detaylı bir analizi yer almaktadır. Bu kavramlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/11685.pdf>, E.T.:03.05.2021. Bu kapsamda benzer bir yaklaşım da Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihatlarında yer almakta ve *demokratik toplum düzeni ilkesi* özgürlüğü demokratik temel düzen ile ilişkilendirilmektedir. Bu konuda benzer bir yaklaşım da AİHM sergilenmiş ve kamu düzeni ve milli güvenlik kavramları içeriklendirilerek bu kavramların aleni yargılama hakkının aleni yargılanma hakkının istisnasını teşkil ettiği ifade edilmiştir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Özgecan Ordu, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, ss.25-26. Arda Atakan, "Kamu Düzeni Kavramı", *MÜHF-HAD*, Cilt: 13, Sayı: 1-2, s.100-123.
- 2 Mukayeseli hukukta hak ve özgürlükleri sınırlandıran/askıya alan birçok farklı kavrama rastlanmıştır. Bu farklı kullanımların bir kısmı, milli ve ulusal güvenlik kavramlarının kullanımında görüldüğü üzere aynı anlamı ifade eden ikame kavramlardır. Üstelik bu farklı kullanım şekli dilimize özel de değildir. Nitekim söz konusu kavramların İngilizce kullanımlarında da benzer bir yaklaşım gözükmektedir. Bu kapsamda security ve safety kavramlarının birbirinin ikamesi olarak kullanımı örnek olarak verilebilir. Bu bakımdan çalışma kapsamında benzer nedenler mümkün olduğunca tek kavram ya da tek başlık altında ele alınmaya çalışılmıştır.
- 3 Ersin Bayra, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi -I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s.49-50.

Öyleyse aynı tehdit karşısında olağan hukuk düzeni içinde kalarak hak ve özgürlükleri sınırlamak da, olağanüstü rejimlere geçilerek askıya almak da mümkündür. Ancak demokratik hukuk düzeni içinde bir tehdidin mümkün olan en hafif tedbire başvurulması bertaraf edilmesi gerekmektedir. Böylece daha hafif bir tedbire başvurulması bertaraf edilebilecek bir tehdit için hak ve özgürlüklerin askıya alınmasının önüne geçilebilecektir. Bu çerçevede gerçekleştirilen tasnifte hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramlar iki öbekte ele alınmıştır. Bu öbektelerden birincisini teşkil eden kamu düzenine ilişkin kavramlar ayrı bir çalışmada incelenmiştir.⁴ Bu minvalde iç güvenliğe, düzene, sınırlı bir alana ilişkin olan ve süreklilik içermeyen tehditler kamu düzeni bağlamında tasnif edilmiştir.

Bu çalışmanın konusunu oluşturan milli güvenliğe ilişkin kavramlar ise devletin varlığına ve bekasına yöneliktir. Bu kapsamda ülkenin tamamına tesir eden ve süreklilik gösteren ihlaller milli güvenlik kapsamında ele alınmıştır. Ancak yukarıda da izah ettiğimiz üzere hak ve özgürlükleri sınırlandıran bazı nedenler kamu düzeni ile irtibatlı olmalarına rağmen devletin varlığını tehlikeye altına sokabilmektedir. Dolayısıyla aslında birer sınırlandırma nedeni olan bu kavramlara başvurulması hak ve özgürlükleri askıya almak da mümkündür. Örneğin Anayasamıza göre kamu düzeni nedeniyle özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme hürriyeti, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, basın hürriyeti, kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma hürriyeti, toplantı ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı ve sendika kurma hakkı sınırlandırılabilir. Öte yandan aynı zamanda kamu düzeni nedeniyle hak ve özgürlükleri askıya almak da mümkündür. Nitekim md.119'a göre kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması nedeniyle olağanüstü hal ilan edilerek 13. maddenin sağladığı güvencele aykırı olarak tedbir alınabilmektedir. Bu noktada hak ve özgürlüklerin güvencesi Anayasa'nın 15. maddesi vasıtasıyla sağlanmaktadır.⁵

Bu doğrultuda sadece belli bir bölgede etkili olan ve süreklilik göstermeyen bir tehdit içerik olarak kamu düzeni ile irtibatlandırılabilir. Lakin aynı tehdit nedeniyle devletin varlığı ve bekası tehlike altına girmiş de olabilir. Bu durum hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin sadece içerik olarak değil, başvurulacak tedbirler yönünden de geçişken olduğunu göstermektedir. Bu bakımdan çalışma kapsamında kamu düzeni ve milli güvenliğe ilişkin olarak gerçek-

4 Bayra, "Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", s. 57.

5 Mehmet Boztepe, "Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi Olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi", *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Yıl:2018, Cilt:1, Sayı:3, s. 385.

leştiren içeriksel tasnif yeterli olmayacaktır. Dolayısıyla çalışma kapsamında yapılacak içeriksel tasnifin yanında tehdidin yoğunluğuna göre ayrıca bir derecelendirme yapılması gerekmektedir. Bu derecelendirme mevcut tehlikenin devletin varlığı ve bekasını tehdit edip etmediğine ilişkin olarak gerçekleştirilecektir. Yani buradaki derecelendirme tehlikenin tesir düzeyi ve sürekliliği üzerinden yapılacak bir değerlendirme ile tehdidin kamu düzenine mi yoksa milli güvenliğe mi ilişkin olduğunun tespit edilmesine yönelik bir derecelendirme değildir.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere devletin iç işleyişine ilişkin kavramlar kamu düzenine ilişkin olmaları bakımından ayrı bir çalışmanın konusu olarak ele alınmıştır. Bu çalışmada ise süreklilik arz eden ve geniş çaplı bir sahaya tesir eden tehditler içeriksel olarak milli güvenliğe ilişkin olarak tasnif edilecektir.⁶ Bu minvalde çalışmada; hak ve özgürlüklerin devletin iç düzeni ile değil, varlığı ve bekasını nedeniyle sınırlandırılması hususu ele alınacaktır. Böylece hak ve özgürlükleri sınırlandıran/askıya alan nedenlerin; ülkenin tamamına tesir etmesi ve süreklilik göstermesi bakımından kavramsal tasnifi ile tehdidin yoğunluğu bakımından derecelendirmesi gerçekleştirilecek, bu kapsamda çalışmada sadece milli güvenliğe ilişkin kavramlara değinilecektir.

I. Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Kategorik Bir Ayırım Olarak Milli Güvenlik

Hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin bazılarında yalnızca süreklilik arz eden ve geniş çaplı bir sahaya etkileyen tehditler karşısında başvurulabilmektedir. Öyle ki ulusal güvenliğe ilişkin olduğu kabul edilen tehlikeler süreklilik arz etmektedir. Bu tehditler ayrıca ülkenin tümüne tesir etmektedir. Bu bakımdan ulusal güvenliğe ilişkin tehlikeler aynı zamanda devletin ve ulusun varlığını da tehdit etmektedir. Bu sebeple ülkenin büyük bölümünde yahut tamamında bozulan düzenin yeniden inşası için kamu güvenliği değil, ulusal güvenlik nedenine dayanılmalıdır.⁷

Nitekim milli güvenliğe ilişkin tedbirler devlet varlığını ve rejimini korumaya yöneliktir. Bu nedenle milli güvenlik kavramı, devletin milleti ve ülkesiyle birlikte dışarıdan ya da içeriden gelebilecek tehlike ve tehditlere karşı korunmasını ifade etmektedir.⁸ Ancak kanun koyucu tarafından var olan tehdidi ber-

6 Ali Özdemir, ““Kamu Düzeni” ve “Kamu Güvenliği” Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)”, *International Journal of Legal Progress*, Volume: 2, Number: 2, 2016, s. 83; Ordu, s. 101.

7 Özdemir, s. 83. Ordu, s. 25-26. Atakan, s. 101.

8 Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 3. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Baskı, Ankara, 2012, s. 618-619.

taraf etmek için dayanılacak hukuki kavramın belirlenmesi yeterli olmamaktadır. Zira nihayetinde milli güvenliğe yönelik bir tehdidi ortadan kaldırmak için hangi hukuki çareye başvurulacağını belirleyen iktidardır.

Örneğin Anayasamız bağlamında milli güvenlik nedeniyle düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyeti, halkın kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı, dernek kurma hürriyeti, toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkı ile sendika kurma hakkını sınırlamak mümkündür. Bununla birlikte milli güvenliğe yönelik tehditler nedeniyle olağanüstü hal ilan edilerek hak ve özgürlükler askıya alınabilir. Zira toplumu ya da devleti tehdit eden bir tehlikenin var olması durumunda mevcut durumu tespit edecek olan iktidardır. Bu tespitten ardından ise var olan tehlikenin bertaraf edilebilmesi adına anayasa koyucu tarafından belirlenen olağan ya da olağanüstü tedbirlerden birine başvurulacaktır. Öyleyse iktidar tarafından evvela tehdiye ilişkin kavramsal belirlenimin gerçekleştirilmesi, ardından ise ihlalin devletin varlığına ve bekasını yönelik olup olmaması göz önüne alınarak derecesinin tespit edilmesi lüzumludur.

Bu bağlamda devletin iç işleyişine ve düzenine ilişkin tehditler için anayasa koyucu tarafından belirlenen olağan tedbirlere başvurulacaktır. Nitekim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Kişi Hak ve Ödevleri*" başlıklı ikinci bölümünde sayılan hak ve özgürlüklerin olağan dönemlerde hangi sebeplerle sınırlandırılacağı tahdidi olarak sayılmaktadır. Bununla birlikte tehdit devletin varlığına, ulusun bütünlüğüne ya da bütünsel olarak siyasal ve sosyal yapıyı ortadan kaldırmaya yönelik ise kamu düzenine değil, milli güvenliğe ilişkin nedenlere dayanılacaktır. Bu tip tehditler, bazen olağan rejim içerisinde bertaraf edilmekte, bazen de olağanüstü rejimler vasıtasıyla giderilmektedir.⁹

Öyleyse bir tehdidin öncelikli olarak içeriği, ardından ise yoğunluğu ve tesir alanı saptanmalıdır. Böylece bu tehlikeyi bertaraf etmek adına başvurulacak hukuki gerekçe doğru olarak tespit edilecektir. Nitekim demokratik toplumlarda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına son çare olarak başvurulmalıdır. Dolayısıyla somut olay bazında mümkün olan en hafif tedbir tercih edilmeli, sınırlandırmalar yolu ile ortadan kaldırılacak tehditler karşısında hak ve özgürlükler askıya alınmamalıdır. Bu noktada çalışmanın amacı hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerden ulusal güvenliğe ilişkin olanları ortaya koymak, ayrıca mukayeseli hukukta yapılacak karşılaştırma ile ihlalin yoğunluğuna ve içeriğine göre başvurulacak tedbirler konusunda belirginlik sağlamaktır.

9 Atakan, s. 101.

II. Milli Güvenlik ile İrtibatlı Sınırlandırma Nedenlerine/Kavramlarına Genel Bir Bakış

Güvenlik, çerçevesi çizilmesi oldukça zor bir kavramdır. Zira her dönemin kendine özgü siyasi, idari ve askeri koşulları vardır. Bu farklılık da döneme hakim olan güvenlik yaklaşımında değişiklik yaratmaktadır. Nitekim modern devleti yaratan da tam olarak bu süreçtir. Keza güvenlik modern devletin ortaya çıkış nedenlerinden biri, belki de en önemlisidir. Ancak hukuk devleti ile birlikte güvenlik, devletin varlık koşulu olmaktan çıkarak hukuk düzeninin bir unsuru haline gelmiştir.¹⁰

Milli güvenlik kavramı ise modern anayasacılık hareketinin bir ürünü olarak doğmuştur. Özellikle de 2. Dünya Savaşı sonrasında olmak üzere, devletin savunma ve dış politika faaliyetleri arasındaki bağın güçlendirilmesi amacıyla kullanılmıştır.¹¹ Nitekim T.C. Resmi Gazete’de 15/7/2018 tarihinde yayımlanan “*Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*”nin 2. maddesine göre millî güvenlik ile “*Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanmasını*” ifade edilmektedir.¹² Bu çerçevede *millî güvenlik*, devlete ve demokratik anayasal düzene ilişkin bir kavram olarak öne çıkmaktadır.¹³

10 Ersin Bayra, “Güvenlik Devleti: Leviathan’dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan’a”, *Istanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:VI, Sayı:I, Genel Sayı:11, Bahar 2019, s. 107.

11 “Uluslararası ilişkiler doktrininde, millî güvenlik, çeşitli şekillerde tanımlanmaktadır. ‘Millî güvenlik, bir milletin millî çıkarlarını dünyanın herhangi bir bölgesinde kendi algıladığı gibi başarıyla izleme kapasitesidir.’ (Penelope Hartland-Thunberg), ‘Millî güvenlik tüm dış saldırılara karşı koyma kapasitesidir.’ (Giacomo Luciani), ‘Millî güven lik, hükümet politikasının, temel hedefi millî hayati değerleri mevcut ve potansiyel düşmanlara karşı korumaya ve yaymaya elverişli millî ve uluslararası koşulları yaratmak olan bölümüdür.’ (N. Trager, F. Simonie), ‘Objektif anlamda güvenlik, kabul edilmiş değerler üzerinde tehditlerin olmayışıdır; sübjektif anlamda güvenlik ise bu değerlerin tehlike altında olduğuna dair korkunun yokluğudur.’ (Arnold Wolfers), ‘Güvenliği bir söylem olarak düşünebiliriz; güvenlik ifadesinin kendisi tek başına bir eylemdir. Bir devlet yetkilisi ‘güvenlik’ kelimesini kullandığında, belirli bir olayı, gelişmesini durdurmak için özel araçların kullanımını gerektiren, özel tanımlı bir alana dahil etmektedir.’ (Ole Waever)” bknz. Thierry Balzacq, Qu’est-ce que la sécurité nationale, Dans *Revue internationale et stratégique*, n° 52, 2003/4, s. 38 pages 33 à 50 aktaran Öze Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 74

12 Bu hususta 2945 sayılı *Millî Güvenlik Kurulu ve Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu*’nda da *Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin Teşkilat ve Görevleri Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*’ne benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Nitekim 2945 sayılı Kanuna göre ulusal güvenlik kavramı “*Devletin anayasal düzeninin, millî varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik dâhil bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü iç ve dış tehditlere karşı korunması ve kollanması.*” anlamına gelmektedir.

13 Tijen Dündar Sezer, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2004, s. 277.

Bu minvalde *demokratik düzen* ve *anayasal düzen* gibi kavramlar milli güvenlik kapsamında yer almaktadır. Milli güvenlik, doğrudan devletin varlığı ve muhafazası ile ilgili bir kavramdır. Bu bakımdan *devletin ve milletin bağımsızlığı*, *toprak bütünlüğü* ve *ulusal egemenlik* gibi hak ve özgürlükleri sınırlandıran kavramlar milli güvenlik kapsamındadır. Bu çerçevede *ekonomik güvenlik*, *çevre güvenliği*, *siyasi ve toplumsal güvenlik* gibi nedenler de milli güvenlik kavramı ile birlikte ele alınır. Milli güvenlik, tanımından da anlaşılacağı üzere -tıpkı kamu düzeninde olduğu gibi- birçok farklı sınırlama nedeni ile ilintili kategorik bir kavramdır.

Yukarıda da izah edildiği üzere ulusal güvenlik ve kamu düzeni ile irtibatlı olan kavramlar dereceleri bakımından farklılık arz etmektedir. Zira milli güvenlik ile kamu düzeni özdeş kavramlar değildir,¹⁴ ancak hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususundaki birçok nedenle her iki kategori altında da ele alındığı görülmektedir. Keza ulusun teklifi ve üniter yapının korunması gibi değerler ilk bakışta sadece ulusal güvenlik ile ilintili gibi görülebilir. Ancak bu değerlere yönelen tehditler henüz düzenli askeri birliklerle giderilebilecek boyutlara varmamış, sadece güvenlik tedbirleri ile bertaraf edilebilecek noktada ise tehdit altında olan ulusal güvenlik değil, kamu düzeni kavramı içerisinde ele alınan kamu güvenliğidir. Bu bakımdan milli güvenlik ve kamu düzeni arasındaki ayrım tehlikenin yoğunluğuna ilişkindir. Nitekim kamu güvenliği daha çok devletin emniyet hizmetleri ve kamu düzenine ilişkin sorumluluğu kapsamındadır.¹⁵ Dolayısıyla kamu güvenliği halkın günlük yaşantısı ile ilgilidir. Bu noktada milli güvenlik üst düzey siyasi nitelikte tedbirlerle irtibatlıdır. Bu bakımdan kamu düzenine göre daha siyasi, ekonomik ve hukuki bakımdan daha kapsamlı bir kavramdır.¹⁶

Öte yandan milli güvenlik kavramını iç ve dış güvenlik olarak iki farklı boyutta ele almak gereklidir. Burada iç güvenlikten anlaşılan devletin *iç isyan* ve *ayaklanma* gibi yıkıcı eylemlere karşı korunmasıdır. Dış güvenlikten kasıt ise devletin *savaş* ve *barış* fark etmeksizin her durumda dış tehditlere karşı savunulmasıdır.¹⁷ Bu durum *devletin bağımsızlığı* ve *ülkenin bütünlüğü* gibi hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yol açan nedenlerin milli güvenlikle irtibatlı olduğunu göstermektedir. Bu kapsamda *iç kargaşa*, *dış tehdit*, *şiddet olayları* ve *toplumsal kargaşaya* ilişkin düzenlemeler milli güvenlik kavramı ile ilişkilidir. Diğer yandan devletin rejimini ortadan kaldırmaya yönelik tehditler de

14 Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017, s. 181.

15 Özdemir, s. 82-85.

16 Atakan, s. 101.

17 Funda Çetindağ, *Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004, s. 21.

milli güvenlik kapsamında bulunmaktadır. Bu bakımdan anayasal ve demokratik düzen de milli güvenlik kavramı altında ele alınacaktır.¹⁸

Bu kavramlardan *anayasal düzen* temelinde akılcı bir düzeni ifade etmektedir.¹⁹ Bununla birlikte anayasal düzenden kasıt aslında bir devletteki hukuk düzeninin tamamıdır. Dolayısıyla aynı zamanda hukuk devleti kavramı ile de irtibatlıdır. Nitekim hukuk devleti ilkesinin anayasal düzenin temel karakteristiği olduğu hem hukuk devleti kavramının ortaya çıktığı Almanya’da hem de hem Türkiye’de sıklıkla vurgulanmaktadır.²⁰ Bu noktada *demokratik düzen* ise demokratik topluma ilişkin bir kavramdır. Dolayısıyla demokratik düzenin çerçevesini oluşturmak için evvela demokratik toplumun ne olduğu sorusu cevaplanmalıdır. Bu manada *demokratik toplum* kavramının hukuki çerçevesi çoğunlukla yargı kararları ile çizilmiştir. Bu kapsamda çoğulculuk, tolerans ve açık fikirlilik demokratik toplumun en önemli unsurları olarak görülmektedir. Bu minvalde demokratik toplum düzeni azınlıkta kalanların haklarının daima korunduğu bir dengeyi ifade etmektedir.²¹

III. Karşılaştırmalı Perspektiften Milli Güvenlik ile İrtibatlı Sınırlandırma Nedenlerinin Anayasal Görünümü

A. Ulusal/Milli Güvenlik

Milli güvenlik, hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda kategorik bir ayrımı teşkil etmektedir. Nitekim devletin varlığına ve bekasına yönelik tehditler milli güvenlik kapsamında ele alınmaktadır. Ancak aynı zamanda liberal anayasaların hem sınırlandırma hem de olağanüstü hal rejimlerine başvurma gerekçelerinden biri olarak sayılmaktadır. Bununla birlikte bazı anayasalarda milli güvenlik sadece bir sınırlandırma nedeni olarak yer almaktadır. Örneğin Avusturya Federal Anayasası md. 52a/2’de bilgiyi talep etme ve ilgili materyallere erişme hakkı düzenlenmektedir. Ancak ulusal güvenliği tehlikeye sokabilecek bilgiler bu haktan istisna tutulmaktadır. Bunun benzeri bir düzenlemeye md.148b/2’de yer verilmiştir. Keza bu maddeye göre, Kamu Denetçiliği Kurumu’nun raporlarında gizliliğe riayet edilmesi ulusal güvenliğin gereğidir.²²

18 Tekinsoy, s. 75-76.

19 Egidijus KÜRİS, “Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelelerinin Anayasal İçtihatları ve AİHM Kararları Bağlamında)”, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 24, Ankara, 2007, s. 199.

20 Mithat Sancar, ‘Devlet Akh’ Kısacında Hukuk Devleti, İletişim, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 30-31.

21 Sezer, s. 286.

22 https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html, (03.10.2020).

Yunanistan Cumhuriyeti Anayasası md.5A'da bilgi edinme hakkı düzenlenmekte ancak milli güvenlik nedeniyle bu hakkın sınırlandırılabilmesi ifade edilmektedir.²³ Bu anayasanın 19. maddesinde ise milli güvenlik sebebiyle haberleşmenin gizliğinin ihlal edilebileceği düzenlenmektedir. Bununla birlikte bu anayasaya göre milli güvenlik aynı zamanda olağanüstü rejimlere başvurma gereksesidir. Zira md.48'de milli güvenliğe yönelik yakın bir tehdidin var olması durumunda sıkıyönetim yasası yürürlüğe girmekte ve olağanüstü mahkemeler kurulabilmektedir.²⁴

Bu noktada İtalyan Cumhuriyeti Anayasası'nın 126. maddesinde ulusal güvenlik gereksesiyle Cumhurbaşkanı'nın bir kararname ile Bölge Meclisi'ni feshedebileceği ve Yürütme Kurulu Başkanı'nı görevden alabileceği belirtilmektedir.²⁵ Ulusal güvenlik kavramına yer veren liberal anayasalardan Brezilya Federal Cumhuriyeti Anayasası'nın 173. maddesine göre; anayasada öngörülen istisnai durumlar hariç olmak üzere, Devletin bir ekonomik faaliyete el koymasına, ancak ulusal güvenlik veya zorunlu bir kolektif çıkar nedeniyle izin verilecektir.²⁶

Bu noktada Anayasamız ise liberal anayasalar içinde milli güvenlik vurgusunun en fazla olduğu anayasalardandır. Bu kullanım özellikle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına yönelik düzenlemelerde yer almaktadır. Nitekim Anayasamızın 20. maddesine göre milli güvenlik nedeniyle özel hayatın gizliliğine müdahale edilebilecektir. Yine md.21'e göre milli güvenlik gereksesiyle konut dokunulmazlığını ihlal etmek mümkündür. Bunun dışında 22. maddeye göre ise milli güvenlik, haberleşme özgürlüğünü sınırlandırma nedenlerinden biridir.

Ayrıca Anayasa'nın 26. maddesine göre milli güvenlik nedeniyle düşünceleri açıklama ve yayma hürriyeti kısıtlanabilmektedir. Öte yandan madde 31'e göre milli güvenliği korumak amacıyla halkın kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı engellenebilir. Aynı zamanda madde 33 uyarınca milli güvenlik nedeniyle dernek kurma hürriyetine sınırlamalar getirilebilir. Bununla birlikte toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkını milli güvenlik gereksesiyle sınırlamak mümkündür. Milli güvenlik bunun dışında md.51'e göre sendika kurma hakkının istisnası olarak sayılmaktadır.

23 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

24 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, (04.10.2020).

25 <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2011/eylul/anayasalar/ulkeana/pdf/10-İTALYA%20319-354.pdf>, (05.10.2020).

26 <http://www.brazil.gov.br/government/constitution>, (05.10.2020).

B. Anayasal Düzen

Liberal anayasalarda anayasal düzen ile devletin hukuki düzeni kastedilmektedir.²⁷ Bu bakımdan genellikle devletin ve rejimin güvenliği ile ilişkilendirildiği görülmektedir. Örneğin Rusya Federasyonu Anayasası md.13'e göre; Rusya Federasyonu'nun anayasal düzenini zorla değiştirmeye yönelik faaliyetler yasaktır. Yine md.16/2'ye göre Anayasanın hiçbir hükmü, Rusya Federasyonu'nun anayasal düzeninin temellerine aykırı olamaz. Md.55/3 ve md.56/1'e göre ise anayasal düzenin temellerinin korunması için hak ve özgürlüklere belirli sınırlamalar getirilebilir. Bu noktada hak ve özgürlüklere ilişkin alınacak tedbirler ise ihlalin yoğunluğuna göre değişmektedir. Nitekim Rusya bakımından anayasal düzeni ortadan kaldırmaya yönelik girişimler olağanüstü hal ilan etme nedenidir.²⁸

Federal Almanya Cumhuriyeti Temel Yasası da, tıpkı Rusya Federasyonu Anayasası gibi, anayasal düzen vurgusu fazla olan liberal anayasalardandır. Zira md.20'ye göre yasama anayasaya bağlıdır ve anayasal düzeni ortadan kaldırmak isteyen güçlere karşı -başka bir çözüm bulunmaz ise- bütün Almanlar direnme hakkına sahiptir. Anayasa'nın 2. maddesi ise anayasal düzeni kişiliğin serbestçe geliştirilmesi bakımından bir sınır olarak belirlemiştir.²⁹ Görüldüğü üzere anayasal düzen bu noktada birçok hak ve özgürlük bakımından sınır olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte mukayeseli hukukta birçok anayasada, anayasal düzene yönelik eylemlere karşı halka direnme hakkı tanınmaktadır.

Örneğin Litvanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 3. maddesinde vatandaşların anayasal düzen karşısındaki tehditlere yönelik direnme hakkı olduğundan bahsedilmektedir.³⁰ Estonya Cumhuriyeti Anayasası'nın 54. maddesinde de vatandaşların anayasal düzeni zorla değiştirmeye yönelik girişimler karşısında, başka bir imkan bulunmaması koşuluyla, direniş başlatma hakkına sahip olduğu ifade edilmektedir.³¹ Bu bakımdan Estonya Anayasası, tıpkı Almanya Anayasası'nda olduğu gibi, direnme hakkını anayasal düzenin bozulması karşısında son çare olarak başvurabilecek olağanüstü bir tedbir olarak görmektedir.

Yunanistan Anayasası ise anayasal düzene yönelik girişimlere karşı direniş göstermeyi sadece bir hak olarak tanımlamamış, bu girişimlere karşı direnmenin bir yükümlülük olduğundan da bahsetmiştir. Öyle ki md.120/4'e göre, Anayasanın gözetilmesi Yunanlıların yurtseverliğine emanettir. Bu bakımdan

27 Sancar, s. 30-31.

28 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, E.T.: 03.10.2020.

29 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, E.T.:04.10.2020.

30 <https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>, E.T.: 05.10.2020.

31 <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/rhvv/act/521052015001/consolide>, E.T.: 05.10.2020.

yurtsever Yunanlılar için Anayasanın kaldırılmasına yönelik teşebbüslere karşı direnmek hak olduğu kadar yükümlülüktür.³²

Polonya Cumhuriyeti Anayasası md.230'a göre ise anayasal düzene yönelik tehditler olağanüstü hal ilân etme nedenidir.³³ Bu tedbire devletin normal işleyişinin en hızlı biçimde yeniden sağlanması amacıyla başvurulmaktadır. Ayrıca maddenin devamında alınan olağanüstü önlemlerin, yaşanan tehdidin derecesi ile orantılı olması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte bu maddeye göre olağanüstü önlemler sebebiyle hak ve özgürlüklere getirilen sınırlandırmaların esasları, kapsamaları ve şekilleri yasayla belirlenecektir.³⁴ Buna ek olarak md.228'de ise tehlikeli durumlarda ve anayasal tedbirlerin yetersiz kalması halinde sıkıyönetim, olağanüstü hal veya doğal felaket durumu ilan edilebileceği belirtilmektedir.

Bu noktada anayasal düzeni yasal düzen ile ilişkilendiren Çekya Anayasası'nın 101/4. maddesinde; devletin, yerel birimlerin işlerine yasaların korunması için gerekli olduğu ölçüde müdahale edebileceği ifade edilmektedir.³⁵ Anayasal düzeni olağanüstü tedbirlerle ilişkilendiren bir diğer anayasa olan Arnavutluk Cumhuriyeti Anayasası md.173'e göre anayasal düzene yönelik tehlikeler olağanüstü hal ilan etme nedenidir.³⁶ Buna benzer şekilde Anayasamızın 119. maddesinde; vatan veya cumhuriyete karşı kuvvetli ve eylemli kalkışmalar ile anayasal düzeni veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerinin ortaya çıkması durumunda olağanüstü hal ilan edilebileceğinden bahsedilmektedir.

C. Demokratik Düzen

Demokratik düzen daha çok demokratik toplum ile irtibatlı bir kavramdır.³⁷ Demokratik düzene yönelik kalkışmaların devlet rejimini ortadan kaldırmaya ilişkin oldukları kabul edildiğinden, bu tehditler genellikle olağanüstü hal ya da sıkıyönetim ilanı gibi olağanüstü rejimler vasıtasıyla bertaraf edilmektedir. Keza Slovak Cumhuriyeti Anayasası md.32 ile her vatandaşa; insan haklarının, temel özgürlüklerin ve demokratik düzenin işleyişini ortadan kaldıracak girişimlere karşı direnme hakkı tanınmıştır. Lakin bu hak sadece Anayasa ile kurulmuş kurumların faaliyetleri ya da yasaların etkisiz kalması durumunda doğacaktır.³⁸

32 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, E.T.: 03.10.2020.

33 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, E.T.: 03.10.2020.

34 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, E.T.: 03.10.2020.

35 <https://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>, E.T.:04.10.2020.

36 <https://www.osce.org/albania/41888>, E.T.:04.10.2020.

37 Tijen, s. 276.

38 <https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>, E.T.:05.10.2020.

Çekya Anayasası da benzer şekilde md.23 ile insan haklarına, temel özgürlüklere ve demokratik düzeni ortadan kaldırmaya yönelik girişimlere karşı vatandaşlara direnme hakkı tanımıştır. Slovak Anayasası'na göre de direnme hakkı sadece devlet kurumlarının veya hukuki yolların yetersiz kalması durumunda kullanılabilir. Diğer yandan Slovak Anayasası'nın 65. maddesine göre anayasal demokratik düzenin bozulması veya anayasal demokratik düzene karşı ciddi bir tehdit ya da kamu felaketinin vuku bulması durumunda savaş hali, sıkı yönetim veya olağanüstü hal ilan edilebilmektedir.³⁹

Portekiz Cumhuriyeti Anayasası'nın bu konuya ilişkin düzenlemesi ise 19. maddede yer almaktadır. Nitekim md.19'a göre anayasal demokratik düzene yönelik ciddi bir tehdidin varlığı söz konusuysa, Portekiz topraklarının bir bölümünde veya tamamında sıkıyönetim veya olağanüstü hal ilan edilebileceği belirtilmektedir. Bu maddeye göre olağanüstü hal durumunda hakların, özgürlüklerin ve teminatların kullanımı normal anayasal düzeni bir an önce yeniden tesis etmek için gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir. Ancak olağanüstü halin ilanında ve uygulamasında orantılılık ilkesine saygı gösterilecektir.⁴⁰

Bununla birlikte mukayeseli hukukta bazı anayasalarda demokratik düzen, ihlalin yoğunluğuna göre sadece bir sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır. Örneğin Almanya Anayasası md.10'a göre mektup ile posta ve telefon haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaz. Bununla birlikte bu haklar bir yasayla sınırlandırılabilir ve bu sınırlandırmanın özgürlükçü ve demokratik düzeninin korunması amacıyla yapılması halinde, sınırlamaların ilgiliye bildirilmemesi ve sınırlamaya yönelik denetimin yargı yerine Parlamento tarafından tayin edilen organ ve yardımcı organlar vasıtasıyla yerine getirilmesi mümkündür.⁴¹

Bu noktada Anayasamızda demokratik düzen kavramının doğrudan kullanılmadığı, ancak bunun yerine demokratik toplum düzeni ve hür demokrasi düzeni gibi kavramların yer aldığı görülmektedir. Keza 1982 tarihli Anayasa'nın "Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması" başlıklı 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının demokratik toplum düzenine aykırı olamayacağı ifade edilmektedir.

D. Devletin ve Vatandaşların Güvenliği

Devletin ve vatandaşların güvenliğine yönelik tehditler mukayeseli hukukta, iç nizam ve düzene ilişkin olmaları ve süreklilik arz etmemeleri bakımından, olağan hukuk yolları ile bertaraf edilen ihlaller olarak yer almaktadır.

39 <https://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>, E.T.:04.10.2020.

40 <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>, E.T.: 03.10. 2020.

41 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, E.T.:04.10.2020.

Bununla birlikte bu tehditlerin devletin varlığına ve bekasına ilişkin olmaları bakımından milli güvenlik ile irtibatlı oldukları kabul edilmektedir. Nitekim Anayasamızın 56. maddesine göre de *vatandaşların güvenliğinin sağlanması* için hak ve özgürlüklere belirli sınırlamalar getirilebilir.⁴²

Öte yandan Azerbaycan Anayasası'na göre *devletin güvenliği* nedeniyle olağanüstü rejimlere başvurulabilmektedir. Örneğin Azerbaycan Anayasası md.112'e göre vatandaşların yaşamı ve güvenliğini tehdit eden olaylar vuku bulduğunda olağanüstü hal ilan edilebilmektedir.⁴³ Bu noktada Almanya Anayasası md.96 ile birlikte eyalet mahkemelerinin devletin güvenliğinin korunmasıyla ilgili ceza davaları bakımından federasyon adına yargı yetkisini kullanmalarının önü açılmıştır.⁴⁴

Polonya Anayasası'nın 31. maddesinde ise devletin güvenliği nedeniyle anayasal hak ve özgürlüklere sınırlama getirilebileceği belirtilmektedir. Yine bu anayasanın 45. maddesinde devletin güvenliği söz konusu ise duruşmanın açıklığı ilkesine istisna getirilebileceği belirtilmektedir. Anayasanın 53. maddesinde ise inancını alenen ifade etme hürriyetinin sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır. Bu anayasanın 230. maddesinde ise vatandaşların güvenliğine yönelik tehditlerin olağanüstü hal ilân etme nedeni olduğu ifadesi yer almaktadır.⁴⁵

Bazı liberal anayasalar ise vatandaşlara devletin güvenliğine ilişkin kısımlara karşı direnme hakkı tanımaktadır. Örneğin Arjantin Cumhuriyeti Anayasası'nın 36. maddesine göre vatandaşlar, temel hak ve özgürlüklerine yönelik eylemleri uygulayanlara karşı direnme hakkına sahiptir.⁴⁶ Buna benzer bir uygulama da Portekiz Anayasası'nın 21. maddesinde görülmektedir. Bu maddeye göre herkesin; haklarını, özgürlüklerini veya teminatlarını ihlal etmeye yönelik saldırıları defetmek için güç kullanmaya hakkı vardır, ancak bu hak sadece kamu güçlerine başvurmanın mümkün olmadığı durumlarda kullanılabilir.⁴⁷

E. Devletin Ülkesi ve Milleti ile Bölünmez Bütünlüğü

Anayasamızda *devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması* gerekçesiyle temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılabilmesi belirtilmektedir. Zira bu gerekçeyle 26. maddede düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ve 28. maddede ise basın hürriyetinin sınırlandırılabilmesinden söz edilmektedir. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesi'ne göre ülke ve millet bütünlüğünü bozucu davranışlar ya da sözler, siyasi özerklik talepleri, azınlık yarat-

42 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, E.T.: 03.10.2020.

43 <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, E.T.: 03.10.2020.

44 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, E.T.:04.10.2020.

45 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, E.T.: 03.10.2020.

46 <https://www.congreso.gob.ar/nationalConstitution.php>, E.T.: 03.10.2020.

47 <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>, E.T.: 03.10.2020.

maya ya da bölgecilik yapmaya yönelik faaliyetler “Devletin Ülkesi Ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü İlkesi” kapsamında değerlendirilmektedir.⁴⁸ Bu minvalde Anayasamıza göre devletin güvenliği ve ülkenin savunulması amacıyla hak ve özgürlükler sınırlandırılabilir. Zira Anayasa Mahkemesi’nin güncel ve yerleşik içtihadı da bu yöndedir.

Öyle ki Yüksek Mahkeme devletin ve milli güvenliğin sağlanması amacıyla kişisel verilerin korunması hakkının özel güvencelerine istisna getirilebileceğini belirtmektedir. Keza Mahkeme’nin 2018/23077 başvuru numaralı ve 17/9/2020 tarihli kararına göre “Anayasa’nın 13. maddesi ve 14. maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.” şeklindeki hüküm uyarınca demokratik devlet düzeni ve millî güvenliğin sağlanması, terörle mücadele amacıyla kişisel verilerin korunması hakkının özel güvencelerine istisna getirilmesi mümkündür. Nitekim konuyla ilgili uluslararası hukuk belgelerinde de millî güvenliğin korunması ve terörle mücadele amacıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının özel güvencelerine istisna getirilebileceği kabul edilmiştir.”⁴⁹

F. Devlet Sırrı

Liberal anayasalarda hak ve özgürlükleri sınırlandırma gerekçesi olarak yer alan diğer bir kavram da devlet sırrıdır. Bu minvalde devlet sırrı, devlete ait olan ya da devletin gözetimi altında olan ve milli güvenlik bakımından açıklanmasının önlenmesi gereken bilgilerdir. Özellikle savunma gibi milli çıkarın gereği olarak korunmasına ihtiyaç duyulan bilgiler bu kapsamda yer almaktadır. Dolayısıyla açıklanması ile devletin ve ulusun güvenliğine zarar verecek olan bilgiler devlet sırrı niteliğindedir.⁵⁰

Öte yandan devlet sırrı hak ve özgürlükleri sınırlandıran ya da askıya alan bir kavram olarak doğrudan sadece 11 anayasada⁵¹ yer almaktadır. Ancak Avusturya Anayasası gibi bu kavrama doğrudan yer vermemekle birlikte,

48 Ferhat Uslu, Sevtaç Angun, “Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Nedeni Olarak Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü İlkesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: Milli Egemenlik Özel Sayısı, 2020, s. 53.

49 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201013-6.pdf>, E.T.: 30.12.2020. Devletin ve milletin güvenliği ilkesinin Anayasa Mahkemesi tarafından siyasi partileri kapatma gerekçesi olarak kullanıldığı kararlar hakkında bkz. Uslu, Angun, s. 50-53.

50 Mehmet Ali Zengin, “Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt: VI, Sayı: II, 2011, s. 147.

51 https://www.constituteproject.org/search?lang=en&q=state%20secret&status=in_force, E.T.: 03.10. 2020.

içeriksel olarak aynı anlama gelen farklı düzenlemeler barındıran anayasalar da mevcuttur. Nitekim Avusturya Anayasası md.20/3'e göre kamu görevlileri görevleri gereği öğrendikleri -yasalarda aksi bir hüküm bulunmadıkça- milli savunmaya, dış ilişkilere, kamu huzuruna, düzenine ve emniyetine ilişkin bilgilerin tamamını gizli tutmakla yükümlüdür.⁵²

Metninde bu kavrama yer veren liberal anayasalardan Portekiz Anayasası'nın 156/d maddesinde, hükümete devlet sırlarına ilişkin soruların yöneltilemeyeceği belirtilmektedir.⁵³ Rusya Anayasası md.29/4'te ise devlet sırrı kapsamındaki bilgilerin listesinin federal kanunla oluşturulacağı ifade edilmektedir. Maddenin devamında devlet sırrına ilişkin bilgiler hariç olmak üzere herkesin bilgiyi serbestçe arama, edinme, aktarma, üretme ve yayma hakkına sahip olduğundan bahsedilmektedir.⁵⁴ Ukrayna Cumhuriyeti Anayasası md.32'ye göre ise her vatandaşın kendisi hakkındaki bilgileri incelemeye hakkı vardır. Ancak bu hak, hükümet ve yerel yönetim organlarınca ya da kurum ve kuruluşlarca korunan bilgileri kapsamaz.⁵⁵

Bu noktada Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda devlet sırrı kavramı iki farklı maddede yer almaktadır. Bu maddelerden ilki olan md.26'ya göre, devlet sırrı olarak nitelendirilen bilgilerin açıklanması düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine dahil değildir. Bu maddeye göre devlet sırrı olarak usulünce belirlenmiş bilgiler; özel ve aile hayatının, *kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi* maksadıyla sınırlandırılabilir. Bununla birlikte md.76'ya göre ise devlet sırlarını açığa vurdukları için hüküm giymiş olanlar, sonradan affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

G. İç ve Dış tehdit

Mukayeseli hukuka göre *dış tehditler* hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına yol açmaktadır. Bu kapsamda bahsedilen tehlikelerin devletin bekasını ciddi şekilde tehdit etmeleri bakımından bertaraf edilmeleri için olağanüstü rejimlere başvurmak gerekmektedir. Bu bağlamda dış tehditten savaş yahut savaşı gerektirecek bir durum ya da devletin varlığını tehlikeye düşürecek ölçüde şiddet olayları anlaşılmaktadır.

52 https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html, E.T.: 03.10. 2020.

53 <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>, E.T.: 03.10. 2020.

54 <http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>, E.T.: 03.10. 2020.

55 https://www.kmu.gov.ua/storage/app/imported_content/document/110977042/Constitution_eng.doc E.T.: 03.10. 2020.

Hollanda Krallığı Anayasası md.103'de *iç ve dış güvenlik* sebebiyle Kraliyet kararlarıyla olağanüstü hal ilan edilebileceği ifade edilmektedir. Bu anayasanın 103/3. maddesi ise olağanüstü hale getirdiği yürürlük süresi bakımından oldukça dikkat çekicidir. Nitekim bu maddeye göre, parlamento olağanüstü halin süresini Kraliyet kararlarıyla kaldırılmadığı sürece istediği şekilde belirleyebilmektedir.⁵⁶

Polonya Anayasası md.136'a göre ise bir *dış tehdidin* vuku bulması durumunda Silahlı Kuvvetlere devleti savunması için genel veya kısmi seferberlik ve tertiplenme emri verilecektir.⁵⁷ Arjantin Anayasası md.6'da Federal Hükümetin cumhuriyet yönetimini garanti altına almak, istilaları bastırmak ya da bir eyaletin başka bir eyaletin topraklarını işgal etmesini engellemek amacıyla federal müdahalede bulunabileceğini düzenlenmektedir.⁵⁸ Bunun benzeri bir düzenleme de İsviçre Konfederasyonu Anayasası md.52/2'de bulunmaktadır. Keza bu maddeye göre, bir kantondaki kamu düzeni bozulduğunda veya tehdit altında olduğunda, Federasyon söz konusu Kantona müdahale edebilmektedir.⁵⁹

Bu minvalde *toplumsal kargaşa* ise devletin bekasına ve rejimini ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet olayları yahut ayaklanmanın karşılığı olarak kullanılmaktadır. Öyle ki Anayasamızın 119. maddesindeki olağanüstü hal rejimine yönelik düzenlemeler bu minvaldedir. Öte yandan mukayeseli hukukta liberal anayasalardaki düzenlemeler de bu yöndedir. Örneğin Azerbaycan Cumhuriyeti Anayasası md.102'ye göre; şiddet olayları içeren toplumsal kargaşa ortamının oluşması tehlikesini doğuran hallerde, Azerbaycan Cumhuriyeti Cumhurbaşkanı tarafından olağanüstü hal tedbirine başvurulabilmektedir. Bu anayasanın 112. maddesi ile de -yukarıda ifade ettiğimiz madde ile benzer şekilde- toprak bütünlüğünün ihlal edilmesi durumunda olağanüstü hal tedbirinin uygulanacağı düzenlenmektedir.⁶⁰

H. Ulusal Çıkar

Toplumların ve devletlerin hayati öneme sahip çıkarları vardır. Bu kapsamda kamu çıkarı ile ulusal çıkar birbirinden farklı kavramlardır. Nitekim modern devletin ortaya çıkışı ile birlikte daha çok güç ve hikmet-i hükümet kavramları ile anlaşılan çıkar kavramı, zamanla ulusun bütününe kapsar bir

56 <https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>, E.T.:04.10.2020.

57 <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>, E.T.: 03.10.2020.

58 <https://www.congreso.gob.ar/nationalConstitution.php>, E.T.: 03.10.2020.

59 <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19995395/index.html>, E.T.: 03.10.2020.

60 <https://en.president.az/azerbaijan/constitution>, E.T.: 03.10.2020.

hal almıştır.⁶¹ Ulusal çıkar kavramının liberal anayasalarda kullanımı ise genellikle, ulusal çıkarları koruma yükümlülüğünün devlete ait olması sebebiyle uluslararası örgütlere ancak ulusal çıkarların korunması amacıyla iştirak edilebileceğini belirten düzenlemelerde yer almaktadır. Ancak Yunanistan Anayasası bu konuda biraz daha sert bir tutumla md.4/3'te Yunan vatandaşlarının yabancı bir ülkede, Yunanistan'ın ulusal çıkarlarına aykırı hizmetleri yerine getirmesi durumunda vatandaşlıktan çıkarılacağını ifade etmektedir.⁶²

Sonuç

Liberal anayasalarda hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması amacıyla başvuru birçok farklı neden bulunmaktadır. Bununla birlikte bu nedenlerin ortaya çıkmasındaki asıl ölçüt devletlerin tarihsel süreç içerisindeki tecrübeleridir. Öyle ki tüm devletler jeopolitik konumları nedeniyle farklı tarihsel tecrübelere sahip olmuş, bunun sonucu olarak anayasa koyucuların güvenlik ve düzen anlayışı farklılaşmıştır. Bu da hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerde farklı yaklaşımlara ve uygulamalara yol açmıştır.

Örneğin yukarıda da izah ettiğimiz üzere anayasal düzene yönelik tehditler birçok liberal anayasada hak ve özgürlükleri sınırlandırma nedeni olarak sayılmıştır. Ancak Yunanistan ve Almanya'da anayasal düzeni koruma konusunda vatandaşlara birtakım hak ve yükümlülükler getirilmiştir. Bu noktada Dünya Savaşı sonrası galip güçlerin tesiri ile Nazi iktidarı tecrübesi gözetilerek düzenlenen Alman Anayasası Alman vatandaşlarına anayasal düzeni ortadan kaldırmaya çalışan güçlere karşı *direnmeyi* bir hak olarak tanımıştır.⁶³ Tarihsel süreçte darbe tecrübesi olan Yunanistan Anayasası'nda ise anayasal düzeni değiştirmeye yönelik girişimlere karşı *direnmek* sadece bir hak olarak değil, aynı yükümlülük olarak düzenlenmiştir.⁶⁴

Dolayısıyla hak ve özgürlükleri sınırlandırması/askıya alınmasında asıl ölçüt ihlalin yoğunluğu ve devletlerin tarihsel süreç içerisindeki tecrübeleridir. Nitekim hak ve özgürlüklerin hangi sebepler nedeniyle sınırlandırılacağı/askıya alınacağı yasa koyucu, bu koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği hususu ise siyasal iktidar tarafından belirlenmektedir. Bu kapsamda çalışmada hak ve özgürlükleri sınırlandıran/askıya alan kavramların içeriklerine kısaca değinil-

61 Mitat Çelikpala, "Geçmişten Günümüze Vazgeçilemeyen Kavram: Ulusal Çıkar", H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt 23, Sayı 1, 2005, s. 459.

62 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, E.T.: 03.10.2020.

63 <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, E.T.:04.10.2020.

64 <https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>, E.T.:04.10.2020.

mekle yetinilmiş, bu aşamanın ardından da kamu düzeni ya/ya da ulusal/milli güvenliğe ilişkin olmaları bakımından kategorik bir ayırım yapılmıştır.

Kuşkusuz hak ve özgürlükleri sınırlandıran nedenlerin her birinin içeriği ayrı bir çalışmayı gerektirecek kadar geniş ve belirsizdir. Bu muğlaklık nedeniyle uygulamada hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması hususunda ölçülü olmayan tedbirler alınabilmektedir. Ancak bu nedenlerin ihlalin yoğunluğuna, içeriğine, tesir ettiği alanın büyüklüğüne ve sürekliliğine göre tasnif etmek mümkündür. Böylece gerçekleştirilen tasnif sayesinde hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması kapsamında uygulamada görülen aksaklıklar giderilebilecektir.

Zira devletin bekasına yönelik olan, dolayısıyla ülkenin tamamına tesir eden ve süreklilik arz etmeleri bakımından devletin ve ulusun varlığına ilişkin oldukları kabul edilen nedenler milli güvenlik ile irtibatlıdır. Bu kapsamda çalışmada hangi nedenlerin milli güvenliğe ilişkin olarak ele alındığı tespit edilmiştir. Bu sayede olağan hukuku askıya alma imkânı tanıyan nedenler hususunda bir belirlilik sağlanmıştır. Çalışmanın sonraki aşamasında ise söz konusu nedenlerin mukayeseli hukuktaki kullanım şekilleri karşılaştırmalı olarak incelenmiştir. Böylece hak ve özgürlüklerin bir liberal hukuk devletinde hangi nedenlerle ve ne şekilde sınırlandırılabilmesi/askıya alınabileceği ortaya koyulmuştur.

KAYNAKLAR

- Atakan, Arda, “Kamu Düzeni Kavramı”, *MÜHF-HAD*, Cilt: 13, Sayı: 1-2, s. 59-136.
- Atay, Ender Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, 3. Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş Baskı, Ankara, 2012.
- Bayra, Ersin, “Güvenlik Devleti: Leviathan’dan Hukuk Devletine, Hukuk Devletinden Leviathan’a”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:VI, Sayı:I, Genel Sayı:11, Bahar 2019, s. 93-130.
- Bayra, Ersin, “Hak ve Özgürlükleri Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirilmesi -1: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 45-72.
- Boztepe, Mehmet, “Olağanüstü Hal Rejiminde Yürütmenin Düzenleyici Bir İşlemi olarak Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri ve OHAL Kanun Hükmünde Kararnameleri ile Mukayesesi”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Yıl:2018, Cilt:1, Sayı:3, s. 378-395.
- Çelikpala, Mitat, “Geçmişten Günümüze Vazgeçilemeyen Kavram: Ulusal Çıkar”, *H.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2005, s. 439-461.
- Çetindağ, Funda, *Türk Anayasal Sisteminde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması Bağlamında Kamu Düzeni*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2004.
- Kalabalık, Halil, *İnsan Hakları Hukuku*, Seçkin, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2017.
- Küris, Egidijus, *Anayasal Değerlerin Evrenselleşmesi Üzerine (Orta ve Doğu Avrupa Ülkelerinin Anayasal İçtihatları ve AIHM Kararları Bağlamında)*, *Anayasa Yargısı*, Cilt: 24, Ankara, 2007, s. 197-213.
- Ordu, Özgecan, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanma Nedeni Olarak Avrupa Kamu Düzeni*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı Kamu Hukuku Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Özdemir, Ali, ““Kamu Düzeni” ve “Kamu Güvenliği” Kavramlarına Analitik Bir Yaklaşım (Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü Hakkının Sınırlandırılması Örneği)”, *International Journal of Legal Progress*, Volume: 2, Number: 2, 2016, s. 78-115.
- Sancar, Mithat, *‘Devlet Aklı’ Kaskacında Hukuk Devleti*, İletişim, 8. Baskı, İstanbul, 2016, s. 30-31.
- Sezer, Tijen Dünder, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Kurma Özgürlüğü*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2004.
- Tekinsoy, Özge Okay, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Uslu, Ferhat/ Angun, Sevtap, “Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Nedeni Olarak Devletin Ülkesi ve Milletiyle Bölünmez Bütünlüğü İlkesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: Milli Egemenlik Özel Sayısı, 2020, s. 39-60.
- Zengin, Mehmet Ali “Bilgi Paylaşımı Bakımından Devlet Sırrı Kavramı ve Ulusal Güvenlik”, *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, Cilt: VI, Sayı: II, 2011, s. 141-151.

İNTERNET KAYNAKLARI

- <https://dre.pt/constitution-of-the-portuguese-republic>
<https://en.president.az/azerbaijan/constitution>
<http://www.adalet.gov.tr/>
<https://www.admin.ch/opa/en/classified-compilation/19995395/index.html>
<http://www.brazil.gov.br/government/constitution>
<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>
<https://www.congreso.gob.ar/nationalConstitution.php>
<https://www.constituteproject.org/>
<http://www.constitution.ru/en/10003000-01.htm>
<https://www.government.nl/documents/regulations/2012/10/18/the-constitution-of-the-kingdom-of-the-netherlands-2008>
<https://www.hellenicparliament.gr/en/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/>
https://www.kmu.gov.ua/storage/app/imported_content/document/110977042/Constitution_eng.doc
<https://www.lrs.lt/home/Konstitucija/Constitution.htm>
<https://www.osce.org/albania/41888>
<http://www.parliament.am/legislation.php?sel=show&ID=1&lang=eng>
<https://www.prezident.sk/upload-files/46422.pdf>
<https://www.psp.cz/en/docs/laws/constitution.html>
<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/10/20201013-6.pdf>
https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Erv/ERV_1930_1/ERV_1930_1.html
<https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/rhvv/act/521052015001/consolide>
<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>

TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in Başlangıç Dönemlerinde Türk Sineması ve Hukukî Düzeni (1920-1932)*

Turkish Cinema and its Legal Order in the TBMM Government and the Beginning of the Republic (1920-1932)

Ayhan CEYLAN**

Öz

TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in başlangıç yıllarında (1920-1932), "açılış, idare, özgürlük, denetim ölçütleri ve sorumlulukları" içeren "sinemaya özgü" hukukî bir düzenleme yapılmamıştır. Toplumun eğlence, eğitim ve öğretimine yönelik fonksiyonu, yaygınlığının dönem itibarıyla sınırlı olması, dönemin işgal ve savaş şartları, basın gibi kamuoyu oluşturacak ve yönlendirecek derecede sosyal ve siyasal etki göstermemesi sinemaya özgü ve onu bir bütün olarak düzenleyen hukukî bir metnin ortaya çıkmamasında etkili olmuş gözükmektedir. Dönemde yürürlükte olan 1907 Polis Nizamnamesi, 1858 Osmanlı Ceza Kanunu, 1923 Sinema Tebligatı, 1926 Uluslararası Edep ve Ahlâka Aykırı Yayın Sözleşmesi, 1926 Türk Ceza Kanunu ve 1930 Hıfzıssıhha Kanunu sinemaya ilişkin hükümlere yer vermektedir. Yapılan bu hukukî düzenlemelerin dönemde etkili bir şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Dönem hakkında bilgi veren kaynaklar ve tatbikat ışığında sinemanın ön denetimi niteliğinde merkezî veya sistematik bir sansürün 1932 yılına kadar uygulanmadığı belirtilebilir. Mevzuat ve uygulamaya yansıdığı kadarıyla gerçekleştirilen denetimde genel olarak; edep ve genel ahlâka uygunluk, millî ve dinî hislerin rencide edilmemesi, tanınmış din ve mezheplerin aşağılanmaması, dost devletlerin itibarına saygı gösterilmesi, ülkenin dış ülkelerdeki imajına zarar verilmemesi, toplumun âşayış ve huzurunun sağlanması ve çocukların ve gençlerin korunması gibi çeşitli kriterler esas alınmıştır. Devletin özellikle 1926 sonrası sinemaya yüklediği fonksiyona bağlı olarak bu kriterlerin kısmen değiştiği görülmektedir.

Anahtar kelimeler: Sinema, Türk sinema tarihi, Türk sinema hukuku, TBMM hükümeti döneminde sinema, Cumhuriyet'in başlangıç döneminde sinema.

* Makale gönderim tarihi: 23.03.2021 Makale kabul tarihi: 10.04.2021 Ayhan Ceylan, "TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in Başlangıç Dönemlerinde Türk Sineması ve Hukukî Düzeni (1920-1932)", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 27-61; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.05>

** Prof. Dr., İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, aceylan@ticaret.edu.tr, Cep:05462583848 <https://orcid.org/0000-0001-5680-4399>

ABSTRACT

In the TBMM Government and the Beginning of the Republic (1920-1932), a legal regulation “specific to the cinema” containing “opening, administration, freedom, supervision criteria and responsibilities” was not made. The function of the society for entertainment, education and training, its limited prevalence as of the period, the occupation and war conditions of the period, and the lack of social and political influence such as the press to create and direct public opinion seem to have been effective in preventing a legal text specific to cinema and organizing it as a whole. The 1907 Police Regulations, the 1858 Ottoman Penal Code, the 1923 Cinema Notice, the 1926 International Agreement on Publication Against Manners and Morals, the 1926 Turkish Penal Code and the 1930 Public Health Law, which were in effect at the time, include provisions on cinema. It is understood that these legal regulations were not implemented effectively in the period. In the light of the sources giving information about the period and the practice, it can be stated that a central or systematic censorship, which is the pre-control of the cinema, was not applied until 1932. As far as it is reflected in the legislation and practice, in general, compliance with decency and general morality, national and religious feelings not to be insulted, not to be humiliated by recognized religions and sects, respecting the reputation of friendly states, not harming the image of the country in foreign countries, ensuring the dignity and peace of the society, various criteria such as the protection of children and young people have been taken as basis. It is observed that these criteria have partially changed depending on the function the state has attributed to the cinema after 1926.

Keywords: Cinema, Turkish cinema history, Turkish cinema law, Cinema during the TBMM government, Cinema in the beginning period of the Republic.

Giriş

Sinemanın ülkemize girişinden bu yana yaklaşık 125 yıl geçmiştir. Bu süre zarfında Türk sinema tarihi çeşitli yönleriyle yazıya geçirilmiştir. Osmanlıca kaynaklara dayanan dönem Türk sinema tarihyazımı açısından en sorunlu dönem olarak kabul edilebilir. Gerçekten, Osmanlı Devleti, TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in başlangıç dönemlerini içine alan sinemanın 32 yıllık “Arap alfabeli Osmanlıca kaynaklara dayalı yılları” nispeten son 20 yılda dönem kaynakları ışığında ele alınabilmiştir. Bunun kaynaklara ulaşma, okuma ve değerlendirme açısından araştırma/yazım yoğunluğunun da son 10 yıla ait olduğunu belirtmek gerekir. Osmanlı ve Cumhuriyet Arşivlerindeki tasnif çalışmalarının hızlanarak belgelere ulaşma fırsatı sağlanması, çeşitli kütüphanelerde yer alan kitap, süreli yayın, belge vb. yazılı kaynakların dijital ortama aktarılması ve erişime açılması sinemayla ilgili dönem kaynaklarını ele alıp değerlendirmeyi kolaylaştırmıştır. Ancak bu olumlu gelişmeler, yakın zamana kadar Türk sinema tarihyazımının Osmanlıca kaynakları okuyamama, hatta göz ardı etme sorununu mazur göstermemelidir. Osmanlıca kaynaklara bu yoğunlukta ve ko-

laylıkta olmasa da istenmesi hâlinde geçmişte de ulaşma imkânı bulunmaktaydı. Bu çalışmanın konusu bu meselenin sebep ve sâiklerini tartışmak değildir. Ancak yakın zamana kadar genel olarak Türk sinema tarihiyle ilgili belli başlı eserlerin dahi bahsedilen 32 yıllık süreyi ele alırken dönem kaynaklarına yer ver(e)mediği, dolayısıyla bu yılların Osmanlıca kaynaklar dikkate alınarak yazılmadığı bir gerçektir. Bu şekilde yazılan bir sinema tarihinin, en azından bu dönem açısından eksik, hatalı ve âfâkî bilgilere dayalı olması kaçınılmazdır. Bu cümleden olarak, sinemaya ilişkin literatürde bu dönemde sinemanın hukukî düzenine ilişkin yazılanlar da bir kaynağa dayanmaksızın, birbirinin tekrarı mahiyetinde oldukça genel ve birkaç cümleyi geçmeyen özelliktedir. Bizi bir dizi makale yazmaya iten neden temelde sinemanın bu 32 yıllık Osmanlıca belgelere dayalı genel konumu, özellikle de hukukî düzenine ilişkin gördüğümüz boşluk, bu düzenin mevzuat ve uygulama açısından durumuna ilişkin duyulan meraktır. Bu araştırma, Osmanlı Dönemi sinemasının hukukî düzenine ilişkin daha önce yayınlanmış olan iki makalenin¹ tamamlayıcısı niteliğindedir. Çalışma, TBMM ve Cumhuriyet'in başlangıç dönemlerinde (1920-1932) hukuk düzeni odaklı sinemayı incelemeyi hedeflemektedir. Geçiş dönemi ve ortak mevzuat dolayısıyla Osmanlı Dönemi ve TBMM dönemlerinin zaman itibarıyla belli ölçüde kesiştiği bir gerçektir. Bu kesişmenin getirdiği sinemanın bütüncül yapısı ve söz gelimi İstanbul merkezli bir araç olma gerçekliği göz ardı edilmeksizin, 1920-1923 aralığı bakımından konu esas olarak TBMM Hükümeti zâviyesinden ele alınmıştır. Ancak inceleme döneminde sinemanın genel konumu, hukukî düzeninin bütünlüğü ve ortaklığı dikkate alınarak Cumhuriyetin başlangıç dönemi 1932 yılında ilân edilen Sinema Talimatnâmesine kadar götürülmüştür. Latin harflerinin kabul edildiği döneme denk gelmesi ve sinemanın mevzuat açısından bilinen dönemine ilişkin bir belge olmasıyla Talimatnâme sınır kabul edilmiştir. 1932 yılı aynı zamanda sinemanın Halkevleri aracılığıyla resmî ideolojinin benimsenmesi yönünde bir araç olarak kullanımına başlandığı² tarihe denk düşer. Makale, arşiv belgeleri, süreli yayınlar ve dönem hukukî mevzuatı dikkate alınarak birinci derece Osmanlıca dönem kaynakları ışığında 1920-1932 yılları arasında sinema ve hukukî düzenine ışık tutmaya çalışacaktır. Hukukî düzen tespit edilirken dönem sinemasını ilgili olduğu ölçüde çeşitli yönleriyle ele almak gerekmektedir. Başlık bu nedenle içerikle

- 1 Bu makaleler için bkz. Ayhan Ceylan, "Osmanlı Dönemi Türk Sinemasında Hukukî Düzen", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Sy. 9, Y. 2010 (Bahar), İstanbul 2014, s. 7-19; Ayhan Ceylan, "Osmanlı Sinemasında Genel Hukukî Düzenleme", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Y.17, Sy. 34, Güz 2018/2, s. 1-29.
- 2 Konuya ilişkin bir makale için bkz. Özde Çeliktemel-Thomen, "Halkevlerinde Öğretici Sinema Repertuarı: Erken Cumhuriyet Türkiyesi'nde Sinema, Eğitim, Propaganda (1923-1945)", *Sinemasine*, C. 6, Sy. 2, 2015, s. 49-75.

uyumu gözetilerek, “sinema ve hukukî düzeni” olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede, dönemler dikkate alınarak, sinema; genel durumu, önemi ve fonksiyonu, özgürlük ve denetim durumu, düzenleme hazırlıkları ve mevzuat boyutuyla incelenmeye çalışılmıştır.

I. Genel Olarak Sinemanın Durumu

A. TBMM Hükümeti Dönemi (1920-1923)

30 Ekim 1918'de imzalanan Mondros Mütârekesi'nden sonra İtilaf Devletleri'nden oluşan işgal güçleri Antlaşma maddelerini ihlal ederek ülkenin pek çok yerini istilâya başlamıştır. İşgal karşısında Anadolu ve Rumeli'de direniş başlamış, kısa süre sonra direniş hareketleri örgütlü bir hâl alarak millî mücâdeleye dönüşmüştür. Osmanlı Meclis-i Mebusânı'nın Misâk-ı Millî'yi ilân etmesi üzerine 16 Mart 1920'de İstanbul resmen işgal edilmiştir. Çalışamaz duruma gelen son Osmanlı Meclis-i Mebusânı da 11 Nisan 1920'de padişah tarafından feshedilmiştir. Bu süreçte gerekli tedbirleri kararlaştırmak ve yürütmek amacıyla Heyet-i Temsiliye adına Mustafa Kemal Paşa tarafından Ankara'da olağanüstü yetkileri hâiz bir meclisin toplanması ve yapılacak seçimin esaslarını öngören bir İntihâb Tebliği (Seçim Genelgesi)³ yayınlanmıştır. Yapılan seçimler sonrasında 23 Nisan 1920'de Ankara'da Millet Meclisi toplanmıştır. Meclisin açılışını müteâkip yapılan düzenlemelerle Meclis Hükümeti Sistemi şekillenmeye başlamış, 21 Ocak 1921'de kabul edilen Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu⁴ bu sistemi anayasal bir konuma taşımıştır. Kuvvetler birliğini esas alan bu sistemde, 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'na yansıdığı üzere, yasama ve yürütme yetkisi milletin yegâne temsilcisi olarak kabul edilen TBMM elinde toplanmaktadır (m.2). Anayasa sistemin özelliklerini yansıtan başka maddelere de yer verirken, 3'üncü maddesinde: “Türkiye Devleti, Büyük Millet Meclisi tarafından idâre olunur ve hükümeti Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti unvânını taşır” diyerek sistemin adını da belirtmiştir⁵. Böylelikle 23 Nisan 1920'de TBMM'nin birinci döneminde kabul edilerek 29 Ekim 1923'te Cumhuriyet'in ilânına kadar sürecek olan dönem “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti Dönemi” olarak ifâde edilmiştir⁶.

3 İntihâb Tebliği için bkz. *Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu*, nşr. Mihrân, byy., 1337, s. 6-9.

4 *Cerîde-i Resmîye*, Y.1, Sy.1, 7 Şubat 1337/1921.

5 Bülent Tanör, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 20. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 226-242; Mustafa Erdoğan, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 7. Baskı, Liberte, Ankara, 2011, s. 59-68.

6 Tarık Zafer Tunaya, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasi Karakteri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.23, Sy. 3-4, 1953, s. 227.

30 Ekim 1922'de alınan 307⁷ ve 1-2 Kasım 1922'de alınan 308 sayılı⁸ kararlar 16 Mart 1920'den geçerli olarak saltanat kaldırılarak Osmanlı Devleti tarihe intikâl etmiş, yerine kurulan Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümeti geçmiştir. Bu kararlardan anlaşılacağı üzere, işgal ve millî mücadele sürecinde, Kasım 1922'ye kadar olan dönemde, İstanbul ve Ankara merkezli iki yönetimin varlığından bahsedilebilir. Bu siyasî ayrışma ve farklılaşmaya rağmen siyasî iktidardan bağımsız kendi sosyal ve ekonomik dinamikleri çerçevesinde sinema gelişimini sürdürmüştür. Bu süreçte, sinemanın toplumsal talep ve ihtiyaçlara karşılık gelme ve iktidârın inisiyatifinde gelişen bir araç olmama özellikleri vurgulanmalıdır.

TBMM Hükümeti Ankara'da kurulmuş ve saltanat kaldırılıp Kasım 1922 sonrası tek yönetim olarak kalmış olsa da İstanbul daha önceden olduğu gibi sinemanın en önemli merkezi olmayı muhafaza etmektedir. 1921 yılında başta Beyoğlu olmak üzere sinema salonları, Galata, Bakırköy ve Kadıköy'de daimî ve mevsimlik⁹ şekilde artışını sürdürmektedir. Çoğunlukla yabancıların işlettiği bu sinemalarda genellikle ucuz ve duygusal Fransız, Alman, İtalyan ve Amerikan filmleri gösterilmektedir¹⁰.

Sinema alanıyla uğraşanlar genelde Osmanlı tebası veya yabancı gayrimüslim şirket veya cemiyetler olup sinema filmlerinin ithâli¹¹ ve çeşitli amaçlarla Anadolu'da film çekimleri genelde bu kesimler tarafından¹² gerçekleştirilmektedir. Türk toplumu Osmanlı Döneminde görüldüğü üzere, gelir elde etmeye yönelik hayır veya propaganda amacı taşıyan; Malulîn-i Askeriyeye Muâvenet, Hilâl-i Ahmer ve Türk Ocağı başta olmak üzere çeşitli cemiyetler ve kurumlar vasıtasıyla sinemayla ilgilenmektedir. Müdâfaa-i Milliye Cemiyeti'nin ilgâsı üzerine sinemayla ilgili âlet ve edevâtın Hazine tarafından Malulîn-i Askeriyeye Muâvenet Heyeti'ne devredilmesi sonrası¹³, hayır amaçlı bu Cemiyet ge-

7 Karar için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmco01/karartbmmc001/karartbmmco0100307.pdf (Erişim Tarihi: 27.02.2021).

8 Karar için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbmmco01/karartbmmco01/karartbmmco0100308.pdf (Erişim Tarihi:27.02.2021).

9 Basına yansıdığı üzere, halkın bir kesiminin eğlence ayı olarak da görmesinden kaynaklı, Ramazan, "temâşâ âleminin faaliyet ayı" olarak nitelenmekte, gecelerinde tiyatro grupları oyunlar sergilemekte ve çeşitli filmler gösterilmektedir. Bkz.*Yeni Mecmua*, "Ateşten Gömlek Sinemada", C. 4, Sy. 76, 15 Mayıs 1923, s. 218.

10 G. Gilbert Deaver, "Recreation", *Constantinople To-Day or The Pathfinder Survey of Constantinople A Study of Oriental Social Life*, Edt.Clarence Richard Johnson, The Macmillan Company, New York, 1922, s. 265. Bu sinema salonlarının listesi için bkz. Başkanlık Osmanlı Arşivi (BOA), *DH.UMVM.*, 116/69, 9 Safer 1340/12 Ekim 1921; BOA, *DH.UMVM.*, 116/72, 16 Safer 1340/19 Ekim 1921; Mayıs 1921'de İstanbul'da sinema salonu sayısı 26 olarak verilmektedir (Deaver, s. 264-265).

11 BOA, *HR.HMŞ.İŞO.*, 130/67, 5 Şubat 1337/ 5 Şubat 1921.

12 BOA, *HR.İM.*, 26/16, 23 Kanunuevvel 1338/23 Aralık 1922; BOA, *HR.İM.*, 28/91, 8 Mayıs 1923.

13 BOA, *İ.DUİT.*, 116/19, 28 Safer 1338/22 Kasım 1916.

lir elde etmek için sinema salonları işletmekte, filmler çekmektedir¹⁴. Harbiye Nezâreti Anadolu'da sinema filmleri göstermek üzere Emniyet-i Umûmiye Müdürlüğüne motor vermek şeklinde destek sağlamaktadır¹⁵. Dârülaceze Müdürlüğü kurum hizmetlerini toplumun her kesimine tanıtmak üzere fotoğraf ve sinema filmleri göstermektedir¹⁶. Türk özel teşebbüsünün yeterli kâr getirmeyeceği düşüncesiyle sinema alanına yeterli ilgiyi göstermediği anlaşılmaktadır¹⁷. Sinema alanında ilk özel Türk kurumu 1922 yılında ortaya çıkacaktır¹⁸.

Birinci Cihan Harbi'nin de etkisiyle içine düşülen malî açığı kapatmak amacıyla gelir getirecek yeni kaynak arayışları çerçevesinde başka devletlerde de uygulanması dikkate alınarak tiyatro, sinema, konser, balo ve yarış benzeri lu'biyât mahallerine mahsus giriş ücretlerinden bir temâşâ vergisi alınmasına yönelik Kararnâme çıkarılmıştır¹⁹. Bununla birlikte, sinemalarda; pul resmi, Darülaceze hissesi, Duyûn-ı Umûmiye hissesi gibi çeşitli isimlerle gayrisâfi gelirin %20'sine yakınının vergi olarak verildiğinden yakınlacaktır²⁰.

B. Cumhuriyet'in Başlangıç Döneminde Sinema (1923-1932)

İstanbul, Cumhuriyet sonrası dönemde de sinemada öncülüğünü sürdürmüştür. Dönem basınına yansıyan bir yazıda, 1924 yılı itibariyle İstanbul'da sinema sayısı 20, İzmir'de 11 ve Ankara'da 2 olarak verilmektedir. Türk müteşebbislerin sinema işletmeciliğine olan ilgisi de bu dönemde nispeten artacaktır²¹. Uzun metrajlı ve kurmaca filmlerin ortaya çıkması toplumun sinemaya ilgisini arttıracak, bu ilgi sinema salonlarının çoğalmasını da beraberinde getirecektir²². Ancak dönem iktisâdî şartlarının da etkisiyle yerli film üretimi

14 BOA, *DH.UMVM.*, 113/51-1, 5 Zilkade 1338/21 Temmuz 1920; BOA, *BEO.*, 4663/34902, 4 Rebiülevvel 1339/16 Kasım 1920.

15 BOA, *DH.EUM. LVZ.*, 63/94, 29 Recep 1340/28 Mart 1922.

16 BOA, *DH.UMVM.*, 164/78, 5 Şevval 1339/12 Haziran 1921.

17 Dönem basınında yer alan bir yazıda, yazar, 'görüşerek sinema alanına girmelerini istediği zenginlerin yüzde yüz getirisi olan sinema yerine başka sahalara yatırım yaptıklarını' belirtir (Cevdet Reşid, "Sinema Hakkında Notlar", *Yarın*, Sy.8, 1921, s. 12).

18 İlk özel kurum Kemal Film adıyla kurulur. Bu kurum, o sırada Almanya'dan dönen Ertuğrul Muhsin Bey'in yapımçılığını üstlendiği pek çok filme imza atar. Bkz. Vedat Örfi, "Millî Filmler", *Sinema Postası*, Sy.2, Aralık 1923, s. 1-4.

19 Esbâb-ı Mücibe Lâyihası ve Kararnâme sureti için bkz. BOA, *A.DVN. MKL.*, 70/22, 20 Cema-ziyelahir 1340/18 Şubat 1922.

20 *Sinema Postası*, "Temâşâ Vergisi", Sy. 6, 17 Kanunisanı 1339/17 Ocak 1923, s. 5.

21 Nureddin İbrahim, "İstanbul'da Sinema Hayatı", *Mudhike*, Sy. 1, 1924, s. 16; "Ankara'da Sinema Hayatı", *Sinema Yıldızı*, Sy. 4, 1924, s. 15; Mazhar Necati, "İzmir'de Sinema Tiryakiliği", *Sinema Yıldızı*, Sy. 4, 1924, s. 14-15; Giovanni Scognamillo, *Cadde-i Kebir'de Sinema*, Genişletilmiş 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008, s. 58.

22 Süleyman Beyoğlu, *İmparatorluktan Cumhuriyete Türk Sineması (1895-1839)*, Dergâh Yayınları, İstanbul, 2018, s. 45.

oldukça sınırlı kalacak, gösterim boşluğu yabancı filmlerle karşılanacaktır²³.

Sinema dergilerinin ve gazetelerinin ortaya çıkışı, buralarda filmler üzerine yapılan tanıtımlar, değerlendirmeler ve yer alan film reklamları, özellikle 1930 yılıyla birlikte sesli filmlerin ekrana yansması²⁴ toplumun sinemaya yönelik ilgisini daha da fazlaştırmaktadır²⁵. Ramazan ayında özel sinema gazetesi yayınlanmakta, seyirci çekebilmek ve daha fazla eğlendirmek amacıyla göz alıcı sinema filmleri, tiyatro oyunları, opera ve müzik programları hazırlanmaktadır²⁶.

1925 yılında film çekmek üzere İstanbul'da yabancı film şirketleri bulunmaktadır²⁷. Sefâretler Osmanlı Döneminde olduğu üzere ülke şirketlerinin film çekmelerinde kolaylık gösterilmesinde ilgili makamlar nezdinde aracılık etmekteydiler. İsveç Sefareti, İsveç Film Şirketi'nin XII. Şar'ın zamanına ait tarihî bir film hazırlamakta olduğu ve Şar'ın Türkiye'de ikâmetine dâir kısmı filme almak üzere bir heyetin Türkiye'ye geleceğinden hareketle bu heyete çekimlerde gerekli kolaylığın gösterilmesini ilgili makamlardan istemekte²⁸, Fransız Sefâreti bir Fransız Film Şirketinin İstanbul ve Karadeniz sâhillerinde film çekebilmesi için devreye girmektedir²⁹.

Sinemanın ülke sathında yaygınlaştırılması amacıyla devletin çeşitli idârî kurumlar aracılığıyla "sinema binası" yapmak³⁰ veya film gösteriminde kullanılacak âlet edevât almak³¹ ya da vergi muafiyetleri tanımak³² suretiyle bu

23 Serdar Öztürk, "Kültür Emperyalizmi' ve 'Modernleşme' Kuramları Açısından Türkiye'de Sinema Üzerine Notlar (1896-1939)", *Kebikeç*, 27, 2009, s. 165-166.

24 Scognamillo, s. 36-37; Nijat Özön, *Türk Sinema Tarihi 1896-1960*, 4. Baskı, Doruk Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 103; Âlim Şerif Onaran, *Türk Sineması 1. Cilt*, 2. Baskı, Kitle Yayınları, Ankara, 1999, s. 27; Beyoğlu, s. 51

25 Dönem süreli yayınları için bkz. Türk Sinema Araştırmaları Sitesi (www.tsa.org.tr) Yayınlar Kısmı

26 *Sinema Rehberi*, Y.1, Sy.14, 19 Nisan 1924; *Artistik-Sine*, Y.2, Sy. 14, 2 Mart 1927, s. 2.

27 Gazeteye yansıyan iki film şirketinin haberi için bkz. *Cumhuriyet*, "İstanbul Film Şehri", 29 Mayıs 1341/1925.

28 BOA, *HR.İM.*, 143/94, 23 Mayıs 1925.

29 BOA, *HR.İM.*, 190/44, 15 Haziran 1926.

30 *Başkanlık Cumhuriyet Arşivi (BCA)*, 30.18.1.2./ 10.26.9., 30 Nisan 1930.

31 "Halkı tenvir etmek [aydınlattmak] vasıtalarından olan sinemanın memleketimizin uzak mahallerine kadar isâl edilmesini [ulaştırılmasını] temin maksadıyla Maarif Vekâletinin 930 malî senesi bütçesinin 572 inci faslına mevzu tahsisâtla mübâyaası [satın alınması] mukarrer olduğundan alınacak seyyar sinemanın ... mübâyaasına mezuniyet îtâsı [izin verilmesi] ... İcra Vekilleri Heyetinin 24/7/1930 tarihli içtimâsında tasvip ve kabul olunmuştur" (BCA, 30.18.1.2./ 13.51.10., 24 Temmuz 1930). Aynı şekilde bir Kararnâmeyle; Muğla'da yapılmakta olan sinema binasının motor, dinamo ve elektrik tesisatı için üç bin liranın sarfına izin verilmişti (BCA, 30.18.1.2./16.84.9., 31 Aralık 1930).

32 "Maarif Vekâletinin millî talim ve terbiye dâiresi tarafından getirilen veya imâl ettirilen yahut terbiyeye hâdim olduğu [hizmet ettiği] tasdik edilen sinema filmlerinin mekteplerde irâsesi [gösterilmesi] halinde istihlâk [tüketim] resminden [vergisinden] muâfiyeti tensip kılınıştı" (BCA, 30.10.0.0./136.974.5-2, 9 Aralık 1930).

sürece destek verdiği görülmektedir. Sivas Mebusu tarafından Meclis'e verilen kanun teklifinde oyun kağıtları ile sinema filmlerinin ithâli imtiyâzının kaynak sağlamak düşüncesiyle Hilâl-i Ahmer Cemiyetine³³, aynı şekilde Bozok (Yozgat) Mebusu Süleyman Sırrı Bey ve arkadaşları tarafından verilen kanun teklifinde de sinema filmlerinin ithâl ve ihrâç imtiyâzının Tayyâre Cemiyetine verilmesi talep edilmektedir³⁴.

Sinemadan alınan çeşitli vergiler sinemacıların şikâyet konusu olmaya devam etmiştir. Sinema ve tiyatronun önemine işaretlerle, sinema ve tiyatrolardan dünyanın hiçbir ülkesinde alınmayan yüksek vergiler alındığını ve 5-6 yıl içinde İstanbul'da sayıları 130'a varan sinema ve tiyatrodan sadece 40'ının ayakta kaldığını gerekçe göstererek İstanbul Milletvekili Süreyya Paşa sinema ve tiyatrodan alınacak toplam verginin %10 olmasını öngören bir Kanun teklifi sunmuştur. İlgili Komisyonlara havâle edilip görüşülen Teklif komisyonlarda reddedilmiştir³⁵. Cemal Filmer, hatıralarında Atatürk'ün vergiyi %10'a indirdiğini belirtmektedir³⁶.

Dönem basınında üzerinde durulan ve eleştiri konusu yapılan bir konu da çocukların serbestçe genel sinemalara gitmeleridir. Avrupa'da belli yaşa ulaşmayan çocukların sinemalara gidemedikleri ya da çocukların gidecekleri sinemadaki filmlerin sıkı bir sansüre tâbi tutuldukları belirtilerek, hükümetin bu konuda hukukî düzenleme yapması istenmektedir³⁷.

II. Sinemanın Önemi ve Fonksiyonu

A. TBMM Hükümeti Dönemi (1920-1923)

Dünyada siyâset, din ve ticarî açıdan sinemanın etkili bir propaganda aracı olarak kullanıldığı, propaganda yönünün değerlendirilerek Türk kimliğinin diğer toplumlara gereğince tanıtımında kullanılabileceği dönem basınında dile getirilmiştir³⁸. Basın yanında siyâset kurumu ve diğer kuruluşlar da belgelere yansıyan kararlarda; sinemanın eğlence, öğrencilerin ve toplumun eğitim ve öğretimi, propaganda ve tanıtımdaki fonksiyonunu farketmiş gözükmektedir.

33 *BCA*, 30.10.0.0./178.233.6., 30 Kasım 1926.

34 *BCA*, 30.10.0.0./3.14.26., 5 Ocak 1927.

35 <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/do3/co24/tbmm03024022.pdf> (Erişim Tarihi, 16. 3. 2021).

36 Cemil Filmer, *Hatıralar*, İstanbul, 1984, s. 150.

37 İkdâm ve Cumhuriyet Gazetelerinden de alıntı yapan konuyla ilgili iki yazı için bkz. *Sebilürreşâd*, "Gençler Sinemalarla, Danslarla Zehirleniyor!", C.24, Sy. 601, 22 Mayıs 1340/1924, s. 47; *Sebilürreşâd*, "Ahlakî Bozmak Hususunda Sinemaların Muzır Tesirâtı", C.25, Sy. 637, 5 Şubat 1341/1925, s. 206-207.

38 Cevdet Reşîd, s. 12.

Karesi Mebusu Vehbi Bey Yunan mezâliminin fotoğraf ve filmlerinin alınmasına dâir Meclis'e bir takrir sunmuştur³⁹. Gomon sinema şirketi görevlisinin -işgal sonrası durumlarına işâretle olsa gerek- Salihli, Alaşehir, Uşak ve Afyon civârındaki harap köylerin filmlerini çekmesi uygun görülmüştür⁴⁰. Dârülaceze Müdürlüğü, ırk ve din ayrımı yapmaksızın kurumda bakılan yaşlı, sakat ve çocuklara gösterilen şefkati ve hristiyanların Dârülaceze içindeki kilisede dinî vazifelerini serbestçe yerine getirdiklerini gayrimüslimler de dâhil olmak üzere toplumun her kesimine tanıtmak ve ispat etmek amacıyla fotoğraf ve sinema filmleri göstermektedir⁴¹. 1922 yılı sonunda Amerikan sinema temsilcisinin Ankara'ya gidişine izin verilmesi istenirken Lozan Konferansının başlangıcı aşamasında "Avrupa ve Amerika kamuoyuna lehe tesir edecek filmleri çekeceğine" vurgu yapılmaktadır⁴².

TBMM Hükümeti Dönemi'nde, zirâat, sanâyi, ticâret ve işçi zümrelerinden seçilen 1135 üyenin iştirâkiyle 19 Şubat-4 Mart 1923 tarihinde İzmir'de toplanan ilk Türkiye İktisat Kongresi'nde sinema filmlerine ilişkin alınan bir karar önceliği bakımından dikkat çekmektedir. "Çiftçi Grubunun İktisâdi Esasları" genel başlığıyla "Zirâat ve Maârif Meselesi" alt başlığı altında Çiftçi Grubunca kararlaştırılarak Kongre Genel Kurulu'nda müzâkere edilmek üzere sunulan Lâyiha'nın 9'uncu maddesinde: "...[Z]irâî, sınaî, coğrafi, iktisâdi ve sıhhî sinema filmleriyle köylülere lâzım gelen fâideli malûmâtı vermek ve köylerin istatistikî malûmâtlarını zaptetmek ve amelî konferanslar vermek üzere şimdilik her livâda birer seyiyâr ziraat mektebi açılması"na yer verilmektedir. Başkanlığı Kazım Karabekir Paşa'nın yaptığı Kongre Genel Kurulu'nda bu madde ekseriyetle kabul edilmiş, Kongre'de kabul edilen lâyihadaki esaslar TBMM Başkanlığı ve İcrâ Vekilleri Heyeti'ne sunulmuştur⁴³.

Dönemde, Cumhuriyet'in kurucularının sinemaya ve fonksiyonuna bakışı Edirne Mebusu ve Şark Cephesi Kumandanı Kazım Karabekir Paşa tarafından Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan bir teklif ve bu teklif hakkındaki Komisyon Kararı ve düşünülen notlarda açıkça görülebilir. Paşa, Teklifinde, öğrencilerin ve halkın eğitim, öğretim ve aydınlatılmasında "ilmî, fennî ve sınaî" filmlerin olumlu, buna karşılık ahlakı bozan "çıplak" (müstehcen) filmlerin de olumsuz katkıda bulunduğunu belirterek; ilk tür filmlerin vakit geçirilmeksizin

39 TBMM Tutanak Dergisi, I. Dönem, I. Toplantı, C.7, 13 Ocak 1921, s. 286.

40 BOA, HR.İM., 13/27, 9 Aralık 1922.

41 BOA, DH.UMVM., 164/78.

42 BOA, HR.İM., 26/16.

43 İktisad Esaslarımız, Anadolu Matbaası, İzmir:, bty., s. 5; Gündüz Ökçün, "1923 Yılında İzmir'de Toplanan Türkiye İktisat Kongresi'nde Kabul Edilen Esaslar", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.23, Sy. 1, Mart-1968, s. 56, 58.

bütün ülkede gösterilmesi, kötülük kaynağı ikinci tür filmlerin ise hemen kontrol altına alınması gerektiğini söylemektedir. Teklifte, ülkenin belli başlı merkezlere bölünmesini, bu merkezlerde “ilmî, fennî ve sînâî” sinema filmlerini göstermek üzere aynı mimârî tarzda binalar yapılmasını, halkın yapamayacağı bu binaların başlangıçta sosyal yardım ve hayır kuruluşlarının desteğiyle inşa edilmesini, zamanla kendi kendini çevirebileceğinden hareketle de özel kuruluşlara devredilebileceğini dile getirmekteydi. Halkın ve öğrencilerin sinema yanı sıra zamanla konferans ve temsillerle de aydınlatılacağı, “ibret” alacakları bu binaları, Paşa, “ibret yeri” olarak isimlendirmektedir. Verilecek kurslarla sinemaçıların da yetişebileceği bu yerlerde, öğretmenler aracılığıyla “ilmî ve amelî feyizler” sinema vasıtasıyla okul ve fakir halka parasız gösterileceği köylere kadar taşınacaktı. Ayrıca, masraflarını kısa sürede karşılayacağı varsayılan Ankara’da kurulacak bir “film kütüphanesi”ne de yer yerilmektedir. Paşa’nın sunduğu Tezkere, Türkiye Büyük Millet Meclisi Reisi olan Mustafa Kemal Paşa tarafından İcrâ Vekilleri Heyeti Reisi olan Rauf Bey’e havâle edilirken düşünülen notta; “Paşa Hazretlerinin mütâlaası pek musîbidir [isabetlidir]” şeklinde nitelenmekte, tatbik imkânı ricâ edilmektedir. Maârif Vekâleti Encümeni (Komisyonu) tarafından değerlendirilen Teklif takdire lâıyk görülmeyle birlikte, özellikle halkın ve öğrencilerin eğitim ve öğretimlerinde araç olarak kullanılacak sinemaların kurulması ve idâresinde Hilâl-i Ahmer, Türk Ocağı gibi millî hayır kuruluşlarının veya belediye ya da özel bütçeli sandıkların inisiyatif alması öngörülmekte, hükümetin mâlî imkânların kısıtlılığı dolayısıyla nakdî yardım yapabileceği belirtilmektedir. Encümen mütâlaası sonrası Teklif, Sıhhye ve Muâvenet-i İctimâiye Vekâletine gönderilmiş, burada Maârif Vekâleti Encümeni’nin kararı değerlendirilerek; “...memleketin muhtelif mahallerinde bu suretle sinemalar tesîsi herhâlde şâyân-ı takdir ve arzu ise de Vekâlet... bütçesinden tahsîsât ifrâzına [ayrılmasına] maa’t-teessüf [üzüntüyle] imkân olmadığı...” beyan edilerek Proje hayata geçirilememiştir⁴⁴.

Bütün bunlarla birlikte, sinema bu dönemde tiyatrodaki olduğu gibi temelde oyun ve eğlence ihtiyacını karşılamaya yönelik lu’biyât ve lehviyât (oyun-eğlence) kapsamında Osmanlı uygulamasındaki baskın vasfını koruyacaktır.

B. Cumhuriyet’in Başlangıç Dönemi (1923-1932)

Sinemanın dönemde toplumu eğlendirme fonksiyonu önemini korumakla birlikte halkın ve öğrencilerin eğitim-öğretimi ve aydınlatılması⁴⁵, kültürün

44 BCA, 30.10.0.0./146.43.5., 22 Ağustos 1339/1923.

45 1929’da özellikle çiftçilerin aydınlatılması amacıyla; “Gazi Hazretlerinin çiftliklerinin geçirdiği safâhâti ve ne suretle bir mamure halini aldığı gösteren” filmlerin halka gösterilmesi konusunda Türk Ocakları, Tayyâre Cemiyeti ve Himâye-i Etfâl Cemiyeti’ne yazı gönderilerek tavassutları/teşvikleri istenmekteydi (BCA, 490.1.0.0./1.3.9., 6 Ekim 1929).

ülke içinde ve dışında yayılması, devletlerin birbirlerine karşı rekabette propaganda aracı olarak kullanılması⁴⁶, ülkenin diğer

devletlere tanıtımındaki elverişliliği⁴⁷, yeni alfabenin tatbik ve genele yaygınlaştırılması⁴⁸ ve iç ve dış dünyada inkılapların tanıtımı⁴⁹ gibi diğer fonksiyonları da keşfedilmiştir.

1925 yılında Japonya Temsilciliği'nce getirilen Japon maârif, sanâyi ve denizciliğine âit filmlerin sinema salonları ve film göstermek için makine ve tertibatları bulunan⁵⁰ Galatasaray Lisesi ile İstanbul Erkek Muallim Mekteplerinde öğrencilere gösterilebileceği belirtilmektedir⁵¹. Bu filmlerin daha sonra diğer mektep ve vilâyet sinemalarında gösterilmesi talep edilmiştir⁵².

Haziran 1925'de Hâriciye Vekâleti tarafından İstanbul Vâliliğine gönderilen yazıda; Fransız Sefâretinin gerekli kolaylıkların gösterilmesi için aracılık ettiği Pathé Sinema Şirketi temsilcisine ülkenin güzelliklerini dünyaya tanıtmak amacıyla film çekmesi için gereğinin yapılması istenmektedir⁵³.

1925 yılında XII. Şar'ın hayatını konu edinen film çekiminin İsveç kamuoyunda takip edildiği, ayrıca askerî manevralar yanı sıra Kralın ikâmet ettiği yerlerin çekildiği bu filmin başarılı olması hâlinde Türkiye lehine propaganda

46 Ali Haydar, "Millî Terbiye", *Muallimler Birliği*, Y.1, Sy.12, Haziran 1926, s. 516.

47 Bu amaçla film çekmek üzere bir Macar İstanbul'a davet edilmiş, ancak filmi taahhüt edilen zamanda tamamlayamadığı gibi çektiği bölümlerin amaca uygun olmak bir yana Türklüğü tezyif eder (aşağılar) nitelikte olduğu belirlenerek filme el konmuştur (BCA, 180.9.0.0./ 14.79.1-3., 28 Temmuz 1929).

48 Washington Büyükelçiliği tarafından yeni alfabenin tatbik suretine ilişkin film talep edilmiş, verilen cevapta böyle bir filmin mevcut olmadığı bildirilmiştir (BCA, 180.9.0.0./ 14.79.1-1,2, 29 Temmuz 1929). Öte yandan Latin alfabesinin kabulüne ilişkin Kanununun 1 Aralık 1928'de yürürlüğe girmesi ve uygulanmasıyla birlikte İstanbul'daki bazı film şirketleri ellerindeki Arap harflerle açıklamalı filmlerin yeni harflere çevrilmesinin istenmesi durumunda tahammül edemeyecekleri büyük zarara uğrayacaklarını ifâde ederek "bu tür filmler bakımından zorunluluk getirilmediğinin açıkça belirtilmesini" Başbakanlıktan talep etmişlerdir (BCA, 30.10.0.0./144.32.3.,29 Aralık 1928). Cemil Filmer hatıralarında Latin harflerine geçilmesinin iktisâdî durumuna büyük bir etki yaptığını belirterek: "...Bir gecede verilen karar biz filimcilerin elinde eski harflerle basılı filimlerin değerini sıfıra indirdi. Elimdeki bütün eski harfli filimleri Hürriyet Tepesine götürüp, kibriti çakıp yaktım. Yerine yenilerini alıp koymak bizim için büyük bir yıkım oldu. Bütün bunlar için, zararın telafisi için beş yıl geceli-gündüzlü hiç kazanmadan çalışmak mecburiyetinde kaldık" der (Filmer, s. 168).

49 BCA, 30.18.1.2./18.16.1.

50 Şakir Bey, Maârif Vekâletinin talebiyle hazırladığı ilk raporunda; İstanbul'da bazı mekteplerin sinema salonları ve sinema göstermek için makine ve tertibatları olduğunu belirterek bunlar arasında; Galatasaray ve İstanbul liseleri, Kız ve Erkek Muallim Mektepleri, Bahriye Mektebi ve yabancı mektepler arasında yer verdiği, Amerikan Kız ve Erkek Kolejlere ile bazı Fransız Mekteplerini sayar (BCA,18.9.0.0./242.1212.29., 1925).

51 BOA, HR.İM., 132/53, 14 Şubat 1925.

52 BOA, HR.İM., 58/5, 14 Mart 1341/1925.

53 BOA, HR.İM., 147/10, 16 Haziran 1341/1925.

da oluşturacağı Müzeler Müdürlüğüne Hâriciye Vekâleti'nden gönderilen yazıda vurgulanmaktadır⁵⁴.

Dış dünyadan filmler kabul edilse de belli hassâsiyetler gösterilmektedir. Türk-Rus filmlerinin mübâdelesini kapsamında ülkenin sosyal düzeni hakkında doğrudan veya dolaylı propaganda mâhiyetinde olmayan filmlerin kabul edilebileceği bir Kararnâme ile uygun bulunmuştur⁵⁵.

Bu dönemde devlet sinema stratejisini belirlemek amacıyla özel kişilerden de rapor istemiştir. Maârif Vekâletinin talebi üzerine film mütehasısı ve tarih öğretmeni Şakir (Seden) Bey iki rapor sunmuştur. Bu raporlarda, Maârif Vekâletinin ülkenin her yerinde halka ve öğrencilere yönelik sinema salonları açması, mümkün olmadığı yerlerde seyyâr sinema aracılığıyla bunu gerçekleştirmesi, Maârif Vekâletinin ulaşamadığı yerlerde Türk Ocağının sinema açması, Vekâlet bünyesinde bir film kütüphanesi oluşturulması ve Türk kültürünün (harsının) ülke içinde ve yurtdışına yayılmasında sinemanın bir propaganda vasıtası olarak kullanılması önerilmektedir. Raporlara göre; sinemanın propaganda aracı olmasından istifadeyle, birkaç sene içinde ülkede “hayat tarzı ve dünya görüşlerinde büyük bir inkılap” meydana gelecek, Batılı devletlerin Yakın Doğu'ya ilişkin hazırladıkları “sahte ve yalancı filmler” ilgi görmeyecekti⁵⁶. Şakir Bey'in önerilerinin 1923 yılında Kazım Karabekir tarafında dile getirilenlerle benzerliği dikkat çekicidir.

1926 yılıyla başlayan süreçte inkılapların tanıtımı, anlatılması ve topluma benimsetilmesi amacıyla sinemadan yararlanılmak istendiği görülmektedir. 1927 yılında Türkiye'ye gelen Pathé Sineması temsilcisinin yardımıyla yeni Türkiye ile eski Türkiye arasındaki farkları gösterecek bir film yapmanın Cumhuriyet'in menfaatlerine hizmet edeceği belirtilmektedir⁵⁷. Amerikalı sinema senaryosu yazarının Türkiye'nin dünü ve bugününü gösterir bir film yapılması teklifi; “ülkenin ve inkılapların masrafsız diğer milletlere tanıtımına vesile olacağından, filmin denetiminin yapılması şartıyla” Kararnâme ile uygun bulunmuştur⁵⁸. 1931 yılında ülkenin “inkişâf ve terakkisini” ve yapılan inkılapların müspet etkilerini yurtdışında anlatacak/tanıttacak filmleri belirle-

54 BOA, *HR.İM.*, 143/94.

55 *BCA*, 30.18.1.1./2.48.8., 28 Temmuz 1926.

56 *BCA*, 18.9.0.0./242.1212.29.

57 BOA, *HR.İM.*, 256/53, 17 Mart 1927. New York'ta bulunan “Vizografik Pikers” şirketi tarafından Türkiye'de çekilmesi teklif olunan filmlerin mevzularını ve ülkede gezilecek yerleri tayin ve Hükümetçe şirkete verilecek masârif miktarını tespit etmek üzere bir komisyon teşkili İktisat Vekâletinin teklifi üzerine İcrâ Vekilleri Heyetince 25/7/929 tarihinde tasvip ve kabul olunmuştur (*BCA*, 30.18.1.2./4.40.17., 25 Temmuz 1929).

58 *BCA*, 30.18.1.2./18.16.1., 11 Mart 1931.

mek üzere çeşitli bakanlıklardan temsilcilerin yer aldığı bir komisyon oluşturulması kararlaştırılmıştır⁵⁹.

Sinemanın halkın eğitimi ve aydınlatılmasında ve inkılapların tanıtımında çok önemli bir araç olduğu hem yöneticilerce hem de film şirketleri sahipleri tarafından⁶⁰ vurgulanmakla birlikte film şirketlerinin bu düşüncelerini uygulamaya yansıtma yeterince samimi olduklarını söylemek zordur. Üretilen sınırlı sayıdaki yerli film yanı sıra dışarıdan getirilen ve gösterime koyulan yabancı filmlerin genelde aşk, cinâyet, müstehcenlik gibi halkın ilgisini çeken kâr getirecek filmler olması tercih edilmiştir.

Öte yandan dönemde basına yansıyan konulardan biri de sinema-tiyatro rekabetini sinema lehine sonuçlandığı ve sinemanın halkın daha fazla ilgisini çektiğidir⁶¹.

III. Sinema Özgürlüğü ve Denetim

A.TBMM Hükümeti Dönemi (1920-1923)

23 Nisan 1920'de Ankara'da toplanan Türkiye Büyük Millet Meclisi 20 Ocak 1921 Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu'nu kabul etmiştir. 1921 Anayasası kısa bir anayasadır. Dönem şartlarında ilân edilen Anayasada temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenleme yer almamaktadır. 1919 yılında Padişah Vahdettin döneminde sıkıyönetim gerekçesiyle basına uygulanan sansür; tiyatro ve sinemayı kapsamamıştır⁶². Sıkıyönetim ve basına konulmuş olan sansür Ekim 1923'de Cumhuriyet'in ilanı öncesinde kaldırılmıştır⁶³. Sansürde, sinema ile tiyatro arasında bir ayırım da yapıldığı ve sinemanın daha fazla müsâmaha gördüğü anlaşılmaktadır. Nitekim İcrâ Vekilleri Heyeti'nin 30 Mart 1921 tarihindeki kararıyla; harpte bulunulması ve Ramazan ayı gerekçe gösterilerek Ankara'da tiyatro oyunları yasaklanırken sinema istisnâya tâbi tutulmuştur⁶⁴.

59 BCA, 30.18.1.1./20.48.8., 18 Temmuz 1931.

60 İstanbul'da bulunan bazı film şirketleri adına yazılan bir dilekçe içerisinde şu ifâdelere yer verilmektedir: "...Sinemanın matbûâtın sonra en mühim bir propaganda unsuru olduğu malum bulunmasına göre halkın tehzib [ıslah] ve tenvirî husûslarında müesseselerimizin şimdîye kadar ifâ etmekte oldukları içtimâî ve medenî hizmetlere yeni Türk harflerinin neşir ve tamimi [yayımlaştırılması] gibi fâideli vazîfenin daha inzimâm ettiğini [eklendiğini] görmekte bahtiyâr ve bu şerefli vazîfenin ehemmiyet-i kudsiyetini müdrîk bulunmaktayız..." (BCA, 30.10.0.0./ 144.32.3.).

61 Halit Fahri, "Umûmî Temâşâ Meselesi", *Hayat*, C.6, Sy.141, 1929, s. 18-19; Ali Haydar, s. 516.

62 Ayhan Ceylan, "Osmanlı Sinemasında Genel Hukukî Düzenleme", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Y.17, Sy.34, Güz 2018/2, s. 15.

63 *Resmî Cerîde*, 25 Teşrinievvel 1339/25 Ekim 1923, Sy. 37.

64 BCA, 30.10.0.0./ 146.43.1., 22.Haziran.1921.

Dönemde sinemaya ilişkin cezâî ve inzibâtî [güvenliği sağlayıcı] müeyyideler öngören ve mevzuat bölümünde ele alacağımız; 1858 Ceza Kanunu, 1907 Polis Nizamnâmesi ve 1923 Sinema Tebligâtı'nın sinemaya ilişkin hükümleri dönem şartlarının da etkisiyle düzenli uygulanmadığından sinema filmleri üzerinde sistematik bir sansür/ön denetim yapılmamış, filmlerin gösterimi sonrası çeşitli kurumlarca yapılan şikâyet üzerine denetim gerçekleştirilmiştir.

Döneme şahitlik eden bir çalışmada, 1921 yılında, siyasî ve askerî filmler hâric sansür uygulanmadığı, hatta İngiltere ve Amerika'da gösterimi yasak olan bazı gayri ahlâkî filmlerin İstanbul'da serbestçe gösterildiği belirtilmektedir⁶⁵.

Sinema, Himâye-i Etfâl Cemiyeti'nin Dâhiliye Nezâreti'ne yaptığı şikâyet üzerine, Kadıköy ve Beyoğlu'nda iki sinemanın sinema afişlerinde yer alan; "gençlere veya genç kızlara yasak" şeklindeki ibarelerin gençlerin daha fazla merakını celbettiği, genel ahlâk ve âdaba aykırı filmlerin yabancı ülkelerde dahi yasak olduğundan hareketle Polis Müdürlüğünden bu tür filmlere meydan verilmemesi için gerekli teşebbüslerde bulunması istenmektedir⁶⁶. Ahlâka, edebe, İslamî duygu ve geleneklere aykırı tiyatro ve filmlerin yaygın hâle geldiği yanında da şikâyet konusu olmakta, bundan sinema ve tiyatroları denetlemeyerek başıboş bırakan işgal dönemi hükümeti sorumlu tutulmaktadır⁶⁷.

Rusya Hükümeti, Beyoğlu'nda gösterime girecek "Kızıl Devrim" adlı bir filmin Rusya Hükümeti ve mevcut rejime karşı nefret ve aşağılama duyguları uyandıran Rus karşıtı propaganda içerdiğini belirterek filmin Türkiye topraklarında gösteriminin gerçekleşmemesi için ilgili makamlar nezdinde girişimde bulunmuştur⁶⁸. İcrâ Vekilleri Heyeti Başkanlığı, İtilaf Devletlerinin İstanbul'un işgali sonrasında sinema filmlerine kendi resmigeçit ve manevralarını gösteren kısımlar eklediklerini ve Alman ve Avusturya gibi müttefik orduların millî ve askerî hususiyetlerini filmlerden çıkardıklarını, propaganda mâhiyetindeki bu filmlerin 1923 Mayıs'ında hâlâ sinemalarda gösterilmesini uygun bulmayarak, ilgili makamlardan Anadolu'da bu filmlerin gösterilmesine izin verilmemesini istemektedir⁶⁹.

İzmir'de toplanan ilk Türkiye İktisat Kongresi sinema filmlerine ilişkin alınan "denetim kararı" önceliği bakımından da önemlidir. "Çiftçi Grubunun İktisâdî Esasları" genel başlığıyla "Zirâat ve Maârif Meselesi" alt başlığı altında Çiftçi Grubunca kararlaştırılarak Kongre Genel Kurulu'nda müzâkere edil-

65 Deaver, s. 265.

66 BOA, *DH.KMS.*, 62/18, 26 Ramazan 1340/23 Mayıs 1922.

67 *Sebilürreşâd*, "Sinemaların Murâkabesi", C.21, Sy. 536-537, 14 Haziran 1339/1923, s. 129.

68 "...Filmin bu defa Rus Hükümetiyle, idâre-i hâzırasını [mevcut idâresini] tahkîr eden [hor gören] mâhiyeti olmaması tebeyyün etmesi [ortaya çıkması] üzerine gösterilmesine İstanbul Vilâyetince müsâade edildiği..." BOA, *HR.İM.*, 71/84, 19 Nisan 1923).

69 *BCA*, 30.10.0.0./ 146.43.3., 29 Mayıs 1923.

mek üzere sunulan ve daha önce de yer vermiş olduğumuz Lâyiha'nın 9'uncu maddesinde:“*Ahlâka muğâyir [aykırı] olanları menedilmek şartıyla zirâî, sınıâî, coğrafi, iktisadî ve sıhhî sinema filmleriyle köylülere lâzım gelen fâideli malûmâtı vermek... üzere şimdilik her livâda birer sey-yâr ziraat mektebi açılması*”na yer verilmektedir⁷⁰.

Geçici dönem şartlarının da etkisiyle boşluk ortamının getirdiği özgürlükten yararlanan sinema, denetim bakımından; âdap, genel ahlâk, dinî değerler⁷¹, çocukların ve gençlerin korunması ve yabancı devletlerin aşağılanmaması gibi kriterlere bağlanmıştır.

B. Cumhuriyet'in Başlangıç Dönemi (1923-1932)

Sinema özgürlüğünün anlaşılması genel olarak dönem hukukî belgelerinde kitle iletişim araçlarına tanınan özgürlükle bağlantılıdır. Cumhuriyet sonrası dönemde kitle iletişim aracı olarak basın ve sinema yanında 1927 yılıyla birlikte düzenli yayıncılığa başlayan radyo da yer almaktadır.

Cumhuriyetin ilk Anayasası 1924 yılında yürürlüğe girmiştir. Anayasada yer verilen temel hak ve özgürlüklerle ilgili düzenlemeler klasik anlayışı yansıtmış, medenî ve siyasal hak ve özgürlükler şeklen güvence altına alınmış ve düşünce, söz ve yayın özgürlüklerine yer verilmiştir. Anayasanın 77'nci maddesi Kanun-i Esâsinin 1909 değişikliğiyle gelen düzenlemeyi tekrarlayarak kanun dairesinde basın özgürlüğünü tanımış, yayın öncesi sansürü yasaklamıştır. Ancak Anayasada yer alan özgürlükler gerçek bir güvenceye kavuşturulamamıştır. Sözelimi basın kanun dairesinde serbest olarak nitelendirilmiş olsa da genel olarak kanunların uyması gereken üst ilkeler Anayasada öngörülmemiş, yasa organı temel hak ve hürriyetleri keyfi, hatta hürriyeti yok edici biçimde düzenleme imkânına sahip kılınmıştır⁷². Nitekim 1925 yılında çıkarılan Takrir-i Sükûn Kanunu⁷³; hükümetin, irticâya, isyâna, ülkenin sosyal düzenini, huzur ve sükûnunu, emniyet ve asayişini ihlâl yol açacak her türlü teşkilâtı, tahriki, teşviki, teşebbüsü ve yayımı reiscumhurun onayıyla yasaklayabileceğini⁷⁴ belirtmekteydi. Kanun ayrıca bu fiillerden yargılananların İstiklâl Mahkemesine

70 İktisad Esaslarımız, age, s. 5.

71 Dinî değerlere yönelik hassasiyetin kimi zaman belgelere de yansıdığı görülmektedir. Meşihât [Şeyhülislamlık] Makamından Dâhiliye Nezâreti'ne gönderilen bir yazıda; Hz. Peygamber'in yaklaşan doğum gününe hürmeten sinema, tiyatro ve diğer eğlence mekanlarının çalışmaktan (icrâ-yı lehv ve lu'bdan) menedilmesi için Polis Müdürlüğüne tebligat gönderilmesi talep edilmektedir (BOA, *DH.EUM.AYŞ.*, 48/26, 11 Rebiülevvel 1339/23 Kasım 1920).

72 Erdoğan, s. 65-77.

73 *Resmî Cerîde*, 4 Mart 1341/1925, Sy. 87.

74 Uygur Kocabaşoğlu, “Tek Parti Döneminin “Matbuat”ı Üzerine Gözlemler”, *Mete Tuncay'a Armağan*, Der: Mehmet Ö. Alkan, Tanıl Bora, Murat Koraltürk, İstanbul: İletişim Yay., 2007, s. 582.

sevkedilebileceğini öngörmekteydi. Basın özgürlüğünden eser bırakmayan bu kanunun yayınlanması sonrası basına sansür uygulanmaya başlamıştır. 1931 yılında kabul edilen Matbuat Kanunu'nun⁷⁵ 50'nci maddesi; Bakanlar Kurulunun "memleketin umumî siyasetine dokunacak" yayın yapan gazete ve dergileri geçici olarak kapatılabileceğini" hükme bağlayarak tek parti yönetiminin otoriter yönetimini iyice pekiştirmiş olmaktadır⁷⁶.

Yapılan sözleşme çerçevesinde radyo yayıncılığı ruhsatı verilen Türk Telsiz Telefon Şirketi; kamu yararına hizmet eden, ekonomik, sosyal, ilmî olaylar, nutuk, konferans ve konserlerle, hava durumu vs. olaylara ait bilgileri halka yayınlıyacaktı⁷⁷. Yayın saatleri sınırlı olan ve kısmen eğitici yayınlara yer veren radyo, ağırlıklı olarak müzik yayınları yapan bir eğlence aracı olmaktan öteye geçememiş, gerçekleştirilen inkılapların topluma benimsetilmesinde etkili de kullanılamamıştır. Radyo alıcısının az ve cihazın pahalı olması sebebiyle de yayınlar sınırlı bir kitleye ulaşabilmiştir⁷⁸. Özel teşebbüs eliyle görülsede radyo yayıncılığı gerçekleştiren kurum ve kişiler yönetimle irtibatlıdır. 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 3/b maddesi gereğince Posta ve Telgraf İdaresinin radyo yayıncılığı üzerinde "mutlak bir teftiş ve murâbe yetkisi" bulunmaktadır. Ayrıca Kanunun 3/5'üncü maddesi uyarınca hükümet yayın sahibi şirket üzerinde emniyet ve selâmet-i umûmiye ve ülke savunmasının gerekli kıldığı gerekçesiyle süreli veya süresiz yayınları tatil etmek veya doğrudan yayıncılığı üstlenmek hakkını mahfuz tutmaktadır.

Toplumun eğitimi-öğretimi, aydınlatılması ve giderek Batılı çağdaş değerler istikâmetinde dönüştürülmesindeki rolü keşfedilse de önemli ölçüde toplumun eğlence ihtiyacını karşılayıp basın gibi kamuoyu oluşturacak, yönlendirecek, siyasal etki doğuracak ve muhâlif görüşler sergileyecek bir araç olmaması sinemanın düzenlenmesinde ve denetlenmesinde etkili olmuştur. Sinemaya özgü; açılış, idâre, özgürlük, denetim kriterleri ve sorumluluk boyutlarını bir bütün olarak ele alan hukukî düzenleme dönemde yapılmamıştır. Polis Nizamnâmesi, Ceza Kanunları, Uluslararası Edep ve Ahlâka Aykırı Yayın

75 R.G. 8 Ağustos 1931, Sy.1867.

76 Alpay Kabacalı, *Başlangıçtan Günümüze Türkiye'de Basın Sansürü*, Gazeteciler Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1990, s. 113-128; Kayıhan İçel, *Kitle İletişim Hukuku, Yenilenmiş 13. Baskı*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2018, s. 77-78.

77 406 Sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 1'inci maddesi gereği Türkiye'de telgraf ve telefon tesisi ve işletmesi devletin tekelinde olmakla birlikte, Kanunun 2'nci maddesinin getirdiği istisnâ çerçevesinde; İş Bankası, Anadolu Ajansı ve bazı özel kişilerin kurduğu Türk Telsiz Telefon Şirketi'ne 8 Ağustos 1926'da 10 yıllık süreyle radyo yayıncılığı yapma ruhsatı verilmiştir. Bkz. *Resmî Ceride*, 21 Şubat 1340/1924, Sy.59.;BCA, 30.18.1.1./20.51.11., 8.8.1926.

78 Yasemin Doğaner, "Atatürk Döneminde Radyo", *Türkler*, C. 18, Edt. Hasan Celal Güzel-Prof. Dr. Kemal Çiçek-Prof. Dr. Salim Koca, Ankara, 2002, s. 377-380.

Sözleşmesi ve Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki sinemaya ilişkin bu dönemdeki düzenlemeler inzibâtî ve cezâî boyutla sınırlı kalmıştır.

Düzenlemelerde ve uygulamada; edep ve genel ahlâka uygunluk, millî ve dinî hislerin rencide edilmemesi, tanınmış din ve mezheplerin aşağılanmaması, dost devletlerin itibarına saygı gösterilmesi, ülkenin dış ülkelerdeki imajına zarar verilmemesi, toplumun âsaiyet ve huzurunun sağlanması ve çocukların ve gençlerin korunması gibi çeşitli denetim kriterleri öngörülmüş olsa da -en azından aşağıda verilecek 1926 yılına kadarki örnek uygulamalar ışığında- ön denetim niteliğinde sistematik bir sansüre rastlanmamaktadır⁷⁹. Filmlerin denetleneceğine ilişkin düzenleme olsa da etkili uygulanmadığı anlaşılmaktadır⁸⁰.

1924 yılında, polis müdürünün ahlâka aykırı filmleri yasaklayacağı beyânı gazetelere yansırken, yapılan yorumlarda çocuklar ve gençler üzerinde sinemanın etkisine değinilmiş, aşk ve cinâyet filmlerinin gençliği ifsat ettiği belirtilmiştir. Küçük yaştaki çocukların sinemaya gitmeleri Batı ülkelerinde engellenirken, bu konuda ülkede bir engel bulunmadığı vurgulanmış, çözüm olarak sinemacıların para getirmediği için iltifat etmedikleri sınıî ve zirâî filmlerin oynatılması gösterilmiştir⁸¹.

İstanbul Vâlîliğine 14 Mart 1925 tarihinde gönderilen bir tezkerede, Almanya Elçiliği'nden gelen bir yazıda I. Dünya Savaşı sırasında Almanya'ya hasım olan devletlerce hazırlanan ve Alman komutanları aleyhindeki kin ve intikâmı devam ettirme ve Alman askerine hakâret mâhiyetinde Taksim Alkazar sinemasında gösterilmekte olan "Şarlo Asker" (Charlot Soldat) adlı komedi filmin Alman hissiyatını rencide ederek iki ülke arasındaki dostane ilişkileri zedelediği ve Alman kamuoyunu incittiği belirtilerek, dost bir ülkenin haysiyet ve itibarını ihlal eden bu mahiyetteki filmlerin yasaklanması istenmiştir. İstanbul Vâlîliği Hariciye Vekaleti'ne gönderdiği cevabî yazıda; filmde Alman kamuoyunu rencide etmesi muhtemel kısımların tamamen kesilerek filmin gösterilmesine izin verildiğini bildirmiştir⁸².

79 Özkan Tikveş, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968, s. 10-11.

80 "O yıllarda film getirmek çok kolaydı. Sansür ve Gümrük yok gibi bir şeydi. Filmleri Avrupa'dan bavuluna koyan alıp gelirdi... Sansür işi için zaten bir memur koymuşlardı. O da gelir filmlerin fotoğraflarına bakar ve mahzurlu değildir diye bir imza atarak giderdi. Sadece film gösterme izni için üçüncü şubede bir heyet bulunuyordu. Bu heyetin filmleri görmesi gerekiyordu. Bunun için sinemacılar gün alırlar ve heyeti beklerlerdi. Ancak heyet çoğu defa toplanıp da filmi görmeye gelmez, bu işi bir sivil memura havale ederdi. Sivil memur ise filmleri görmeden fotoğraflarına bakarak vesikayı imzalar" (Filmer, s. 138).

81 İkdâm, "Sinemalar", 16 Cemaziyelahir 1342/23 Ocak 1924; *Sebilürreşâd*, "Gençler Sinemaları, Danslarla Zehirleniyor", 19 Şevval 1342/22 Mayıs 1924.

82 BOA, *HR.İM.*, 135/56, 16 Mart 1341/16 Mart 1925.

Demirbaş Şarıl ile ilgili film çekmek üzere İstanbul'da bulunan İsveçli film şirketinin ülkeyi dışarıda kötü gösterici bir takım sahneler çektiği Polis Müdürlüğü ve Şehremaneti tarafından farkedilmiş ve çekilecek filmlerin kontrol edilmesine karar verilmiştir⁸³.

Dâhiliye Vekâleti, Başvekâlet'e gönderdiği yazıda, İstanbul Vilâyeti'nin bildirmesiyle Beyoğlu'nda Melek Sineması'nda gösterilen "Yakub'un Kuyusu" adlı filmin, "hissiyât-ı milliyeyi" rencide ettiği, "âdâb-ı umûmiye" aykırı olduğu ve "Yahudi propagandası" mâhiyetinde olduğundan hareketle yasaklandığını söyleyerek, bu tür filmlerin kontrol sonrası yayınlanması gerektiğini Vilâyet'e tamim (genelge) şeklinde bildirdiğini belirtmiştir⁸⁴. Cumhuriyetin Batı istikâmetindeki çağdaşlık siyâseti ve hedefi ve zamanla toplumu dönüştürecek bir dizi inkılabın hayata geçirilmesi, dinîn ve geleneksel değerlerin sosyal ve siyasal hayattaki etkisinin azaltılması sürecine paralel giderek, bu değerlere karşı olumsuz bir tavır izlenmesine ve sinema örneğinde zamanla bu değerleri koruyucu denetim kriterinin göz ardı edilmesine yol açacaktır.

1924 yılında Amerikan Elçiliği, Amerikan filmlerinin yapımcılarına telif ücreti ödemeksizin Türkiye'de gösterildiği, bunun film şirketlerini zarara uğrattığını belirterek korsanlık mahiyetindeki bu tür faaliyetlere izin verilmesini istemiştir⁸⁵. Böylelikle Osmanlı Döneminde olduğu gibi⁸⁶ Cumhuriyet Dönemi'nde de 1 Ocak 1952 yılında yürürlüğe girecek olan 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nun⁸⁷ yürürlüğüne kadar geçerliliğini koruyacak olan 1910 tarihli Hakk-ı Telif Kanunu'nun⁸⁸ tefsiri/yorumu kapsamında sinemada telif hakları konusu tekrar gündeme gelmiştir. TBMM'nin, 1910 Telif Hakkı'nın 2'nci maddesinde açıkça belirtilmeyen sinema filmlerinin 2'nci maddede yer verilen "mahsûlât-ı fikriyeden" sayılıp sayılmayacağını yorumlaması istenmiştir. Ancak telif haklarına ilişkin Mecliste bulunan tasarının geri çekilmesi sonrası bu tefsir yapılmamış ve 2'nci maddenin kapsamı muğlaklığını sürdürmüştür⁸⁹.

83 *Cumhuriyet*, "İsveçli Sinemacıların Münâsebetsizliği", 30 Mayıs 1341/1925.

84 *BCA*, 30.10.0.0/86.567.1., 1 Şubat 1926.

85 *BOA, HR.İM.*, 244/8, 20 Eylül 1924.

86 Avusturyalı Magic Film ve Sinema Şirketi'nin başvurusu üzerine 1910 Telif Kanunu'nun 2'nci ve 29'uncu maddeleri kapsamına sinemanın girip girmediği Şûrâ-yı Devlet tarafından değerlendirilmiştir. Şûrâ-yı Devlet Umûmî Heyeti, Telif Kanunu'nun 2'nci maddesinde açıkça sayılmamakla birlikte madde kapsamına sinema filmlerinin girip girmediği meselesinin mahkemelerin içtihad ve çözümlüne ait bir konu olduğunu belirtmiştir (*BOA, ŞD.*, 231/23, 15 Zilkade 1334/13 Eylül 1916; *BOA, BEO.*, 4441/333065., 1 Safer 1335/27 Kasım 1916).

87 Kanun için bkz. *R.G.* 13.12.1951, Sy.7981.

88 Kanun için bkz. *Düstûr* 2. Tertip, C. 2, Dersââdet 1330, s. 273-279.

89 *BCA*, 30.10.0.0/146.3.11, 31 Mart 1927.

IV. TBMM ve Cumhuriyet'in Başlangıç Dönemlerinde (1920-1932) Sinemaya İlişkin Hukukî Düzenleme Teşebbüsleri

Öncelik itibarıyla sinemaya yönelik ilk düzenleme fikri Kazım Karabekir Paşa'ya ait resmi belgelere yansıyan bir tekliftir. Paşa 30 Nisan 1923'de Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunduğu ve kanun mahiyetinde olmayan sinemalar hakkındaki Teklif'in bir bölümünde ahlâk bozucu müstehcen filmlerin kontrol altına alınması için gereken tedbirlerin bir an önce alınmasını önermekteydi. Teklif'in Encümen'de görüşülmesi sonrasında : "...[U]mûmî sinemalarda talebeye ve halka gösterilecek filmlerin kable't-teşhîr [gösterim öncesi] zâbita-yı ahlâkiye veyahut maârif memurları tarafından muâyene edilerek münâfi-i ahlâk [ahlaka aykırı] olanlarının men edilmesi mümkün ve lâzımdır" değerlendirilmesinde bulunulmakta, ancak somut ve uygulanabilir bir karar ortaya çıkmamaktaydı⁹⁰.

15 Kasım 1923'de gazetelere yansıyan Anadolu Ajansı kaynaklı bir haberde tiyatro ve sinemaların "usûl-i zâbitasına" dâir Dâhiliye Vekâletince bir kanun lâyihası hazırlandığından bahsedilmekteydi. Arşivde metnine rastlayamadığımız ve dönem gazete ve dergilerinin vermiş bilgi kadarıyla muhtevâsından haberdâr olduğumuz Lâyiha;

- ahlâka aykırı film ve tiyatrolardaki lûbiyât (oyunlar)'ın yasaklandığını,

-15 yaşından küçükler için mahsus eğitici ve teknik nitelikte filmler göstermek üzere açılacak sinemaların vergi indiriminden yararlandırılacağını,

-sinema ve tiyatroların sorumlu müdürler buldurmalarını öngörmekteydi⁹¹. Haberde yer verilen bilgilerden hareketle kısa bir düzenleme izlenimi veren Lâyiha, tiyatro ve sinemayı bir metinde düzenlemesi ve içerdiği hükümler itibarıyla nispeten Osmanlı Devleti'nde hazırlanan ve yürürlüğe konamayan Lâyiha/ları hatırlatmaktadır⁹².

90 BCA, 30.10.0.0./146.43-5.

91 İleri, "Tiyatrolar ve Sinemalar Hakkında Bir Kanun", Y. 6, Sy. 2061, Rebiülahir 1342/15 Kasım 1923; Vatan, "Sinema ve Tiyatrolar Hakkında Bir Lâyiha", Y. 1, Sy. 314, 6 Rebiülahir 1342/15 Kasım 1923; *Sebilürreşâd*, "Ahlâki Muhâfaza İçin Hükümet Kânun Lâyihası Hazırlıyor", C. 23, Sy. 576, 13 Teşrinisânî 1339/22 Kasım 1923. s. 62.

92 Osmanlı Arşivi'nde sinemaya ilişkin belgeler arasında yer alan DH.EUM. 6Şb., 53/76 fon ve kod numaralı ve 29 Cemaziyelevvel 1339//8 Şubat 1921 yaklaşık tarihli Lâyiha, üzerinde değişiklikler yapılmış müsvedde bir metin mahiyetindedir. Madde sayısı ve muhtevâsı itibarıyla 1916 tarihli sinema, tiyatro ve sair lûbiyât mahallerini düzenleyen Lâyiha'ya çok benzemektedir. Aynı şekilde Osmanlı Arşivi'nde yer alan DH.EUM.SSM 52/54 ile A.DVN.MKL., 71/12 fon ve kod numaralı 29 Z 1341/12 Ağustos 1923 yaklaşık tarihli her iki Lâyiha'nın da madde sayısı ve muhtevâları bakımından 7 Teşrinisânî 1331/20 Kasım 1915'de vilâyetlere gönderilen metinlerle aynı olduğu görülmektedir. Dolayısıyla gazetelere yansıyan Lâyiha'nın genel muhtevâsı 1915 ve 1916 tarihli Osmanlı lâyihalarından etkilenmiş gözükle de habere de yansıyan şekliyle yer verdiği bazı konuların 1915 ve 1916 Layihalarıyla bir ilgisi bulunmamaktadır. Yaklaşık tarih verilen Lâyihaları 1921 ve 1923 yıllarıyla irtibatlandırmak zayıf bir ihtimâl gözükmektedir.1915 ve 1916 sinema, tiyatro ve sair lûbiyât lâyihaları için bkz. Ceylan, *Genel Hukukî Düzenleme*, s. 9-12.

Dâhiliye Vekâletince hazırlanan kanun lâyihası olumlu karşılanmakla birlikte uygulama sorununa işaret edilmiş; ahlâk ve âdâb-ı umûmiyeyi korumak için Ceza Kanununda özel bir madde olduğu, ancak bu maddenin uygulanmasının ihmâl edildiği belirtilmiştir. II. TBMM seçimleri esnasında Dâhiliye Vekâletinin yayınladığı Tebligat'a⁹³ rağmen Ceza Kanununun ilgili maddesinin uygulanmadığı, özellikle İstanbul'da "şeâri-i İslamiyeye" (İslam'ın sembollerini), ahlâk ve 'âdâb-ı umûmiyeye" aykırı filmlerin arttığına dikkat çekilmiştir. Bu tür ihlâllere karşılık, Adliye ve Şeriyye Vekâletlerinin bir teşebbüste bulunmadığı, savcılıkların dava açmadığı dile getirilmiş, Dâhiliye Vekâletinin seçim esnasında yayınladığı Tebligat'la yetindiğinden yakınılmıştır. Bu tür filmleri önlemenin hükümetin görevi olduğu hatırlatılırken, Lâyihanın daha kapsamlı ve esaslı olması gerektiği de ifade edilmiştir⁹⁴.

Hars (Kütür) Müdürlüğüne yazılan bir yazıda genel ahlaki ilgilendiren sinema filmlerinin Avrupa'da nasıl kontrol edildiği ve bu filmlere karşı ne gibi tedbirler alındığının araştırılması istenerek üç dört günde hazırlanacak raporun Encümen'de müzakere edileceği belirtilmektedir⁹⁵.

Sinema filmleri üzerinde merkezî bir denetim fikrinin geliştiği de anlaşılmaktadır. Muallimler Birliği Mecmuasında Haziran 1926'da yer alan bir makâlede, sinemalar arasında şiddetli rekâbet yaşandığı, daha fazla seyirci çekebilmek amacıyla "şehvet hislerini" tahrik eden açık filmler veya halk üzerinde olumsuz etkiler yapan "cinâî (suç)" olayları konu edinen filmler gösterildiği belirtilmektedir. Bu sebeple de Maârif Vekâletinin yakın bir zamanda bir "sinema santrali" tesis edeceği, burada Avrupa'dan gelen filmlerin ciddi bir denetime tâbi tutulacağı ve böylelikle millî sinema sanayinin korunacağı dile getirilmektedir⁹⁶. Benzer konuyla ilgili gazeteye yansıyan bir başka haberde de Maârif Vekâleti sinema filmlerini inhisâr/tekel altına almayı düşünmektedir. Bu inhisârı ya bizzât idâre edecek ya da bir şirket veya kuruma verecektir. Bu şekilde, ülkeye giren filmler genel ahlâk itibarıyla sürekli bir kontrole tâbi tutulacak, özellikle çocukların terbiyeleri üzerinde zararlı etkiler yapan film ithalinin önüne geçilmiş olacaktır. Bakanlık, inhisâr sebebiyle önemli bir gelir elde etmeyi ummaktadır⁹⁷. Basına yansıyan bu haberlere rağmen bu dönemde filmler üzerinde merkezî bir denetim oluşturulamayacak, 1932 yılındaki Sinema Talimatnâmesi'nin yayınlanmasını beklemek gerekecektir

93 3 Haziran 1923 tarihli Dâhiliye Vekâleti Tebligat'ı kastediliyor olmalıdır.

94 *Sebilürreşâd*, "Ahlâkî Muhâfaza", 62-63.

95 *BCA*, 180.9.0.0./ 14.79.1., 18 Ocak 1926.

96 Ali Haydar, s. 516.

97 "Sinema İnhisâr", *Milliyet Gazetesi*, Sene 2, Sy. 433, 27 Nisan 1927.

I. Dünya Savaşı sonrası pek çok ülkede çocukların ve gençlerin sinemanın zararlı etkilerine maruz kaldığı çeşitli kesimler tarafından sıklıkla gündeme getirilmiştir. Kırklareli milletvekili Dr. Fuat Bey, çocukların sıhhat ve ahlâkını olumsuz etkilediklerinden hareketle 8 Aralık 1926'da 16 yaşına kadar olan çocukların umûmî sinemalara girmesini yasaklayan ve çocuklara yönelik filmlerin gösterildiği sinema filmlerinin önceden idârî birimlerce kontrolünü öngören bir kanun lâiyhası vermiştir⁹⁸. Teklif Dâhiliye Encümeni ve Adliye Encümeni'nde görüşülürken; 'Ceza Kanunu'nda ahlâk ve âdaba aykırı filmler hakkında hüküm olmakla birlikte bunun maksadı temin edemediği' belirtilerek Teklif'in tiyatroları da kapsamına alması benimsenmiştir. Teklif, bu iki Encümenin tadilleriyle Medeni kanundaki rüşet yaşı dikkate alınarak 18 yaşına çıkarılmıştır⁹⁹. Fuad Bey, 8 Mart 1928'de teklifini kısmen değiştirerek yenilemiştir. Ancak o sıralar Hıfzısıhha Kanunu hazırlanmakta olduğundan çocukların sağlığı da dikkate alınarak bu konudaki düzenlemenin bu Kanun içine dercedilmesine karar verilmiştir¹⁰⁰.

Roma'da bulunan Milletler Cemiyetine bağlı "Institut International du Cinématographe Educatif (Uluslararası Eğitim Sinematografisi Enstitüsü)" tarafından eğitici sinema filmlerinin ülkeler arasında gümrük vergisinden muaf olarak mübâdelesine yönelik bir konferans düzenlenmesi kararlaştırılmıştır. Enstitü Türkiye'yi de diplomatik yollarla konferansa davet etmektedir. Ayrıca davet mektubunda, ön hazırlık olmak üzere bazı bilgiler istenmekte, ülkede filmlerin hangi kurum tarafından kontrol edildiği sorulmaktadır. Konuyla ilgili Maârif Vekâleti görüşünü dile getirmiştir. Sinemanın halkın ve gençliğin eğitimindeki rolünü vurgulayan Vekâlet, eğitici mâhiyetteki sinema filmlerinin önemine dikkat çekerek, ülkede "zapturapt" altına alınamamış sinema alanının uluslararası ve karşılıklı kurallarla bir düzene kavuşturulmasının faydalı olacağını belirtmekteydi. Vekâlet görüşünde, çocukların korunmasına yönelik olarak eğitici sinema filmlerinin "sansür" (kontrol) edilmek suretiyle belirlenmesi, bu kontrolde öğretim ve eğitim uzmanlarının da bulunması gerekli görülmekteydi. Bu kapsamda, merkezde Maârif Vekâletinin, vilâyetlerde ise maârif emirlerinin¹⁰¹ belirleyeceği heyetler tarafından kontrol edilip "eğitici"

98 *BCA*, 30.10.0.0./ 146.43.10.,12 Aralık 1926.

99 "Çocuklar ve Sinema", *Muallimler Birliği*, Y.2, Sy. 21, Mart 1927, s. 938-941.

100 *BCA*, 30.10.0.0./ 3.16.34.,14 Mart 1928; *TBMM Zabıt Ceridesi*, C.14, Devre:3, İçtima:3, İnikat:16, 21.12.1929, s. 65.

101 Maârif Emiri, 22 Mart 1926 tarih ve 789 sayılı Maârif Teşkilâtı Kanunu ile ihdas edilmişti. Kanunun 20'nci maddesine göre, bir veya birkaç vilâyetten teşekkül eden her bölgede bir maârif emiri bulunacak olup, 21'inci maddede de görevleri şu şekilde belirlenmişti: "Maârif emini, ilk mektep muallim ve muallim muâvinleriyle müdür ve başmuallimlerini, ilk tedrisat müfettişlerini, emirlik maiyetindeki kalem heyetini, maârif muntakası dâhilindeki

özelliği onaylanmayan filmlerin oynatıldığı sinemalara çocukların gitmesinin yasaklanması istenmekteydi. Başvekâletce, bu tür filmlerin kontrolünde Maarif Vekâletinin yer alması uygun bulunmuştu¹⁰². Görüldüğü kadarıyla bu kontrol teşebbüsü eğitici filmlerin tespitine yönelik olup genel sinema filmlerini kapsamamaktadır. Maârif Vekâleti görüşünden hareketle de dönemde sinemanın sistematik bir denetime tâbi olmadığı izlenimini edinmek mümkündür.

V. TBMM Hükümeti ve Cumhuriyetin Başlangıç Dönemlerinde (1920-1932) Sinemaya İlişkin Düzenlemeler

A. 1858 Tarihli Ceza Kanunu ve 1912 Kararnâmesi

1858 Osmanlı Ceza Kanunu'nun bazı maddelerinde 1911 yılında yapılan değişiklik sonrası yeni 55'nci madde: "*Enbiyâ-yı izâm hazerâtına karşı alenen fezâhat-ı lisâniyeye ictisârı sâbit olanlar [edep dışı dil kullananlar] 1 seneden 3 seneye kadar hapsolunur*" şeklinde düzenlenmiştir¹⁰³. Yine bu değişiklik kapsamında 99'uncu maddeye eklenen 3'üncü zeyl fıkrası: "*Âdab ve ahlâk-ı umûmiyeyi muhâfaza ve emn ve inzibâtı takrîr [kararlaştırmak] ... etmek üzere devletçe ittihâz olunup [gerekli görülüp] ba-irâde-i seniyye neşr ve ilân kılınan mukarrerâta [kararlara] riâyet etmeyenler 1 liradan 15 liraya kadar cezâ-yı nakdî ahz [para cezasına] veya 24 saatten 1 aya kadar haps ile mücâzât olunur*" hükmüne yer vermektedir¹⁰⁴. Ceza Kanununun 99'uncu maddesinin 3'üncü zeyl [ek] fıkrası gereğince riayet edilmesi gereken kurallara ilişkin 1912'de bir Kararnâme¹⁰⁵ yayınlanmıştır.

vilâyetlerin maârif kalemi başkâtip ve kâtiplerini ve vekâletçe tayin ve vekâlet emrine alınmaları kendilerine bırakılacak diğer maârif müntesiplerini kanun ve talimatnâmeler dâiresinde tayin ve vekâlet emrine alır, ihtâr, tektir [kunama] ve katı maaş gibi cezalar da verir. Maârif emînleri vilâyet bütçelerindeki maârif tahsisâtı hakkında meclisi umumilere arz edilmek üzere vilâyetlere teklifatta bulunurlar. Maârif emînleri, muntakası dâhilindeki orta tedrisat mekteplerini de murâkabe ederler". Kanun için bkz. *Resmî Ceride*, 3 Nisan 1926, Sy. 338. 29 Ağustos 1926'da "Maârif Eminliğinin vezâifi Hakkında" bir talimatnâme kabul edilmiştir (BCA, 30.18.1.1/20.55.17, 29. Ağustos 1926). Zamanla değişikliklere uğrayan Maârif Eminliği 5 yıl sonra çıkarılan bir kanunla ilga edilmiştir (R. G., 2 Temmuz 1931, Sy. 1838).

¹⁰²BCA, 30.10.0.0./146.43.16., 29 Temmuz 1930.

¹⁰³*Düstûr*, 2. Tertip, C. 3., Dersaâdet:Matbaa-i Osmaniye, 1330, s. 442.

¹⁰⁴*Düstûr*, 2. Tertip, C. 3, s. 444.

¹⁰⁵"*Tedâbîr-i inzibâtiye-i memleketin [ülkenin güvenlik tedbirlerinin] takviyesi ve âdâb ve ahlâk-ı umumîye ve zavâbit-ı sıhhyenin halelden vikâyesi [sağlık düzeninin zarara uğramaması] ile emn ve huzur-ı âmmenin bir kat daha idâmesi zmnında [amacıyla] Kanûn-ı Cezanın 99'uncu maddesinin 3'üncü zeyli mucibince mevcut olan imkân ve cevaza müsteniden halkın riayet etmesi lâzım gelen bazı kavâidi hâvî [içeren] lâyhâ-i ahkâmın mevki-i icraya vaz'ına Meclis-i Vükelâ kararıyla me'zuniyet verilmiştir*" (*Düstûr* 2. Tertip, C.4, Dersaâdet: Matbaa-i Âmire, 1331, s. 311).

Kararnâme'nin 4'üncü maddesine göre: “*Memâlik-i Osmaniye’de tanınmış edyân [dinler] ve mezâhib [mezhepler] ve anasırdan [zümreler] birini tezyîf ve tahkîr eden ve âdap ve ahlâk-ı umûmiyeye muhâlîf ve âsâyiş-i memlekete muzır [zararlı] bulunan piyeslerin mevki-i temâşâyâ [gösterime] vazı [konması] memnu [yasak]”* görülmüştür¹⁰⁶. Kararnâmenin 6'ncı maddesi de “*Memâlik-i Osmaniye’de maruf edyân âdab ve icâbına muhâlîf halkın galeyânını muharrik [tahrik eden] ahvâle alenen cüret memnûdur*” hükmüne¹⁰⁷ yer vermektedir.

Ceza Kanunu ve çıkarılan Kararnâme’de sinemaya yer verilmemişse de bu yıllarda hazırlanan sinemaya ilişkin lâyihalarda cezâî sorumluluk açısından Ceza Kanununun 99/3'üncü maddesine atıfta bulunulmuştur¹⁰⁸. 1858 Ceza Kanunu ve zeyilleri 1 Temmuz 1926’da yürürlüğe girecek 765 sayılı yeni Ceza Kanununa kadar uygulanmıştır.

B. 1907 ve 1913 Tarihli Polis Nizamnâmeleri

1907 Polis Nizamnâmesi'nin polislin görevlerini belirleyen 122'nci maddesine göre: “*Tiyatro ve çalgılı kahveler gibi lu'biyyât mahallerinde memûrin-i âidesince piyesi tetkik ve tasdik olunmuş lu'biyyâtta maada olanların [dışında kalanların] oynattırılmamasına ve münâsebetsiz kanto ve şarkıların söylettirilmemesine ve mugâyir-i âdap ahvâl vukua gelmemesine dikkat ve nezâret olunacak ve kopyası musaddak olmayan [onaylanmayan] lu'biyyâtın icrâsı ve münâsebetsiz kanto ve şarkıların söylenmesi ve âdap ve ahlâk-ı umûmiyeye mugâyir olan evzâ' [durumlar] ve hareket men edilecektir*”¹⁰⁹. 1913 yılında yeni bir Polis Nizamnâmesi yürürlüğe konmuştur. Bu Nizamnâme muhtemelen, kitap, bâb ve fasıllardan oluşan şekliyle polislin hem teşkilâtını hem de yetki ve görevlerini düzenleyen bir mecelle şeklinde düşünülmüştür¹¹⁰. Ancak I. Dünya Savaşı'nın çıkması üzerine Nizamnâme'nin polis teşkilâtına ilişkin birinci kitabı ile ikinci kitabın polis mesleği hakkındaki kurallara ve görevlere yönelik birinci bâbı yürürlüğe konulabilmiş, polislin genel yetki ve görevlerini belirleyen kısımları yayınlanamamıştır. Nizamnâme'nin yayımlanamayan bu kısımları bakımından 1907 Polis Nizamnâmesi'nin genel yetki ve görevlere ilişkin hükümleri yürürlükte kalmıştır¹¹¹. 1907 ve 1913 tarihli Polis

106 *Düstûr* 2. Tertip, C. 4, Dersâdet: Matbaa-i Âmire, 1331, s. 312.

107 *Düstûr* 2. Tertip, C. 4, s. 312.

108 Ceylan, “Genel Hukukî Düzenleme”, s. 22-23.

109 *Mütemmim*, Dersâdet, 1335, s. 644.

110 Nizamnâmenin 8 Cemaziyelâhîr 1331 tarihli birinci kitabı için bkz. *Düstûr*, 2. Tertip, C. 5, Dersâdet, 1332, s. 385-403. Nizamnâmenin 17 Zilhicce 1331 tarihli ikinci kitabı için bkz. *Düstûr*, 2. Tertip, C. 6, Dersâdet, 1334, s. 36-47.

111 Halim Alyot, *Türkiye’de Zabıta (Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum)*, Türk Polis Tarihi Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2008, s. 771.

Nizamnâmeleri, 1932 tarih ve 2049 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu, 1934 tarih ve 2559 Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ve 1937 tarih ve 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu yürürlüğü girinceye kadar varlığını korumuş, bu kanunlar ile çelişmeyen hükümleri yürürlükte kalmıştır¹¹². Sinema filmleri açısından bakılacak olursa, 1907 Polis Nizamnâmesi'nin 122'nci maddesi, 1934 tarihli Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun¹¹³ 6'ncı maddesinde yer alan: "*Hariçten gelen filimlerin gösterilmesi ve dahilde yapılacak filimlerin çekilmesi polislin iznine bağlıdır. Polis filimlerin ve sanaryoların tetkik ve muayene işini alâkahl makamlarla birlikte ve nizamnamesine göre yapar*" hükmüyle kanunî düzenleme yapılıncaya kadar TBMM Hükümeti ve Cumhuriyet'in başlangıç dönemlerinde uygulanmış gözükmektedir.

Öte yandan, Nizamnâme'nin 122'nci maddesinde doğrudan sinemaya atfı yapılmamakla birlikte gerek gösterim öncesi gerekse gösterim sonrası Osmanlı Dönemi ve sonrasında uygulamada görülen sinema filmlerinin polisçe denetiminin¹¹⁴ kaynağı, sinemanın maddede yer verilen "lu'biyyât" kapsamında değerlendirilmesinden olsa gerektir. 1907 tarihli Polis Nizamnâmesine Müzeyyel Mevâd Hakkında Kanun-ı Muvakkat'ın 12'nci maddesi 1912 tarihli Kararnâmenin yürürlüğünü belirtmektedir¹¹⁵. Kararnâmeden maksat da Ceza Kanununun 99'uncu maddesinin 3'üncü zeyli mucibince riayet edilmesi lazım gelen bazı kavâid [kurallar] hakkındaki Kararnâmedir.

C. 1923 Sinema Tebligatı

1923 yılında Trabzon Müftülüğü ile Erzurum tüccar ve eşrafi sinemada teşhir edilen Yusuf Peygamber kıssasının müslümanlar arasında büyük bir teessür meydana getirdiğini Şer'îye ve Evkâf Vekâleti'ne şikâyet etmişlerdir. Evkâf Vekili halkı galeyâna getirecek bu gibi durumların tekrarının önlenmesi için gereğinin yapılmasını İcrâ Vekilleri Heyeti'ne bir tezkereyle bildirmiştir¹¹⁶.

112 Alyot, s. 533-534; 614-615.

113 R.G. 14 Temmuz 1934, Sy. 2751.

114 Ayhan Ceylan, "Osmanlı Dönemi Türk Sinemasında Hukukî Düzen", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 9, Y. 2010 (Bahar), İstanbul 2014, s. 14-18.

115 *Düstûr*, 2. Tertip, C. 5, Matbaa-i Âmire, Dersâdet, 1332, s. 77.

116 "*Ramazân-ı Şerîfin 25'inci gecesi Yûsuf Aleyhisselâm Kıssası sinemada resimlerle teşhîr edildiğinden dolayı beyne'l-islâm teessürât-ı şedide [müslümanlar arasında büyük üzüntü] husûle [meydana] geldiği Trabzon Müftülüğü ile Erzurum tüccâr ve muteberâmı [saygın kişiler] taraflarından bildirilmektedir. Her türlü kemâlâtın mezâhiri olan [ilerlemenin ortaya çıktığı] şu asr-ı hâzırda milletin seviyesini yükseltecek sâniyi ve finûnun terakkîyatına dâir nümünelerin sahnedeki teşhîr ve temsili bu nokta-i nazardan dahâ fâideli iken ismet ve nezâhletleri nusûs-ı kâta me müsebbet [kesin naslarla masumiyet ve arırlıkları belirlenen] ve emn-i saadetleri gubâr-ı zelleden [en küçük hatadan] bile pâk ve mukaddes olan enbiyâ-yı izâm hazerâtına tazîm ve hürmetle memur bulunduğumuz halde hissiyât-ı İslâmiyeyi rencide edecek muhîl-i tazîm ve yâlân yânlış tasvîrlerle halkı eğlendirmek galeyân-ı ahâliyi müstel-*

Bunun üzerine İcrâ Vekilleri Heyeti Riyâseti tarafından Dâhiliye Vekâletine gönderilen bir yazıda; “hissiyât ve ananât-ı İslamiyeyi [İslâmî gelenekleri] rencide edecek muhill-i tazim [saygısızca] filmlerin” gösterilmemesi için ilgili birimlere gerekli tebligatın gönderilmesi istenmekteydi¹¹⁷. Dâhiliye Vekâleti İcrâ Vekilleri Heyetine gönderdiği cevabî yazıda, sinema filmlerinin gösterim öncesi hükümetin denetimine tâbi tutulmasına ilişkin tebligatın vilâyet ve livâlara gönderildiğini belirtmektedir¹¹⁸. Dâhiliye Vekâleti tarafından gönderilen tebligatın metni şu şekildedir¹¹⁹:

“Enbiyâ-yı izâm hazerâtına âid menâkıb [menkıbeler] ve ahvâl-i târihiyenin bazı mahallerde sinemalarla teşhîr ve irâe edilmekte ve bunun beyne’l-İslâm tessürât ve galeyânı mûcib olmakta bulunduğu işârât-ı vâkıadan anlaşılmalıdır. Hissiyât ve ananât-ı İslamiyeyi rencide edecek filmlerin gösterilmesi katiyyen kâbil-i tecviz olmadığından bademâ [bundan sonra] gerek hâriçten ithâl ve gerek dâhilde îmâl edilecek sinema filmlerinin enzâr-ı umûmiyeye vazından evvel [gösterime sunulmadan önce] hükümetin nazar-ı murâkabesinden [denetiminden] geçirilmesinin temîni lüzûmu İcrâ Vekilleri Heyeti Riyâseti Celîlesinden izbâr [bildirilmiş] ve teblîğ buyurulmuştur.

Cezâ Kânûnunun 99’uncu maddesinin 3’üncü zeyli mûcibince riâyet edilmesi lâzım gelen kavâid hakkındaki 28 Şubat 327 târîhli Karârname’nin 4’üncü maddesinde “Memâlik-i Osmâniyede tanınmış olan edyân ve mezâhibden birini tezyîf ve tahkîr eden ve âdâb ve ahlâk-ı umûmiyeye muhâlîf ve âsâyış-ı memlekete muzır bulunan piyeslerin mevki-i temâşâyaya vazı ve [6’ncı]^{120*}

zim [halkı kıskırtacak] ve cidden mûcib-i işmizâz olacağından [tikinti getirecek] bu gibi nâ-sezâ [uygun olmayan] ahvâl-in tekerrürüne meydan verilmemek üzere icâb edenlere evâmîr-i mukteziye [gerekli emirlerin] icrâ buyurulması mea’l-ihtirâm [saygıyla] ricâ olunur efendim”. Umûr-ı Şerîyye ve Evkâf Vekîli. 23 Mayıs 1339. BCA, 30.10.0.0./146.43.4.,29.5.1339/29 Mayıs 1923.

117 “Ramazân-ı Şerîfin 25’inci gecesini Yûsuf Aleyhisselâm kıssasının sinemada teşhirinden dolayı beyne’l-İslâm teessürât-ı şedide husûle geldiği Trabzon Müftülüğü ile Erzurum tüccâr ve muteberânından vuku bulan eşâr [açıklamalar] ve müracaatlarına atfen Şerîyye Vekâletinin... numaralı tezkeresinde bildirilmektedir. Hissiyât ve ananât-ı İslamiyeyi rencide edecek muhill-i tazim bu misillü filmlerin gösterilmesine müsâade edilmemesi hakkında lâzım gelenlere tebligât ifâsını ricâ ederim”. İcrâ Vekilleri Heyeti Reisi. 28.5.1339. (BCA, 3.6.1339, 30.10.0.0./146.43.4.)

118 “Bademâ gerek hâriçten ithâl gerek dâhilde îmâl edilecek sinema filmlerinin enzâr-ı umûmiyeye vazından evvel hükümetin nazar-ı muâyene ve murâkabesine arz edilmesi hakkında vilâyet ve livâlara icrâ kılınan tebligât-ı umûmiye sûreti leffen takdim kıldını efendim.” Dâhiliye Vekîli. 11 Hazirân 1339. (BCA,3.6.1339, 30.10.0.0./146.43.4.)

119 BCA, 30.10.0.0./146.43.4.

* Dâhiliye Vekâleti’nin vilâyet ve livâlara gönderdiği Tebligatta, Kararnâme’nin 6’ncı maddesi sehven 5 olarak yazılmıştır.

maddesinde edyân-ı mevcûde âdâb ve îcâbına muhâlif ve halkın galeyânını muharrik ahvâle alenen cüretin memnu” olduğu musarrah bulunmuş olmasına ve filmler vaz-ı sahne edilen temsîlâtta madûd olmak [sayılmak] itibarıyla piyesler hakkındaki usûl-i muâyeneye tâbi tutulması lâzım geleceğine göre bademâ sinema filmlerinin kable’l-irâe muâyene edilmesi ve hilâf-ı karâr ve tebligât harekât vukûunda takibât-ı kânûniye icrâ olunarak esbâb-ı men [yasaklama sebepleri] hakkında da Vekâlete malûmât îtâsı [verilmesi] tamîmen tebliğ olunur efendim. Dâhiliye Vekîli. 18 Şevvâl 1341/3 Hazirân 1923.”

Tebliğat’ta İslamî duygu ve gelenekleri rencide edecek filmlerin gösterilmesinin tasvip edilemeyeceği, bundan sonra dışardan ithâl edilecek ve içeride hazırlanacak sinema filmlerinin halka teşhirinden önce hükümetin denetiminden geçirilmesinin sağlanması İcrâ Vekilleri Heyeti Başkanlığı tarafından Dâhiliye Vekâleti’ne yazı ile bildirilmiştir. Yayınlanan Tebligat’ta esasen Ceza Kanunu gereğince 1912’de yayınlanan Kararnâme’deki hükme dayanılmaktadır. Dâhiliye Vekâletince aynı belgede, filmlerin, sahneye konan piyes olarak addedilerek, piyesler hakkındaki usûle tâbi tutularak gösterim öncesi denetlenmesi gerekliliği belirtilmiştir¹²¹. Sinemada gösterilecek filmlerin de piyeslerde olduğu gibi sansür edilmesi gerektiğine dönem kaynaklarında da yer verilmiştir¹²².

D. 1926 Mugâyir-i Edeb ve Hayâ Neşriyâtın Men-i Tedâvülü Hakkında Beynelmîlel Mukâvelenâme

Cenevre’de toplanan milletlerarası konferans tarafından 12 Eylül 1923’de tanzim olunan Mugâyir-i Edeb ve Hayâ Neşriyâtın Men-i Tedâvül ve Ticâreti Hakkındaki Sözleşme 1 Haziran 1926 tarihli bir kanunla kabul edilerek onaylanmıştır. Sözleşme, matbûa, fotoğraf, resim, sinema filmleri vb. aracılığıyla edep ve hayâya aykırı neşriyâtın yayın, dağıtım ve ticaretini yapan ya da toplum önünde teşhir etmek üzere üreten, yanında bulunduran, ya da bu amaçlarla ithâl, nakil veya ihrâç eden kimseleri ortaya çıkarmak, takip etmek ve cezalandırmak üzere her türlü tedbirin alınmasını taraf devletlerden istemektedir. Sözleşmenin 4’üncü maddesi taraf devletlerin mevcut kanunlarını sözleşmeye uyumlu hâle getirmeyi ya da bu yönde kanun çıkarmayı taahhüt ettiklerini belirtmekteydi. Sözleşmenin 5’inci maddesine göre ise taraf devletler bu tür araçların hazine, müsâderesine ve imhâsına da hukukî düzenlemelerinde yer vereceklerdi¹²³.

120 *BCA*, 3.6.1339, 30.10.0.0./146.43.4.

121 Selahaddin Neşet, s. 126.

122 *Resmî Cerîde*, 30 Haziran 1926, Sy. 408; Alyot s. 1043.

E. 1926 Türk Ceza Kanunu

Osmanlı Ceza Kanununu yerine yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu¹²⁴ 1926 Muğâyir-i Edeb ve Hayâ Neşriyâtın Men-i Tedâvülü Hakkında Beynelmilel Mukâvelenâme'de yer verilen sinemaya ilişkin hükümleri cezâî yaptırıma bağlamıştır. Kanunun 426'ncı maddesine göre: “Müstehcen ve hayâsızca yazılmış her nevi kitap, gazete, risâle, mecmûa, varaka, makâle ve ilânları veya bu kabîl resimleri, tasvîrleri, fotoğrafları, sinema şeritlerini yahut diğer eşyâyı teşhîr veya bu kabîl âsâr ve mevzûâtı, tiyatro veya sinemalarda vesâir umûmî mahallerde temsîl veya gerek bunları gerek bu kabîl gramafon pilaklarını bilerek tevzî [dağıtan] veya fîrûht edenler [satanlar] ve ettirenler [sattıranlar] yahut ticaret veya tevzî [dağıtma] yahut teşhîr kastıyla tersim [çizen], tasvîr, hak [oyan], îmâl [üreten] ve tab' [basan] veya teksir [çoğaltan] ve gramafon pilaklarını îmâl eden veya ettirenler yahut ithâl ve ihrâc ve Türkiye dâhilinde bir mahalden diğer mahalle nakil eden ve ettirenler ve bunlar üzerinde her ne sûretle olursa olsun muâmelede bulunanlar veya bunların ticaretini kolaylaştırmak kastıyla bu fîleri icrâ edenler veya bu kabîl evrâk ve eşyânın gerek bilvasıta [dolaylı] gerek bilâ-vâsıta [doğrudan] ne sûretle tedârik edilebileceğini herhangi şekilde olursa olsun ilân eden veya bildirenler ve umûmî mahallerde bu kabîl hitâbeleri irâd edenler [söyleyenler] bir aydan iki seneye kadar hapis olunur ve on beş liradan beş yüz liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır”. Kanunun 427/2'nci maddesi de: “... Mezkur evrak ve eşya müsadere ve imhâ olunur” hükmüne yer vermektedir.

Kanunun uygulaması kapsamında Beyoğlu Asrî Sineması'nda gösterilen “Uryan Kadınlar” filminin “âdab-ı umûmiyeye” aykırı olduğu gerekçesiyle savcılıkça soruşturma açılmıştır. Polis ekipleri afişleri toplamış ve filme el koymuştur. Filmi İstanbul'a getiren, sinema yöneticisi ve sinema temsilcisi hakkında soruşturma açıldığı ve Polis Müdüriyeti tarafından sinemanın kapatılacağı belirtilmiştir. Savcının habere yansıyan beyânında, soruşturma açılan filmin usûlen müsadere edildiği, soruşturma sonrası evrâkın mahkemeye sevkedileceği ve filmin âdab-ı umûmiyeye” aykırı olup olmadığını mahkemenin takdir edeceği söylenmiştir¹²⁵.

Ceza Kanununda yer verilen bazı suçların sinema yoluyla işlenmesi durumunda da harekete geçildiği ve denetim yapıldığı görülmektedir. Kasım 1927'de İtalya Elçiliği, Magic Sinemasında gösterilen “Şeyhin Esiri” adlı filmde “İtalyan bayrağının hakâretâmîz bir şekilde indirilip yerine başka bir sancak çekilmesini” iki ülke arasındaki dostluk ilişkilerini zedeleyerek kamuoyunda olumsuz etkiler bırakacağından hareketle şikâyet etmiş, Hâriciye Vekâletinin

123 Resmî Cerîde, 13 Mart 1926, Sy. 320.

124 Cumhuriyet, “Uryan Kadınlar Filmi”, 9 Recep 1345/13 Ocak 1927.

yazısı üzerine Polis Müdürlüğü “bayrağın indirilme sahnesi” kısmının kesileceğini belirtmiştir¹²⁶. Elçilikçe şikâyet konusu yapılan fiil Ceza Kanununun 165’inci maddesinde: “Her kim resmen çekilmiş olan dost devletler sancağını veya armasını hakâret kastiyla kaldırır veya koparır veya bozar yahut sâir suretle tezlil ederse [aşağılarsa] üç aydan bir seneye kadar hapsolunur. Takibât icrâsı alâkadâr hükümetin müracaatına bağlıdır” şeklinde yer almaktadır.

F. 1930 Umumî Hıfzıssıhha Kanunu

Ülkede sağlık şartlarını ıslah ve toplumun sağlığına zarar veren hastalıklar veya diğer zararlı etkenlerle mücadele ve neslin sağlıklı yetişmesini sağlamak amacıyla 1930 yılında Umumî Hıfzıssıhha Kanunu¹²⁷ çıkarılmıştır. Çocukları ve gençleri koruma¹²⁸ başlığı altında Kanunun 167’nci maddesi: “On iki yaşından aşağı çocukların, sinema ve tiyatro ve dans salonu ve bar gibi mahallere getirilmesi ve kabul edilmesi memnudur. Altı yaşından yukarı olanların gündüzün terbiyevî veya hususî mahiyette olan sinema veya tiyatrolara getirilmesine müsâade olunabilir” hükmüne yer vermiştir. Sıhhat ve İçtimâî Muavenet Vekâleti, Umumî Hıfzıssıhha Kanununun uygulamasına yönelik yayınladığı 7 numaralı Tamim’de; ülkede olumsuz bir âdet olarak birçok ailenin küçük yaştaki çocuklarını sinema ve tiyatro gibi seyir yerlerine götürdükleri, bu durumun çocukların ruhî ve manevî gelişmelerine olumsuz etki yaptığı ve kalabalık ortamda kalan çocukların başta bulaşıcı olmak üzere çeşitli hastalıklara yakalanarak hayatlarının tehlikeye maruz kaldığından hareketle çeşitli tedbirler öngörmüştür. Bu tedbirler kapsamında¹²⁹:

“1-Altı yaşından aşağısında olan küçük çocuklar her ne zaman olursa olsun tiyatro ve sinemalara getirilmez ve kabul edilemezler.

2-6-12 yaşına kadar olan çocukların saat yirmiye kadar bu gibi yerlere kabulü caizdir. Saat 20 den sonraki müsamerelere [piyeslere] bu yaştaki çocuklar da getirilmez ve kabul edilmezler.

3-Bu hususlar Sinema ve Tiyatrosu olan şehir ve kasabalarda münasip vasıtalarla ilân edilecek ve alâkadâr memurların ehemmiyetle nazarı dikkati celbolunacaktır.

125 BOA, HR.İM., 224/28, 27 Kasım 1927.

126 R.G. 6 Mayıs 1930, Sy.1489.

127 Osmanlı Devleti’nde 24 Aralık 1916’da, umumî sinemalara gitmekte olan çocukları, filmlerde yer alan suç olaylarının olumsuz etkilemesi “gelecekleri ve ahlakî” açılarından sakıncalı ve zararlı görülmüş, çocuklara has hususî sinemalar istisnâ tutularak bazı ülkelerde olduğu üzere 16 yaşından küçük çocukların sinemalara girişinin yasaklanması ve bunun Şûra-yı Devlet tarafından hazırlanan nizamnâme lâyihasına dercedilmesi istenmiş (BOA, DH.EUM.VRK., 28/22, 28 Safer 1335/24 Aralık 1916), ancak bu lâyiha yürürlüğe girmemiştir.

128 R.G. 26 Teşrinievvel/Ekim 1930, Sy.1631.

4-Bu memnuiyete rağmen çocuklar bu gibi yerlere getirildiği takdirde derakap [hemen] müesseseden çıkarılacakları gibi hem kabul etmiş olan müessesese sahipleri ve hem de çocukları getirenler hakkında kanunî takibat yapılacaktır”.

5-Halk tarafından bu memnuiyetin kolayca öğrenilebilmesi için Sinema ve Tiyatro kapılarında okunaklı yazı ile ve vazih olarak [açıkça] bu hususu gösteren levhalar asılacak ve ayrıca gerek zabıta memurları ve gerekse müessesese memurları tarafından ihtarlar [uyarılar] yapılacaktır”.

G. Sinemalar hakkında TBMM Kararı

TBMM, sinemalar hakkında 19/1/1931 tarihinde 602 sayılı bir karar almıştır. Buna göre:

“Memleketimize getirilecek sinema filimlerinin inkılâbımızın gayelerine, içtimaî vaziyetimize uygun olmasını ve bilhassa çocukların ve gençlerin terbiye ve tenvirine hadim [hizmet eden] filimler celbedecek müesseselerin daha fazla müsaadelere mazhar edilmelerini temin eyliyecek surette Hükümetçe bir kanun lâyihası hazırlanmasına;

Ancak tiyatro ve sinemalardan Hükümet ve Belediyelerce muhtelif nam-larla alınmakta olan vergi ve resimler için müteaddit memurlar istihdam edilmekte olup halbuki gerek Hükûmete gerek Belediyeye ait vergi ve resimlerin yalnız her iki taraftan bulundurulacak birer memur vasıtasile cibayeti [toplanması] ve hatta cümlesinin yalnız bir memur tarafından tahsili veya-hut muhtelif mahallerin bir müfettiş marifetile idâresi mümkün olacak sade bir usul tatbiki, hem muamelâtın bir intizam ve vahdet dairesinde cereyanını hem de fazla memur istihdam edilmiyerek bir dereceye kadar tasarruf husulünü temin edeceğinden bu cihetin Hükümetçe nazarı dikkate alınmasına;

Umumî Heyetin yirmi ikinci in'ikadının [toplantısının] birinci celsesinde [oturum] karar verilmiştir¹³⁰.

Kararda bir sinema lâyihası/tasarısı hazırlığından bahsedilmektedir. Bahsedilen düzenleme bir kanun şeklinde olmasa da “Sinema Filmlerinin Kontrolüne Ait Talimatname” adıyla Bakanlar Kurulu’nun 9/6/1932 tarih ve 12979 sayılı Kararnâmesiyle kabul edilmiştir¹³¹. İnceleme konumuzu oluşturmayan bu Talimatnâme¹³², esas itibarıyla sinemayı inzibâtî, bir başka ifâdeyle güvenlik

129 R.G. 27 Kanunisanı/Ocak 1931, Sy. 1710.

130 R.G. 19 Temmuz 1932, Sy. 2153.

131 İnceleme konumuz dışında kalan Talimatname hükümleri şöyledir:

1-Gerek dahilde yapılan, gerek hariçten getirilen filimler Türkiye Cumhuriyeti dahilinde halka gösterilmezden evvel umumiyetle kontrole tâbidirler.

2-Filim kontrolü bir defaya mahsus olmak üzere İstanbulda icra edilir.

ve âşayış boyutuyla düzenlemiş, sansür usulünü belirleyerek sansür uygulamasını merkezileştirmiş ve denetim kriterlerine yer vermiştir. İnzibâtı ve denetim boyutu ötesinde sinemayı çok yönlü ele alacak bir düzenleme için Cumhuriyet sonrası dönemde uzun bir süre beklemek gerekecektir.

3-Filimin muayenesini isteyen sahibi bir istidaname [dilekçe] ile İstanbul Vilâyetine müracaat ve kontrolünü talep edecektir. Bu istidanameye merbut [ekli] beyannamede filimin yapıldığı yer, tarihi, ismi, diğer isimleri olup olmadığı ve kopyası bulunup bulunmadığı, kimin eseri olduğu, filimin muhtasar [özet] mevzuu, filmdeki yazıların türkçe suretleri tasrih edilir.

4-Filimler mutlak bir sinemada ve perde üzerinde hususî olarak B. E. H. Reishğile Mf. ve Da. Vekâletleri namına tayin edilen üç azadan mürekkep bir komisyon marifetile muayene ve tetkik edilir.

Bu tetkik sırasında vilâyet polis müdürü ve emniyet müfettişi veya tarafından tevkil edeceği [tayin olunan] bir memur da hazır bulunur. Bu tetkikat muamelei rüsumiyenin [resmi işlemlerin] ifasından evvel icra olunabilmek için filimlerin muayenesine tahsis olunacak mahalle gümrük memurları tarafından götürülerek muayenenin hitamını [bitmesini] müteakip aynı suretle gümrüğe getirilecektir.

İşbu muamele hariçten getirilecek filimler hakkında caridir.

5-Din propagandasını istihdaf [amaçlayan] ve askerlik şerefini ihlâl edici mevzuları ihtiva eden ve içtimâî terbiye ve adaba ve umumî emniyet ve intizama sui tesiri dai [bozan] ve memleketimiz aleyhine tertip edilmiş müfteriyatı havi [yalanları içeren] ve dost devletlerle olan siyasî münasebetleri muhil olan filimlerin Türkiye dahilinde gösterilmesine müsaade olunmaz.

6-Gösterilmesinde mahzur olmadığı anlaşılan filimin ismi, kaç metro, kaç santim olduğu ve kimin eserinden ıktibas olunduğu tasrih edilerek [açıklanarak] deftere kayıt ve altı muayene heyeti tarafından imza edilir ve bilâhara polis müdürlüğünden sahibine imzalı ve mühürlü bir müsaade varakası verilir ve bu filim ayrıca hiç bir yerde kontrole tâbi olmaksızın Türkiye'nin her tarafında gösterilir.

7-Filimin bazı parçaları kesildikten veya ismi değiştirildikten sonra iraesinde mahzur olmadığına komisyonca kanaat hasıl olursa o kısımlar ve isimler sahibinin rızasile kestirilir, veya değiştirilir. Kesilen parçalar bir kutuya konarak üzeri tahtim [mühürlenir] ve polis müdürlüğünde hıfzolunur. Filimin diğer kopyası varsa bu ahkâm o kopya hakkında da tatbik edilir. Filimin Türkiyeden memleket haricine götürüleceği vakit sahibinin talebi üzerine kesilen parçalar iade edilir.

8-Her filimde ecnebi yazılarının üstünde ve onlardan daha büyük harflerle yazılı Türkçe yazı bulunacaktır.

9-Filim muayenesi haftada dört gün olmak üzere komisyonun kararlaştıracağı gün ve saatlerde icra edilir.

10-Müruru zamanla yıpranmış ve perde üzerinde gözleri yoracak derecede eskimiş filimlerin gösterilmesi memnudur.

11-Filimleri tetkik eden komisyon azası arasında ihtilâf hasıl olur veya gösterilmesine müsaade edildiği halde bunun mahzurlu olduğuna alâkadar vekâlet ve makamlarca müracaat suretile ittila peyda edilir [öğrenilir] veya filim hakkında verilecek karara sahibi muvafakat ve kanaat etmezse filim ikinci derecede tetkik edilmek üzere Ankaraya celp ve yine B. E. H. Reishğile Da. ve Mf. Vekâletlerinden seçilen azadan mürekkep bir komisyon marifetile tetkik ve nihâî karar ita olunur.

12-İşbu talimatnamenin mevkii tatbika vaz'ından evvel müsaade edilmiş filimlere burada yazılan ahkâm şamil değildir".

Sonuç

1920-1932 yılları arasında; “açılış, idare, özgürlük, denetim ölçütleri ve sorumlulukları” bir bütün olarak içeren “sinemaya özgü” hukukî bir düzenleme yapılmamıştır. Bu süre içerisinde sinemaya yer veren çeşitli düzenlemeler veya bu düzenlemelerdeki hükümler “inzibâtî ve cezâî” boyutla sınırlı kalmıştır. 1920-1923 aralığında sinemanın eğlence fonksiyonu yanı sıra toplumun ve öğrencilerin eğitim ve öğretim, propaganda ve tanıtımdaki fonksiyonu farke edilmiş olsa da, sinema, tiyatro gibi oyun ve eğlence yönü baskın lû'biyât kapsamında bir araç olarak görülme özelliğini sürdürecektir. Yaygınlığının dönem itibariyle sınırlı olması, bir kitle iletişim aracı olarak basın gibi kamuoyu oluşturacak ve yönlendirecek derecede sosyal ve siyasal etki gösterememesi veya bunun sorun oluşturacak bir düzeye ulaşmaması, dönemin işgal ve savaş şartları Cumhuriyet öncesi dönemde sinemaya has ve onu bir bütün olarak düzenleyen hukukî bir metnin ortaya çıkmamasında etkili olmuş gözükmektedir. Sinemanın eğlenceye yönelik baskın yönü ile âdap, genel ahlâk, dinî değer, çocukların ve gençlerin korunması ve yabancı devletlerin aşağılanmaması gibi kriterlere bağlanması, Polis Nizamnâmesi, Ceza Kanunu ve 1923 Tebligatı gibi güvenlik ve cezâî hükümlere yer veren mevzuatla sınırlı düzenlenmesini beraberinde getirmiştir. 1858 Ceza Kanunu ve 1907 Polis Nizamnâmesi gibi Osmanlı Döneminde sinemaya yer veren düzenlemeler bu dönemde yürürlükte kalmaya devam etmiştir. 1923 yılında yayınlanan Sinema Tebligatı, sinemayı denetim alırken Ceza Kanununa dayanarak çıkarılan 1912 tarihli Kararnâmedeki piyeslere ilişkin hükmü kıyasen sinema filmlerine teşmil etmiştir. Bu karar yanında, Kasım 1923'de hazırlanan ve yürürlüğe girmeyen Lâyihâda, Osmanlı Döneminde olduğu gibi, sinema ile tiyatronun aynı metinde düzenlenmeye çalışılması her iki seyir sanatının dönemdeki lubiyât/eğlence boyutunun basat fonksiyonuyla ilgili olsa gerektir. 1920-1923 döneminde sinemaya ilişkin cezâî ve inzibâtî müeyyideler öngören mevzuat dönem şartlarının da etkisiyle düzenli uygulanmadığından sinema filmleri üzerinde sistematik bir sansür/ön denetim yapılmamış, mevcut denetim de genelde filmlerin gösterimi sonrası çeşitli kurumlarca yapılan şikâyet üzerine gerçekleşebilmiştir.

1923-1932 arasındaki dönemde sinemanın; toplumun eğlence, eğitim-öğretim ve aydınlatılması yanı sıra özellikle 1926 yılı itibariyle giderek inkılapların tanıtılması ve benimsetilmesindeki rolü de keşfedilmiş gözükmektedir. Ancak bu dönemde de önemli ölçüde toplumun eğlence ihtiyacını karşılayıp basın gibi siyasal etki doğuracak ve muhâlif görüşler sergileyecek bir araç olmaması sinemanın düzenlenmesinde etkili olmuştur. Sinemaya özgü; açılış, idâre, özgürlük, denetim kriterleri ve sorumluluk boyutlarını bir bütün olarak ele alan hukukî düzenleme bu dönemde de yapılmamıştır. 1907 Polis Nizamnâmesi,

1858 ve 1926 Ceza Kanunları, 1926 Uluslararası Edep ve Ahlâka Aykırı Yayın Sözleşmesi ve 1930 Hıfzıssıhha Kanunu kapsamındaki sinemaya ilişkin düzenlemeler bu yıllarda da inzibâtî ve cezâî boyutla sınırlı kalmıştır. Yapılan düzenlemelerin de etkili bir şekilde uygulan(a)madığı anlaşılmaktadır. 1926 yılına kadarki örnek uygulamalar ve sonrasında dönem kaynaklarına yansıyan bilgiler ışığında sinemanın ön denetim niteliğinde merkezî veya sistematik herhangi bir sansürün 1932 yılına kadar uygulanmadığı belirtilebilir. Mevzuat ve uygulamaya yansıdığı kadarıyla gerçekleştirilen denetimde; edep ve genel ahlâka uygunluk, millî ve dinî hislerin rencide edilmemesi, tanınmış din ve mezheplerin aşağılanmaması, dost devletlerin itibarına saygı gösterilmesi, ülkenin dış ülkelerdeki imajına zarar verilmemesi, toplumun âsayiş ve huzurunun sağlanması ve çocukların ve gençlerin korunması gibi çeşitli kriterler esas alınmıştır. Radyoya ilişkin 1924 Telgraf ve Telefon Kanunu ile 1931 Matbuat Kanunu'ndaki denetim ağırlıklı düzenlemeler kitle iletişim araçlarına ilişkin tek parti yönetiminin otoriter uygulamalara yöneldiğini göstermektedir. Nitekim bu anlayışın bir yansıması olarak 1932 Sinema Talimatnâmesi, Halkevleri aracılığıyla toplumu resmî devlet ideolojisi istikametinde dönüştürmede sinemanın bir araç olarak kullanıldığı döneme denk gelecek ve güvenliği merkeze alan bir metin olacaktır.

KAYNAKLAR

I-Arşiv Belgeleri

- 1.Başkanlık Osmanlı Arşivi (BOA)
- A.DVN. MKL Babialı Evrak Odası Divan Kalemî Mukavelenameler
- BEO Bâb-ı Âli Evrak Odası
- DH.EUM. 6Şb Dahiliye Nezâreti Emniyet-i Umumiye Altıncı Şube
- DH.EUM.AYŞ. Dâhiliye Emniyet-i Umûmiye Âsayış Kalemî Evrakı
- DH.EUM.LVZ Dâhiliye Nezâreti Emniyet-i Umûmiye Levâzım Kalemî
- DH.EUM.SSM Dahiliye Emniyet-i Umumiye Seyrüsefer Kalemî
- DH.EUM.VRK Dâhiliye Emniyet-i Umûmiye Evrak Odası Kalemî Evrakı
- DH.KMS Dâhiliye Nezâreti Dâhiliye Kalem-i Mahsus Evrâkı
- DH.UVM Dâhiliye Nezâreti Umur-ı Mahalliye ve Vilâyât Müdürlüğü Evrakı
- HR.HMŞ.İŞO Hâriciye Nezâreti İstişâre Odası
- HR.İM Hâriciye Nezâreti İstanbul Murahhashı
- İ.DUİT İrade Dosya Usulü
- ŞD. Şûra-yı Devlet Evrakı
- 2.Başkanlık Cumhuriyet Arşivi (BCA)

II-Kitap, Süreli Yayın, Mevzuat

- Ali Haydar, “Millî Terbiye”, Muallimler Birliği, Y.1, Sy.12, Haziran 1926.
- Alyot, Halim, *Türkiye’de Zabıta (Tarihi Gelişim ve Bugünkü Durum)*, Türk Polis Tarihi Araştırmaları Merkezi, Ankara, 2008.
- “Ankara’da Sinema Hayatı”, *Sinema Yıldızı*, Sy. 4, 1924.
- *Artistik-Sine*, Y.2, Sy. 14, 2 Mart 1927.
- Beyoğlu, Süleyman, İmparatorluktan Cumhuriyete Türk Sineması (1895-1839), Dergâh Yayınları, İstanbul, 2018.
- *Ceride-i Resmîye*, Y.1, Sy.1, 7 Şubat 1337/1921.
- Cevdet Reşid, “Sinema Hakkında Notlar”, *Yarın*, Sy.8, 1921.
- Ceylan, Ayhan, “Osmanlı Dönemi Türk Sinemasında Hukukî Düzen”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S. 9, Y. 2010 (Bahar), İstanbul 2014.
- Ceylan, Ayhan, “Osmanlı Sinemasında Genel Hukukî Düzenleme”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Sayısı, Y. 17, Sy. 34, Güz 2018/2.
- *Cumhuriyet*, “İstanbul Film Şehri”, 29 Mayıs 1341/1925.
- *Cumhuriyet*, “İsveçli Sinemacıların Münâsebetsizliği”, 30 Mayıs 1341/1925.
- *Cumhuriyet*, “Uryan Kadınlar Filmi”, 9 Recep 1345/13 Ocak 1927.
- Çeliktemel-Thomen Özde, “Halkevlerinde Öğretici Sinema Repertuarı: Erken Cumhuriyet Türkiyesi’nde Sinema, Eğitim, Propaganda (1923-1945)”, *Sinecine*, C.6, Sy. 2, 2015
- Deaver, G. Gilbert, “Recreation”, *Constantinople To-Day or The Pathfinder Survey*

- of Constantinople A Study of Oriental Social Life*, Edt.Clarence Richard Johnson, The Macmillan Company, New York, 1922.
- “Çocuklar ve Sinema”, *Muallimler Birliği*, Y.2, Sy. 21, Mart 1927.
 - Doğaner, Yasemin, “Atatürk Döneminde Radyo”, *Türkler*, C. 18, Edt. Hasan Celal Güzel-Prof. Dr. Kemal Çiçek-Prof. Dr. Salim Koca, Ankara.
 - *Düstûr*, 2. Tertip, C. 2, Dersââdet 1330.
 - *Düstûr*, 2. Tertip, C. 3, Matbaa-i Osmaniye, Dersââdet, 1330.
 - *Düstûr*, 2. Tertip, C.4, Matbaa-i Âmire, Dersââdet, 1331.
 - *Düstûr*, 2.Tertip, C. 5, Dersââdet, 1332.
 - *Düstûr*, 2.Tertip, C. 6, Dersââdet, 1334.
 - Erdoğan, Mustafa, *Türkiye’de Anayasalar ve Siyaset*, 7. Baskı, Liberte, Ankara, 2011.
 - Filmer, Cemil, *Hatıralar*, İstanbul, 1984.
 - Halit Fahri, “Umûmî Temâşâ Meselesi”, *Hayat*, C.6, Sy.141, 1929.
 - İçel, Kayıhan, *Kitle İletişim Hukuku*, Yenilenmiş 13. Baskı, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2018.
 - İkdâm, “Sinemalar”, 16 Cemaziyelahir 1342/23 Ocak 1924.
 - İktisad Esaslarımız, İzmir: Anadolu Matbaası, bty.
 - İleri, “Tiyatrolar ve Sinemalar Hakkında Bir Kanun”, Y: 6, Sy: 2061, Rebiülahir 1342/15 Kasım 1923.
 - Kabacalı, Alpay, *Başlangıçtan Günümüze Türkiye’de Basın Sansürü*, Gazeteciler Cemiyeti Yayını, İstanbul, 1990.
 - Kocabaşoğlu, Uygur, “Tek Parti Döneminin “Matbuat”ı Üzerine Gözlemler”, *Mete Tuncay’a Armağan*, Der: Mehmet Ö. Alkan, Tanıl Bora, Murat Koraltürk, İletişim Yay., İstanbul., 2007.
 - Mazhar Necati, “İzmir’de Sinema Tiryakiliği”, *Sinema Yıldızı*, Sy.4, 1924.
 - *Mütemmim*, Dersââdet, 1335.
 - Nureddin İbrahim, “İstanbul’da Sinema Hayatı”, *Mudhike*, Sy. 1, 1924.
 - Onaran, Âlim Şerif, Türk Sineması 1. Cilt, 2. Baskı, Kitle Yayınları, Ankara, 1999.
 - Ökçün, Gündüz, “1923 Yılında İzmir’de Toplanan Türkiye İktisat Kongresi’nde Kabul Edilen Esaslar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C.23, Sy. 1, Mart-1968
 - Özön, Nijat, *Türk Sinema Tarihi 1896-1960*, 4. Baskı, Doruk Yayımcılık, İstanbul, 2013.
 - Öztürk, Serdar, “Kültür Emperyalizmi’ ve ‘Modernleşme’ Kuramları Açısından Türkiye’de Sinema Üzerine Notlar (1896-1939)”, *Kebikeç*, 27, 2009.
 - R.G. 13.12.1951, Sy.7981.
 - R.G. 14 Temmuz 1934, Sy. 2751.
 - R.G. 19 Temmuz 1932, Sy. 2153.
 - R.G. 26 Teşrinievvel/Ekim 1930, Sy.1631.
 - R.G. 27 Kanunisanı7Ocak 1931, Sy. 1710.

- R.G. 6 Mayıs 1930, Sy.1489.
- R.G. 8 Ağustos 1931, Sy.1867.
- *Resmî Cerîde*, 13 Mart 1926, Sy. 320.
- *Resmî Cerîde*, 21 Şubat 1340/1924, Sy.59.
- *Resmî Cerîde*, 25 Teşrinievvel 1339/25 Ekim 1923, Sy. 37.
- *Resmi Ceride*, 3 Nisan 1926, Sy.338.
- *Resmî Cerîde*, 30 Haziran 1926, Sy. 408.
- *Resmî Cerîde*, 4 Mart 1341/1925, Sy. 87.
- *Resmi Gazete*, 2 Temmuz 1931, Sy. 1838.
- Scognamillo, Giovanni, *Cadde-i Kebir'de Sinema*, Genişletilmiş 2. Basım, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2008.
- *Sebilürreşâd*, “Ahlakî Bozmak Hususunda Sinemaların Muzır Tesirâtı”, C.25, Sy. 637, 5 Şubat 1341/1925.
- *Sebilürreşâd*, “Ahlakî Muhâfaza İçin Hükümet Kânun Lâyihası Hazırlıyor”, C. 23, Sy: 576, 13 Teşrinisânî 1339/22 Kasım 1923.
- *Sebilürreşâd*, “Gençler Sinemalarla, Danslarla Zehirleniyor!”, C.24, Sy. 601, 22 Mayıs 1340/1924.
- “Sinema İnhisârı”, *Milliyet Gazetesi*, Sene 2, Sy. 433, 27 Nisan 1927.
- *Sinema Postası*, “Temâşâ Vergisi”, Sy. 6, 17 Kanunisani 1339/17 Ocak 1923.
- *Sinema Rehberi*, Y.1, Sy.14, 19 Nisan 1924.
- Tanör, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri*, 20. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2014.
- *TBMM Tutanak Dergisi*, I. Dönem, I. Toplantı, C.7, 13 Ocak 1921.
- *TBMM Zabıt Ceridesi*, C.14, Devre:3, İçtima:3, İnikat:16, 21.12.1929.
- *Teşkilât-ı Esâsiye Kanunu*, nşr. Mihrân, byy., 1337.
- Tikveş, Özkan, *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Sinema Filmlerinin Sansürü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1968.
- Tunaya, Tarık Zafer, “Türkiye Büyük Millet Meclisi Hükümetinin Kuruluşu ve Siyasî Karakteri”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.23, Sy. 3-4, 1953.
- *Vatan*, “Sinema ve Tiyatrolar Hakkında Bir Lâyiha”, Y: 1, Sy: 314, 6 Rebiülahir 1342/15 Kasım 1923.
- Vedat Örfi, “Millî Filmler”, *Sinema Postası*, Sy.2, Aralık 1923.
- *Yeni Mecmuâ*, “Ateşten Gömlek Sinemada”, C. 4, Sy. 76, 15 Mayıs 1923.

5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak “İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi”*

“Removing Content From Internet Broadcasts and or Blocking Access to Internet Broadcasts” As Evidence Protection Measure Under The Code with Act No. 5651

İsmail ÇINAR**

ÖZ

Dünyada ve ülkemizde internet kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır. Buna paralel olarak internet ortamında işlenen suçlarda da artış olmaktadır. Bu sebeple bu suçlarla mücadele de önem kazanmaktadır. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, bu maksatla çıkarılmıştır. Kanunda internet ortamında işlenen suçlarla mücadele bağlamında “İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi” şeklinde formüle edilen bir tedbir öngörülmüştür. İlgili kanunda bu tedbir hem bir koruma tedbiri hem de idari bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla her ne kadar koruma tedbirleri genelde Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlense de 5651 sayılı Kanun’da da bir koruma tedbirinin düzenlendiği görülmektedir. Bu çalışmada ilgili tedbir ceza muhakemesi hukuku anlamında bir koruma tedbiri olarak ele alınacaktır. Bu sebeple koruma tedbirleri için geçerli olan ortak özellikler bu tedbir için de aranacaktır. Kanunda da açıkça düzenlendiği üzere adli makamlarca verilecek olan kararın, kanunda belirlenen suçlar hakkında yeterli bir şüpheye dayalı olarak verilmesi gerekir. Bu kararın gereği ilgili kurumlarca yerine getirilmelidir. Aksi halde cezai müeyyide söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ceza Muhakemesi Hukuku, 5651 Sayılı Kanun, Koruma Tedbiri, İçeriğin Çıkarılması, Erişimin Engellenmesi.

* Makale gönderim tarihi: 06.04.2021. Makale kabul tarihi: 26.04.2021. İsmail Çınar, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde Koruma Tedbiri Olarak “İnternet Ortamında Yapılan Yayınlarda İçeriğin Çıkarılması ve/veya Erişimin Engellenmesi” İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 63-95; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.08>

** Öğr. Gör. Dr., Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İletişim: ismail.cinar@yalova.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0002-5086-5219>

ABSTRACT

Internet usage is increasing in the world and in our country. At the same time, crimes committed on the Internet are increasing. It is for this reason that the fight against these crimes is becoming increasingly important. To this end, The Code (Act No. 5651) on Regulating Internet Broadcasting and Combating Crimes Committed by These Broadcasts was enacted. The law provides for a measure which is formulated as "removing content from Internet broadcasts and/or blocking access to Internet broadcasts" in connection with the fight against crimes committed on the Internet. This measure is regulated in the relevant law both as an evidence protection measure and as an administrative measure. Although the measures of protection of evidence are generally regulated in the Penal Procedure Code, it can be seen that an evidence protection measure is also regulated in the Code with Act No. 5651. In this study, the relevant measure is viewed as an evidence protection measure in terms of penal procedural law. For this reason, common characteristics that apply to evidence protection measures are also sought for this measure. As clearly stated in the code, the decision of the judicial authorities should be based on sufficient suspicion of the criminal offenses set out in the code. The requirement of this decision must be met by the competent institutions. Otherwise, there will be criminal penalties.

Key Words: Penal Procedure Code, The Code with Act No. 5651, Measures of Protection of Evidence, Removing Content from Internet Broadcasts, Blocking Access to Internet Broadcasts.

Giriş

İnternet kullanımının yaygınlaşması ile internet ortamında işlenen suçlarla mücadele de önem kazanmaktadır. "İnternet ortamında yapılan yayınlarda içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi", ülkemizde sıkça başvuru olan bir mücadele yöntemidir. Bu yöntem kapsamlı bir şekilde 4.5.2007 tarih ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun¹ tarafından düzenlenmiştir². Bu kanunda internet ortamında yapılan yayınlarda içeriğinin

1 Çalışmanın devamında genellikle "İnternet Kanunu" ifadesi kullanılacaktır.

2 İnternet sitelerine erişimin engellenmesi başka düzenlemeler kapsamında da başvurulabilecek bir tedbirdir. 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu Ek madde (m.) 4/3 erişimin engellenmesini konu edinmektedir. 6002 sayılı Diyanet İşleri Başkanlığı Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m. 6 kapsamında Kur'an-ı Kerim'e ile ilgili olarak da erişimin engellenmesi imkânı sağlanmıştır. Ayrıca sıklıkla görülmesi de 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 389 kapsamında bir ihtiyati tedbir olarak da internet erişimi engellenebilir. Buna dair ayrıntılı bilgi için bakınız (bkz.) Kaan Mert Gülpınar, "İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi -Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme-", *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Cilt 9, Sayı 36, 2013, s. 25 vd., 29, 30.; Burcu Görkemli, *Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 147 vd.; Bülent Kent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 123 vd.; Tekin Memiş, "Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3-4, 2009, s. 167 vd.

çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi hem idari hem de adli yönü olan bir tedbir olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesi hukukuna bakan yönü itibarıyla ilgili tedbir çalışmamızda sadece koruma tedbiri olarak ele alınacaktır.

Her şeyden önce *içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* ifadesi üzerinde durmak gerekir. 29.07.2020 tarihli 7253 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe kadar bu tedbir “erişimin engellenmesi” adı altında düzenlenmekteydi. İnternet Kanunu madde (m.) 8/9 düzenlemesine de uygun olarak yapılan bu değişiklik isabetli olmuştur. Değişiklikle beraber aslında iki ayrı tedbirin düzenlendiğini söylemek gerekir: *İçeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi*. Dolayısıyla m. 8/2³ uyarınca verilecek olan karar sadece içeriğin yayından çıkarılmasına veya erişimin engellenmesine yönelik olabileceği gibi, her iki koruma tedbirinin birlikte uygulanmasına yönelik de olabilir⁴.

Dolayısıyla *içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi* tedbirleri ayrı birer tedbirdir. Çünkü her ikisi açısından ayrı hükümler vazedilmiştir. İnternet Kanunu m. 8/9 ve m. 8/17 bunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla içeriğin çıkarılmasına yönelik verilen karar, erişimin engellenmesini kapsamayacaktır. İfade etmek gerekir ki her iki tedbir ayrı olsa da birbiri ile yakın ilişki içindedir. Zira kanunda ikisine yönelik ortak hükümler daha fazladır. Ayrıca her iki koruma tedbirine birlikte karar verilmiş ve içeriğin çıkarılması kararı uygulanmışsa, m. 8/9 uyarınca erişimin engellenmesi kararı da kaldırılacaktır. Bu durum iki tedbirin hem ayrı birer tedbir olduğunu hem de birbirine sıkı sıkıya bağlı olduğunu göstermektedir. Ortak hükümlerde tekrara düşmemek için iki tedbiri tek tedbir olarak dikkate alacak, farklılıkları yeri geldiğinde zikredeceğiz.

Aşağıda 5651 sayılı İnternet Kanunu hakkında genel bilgiler verildikten ve konunun daha iyi anlaşılması için bazı temel kavramlar izah edildikten sonra, ilgili tedbirlerin hukuki niteliği sorununa değinilecek ve akabinde tedbire dair diğer açıklamalar yapılacaktır. Çalışmanın sonunda ise bu tedbirin etkililiği ve ifade özgürlüğü açısından kısa bir değerlendirmesi yapılacaktır.

I. 5651 Sayılı Kanun Hakkında Genel Bilgiler

5651 sayılı *İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun* 4.5.2007 tarihli olsa da kendisinde birçok değişiklik yapılmış, bazı hükümleri

3 Makale boyunca kanun belirtilmeden madde zikredildiğinde, 5651 sayılı Kanun maddeleri zikredilmiş demektir.

4 Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 476.

ise Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir⁵.

Mevcut haliyle⁶ incelendiğinde İnternet Kanunu'nun, bazı kurumların görevlerine ilişkin düzenlemeleri (m. 6A ve m. 10) hariç tutulacak olursa, iki ana konuyu düzenlediği görülmektedir. Bir taraftan içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların⁷ yükümlülük ve sorumlulukları düzenlenmekte (m. 3-7), diğer taraftan internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin usul ve esasları belirlenmektedir (m. 8-9/A).

İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadele bağlamında kanunda öngörülen yöntem, *internet ortamında yapılan yayınlarda içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbiridir. Bu tedbir m. 8/2 uyarınca adli makamların verecekleri karara istinaden bir koruma tedbiri olarak uygulanabilecektir. Ayrıca m. 8/4 uyarınca bu tedbir karşımıza idari bir tedbir olarak da çıkmaktadır. İnternet Kanunu m. 8/14 kapsamında ise bazı özel kurum ve kuruluşların da bu tedbire karar verebilecekleri düzenlenmiştir. Özel hukuk tüzel kişilerin verilen kararlar idari tedbirler gibi sonuç doğurdıklarından, kanaatimizce idari tedbir olarak kabul edilmelidir. Zira özel hukuk tüzel kişilerin verilen bu kararlar tek yanlılık, icrailik, kamu gücünden yararlanma gibi idari işlemlere ait özellikleri bünyelerinde barındırmaktadır. Bu da bu kararların birer idari tedbir gibi kabul edilebileceklerini gösterir⁸. Dolayısıyla kanunun 8. maddesi kapsamında kararı verecek merci açısından üç düzenleme vardır. İlgili tedbire başvurulurken gerçekleşmesi gereken koşullar, her bir düzenlemede (m. 8/2, 8/4 ve 8/14) ayrı ayrı gösterilmiştir.

Bunun yanında 8. maddeye 10.09.2014 tarihli ve 6552 sayılı Kanun ile eklenen ve daha sonra isabetli olarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen⁹ 16. fıkra¹⁰ ile idari tedbir olan erişimin engellenmesi ve/veya içeriğinin çıkarıl-

5 İlgili değişiklikler, eklemler ve iptaller için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5651.pdf?dil=tr-TR>.

6 Nisan 2021 itibarıyla.

7 İlgili tedbirin uygulanmasında rol alan bu aktörlere dair açıklamalar için bkz. Kent, s. 40 vd.; Ahmet Kılıç, *Devlet Eli İle İnternet İçerik Düzenlemesi Sorunu: TİB Örneği*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, 2013, s. 115 vd.; Görkemli, s. 78 vd.; M. Süheyl Karakaya, "5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükümü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 137, Sayı 31, 2018, s. 102 vd.

8 Aynı yönde Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 76-77.

9 Anayasa Mahkemesinin 02.10.2014 tarihli ve E.:2014/149, K.: 2014/151 sayılı Kararı ile.

10 İlgili düzenleme şu şekilde idi: "Millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi nedenlerinden bir veya bir kaçına bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, erişimin engellenmesi Başkanın talimatı üzerine Başkanlık tarafından yapılır. Erişim sağlayıcıları Başkanlıktan gelen erişimin engellenmesi taleplerini en geç dört saat içinde yerinde getirir. Başkan tarafından verilen erişimin engellenmesi kararı, Başkanlık tarafından, yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulur. Hâkim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar."

ması tedbirinin uygulama alanı son derece genişletilmişti. Zira eklenen fıkra ile bir taraftan gecikmesinde sakınma bulunan hallerde Kurum Başkanı'na doğrudan ilgili tedbire karar verebilme yetkisi tanınmış, diğer taraftan düzenlemede “millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması” gibi sınırları belirsiz muğlak ifadeler kullanılarak idareye bu konuda uygulamada geniş hareket alanı verilmiştir¹¹. Ne var ki daha sonra İnternet Kanununa m. 8/A olarak benzer bir düzenleme daha eklenmiştir¹². 27.03.2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanun ile eklenen ve “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” başlıklı m. 8/A'ya göre bazı sebeplere bağlı olarak hâkim bu tedbire karar verebilecektir. Bu sebepler, yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç islenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebepleridir. Düzenlemeye göre eğer gecikmesinde sakınca bulunan bir hâl varsa, Cumhurbaşkanlığı veya millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç islenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması ile ilgili bakanlıkların talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı verilebilir. Bu düzenlemenin bir koruma tedbiri olduğu, dolayısıyla m. 8/2 düzenlemesini anlamsız kıldığı düşünülebilir¹³. Ancak hemen belirtelim ki bu düzenleme kapsamında yer alan karar da esasen idari bir tedbirdir¹⁴. Çünkü bu düzenleme (m. 8/A) kapsamındaki tedbire, bir suç şüphesi üzerine başvurulmamakta; düzenlemede bulunan sebeplere bağlı olarak suç tehlikesi idari olarak önlenmek istenmektedir. Nitekim ilgili maddenin 4. fıkrasına göre Başkan bu idari tedbire başvurulmasını gerektiren suç ile ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunacaktır. Eğer bu bir koruma tedbiri olsaydı, adli makamlar zaten suç haberini almış olurlardı. Benzer düzenleme m. 8/4 kapsamında, yine bir idari tedbir olarak verilen karardan sonra Başkan'ın suç duyurusunda bulunmasını öngören m. 8/6'da yer almaktadır. Bu da her iki idari tedbir arasındaki paralelliği göstermektedir. Dolayısıyla bu düzenleme de çalışmamızın kapsamına girmemektedir.

İnternet ortamında yapılan yayının içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin talepleri ve bunun üzerine takip edilecek usul ve esaslar m. 9'da düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlere tercihi erişim engelleme talebinde bulunma imkânı verilmiştir.

11 Aynı yönde Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 478-479.; Kent, s. 89.

12 İki düzenleme arasındaki benzerlikler için bkz. Ş. Cankat Taşkın, *İnternette Erişim Yasakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, s. 266 vd.

13 Nitekim bu şekilde nitelendirenler mevcuttur. Örneğin Çırakoğlu, s. 73.

14 Aynı yönde Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 478.

Bu imkânlardan ilki uyar-kaldır yöntemi adı verilen engelleme yöntemidir¹⁵. İddia sahipleri bu yöntemde içerik sağlayıcısına, buna ulaşamamaları halinde ise yer sağlayıcısına başvurur ve içeriğin yayından çıkarılmasını isterler. İkinci imkân ise doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını ve/veya erişimin engellenmesini isteme imkânıdır. Bu imkânın tanınmış olmasının sebebi, internet ortamında kişilik haklarının hızlı bir şekilde korunmasını temin etmektir. Zira klasik hukuk davası veya ceza davası suretiyle kişilik haklarının korunması uzun sürmektedir¹⁶. Bu düzenleme kapsamındaki tedbir, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasına dayalı olarak kişisel başvuru üzerine, kişilik haklarının korunması amacıyla uygulamaya konulan bir tedbirdir¹⁷. Bu tedbirin hukuken ne tür bir tedbir olarak; ihtiyati tedbir olarak mı, idari tedbir olarak mı yoksa koruma tedbiri olarak mı nitelendirileceği, düzenlemenin bu konuda ihtiva ettiği belirsizlikler sebebiyle tartışılmaktadır¹⁸. Tartışma esasen, kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia edenlerin içerik sağlayıcısına, buna ulaşamamaları halinde ise yer sağlayıcısına yaptıkları başvurularda değil; doğrudan sulh ceza hâkimine yaptıkları başvurularda ortaya çıkmaktadır. Konumuz açısından önem arz etmesi sebebiyle, bu tartışma bağlamında, tedbirin bir koruma tedbiri olup olmadığına bakmak gerekir. Bilindiği gibi koruma tedbirleri, suç şüphesi üzerine, ceza muhakemesinde delil toplamak, ilerde muhakemenin yapılmasını temin etmek ve verilecek hükmün infazını sağlamak amaçlarıyla başvurulmuş ve geçici olarak temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına imkân veren tedbirlerdir¹⁹. İlgili düzenleme incelendiğinde, sulh ceza hâkimi tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, herhangi bir itiraz olmazsa cezai bir yaptırım gibi sonuç doğurmaktadır. Bir başka deyişle herhangi bir web sitesinde kişilik haklarının ihlal edildiğini düşünen bir kimse doğrudan sulh ceza hâkimine başvuracak ve duruşma yapılmaksızın bir karar verilecektir. Sözgelimi erişimin engellenmesi kararı verildiğinde, bu karar geçici olmayacak, dolayısıyla cezai bir yaptırım gibi tesir edecektir. Sulh ceza hâkimliklerinin yetkili olması sebebiyle de kara-

15 Ayrıntılı bilgi için bkz. Görkemli, s. 99, 100; Sinan Sami Akkurt, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 319 vd.; Kent, s. 98, 99; Doğan Kılınç, "5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 20, Sayı 2, 2016, s. 610 vd (Yayınlar).

16 Kent, s. 91.

17 Görkemli, s. 126.

18 Bu konuya dair geniş açıklamalar için bkz. Karakaya, s. 111 vd.

19 Bahri Öztürk, Behiye Eker-Kazancı, Sesim Soyer-Güleç, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 25.

rın hukuki sorumluluk kapsamında olmadığını²⁰, dolayısıyla hukuk mahkemelerinin yetkili olmayacağını düşünüyoruz²¹. Dolayısıyla m. 9 kapsamında sulh ceza hâkimi tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, kanaatimizce bir tedbir değil; cezai bir yaptırımdır²². Bu sebeple bu düzenleme koruma tedbiri olarak da nitelendirilemeyeceğinden, incelememiz dışında kalmaktadır²³.

İnternet Kanunu m. 9/A'da ise özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiğini iddia edenlerin, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na (Kurum) doğrudan başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini istemeleri düzenlenmiştir. Bu tedbir ise, bireysel başvuruya dayalı idari bir tedbirdir²⁴.

Bu düzenlemelerin dışında 29/07/2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun m. 6 ile getirilen Ek Madde 4 de anılmalıdır. Bu maddede Türkiye'de günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcılarına yönelik bazı düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda sosyal ağ sağlayıcısına, *hukuka aykırılığı* hâkim veya mahkeme tarafından tespit edilen içeriğin yayından çıkarılması veya erişimin engellenmesi yükümlülüğü yüklenmektedir²⁵. Aksi takdirde sosyal ağ sağlayıcı dava şartı aranmaksızın doğan zararları tazmin edecektir (Ek Madde 4/8). Ne var ki *hukuka aykırı içerik* kavramının kapsamına sadece suçlar girmemektedir. Bundan, hukuk düzenince hukuka aykırı sayılan her içerik açısından içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesinin, sosyal ağ sağlayıcısının yükümlülüğü olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu ise 5651 sayılı kanunun sistematığına uymamaktadır. Bu sebeple kanaatimizce kanun sistematik olarak yorumlanmalı ve hukuka aykırı içerikten, sadece kanunda zikredilen haller (m. 8, 8/A, 9 ve 9/A) anlaşılmalıdır²⁶. Ek Madde 4/4'te ayrıca günlük erişimi Türkiye'de bir milyondan fazla olan tüm sosyal ağ sağlayıcılarının, Kanun kapsamında verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engel-

20 Aksi yönde görüş serdeden ve dolayısıyla düzenleme ile Türk Medeni Kanununa ek bir çözüm olarak getirildiğini düşünenler de vardır. Örneğin bkz. Turan Atlı, "Kişi Haklarının İhlali Durumunda İnternet Erişiminin Engellenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 20.

21 Aynı yönde verilmiş bir Yargıtay kararı vardır. Buna göre İnternet Kanununda cezai sorumluluklar düzenlenmiştir. Bu sebeple karar bozulmuştur. İlgili karar için bkz. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi E:2015/13252 K:2016/2190. Aksi görüş için bkz. Çırakoğlu, s. 73.

22 Karakaya, s. 116; bununla birlikte İnternet Kanununun herhangi bir suç ve cezaya yer vermediği de ifade edilmektedir. Bkz. Olgun Değirmenci, "5651 Sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 142, 2018, s. 141.

23 Önleyici tedbir olarak da nitelendirenler mevcuttur. Örneğin bkz. Kılınç, Yayınlar, s. 598.

24 Aynı yönde Özbek, Doğan, Bacaksız, s. 480.

25 Aynı yönde bkz. Akkurt, s. 201-202.

26 Akkurt, s. 202.

lenmesi kararlarının gereğini yerine getirmeleri gerektiği düzenlenmektedir. Dolayısıyla ilgili ek madde kapsamında öngörülen ve ayrıca nitelendirilmesi gereken yeni bir tedbir söz konusu değildir. Ek Madde 4 bu anlamda, 5651 sayılı Kanun kapsamında (m. 8, 8/A, 9 ve 9/A) yer alan herhangi bir tedbire ilişkin hükümlerin icrası açısından özel bir hüküm niteliğindedir.

Görüldüğü gibi 5651 sayılı İnternet Kanunu *internet ortamında yapılan yayınlarda içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbirine başvurulmasını çeşitli şekillerde düzenlemiştir. İlgili kanunda bu tedbir hem bir koruma tedbiri hem idari bir tedbir olarak, hem de kişisel başvuru üzerine ceza yaptırım gibi sonuç doğuran bir uygulama olarak düzenlenmiştir²⁷. Ceza muhakemesi hukukuna bakan yönü itibarıyla çalışmamızda ilgili tedbiri sadece bir koruma tedbiri olarak ele alacağız.

İnternet Kanunu m. 11/1 uyarınca bir de 26716 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır. Gerektiği yerde bu yönetmelik hükümlerine de yer verilecek ve yönetmelikten kısaca Yönetmelik diye bahsedilecektir.

II. Bazı Temel Kavramlar

"İnternet ortamında yapılan yayınlarda içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" tedbirini bir koruma tedbiri olarak ele almadan önce, ilgili kavramların açıklanması gerekir. Bu vesileyle bir taraftan tedbirin teknik olarak ne tür bir işlem olduğu, diğer taraftan bu işlemin hukuki olarak ceza muhakemesinde ne tür bir anlam ifade ettiği daha iyi anlaşılmış olacaktır.

A. İnternet Ortamında Yapılan Yayın

İnternet kavramı kanunen tanımlanmamıştır. Ancak İngilizce **Interconnected Networks** sözcüklerinin kısaltılmış hali olduğu düşünüldüğünde internet, *veri alışverişinde bulunan dünya çapında yaygın sayısız bilişim sistemi arasındaki ağ* olarak tanımlanabilir²⁸.

İnternet ortamı kavramı ise m. 2/1-g'de şu şekilde tanımlanmaktadır: "*Haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortam*". Bu tanıma göre haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri ve kamuya açık olmayan internet üzerinde oluşturulan ortam, internet ortamı sayılmayacaktır. Bu durumda sözgelimi kurumsal bilgisayar sistemlerinde oluşturulan ortamda

27 Literatürde 5651 sayılı Kanunda yer alan tedbirlerin kendine özgü (sui generis) tedbirler olduğu da savunulmaktadır. Bkz. Murat Volkan Dülger, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 680.

28 Tanım için karşılaştırınız (krş.) Kent, s. 17; Dülger, s. 77, 78; Görkemli, s. 72.

işlenecek olan m. 8/1 kapsamında kalan suçlar sebebiyle içeriğin çıkarılması veya erişimin engellenmesi tedbirleri uygulama alanı bulmayacaktır.

İnternet ortamında yapılan yayın kavramı da aynı şekilde m. 2/1-ğ'de tanımlanmıştır: “*İnternet ortamında yer alan ve içeriğine belirsiz sayıda kişilerin ulaşabileceği veriler*”. İlgili kanun m. 2/1-k'da da belirtildiği üzere verinin “*bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer*” olduğu düşünüldüğünde, bir yayının internet ortamında yapılan yayın olarak kabul edilebilmesi için;

- bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen bir değer olarak kabul edilebilmesi,

- bu değer içeriğinin belirsiz sayıda kişi tarafından ulaşılabilir olması,

- bu değer haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan internet üzerinde oluşturulan ortamda yer alması,

gerekir. Bu unsurlardan birini taşımayan yayın, Kanun açısından internet ortamında yapılan yayın olarak kabul edilmeyecektir.

B. İçeriğin Yayından Çıkarılması

İçeriğin yayından çıkarılması ele aldığımız koruma tedbirlerinden ilkidir. İnternet Kanunu m. 2/1-ö'de tanımlanmıştır: Buna göre içeriğin yayından çıkarılması “*İçerik veya yer sağlayıcılar tarafından içeriğin sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarılması*” demektir. Bu durumda m. 8/2 uyarınca koruma tedbiri olarak içeriğin yayından çıkarılması kararı verildiğinde, kararın gereği olarak içerik, sunuculardan veya barındırılan içeriklerden çıkarılmalıdır. Aksi halde içerik yayından çıkarılmış olmaz. İçeriği yayından çıkaracak olanlar ise içerik sağlayıcılar veya yer sağlayıcılardır.

İçerik sağlayıcı, m. 2/1-f'ye göre “*internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişileri*” ifade eder. *Yer sağlayıcı* ise m. 2/1-m'ye göre “*hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişileri*” ifade eder. İçerik ve yer sağlayıcıları tarafından, verilen karar doğrultusunda çıkarılması gereken içerik sunuculardan veya barındırılan içerikten çıkarıldığında, içerik yayından çıkarılmış olur.

C. Erişimin Engellenmesi

Erişimin engellenmesi, ele aldığımız tedbirlerden ikincisidir. Buna göre alınacak karar gereği engellenecek olan, erişimdir. *Erişim*, m. 2/1-d'de şu şekilde tanımlanmıştır: “*Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılması*”. Erişimin engellenmesi ise bu olanağın ortadan kaldırılmasıdır. Buna

göre internet ortamına bağlanarak bu ortamda yapılan yayınları kullanım olanağı kazanılmıyorsa, internet ortamında yapılan yayınlarda erişim engellenmiş olur. Erişimin engellenmesi teknik bir işlemdir. İnternete erişimin engellenmesi birçok yöntemle sağlanabilir. Teknolojinin gelişmesi ile çok daha farklı yöntemlerle erişimin engellenmesi ihtimali mevcuttur. M. 2/1-o, erişim nasıl engelleneceğini örnekleyerek düzenler. Buna göre erişimin engellenmesi, "alan adından erişimin engellenmesi, IP adresinden erişimin engellenmesi, içeriğe (URL) erişimin engellenmesi ve benzeri yöntemler kullanılarak erişimin engellenmesi" demektir.

Bu düzenleme, erişimin engellenmesinde başvurulabilecek birçok yöntemin olduğunu açıkça belirtmektedir. Düzenleme bu yöntemlerden bazısını saymış, ancak "benzeri yöntemler" ifadesiyle kanunda açıkça zikredilmeyen yöntemlere başvurularak erişimin engellenebileceğini de hükme bağlamıştır. Erişimin engellenmesi teknik ve dolayısıyla sürekli değişebilecek bir hadise olduğundan, bu düzenleme tarzının yerinde olduğu fikrine katılıyoruz²⁹. Bu yöntemler şunlardır:

1. Alan Adından Erişimin Engellenmesi

İngilizcesi *Domain Name System (DNS)* olan alan adı, bir sitenin internetteki ismidir. İnternet servis sağlayıcılarının DNS sunucuları vardır. İnternette bir siteye erişilmek istendiğinde, alan adı yazılmışsa, DNS sunucu talep edilen adresi vermez ve erişimi engeller. Buna alan adından erişimin engellenmesi denir. Alan adına örnek: "www.abc.com". Bu tarz bir engelleme durumunda ilgili web sitesine erişim tamamen ortadan kaldırılmış olur³⁰.

2. IP Adresinden Erişimin Engellenmesi

IP adresi, İnternet Protokolü standartlarına göre verilen, belirli bir ağda bulunup internet kullanan aygıtların birbirinden ayırt edilmesini sağlayan adrestir. Ziyaret edilmek istenen web sitesi, tarayıcıya bu web sitesinin bağlı olduğu sunucunun IP adresi girilerek de ziyaret edilebilir. İnternet servis sağlayıcıları bünyesindeki modemlere, kendi IP adreslerine gelen talepleri yollamaması yönünde komutlar verdiğinde, bu IP adresine yapılan ziyaretlerde erişim engellenmiş olur. Buna IP adresinden erişimin engellenmesi denir³¹.

29 Aynı yönde Kent, s. 64.

30 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kent, s. 60 vd.; Görkemli, s. 106; Mehmet Bedii Kaya, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s. 29 vd.; Erol Tatar, "İnternete Erişimin Engellenmesi", *Yargıtay Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-2, 2010, s. 146; Doğan Kılınç, "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 19, Sayı 2, 2010, s. 408.

31 Detaylı bilgi için bkz. Kaya, s. 28-29; Görkemli, s. 104; Kent, s. 62-63; Kılınç, Yayınlar, s. 408-409.

3. İçeriğe (Uniform Resource Locator (URL)) Erişimin Engellenmesi

URL, internette ulaşılmak istenen içeriğin tam adresini ifade eder. İçeriğe erişim engellenince ilgili adres yazıldığında erişilmek istenen veriye erişim söz konusu olmaz. Zira internet servis sağlayıcının sistemi dahilinde yapılan talepler incelenmekte ve zararlı içeriğe yönelik talepler engellenmektedir. Buna içeriğe erişimin engellenmesi denir. URL adresine örnek: “http://abc.com/abcdef.htm”. Bu tarz bir engelleme durumunda ilgili web sitesine erişim tamamen ortadan kaldırılmış olmaz³².

4. Benzeri Yöntemler Kullanarak Erişimin Engellenmesi

Kısaca izah ettiğimiz üç engelleme yöntemi dışında kalan ve erişimin engellenmesi neticesini veren tüm yöntemler bu kapsamda değerlendirilir. Proxy engellemesi buna örnek olarak verilebilir³³.

III. Tedbirin Hukuki Niteliği Sorunu

İnternet Kanunu hükümlerine göre, *internet ortamında yapılan yayınlar- da içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbirine duruma göre adli veya idari makamlar karar verebileceği gibi, bazı özel hukuk tüzel kişileri³⁴ de bu kararı verebilmektedir. Bu sebeple bu tedbirin hukuki niteliği de farklılık arz etmektedir. 5651 sayılı İnternet Kanun incelendiğinde tedbirin hem bir koruma tedbiri hem de idari bir tedbir olarak düzenlendiği görülmektedir³⁵. Nitekim kanunun 8. maddesinin 10. fıkrasındaki düzenleme (“*Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının...*”) ve 11. fıkrasındaki düzenleme (“*İdarî tedbir olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi ...*”), tedbirin kanunda hem bir koruma tedbiri hem de idari bir tedbir olarak düzenlendiğini açıkça ortaya koymaktadır³⁶.

İnternet Kanununun 8. maddesinin 2. ve 10. fıkralarında “içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” olarak formüle edilen tedbirin açıkça *koruma tedbiri* olarak nitelendirilmesi, bu tedbirin hukuki niteliğinin ne olduğu

32 Görkemli, s. 105-106; Kent, s. 63-64; Kaya, s. 31-32; Tatar, s. 146.

33 Diğer yöntemlere dair açıklamalar ve başkaca örnekler için bkz. Kent, s. 64 vd.; Kılıç, s. 167 vd.; Kaya, s. 32 vd., 21 vd.; Görkemli, s. 91 vd.

34 5651 s. Kanun m. 8/14 kapsamında şans oyunları düzenlemeye yetkili kuruluşlar kendi görev alanına giren suçlarla ilgili olarak ve m. 9/9 kapsamında Erişim Sağlayıcıları Birliği erişimin engellenmesi kararlarını verebileceklerdir. Detaylı açıklama için bkz. Çırakoğlu, s. 69, 70.

35 Aynı yönde Özdem Özyayın, “İnternet Kanununun 8. Madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2017, s. 211-213; Çırakoğlu, s. 70 vd.; Kaya, s. 86.

36 Tartışmalı olmakla beraber özel hukuk tüzel kişilerince verilen kararın hukuki niteliği de idari tedbir sayılmaktadır. Bkz. Çırakoğlu, s. 76, 77.

sorununu çözmemektedir. Zira koruma tedbirleri 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) birinci kitap dördüncü kısımda düzenlenmiş ve bu tedbirlere karşı başvurulacak kanun yolları da gösterilmiştir. Eğer "içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" de bir koruma tedbiri ise, CMK'da yer alan koruma tedbirlerinin genel özelliklerini taşıması gerekir.

İnternet Kanunundaki nitelendirmeden bağımsız olarak bu tedbirin gerçekten ceza muhakemesi hukuku anlamında bir "koruma tedbiri" olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre her ne kadar kanun bu tedbiri bir koruma tedbiri olarak nitelendirse de aslında burada koruyucu değil önleyici bir tedbir söz konusudur³⁷. Ancak bu tedbir literatürde genellikle İnternet Kanununun nitelendirmesine de uygun olarak bir koruma tedbiri olarak kabul edilmektedir³⁸. İlgili tedbirin gerçekten bir koruma tedbiri olup olmadığı, koruma tedbiri kavramından neyin anlaşılması gerektiğine bağlı olarak belirlenebilir.

Koruma tedbiri kavramı, ceza muhakemesinde delil toplamak, muhakemenin yapılmasını temin etmek ve verilecek hükmün infazını sağlamak için başvurulacak çareleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Başvurulduklarında temel insan hak ve hürriyetlerini sınırlandırmaları söz konusu olabileğinden kanunen düzenlenmesi gereken koruma tedbirleri, yaptırım değildirler³⁹. Zira yaptırımlar kesinken tedbirler icrası bakımından yaptırımlara benzeseler de geçicidirler; yargılama sonucunda hüküm verildikten sonra tedbir sona ererler. Yaptırım ise yargılamanın sonucunda infaz edilir. 5651 sayılı Kanun hükümlerine bakıldığında *içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbirinin, m. 8/1'de sayılan suçların işlendiği yönünde oluşan yeterli şüphe üzerine başvurulacak bir çare olarak düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla bir yaptırım olmadığından bu tedbirin kesin hüküm gibi telakki edilmesi⁴⁰ isabetli değildir.

37 Nur Centel, Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019, s. 511, yazarlar buna rağmen bu tedbiri "koruma tedbiri" olarak nitelendirmekte ve ele almaktadırlar. Bkz. s. 365.; Görkemli, s. 119.; Atlı, s. 18.; benzer şekilde Mine Uzun, "5651 Sayılı Kanun'un 8. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi ve Hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesi Işığında Değerlendirilmesi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 89, Sayı 2, 2015, s. 233.

38 Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 445.; Murat Volkan Dülger, Yasin Beceni, *Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler*, TÜSİAD, İstanbul, 2011, s. 38.; Özaydın, s. 211; Tatar, s. 138; Necati Meran, "İnternet Yoluyla İşlenen Suçlar ve Kişilik Hakları İhlalinin Engellenmesinde Yeni Düzenlemeler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 97, 2014, s. 64.; Çırakoğlu, s. 72.; Turgut Kaya, *İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezaî Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 126.

39 Detaylı bilgi için bkz. Ahmet Gökçen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 371 vd.; Yener Ünver, Hakan Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 321.

40 Uzun, s. 233.

İlgili tedbirin gelecekte işlenme ihtimali olan suçların önlenmesine hizmet etmesi sebebiyle önleme tedbiri olarak kabul edilmesi⁴¹ de yerinde değildir. Bir tedbirin hukuki nitelendirmesinde baz alınacak olan husus, ilgili tedbirin suç şüphesi sebebiyle mi yoksa suç tehlikesi sebebiyle mi harekete geçirildiğidir⁴². İnternet Kanunu düzenlemesine göre ilgili tedbiri harekete geçiren husus, katalog suçlardan birinin işlendiği yönündeki yeterli şüphedir. 5651 sayılı Kanunun ilgili tedbiri açıkça bir koruma tedbiri olarak nitelendirmesi dikkate alınmasa bile, hem m. 8/2'de yer alan düzenleme ile bu tedbire yapılacak itirazların 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı CMK'ya göre yapılacağı belirtilmesi hem de düzenlemenin CMK'da yer alan koruma tedbirlerine ilişkin düzenlemelerle düzenleniş biçimi açısından büyük paralellik göstermesi, ilgili tedbirin bir koruma tedbiri olduğunu kabul etmenin isabetli olduğunu göstermektedir⁴³.

Bu sebeplerle suç şüphesi izale edilene kadar içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi, kendisine başvuru olan geçici bir çare ve dolayısıyla kanaatimizce bir koruma tedbiri olarak kabul edilmelidir.

IV. Tedbir Kararının Verilmesi

Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararında bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Bunlar şunlardır.

A. Katalog Suç Açısından

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi tedbirine ancak bazı suçlar için başvurulabilir. Bu sebeple bu suçlara katalog suç denebilir. Bu suçlar m. 8/1'de sayılmıştır.

29.09.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer alan *intihara yönlendirme* (TCK m. 84), *çocukların cinsel istismarı* (TCK m. 103/1), *uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma* (TCK m. 190), *sağlık için tehlikeli madde temini* (TCK m. 194), *müstehcenlik* (TCK m. 226), *fuhuş* (TCK m. 227) ve *kumar oynanması için yer ve imkân sağlama* (TCK m. 228) suçları ile⁴⁴ 25/7/1951 tarihli ve 5816 sayılı *Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar* ve 29/4/1959 tarihli ve 7258 sayılı *Futbol ve Diğer Spor Müsabakalarında Bahis ve Şans Oyunları Düzenlenmesi Hakkında Kanunda yer alan suçlar*⁴⁵ katalog suç kapsamındadır.

41 İddia için bkz. Centel, Zafer, s. 511.; Görkemli, s. 119.

42 Ünver, Hakeri, s. 322.; benzer şekilde Yenisey, Nuhoğlu, s. 275.; Meran, s. 64.

43 Ünver ve Hakeri bu tedbiri, "klasik koruma tedbirleri arasında olmayan kurum" olarak nitelendirmektedir. Bkz. s. 481.

44 Suçlara ilişkin kısa açıklamalar için bkz. Görkemli, s. 130 vd.; Kılıç, s. 417 vd.

45 Suçlara dair kısa açıklamalar için bkz. Kaya, s. 114 vd.

Katalog suç kapsamı dışında kalan suçlar için *içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbirine, bir koruma tedbiri olarak karar verilemez. Ancak hemen belirtelim ki, katalog suçlar arasında yer alan suçların internet ortamında işlenip işlenmediği konusu belirlilik açısından sorunlar ihtiva etmektedir. Sözelimi müstehcenlik ve fuhuş gibi kimi suçların internet ortamında hangi şartlarda işlenmiş sayılacağı meselesi, ilgili suç tiplerinin içeriklerinin çok geniş ve yoruma açık olması sebepleriyle bir sorun olarak belirmektedir. Sözelimi "müstehcen" kavramının kanunen tanımlanmaması sebebiyle⁴⁶ hangi içeriklerin bu kapsamda değerlendirileceği göreceli olabilmektedir. Bu sebeple de literatürde bu düzenleme, İnternet Kanununun amacına hizmet etmeye uygun bir düzenleme olmadığı⁴⁷ ve belirlilik ilkesi açısından sorunlara yol açtığı⁴⁸ düşünceleriyle sıkça eleştiri konusu yapılmaktadır. Gerçekten de katalog suçlarla alakalı özellikle ceza hukukundan kaynaklanan belirsizlikler, belirlilik ilkesi açısından düzenlemeyi sorunlu hale getirmektedir. Bu sebeple mezkur suçların internet ortamında hangi şartlarda işlenmiş sayılacağı daha net kriterlere bağlanmalıdır.

B. Şüphe Açısından

Şüphe, "*zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmakta duraksaması*" olarak tanımlanmaktadır⁴⁹. Ceza muhakemesi hukukunda şüphe dörde ayrılmaktadır.

Basit şüphe, soruşturmanın başlaması için bir suçun işlendiği izlenimi veren bir hâlin mevcut olması ile oluşur ve buna istinaden ceza muhakemesinde soruşturma başlatılır. Şüphenin en hafif derecesi olsa da tahmin demek değildir; somut olgulara veya en azından belirtilere dayanmalıdır⁵⁰.

Makul şüphe, Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'ne göre *hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe*dir. Basit şüphenin daha yoğun halidir, somut olgulara dayanır⁵¹.

Yeterli şüphe, mevcut delillere göre yapılacak olan değerlendirmede

46 Müstehcenlik kavramında dair açıklamalar için bkz. Ali Kemal Yıldız, "Müstehcenlik", *Özel Ceza Hukuku Cilt 7: Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 58 vd.

47 Örneğin bkz. Uzun, s. 228-229.

48 Örneğin bkz. Taşkın, s. 240 vd.; Artun Avcı, *Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 329.

49 Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma-Gezer, Yasemin Saygılar-Kırt, Esra Alan-Akcan, Özdem Özeydin, Efser Erden-Tütüncü, Derya Altınok-Villemin, Mehmet Can Tok, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 446.; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 374.

50 Ünver, Hakeri, s. 320.

51 Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 376-377.

mahkûm olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden yüksek olması halini ifade eder⁵².

Kuvvetli şüphe, mevcut delillere göre yapılacak olan değerlendirmede mahkûm olmanın kuvvetle muhtemel olması halini ifade eder⁵³.

Suç şüphesinin bulunması, koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir⁵⁴. Ancak bu şüphenin yoğunluğu koruma tedbirine göre farklılık arz edebilmektedir. Sözelimi tutuklama için kuvvetli şüphe, (CMK m. 100/1), arama için makul şüphe (CMK m. 116) gereklidir. İnternet Kanunu m. 8/1 gereği verilecek olan koruma tedbirine başvurmak için gerekli olan şüphe ise *yeterli şüphedir*. Dolayısıyla *içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi* tedbirine karar verilebilmesi için katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde yeterli şüphe bulunmalıdır. Mevcut delillere göre yapılacak olan yargılama sonucunda mahkûm olma ihtimali beraat etme ihtimalinden yüksekse internet ortamında yapılan yayınlarda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesine karar verilebilecektir. Bir başka deyişle Cumhuriyet savcısı katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde elindeki tüm delilleri birlikte değerlendirdiğinde, savcıda bu suçların işlenmiş olduğu yönünde yeterli kanaat oluşmuşsa, ilgili tedbirin uygulanması için talepte bulunabilecek veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kendisi bu kararı verebilecektir⁵⁵.

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi tedbiri, birçok temel hak ve hürriyetin sınırlandırılması sonucunu doğuracağından, son derece önemli bir tedbirdir. Bu sebeple basit şüphe ile bu kararın verilmesinin kabul edilmemesi; tedbire başvurmak için kanunen yeterli şüphenin aranmış olması, kanaatimizce isabetli olmuştur⁵⁶.

C. Tedbire Karar Verecek Mercî Açısından

Bir koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, m. 8/2 uyarınca soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından verilir.

Soruşturma evresi suç haberinin alınması ile başlar, iddianamenin kabulüne kadar devam eder (CMK m. 2/1-e). Soruşturma evresinde katalog suçlardan

52 Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 377.

53 Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 378.

54 Öztürk, Tezcan, Erdem, Sırma-Gezer, Saygılar-Kırt, Alan-Akcan, Özaydın, Erden-Tütüncü, Altınok-Villemin, Tok, s. 438; Suç şüphesinin bulunması koruma tedbirlerinin ön şartı olarak da kabul edilmektedir. Bunun için bkz. Ünver, Hakeri, s. 319, 320.

55 Krş. Taşkın, s. 214.

56 Aynı yönde Taşkın, s. 214; Gülpınar, s. 19; Kanuni düzenlemenin isabetsiz olduğu, yeterli şüphe yerine kuvvetli şüphenin aranmasının isabetli olacağı da literatürde savunulmaktadır. Bunun için bkz. Avcı, s. 312-313.; Tatar, s. 140.

birinin işlendiği yönünde yeterli şüphe oluşmuşsa, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını *hâkim* verecektir. Hâkim, sulh ceza hâkimidir. Birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunduğu yerlerde karar, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen sulh ceza hâkimliği (kanun ifadesi ile *mahkemesi*) tarafından verilir (m. 8/15). Tedbir kararını kural olarak hâkim vermelidir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde⁵⁷ *Cumhuriyet savcısı* tarafından da bu karar verilebilir. Cumhuriyet savcısı verdiği kararı yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim de yirmi dört saat içinde karar verir. Eğer bu süre içinde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen karar hâkim tarafından onaylanmazsa, Cumhuriyet savcısı tedbiri derhal kaldırır (m.8/2).

Kovuşturma evresi, ara muhakeme sonunda iddianamenin kabulü ya da iddianamenin verilmesinden itibaren 15 gün sonra başlar, hükmün kesinleşmesine kadar devam eder (CMK m. 175/1 ve 2/1-f). Eğer kovuşturma evresinde katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde yeterli şüphe oluşmuşsa, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını *mahkeme* verecektir. Dolayısıyla kovuşturma evresinde hâkimin ve Cumhuriyet savcısının bu kararı verme yetkisi yoktur.

Sayılanlar dışında herhangi bir merciin bu kararı verme yetkisi yoktur. Ancak eğer içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı bir koruma tedbiri olarak değil de bir idari tedbir kararı olarak verilecekse, bu durumda m. 8/4 ve m. 8/14 düzenlemelerinde yetkilendirilmiş kurumlar da karar verebileceklerdir.

D. Tedbir Kararının Kapsamı Açısından

Katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde oluşan yeterli şüphe üzerine m. 8/2 uyarınca verilecek olan kararda içerik itibarıyla dikkat edilmesi gereken hususlar m. 8/17'de belirtilmiştir.

Bu düzenlemede internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi şeklinde karar verilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Verilecek olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, kural olarak ihlalin gerçekleştiği yayın,

57 Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği m. 4/4'te "gecikmesinde sakınca bulunan hal" kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâl". Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 4'te ise adli aramalar için aynı kavram şu şekilde tanımlanmıştır: "derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması hâl". Konuya dair ayrıntılı bilgi için bkz. Z. Özen İnci, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 2001 vd.

kısım, bölüm ile ilgili olarak (URL vb. şeklinde) içeriğe erişimin engellenmesi yöntemiyle verilmelidir. İhlale ilişkin içeriğe erişim teknik olarak engellenmiyorsa veya içeriğe erişim engellense bile bu yöntemle ihlal önlenmiyorsa, ancak bu durumda internet sitesinin tümüne yönelik olarak erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir⁵⁸.

Tedbir kararında bulunması kararında belirtilmesi gereken hususlar ise Yönetmelik m. 15'te tek tek sayılmıştır. Kararda belirtilmesi gereken hususlar arasında hangi suçun işlendiği, suça ilişkin bilgilerin bulunduğu tam web adresi, yer sağlayıcıya ait IP adresi ve hangi erişim engelleme yönteminin uygulanacağı da bulunmaktadır.

V. Tedbir Kararına Karşı Kanun Yolu

M. 8/2 ve m. 8/13'ün göndermesi ile koruma tedbiri olarak hâkim veya mahkeme tarafından verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı CMK hükümlerine göre itiraz kanun yoluna gidilebilir.

İtiraz, hâkim kararları veya kanunda gösterilen hallerde mahkemenin kararlarına karşı başvurulmuş olan bir kanun yoludur (CMK m. 267). İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı soruşturma aşamasında hâkim tarafından verildiğinden itiraz edilebilecektir. Ayrıca kovuşturma aşamasında bu karar mahkeme tarafından verilse de kanunda açıkça itiraz olunabileceğinin belirtilmiş olması sebebiyle (m. 8/2 ve m. 8/13), mahkemenin vereceği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı da itiraz kanun yoluna gidilebilecektir.

Koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarına karşı *ilgili* itiraz edebilir (Yönetmelik m. 13/2). İlgililer kavramı Yönetmelikte tanımlanmasa da bundan, hakkında erişimin engellenmesi kararı verilen internet sitesi ile ilgili menfaati zarar gören herkesin anlaşılması gerektiğini düşünüyoruz⁵⁹. Bu kararlara karşı ayrıca Kurum'un da itiraz edebileceğini belirtmek gerekir (m. 8/13)⁶⁰.

İtiraz, itiraz konusu kararı veren makama yapılır. Bu makam itirazı yerinde görürse kararını düzeltir; yerinde görmezse en çok üç gün içinde yetkili mercie gönderir (CMK m. 268/2). İtirazı incelemeye yetkili merciler, *CMK m. 268/3'te* sayılmıştır.

58 Çırakoğlu, s. 116.

59 Görkemli, s. 149.; Kent, s. 133.; Kaya, s. 124-125.; Taşkın, s. 229.; Uzun, s. 235.

60 Krş. Kaya, s. 124.; Çırakoğlu, s. 84.

İtiraz kanun yoluna ya bir dilekçe ile ya da tutanağa geçirilmek üzere kararı veren merciin zabıt katibine beyanla başvurulur. İtiraz, kararın öğrenilmesinden itibaren yedi gün içinde yapılır (CMK m. 268/1).

İtiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 271/1). İtiraz yerinde görülürse, itiraz konusu hakkında da aynı merci karar verir. Kararlar kesindir (CMK m. 271/2-3). İtirazın yapılmış olması, ilgili merci bu yönde karar vermedikçe, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz⁶¹.

VI. Tedbir Kararının İcrası

Soruşturma evresinde hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilen kararın bir örneği, gereği yapılmak üzere Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'na gönderilir (m. 8/3). Dolayısıyla karar doğrudan erişim sağlayıcılara gönderilemez.

Bir örneği kendisine gönderilen koruma tedbiri niteliğindeki kararın gereğini Kurum'un nasıl yerine getireceği ise net bir şekilde düzenlenmemiştir. Halbuki m. 8/4 kapsamında Kurum Başkanı tarafından idari tedbir olarak verilecek olan kararın, ilgili içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına bildirileceği ve gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği açık bir şekilde düzenlenmiştir⁶². İnternet Kanunu m. 8/10'de, koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının gereğini yerine getirmeyen ve bu sebeple cezai sorumluluğu doğan kişilerin, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının sorumluları olduğu açıkça belirtilmiştir. Buradan, koruma tedbiri olarak verilen ve gereğinin yapılması için bir örneği Kurum'a gönderilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının, Kurum tarafından gereği yerine getirilmek üzere ilgili içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına bildirileceği ve gereğinin yerine getirilmesinin isteneceği sonucu çıkmaktadır. Bu bildirim elektronik ortamda yapılır. Böylece kararın gereğinin hızlı bir şekilde yerine getirilmesi sağlanmış olur⁶³.

İçerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcıları, kararın içeriğine göre içeriğin çıkarılması ve erişimin engellenmesi tedbirlerinin biri ya da ikisinin gereğini yerine getirmekle yükümlüdürler⁶⁴. İçerik, yer veya erişim sağlayıcıları kara-

61 İtiraz sürecine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Çırakoğlu, s. 79 vd.

62 Krş. Çırakoğlu, s. 100.

63 Kaya, s. 123.

64 Bu yükümlülükler dair geniş bilgi için bkz. Servet Yetim, "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile Kamu Bilgi İşlem Merkezi Yöneticilerine Getirilen Yükümlülükler", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 32, 2009, s. 86, 90.

rın gereğini derhal ve en geç kararın kendilerine bildirilmesi anından itibaren dört saat içinde yerine getirmelidir (İnternet Kanunu m. 8/5).

Hâkim veya mahkeme tarafından hukuka aykırılığı tespit edilen bir içerik varsa, bu durumda karar Kurum tarafından 29/07/2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun m. 6 ile getirilen Ek Madde 4/8 uyarınca sosyal ağ sağlayıcısına bildirilmelidir. Sosyal ağ sağlayıcısı kararın gereğini yerine getirmezse dava şartı aranmaksızın doğan zararların tazmine edilmesinden sorumlu olur.

VII. Tedbirin Süresi

Tedbirin geçici olup olmamasına göre geçici engelleme ve kalıcı engelleme ayırımından bahsedilir. Adli makamlar tarafından verilen koruma tedbiri niteliğindeki kararlarda asıl olan engellenmenin geçici olmasıdır⁶⁵. Tüm koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden olan “geçicilik”⁶⁶, İnternet Kanunu kapsamında verilen koruma tedbiri kararlarında da geçerli olmalıdır.

İnternet Kanunu m. 8/2’ye, 06.02.2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanun ile “geçicilik” özelliği açısından olumlu bir gelişme olarak addedilebilecek ek bir cümle ilave edilmiştir⁶⁷. Buna göre, bir koruma tedbiri olarak verilecek olan erişimin engellenmesi kararı, amacı gerçekleştirilecek nitelikte görülmesi halinde belirli bir süreyle sınırlı olarak da verilebilecektir. Bu düzenlemeye bakıldığında “geçicilik” özelliği açısından bazı sorunlar ihtiva ettiği görülmektedir. Öncelikle ek cümle ile getirilen bu geçicilik imkânı, sanki sadece erişimin engellenmesi kararı için tanınmıştır. Düzenleme bu şekilde anlaşılırsa, sadece içeriğin çıkarılması kararının verilmesi durumunda, bu karar belirli süreyle sınırlı olarak verilmeyecektir. Kanaatimizce bu durum ilgili tedbirin doğasından kaynaklanmaktadır. Zira sözgelimi bir internet sitesinde katalog suçlardan birinin işlendiği yönünde yeterli şüphe varsa bu şüphe izale edilene kadar içeriğin çıkarılması kararı verilmelidir. Suç şüphesinin belirli bir içerikten kaynaklanması durumunda, bu içeriğin geçici olarak çıkarılması düşünülemez. Aksi takdirde içeriğin internet sitesine tekrardan alınması ile tedbir kararından önceki duruma dönülmüş olur. Bu durumda geçicilik yargılamının sonuna, yani şüphenin kesin olarak izale edileceği ana kadardır. Bu sebeple ek cümle ile sadece zikredilmiş olması yerindedir.

Ek cümle açısından sorunlu olan husus ise, “erişimin engellenmesi” açısından düzenlemeden, asıl olanın verilecek olan kararın belirli bir süreyle sınırlı olarak verilmemesi gerektiği sonucunun çıkmasıdır. Nitekim düzenlemede be-

65 Görkemli, s. 101.

66 Ünver, Hakeri, s. 323.; Gökçen, Balcı, Alşahin, Çakır, s. 379.

67 Krş. Çırakoğlu, s. 123.

lirli süre ile karar verme, kararı verecek olanın takdirine bırakılmış ve üstelik bu takdirin kullanılması, kararın amacı gerçekleştirecek nitelikte görülmesi koşuluna bağlanmıştır. Bu sebeple verilecek olan kararların çoğu süresiz olarak verilecektir. Bu ise, koruma tedbirlerinin genel özelliklerinden "geçicilik" özelliğine uygun gözükmemektedir⁶⁸.

İfade edelim ki ilgili ek cümle gibi herhangi bir kanuni düzenleme olmasa bile, hukuken bir koruma tedbiri olduğundan, "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" tedbiri için verilen kararın zaten geçici olması gerekir. Bu durumda kararlar mantıken en fazla yargılamanın sonuna kadar geçerli olabilirler.

VIII. Tedbirin Hükümsüz Kalması Halleri

A. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararının Verilmesi

İnternet Kanunu m. 8/7 uyarınca soruşturma sonucunda kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilirse, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı da kendiliğinden hükümsüz kalır ve böylece tedbir sona erer. Bu durumda Cumhuriyet savcısı hükümsüz kalan karara konu internet adresini belirterek kovuşturmaya yer olmadığı kararının bir örneğini Kurum'a gönderir. Kurum da bu kararı, gereği yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir (Yönetmelik 17/1).

B. Beraat Kararının Verilmesi

İnternet Kanunu m. 8/8 uyarınca kovuşturma evresinde beraat kararı verilirse, içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı da kendiliğinden hükümsüz kalır ve böylece tedbir sona erer. Bu durumda mahkeme hükümsüz kalan karara konu internet adresini belirterek beraat kararının bir örneğini Kurum'a gönderir. Kurum da bu kararı, gereği yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir (Yönetmelik 17/2).

C. Sürenin Dolması

İnternet Kanunu m. 8/2 uyarınca verilecek olan *erişimin engellenmesi kararı*, amacı gerçekleştirilecek nitelikte görüldüğü için belirli bir süreyle sınırlı olarak verilmişse, sürenin dolması ile tedbir hükümsüz kalır⁶⁹. Gereği yerine getirilmek üzere Kurum tarafından içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına gönderilen kararda ne kadar süre ile kararın verildiği bilgisi de yer aldığından, bu sürenin dolması ile yayına erişim tekrar açılır.

68 Aynı yönde Taşkın, s. 216.; Uzun, s. 231.

69 Krş. Çırakoğlu, s. 122-123.

D. Mahkûmiyet Kararının Verilmesi

Tedbir uygulanırken davanın görülmesi ve dava sonunda mahkûmiyet kararının verilmesi halinde koruma tedbirinin hükümsüz kalıp kalmayacağı veya kaldırılıp kaldırılmayacağı ne İnternet Kanununda ne de Yönetmelikte düzenlenmiştir. Sözelimi katalog suçlardan müstehcenlik suçunun işlendiği yönündeki yeterli şüphe sebebiyle erişimin engellenmesi kararı verilmiş ve ardından yapılan yargılama sonucunda müstehcenlik suçunun işlendiği sabit olmuşsa, TCK m. 226'daki cezai müeyyideler verilecektir. Ancak bu durumda erişimi engellenmiş olan siteye erişimin tekrar açılıp açılmayacağı kanunen düzenlenmemiştir⁷⁰. Kanaatimizce bu durumda, verilmiş olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı da kendiliğinden hükümsüz kalır. Zira bu bir koruma tedbiridir ve geçici olması gerekir. Ancak örnekte verdiğimiz suçta olduğu gibi, eğer karar hükümsüz kaldığı için siteye erişim tekrar sağlanırsa, içerik kaldırılmadığı müddetçe aynı suç işlenmeye devam edecektir. Eğer siteye erişim tekrar sağlanmazsa, bu durumda da koruma tedbiri süresiz olarak uygulanmış ve hatta bir yaptırıma dönüşmüş olur ki, bu husus ilgili tedbirin hukuki niteliğinin bir koruma tedbiri olması ile çelişir. Bu çelişik durumun önüne geçmek için bu tarz durumlarda işlenen suçlara bağlanan yaptırımlar arasına “içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi”nin cezai bir yaptırım olarak eklenmesi gerektiğini düşünüyoruz.

IX. Tedbir Kararlarının Kaldırılması Halleri

A. Hâkimin Onay Vermemesi

Soruşturma aşamasında içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı gecikmesinde sakınca bulunan haller sebebiyle Cumhuriyet savcısı tarafından verilmiş ve fakat hâkim tarafından onaylanmamışsa, karar Cumhuriyet savcısı tarafından derhal kaldırılır (İnternet Kanunu m. 8/2) ve kaldırma kararının bir örneği Kurum'a gönderilir. Kurum da kaldırma kararını, gereği yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir (Yönetmelik m. 18/2)⁷¹. Bu sona erme hali, Yönetmelik m. 17/3'te idari tedbir olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı için de bir sona erme hali olarak düzenlenmiştir⁷².

B. Karara Yapılan İtirazın Kabul Edilmesi

İster soruşturma aşamasında hâkim tarafından isterse kovuşturma aşamasında mahkeme tarafından verilmiş olsun, içeriğin çıkarılması ve/veya

70 Krş. Dülger, Beceni, s. 38-39.

71 Görkemli, s. 151.

72 Bilgi için bkz. Kent, s. 138.

erişimin engellenmesi kararına ilgililerce itiraz edilebileceğini yukarıda izah etmiştik. CMK hükümlerine göre yapılacak olan itirazdan sonra duruşma yapılmaksızın karar verilir (CMK m. 271/1). İtiraz yerinde görülürse, itiraz konusu hakkında da aynı merci karar verir. Bu durumda da karar kaldırılmış olur ve kesin olan (CMK m. 271/3) bu kararın bir örneği Kurum'a gönderilir. Kurum da kaldırma kararını, gereği yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir.

C. İçeriğin Yayından Çıkarılması

İnternet Kanunu m. 8/9 uyarınca, katalog suçlardan biri ile ilgili olan içerik yayından çıkarılmış ise, *erişimin engellenmesi* kararı da kalkar. Kararı soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kaldırır ve bu kararın bir örneği Kurum'a gönderilir. Kurum, karara ilişkin bilgileri, gereği derhal yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir (Yönetmelik m.18/1).

İnternet Kanunu m. 8/9'da erişimin engellenmesi kararının kaldırılması, içeriğin yayından çıkarılmış olması şartına bağlanmıştır. Ancak içeriğin yayından çıkarıldığının nasıl tespit edileceği belirtilmemiştir. Bu ise bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁷³. Sorunun sebebi ise tekniktir. Teknik olarak içeriğine erişimin engellendiği bir siteden ilgili içeriğin çıkarılıp çıkarılmadığını tespit edebilmek için siteye erişebilmek gerekir. Sözelimi bir haber sitesinde katalog suçlardan biri ile ilgili bir video kaydı varsa ve sözelimi URL adresinden buna erişim engellenmişse, ilgili adrese girildiğinde zaten erişim sağlanamayacak ve videonun yayından çıkarılıp çıkarılmadığı da tespit edilemeyecektir. Dolayısıyla adli mercilerin bu tespiti yapma imkanı yoktur. Bir içeriğin yayından çıkarılıp çıkarılmadığını bu sebeple içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcıları tespit edebilir. Bu durumda kanaatimizce içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcıları, katalog suçlardan biri ile ilgili olan içeriğin yayından çıkarılmış olduğunu Kurum'a bildirebilirler. Kurum da durumu teyit ettikten sonra durumu soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında mahkemeye bildirebilir. Cumhuriyet savcısı veya mahkeme de bunun üzerine kararı kaldırır ve bir örneğini Kurum'a gönderir. Kurum da karara ilişkin bilgileri, gereği yerine getirilmek üzere içerik ve yer sağlayıcıları ile erişim sağlayıcılarına elektronik ortamda bildirir⁷⁴.

73 İlgili soruna dair detaylı açıklamalar için bkz. Çırakoğlu, s. 124 vd.

74 Aynı şekilde bkz. Çırakoğlu, s. 127-128.

D. Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruda Başvurucunun İddiasının Kabulü

Bilindiği gibi başvuru yollarının tüketilmesinden sonra, temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) bireysel başvuruda bulunulabilir (6216 sayılı Kanun m. 45/2). İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı ister idari bir karar olarak isterse bir koruma tedbiri olarak verilmiş olsun, Anayasa'da güvence altına alınan bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edebilmektedir. Bu bağlamda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi tedbiri nedeniyle Anayasa'da güvence altına alınan “düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (m. 26) ve “basın hürriyeti” (m. 28) gibi bazı temel hak ve özgürlüklerinin⁷⁵ ihlal edildiğini iddia edenler AYM'ye bireysel başvuruda bulunabileceklerdir⁷⁶.

AYM başvurucunun iddiasının kabul edilebilir olduğuna ve iddia konusu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine hükmettiğinde kararın bir örneğini, ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması ve yeniden yargılama yapılması için ilgili sulh ceza hâkimliğine gönderir (6216 sayılı Kanun m. 50/2). Bu durumda sulh ceza hâkimliği bu kararın gereği olarak, verdiği içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararını kaldırır. Dolayısıyla AYM'ye yapılan bireysel başvurunun sonucu olarak başvurucunun iddiasının kabulü, tedbir kararının kaldırılması hallerinden biri olarak kabul edilebilir.

X. Tedbirin Haksız Olması Sebebiyle Tazminat

İnceleme konusu yaptığımız “içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi” hukuken bir koruma tedbiri olduğundan idare mahkemelerinde tam yargı davası açılarak tazminat talep etme imkânı bulunmamaktadır⁷⁷. Çünkü koruma tedbirlerinin haksız olarak uygulanması sebebiyle tazminat isteminde bulunma imkânı, CMK m. 141'de verilmiştir.

Hangi hallerde tazminat istenebileceği CMK m. 141'de sayılmıştır. Bu düzenlemede 5651 sayılı İnternet Kanunu kapsamında verilen koruma tedbirleri nedeniyle tazminat imkânı yer almamaktadır. Bu sebeple 5651 sayılı İnternet Kanunu kapsamında haksız olarak verilen koruma tedbirleri nedeniyle ilgili web sitelerinin eski kullanıcılarını toplayamaması, sitenin değersiz hale gelmesi gibi durumlarda, CMK hükümlerine göre herhangi bir tazminat istemin-

75 Detaylı bilgi için bkz. Berkan Hamdemir, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 145 vd.; Taşkın, s. 38 vd.

76 Örnek bir karar olarak Cahit Yiğit başvurusu için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/2736>.

77 Aynı yönde Kaya, s. 126.

de bulunamayacaktır. Bu sorunun çözümü için CMK'daki koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hükümlerinin kapsamının genişletilmesi düşünülmelidir⁷⁸.

He ne kadar CMK m. 141 kapsamında ilgili tedbir için tazminat isteminde bulunma imkânı bulunmasa da ilgili tedbir kararı sebebiyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmesi durumunda, bu yönde bir iddia ile Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yapmak mümkündür. Bu başvuru üzerine tazminat imkânının olup olmadığı bu vesileyle değerlendirilmelidir.

Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak olan bireysel başvurularda temel hak ve özgürlükler korunur⁷⁹. Koruma tedbirlerinin ortak özelliklerinden biri de temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturmalarıdır⁸⁰. İçeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi koruma tedbiri ile ifade özgürlüğü (Anayasa m. 26) ve basın özgürlüğü (Anayasa m. 28) gibi bazı temel hak ve hürriyetlere müdahale söz konusu olabilir⁸¹. Zira internet ortamında yapılan yayınlar özellikle "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" ile "basın hürriyeti" bağlamında önem arz ederler. Dolayısıyla bu özgürlüklere yönelik sınırlamalar da ancak Anayasa'da belirtilen amaçlarla ve Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca ancak kanunla yapılabilir.

Bir koruma tedbiri olarak içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi 5651 sayılı kanunla düzenlenmiş ve katalog suçlarla sınırlı olarak kanunda belirtilen koşullara uygun şekilde verilecek kararlar ile başvurulabilecek bir tedbirdir. Bu tedbire başvurmakla ifade özgürlüğüne bir müdahale yapılmış olur. Bu müdahalenin hukuka aykırı olması halinde ilgililerin CMK hükümlerine göre tazminat isteminde bulunamayacakları açıktır. Eğer bu müdahale ile ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia eden varsa ve bu kişi 6216 sayılı Kanun m. 46/1'de belirtildiği üzere, ihlale yol açtığı ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkı doğrudan etkilenen biri ise, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilecektir. Ancak bunun için 6216 sayılı Kanun m. 45/2 gereği kanunda öngörülmüş başvuru yollarının tüketilmiş olması gerekir⁸².

5651 sayılı İnternet Kanunu m. 8/2 uyarınca içeriğinin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına CMK hükümlerine göre itiraz edilebilmektedir. Bu durumda ilgili tedbir nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia

78 Kaya, s. 126.

79 Hamdemir, s. 35.

80 Öztürk, Eker-Kazancı, Soyer-Güleç, s. 25.

81 Detaylı bilgi için bkz. Hamdemir, s. 145 vd.; Taşkın, s. 38 vd.; Kaya, s. 149 vd.

82 Ayrıntılı bilgi için bkz. Muzaffer Korkmaz, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

edenler AYM'ye bireysel başvuru yapmadan önce sulh ceza hâkimliğine itirazda bulunmalıdır. İtirazın kabul edilmesinin tedbiri sona erdiren bir hal olduğunu ifade etmiştik. Eğer itiraz kabul edilmezse ilgililer başvuru yollarını tüketmiş olurlar. Böylece AYM'ye bireysel başvuruda bulunma imkânı doğar. İtiraz kanun yolu tüketilmeden yapılacak olan bireysel başvurularda AYM başvuru yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilmezlik kararı verir⁸³. İtirazın reddi üzerine yapılan bireysel başvuru sonucunda AYM başvurucunun iddiasının kabul edilebilir olduğuna ve iddia konusu temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine hükmederse, aynı zamanda gerçekleşen ihlal sebebiyle tazminata da hükmedebilir (6216 sayılı Kanun m. 50/2). Nitekim 5651 sayılı Kanun kapsamında verilen erişimin engellenmesi kararlarına karşı Anayasa Mahkemesine bireysel başvurularda bulunmuş ve Mahkeme birçok başvuru neticesinde tazminata hükmetmiştir⁸⁴. Dolayısıyla koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurduktan sonra sonuç alınamaması halinde Anayasa Mahkemesi'ne, sözelimi ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiası ile bireysel başvuruda bulunabilecektir. Başvuru sonrası Anayasa Mahkemesi başvurucağı haklı bulunduğu tazminata hükmedebilecektir.

XI. Tedbirin Uygulanmamasından Doğan Sorumluluk

Bir koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı uygulanmalıdır. Aksi halde, İnternet Kanunu m. 8/9 uyarınca, içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının sorumluları, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, beş yüz günden üç bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Dolayısıyla bu düzenleme ile faili içerik, yer ve erişim sağlayıcıları olan bir suç tanımlanmış olmaktadır.

XII. Tedbire Yönelik Değerlendirmeler

A. Tedbirin Etkililik Açısından Değerlendirilmesi

5651 sayılı Kanun kapsamında "içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" tedbirine ilişkin düzenlemeler hukuki nitelikleri itibariyle farklılık arz etmektedir. Bu çalışmada sadece m. 8/2 kapsamında verilen karara dair inceleme yapılmıştır. Ancak belirtelim ki tedbir netice itibariyle ayniyet

83 Krş. Selami Turabi, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 162.

84 Örnek kararlar için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2016/2736>; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2015/15242?BasvuruAdi=MİYASE+İLKNUR+VE+DİĞERLERİ>; <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/35947?KelimeAra%5B%5D=erişimin+engellenmesi&HerhangiBirKelimeAra%5B%5D=Koruma+tedbiri>.

arz etmektedir: içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi. Bu tedbire ister idari tedbir olarak isterse koruma tedbiri olarak başvurulsun, internet ortamında yapılan yayınlar yoluyla işlenen suçlarla mücadelede ne kadar etkili olduğu değerlendirilmelidir.

Öncelikle tedbir olarak erişim engellenebilse de teknik olarak bu işlem etkisiz kılınabilmektedir. Uzmanlık gerektirmeyen basit bir işlem olarak yapılabilen erişimin engellenmesinin etkisizleştirilmesi, teknik olarak farklı yöntemlerle yapılabilmektedir. IP ve DNS değişikliği ile URL maskeleyme, bu yöntemlerin başında gelmektedir⁸⁵. Bu durum, ilgili tedbirin etkililiğine halel getirmektedir. Nitekim internet ortamında işlenen bir suçla mücadele etmek için ilgili koruma tedbirine karar verilse bile erişimin engellenmesi etkisizleştirilerek tedbirin etkililiği bertaraf edilmektedir. Sözgelimi Youtube web sitesi 6561 sayılı Kanun kapsamında engellendiği zamanlarda Türkiye’de hala en çok ziyaret edilen siteler arasındaydı⁸⁶.

Öte yandan içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında olması da ilgili tedbirin etkililiğini olumsuz etkilemektedir. Her ne kadar 5651 sayılı Kanun m. 8/4’te yer alan düzenleme gereği bu tarz durumlarda katalog suçlardan birini oluşturan yayınların idari bir tedbir kararına konu olabilmesi imkânı tanınmışsa da erişimin engellenmesinin etkisizleştirilmesi suretiyle Türkiye’de bu içeriklere erişim mümkün hale gelmektedir. Özellikle Youtube ve Twitter gibi büyük sosyal ağlardaki içerikler katalog suçlarla ilgili olduklarında tedbir etkili bir şekilde uygulanamamaktadır. Bu konuyla alakalı 29/07/2020 tarihli ve 7253 sayılı Kanun m. 6 ile getirilen Ek Madde 4 olumlu bir gelişmedir. Buna göre Türkiye’de günlük erişimi bir milyondan fazla olan yurt dışı kaynaklı sosyal ağ sağlayıcıları artık Türkiye’de temsilci belirleyecektir. Ayrıca 5651 sayılı Kanun kapsamında verilen kararların sosyal ağ sağlayıcıları açısından etkili bir şekilde uygulanması, getirilen düzenleme ile temin edilmeye çalışılmıştır.

Sonuç olarak erişim engelleme yönteminin, internet içeriğinin kontrol edilmesinde mutlak manada etkili bir araç olduğu söylenemez. Zira her ne kadar aşağıda da değineceğimiz üzere ifade özgürlüğüne yönelik getirilen sınırlamaların dayanağı kanun olsa da bu, ölçülülük ilkesine her zaman uygun hareket edildiğini göstermemektedir. Özellikle ölçülülük ilkesinin “yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması”⁸⁷ olarak anlaşılması durumunda günlük erişimi çok olan büyük web sitelerinde yer

85 İlgili yöntemlere dair geniş bilgi için bkz. Görkemli, s. 108 vd.; Kaya, s. 41 vd.; Kılıç, s. 178 vd.

86 Kaya, s. 141.

87 Anayasa Mahkemesi, K. T.:22/05/1987, E: 1986/17, K:1987/11: https://normkararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/ND/1987/11?Donemler_id=2&EsasNo=1986%2F17&KararNo=1987%2F11.

alan ve fakat suç teşkil eden bir içerik sebebiyle web sitesine erişimin tamamen engellenmesi ölçülülük ilkesine aykırı olabilecektir⁸⁸.

B. Tedbirin İfade Özgürlüğü Açısından Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)⁸⁹ m. 10'da düzenlenen ifade özgürlüğü Anayasa m. 26'da "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığı ile düzenlenmiştir⁹⁰. Buna göre herkes, "düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir." İnternet ortamında yapılan yayınlarda ifade özgürlüğü hem düşünce ve kanaatlerin internet ortamında açıklanması ve yayılmasını hem de internete erişim hakkını kapsar⁹¹. Zira ifade özgürlüğünün düşünce ve ifadeyi yayma aşamalarının yanında ayrıca bilgi edinme aşaması da mevcuttur⁹². Bu sebeple ilgili tedbirin ifade özgürlüğü bağlamında değerlendirilmesi zaruri olmaktadır.

Hem AİHS m. 10 hem de Anayasa m. 13'e göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ancak kanunla olur. Ayrıca sınırlama Anayasa m. 13'e göre ilgili temel hak ve hürriyetin özüne dokunmaksızın ve ilgili maddede belirtilen sebeplere bağlı olarak yapılmalıdır. Sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz. Anayasa m. 26'ya göre ise ifade özgürlüğü, "millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

İlgili düzenlemeler ışığında 5651 sayılı Kanun uyarınca bir koruma tedbiri olarak verilecek olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararının ifade özgürlüğünü sınırlayıp sınırlamadığı meselesi şu açılardan değerlendirilmelidir:

1. Sınırlamanın Kanunla Yapılması

Sınırlamanın hukuki dayanağı 5651 sayılı Kanundur. Bu sebeple sınırlama için ilk koşul gerçekleşmiştir. Ancak şekli olarak bir kanun söz konusu olsa da müstehcenlik suçu gibi suçların yer alması sebebiyle kanunun yeterince açık

88 Benzer şekilde bkz. Kaya, s. 142.

89 İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme.

90 İfade özgürlüğü kapsamında Anayasa'da başkaca düzenlemelerin de olduğu belirtilmelidir. Bunun için bkz. Hamdemir, s. 145 vd.; Taşkın, s. 39.

91 Taşkın, s. 44.; Kaya, s. 149.

92 Kaya, s. 149.

olmadığı ileri sürülmektedir⁹³. İfade edelim ki koruma tedbiri olarak verilecek içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının verilmesi, kanunda sayılan katalog suçlarla ilgili yeterli şüphe şartına bağlanmıştır. Bu suçların TCK gibi başka kanunlarda düzenlenmesi, sınırlama sebeplerinin sınırlı olması ve bu sebeplerin somut suçlardan oluşması, aslında kanunla sınırlama koşuluna uygunluk koşulunun yerine geldiğini göstermektedir⁹⁴.

2. Sınırlamanın Meşru Bir Sebebe Dayanması

İfade özgürlüğünün hangi sebeplere binaen sınırlandırılabilceği Anayasa m. 26'da belirtilmiştir. Millî güvenlik, kamu düzeni ve kamu güvenliği, bu meşru sebeplerin başında yer almaktadır. 5651 sayılı Kanun'da yer alan katalog suçlara baktığımızda, bu suçların ilgili meşru sebepler kapsamına girip girmediği tartışılabilir. Zira Anayasa'da ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının sebepleri arasında sözgelimi "genel ahlak" sayılmamakta ve bu sebeple "müstehcenlik" sebebiyle ifade özgürlüğünün sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı gibi görünmektedir⁹⁵. Ancak hemen belirtelim ki AİHS m. 10 dikkate alındığında katalog suçlar sebebiyle ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama meşru sebebe dayanmış olacaktır⁹⁶. Zira sözgelimi Anayasa'da yer almayan "genel ahlak", AİHS m. 10'da ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında bir sebep olarak zikredilmektedir. Ayrıca 5651 sayılı Kanun, internet ortamında işlenen suçlarla mücadele amacı gütmektedir (m. 1). Anayasa m. 26'da ise ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının meşru sebeplerinden biri olarak "suçların önlenmesi" zikredilmektedir. Müstehcenlik TCK m. 226'da bir suç tipi olarak yer aldığından, bu suçun önlenmesi amacıyla ifade özgürlüğünün sınırlandırılması Anayasa'ya aykırı olmayacaktır. Aynı durum katalog suç kapsamındaki diğer suçlar için de geçerlidir.

3. Sınırlamanın Anayasanın Sözüne ve Ruhuna Uygun Olması

İfade özgürlüğünün sınırlanması açısından içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları, Anayasa m. 26'da belirtilen sebeplerle sınırlı olarak verilmelidir. Ancak hemen belirtelim ki, sınırlamanın meşru sebebe dayanması, aynı zamanda Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olduğunu göstermez. Zira ilgili tedbirin uygulanması sebebiyle sadece ifade özgürlüğü sınırlanmış olmayacak, aynı zamanda erişime kapanan web sitesine göre başkaca temel hak ve hürriyetlerin de etkilenmiş olabilecektir. Sözgelimi ilgili web sitesi bir sosyal ağ sitesi ise bireylerin toplantı hak ve hürriyetleri de etkilenmiş

93 Aynı yönde bkz. Uzun, s. 242-243.

94 Aynı yönde bkz. Kaya, s. 139.

95 Taşkın, s. 48.

96 Uzun, s. 244.

olacaktır⁹⁷. Bu gibi sebeplerle koruma tedbiri olarak verilen içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararlarının son çare olarak verilmesi, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk açısından daha uygun olacaktır⁹⁸.

4. Sınırlamanın Ölçülü Olması

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi bir cezai yaptırım değil, bir koruma tedbiridir. Bu sebeple tedbirle temel hak ve hürriyetler ancak geçici olarak sınırlanabilir. Adli makamlarca koruma tedbiri olarak verilen kararın kendisiyle ulaşılmak istenen amaçla orantılı olması gerekir. Ölçülülük ilkesi kanunen tanımlanmamıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi bir kararında şu şekilde izah etmektedir: “Yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması”.⁹⁹

İçeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi tedbiri için ölçülülük ilkesinden bahsedebilmek için önce içeriğin çıkarılması kararının verilmesi; içerik çıkarılmazsa bu durumda erişimin engellenmesi kararlarının verilmesi, bir koşul olarak aranabilir¹⁰⁰. Bu bağlamında İnternet Kanunu’ndaki iki düzenlemenin önem arz ettiğini belirtmek gerekir. İnternet Kanunu m. 8/9’da katalog suçlardan birini oluşturan içeriğin çıkarılması halinde erişimin engellenmesi kararının ortadan kaldırılması, ölçülülük ilkesinin bir gereğidir. Ayrıca 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun m. 17 ile İnternet Kanunu m. 8’e getirilen ek 17. fıkra da ölçülülük ilkesi açısından isabetli olmuştur. Buna göre internet sitesinin tümüne erişimin engellenmesi kararının verilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Eğer ihlalin gerçekleştiği içeriğe erişimin engellenmesi mümkün veya mümkün olsa bile sadece içeriğe erişimin engellenmesi ile ihlal önlenemiyorsa, ancak o zaman internet sitesinin tümüne erişim engellenebilecektir. Bu düzenleme m. 2/1-0’da belirtilen engelleme tekniklerine başvururken de ölçülülük ilkesinin dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Sözgelimi sadece URL adresinin engellenmesi ile amaca ulaşılabilecekse, DNS tekniğine başvurulmamalıdır¹⁰¹.

5. Sınırlama İle Hakkın Özüne Dokunulmaması

Temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamalarda hakkın özüne dokunulmamalıdır (Anayasa m. 13). Bu bağlamda verilecek olan içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararları ile ifade özgürlüğünün özüne doku-

97 Kaya, s. 140.

98 Kaya, s. 140.; Taşkın, s. 43.

99 Anayasa Mahkemesi, K. T.:22/05/1987, E: 1986/17, K:1987/11: https://normkararlarbilgiban-kasi.anayasa.gov.tr/ND/1987/11?Donemler_id=2&EsasNo=1986%2F17&KararNo=1987%2F11.

100Kaya, s. 142.; Uzun, s. 245.

101 Kaya, s. 142.

nulmamalı; bu özgürlüğün kullanılması olanaksız hale getirilmemelidir¹⁰². 5651 sayılı Kanun'da yer alan düzenlemeler, bireylerin internet ortamında kullanacakları ifade özgürlüklerini tamamen bertaraf etmemekte, sınırlamaktadır. Ancak internetin artık bir yaşam alanı olarak kabul edildiği günümüzde erişimin tamamen engellenmesi, hakkın özüne müdahale olarak kabul edilebilecektir. Nitekim 27/03/2014 tarihinde Youtube'a erişim engellenmiş ve fakat Anayasa Mahkemesi bunu ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale olarak değerlendirmiştir¹⁰³.

6. Sınırlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereği Olması

Bir koruma tedbiri olarak içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi tedbirine ilişkin düzenleme kapsamında verilen kararlar ile ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin gerekleri kapsamında değerlendirilebilmelidir¹⁰⁴. Bundan kasıt yapılan müdahalenin acil bir sosyal gereksinimi karşılaması ve orantılı olmasıdır¹⁰⁵. Dolayısıyla düzenlemedeki katalog suçlar ve bunların sayısı, tek başına bu koşul ile ilgili belirleyici değildir. Sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereği olabilmesi için sınırlama ile ifade özgürlüğünün özüne dokunulmaması ve ölçülü olması gerekir. Her ne kadar 17/10/2019 tarihli ve 7188 sayılı Kanun m. 17 ile İnternet Kanunu m. 8'e getirilen ek 17. fıkra bu konuda olumlu bir düzenleme olsa da uygulamada ihlallerin gerçekleşmesi her zaman muhtemeldir.

Kanunda aynı tedbirin aynı zamanda bir idari tedbir ve üstelik farklı koşullara tabi olarak düzenlenmesi, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda daha çok eleştirilebilir. Özellikle m. 8/A'da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sadece katalog suçların değil, herhangi bir suçun önlenmesi sebepleri ile tedbire karar verme imkânının getirilmesi, ifade özgürlüğüne ciddi müdahalelerde bulunmanın yolunu açmaktadır.

Sonuç

İnternet ortamında işlenen suçlarla mücadele yollarından biri de 5651 sayılı Kanun'da düzenlenen "internet ortamında yapılan yayınlarda içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi" tedbiridir. Tartışmalı olmakla birlikte bu tedbirin, ilgili kanunun da açıkça ifade ettiği üzere, ceza muhakemesi hukuku anlamında bir koruma tedbiri olduğunu düşünüyoruz. Bu koruma tedbirine sadece ilgili kanunda zikredilen katalog suçlarla ilgili yeterli şüphenin olması

102 Kaya, s. 143.

103 Karar için bkz. <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/4705?BasvuruAdi=Youtube>.

104 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, s. 145 vd.; Uzun, 245, 246; Taşkın, s. 52 vd.

105 Taşkın, s. 52.

durumunda, kararı vermeye yetkili merciler tarafından karar verilerek başvurulabilir. Karar belirli bir süre ile sınırlı olarak da verilebilir. Kararın gereği Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından, yer, içerik ve erişim sağlayıcılarına gereği iletilmek suretiyle yerine getirilir. Yer, içerik ve erişim sağlayıcılarının sorumluları, kararın gereğinin yerine getirilmemesinden sorumludurlar. Bir koruma tedbiri olması sebebiyle içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi kararı, bazı durumlarda hükümsüz kalmakta, bazı durumlarda ise kaldırılmaktadır.

Bu tedbirin uygulamada özellikle erişimin etkisizleştirilmesi yöntemleri sebebiyle çok etkili olduğu söylenemez. Ancak yine de tedbir kararlarının kanuni bir dayanakla verilmesi isabetlidir. Bu kanun ile getirilen koruma tedbiri ile ifade özgürlüğüne müdahale söz konusudur. Bu müdahalelerin Anayasaya uygun olabilmesi için hakkın özüne dokunulmaması, müdahalenin demokratik toplumun gereklerine uygun olması ve ölçülü olması gerekir. Bu bağlamda sınırlamanın son çare olarak düzenlenmesi, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygunluk açısından düşünülmelidir. Yapılan müdahale Anayasaya aykırı bir sınırlama teşkil ederse, tedbir kararına itiraz edilebilir. İtirazın kabul edilmemesi halinde de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunulabilecektir.

KAYNAKLAR

- Akkurt, Sinan Sami, *Sosyal Medyada Gerçekleşen İhlaller Karşısında Kişilik Hakkının Korunması*, 2. Baskı Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Atlı, Turan, "Kişi Haklarının İhlali Durumunda İnternet Erişiminin Engellenmesi", *Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, 2020, s. 4-32.
- Avcı, Artun, *Türkiye'de İnternet ve İfade Özgürlüğü*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Centel, Nur; Zafer, Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2019.
- Çırakoğlu, Melikşah, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Değirmenci, Olgun, "5651 Sayılı Kanun Kapsamında İdari Tedbir Olarak Verilen Erişimin Engellenmesi Kararlarının Yerine Getirilmemesi Kabahati", *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 13, Sayı 142, 2018, s. 137-47.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Dülger, Murat Volkan; Beceni, Yasin, *Türkiye'de İnternet Sitelerinin Erişiminin Engellenmesi Konusunda Farklı Hukuk Disiplinleri Açısından Değerlendirmeler*, TÜ-SİAD, İstanbul, 2011.
- Gökçen, Ahmet; Balcı, Murat; Alşahin, Mehmet Emin; Çakır, Kerim, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Görkemli, Burcu, *Yargı Kararları Işığında Türk Hukuku'nda İnternet Erişiminin Engellenmesi*, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Gülpınar, Kaan Mert, "İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi -Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Bir Değerlendirme-", *Fikri ve Sınai Haklar Dergisi*, Cilt 9, Sayı 36, 2013, s. 17-57.
- Hamdemir, Berkan, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.
- İnci, Z. Özen, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 65, Sayı 4, 2016, s. 1997-2046.
- Karakaya, M. Süheyl, "5651 Sayılı Kanun'un 9. Maddesi ve Erişimin Engellenmesi: Koyun Postunda Kurt Hükmü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt 137, Sayı 31, 2018, s. 95-132.
- Kaya, Mehmet Bedii, *Teknik ve Hukuki Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010.
- Kaya Turgut, İnternet Servis Sağlayıcısının Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Kent Bülent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.
- Kılıç, Ahmet, *Devlet Eli İle İnternet İçerik Düzenlemesi Sorunu: TİB Örneği*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Konya, 2013.

- Kılınç, Doğan, “5651 Sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 9/A Maddesi Çerçevesinde Özel Hayatın Korunması”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 20, S. 2, 2016, s. 577-623.
- Kılınç, Doğan, “Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi ve İfade Hürriyeti”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XIV, Sayı 2, 2010, s. 407-54.
- Korkmaz, Muzaffer, *Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları ve Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Memiş, Tekin, “Erişimin Engellenmesi, Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 13, Sayı 3-4, 2009, s. 161-76.
- Meran, Necati, “İnternet Yoluyla İşlenen Suçlar ve Kişilik Hakları İhlalinin Engellenmesinde Yeni Düzenlemeler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 9, Sayı 97, 2014, s. 62-70.
- Özyayın, Özdem, “İnternet Kanununun 8. Madde Çerçevesinde Erişimin Engellenmesi Kararı”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 16, Sayı 1, 2017, s. 203-22.
- Özbek, Veli Özer; Doğan, Koray; Bacaksız, Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Öztürk, Bahri; Tezcan, Durmuş; Erdem, Mustafa Ruhan; Sırma-Gezer, Özge; Saygılar-Kırt, Yasemin; Alan-Akcan, Esra; Özyayın, Özdem; Erden-Tütüncü, Efser; Altınok-Villemin, Derya; Tok, Mehmet Can, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Öztürk, Bahri; Eker-Kazancı, Behiye; Soyer-Güleç, Sesim, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Taşkın, Ş. Cankat, *İnternette Erişim Yasakları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Tatar, Erol, “İnternette Erişimin Engellenmesi”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 36, Sayı 1-2, 2010, s. 135-152.
- Turabi, Selami, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Uzun, Mine, “5651 Sayılı Kanun’un 8. Maddesi Kapsamında Erişimin Engellenmesi ve Hükmün Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 10. Maddesi Işığında Değerlendirilmesi”, *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt 89, Sayı 2, 2015, s. 224-249.
- Ünver, Yener; Hakeri, Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 17. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yenisey, Feridun; Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara, 2020.
- Yetim, Servet, “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ile Kamu Bilgi İşlem Merkezi Yöneticilerine Getirilen Yükümlülükler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 4, Sayı 32, 2009, s. 79-96.
- Yıldız, Ali Kemal, “Müstehcenlik”, *Özel Ceza Hukuku Cilt 7: Genel Ahlak Karşı Suçlar ve Aile Düzenine Karşı Suçlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa Göre İhtar*

Warning According to the Law of Political Parties No 2820 in the Light of the Constitutional Court Decisions

Dr. Fatih GÜLER**

ÖZ

Temel hedefleri seçimleri kazanarak devleti yönetmek olan siyasi partilerin, anayasal ve yasal düzenlemelere uymaları beklenir. Bu düzenlemelere aykırı davranan siyasi partilere uygulanacak yaptırımların, siyasi hakların sınırlandırılması sonucunu doğuracak olması sebebiyle, ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan orantılılık ve elverişlilik ilkeleri ile uyumlu olması oldukça önemlidir. Bu yaptırımlardan olan Anayasa Mahkemesi'nin siyasi partilere ihtarda bulunması, anayasal düzenlemeye konu olmaması başta olmak üzere bazı gerekçelerle anayasaya aykırılığı ifade edilse de, "siyasi partilerin kapatılması" veya "siyasi partilere devlet yardımı" konuları gibi akademik çalışmalara sık konu olan alanlardan olmamıştır. Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu çalışmalarının gündemde olduğu bir süreçte ihtar yaptırımı konusunun, Anayasa Mahkemesi kararları ışığında ortaya konulmasının faydalı olabileceği düşüncesi çalışmanın hareket noktasını oluşturmuştur. Çalışmada ihtar yaptırımının yasal dayanakları, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesi karar süreci, ihtar yaptırımının niteliği, ihtar yaptırımın anayasaya uygunluğu, ihtar başvurusu süreci sonunda verilen karar türleri, ihtar başvurularının karara bağlanma süreleri ele alınmıştır. Ayrıca ihtar başvuruları konu esaslı sınıflandırmaya tabi tutularak Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Siyasi parti, ihtar, Anayasa Mahkemesi, ölçülülük ilkesi, yargıtay cumhuriyet başsavcısı

ABSTRACT

Political parties, whose main objective is to rule the state by winning elections, must comply with constitutional and legal regulations. Since the sanctions to be applied to political parties that act contrary to these regulations will result in the limitation of political rights, it is very important that they must comply with the

* Makale gönderim tarihi: 18.03.2021. Makale kabul tarihi: 05.04.2021. Fatih Güler, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında 2820 Sayılı Siyasi Partiler Kanununa Göre İhtar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 97-130; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.04>

** Dr. Öğretim Görevlisi, Çanakkale 18 Mart Üniversitesi Çan Meslek Yüksekokulu Muhasebe ve Vergi Uygulamaları Bölümü, Çanakkale, fatih.guler@com.edu.tr, 0000-0002-5365-5700

principles of proportionality and availability. Although “the closure of political parties” or “state aid to political parties” are among the topics that are frequently subject to academic studies, the issue of “warning”, which is often stated to be unconstitutional because of that it is not subject to constitutional regulation, has not been the subject of academic studies at the same level. The starting point of the study was the idea that it may be beneficial to evaluate the issue of warning sanction in the light of the Constitutional Court decisions in a process where the Constitution and the Law of Political Parties are on the agenda. In the study, the legal bases of the warning sanction, the decision process of the Constitutional Court upon the application of the Chief Public Prosecutor of the Supreme Court of Cassation, the nature of the warning sanction, the constitutionality of the warning sanction, the types of the decision given at the end of the warning application process, the time period for the decision of the warning applications were discussed. In addition, the approach of the Constitutional Court has been examined by subjecting the warning applications to subject-based classification.

Keywords: Political party, warning, constitutional court, principle of proportionality, chief public prosecutor of the supreme court of cassation

Giriş

Seçimleri kazanarak devleti yönetmeyi amaçlayan siyasi partilerin faaliyetlerine devam ederken anayasal ve yasal düzenlemelere uyumlu davranmaları oldukça önemlidir.¹ Siyasi partilerin hukuki düzenlemelerle uyumlu hareket etmelerinin seçmenler tarafından seçimler sırasında oya evrileceği düşünülse de, asıl olan hukuka aykırı eylemlerin hukuki yaptırımlarla müeyyidelenmesidir. Bu ihtiyaç, belli sınırlar dahilinde siyasi partilerin yargı organları tarafından denetlenmesi gerekliliğini doğurmuş olup anayasalarda bunlara ilişkin hükümler yer almıştır.

Anayasalarda ve siyasi partiler kanunlarında siyasi partilerle ilgili birçok düzenlemeye yer verilmiş olması ve bu düzenlemelerin daha çok emredici kurallar ve yasaklar getirmesi bu kuralların siyasi partiler tarafından ihlal edilmesi ihtimalini de arttırmaktadır.² Siyasi partilerin demokratik sistemler için vazgeçilmez nitelikleriyle birlikte serbestçe faaliyette bulunmaları kural, faaliyetlerinin sınırlandırılması istisna olması ilkesi doğrultusunda, siyasi partilerin hukuka aykırı eylemlerinin müeyyidelenmesine ilişkin kriter ve yaptırım türlerinin ölçülülük ilkesinin bütün unsurları ile tam uyumlu olması

1 Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, *Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) Türkiye'ye İlişkin Görüşleri Seçimler Yargı ve Referanduma İlişkin Karar ve Uygulama Kodları*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Yayınları, 2006, s. 163.

2 Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasa Mahkemesinin İş Yüğü”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 11-12-13, 1995, s. 45-46.

gerekir.³ Ayrıca temel hak ve özgürlüklerle ilgili uyumsuzluklarda kavramların nihai içeriklendirmenin yargı kararları ile yapıldığı gerçeği de göz önünde bulundurulmalıdır.⁴ Bu çerçevede siyasi partiler için öngörülen yaptırımların hukuka aykırı eylemlerini sonlandırmayı sağlayacak şekilde elverişli olmakla birlikte siyasi partinin eylemlerine serbestçe devam etmesine engel olmayacak şekilde orantılı olması, 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması için öngörülen temel ilkelerle uyumlu olmasını sağlayacaktır.

Siyasi partilerin hukuka aykırı eylemleri için öngörülen yaptırımlardan bir tanesi olan siyasi partilere ihtar yaptırımı ile ilgili 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından 81 adet ihtar başvurusu mevcut olmasına rağmen "ihtar" yaptırımı akademik anlamda sınırlı sayıda çalışmaya konu olmuştur. İhtar yaptırımı anayasada açıkça düzenlenmemesi sebebiyle doktrinde tartışmalı olan başlıklar arasında yer almıştır.⁵ Ayrıca TBMM'de 2011 yılında Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun görüşmeleri esnasında, Anayasada değil de Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle anayasaya aykırılığı olduğu da ileri sürülmüştür.⁶ Bunun yanında 2003 yılı öncesi siyasi partilerin kapatılması yaptırımını etkileme potansiyeli sebebiyle benzer tereddütlerin Anayasa Mahkemesi üyelerinin karşı oylarında da yer aldığı "ihtar" yaptırımı pratiğinin Anayasa ve Siyasi Partiler Kanunu çalışmalarının gündemde olduğu bir süreçte ortaya koyulmasının faydalı olabileceği değerlendirilmiştir.⁷

Çalışmanın birinci ve ikinci bölümünde ihtar yaptırımı ile yasal düzenlemeler ele alındıktan sonra ihtar başvurusu ve karar süreci kısaca açıklanmıştır. Üçüncü bölümde ise ihtar yaptırımının niteliği ve ihtar yaptırımının anayasaya aykırılığı ile ilgili argümanlar doktrindeki yaklaşımlar temelinde incelenmiştir. Dördüncü bölümde ihtar başvurusu üzerine Anayasa Mahkemesinin verdiği karar türleri ele alındıktan sonra, beşinci bölümde ihtar başvuruları konu bazlı bir sınıflandırmaya tabi tutularak incelenmiştir. Altıncı bölümde ise ihtar başvurularının karara bağlanma süreleri ele alınmıştır.

3 Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, 2012, s. 163.

4 Adem Ersin Bayra, "Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirilmesi – I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 7, Sayı 2, 2020, s. 45.

5 Mehmet Turhan, "Siyasi Partilere İhtar", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 1, 2002, s. 144-152.

6 Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu, "Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)", 2011 (23. Dönem 5. Yasama Yılı), (696), Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, s. 14, 59, 60, 71.

7 Anayasa Mahkemesi, 01.06.2001 tarih ve 24419 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 20.03.2001 tarih ve Esas No: 2001/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2001/1 sayılı kararı

I. İhtar ile İlgili Yasal Düzenlemeler

Siyasi partilere kapatma dışında ikincil ve daha düşük yoğunluklu yaptırımların uygulanması karşılaştırmalı hukuk verileri ile uyumludur. Avrupa Konseyinin anayasal danışma organı olan Venedik Komisyonunun siyasi partiler hukukunun uluslararası standartlarının belirlenmesi yönünde katkıları söz konusu olmaktadır.⁸ Bu anlamda 84. Genel Kurulunda “Siyasi Parti Düzenlemelerine İlişkin Kılavuz İlkeleri” kabul edilmiştir. Bu ilkeler siyasi partilere sicilden terkin, hazine yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakma, seçime katılmaktan yoksun bırakma gibi alternatif yaptırımların orantılılık ilkesi ile uyumlu bir şekilde adil bir yargılama neticesinde uygulanabileceği kabul edilmiştir.⁹

1976 Portekiz Anayasası siyasi partileri kuruluşunun, yaptığı birliklerin, isim ve rumuzlarının hukuka uygunluğu hakkında karar verme yetkisini Anayasa Mahkemesine vermiştir.¹⁰ Ukrayna Siyasi Partiler Kanunu siyasi partilere kapatma veya sicilden terkin edilmesi gerektiren fiiller dışındaki fiillerinin sebebiyle siyasi partiye ihtarında bulunulması öngörülmüştür.¹¹ Hollanda Medeni Kanununa göre belli durumlarda siyasi partiler için ihtar mekanizması öngörülmüştür.¹²

Siyasi partilerin hukuka aykırı eylemleri için öngörülen yaptırımlardan bir tanesi olan siyasi partilere ihtarında bulunulması konusu 1965 tarih ve 648 sayılı Siyasi Partiler Kanunu ile mevzuatımıza girmiş olup, 1983 tarih ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu’nda da yerini korumuştur. Siyasi Partiler Kanunu’nun 104.maddesine göre, bir siyasi partinin Siyasi Partiler Kanunu’nun 101 inci maddesi dışında kalan emredici hükümleriyle diğer kanunların siyasi partilerle ilgili emredici hükümlerine aykırılık halinde bulunması sebebiyle o parti aleyhine Anayasa Mahkemesine, Cumhuriyet Başsavcılığınca re`sen yazı ile başvurulur. Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümlere aykırılık görürse bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasî parti hakkında ihtar kararı verir.¹³ Bu çer-

8 Levent Gönenç, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, 2008, s. 16.

9 European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Guidelines On Political Party Regulation By Osce/Odhr And Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*, 2010, s. 45.

10 Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, 2011, s. 756.

11 Denys Kovryzhenko, *Regulation of Political Parties in Ukraine: The Current State and Direction of Reforms*, Agency for Legislative Initiatives, 2010, s. 118.

12 Hakan Sabri Çelikyay, *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Rejimi*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2002, s. 297.

13 Ali Em, Kazım Uslu, *Türk Hukuk Sisteminde Seçim ve Siyasi Partiler Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2014, s. 593.

çevrede Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ihtar yaptırımına konu olabilecek bir durum olduğunu değerlendirmesi halinde yapacağı başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin aykırılığı tespit etmesi halinde aykırılığın sonlandırılması için siyasî parti hakkında ihtarda bulunulması yönünde karar verilmektedir.

Tablo - 1: Dönemlere Göre İhtar Kararına Uyulmaması Halinde Uygulanan İkincil Yaptırımlar

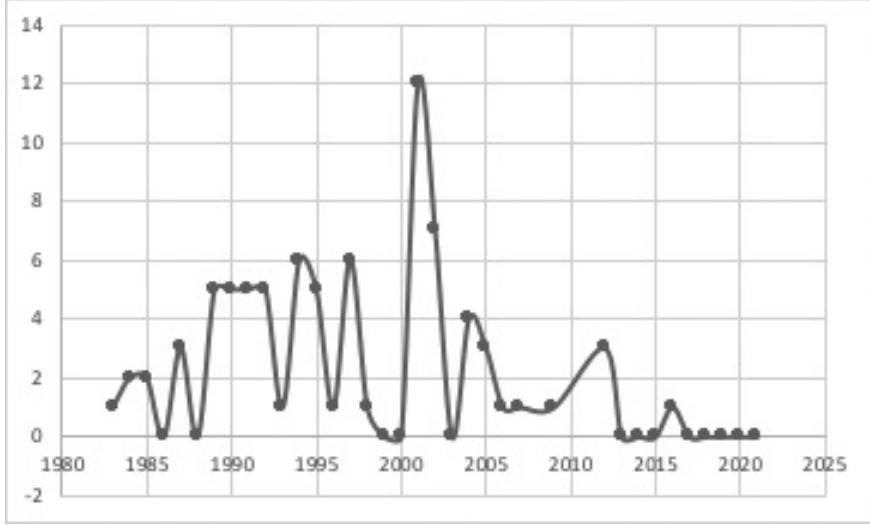
DÖNEM	İKİNCİL YAPTIRIM
1983-2003	KAPATMA
2003-2009	DEVLET YARDIMINDAN YOKSUN BIRAKMA
2009-	-

Yukarıdaki tablodan görüldüğü üzere Siyasi Partiler Kanunu'nun ilk haline göre ihtarda bulunulmasına karar verilen siyasi parti altı ay içinde ihtar yaptırımına konu olan aykırılığı gidermemesi halinde Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ihtarda bulunulmasına karar verilen siyasi parti hakkında Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası açmaktaydı.¹⁴ 2003 yılında 4778 sayılı kanun ile Siyasi Partiler Kanununun 104. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesinin “ihtarda bulunulması” kararına uymayan siyasi parti hakkında “kapatma” yaptırımı yerine “devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması” yaptırımına karar verilmesi esası getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, “devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması” yaptırımının “devlet yardımı almayan siyasi partiler açısından infaz kabiliyeti olmadığı, bunlar açısından geçerli ve işlevsel bir yaptırım olmadığı ve devlet yardımı almayan siyasi partilerin emredici hükümlere aykırı faaliyetlerinin yaptırımsız kalması sonucu doğurduğundan bu tür partiler lehine ayrıcalık oluşturacağı” gerekçesiyle iptal edilmesine karar vermiştir.¹⁵

14 Levent Korkut, “Anayasa Mahkemesi'nin Yeşiller Partisini Kapatma Kararı Savunulabilir mi?”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 27, Sayı 2, 1994.

15 Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Tefik Sönmez Küçük, *Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku Uygulamaları*, Legal Yayınevi, 2013, s. 133.

Grafik-1: Yıllara Göre İhtar Başvuru Sayıları



Yukarıdaki grafikte başvuru sayılarında dönemsel artma ve azalmaların olduğu görülmektedir. 1983 tarihli Siyasi Partiler Kanunu'nun ilk haline göre, siyasî partilerin “kanunun dördüncü kısmında yer alan hükümler dışındaki hükümlere ve diğer kanunlardaki hükümlere aykırı eylem ve kararları” ihtar yaptırımının konusunu oluşturuyordu. 1999 yılında 4445 sayılı kanun ile siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin hükümlerde değişikliğe gidilmiş; kapatma sebepleri azaltılmasına ve zorlaştırılmasına rağmen ihtar yaptırımının istisna alanını oluşturan Siyasi Partiler Kanunu'nun “dördüncü kısım” ibaresi “101. madde” olarak değiştirilerek ihtar başvurusunun konusu daha da genişletilmiştir. İhtar başvuru sayılarındaki dalgalanma konuyla ilgili yasal alanının değişkenliği ile benzer bir çizgiyi takip etmiştir. Yasal alanın genişlemesinin ihtar başvuru sayısına artması yönünde bir etkisi olduğu gibi, ihtar yaptırımının etkisini yitirmesi de başvuru sayısının azalması yönünde bir sonuç ortaya çıkardığı görülmektedir. Grafikten 2013 yılından sonra karara bağlanmış sadece bir adet ihtar başvurusunun olduğu görülmektedir. Bunun sebebinin ihtar yaptırımına uyulmaması halinde uygulanabilecek ikincil ve daha ağır yaptırımının olmaması sebebiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ihtar yaptırımının elverişlilik ilkesi ile uyumlu olmadığı yönündeki kanaatinden kaynaklanmaktadır.

II. İhtar Başvurusu ve Karar Süreci

Siyasi Partiler Kanunu ihtar başvurusunu başlatma yetkisini Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'na vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ihtar yaptırımına konu olabilecek aykırılığı re'sen siyasi parti sicilinin incelenmesi neticesinde tespit edileceği gibi, basından¹⁶ veya siyasi parti üyelerinin ihbarı¹⁷ üzerine de öğrenebilir.

Konuyla ilgili açık bir yasal düzenleme bulunmaması sebebiyle, uygulamada Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ihtar yaptırımına konu olabilecek bir aykırılığı tespit etmesi halinde bu aykırılığın giderilmesi için ilgili siyasi partiden talep ettiği gibi herhangi bir uyarıda bulunmadan da ihtar başvurusunda bulunabilmektedir. Anayasa Mahkemesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ihtar başvurusundan önce ilgili siyasi partiye uyarıda bulunma yükümlülüğünün olmadığına karar vererek siyasi partiler açısından eşitlik ilkesine aykırı olan bu uygulamanın yerleşmesinin önünü açmıştır.¹⁸

Anayasa Mahkemesi, konuyla ilgili açık bir yasal hüküm olmaması sebebiyle, hakkında ihtar başvurusunda bulunulan siyasi partinin konu hakkında savunmasının alınmasının gerek olmadığı yönünde uygulama geliştirmişti.¹⁹ 2011 yılında 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanununun 53. maddesi ile ihtar başvurusunda bulunan siyasi partinin savunmasının alınması zorunluluğunu getirmesi sebebiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, ihtar başvurusunun ardından Anayasa Mahkemesi hakkında ihtar başvurusunda bulunulan siyasi partinin savunmasını almaktadır.

Olağanüstü toplantı çağrısının uygulanmaması gibi siyasi parti üyelerinin doğrudan menfaatlerini ilgilendiren ihtar başvurularında yapılan davaya "katılma" istemleri ve buna bağlı olarak yapılan diğer talepler (ihtar başvurularının öncelikli karara bağlanması, büyük kongrenin ertelenmesi veya durdurulması vb.), ihtar başvurusunun bir dava değil başvuru olarak kabul edilmesi sebebiyle Anayasa Mahkemesince reddedilmektedir.²⁰ Anayasa Mahkemesi'nin ihtar başvurusunu bir dava olarak görmemesinin diğer bir sonucu da, Yüce Divan ve siyasi parti kapatma davalarındaki hukuki konumunun aksine, ihtar başvurularında kendisini davaya bakmakta olan mahkeme olarak kabul etmeyerek ihtar

16 Anayasa Mahkemesi, 01.10.2009 tarih ve Esas No: 2005/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2009/1 sayılı kararı.

17 a.g.k.

18 Anayasa Mahkemesi, 28.06.1998 tarih ve 23386 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 13.11.1997 tarih ve Esas No: 1996/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1997/7 sayılı kararı.

19 Anayasa Mahkemesi, 27.04.2002 tarih ve 24738 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 09.01.2002 tarih ve Esas No: 2001/11 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2002/7 sayılı kararı.

20 Anayasa Mahkemesi, 06.08.2005 tarih ve 25898 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.07.2005 tarih ve Esas No: 2004/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2005/4 sayılı kararı.

ile ilgili yasal hükümlerden anayasaya aykırı olduğunu değerlendirdiği hükümleri “davaya bakmakta olan mahkeme” sıfatıyla ve “itiraz” yoluyla iptal edilmesi amacıyla kendi gündemine getirememesidir.²¹ Anayasa Mahkemesinin bu yorum ve uygulaması, ihtar başvurusuna konu olan kanun hükümlerinin anayasaya uygunluk denetiminin sadece “soyut norm denetimi” ile sağlanabileceği, “somut norm denetiminin” yapılamayacağı sonucunu doğurmuştur.

Anayasa Mahkemesi ihtar başvurusunun ardından siyasi partinin savunmasını aldıktan sonra esas hakkında rapor düzenlemesi için raportöre sevk etmekte ve raportör tarafından düzenlenen raporla birlikte gerekli incelemeyi yaparak ihtar başvurusu hakkında hüküm kurmaktadır. Anayasa Mahkemesi konuyla ilgili karar aldıktan sonra, karar ilgili siyasi partiye tebligat mevzuatı hükümleri çerçevesinde tebliğ edilmektedir.²²

III. İhtar Yaptırımının Niteliği

Uyarı, hatırlatma, yükümlülüğü ifaya davet etme olarak kısaca tanımlanabilecek olan ihtar kavramı, farklı hukuk dallarında farklı anlamları ifade etmektedir.²³ Örneğin ihtar, ceza yargılama hukukunda fiilin sonuçları hakkında süjeyi dikkate davet etme durumunu ifade etmektedir.²⁴ Aile hukuku açısından ise ortak hayatı bırakıp giden eşin aleyhinde terk nedeniyle boşanma amacıyla dava açılabilmesi için mahkeme aracılığıyla uyarılmasını ifade eder.²⁵ İhtar aynı zamanda muhatabın müstakbel ağır sonuçlarla karşılaşmasını engelleme amacına da hizmet eder.²⁶ Bu çerçevede siyasi partiler hukuku uygulamasındaki ihtar kavramının, idare hukukunda ve ceza yargılama hukukunda haliyle değil, aile hukukundaki anlamına benzediği ifade edilmiştir.²⁷

Bunun yanında ihtar yaptırımı sebep ve sonuçları açısından kapatma yaptırımı

21 Anayasa Mahkemesi, 26.04.2002 tarih ve 24737 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 09.01.2002 tarih ve Esas No: 2001/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2002/1 sayılı kararı.

22 Anayasa Mahkemesi, 21.03.1992 tarih ve 21178 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 24.09.1991 tarih ve Esas No: 1991/3 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:1991/3 sayılı kararı. Anayasa Mahkemesi siyasi partilerle ilgili ihtar başvurusu neticesinde verilen kararlarının tebligatının hukuka uygunluğu ile ilgili en ufak bir duraksamaya düşülmemesi, herhangi bir şüphenin uyanmaması gerektiğine işaret ederek, tebligat mevzuatına aykırı olarak ifa edilen tebligat işleminin hukuki sonuç doğurmayacağına hükmetmiştir.

23 Kemal Gözler, İngilizce Karşılıklarıyla Hukukun Temel Kavramları, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019, s. 226.

24 Erol Cihan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, s. 128.

25 Nurşen Ayan, “Terk Nedeniyle Boşanma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2007, s. 49.

26 Gürsel Kaplan, “İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 10, Sayı 2, 2019, s. 669.

27 Turhan, s. 142.

rımından ayrılmaktadır. Ceza hukukunda var olan suç/kabahat ve hapis cezası/idari para cezası ayrımı, siyasi partiler hukukunda ihtar/kapatma açısından da söz konusudur. Ceza hukukunda fiillerin haksızlık içeriğinin düşük olması durumunda kabahat ve idari para cezası söz konusu iken aksi durumda suç/hapis cezası ortaya çıkmaktadır.²⁸ Siyasi partiler hukuku açısından da fiillerin haksızlık içeriğinin düşük olması durumunda ihtar yaptırımını söz konusu iken aksi durumda kapatma yaptırımını ortaya çıkmaktadır.

Siyasi partiler hukuku açısından ihtar, siyasi partilerin iç çalışmalarını ve faaliyetlerini demokrasi esaslarına göre yapmaları ve anayasa düzeninin temellerine uygun hareket etmelerini sağlamayı amaçlamaktadır.²⁹ İhtar yaptırımını Siyasi Partiler Kanunu'nda ve diğer kanunlarda siyasi partiler için öngörülen düzenlemelere aykırı hareket edilmesi durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın talebi üzerine, Anayasa Mahkemesi tarafından ilgili siyasi partinin savunması alındıktan sonra verilen ve Resmi Gazete'de yayımlanan özel bir karar türü olarak tanımlanabilir.³⁰ Anayasa Mahkemesinin ihtar konusu ile ilgili uygulaması ve hukuki yaklaşımı doğrultusunda ihtar yaptırımının siyasi partinin tüzel kişiliğine yönelik, diğer yaptırımlardan bağımsız ve onların ikamesi niteliğinde olmayan sui-generis nitelikte olduğu da söylenebilir.

Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde olan ihtar başvuruları diğer mahkemelerde de uyuşmazlık konusu olabilmektedir.³¹ Anayasa Mahkemesi bu tür başvurular da Siyasi Partiler Kanunu'nun uygulama önceliğine sahip olduğuna işaret ederek, diğer mahkemelerde görülen uyuşmazlıkların Anayasa Mahkemesince ihtarda bulunulmasına yönelik karar vermesine engel teşkil etmeyeceğine hükmetmiştir.³²

Bunun yanında ihtar başvurusuna konu olan aykırılığın Siyasi Partiler Kanunu'nda hapis cezası, adli para cezası veya idari para cezası ile müeyyidelenendirilmesi de söz konusu olabilir. Örneğin büyük kongre sonrası bilgi ve belgelerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na teslim edilmemesi, mali denetime ilişkin bilgi ve belgelerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na ve Ana-

28 Murat Ekinci, "Ceza Hukuku Açısından İdari Yaptırımlar", Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2017, s. 35.

29 Özkan Tikveş, "Siyasi Partiler ve Anayasa Yargısı Konusunda Mukayeseli Bir İnceleme", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 36, Sayı 1-4, 1970, s. 166.

30 Anayasa Mahkemesinin tüm kararlarının Resmi Gazetede yayımlanması zorunluğuna ilişkin anayasanın buyurucu hükmüne rağmen siyasi partilerle ilgili ihtar başvurularından red veya karar verilmesine yer olmadığı yönünde hükümle sonuçlanan bazı başvuruların yayımlanmadığı bilinmektedir. Anayasa Mahkemesinin son yıllarda hacmini geliştirdiği web tabanlı Kararlar Bilgi Bankasına bu tür kararları da geçmişe doğru kapsayacak şekilde yer vermesi isabetli olmuştur.

31 Anayasa Mahkemesi, 02.07.1987 tarih ve Esas No: 1987/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1987/3 sayılı kararı

32 a.g.k.

rımların kanunla düzenlenebileceğine dair bir hükmün olmaması da diğer görüşün güçlü argümanlarından.

İkinci olarak ihtar yaptırımını hakkında karar verme yetki ve görevinin Anayasa Mahkemesi'ne anayasa ile değil de kanun ile verilmesinin anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. Gerçekten de siyasi partilere ihtar verilmesi ilk önce sadece 1983 tarihli 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenmiştir. 1983 tarihli 2949 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında ihtar başvurularını karara bağlamak konusu düzenlenmemiş olup Anayasa Mahkemesi'nin anayasa ile verilen diğer görevleri yerine getireceği ifade edilerek, Anayasa Mahkemesi'ne sadece anayasa ile görev verilebileceğinin öngörüldüğü ifade edilebilir. 2011 tarihli 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunda Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkileri arasında ihtar başvurularını karara bağlamak sayılmıştır. İhtar başvurularını ve siyasi partilerin dağılmış sayılarak hukuki varlıklarının sona erdiğinin tespitine ilişkin talepleri karara bağlamak dışındaki tüm görev ve yetkilerin Anayasa Mahkemesi'ne anayasa ile verilmiş olması gerçeği, Anayasa Mahkemesi'nin temel işlevi ile uyumlu olması açısından Anayasa Mahkemesi'ne sadece anayasa ile görev verilebileceğini savunan görüşü güçlendiren önemli bir argümandır.³⁷

Üçüncü olarak 2003 yılı öncesi neticesi kapatma olan ihtar yaptırımının anayasaya aykırı olduğu iddia edilmiştir. İhtar yaptırımını Milli Güvenlik Konseyi dönemi içinde çıkarılan konsey kanunlarından olan 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenmesi sebebiyle anayasanın geçici 15.maddesinin son fıkrasının koruması altında kalmıştır.³⁸ Bu durum anayasal engel ortadan kalkana kadar anayasaya aykırı hükümlerin yürürlükte kalmasına sebebiyet vermiştir.³⁹ 1995 yılında yapılan ile değişiklikle siyasi partilerin kapatma sebepleri tahdidi ve tüketici olarak anayasal düzenlemeye konu olması ve anayasal kapatma nedenlerinin sınırlılığı ilkesinin benimsenmesi sebebiyle, 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenen neticesi kapatma olan ihtar bulundurulması kararının anayasaya uygunluğunu yitirdiği haklı bir şekilde ifade edilmiştir.⁴⁰ Gerçekten de 1995 yılında kabul edilen anayasa değişikliği ile

37 Turhan, s. 145. İhtar yaptırımının anayasada düzenlenmemesinin anayasaya aykırı olmadığına dair görüş için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019, s. 445-449.

38 Turhan, s. 144.

39 Yavuz Atar, "Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-2 Prof. Dr. Şakir Beki'ye Armağan, 1996, s. 388.

40 Fazıl Sağlam, "Siyasi Partiler Kanununda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 17, 2000, s. 249.

2.1.2003 tarih ve 4778 sayılı yasa ile Siyasi Partiler Kanunu'nda yapılan değişiklikle ihtarında bulunulmasına ilişkin kararın yaptırımının kapatma değil de devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakma olarak belirlendiği süre arasında Anayasa Mahkemesi'nin karara bağladığı sonucu ihtarında bulunulması ile neticelenen on dokuz ihtarında bulunulma kararının on altısı oy çokluğu ile alınmıştır. Karşı oy yazan üyelerinin temel muhalefet gerekçesi ihtar başvurusuna konu olan aykırılık değil, ihtarında bulunulması kararına uyulmamasının neticesinin kapatma olarak belirlenmesi olmuştur. 2003 yılında 4778 sayılı kanun ile "ihtarında bulunulması" kararına uymayan siyasi parti hakkında "kapatma" yaptırımı yerine "devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması" yaptırımına karar verilmesi esası getirilmiştir. Daha sonra da bu hüküm anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiğinden bu anayasaya aykırılık iddiasının gerekçesi ortadan kaldırılmıştır.

V. İhtar Başvurusu Sonucu Anayasa Mahkemesince Verilen Kararlar

Anayasa Mahkemesi, 81 adet ihtar başvurusu neticesinde, 59 başvuruda ihtarında bulunulması (%73), 10 başvuruda istemin reddi (%15), 12 başvuruda ise karar verilmesine yer olmadığı yönünde (%15) hüküm kurmuştur. Özellikle tüzük hükümlerinin kanuna aykırılığı iddiasıyla yapılan ihtar başvurularında, aynı karar içerisinde Anayasa Mahkemesi bazı tüzük hükümleri ile ilgili ihtarında bulunulması kararı verirken, bazı tüzük hükümleri ile ilgili başvurunun reddi, bazıları hakkında ise karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurabilmektedir.

A. İhtarında Bulunulması

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın ihtar yaptırımına konu olabilecek bir durum olduğunu değerlendirmesi halinde yapacağı başvuru üzerine Anayasa Mahkemesi'nin aykırılığı tespit etmesi halinde aykırılığın sonlandırılması için siyasî parti hakkında ihtarında bulunulması yönünde karar verilmektedir.

Siyasi partilere ihtarında bulunulmasının bir takım sonuçları bulunmaktadır. 2003 yılından önce, ihtarında bulunulması kararının ardından altı ay içinde karara uyulmaması durumunda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kapatma davası açılabilirdi. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı bu çerçevede Milliyetçi Çalışma Partisi (1991), Yeşiller Partisi (1992), Demokrat Parti (1994), Adalet ve Kalkınma Partisi (2002) ve Türkiye Komünist Parti (2002) hakkında kapatma davası açmıştır. Anayasa Mahkemesi, mali denetimle ilgili yükümlülükleri yerine getirmemesi sebebiyle verdiği ihtarında bulunulması

kararına uymayan Yeşiller Partisi'nin⁴¹ ve siyasi parti siciline kayıtlı bir siyasi partinin ismini aynen kullanması sebebiyle verdiği ihtarda bulunulması kararına uymayan Demokrat Parti'nin⁴² kapatılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, Milliyetçi Çalışma Partisi⁴³ ile ilgili kapatma başvurusunda, kapatma kararı almadan önce ihtarda bulunması kararına konu aykırılığı giderilmesi sebebiyle kapatma isteminin reddine karar vermiştir. 2002 yılında ihtarda bulunulması kararına uymamaları sebebiyle Adalet ve Kalkınma Partisi⁴⁴ ve Türkiye Komünist Partisi⁴⁵ hakkında kapatma davası açılmıştır. Davanın açılmasının ardından sonra Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinde yapılan değişiklik ile Anayasa Mahkemesi'nin "ihtarda bulunulması" kararına uymayan siyasi parti hakkında "kapatma" yaptırımını yerine "devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması" yaptırımına karar verilmesi esası getirilmesi üzerine, kapatma davasının düşmesine karar verilmiştir.

2003 yılı ile Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili iptal kararı verdiği 2009 yılı arasında, ihtarda bulunulması kararına uymayan siyasi partiler için "devlet yardımından tamamen veya kısmen yoksun bırakılması" yaptırımını söz konusu olmasına rağmen Anayasa Mahkemesi'nin bu yönde verdiği bir karar bulunmamaktadır.

2009 yılında Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının ardından, Anayasa Mahkemesi'nin ihtar kararına uymayan siyasi partiler açısından ikincil ve daha ağır hukuki sonuçları olan bir yaptırım kalmamıştır. Bu durum ihtarın münhasıran bir yaptırım olduğu ve ihtar bulunulması kararına muhatap siyasi partinin seçmen nazarında negatif bir etki oluşturabileceği gerçeğini değiştirmemektedir.⁴⁶

B. Başvurunun Reddedilmesi

Anayasa Mahkemesi, bazı durumlarda ihtar başvurusunun reddi yönünde karar vermektedir. Birinci olarak ihtar yaptırımına konu olamayacak bir başvuru varsa Anayasa Mahkemesi, başvurunun reddi yönünde karar vermektedir. Örneğin Siyasi Partiler Kanunu'nun 94.maddesinde yer alan "üniforma

41 Anayasa Mahkemesi, 10.04.1994 tarih ve 21901 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 10.02.1994 tarih ve Esas No: 1992/2 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:1994/1 sayılı kararı.

42 Anayasa Mahkemesi, 15.02.1995 tarih ve 22203 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 13.09.1994 tarih ve Esas No: 1994/1 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:1994/3 sayılı kararı.

43 Anayasa Mahkemesi, 21.03.1992 tarih ve 21178 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 24.09.1991 tarih ve Esas No: 1991/1 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:1991/3 sayılı kararı.

44 Anayasa Mahkemesi, 07.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 07.09.2009 tarih ve Esas No: 2002/3 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:2009/3 sayılı kararı.

45 Anayasa Mahkemesi, 07.10.2009 tarih ve 27369 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 07.09.2009 tarih ve Esas No: 2002/4 (Siyasi Parti Kapatma) Karar No:2009/2 sayılı karar.

46 Turhan, s. 142.

gıydırme yasağını” ihlal iddiasıyla 1999 yılından önce yapılan bir ihtar başvurusunda Anayasa Mahkemesi söz konusu yasağın kanunun “dördüncü kısmında” yer alması sebebiyle ihtarında bulunulması koşullarına uyulmadığına işaret ederek başvurunun reddine karar vermiştir.⁴⁷ İkinci olarak, ihtar başvurusunun konusu kapatma gerektiren bir aykırılık olması halinde Anayasa Mahkemesi ihtar başvurusunun reddine karar vermektedir. Örneğin Siyasi Partiler Kanunu’nun 101.maddesinde yer alan “dördüncü kısımda yer alan hükümlere aykırı beyanda bulunma yasağının” ihlali iddiasıyla 1999 yılında önce yapılan bir ihtar başvurusunda Anayasa Mahkemesi söz konusu yasağın kapatma gerekçesi olması sebebiyle ihtarında bulunulması koşullarına uyulmadığına işaret ederek başvurunun reddine karar vermiştir.⁴⁸ Üçüncü olarak Anayasa Mahkemesi ihtar başvurusu sonucu kanuna aykırı bir durum olmadığı yönünde karar vermesi durumunda başvurunun reddi yönünde hüküm kurmaktadır.

C. Karar Verilmesine Yer Olmaması

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ihtar başvurusu yapıldıktan sonra ve Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar almadan önce, ilgili siyasi parti kurucular kurulu ile kapanma kararı alması, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması, büyük kongre kararı ile kapanma kararı alması, Anayasa Mahkemesince dağılma halinin ve buna bağlı olarak hukuki varlığının sona erdiğinin tespit edilmesi halinde Anayasa Mahkemesi ihtar talebinin konusu kalmaması sebebiyle bir karar verilmesine gerek olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır.⁴⁹

Anayasa Mahkemesi ihtar kararının amacının belli bir süre içinde aykırılığın giderilmesi olduğuna işaret ederek, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ihtar başvurusu yapıldıktan sonra ve Anayasa Mahkemesi tarafından bir karar almasından önce, ihtar başvurusuna esas aykırılığın giderilmesi durumunda ihtar başvurusu hakkında bir karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurmaktadır.⁵⁰

47 Anayasa Mahkemesi, 18.10.1983 tarih ve Esas No: 1983/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1983/1 sayılı kararı.

48 Anayasa Mahkemesi, 19.02.1993 tarih ve 21501 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 3.11.1992 tarih ve Esas No: 1992/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1992/4 sayılı kararı.

49 Anayasa Mahkemesi, 12.10.2011 tarih ve Esas No: 2010/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2011/2 sayılı kararı.

50 Anayasa Mahkemesi, 17.10.1995 tarih ve Esas No: 1995/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1995/1 sayılı kararı.

VI. Konularına Göre İhtar Başvurularının Sınıflandırılması

Tablo-2 : İhtar Başvurularının Konularına Göre Dağılımı

İHTAR BAŞVURUSUNUN KONUSU	BAŞVURU SAYISI
MALİ DENETİMLE İLGİLİ YÜKÜMLÜLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMEMESİ	21
YASAL SÜREDE VE ŞARTLARDA KONGRENİN TOPLANMAMASI	21
TÜZÜK HÜKÜMLERİNİN KANUNA AYKIRILIĞI	12
SİYASİ PARTİ ÜYELİĞİ ŞARTLARI İLE İLGİLİ UYUŞMAZLIKLAR	11
KANUNLA YASAKLANMIŞ KELİME ve ADLARIN SİYASİ PARTİ İSMİNDE KULLANILMASI	8
AYNI ANDA BİR DEN FAZLA SİYASİ PARTİ ÜYELİĞİ	3
DİĞER (Üni forma Giydirme Yasağı, Bağdaşmayan Görevler, Organlarda Görev Alanların İlgili Makamlara Bildirilmemesi, Geçici Hükümlere Muhalefet, Kapatma Gerektiren Fiiller)	5

İhtar başvurusunun konuları Siyasi Partiler Kanunu'nda düzenlenmesine rağmen, uygulamada siyasi partiler tarafından Siyasi Partiler Kanunu'nun hangi hükümlerinin ihlal edildiği ve bunlardan hangilerinin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ihtar başvurusuna konu edildiğinin ortaya konması önemlidir. Yukarıdaki tabloda gösterilen bu sınıflandırma Anayasa Mahkemesi'nin hangi konularda kanunu nasıl yorumladığı ve nasıl uygulama geliştirdiğinin değerlendirilmesine de imkan tanımaktadır.

A. Siyasi Partilerin Mali Denetimi ile İlgili Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi

Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili siyasi partilerin yükümlülükleri Siyasi Partiler Kanunu'nun üçüncü kısmının dördüncü bölümünde ayrıntılı olarak belirlenmiştir. Bu düzenlemelerin temeli siyasi partilerce elde edilen gelirler ile yapılan harcamalara ait bilgi ve belgelerin, süresi içinde veya talep üzerine Anayasa Mahkemesi'ne verilmesidir.⁵¹

Mali denetime ilişkin bilgi ve belgelerin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na ve Anayasa Mahkemesi'ne zamanında teslim edilmemesi durumunda Siyasi Partiler Kanunu'nun 111.maddesinde idari para cezası öngörülmüştür.⁵² Anayasa Mahkemesi, bu hükümlerin siyasi parti yöneticileri açısından uygulanabilir nitelikte olduğunu kabul ederek, ihtar yaptırımını siyasi parti tüzel kişiliği için uygulanabilir bir müeyyide olarak değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ihtar başvurularının dörtte biri siyasi partilerin mali denetimi ile ilgili yükümlülüklerinin süresi içinde veya talep üzerine yerine getirilmemesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuyla ilgili yapılan yirmi bir başvurudan beşinde, ihtar başvurusundan sonra ve Anayasa Mahkemesi'nin kararından önce mali denetim ile ilgili yükümlülükleri yerine getiren siyasi partiler hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmedilmiştir. Geri kalan on altı başvuruda ise siyasi partinin yıllık kesin hesabına ilişkin bilgi ve belgelerin kısmen veya tamamen Anayasa Mahkemesi'ne sunulmaması sebebiyle ilgili siyasi partiler hakkında ihtarla bulunulması kararı verilmiştir.

B. Yasal Sürede ve Şartlarda Kongrenin Toplanmaması

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan ihtar başvurularının dörtte biri yasal sürede ve şartlarda kongrenin toplanmamasından kaynaklanmaktadır. Siyasi partilerin en yüksek karar organları kongrelerdir.⁵³ Siyasi Partiler Kanunu, siyasi partilerin dinamik yapısı göz önünde bulundurularak belirli sürelerde kongrelerin toplanmasını zorunlu kılan düzenlemeler öngörmüştür. Aynı zamanda genel başkanlık makamının boşalması, il/ilçe yönetim kurullarının merkez karar yö-

51 Siyasi partilerin genel başkanları, karara bağlanarak birleştirilmiş bulunan kesin hesap ile parti merkez ve bağlı ilçeleri de kapsayan iller teşkilatının kesin hesaplarının onaylı birer örneğini Haziran ayı sonuna kadar Anayasa Mahkemesine ve bilgi için Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına vermek zorundadırlar. Bu belgelere, ilgili siyasi partinin aynı hesap döneminde edindiği taşınmaz ve değeri yüz milyon lirayı aşan taşınır malların, menkul kıymetlerin ve her türlü hakların değerleri ile edinim tarihlerini ve şekillerini de belirten listeleri eklenir.

52 Hamdi Mehter, *Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, TÜRMÖB Yayınları-344, 2008, s. 121-124.

53 Hüseyin Özcan, Murat Yanık, *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Basım, Der Yayınları, 2011, s. 256.

netim kurulları tarafından görevden el çektirmeleri gibi bazı durumlarda da belirli sürelerde kongrelerin toplanmasını zorunlu kılmıştır. Bu düzenlemelere riayet edilmemesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin verdiği ihtar kararları beş alt başlık altında incelenmiştir.

1. İlk Büyük Kongrenin Tüzel Kişilik Kazanılmasından Sonraki İki Yıl İçerisinde Yapılmaması

İçişleri Bakanlığı'na verilen dilekçe ile tüzel kişilik kazanan siyasi partiler, Siyasi Partiler Kanunu'nun amir hükmü gereği tüzel kişilik kazanmalarından itibaren iki yıl içerisinde ilk büyük kongrelerini toplamak zorundadırlar.

İlk büyük kongrelerini tüzel kişilik kazanmalarından itibaren iki yıl içerisinde yapmamaları sebebiyle haklarında ihtar başvurusunda bulunulan fakat Anayasa Mahkemesi'nin bu konuyla ilgili bir karar almasından önce büyük kongre kararı ile kapanma kararı alan, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan, Anayasa Mahkemesince dağılma hali ve buna bağlı olarak hukuki varlığının sona erdiği tespit edilen üç siyasi parti hakkındaki ihtar başvuruları hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde hüküm kurulmuştur.

Bu konuyla ilgili diğer dokuz ihtar başvurusunda Anayasa Mahkemesi tüzel kişilik kazanmalarından itibaren iki yıl içerisinde ilk büyük kongrelerini toplanmayan siyasi partiler hakkında ihtar kararı vermiştir. Anayasa Mahkemesi, büyük kongrenin toplanmaması durumunda ilgili siyasi partiye ihtarında bulunulması uygulamasını değiştirerek, Siyasî Partiler Kanunu'nun 121. maddesinin "Türk Kanunu Medenîsi ile Dernekler Kanunu'nun ve dernekler hakkında uygulanan diğer kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri, siyasî partiler hakkında da uygulanır" yollamasıyla Türk Medeni Kanunu'nun 87. maddesinin "Dernekler, aşağıdaki hâllerde kendiliğinden sona erer: ...2. İlk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmaması ve zorunlu organların oluşturulmamış olması, Her ilgili, sulh hâkiminden, derneğin kendiliğinden sona erdiğinin tespitini isteyebilir." hükmü çerçevesinde ilk genel kurul toplantısının kanunda öngörülen sürede yapılmamış olmasını kendiliğinden sona erme nedeni olarak kabul edip, ilgili siyasi partilerin dağılmış sayılarak hukuki varlığının sona erdiğinin tespiti yönünde hüküm kurmuştur.⁵⁴

2. Büyük Kongrenin Süresi İçinde Toplanması

Siyasi Partiler Kanunu, siyasi partilerin büyük kongrelerinin toplanma sürelerini, alt ve üst sınır belirlemek suretiyle, siyasi parti tüzüklerine bırakmıştır. Siyasî Partiler Kanunu'nun belirlediği alt sınır iki yıl, üst sınır ise üç yıldır.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 06.03.2021 tarih ve 31415 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 14.01.2021 tarih ve Esas No: 2019/11 (Değişik İşler) Karar No:2021/3 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi, son büyük kongresinin üzerinden üç yıl geçmesine rağmen büyük kongreleri toplamayan siyasi partiler aleyhinde yapılan ihtar başvurularında, olumsuz hava şartları ve genel seçimler gibi gerekçeleri⁵⁵ kabul edilebilir mazeret olarak değerlendirmeyerek ihtar kararı vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, büyük kongrenin toplanmaması durumunda ilgili siyasi partiye ihtarında bulunulması uygulamasını değiştirerek, Siyasî Partiler Kanunu'nun 121. maddesinin yukarıda ifade edilen hükmünün yollamasıyla Türk Medeni Kanunu'nun 87. maddesinin “ Dernekler, aşağıdaki hâllerde kendiliğinden sona erer:... 5. Olağan genel kurul toplantısının iki defa üst üste yapılamaması...” hükmü çerçevesinde üst üste iki olağan genel kurul toplantısının yapılmamış olmasını kendiliğinden sona erme nedeni olarak kabul edip, ilgili siyasi partilerin dağılmış sayılarak hukuki varlığının sona erdiğinin tespiti yönünde hüküm kurmuştur.⁵⁶

3. Geçerli Olağanüstü Büyük Kongre Toplanma Talebine Riayet Edilmemesi

Siyasi Partiler Kanunu, büyük kongre delegelerinin en az beşte birinin yazılı istemi üzerine büyük kongrenin olağanüstü olarak toplanması gerektiği esasını benimsemiştir.

Anayasa Mahkemesi, büyük kongre delegelerinin beşte birinin talebi üzerine büyük kongre toplanma çağrısı yapmayan siyasi parti aleyhinde yapılan ihtar başvurusunda, büyük kongre üye sayısı kavramından ne anlaşılması gerektiği ve hangi şartlarda büyük kongre toplanma isteminden vazgeçebileceği hususlarına açıklık getirerek, ilgili siyasi parti hakkında ihtarında bulunulması kararı vermiştir.⁵⁷

Büyük kongre üyeleri, tabii üyelerden ve seçilmiş (il kongreleri) üyelerden oluşur. Anayasa Mahkemesi, olağanüstü toplantı talebine esas büyük kongre üye sayısını, seçilmiş ve tabii üyelerden oluşan üye tamsayısı olarak değil, olağanüstü toplantı başvuru tarihi itibarıyla fiilen büyük kongre üyesi olanların sayısı olarak kabul etmiştir. Yani Anayasa Mahkemesi'ne göre büyük kongre tabii üyesi olan veya büyük kongre üyesi seçilmesine rağmen sonradan ölüm, istifa, ihraç ve tedbirli disipline sevk vb. gerekçelerle siyasi parti ile hukuki ilişkisi sona eren üyelerin sayısının büyük kongre üye sayısından düşülmesinden

55 Anayasa Mahkemesi, 19.09.2013 tarih ve 28770 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 18.06.2013 tarih ve Esas No: 2012/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2013/3 sayılı kararı.

56 Anayasa Mahkemesi, 05.02.2011 tarih ve 27837 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 08.12.2010 tarih ve Esas No: 2010/01 (Değişik İşler) Karar No:2010/7 sayılı kararı.

57 Anayasa Mahkemesi, 06.08.2005 tarih ve 25898 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.07.2005 tarih ve Esas No: 2004/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2005/4 sayılı kararı.

sonra kalan büyük kongre üye sayısının beşte birinin yazılı isteminin büyük kongre toplanması için yeterli olduğuna hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi, büyük kongre delegelerinin olağanüstü kongre toplanma taleplerinden vazgeçebileceklerini prensip olarak kabul etmiştir. Gerçekten de talebin toplu olarak büyük kongreyi olağanüstü toplantıya çağırma yetkisine sahip makamlara ulaştırılana kadar yapılması halinde vazgeçme hukuken geçerlidir. Fakat mahkeme, süresi içinde ilgili makamlara ulaşan olağanüstü kongre toplanma talebinin yenilik doğurucu olduğunu, hem talepte bulunanlar açısından, hem de olağanüstü toplantıya çağırma yetkisini kullanacaklar açısından bağlayıcı olduğunu işaret ederek, bu tarihten sonra yapılan vazgeçmenin, hukuken geçerli olamayacağına hükmetmiştir.⁵⁸

4. İl/İlçe Yönetim Kurullarının Merkez Karar ve Yönetim Kurullarınca Görevden El Çektirilmesinin Ardından 45 ve 30 Günlük Süreler İçerisinde İl/İlçe Kongrelerinin Toplanmaması

Siyasi Partileri Kanunu, siyasi partilerin tabandan tavana, (mahalle- belde- ilçe-il-genel merkez) demokratik bir perspektifle teşkilatlanmaları ilkesini benimseyerek, il ve ilçe yönetim kurullarının seçilmesini ve görevden alınmasını il ve ilçe kongrelerinin yetkisi dâhilinde olacak şekilde belirlemiştir. Siyasi Partiler Kanunu bu demokratik gerekliliklerle yönetim gerekliliklerinin kesişme noktasında bir zorunluluk olarak görevden el çektirme kurumu öngörülmüştür.⁵⁹

Bu yetkinin kullanıldığı il ve ilçe yönetim kurulları, 45 (il) ve 30 (ilçe) günlük süre içinde il ve ilçe kongrelerini toplamak zorundadır. Uygulamada bu süreler içinde kongre toplanmadığı durumlarda Siyasi Partiler Kanunu'nun 121. maddesinin yukarıda ifade edilen yollamasıyla ve Türk Medeni Kanunu'nun 75. maddesinin "Yönetim kurulu, genel kurulu toplantıya çağırmasa; üyelere birinin başvurusu üzerine, sulh hâkimi, üç üyeyi genel kurulu toplantıya çağırarak görevlendirir." hükmü doğrultusunda, bir üyenin başvurusu üzerine sulh hâkimi tarafından, üç kişilik bir heyet il veya ilçe kongresini toplamakla görevlendirilmektedir.

Bu konuyla ilgili beş ihtar başvurusundan dördünde "ihtar" kararı verilmiş, birinde ise ihtar başvurusundan sonra ve Anayasa Mahkemesi'nin kararından önce aykırılık sona erdiğinden "karar verilmesine yer olmadığı" yönünde hüküm kurulmuştur.

⁵⁸ Anayasa Mahkemesi, 06.08.2005 tarih ve 25898 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.07.2005 tarih ve Esas No: 2004/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2005/4 sayılı kararı.

⁵⁹ Ahmet İyimaya, "Siyasal Partilerde Teşkilat Yönetimi Görevden Almanın Hukuki Rejimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 66, 2006, s. 134.

Üzerinde tartışılması gereken konulardan biri, sadece bir il/ilçe teşkilatının görevden el çektirilmesi üzerine süresi içerisinde kongre toplanmamış olmasının ihtar başvurusuna konu olup olamayacağıdır. Mer’i mevzuat hükümlerine göre her ne kadar ihtar kararına uyulmamasının ilave bir yaptırım olmasa da ihtar kararına konu olan siyasi parti hakkında negatif bir etkisi olduğu açıktır. Bu çerçevede il/ilçe teşkilatının görevden el çektirilmesi üzerine süresi içerisinde kongre toplanmamış olması durumunda uygulamada Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kongrenin toplanması için “kayyum” atama prosedürü ve “ihtar” kararı sonrası siyasi parti hakkında oluşacak negatif etki göz önüne alındığında, Anayasa Mahkemesi’nin bu konuyla ilgili ihtar kararı alması için ihtar başvurusuna konu olan siyasi parti açısından bu hukuka aykırı uygulamanın belirli bir yoğunluğa ulaşması gerekir.

Anayasa Mahkemesi, bu konuyla ilgili verdiği ilk kararında sadece bir il teşkilatının⁶⁰ görevden el çektirilmesi üzerine süresi içerisinde kongre toplanmamış olması üzerine ihtarında bulunulması kararı vermiştir. Diğer üç kararda ise il/ilçe teşkilatının görevden el çektirilmesi üzerine süresi içerisinde kongre toplanmamış olması ilgili siyasi parti açısından genel bir uygulamaya dönüşmüş olduğu görülmektedir. Gerçekten de 1992 yılında 76 il ve 833 ilçe bulunduğu göz önüne alındığında⁶¹, 23 il teşkilatının⁶² (%30), 106 ilçe teşkilatının⁶³ (%13), 240 il ve ilçe teşkilatının⁶⁴ (%26) görevden el çektirilmesi üzerine süresi içerisinde kongre toplanmamış olması, ilgili siyasi parti açısından genel bir uygulamaya dönüştüğünü göstermektedir.

5. Genel Başkanlık Makamının Boşalması Halinde 45 Gün İçinde Büyük Kongrenin Toplanmaması

Türk siyasi hayatının geneli göz önünde bulundurulduğunda siyasi partiler açısından şüphesiz en önemli organ “Genel Başkanlık” makamıdır. Bunu göz önünde bulunduran Siyasi Partiler Kanunu genel başkanlık makamının boşalması halinde, yeni genel başkanı seçmek için en geç kırk beş gün içinde büyük kongrenin toplanması gerektiği esasını getirmiştir.

60 Anayasa Mahkemesi, 15.10.1992 tarih ve 21376 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 8.9.1992 tarih ve Esas No: 1992/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1992/1 sayılı kararı.

61 İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü İl İdaresi ve Mülki Bölümler Şube Müdürlüğü İstatistikleri, Yıllara Göre Kurulan İl ve İlçe Sayısı, < <https://www.icisleri.gov.tr/illeridaresi/il-idaresi-ve-mulki-bolumler-istatistikleri> >, (12.03.2021).

62 Anayasa Mahkemesi, 21.11.1992 tarih ve 21402 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 21.10.1992 tarih ve Esas No: 1992/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1992/2 sayılı kararı.

63 Anayasa Mahkemesi, 18.11.1992 tarih ve 21409 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 3.11.1992 tarih ve Esas No: 1992/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1992/3 sayılı kararı.

64 Anayasa Mahkemesi, 06.04.1994 tarih ve 21897 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 8.3.1994 tarih ve Esas No: 1994/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1994/4 sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi bu konuyla ilgili yapılan bir ihtar başvurusu neticesinde, genel başkanlık makamının boşalmasına rağmen kırk beş gün içinde büyük kongreyi toplamayan siyasi partiye ihtarla bulunulması kararı vermiştir.⁶⁵

C. Tüzük Hükümlerinin Kanuna Aykırılığı

Siyasi parti üyelerinin hak ve yükümlülükleri, parti teşkilatının kuruluşu, işleyişi, parti içi disiplin gibi konuları düzenleyen ve parti içi hukukun asli ve birincil kaynağı olan siyasi parti tüzükleri asli kurucu iktidar tarafından anayasal düzenlemeye konu edilerek önemleri vurgulanmıştır.⁶⁶ Siyasi partilerin anayasası niteliğinde olan siyasi parti tüzükleri, anayasaların rejimlerin kimliğini ortaya koyduğu gibi, siyasi partilerin kimliğini ortaya koyduğu söylenebilir.⁶⁷

Siyasi partilerin iç hukukunu oluşturan siyasi parti tüzükleri, Siyasi Partiler Kanunu'nda ve Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmeyen hususlar açısından buyurucu hüküm niteliğindedir.⁶⁸ Bu yönüyle siyasi partilerin iç işleyişi açısından ciddi önemi haiz tüzük hükümlerinin Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olması durumunda Anayasa Mahkemesi ilgili siyasi partiye ihtarla bulunulması kararı vermektedir.⁶⁹

Siyasi Partiler Kanunu bazı konuların tüzük tarafından düzenlenmesini açıkça öngörmekte, bazı konuların ise kanunun belirlediği sınırlar içerisinde tüzük tarafından düzenlenmesi ilkesini öngörmektedir. Bu çerçevede Siyasi Partiler Kanunu'na aykırı olan tüzük hükümleri eksik düzenleme, kanunun açık hükmüne aykırılık, genel hükümlere aykırılık, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kanuna aykırı olduğu iddia edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesince kanuna uygun bulunan tüzük hükümleri başlıkları altında incelenmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin siyasi parti tüzüklerinin Siyasi Partiler Kanunu'na aykırılık iddiaları ile ilgili verdiği ihtar kararları incelendiğinde, ilk başlarda siyasi parti tüzükleri ile daha müdahil bir yaklaşımı benimsemesine rağmen, tarihsel süreç içerisinde bu yaklaşımın yerini tüzük hükümlerinin Siyasi Partiler Kanunu hükümlerine açıkça aykırı olmadıkça siyasi partilerin yönetsel bağımsızlıkları içerisinde değerlendirmeye doğru evrildiği görülmektedir.

65 Anayasa Mahkemesi, 19.10.2005 tarih ve 25971 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 20.07.2005 tarih ve Esas No: 2004/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2005/3 sayılı kararı.

66 Özcan, Yanık, s. 88.

67 Ahmet İyimaya, "Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, 2005, s. 241.

68 Ahmet İyimaya, "Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 64, 2006, s. 212.

69 Anayasa Mahkemesi, 01.11.2003 tarih ve 25276 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.03.2003 tarih ve Esas No: 2002/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2003/4 sayılı kararı.

1. Eksik Düzenleme

Siyasi Partiler Kanunu bazı konuların siyasi parti tüzüklerinde düzenlenmesi gerekliliğini açıkça benimsemiştir. Siyasi parti tüzüklerinde bu hususların hiç düzenlenmemesi veya eksik düzenlenmesi üzerine Anayasa Mahkemesi ilgili siyasi partilere ihtarında bulunulmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu başlık altında karara bağladığı ihtar başvurularının ağırlıklı olarak organların teşekküllü ile ilgili eksiklikler olduğu söylenebilir.

- Giriş aidatını tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷⁰,
- Yurt dışı temsilcilik açılacak yerlerin tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷¹,
- İlçe yönetim kurulu üye sayısının tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷²,
- Merkez karar ve yönetim organı üye sayısının tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷³,
- İl yönetim kurulu üye sayısının tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷⁴,
- Disiplin suç ve cezalarının tüzükte açıkça belirlenmemesinin kanuna aykırı olduğu⁷⁵,

2. Kanunun Açık Hükmüne Aykırılıklar

Siyasi Partiler Kanunu bazı konularda siyasi parti tüzüklerinin kendi belirlediği sınırlar içerisinde düzenlenmesi gerekliliğini açıkça benimsemiştir. Siyasi parti tüzüklerinde bu hususların kanuna aykırı olarak düzenlenmesi üzerine Anayasa Mahkemesi ilgili siyasi partilere ihtarında bulunulmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu başlık altında karara bağladığı ihtar başvurularının ağırlıklı olarak organların teşekküllü ile ilgili eksiklikler olduğu söylenebilir.

- Milletvekili özel aidatını kanuni sınırın altında belirleyen tüzük hükmününün

70 Anayasa Mahkemesi, 28.2.1986 tarih ve Esas No: 1985/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1986/1 sayılı kararı

71 Anayasa Mahkemesi, 1.11.2003 tarih ve 25276 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.3.2003 tarih ve Esas No: 2002/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2003/4 sayılı kararı.

72 Anayasa Mahkemesi, 17.08.1996 tarih ve 22730 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 6.12.1995 tarih ve Esas No: 1995/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1995/5 sayılı kararı.

73 a.g.k.

74 a.g.k.

75 Anayasa Mahkemesi, 28.2.1986 tarih ve Esas No: 1985/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1986/1 sayılı kararı.

kanuna aykırı olduğu⁷⁶,

- Kongrelerle ilgili seçim kurullarına yapılacak bildirim süresini kanununda belirtilen süreden daha kısa bir süre öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu⁷⁷,

- Tüzükte yer alan il yönetim kurulu asgari üye sayısının kanunla belirlenen asgari üye sayının altında olacak belirlenmesinin kanuna aykırı olduğu⁷⁸,

- Tüzükte yer alan merkez karar yönetim kurulu asgari üye sayısının kanunla belirlenen asgari üye sayının altında olacak belirlenmesinin kanuna aykırı olduğu⁷⁹,

3. Genel Aykırılıklar

Siyasi parti tüzüklerinin bazı hükümleri Siyasi Partiler Kanunu'nun düzenlemelerini etkisizleştirecek veya bazı hakların kullanılmasını zorlaştıracak nitelikte olması durumunda Anayasa Mahkemesi ilgili siyasi partilere ihtarda bulunulmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesinin bu başlık altında karara bağladığı ihtar başvurularının ağırlıklı olarak parti içi demokrasinin sağlanması ile ilgili eksiklikler olduğu söylenebilir.

- Büyük kongre, il ve ilçe kongrelerinde çoğunluk sağlanamayan ilk toplantının ardından ikinci toplantının aynı gün ve iki saat sonra toplanmasını öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu⁸⁰,

- Siyasi parti merkez karar ve yönetim kurullarının il ve ilçe yönetim kurullarını görevden el çektirilmesi üzerine 45 ve 30 günlük süreler içerisinde toplanması gereken il ve ilçe kongrelerinin, merkez karar ve yönetim kurulunca ertelenmesine olanak veren tüzük hükümlerinin kanuna aykırı olduğu⁸¹,

- Parti üyelerinin belirli bir oranına olağanüstü büyük kongre toplanma isteminde bulunma hakkı tanıyan tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu⁸²,

- Siyasi parti üyeliğinden çıkarılma cezasının disiplin kurulunun üye tamsa-

76 a.g.k.

77 a.g.k.

78 Anayasa Mahkemesi, 1.11.2003 tarih ve 25276 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 25.3.2003 tarih ve Esas No: 2002/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2003/4 sayılı kararı.

79 Anayasa Mahkemesi, 17.08.1996 tarih ve 22730 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 6.12.1995 tarih ve Esas No: 1995/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1995/5 sayılı kararı.

80 Anayasa Mahkemesi, 17.08.1996 tarih ve 22730 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 6.12.1995 tarih ve Esas No: 1995/5 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1995/5 sayılı kararı.

81 Anayasa Mahkemesi, 21.11.1989 tarih ve Esas No: 1989/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1989/2 sayılı kararı, 05.1.1989 tarih ve 20333 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 18.10.1989 tarih ve Esas No: 1989/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1989/1 sayılı kararı.

82 Anayasa Mahkemesi, 28.06.1998 tarih ve 23386 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 13.11.1997 tarih ve Esas No: 1996/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1997/7 sayılı kararı.

yısı ile alınabileceğini öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu⁸³,

- Grup genel kurulunda milletvekilleri için bağlayıcı karar alınmasına ilişkin zorlaştırıcı şart öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olduğu⁸⁴,

4. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tarafından Kanuna Aykırı Olduğu İddia Edilmesine Rağmen Anayasa Mahkemesince Kanuna Uygun Bulunan Tüzük Hükümleri

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca kanuna aykırı olduğu iddia edilmesine rağmen Anayasa Mahkemesince kanuna uygun bulunan tüzük hükümleri, esas itibariyle Siyasi Partiler Kanunu'nun siyasi parti tüzüklerine bıraktığı hususlarla ilgili düzenlemelerin bir takım genel ilkelere aykırı olduğu değerlendirilmesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu tür ihtar başvurularında siyasi parti tüzük hükümleri Siyasi Partiler Kanunu hükümlerine açıkça aykırı olmadıkça ve bir takım hakların etkisizleştirilmesi niteliğinde değil ise, bu hususları siyasi partilerin yönetsel bağımsızlıkları içerisinde değerlendirerek ihtar başvurularının reddine hükmetmektedir.

- Merkez karar ve yönetim organlarına ilaveten tüzükçe serbestçe merkez organları oluşturulabileceği⁸⁵,

- Merkez karar ve yönetim organlarına, delege seçimlerinde usulsüzlük tespit etmesi durumunda, kongre delege seçimlerini iptal etme yetkisi veren tüzük hükmünün, yargı organlarının yetki alanına müdahale teşkil etmediği ve kanuna uygun olduğu⁸⁶,

- Kongre gündemine konu ekletebilmek için Türk Medenin Kanunu'nun aradığı hazır bulunan delegenin %10'nun önerge vermesi şartının, tüzük ile %5 olarak belirlenmesinin, farklı görüşlerin daha rahat ifade edilmesini sağlaması sebebiyle kanuna uygun olduğu⁸⁷,

- Olağanüstü kongrenin toplanması için ilave yönetim kurulu onayı getirilmesine ilişkin tüzük hükmünün kanuna uygun olduğu⁸⁸,

- Siyasi partilerin göstereceği merkez adaylarının genel başkan tarafından

83 Anayasa Mahkemesi, 28.2.1986 tarih ve Esas No: 1985/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1986/1 sayılı kararı.

84 a.g.k.

85 Anayasa Mahkemesi, 28.06.1998 tarih ve 23386 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 13.11.1997 tarih ve Esas No: 1996/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1997/7 sayılı kararı.

86 Anayasa Mahkemesi, 17.10.2012 tarih ve 28444 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 12.10.2011 tarih ve Esas No: 2005/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2011/1 sayılı kararı.

87 a.g.k.

88 a.g.k.

belirlenmesini öngören tüzük hükmünün kanuna uygun olduğu⁸⁹,

- İl ve ilçe kongrelerinin iki yıldan az bir sürede toplanmasını öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olmadığı⁹⁰,

- Merkez karar, yönetim ve icra organları ile merkez disiplin kurulu üye sayısı ile ilgili olarak kanunun asgari bir üye sayısı öngörmesine rağmen, azami bir üye sayısı belirtmemesi sebebiyle, bu kurulların üye sayılarının tüzükte serbestçe belirlenebileceği⁹¹

- Aidatı ödemeyen üyelerin üyelik haklarını kullanamayacaklarını öngören tüzük hükmünün kanuna aykırı olmadığı⁹²

- Merkez karar ve yönetim kurulu üyelerinin Genel Başkan tarafından önerilen kişiler arasından seçilmesini öngören tüzük hükmünün, büyük kongrenin Merkez karar, yönetim ve icra organlarını seçme yetkisini kaldırmadığı ve kanuna uygun olduğu⁹³

D. Siyasi Parti Üyeliği Şartları ile İlgili Uyuşmazlıklar

Siyasi Partiler Kanunu bazı suçlardan mahkûm olanların siyasi partiye üye olmasını engelleyici nitelikte düzenlemeler yapmıştır.⁹⁴ Kanunun hükümleri açık olmakla beraber, erteleme kararı, yasaklanmış hakları iadesi kararı gibi infaz rejimi ile ilgili özel durumlar sebebiyle siyasi parti üyelikleri ile ilgili uyuşmazlıklar ihtar başvurusuna konu olmuştur.

Anayasa Mahkemesi, dolandırıcılık, kasten öldürmeye teşebbüs, kaçakçılık, hırsızlık, sahtecilik gibi suçlardan hüküm giymesine rağmen üyelik kaydını devam ettiren siyasi partilere genel itibariyle oybirliği ile ihtarda bulunulmasına karar vermiştir.

Adli yönünden ziyade siyasi yönü ağır basan suçlar ile ilgili ihtar başvurularında ise Anayasa Mahkemesi, alışılmışın dışında bir yaklaşımla, devlet

89 a.g.k.

90 Anayasa Mahkemesi, 05.1.1989 tarih ve 20333 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 18.10.1989 tarih ve Esas No: 1989/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1989/1 sayılı kararı

91 Anayasa Mahkemesi, 28.2.1986 tarih ve Esas No: 1985/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1986/1 sayılı kararı

92 a.g.k.

93 Anayasa Mahkemesi, 12.07.2003 tarih ve 25166 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 22.1.2003 tarih ve Esas No: 2002/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2003/2 sayılı kararı

94 ... Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar, Taksirli suçlar hariç beş yıl ağır hapis veya beş yıl ve daha fazla hapis cezasına mahkûm olanlar, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitabının birinci babında yazılı suçlardan veya bu suçların işlenmesini aleni olarak tahrik etme suçundan mahkûm olanlar, Terör eyleminden mahkûm olanlar...

memurluğuna giriş şartları ve milletvekili seçilme yeterliliği şartları ile siyasi parti üyelik şartları arasında kıyas yapıp Danıştay ve Yüksek Seçim Kurulu kararlarına atıf yaparak karar almayı tercih etmiştir. Bu nitelikteki başvurularda Anayasa Mahkemesi (on bir üyeli kompozisyonunda) altıya beş, yediye dört gibi değişken çoğunluklarla karar aldığından müstakar bir içtihat oluşturduğu söylemek güçtür.⁹⁵

E. Kanunla Yasaklanmış Kelimelerin Siyasi Parti İsminde Kullanılması

Siyasi Partiler Kanunu “Komünist, anarşist, faşist, teokratik, nasyonal sosyalist, din, dil, ırk, mezhep ve bölge adlarıyla veya aynı anlama gelen adların” siyasi parti isminde kullanılmasını yasaklamıştır. Bu konuyla ilgili üç ihtar başvurusundan ikisi “komünist” kelimesinin, birisi ise “sultan” kelimesinin kullanımından kaynaklanmaktadır.

Türkiye Sultan Partisi, ihtar başvurusunun ardından kurucular kurulu ile kapanma kararı alması sebebiyle Anayasa Mahkemesi ihtar başvurusu hakkında karar verilmesine yer olmadığına hükmetmiştir.

Komünist Parti ve Türkiye Komünist Partisi ile ilgili ihtar başvurularında Anayasa Mahkemesi kanunun açık hükmüne aykırı davranış sebebiyle ihtarında bulunulması kararı vermesine rağmen, bazı üyeler “ihtar” yaptırımının devamında “kapatma” yaptırımı ile sonuçlanabilecek olması sebebi karara muhalefet etmişler, “ihtar” yaptırımına uyulmaması neticesinde “kapatma” yaptırımının anayasada öngörülmemesi sebebiyle, kanunun ilgili hükmünün ihmal edilerek ihtar başvurusunun reddedilmesi yönünde görüş bildirmişlerdir.⁹⁶

Siyasi Partiler Kanunu’na göre “Kapatılmış veya daha önce tüzel kişilik kazanan siyasi parti siciline kaydolunmuş siyasî partilerin isim, rumuz ve amblemleri” sonradan tüzel kişilik kazanan siyasi partiler tarafından kullanamazlar.

Anayasa Mahkemesi bu konuyla ilgili beş ihtar başvurusunun birinde, ihtar başvurusundan sonra ve Anayasa Mahkemesi kararından önce ilgili siyasi partinin kurucular kurulu kararı ile kapanma kararı⁹⁷ alması sebebiyle karar verilmesine yer olmadığına hükmetmişken, diğer dört siyasi hakkında yapılan ihtar başvurusu hakkında ihtarında bulunulmasına karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi aynı rumuzu kullanan siyasi partiler arasında ideolojik

95 Anayasa Mahkemesi, 31.08.2002 tarih ve 24862 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 19.07.2001 tarih ve Esas No: 2001/3 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2001/3 sayılı kararı.

96 Anayasa Mahkemesi, 27.04.2002 tarih ve 24738 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 09.01.2002 tarih ve Esas No: 2001/11 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2002/7 sayılı kararı.

97 Anayasa Mahkemesi, 12.10.2011 tarih ve Esas No: 2010/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2011/2 sayılı kararı.

bir benzeşme, birliktelik ya da bir siyasi bağ aramamıştır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi 1992 yılında kapatılan⁹⁸ Sosyalist Parti'nin “SP” rumuzunun, 2001 yılında kurulan Saadet Partisi tarafından “SP” olarak kullanılması üzerine “ihtarda bulunulması” kararı vermiştir.⁹⁹

19.6.1992 tarih ve 3821 sayılı Kanun ile siyasi yasakların kalkması üzerine iki hafta arayla, aynı isimli iki siyasi parti tüzel kişilik kazanması üzerine, Anayasa Mahkemesi daha sonra tüzel kişilik kazanan siyasi partiye “ihtar bulunulması” kararı vermiştir.¹⁰⁰

2001 yılında tüzel kişilik kazanan Adalet ve Kalkınma Partisi'nin adının, 27.2.2012 tarihinde Adaletçi Kurtuluş Partisi adıyla tüzel kişilik kazanan ve 4.3.2012 tarihinde gerçekleştirilen tüzük değişikliği sonucu Adalet ve Kalkınma Partisi adını alan siyasi parti tarafından aynen taklit edilmesi üzerine Anayasa Mahkemesi Adaletçi Kurtuluş Partisi'ne “ihtarda bulunulmasına” karar vermiştir.¹⁰¹

1993 yılında tüzel kişilik kazanan Türkiye Komünist Partisi'nin adının, 7.2.2012 tarihinde Toplumcu Kurtuluş Partisi adıyla tüzel kişilik kazanan ve 15.2.2012 tarihinde gerçekleştirilen tüzük değişikliği sonucu Türkiye Komünist Partisi tarafından kullanılması üzerine Toplumcu Kurtuluş Partisi'ne, ihtar kararı verilmesi talep edilmiştir. İhtar isteminin ardından, kurucular kurulu kararı ile partinin adı “Türkiye Komünist Partisi 1920”, kısaltılmış adı ise “TKP 1920” olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi daha önce siyasi parti siciline kayıtlı olan partinin adının ve rumuzunun sonuna sadece tarih (yıl) ibaresi eklenmesini, daha önce siyasi parti siciline kayıtlı olan siyasi partiden ayırt edilmesine olanak sağlamadığına, yanılgı ve karıştırmaya imkân tanıyacak şekilde özünü koruduğuna işaret ederek “ihtarda bulunulmasına” hükmedilmiştir.¹⁰²

2014 yılında Siyasi Partiler Kanununa eklenen hükümlerle “Kapatılmış veya daha önce tüzel kişilik kazanıp siyasi parti siciline kaydolun siyasî partilerin isim, rumuz ve amblemleri” ile ilgili uyuşmazlıklar ihtar başvurusu konusu olmaktan çıkartılarak, terkin yaptırımının konusu haline gelmiştir.

98 Anayasa Mahkemesi, 25.10.1992 tarih ve 21208 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 10.7.1992 tarih ve Esas Sayısı:1991/2 (Siyasi Parti-Kapatma), Karar Sayısı:1992/1 sayılı kararı.

99 Anayasa Mahkemesi, 13.03.2004 tarih ve 25401 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 10.02.2004 tarih ve Esas Sayısı:2004/1 (Siyasi Parti - İhtar) Karar Sayısı: 2004/1 sayılı kararı.

100Anayasa Mahkemesi, 17.07.1993 tarih ve 21640 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 14.06.1993 tarih ve Esas Sayısı:1993/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar Sayısı:1993/1 sayılı kararı.

101 Anayasa Mahkemesi, 18.04.2013 tarih ve 28622 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 10.1.2013 tarih ve Esas Sayısı:2012/2 (Siyasi Parti - İhtar) Karar Sayısı:2013/2 sayılı kararı.

102Anayasa Mahkemesi, 12.05.2013 tarih ve 28645 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 10.01.2013 tarih ve Esas No: 2012/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2013/1 sayılı kararı.

F. Bir Kişinin Aynı Anda Birden Fazla Siyasi Partiye Üye Olmasına Rağmen İlgili Siyasi Partilerce Kayıtlardan Silinmemesi ile İlgili Uyuşmazlıklar

Siyasi Partiler Kanunu, kişilere dilediği partiye, dilediği zaman üye olma ve dilediği zaman üyelikten ayrılma hakkı tanımakla beraber, aynı anda sadece bir siyasi partiye üye olunabileceği esasını getirmiştir. Buna rağmen kişiler aynı anda birden fazla siyasi partiye üye olmaları durumunda, üyelik sıfatının üye olunan tüm siyasi partilerde sona ermiş sayılacağı kabul edilmiştir.

Bu hükümlere rağmen bazen kasıtlı, bazen de bazı siyasi partilerin üye sayısını azaltmamaya yönelik eğilimlerinden kaynaklı olarak üyelikten çekilmeye yönelik talepleri parti siciline işletmemeleri sebebiyle, kişiler aynı anda birden fazla siyasi partiye üye olabilmektedir. Hukuki olarak birden fazla üyelik durumunda tüm siyasi partilerde üyelik sona ermiş olsa da, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ilgili siyasi partilerden, bu kişilerin üyeliklerini sonlandırmalarını talep etmektedir. Bu talebin yerine getirilmemesi durumunda ilgili siyasi aleyhinde ihtar başvurusunda bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi bu konuyla ilgili üç ihtar başvurusu ile ilgili verdiği kararda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının uyarısına rağmen, birden fazla siyasi partiye üye olan kişilerin kayıtlarını silmeyen siyasi partilere “iharda bulunulması” kararı verilmesine hükmetmiştir.¹⁰³

G. Diğer

Anayasa Mahkemesi TBMM Grup Başkanvekilinin TBMM Grup Yönetim Kurulu üyesi olduğuna işaret ederek, TBMM Grup Başkanvekilliği ile Parti Genel Sekreterliği görevinin aynı kişi tarafından yürütülmesinin Siyasi Partiler Kanunu’nun 32. maddesinin “Siyasi partilerin merkez karar ve yönetim kurullarına üye olanlar, o partinin Türkiye Büyük Millet Meclisi parti grubu yönetim kurulunda görev alamazlar.” hükmü gereği bağdaşmayan görev olduğundan “iharda bulunulmasına” karar vermiştir.¹⁰⁴

Siyasi parti kapatma nedeni olan kanuna aykırı eylemler sebebiyle yapılan ihtar başvurusunun, kapatma başvurusuna konu olması gerekmesi sebebiyle “ihdar başvurusunun reddine” hükmetmiştir.¹⁰⁵

Siyasi Partiler Kanunu’nun ilk haline göre, siyasî partilerin kanunun dör-

¹⁰³Anayasa Mahkemesi, 10.03.1994 tarih ve 21873 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 10.02.1994 tarih ve Esas No: 1994/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1994/1 sayılı kararı.

¹⁰⁴Anayasa Mahkemesi, 13.08.1997 tarih ve 23079 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 24.07.1997 tarih ve Esas No: 1997/2 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1997/2 sayılı kararı.

¹⁰⁵Anayasa Mahkemesi, 19.02.1993 tarih ve 21501 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 3.11.1992 tarih ve Esas No: 1992/4 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1992/4 sayılı kararı.

düncü kısmında yer alan hükümler dışındaki hükümlere aykırı eylem ve kararları ihtar başvurusunun konusu olduğundan, kanunun dördüncü kısmında yer alan üniforma giydirme yasağına aykırı hareketlerle ilgili “ihtar başvurusunun reddine” hükmetmiştir.¹⁰⁶

Büyük kongre sonrası alınan kararların ve organlara seçilen kişilere ait bilgilerin Siyasi Partiler Kanunu’nun 10. maddesinin hükmü gereği Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na sunulmaması sebebiyle “ihtarda bulunulmasına” karar vermiştir.¹⁰⁷

Siyasi Partiler Kanunu’nun münhasıran bir organa tanıdığı yetkinin, bu organ tarafından başka organa devredilmesinin kanuna aykırı olduğundan “ihtarda bulunulmasına” karar vermiştir.¹⁰⁸

VII. İhtar Başvurularının Karara Bağlanma Süreleri

Anayasa Mahkemesi’nin ihtar başvurularını karara bağlanması için Siyasi Partiler Kanunu’nda bir süre öngörülmemiştir. Anayasa Mahkemesi her ne kadar ihtar başvurularını bir dava olarak nitelendirmese de, ihtar başvurularında adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan makul sürede yargılanma hakkından siyasi partilerin de faydalanması gerekir¹⁰⁹. İhtar başvurularının karara bağlanma sürelerinin hesaplanmasında başlangıç olarak Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının başvuru tarihi, bitiş olarak ise Anayasa Mahkemesinin karar tarihi belirlenmiştir.

Tablo-3: İhtar Başvurularının Karara Bağlanma Sürelerinin Sınıflandırılması

Karar Alma Süresi	Karar Sayısı
40 Günden Az	34
41-100	20
101-200	12
201-300	9
598-645	2
1550-2145	4

106 Anayasa Mahkemesi, 18.10.1983 tarih ve Esas No: 1983/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1983/1 sayılı kararı.

107 Anayasa Mahkemesi, 03.01.2017 tarih ve 29937 sayılı Resmi Gazete yayımlanan 14.12.2016 tarih ve Esas No: 2016/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:2016/1 sayılı kararı.

108 Anayasa Mahkemesi, 1.7.1987 tarih ve Esas No: 1987/1 (Siyasi Parti İhtar) Karar No:1987/2 sayılı kararı

109 Ayşe Özkan Duvar, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, 2019, s. 287.

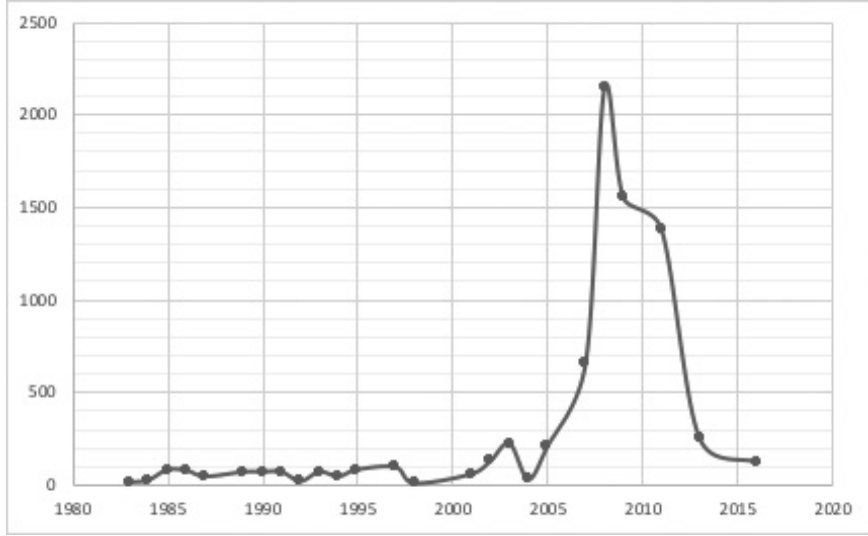
Yukarıdaki tablodan görüleceği gibi Anayasa Mahkemesi ihtar başvurularının üçte ikisini makul sayılabilecek yüz günlük sürenin altında karara bağlamışken, üçte birini yüz günün üstünde karara bağlamıştır. Hatta bazı ihtar başvurularının iki – altı yıl gibi bir ihtar başvurusunun karara bağlanması için ihtiyaç olan sürenin oldukça üstünde olan sürelerde karara bağlandığı tablodan görülmektedir. Bu durum ihtar başvurularının karara bağlanması için azami bir kanuni süre öngörülmesi zorunluluğuna işaret etmesi açısından önemlidir.

Anayasa Mahkemesi aynı konuyla ilgili ihtar başvurularında da farklılaşmış sürelerde karara bağladığı görülmektedir. İl/İlçe yönetim kurullarının merkez karar ve yönetim kurullarınca görevden el çektirilmesinin ardından 45 ve 30 günlük süreler içerisinde il/ilçe kongrelerinin toplanmaması konusuyla ilgili beş ihtar başvurusundan dördünde “ihtar” kararı verilmiş, birinde ise ihtar başvurusundan sonra ve Anayasa Mahkemesi’nin kararından önce aykırılık sona erdiğinden “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde hüküm kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi ihtar kararı verdiği dört başvuruyu 7, 13, 20 ve 35 günlük sürelerde neticelendirmişken, “karar verilmesine yer olmadığı” yönünde hüküm kurduğu ihtar başvurusunu yaklaşık dört buçuk yıl sonra (1551 gün) neticelendirmesi örnek olarak verilebilir.

Aşağıdaki grafikten Anayasa Mahkemesi’nin 2003 yılına kadar ihtar başvurularının karara bağlanması konusunda yüz günlük süreyi aşmadığı ve belirli bir disiplin içinde hareket ettiği görülmektedir. 2003 yılında itibaren ise ihtar başvurularının karara bağlanma süresi kademeli olarak artmıştır. Bunun temel sebebinin ihtar yaptırımına uymayan siyasi partiler için öngörülen kapatma yaptırımının ilk önce 2003 yılında devlet yardımından yoksun bırakma olarak değiştirilmesi, 2009 yılında ise devlet yardımından yoksun bırakma yaptırımının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesi olduğu düşünülebilir.¹¹⁰

110 Anayasa Mahkemesi, 07.07.2009 tarih ve 27281 sayılı Resmî Gazete yayımlanan 11.06.2009 tarih ve Esas No: 2008/5 Karar No:2009/81 sayılı kararı.

Grafik-2: Yıllara Göre İhtar Başvurularının Ortalama Karara Bağlanma Süreleri



Yukarıda işaret edilen sakıncaların bertaraf edilmesini sağlamak amacıyla ihtar başvurularının karara bağlanması için, Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinin üçüncü fıkrasına 2014 yılında eklenen, siyasi parti isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkin edilmesine yönelik başvurularda öngörülen 30 (otuz) günlük süreye benzer azami bir kanuni süre belirlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Sonuç

Yasama organının siyasi partiler hukuku ile farkındalığının yüksek düzeyde olması ve gelişen koşullar ışığında yeni fiili ve hukuki durumlar karşısında çekinmeden inisiyatif alması, siyasi partilere hukuki yaptırım uygulama yetkisine sahip yargı organlarının yetki ve görev sınırlarının yoruma en az izin verecek ölçüde anayasal veya yasal düzenlemeye konu edilmesi oldukça önemlidir.¹¹¹

Çalışmada ihtar yaptırımının tarihsel süreç içerisindeki pratiği ortaya konmuştur. İhtar başvuru sayılarındaki dalgalanma konuyla ilgili yasal alanın değişkenliği ile benzer bir çizgiyi takip etmiştir. 2013 yılından sonra karara bağlanmış sadece bir adet ihtar başvurusunun olması, buna rağmen “dağılmış sayılarla hukuki varlığın sona erdiğinin tespiti” ve “siyasi partilerin isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkin edilmesi” başvurularının artması Yargıtay

111 Fatih Güler, *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Yayınevi, 2021, s. 158-159.

Cumhuriyet Başsavcılığı'nın ihtar yaptırımının elverişlilik ilkesi ile uyumlu olmadığı yönündeki kanaatinden kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede ihtar başvurularının amacına uygun sonuçlar vermesini sağlamak amacıyla, mevzuatın siyasi partilere tanıdığı ayrıcalıklardan yoksun bırakma, seçimlere katılma hakkından yoksun bırakma¹¹², geçici faaliyet yasağı¹¹³ gibi alternatif yaptırımların uygulanması düşünülmelidir.

Anayasa Mahkemesi'nin görevlerinin arasına siyasi partilere ihtar başvurularının karara bağlanması başlığının eklenmesi mevcut ve muhtemel anayasa ya aykırılık iddialarının bertaraf edilmesine katkı sağlayacaktır. 2007 yılında Türkiye Barolar Birliği tarafından hazırlanan anayasa önerisinde¹¹⁴ ve 2007 yılında Adalet ve Kalkınma Partisi'nin talebi üzerine bir bilim kurulu tarafından hazırlanan anayasa önerisinde¹¹⁵ siyasi partilere ihtar verilmesi hususuna yer verilmiş olması bu anlamda örnek olarak gösterilebilir.

İhtar başvurularının makul sürede karara bağlanması ve Anayasa Mahkemesi'nin gündeminde uzunca bir süre bu başvuruların bekletilerek siyasi partiler açısından farklı amaçlarla kullanılmasını önlemek amacıyla, Siyasi Partiler Kanunu'nun 104. maddesinin üçüncü fıkrasına 2014 yılında eklenen, siyasi parti isim, amblem ve rumuzlarının sicilden terkin edilmesine yönelik başvurularda öngörülen 30 (otuz) günlük süreye benzer azami bir kanuni süre belirlenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

112 Sağlam, s. 249.

113 Melih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınevi, 2003, s. 194.

114 Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi- Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin*, Dördüncü Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007, s. 96-109.

115 Fazıl Hüsnü Erdem, Yunus Heper, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)*, 1. Baskı, SETA Yayınları, 2011, s. 197.

KAYNAKLAR

- Aliefendioğlu, Yılmaz, “Türk Anayasa Mahkemesinin İş Yükü”, İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 11-12-13, 1995, ss. 41-56.
- Atar, Yavuz, “Türk Anayasa Yargısında Anayasaya Uygunluk Denetiminin Konusu”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1-2 Prof. Dr. Şakir Beki’ye Armağan, 1996, ss. 373-406.
- Ayan, Nurşen, “Terk Nedeniyle Boşanma”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 15, Sayı 1, 2007, ss. 39-54.
- Bayra, A. Ersin, “Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandıran Kavramların Tasnifi ve Derecelendirmesi – I: Kamu Düzeni ve Kamu Düzeni ile İlgili Kavramlar”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 7, Sayı 2, 2020, ss. 45-72
- Cihan, Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunda İkaz, İhtar, Hukuka Aykırı Vaad ile Telkin Kavramları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 35, Sayı 1-4, 1969, ss. 127-140.
- Çelikyay, Hakan Sabri, *1982 Anayasası ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Türkiye’de Siyasi Parti Kapatma Rejimi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2002.
- Denys Kovryzhenko, *Regulation of Political Parties in Ukraine: The Current State and Direction of Reforms*, Agency for Legislative Initiatives, 2010.
- Ekinci, Murat, “Ceza Hukuku Açısından İdari Yaptırımlar”, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 1, 2017, ss. 19-54.
- Em Ali; Uslu Kazım, *Türk Hukuk Sisteminde Seçim ve Siyasi Partiler Hukuku*, Adalet Yayınevi, 2014.
- Erdem, F.Hüsnü; Heper, Yunus, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları ve Anayasa Önerileri (Madde Karşılaştırmalı)*, 1. Baskı, SETA Yayınları, 2011.
- European Commission For Democracy Through Law (Venice Commission), *Guidelines On Political Party Regulation By Osce/Odhr And Venice Commission Adopted by the Venice Commission at its 84th Plenary Session (Venice, 15-16 October 2010)*,2010.
- Gönenc, Levent, “Ayrıntılı Anayasa- Çerçeve Anayasa Tartışmaları”, *TEPAV*, Sayı 43, 2012, ss. 1-5.
- Gönenc, Levent, *Türkiye’de Seçim Uyuşmazlıkları ve Çözüm Yolları*, Adalet Yayınevi, 2008.
- Gönenc, Levent; Ergül Ozan, “Yaşayan Anayasa, 2001 Yılı Anayasa Gelişmeleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 2002/1, 2002, ss. 13-84.
- Gözler, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Cilt II, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, 2011.
- Gözler, Kemal, *İngilizce Karşılılarıyla Hukukun Temel Kavramları*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, 2019.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 13. Baskı, Ekin Yayınevi, 2012.
- Gözler, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Ekin Yayınevi,2019.
- Güler, Fatih, *Seçimlerin Yönetim ve Denetiminde Görev Alan Kurumların Yapısal ve İşlevsel Sorunlarını Giderici Çözümler*, Ekin Yayınevi,2021.

- İçişleri Bakanlığı İller İdaresi Genel Müdürlüğü İl İdaresi ve Mülki Bölümler Şube Müdürlüğü İstatistikleri, Yıllara Göre Kurulan İl ve İlçe Sayısı, < <https://www.icisleri.gov.tr/illeridaresi/il-idaresi-ve-mulki-bolumler-istatistikleri> >, (12.03.2021).
- İyimaya, Ahmet, “Siyasal Partilerde Teşkilat Yönetimi Görevden Almanın Hukuki Rejimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 66, 2006, ss. 133-172.
- İyimaya, Ahmet, “Siyasal Parti Kongrelerinin Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 64, 2006, ss. 189-250.
- İyimaya, Ahmet, “Siyasal Parti Tüzüklerinin Yargısal Denetimi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 61, 2005, ss. 241-291.
- Kaplan, Gürsel, “İdari Yargılama Hukukunda Dava Açmanın Sonuçları”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 2, 2019, ss. 660- 676.
- Korkut, Levent, “Anayasa Mahkemesi’nin Yeşiller Partisini Kapatma Kararı Savunulabilir mi?”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt: 27, Sayı: 2, 1994, ss. 107-114.
- Mehter, Hamdi, *Siyasi Partilerin Mali İşlemleri ve Denetimleri*, Genişletilmiş 2. Baskı, TÜRMOB Yayınları-344, 2008.
- Öden, Melih, *Türk Anayasa Hukukunda Siyasi Partilerin Anayasaya Aykırı Eylemleri Nedeniyle Kapatılmaları*, Yetkin Yayınevi, 2003.
- Özcan Hüseyin; Yanık Murat, *Siyasi Partiler Hukuku*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskım, Der Yayınları, 2011.
- Özkan D., Ayşe, “Bireysel Başvuru Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkı”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 68, Sayı 1, 2019, ss. 287-336.
- Sağlam, Fazıl, “Siyasi Partiler Kanununda Uluslararası Standartlara Uygunluk Sağlamak İçin Yapılması Gereken Değişiklikler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Sayı 17, 2000, ss. 233-254.
- Tikveş, Özkan, “Siyasi Partiler ve Anayasa Yargısı Konusunda Mukayeseli Bir İnceleme”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 36, Sayı 1-4, 1970, ss. 146-166.
- Turhan, Mehmet, “Siyasi Partilere İhtar”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt 57, Sayı 1, 2002, ss. 137-155.
- Türkiye Barolar Birliği, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi- Geliştirilmiş Gerekçeli Yeni Metin, Dördüncü Baskı*, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2007.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Anayasa Komisyonu, “Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usûlleri Hakkında Kanun Tasarısı ile Anayasa Komisyonu Raporu (1/993)”, 2011 (23. Dönem 5. Yasama Yılı), (696), Türkiye Büyük Millet Meclisi Tutanak Dergisi, ss. 1-143.
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, *Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu) Türkiye’ye İlişkin Görüşleri Seçimler Yargı ve Referandumla İlişkin Karar ve Uygulama Kodları*, Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi Yayınları, 2006.
- Üzeltürk, Sultan T.; Küçük, Tefik S., *Anayasa Hukuku ve Türk Anayasa Hukuku Uygulamaları*, Legal Yayınevi, 2013.

Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye’de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi*

Selection of Judges and Prosecutors in Turkey in the context of Comparative Law and the Principle of Merit

Abdurrahman TEKİN**

Öz

Liberal demokratik bir sisteme ulaşabilmede, kuvvetler ayrılığı ve kuvvetlerin fren ve denge içerisinde olması ilkeleri hayati bir öneme sahiptir. Bu ilkelerin hayata geçirilmesinde en önemli köşe taşı ise adil bir yargılamanın gerçekleşebilmesi için önkoşul olarak kabul edilen yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığının sağlanmasıdır.

Yargıyı tarafsız ve bağımsız hale getirebilmenin ön koşulu, göreve getirilecek hâkim ve savcılarının liyakat ilkesini temel alan objektif kriterlerle seçilmesidir. Kriterlerin objektifleştirilmesi ise meslek adaylarında aranan kriterler, sınav sistemi ve değerlendirme sisteminde yapılacak iyileştirmelere bağlanmaktadır. Bunların sağlanması halinde hukuk sistemlerinin en büyük sorunlardan biri olarak görülen yasama ve yürütme organlarının yargı üzerindeki etkisi azaltılmış olabilecektir. Böylece Anayasa, kanunlar ve vicdanından başka hiçbir kişi veya otoriteye dayanmadan karar veren yargı mensuplarına sahip olunabileceği; yargının tarafsızlığı ve bağımsızlığı, kuvvetler arası ayrılık ve kuvvetlerin birbirini fren ve denge içerisinde tutması bir nebze olsun sağlanabilecektir.

Bu makalede, Türkiye’de göreve yeni başlayacak olan hâkim ve savcı adaylarının seçim süreci ele alınacaktır. Bu bağlamda yer yer birtakım demokratik ülkelerde hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesinde ne gibi süreçlerden geçileceği hususunda farklı modellerden yararlanılarak, Türkiye’deki mevcut sistemin geliştirilmesi amacıyla eleştirel bir bakış açısıyla öneriler sunulacaktır.

Anahtar Kelimeler: *Hâkim ve Savcılarının Seçimi, Liyakat, Kuvvetler Ayrılığı, Fren ve Denge, Yargı Bağımsızlığı.*

* Makale gönderim tarihi: 29.01.2021. Makale kabul tarihi: 17.05.2021. Abdurrahman Tekin, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Liyakat İlkesi Bağlamında Türkiye’de Hâkim ve Savcı Adaylarının Seçimi”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 131-166; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.12>

** Dr. Öğr. Üy.Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku, tekinabdurrahman@hotmail.com, 0000000330413941.

ABSTRACT

Both the principle of separation of powers and the principle of checks and balances in power sharing are of vital importance for attainment of a liberal democratic system. The most critical cornerstone in implementation of these principles is to ensure judicial independence and impartiality, which is regarded as the precondition of a fair trial. The prerequisite for assurance of judicial independence and impartiality is to select judges and prosecutors in accordance with objective criteria based on the merit principle. These criteria become more objective to the extent of improvements to be performed in qualifications requested from prospective judges and prosecutors and in examination and assessment systems. When these goals are achieved, it would be possible to lessen the impact of legislative and executive branches on judiciary, which is regarded as one of the most difficult problems of legal systems. Thus, legal systems would be able to employ such qualified judiciary members, who make judgments in reliance upon Constitution, laws and their own conscience without deriving power from any other person or authority. Moreover, independence and impartiality of judicial system, separation of powers as well as checks and balances in power sharing would be achievable at least to some degree. This article will examine the selection process of prospective judges and prosecutors who will be newly appointed in Turkey. In this sense, some recommendations will be made with a view to enhancing the current system in Turkey in the light of different models indicating which processes are carried out in selection of judges and prosecutors in several other democratic countries

Keywords: *Selection of Judicial Professionals, Merit, Separation of Powers, Check and Balance, Judicial Independence.*

Giriş

Yasama, yürütme ve yargı organı şeklinde devlet teşkilatının bölünmesi ve bu yapıların fonksiyonlarını icra ederken diğer bir organın müdahalesi ile karşılaşmaması kuvvetler ayrılığının en saf ve yalın şekilde tasviridir¹. Ancak liberal demokratik sistemlerde bu teorinin böylesi rasyonellikten uzak kaçan yalın haliyle uygulanmasını beklemek mümkün değildir². Bu hususta Vile, kuvvetler ayrılığı ilkesinin çağdaş demokrasilerde “fren ve denge” kavramları olmadan açıklanmasının doğru olmayacağını söyleyerek söz konusu tanımlamayı yumuşatmaktadır³. Zira günümüzde devlet aygıtının, kurumsal ve fonksiyonel

1 Maurice J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2. bs., Liberty Fund, Indianapolis, 1998 s. 14.

2 Eoin Carolan, *The New Separation of Powers A Theory for the Modern State*, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 18-20; Andras Sajo, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest, 1999, s. 75.

3 Vile, s. 15-19.

manada iç içe geçmiş ilişkiler ağını göz ardı etmek mümkün değildir.⁴ Bu denli girift ilişkiler ile eylemleri birbirine bağlanan organların ayrılığı temel olsa da; esasen organlar, birbirini denetleyebilmesi ile dengelenmiştir. Bu noktada, yasama ve yargıyı da denetleyebilecek konumda olan yargı organı dikkatleri üzerine çekmektedir. Alexander Hamilton'un belirttiği üzere "yargı organı, en az tehlikeli olan organdır. Yasamanın bütçeyi, yürütmenin ise kılıcı elinde tuttuğu bir düzende yargı, görevini yapmak üzere sadece şekilsel yetkiler ile donatılmış bir organdır."⁵ Hamilton'un, "yargının diğer organları denetleme imkanına kavuşarak çok mu güçlendirildiği" eleştirilerine cevap niteliğindeki bu ifadesi ile kurgulanan Amerika Birleşik Devletleri (ABD) Anayasası ile yargının güçlenmesi yolunda önemli bir adım atılmıştır. Bir diğer ifade ile bu fikrin temel alınmasıyla, yargı organının diğer organların işlemlerini denetleyebilme imkânı ile donatılması gerektiği algısı yerleşmeye başlamıştır.

Modern demokrasilerin şekillenmesinden önceki dönemde yargı organı, vatandaşlar arasındaki uyuşmazlıkları çözerken; günümüzde, bu görevine ilaveten devlet ile birey arasındaki ve devlet kurumlarının birbiri arasındaki uyuşmazlıkları çözmeye işlevi ile de yetkilendirilmiştir.⁶ Zamanla görev tanımındaki bu değişimler ile yargı organı daha da önemli bir konuma yerleşmiştir. Bu bağlamda yargı organı, temel hak ve hürriyetlerin garantörü, anayasa ve kanunların bekçisi ve hukuk devletinin anahtarı olarak görülmeye başlanmıştır.⁷ Böylesi önem atfedilen ve güç verilen bir organın görevini en uygun şartlarda yapabilmesinin temin edilebilmesi için diğer kuvvetlerden ayrılığının ve bağımsızlığının temin edilmesi gerektiği anlaşılmıştır. Nitekim günümüzde kuvvetlerin ayrılığından maksat, yargının diğer organlardan olan ayrılığıdır. Yasama ve yürütme arasındaki ilişki ise kuvvetlerin dağılımı kavramıyla nitelendirilmektedir.⁸ Aynı doğrultuda, yasama ve yürütme organından bağımsız bir yargı erki olmadan özgürlükten bahsetmenin mümkün olmayacağını belirten Montesquieu, yüzyıllar öncesinden kuvvetler ayrılığının ve yargı bağımsızlığının önemine dikkat çekmiş ve asıl ayrılması gerekenin yargı organı olduğunu vurgulamıştır.⁹

4 Türker Ertaş, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler*, Seçkin, Ankara, 2018, s. 25.

5 Alexander Hamilton, *Federalist No: 78*, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (04.10 2020).

6 Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 631-634.

7 Abdurrahman Tekin, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 348. (Liberal)

8 Tekin, (Liberal), s. 347.

9 Montesquieu, (Terc. Thomas Nugent), *The Spirit of Laws*, Botache Books, Kitchener, 1748, s. 173.

Yargı organına atfedilen bağımsızlık; yargının diğer organlardan ayrı tutulması gerektiği anlayışı ve onları denetleyebilme imkânı sayesinde yasama ve yürütme denge ve kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Bu noktada akla, yargıyı kimin denetleyeceği sorusu gelmektedir. “Kimse” diyerek net bir cevap vermek cüretkârlık olarak addedilmeyecektir. Yargının görevini icra ederken yasama ve yürütmenin bir müdahalesini beklemek elbette ki demokratik sistemlerde mümkün değildir. Ancak yargı organı denetlenemese de diğer organların yargı organı üzerinde “özellikle bir konuda etkili” olacağı bir düzenin, tüm dünyada tesis edildiği görülmektedir. Bu “etki”, yargı mensuplarının seçiminde yasama ve yürütmeye kısmi bir pay verilmesidir. Hiçbir yargıcın seçiminde yasama veya yürütmenin rol almadığı bir ülkenin olmaması bu yargıyı destekler niteliktedir. Bu noktada, üye seçiminde sınırlar ne olmalıdır gibi önemli bir soru akla gelmektedir. Zira üye seçiminin nasıl kurgulandığı, yargının diğer organlar tarafından denetlenip denetlenmediğinin cevabını verecektir.

Günümüzde hangi hükümet sistemi olursa olsun yasama ve yürütme organlarının aynı siyasi ekolün elinde toplanması “neredeyse” bir rutin haline gelmiştir.¹⁰ Birleşen bu gücün, yargıyı da kontrol etme yönünde adımlar atma ihtimali göz önünde tutulmalıdır. Yargının işleyişinde mutlak özerklik olması, buna karşın kuvvetlerin dengelenmesi için sadece üyelerin belirlenmesi ile sınırlı bir ilişki ağı kurulması fikri, yargının bağımsızlığını korumaya yetmemektedir. Ayrıca yasama ve yürütmenin üye seçiminde liyakat ekseninde hareket etmesinin de temin edilmesi; buna ilaveten göreve yeni başlayacak hâkim ve savcıların seçiminde yasama ve yürütmenin müdahalesini tamamen gündemden kaldırılması gerekmektedir. Belli noktada yasama ve yürütmenin yargı üst kurulları ile temyiz mercilerine atama yapmasını makul görmek mümkündür. Neredeyse tüm dünya ülkelerinin anayasalarında bu tür hükümlerin varlığı bu yargıyı destekler niteliktedir. Ancak mesleğe girişte diğer organların aktif rol oynaması, kendilerine güdümlü ve minnet borcu olan bir yargı organının doğmasına sebep olmaktadır.

Türkiye’de Cumhuriyetin ilanından bugüne, bilhassa 1960, 1980 ve 28 Şubat darbelerinden sonra icra edilen yargılamalardan da anlaşılacağı üzere, yargının tarafsız ve bağımsızlığının temin edilerek kuvvetler arası ayrılık ve fren-denge ilkelerinin hukuk sistemine işlenmesi tam manasıyla mümkün olmamıştır. Yakın geçmişe bakıldığında da farklı bir tablo ile karşılaşılmadığı anlaşılmaktadır. Hakikaten, 15 Temmuz darbe teşebbüsünden önceki Ergenekon, Selam Tevhid, Balyoz, 17-25 Aralık gibi birtakım davalar incelendiğinde,

10 Parlamenter sistemlerde azınlık hükümetleri ile, ABD tipi iki partili başkanlık sistemlerindeki istisnalar haricinde yürütme neredeyse her daim yasama çoğunluğuna da hâkim olmaktadır.

yargı mensuplarının kararlarını verirken hukuka ve vicdani kanaatlerine göre değil, tabi oldukları oluşumların menfaatlerine göre hareket ettikleri görülmüştür. Bu da göstermektedir ki yargı mensuplarının seçiminde birtakım ilkelere belirlenmesi ve seçim sisteminde değişikliklerin yapılması bir aciliyet halini almıştır.

Bu çalışmada, bağımsız ve tarafsız bir yargının teşekkülünün ön şartlarından olan liyakat ilkesine değinilecektir. Hâkim ve savcıların liyakat ilkesine uygun bir şekilde belirlenmesi durumunda, gelebilecek hiçbir baskı ve telkinden etkilenmeyecek yargı mensuplarına sahip olunma yolunda önemli bir adım atılacağı hususu vurgulanacaktır. Takip eden her bir başlık altında öncelikle Türkiye’de hâkim ve savcılarının belirlenme sürecine değinilecek; akabinde yer yer demokratik ülkelerde¹¹ var olan hâkim ve savcı seçim usullerinden bahsedilecektir. Son olarak, her bir başlıkta, bahsedilen seçili ülkelerdeki modeller ışığında Türkiye’de hâkim ve savcılarının seçiminde yapılması gereken reformlar, ülke şartları da göz önünde tutularak önerilecektir.

I. Liyakat İlkesi ve Yargı Organı Açısından Önemi

Günümüzde kamu yönetim sisteminde en önemli kavramlar arasında gösterilen liyakat kavramı, Türk Dil Kurumu’nda, “*Bir kimsenin, kendisine iş verilmeğe uygunluk, yaraşırılık durumu*” olarak tanımlamıştır.¹² Liyakati, sahip olunan donanım, yetenek, eğitim, zekâ, tecrübe, tutum ve davranışlar ve gösterilecek gayret sayesinde bir işin icra edilmesinde en uygun özelliklere sahip olma şeklinde tanımlamak da mümkündür.

Liyakat, eski çağlardan bu yana devlet yönetiminde benimsenmesi gereken

11 Her ne kadar Türkiye başkanlık sistemini benimsemiş olsa da bu çalışmada, başkanlık sistemi ile yönetilen ülkeler yerine; “geneli” Kıta Avrupa Hukuk Sisteminde yer alan ve “çoğunluğu” parlamenter sistem ile yönetilen ülkeler karşılaştırmalı hukuk açısından ele alınmıştır. Göreve yeni başlayacak hâkim ve savcılarının seçiminde hükümet sistemleri bağlamında değişen bir kriter yoktur, esasen olmamalıdır da. Dünyanın tüm ülkelerinde liyakate dayanan ve yürütme organından arındırılmış bir şekilde sürecin işletilmesi gerekmektedir. Buna karşın yargı üst kurulları, temyiz mahkemeleri ve norm denetimi yapan mahkeme üyelerinin seçiminde bir karşılaştırma yaparken, hükümet sistemleri önemli bir parametre olmaktadır. Bu sebeple bu çalışmada hükümet sistemleri bağlamında bir ülke tercihinde bulunulmamıştır. Esasen bunun bir sebebi daha bulunmaktadır: Kolombiya, Veneziella, Brezilya, Arjantin, Meksika, Nijerya gibi başkanlık sistemi ile yönetilen pek çok ülkede demokrasi kültürünün tam manasıyla oturmamış olmasıdır. ABD’nin ele alınmama sebebi ise yeknesak bir uygulamasının olmamasındandır. Eyaletten eyalete istihdam süreçlerinin değiştiği hatta kimi eyaletlerde yerel hâkimlerinin (circuit judge) seçimi, partilerin de desteklediği, başlıkların toplandığı bir seçim ile mümkün olmaktadır. Bkz. Helen W. Gunnarsson, “Judiciary So You Want to Be a Judge?”, Illinois Bar Journal, Cilt: 98, Sayı: 9, 2010, s. 456-460. Bu çalışmada bahsedilen ülke uygulamaları ile hâkim ve savcı adaylarının nasıl seçilmesi gerektiğine dair yeterli sayılabilecek örneklem alınmaya çalışılmıştır.

12 Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (10.10.2020).

bir husus olagelmıştır. Gerek dini belgeler aracılığıyla gerekse antik filozoflar ve Orta Çağ düşünürlerinin eserlerinde yönetim kadrosunun liyakatli, ehil kişiler arasından seçilmesi gerektiğini zikredilmiştir.¹³ Liyakat sisteminin tarihimizde örneğini Osmanlı Devleti’nde kurgulanan Enderun Mektebi’nden görmek mümkündür. Devşirme usulü ile ailelerinin rızası ile alınan çocuklar, erken yaşlarda dini, edebi, bedeni ve fen ilimleri ile sanat alanlarında 14 sene süren zorlu bir eğitime katılırlar ve sahip oldukları niteliklere göre devletin üst tabakalarındaki konumlarına yerleştirilirdi. Avrupa ülkelerinde, neredeyse önemli tüm devlet kadrolarının soyluluk esasına göre tahsis edildiği bir dönemde, Osmanlı’da liyakat eksenli bir düzen kurgulandığı rahatlıkla söylenebilir.¹⁴ Ancak üst düzey kamu yöneticileri için getirilmiş böylesi bir sistemi, alt derece memuriyetlerde görmek pek de mümkün olamamaktadır.

İktidarın sınırlandırılması fikri ve anayasacılık hareketlerinin yaygınlaşması ile memuriyete giriş sisteminde Avrupa’da köklü değişiklikler gerçekleşmiştir. Fransız Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde bu husus açıkça düzenlenerek liyakat ilkesi pozitif hukukta yerini almaya başlamıştır. “Yasa önünde eşit olan tüm yurttaşlar, kapasitelerine göre ve erdemleri ile yetenekleri dışında hiçbir ayırım gözetmeksizin her türlü kamu görevi, rütbe ve makamlarına eşit olarak kabul edilirler.” Esasen bu tür süslü kelimeler, kayırma sistemini bitirmeye yetmemiştir. Ancak o dönem için devrim niteliğindeki bu hüküm ile günümüzde ideal olarak ulaşılmaya çalışılan liyakat ilkesinin tohumları hukuk sistemlerine ekilmeye başlanmıştır.

Yeni ekonomik ve siyasal düzende devletin sunmakla yükümlü olduğu kamusal hizmetlerin nitelik ve nicelik olarak artması, kamusal faaliyetlerin belirli bir plan dahilinde yürütülen, teknik uzmanlık ve nitelik gerektiren bir uğraş olarak ele alınmasını zorunlu kılmıştır

Kamu memuriyetinin halka açılması elbette ki sorunları çözmemiştir. İktidarın seçilenler ile paylaşılması sonrasında seçilenler, kendi bürokrat kadrolarını da siyasi saikler ile seçme yarışına girmişlerdir. Hemen hemen tüm ülkelerde uygulanmış ve ganimet sistemi olarak nitelendirilen bu sisteme göre, seçilenler, tüm bürokrasi üzerinde savaş sonrası elde edilen ganimet gibi hak

13 Daha detaylı bilgi için Bkz.: Kur’an-ı Kerim, Nisa Suresi, 58. Ayet; Ayşe Gül Çıvgın, „Platon’un Adalet ve Filozof Kral Anlayışı”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2018, s. 212-229; Mesnevi, Cilt 4 Bent 1443, [http://arsiv.mevlana.org.tr/doc/mesnevi/PDF/Mesnevi-i%20Serif%20Cild%20\(4\).pdf](http://arsiv.mevlana.org.tr/doc/mesnevi/PDF/Mesnevi-i%20Serif%20Cild%20(4).pdf), (22.12.2020); Yusuf Has Hacib, (Terc. Muzaffer Dinçel), *Kutadgu Bilig*, Gençlik Spor Bakanlığı, Ankara, 2019.

14 Zeki Tekin, “Osmanlı Devleti”, Ed. Abdurrahman Tekin, Ömer Temeli İlyas Fırat Cengiz, *Osmanlı Ardıl Devletlerinin Siyasal Sistemleri* Cilt I, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 26-31.

iddia etmekte ve bürokrasiyi istediği şekilde dizayn etmektedir.¹⁵ Esasen kamunun bu şekilde tasarımı patrimonyal devletlerin bir gereğidir. Zira patrimonyal devletlerde sadakat esastır ve ana kriterdir. Ancak devletlerin sunduğu kamusal hizmetlerin çeşitlenmesi ve seçim hakkının tabana yayılması ile memnuniyetsizliklerin bedelini ödeyebilecek bir siyasi merciinin varlığı, teşkilatlanmada ve istihdamda sadakatin ikinci plana atılması gerçeğini ortaya çıkarmıştır. Kamusal faaliyetlerin uzmanlık gerektiren işlemler olduğu fikrini savunan Alman sosyolog Weber, uzmanlaşmaya dayanan bürokrasi kuramında, memurluğu bir meslek olarak görmüştür. Bürokrasiyi rasyonel ve kanunlara dayanması gereken bir teşkilatlanma olarak gören Weber'e göre bir kurallar manzumesi içerisinde kamu memuriyetinin göreve gelmesi ve çalışması beklenmektedir. Weber tasarımıdaki bürokratik devlette, sadakatten ziyade genel kurallar ile belirlenmiş kıstasların esas alındığı istihdam düşüncesi bulunmaktadır.¹⁶ Günümüze kadar gelişerek gelen bürokrasi kuramı sayesinde, kamu personel teşkilatlanmasının her bir aşamasında liyakat, aranan en temel özellik olmuştur. Nitekim günümüzde yürütme atayacağı kişilerin sadakatine baktığı gibi ilgili makamın gerektirdiği niteliklere sahip olunup olunmadığına da bakmaktadır. Zira bu bürokratların sadakati, işlerin verimli icrasına yetmeyecek ve aksayan işlemlerden halk karşısında bürokrat değil siyasiler mesul olacaktır. Bundan dolayı sadakat ile liyakat birlikte aranır olmuştur. Özellikle üst düzey kamu yöneticileri için bu anlayış yerleşmiş ve istisnai memurluklar oluşturularak yürütmeye geniş bir takdir hakkı bahşedilmiştir. Buna karşın bir hukuk devletinde kamu memuriyetine yeni girecek kişilerin belirlenmesinde, üst düzey bürokratların belirlenmesinde olduğu gibi yürütmeye bir takdir yetkisi verilmesinin düşünülmemesi gerektiği anlayışı yaygınlaşmıştır. Günümüzde, memuriyetin adil ve şeffaf bir sınav sonucunda elde edilmesi gerektiği kanıksanmış bir gerçek halini almıştır. Layık olanın seçileceği bir sistemin kurgulanması ile hukukun kendisine biçtiği rolü oynayacak olan memur, makamının siyasileşmemesini de sağlayacaktır. Minnet ve vicdan borcu içerisinde göreve başlamayan ve gerekli nitelikleri haiz bir memur, nitelikleri gereği hukukun dışına çıkmayacaktır/çıkma zorlanamayacaktır; en azından bu kolay olmayacaktır.

Layık olanın göreve getirilmesi yolunda günümüzde geline noktada, sınavın önceden duyurulması, başvurma işleminin geniş bir aday tabanına yayılması, başvuru makama uygun soruların yöneltilmesi ve değerlendirmenin

15 Mustafa Lütü Şen, "Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 28, 1995, s. 80.

16 Max Weber, *Sosyoloji Yazıları*, (Haz) Hans H. Gerth/C. Wright Mills, (Çev) Taha Parla, Metis, 2019, s. 220; Nurettin Aydın, "Weberyan Bürokraside Liyakat ve Türk Kamu Bürokrasisinden Bir Kesit", *Sayıştay Dergisi*, S: 85, 2012, s. 53-63.

objektif yapılması gibi genel ilkelerin olması beklenmektedir. Bu şekilde icra edilen bir sınavı geçebilecek kişi için “görevini layıkıyla yapacağı karinesi” oluşmaktadır. Ancak yargı organı için bu kriterler yetmekte midir veya kim yargı mensuplarını seçmede rol oynayacaktır gibi sorular akla gelmektedir. Serbest seçimler ile oluşan yasama ve yürütme organları, doğrudan veya dolaylı olarak halk tarafından seçilmekte ve milyonların oyunu alarak layık adedilmektedir. Hukuk devleti anlayışını içselleştirememiş ve kırılğan yapılı demokrasilerde yargının demokratik meşruiyetinin olmadığı; bu sebeple de yargı mensuplarının yasama ve yürütme tarafından seçilmesi gerektiği algısı mevcuttur.¹⁷ Bu anlayışı doğru kabul etmek mümkün değildir. Zira yargı organları meşruiyetini anayasalardan almaktadır. Ancak yine de yargı üst kurulları ile yüksek mahkeme üyelerinin seçimi konusunda diğer organlar ile birlikte adeta iş dünyasındaki gibi bir konsorsiyum oluşturulması gerekecektir. Nitekim Venedik Komisyonu’nun da bu husustaki raporlarında, yargı üst kurulu ve norm denetimi yapan mahkemelerin teşekkülünde, devlet organlarının müşterek hareket etmesi tavsiyeleri yer almaktadır.¹⁸ Bu noktada ikili bir ayırım yapılarak bu hususu ele almak gerekecektir. Yargı üst kurulları ve yüksek mahkeme üyelerinin seçiminde, yasama ve yürütmeye belli oranlarda üye seçmeye imkân tanınabileceği daha önce zikredilmişti. Elbette ki bu kurumlara seçilecek adayların belirlenmesinde de amacından sapacak ve kontrol etme niyetine dönüşmeyecek bir sistemin kurgulanması daha iyi olacaktır.¹⁹ Ancak göreve yeni başlayacak ilk derece mahkemelerindeki yargı mensuplarının seçiminde, yasama ve yürütmeyi yetkili kılmak, yargının kontrol altına alınması gibi bir sonuç doğuracaktır. Bu sebeple göreve başlama sürecinin yönetiminin, bir diğer ifade ile sınav ve mülakat sürecinin yasama ve yürütme organından ayrı ve bağımsızlığı temin edilmiş bir kurum tarafından icra edilmesi gerekmektedir. Bunun temin edilmesi halinde yargıda liyakat eksenli istihdamın önu açılacak ve hukuk devleti, liberal demokratik devlet, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığı gibi kavramlar o ülke ismi ile rahatlıkla anılabilecektir. Pek çok Avrupa ülkesinde hâkim ve savcılarının göreve başlamasında yürütmenin aktif rol oynadığı bilinmektedir. Bu durum, kendi içlerinde de eleştiri konusu edilmektedir. An-

17 Ömer Anayurt, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 660.

18 European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Judicial Appointments*, 2007, s. 7, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)028-e), 21.03.2021; European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Reform of the Judiciary In Bulgaria*, 1999, s. 7, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(1999\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(1999)005-e), 21.03.2021.

19 Yargı üst kurulları ile yüksek mahkemelerin üyelerinin belirlenmesinde karşılaştırmalı hukukta ne gibi sistemlerin olduğu hususunda teferruatlıca değerlendirmeler için Bkz. Tekin, (Liberal), s. 345-374.

cak Türkiye gibi rövanşist demokrasinin²⁰ var olduğu ve sert kutuplaşmanın yaşandığı ülkede yasama ve yürütmenin bu konuya dahlini sınırlı tutmak geçmiş tecrübelerden rahatlıkla çıkartılabilmektedir.

Liyakat ilkesine uygun bir şekilde seçilen hâkim ve savcılar, yargının bağımsızlık ve tarafsızlığının ön koşuludur. Neredeyse tüm ülkelerin anayasalarında yargı organının tarafsızlığı ve bağımsızlığına vurgu yapıldığı görülmektedir. Bu denli önem atfedilen kavramları kısaca açıklamakta fayda vardır. Anayurt tarafından, hukuk devletinin altın anahtarı ve keyfi iktidarın en etkin panzehiri gibi nitelendirmelerde²¹ bulunduğu yargının tarafsızlığı, bir mahkeme önüne gelen bir hususta hâkim ve savcıların herhangi bir önyargıya kapılmadan hukuk ve vicdanlarına göre kanaatlerini kararına yansıtmasıdır. Yargı bağımsızlığı ise hâkim ve savcıların soruşturma ve yargılamanın her aşamasında yargı organının içinden veya dışından gelecek her türlü baskı ve telkiden arınmış bir şekilde hukuk ve vicdanına göre karar vermesidir.²² Yargı bağımsızlığının sağlanmasında birtakım hakimlik güvencelerinin tesis edilmesi şarttır. Görevden alınmama, resen emekliye sevk edilmeme, maaş ve ödenekten mahrum bırakılmama ve coğrafi teminat gibi sayıları artırılabilir hususların garantiye alınması gerekmektedir.²³ Sayılan bu hususlar, göreve başladıktan sonra yargı mensuplarının bağımsızlığının sağlanması ile ilgilidir. Ancak bu çalışmada konu edilen husus her birinin adeta temeli olan, göreve başlama sırasında yargı mensuplarının bağımsızlığının temin edilmesidir. Göreve başlayacak yargı mensuplarının bağımsızlığı ise zikredildiği üzere objektif kriterlere göre bağımsız kurullarca liyakate göre seçilme ile gerçekleşecektir. Göreve başlayacak yargı mensubunun liyakat değil de referanslar ile mesleğe girişi sağlandığında, görevi devam ederken bu minnet borcu ile hareket edeceği aşikardır.

İktidarın her değişiminde yargıda güçlenme arayışına girilmesi yargıyı siyasilerin bir savaş meydanına dönüştürecektir. Halbuki siyasilerin mücadele sahaları miting meydanları, sokaklar ve meclis kürsüleri olmalıdır. İş kanunları uygulamak olan bu kesim, siyasilerin desteği ile makamına gelmediği; bilakis layık olduğu için seçildiği takdirde tarafsız ve bağımsız hareket edeceği çıkarımını yapmamak mümkün değildir.

20 Rövanşist demokrasi veya intikamcı demokrasi, iktidarların muhalefete geçmiş hukuksuzluklarının bedelini keyfilığe kaçabilecek şekilde ödetme gayreti içinde olduğu demokrasi çeşidi olarak tanımlanabilir

21 Anayurt, s. 640.

22 Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. bs., Ankara, Yetkin, 2016, s. 387-388; Cem Duran Uzun, "Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yargı", *Seta Analiz*, Sayı 193, 2017, s. 11; Yüksel Metin, "Türkiye'de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, 2010, s. 220.

23 Anayurt, s. 638.

II. Karşılaştırmalı Hukuk ve Türkiye’de Hâkim ve Savcıların Seçim Süreci

Yargı mensubiyeti için birtakım aşamalardan geçilmesi gereklidir. İlk başta başvuru ehliyetine sahip olunması gerekmektedir. Bu imkâna sahip olan kişiler yazılı sınavı başarı ile geçmesi durumunda ikinci aşama olan mülakat sınavına alınmakta ve sonuca göre başarılı olanlar yargı mensubu olmaya aday bir pozisyona gelmektedirler. Bu sıra ile takip edilecek olan her başlık altında sırasıyla Türkiye’de mevcut hâkim ve savcı seçim sistemi, karşılaştırmalı hukukta olan sistem ve Türkiye’de olması arzu edilen sistem anlatılmaya çalışılacaktır.

A. Görevin Gerektirdiği Nitelikler

1. Mezuniyet ve Mesleki Şartlar

2802 sayılı kanuna göre Hâkim ve savcılık sınavına girebilme hususunda, Türkiye’de adli ve idari yargı adaylığı için ayrıma gidilmiş ve adli yargı adaylığında hukuk fakültesi mezun olmak şartı aranmıştır. İdari yargı adaylığı için ise bir kota öngörülerek hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idari bilimler, iktisat ve maliye gibi alanlardan mezun olanların da hukuk fakültesinden mezun olanlar gibi hâkim olabilmeye olanak tanınmıştır.²⁴ Benzer şekilde Fransa’da da yerel yönetimlerde görevli birtakım kamu personeline eğitimden geçme şartı ile hakim savcı olabilmeye imkanı tanınmaktadır.²⁵ Ayrıca Fransa’da, sınava giren ve eğitimlerden geçenlerin sayısının ihtiyaçları doldurmadığı zamanlarda hukukçu olmayan ancak kamu tecrübesi olanlar da hakim olarak doğrudan atama ile istihdam edildiği görülmüştür. Böylece kamuda çalışan personelin tecrübelerini yargıya aktarması sağlanmıştır. Ancak günümüzde doğrudan atama ile bu şekilde alım ile istisnaen karşılaşılabilecek hale gelmiştir.²⁶ Kamunun işlemlerinin hukukiliğini denetleyecek olan idare mahkemelerinde görev yapacak kişilerin salt hukuki eğitimden ziyade vergi, maliye, mülkiye gibi eğitimlerden geçen kişiler arasından seçilmesini isabetli görmek gerekecektir. Zira bu alanda görev alacak kişilerin idare ve kamu hukuku alanında yetkin, bilgi ve tecrübeye sahip olması beklenmektedir.²⁷ Böylece bir vergi uyumsuzluğunda maliye mezunu olan hâkim, hukuk mezunu hakimlere yol gösterebilecektir.

24 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/1.

25 Roger Errera, “The Recruitment, Training, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 47-48.

26 Luis Muniz-Argüelles; Migdalia Fraticelli-Torres, Selection and Training of Judges in Spain, France, West Germany, and England”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Cilt 8, Sayı 1, 1985, s. 13.

27 Nuri Alan, “Danistay’ın 135.Yıldonumu ve Danistay ve İdari Yargı Gunu Konusması”, *Danistay Kararlar Dergisi*, Sayı: 2, 2003. s. 18.

Benzer şekilde siyasal bilgiler fakültesi mezunu hâkimin de idari hususlardaki tecrübesinden faydalanılabilecektir.

Sadece hukukçuların istihdamına imkân tanıyan ülkeler de mevcuttur. Polonya, Hollanda, Almanya, Avusturya, Slovakya ve İtalya'da da hakimlik için hukuk fakültesi mezuniyeti aranmaktadır. Ancak buna ilaveten İtalya'da lisans diplomasına ek olarak yüksek lisans diplomasına da sahip olma kriteri aranmaktadır.²⁸ Böylece mesleği icra etme hususunda daha zorlayıcı bir kıstas getirilmiş ve adayların donanımlı kişiler olması sağlanmıştır. Türkiye için de yüksek lisans mezuniyet şartı getirilmesi düşünülebilir. Böylece lisans aşamasından geçer geçmez hiçbir mesleki ve akademik tecrübeden yoksun olarak mesleğin icrasına bir nebze olsun engel olunabilecektir.

Türkiye'de hâkim ve savcılarının, mesleki tecrübeye sahip avukatlar veya akademik kariyere sahip hukukçular arasından seçilmesi hususunda da düzenleme yapılmıştır. Buna göre Türkiye adalet Akademisinin görüşü ile belirlenecek olan sayıya göre avukatlık mesleğinde 3 yıl çalışmış ve 45 yaşını doldurmuş adaylar için ayrı bir sınav yapılarak bu kişilerin mesleğe dahil edilmesine olanak tanınmıştır. Aynı şekilde hukuk alanında doktora tamamlayan kişilere de sınavsız mülakata girme hakkı tanınmaktadır.²⁹ Avukatlık mesleğindeki tecrübenin hâkim ve savcılığa yansıtılması hususunda pek çok örnek görülebilir. Örneğin İrlanda'da 10 yıl; İngiltere'de 5-7 yıl mesleki tecrübenin varlığı aranmaktadır.³⁰ Benzer hükümü İtalya ve İspanya'da da görmek mümkündür. İtalya'da başvurulacak kadroların %10'u 45 yaşını geçmemiş ve 5 yıldan fazla avukatlık tecrübesi olan kişiler için ayrılmıştır.³¹ İspanya'da ise kadroların %25'inin 10 yıldan fazla mesleki tecrübeye sahip avukatlar arasından yapılarak hakim savcılık mesleğine yeni bir sıcak kan girişi sağlanmaktadır.³²

28 Philip M. Langbroek, Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in the Netherlands, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 164.; Celalettin Dönmez, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkim ve Savcılarının Atanmalarına İlişkin Düzenlemeler*, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/e-kutuphane/avrupa%20birli%C4%9Fi%20%C3%BClkelerinde%20hakim%20osavc%C4%B1%20atamalar%C4%B1.pdf>, (08.05.2015), t.y., s. 3; Samuel Spáč, "Recruiting European Judges in the Age of Judicial Self-Government", *German Law Journal*, Cilt 19, Sayı 5, 2018, s. 2091.

29 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/1-k, 9/1.3.

30 Association of Judges of Ireland, *Appointment to Judicial Office*, <https://aji.ie/the-judiciary/appointment-to-judicial-office/>, 23/12/2020; Judicial Appointments Commission, *Eligibility for Legally Qualified Candidates*, <https://judicialappointments.gov.uk/eligibility-for-llgally-qualified-candidates/>, (23.12.2020).

31 Dönmez, s. 3-4.

32 Marta Poblet; Pompeu Casanovas, "Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Spain", Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 195.

Fransa’da ise istisnaen de olsa, en az sekiz sene çalışmış avukat ve profesyonel hukukçuların hâkim veya savcılık için aday gösterildiği ve doğrudan atanması mümkündür.³³ Gerek avukatların gerekse de akademik unvan sahibi kişilerin mesleğe kabulü, farklı bakış açısına sahip kişilerin yargı sisteminin daha iyi işlemesine yardım edebilecektir. Böylece hukuk mecrasının farklı koltuklarında oturan bu kişilerin önceki tecrübe ve bilgilerini hâkim ve savcılık mesleğine aktarması sağlanacaktır. Türkiye için avukatlara kota ayrılması uygulamasını yetersiz de olsa makul görmemekteyiz. Zira mevcut sistemde oldukça genç yaşta, hiçbir akademik ve avukatlık tecrübesi olmadan hâkim-savcılık mesleğine sahip olunabilmektedir. Bunun yerine hâkim savcılık sınavının yeni mezunlara değil, sadece en az 3 yıllık mesleki tecrübesi olan kişilere yapılması, başlangıç aşaması için yeterli olabilecektir. İrlanda’da olduğu gibi hâkim ve savcı olmak için 10 yıl avukatlık veya akademisyenlik şartının ileride Türkiye’de de uygulanması yargının geleceği konumu güçlendirecektir. En azından bu gelecek için ön hazırlık olarak “3 yılı” iyi bir başlangıç gibi görmek gerekir.

2. Yaş Şartı

Türkiye’de de hâkim ve savcı olabilmek için pek çok ülkede olduğu gibi yaş kriterinin belirlendiği görülmektedir. Ancak Türkiye’de muadillerine göre tam zıt şekilde azami yaş şartı belirtilmiştir. Buna göre yakın zamanda yapılan bir düzenlemeyle 30 yaş olan sınır, 35 yaş sınırına yükseltilmiştir. Avukatlık mesleğinden gelenler için ise 45 yaşını doldurmamış olma şartı aranmaktadır.³⁴ Buna karşın İtalya’da asgari yaş kistası getirilmiş ve adayların en az 35 yaşında olması zorunluluğu aranmıştır.³⁵ Almanya’da ise mesleğe atanabilmek için herhangi bir yaş sınırı konmamasına karşın, adayların mesleğe kabullerinin 28-30 yaş aralığından aşağı olmadığı gözlenmiştir. Sınav sisteminin ve staj eğitiminin bir hayli zor olması, adayların mesleğe atanma yaşının bu denli uzamasına sebebiyet vermektedir. Bu da yargı mensubu adaylarının hukuk alanında daha yetkin, bilgili ve tecrübeli olmaları sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca, yargı mensubu adaylarına staj dönemleri boyunca mütevazı bir ücret verilmektedir. Mütevazı bir ücret üzerinden, Almanya’da özellikle idealist olan kişilerin hâkim ve savcılık mesleğini seçtiğini çıkarımını yapmak yanlış

33 Serhat Sinan Kocaoğlu, “Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu ‘Hâkim (& Savcı) Niteliği’ ve Bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra’nın Çılgılığı)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 2011, s. 52.

34 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/1-b,k.

35 Giacomo Oberto, *Selection, Training, Career and Status of Judges: International Standards and Italian Experience*, <http://giacomoooberto.com/yerevan/report.htm> (Erişim Tarihi 05.12.2020), 2002, s. 35.

olmayacaktır.³⁶ Slovakya, Slovenya ve Çekya’da 30; Polonya’da 29 yaşın asgari olarak belirlendiği; İngiltere’de ise hakimlik mesleğine atananların 40-60 yaş aralığında olduğu görülmektedir.³⁷ Danimarka’da ise yardımcı hakimlik müessesesi mevcut olup bunların 25 ila 40 yaşları arasında olduğu; atanmış hâkimlerin ise 40 ila 70 yaşları arasında olduğu göze çarpmaktadır.³⁸

Türkiye’deki tabloyla ilgili Kocaoğlu’nun da belirttiği üzere, “asli olması gereken kaynak, yani avukatlık yaptıktan sonra hâkim ya da savcılık statüsüne geçmek isteyen adaylar, tali kaynak haline getirilmiştir”³⁹ Gerçekten de yaş kısıtasının asgari değil de azami olarak belirlenmesi hayat ve mesleki açıdan ciddi tecrübeleri bulunan kişilerin istihdamının engellenmesine sebep olmaktadır. Asgari yaş şartı getirildiği takdirde adaylar, uzun yıllar boyunca avukatlık veya akademisyenlik mesleğinde adeta pişip olgunlaşacaktır. Böylece hâkim ve savcılık mesleğine daha kaliteli insan kaynağı girişi temin edilebilecektir. Yukarıda da zikredildiği üzere bir geçiş rejimi tasarlanabilir. Şöyle ki yaş sınırı olarak en az 25 yaşını tamamlayan “ve” en az 3 yıllık mesleki tecrübesi olanların hâkim ve savcılık sınavına girmesine olanak tanınması meslek mensuplarının donanımı açısından iyi neticelerin alınmasını sağlayabilecektir. Hâkim ve savcılık mesleğine girişte zorlaştırılmış bu şart ile “aday kaynağını” bir anda kesmek doğru olmayacaktır. Bu sebeple kademeli bir tasarım ile ilerleyen yıllarda 3 yıllık asgari avukatlık yapma şartının 5-10 yıla kadar çıkartılması daha faydalı olacaktır.

3. Diğer Nitelikler

Hâkim ve savcılarının, icra ettikleri görevin ehemmiyetinden ötürü birtakım nitelikleri daha haiz olması gerekmektedir. Örneğin sınava girecek olan adayların Türk vatandaşı olma şartı aranmaktadır. Hatta yurtdışında hukuk eğitimi almış Türk vatandaşlarının yerel hukuki bilgisinin artırılması şartıyla hâkim olabilmesine izin verilerek bu adaylara ek şartlar getirilmektedir. Bu bağlamda, diploma denklik işlemleri ile fark derslerin alınmasının zorunlu tutulmaktadır.⁴⁰ Benzer hükümleri diğer ülkelerin mevzuatlarında da görmek mümkündür. Buna karşın Avrupa Birliği ülkelerinde Birlik vatandaşlarına hâkim ve savcı olabileme imkânı tanınmıştır. Ancak İngiltere’nin Brexit ile Birlikten ayrılması sonrası Birlik vatandaşlığını kaybeden İngiliz hakimlerinin, Birlik

36 John Bell, *Judiciaries within Europe, A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, s. 114.

37 Spáč, s. 2091-2097; Kocaoğlu, s. 40.

38 Giovanna Ichino, *Report on EJTQ Questionnaires Concerning Initial Training in European Countries*, Scuola Superiore Della Magistratura, 2011, s. 7-8.

39 Kocaoğlu, s. 74.

40 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/1-a.

ülkelerindeki görevi tehlikeye düşmüş ve çözümlenmesi gereken bir problem olarak masada konuşulmaktadır.⁴¹

Türkiye’de hakimlik mesleğinin Türk vatandaşlarına verilmesi yerinde bir uygulamadır. Bu hüküm Birleşmiş Milletler Yargı Bağımsızlığı Temel Prensiplerinde yapılan düzenlemeyle paralellik arz etmektedir. On numaralı prensip uyarınca yargı mensubu olarak seçilecek kişilerin, gerekli hukuki eğitim ve nitelikleri haiz, dürüst ve ehliyetli olmaları aranmaktadır. Ayrıca yargı mensuplarının seçiminde, aday adaylarının o ülkenin vatandaşı olmasının zorunlu tutulmasından başka, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi veya felsefi görüş, milli veya sosyal çevre ve doğum yeri veya statüsü gibi sebeplerle ayrımcılık yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.⁴² Aynı şekilde, 2012 yılında hazırlanan Yargıda Minimum Standartların Geliştirilmesi Raporu da, yargı mensubiyetinin, siyasi etkiden uzak, adil, kamu denetimine ve başarılı olan her adaya açık olması gerektiğini⁴³ irdeleyerek ayrımcılık yapılmaması hususuna vurgu yapmaktadır.

Hakimlik ve savcılık mesleği için aranan diğer kriterlere, vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği olmama şartı da eklenmiştir. Ayrıca adayın, yadırganacak bir konuşma bozukluğuna sahip olmama veya organlarını hareket zorluğu çekmeme şartı da eklenmiştir.⁴⁴ Bir hâkim adayının gözünün kör olması elbette ki görevini yapmaya engel bir durum olarak görülebilir. Keşif yapması, delilleri incelemesi ve sanık, tanık ve müştekinin hal ve tutumlarını izleyerek analiz etmesi gereken bir hâkimin bu yetisinin olmaması, davaların seyrini ciddi maddada etkilemeye elverişlidir. Ancak kanunun lafzında belirtildiği gibi bir organını hareket zorluğu çekmek görevi yapmaya engel olarak addedilmemelidir. Örneğin bir hâkimin bir ayağının veya kolunun olmaması, görevini icrada ne gibi bir aksaklığa yol açabilir veya kararlarında ne gibi bir yanlışlığa sebep olabilir gibi sorular akla gelmektedir. Nitekim 2012’de hâkim ve savcılık sınavında Türkiye ikincisi olmasına rağmen tek kolu bulunan adayın elenmesi tartışmaları alevlendirmiştir.⁴⁵ Nitekim engellilerin hakim ve savcılık mesleğini

41 European Commission-European Judicial Network, *Legal Professions- England and Wales*, http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_eng_en.htm, (11.05.2015), 2007, s. 1; The Conversation, *EU Court Case Sees British Citizen Seek Post-Brexit Rights in France*, theconversation.com/eu-court-case-sees-british-citizen-seek-post-brexit-rights-in-france-151335, (24.12.2020); Spáč, s. 2088-2091.

42 United Nations, *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, <https://digitallibrary.un.org/record/115943/files/a-conf-121-22-e.pdf>, (20.11.2020).

43 European Network of Council for the Judiciary, *Development of Minimum Judicial Standards II Report, 2011-2012*, http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/nemzetkozi/english/final_report_standards_ii_2011-2012.pdf, (06.11.2020), s. 9.

44 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/1-g.

45 Bianet, *Engelliler de Hakim ve Savcı Olabilecek*, 2014, m.bianet.org/bianet/toplum/156936-

yapabilmesinin önü İspanya'da açılmış ve engelliler için %5 kota ayrılmıştır.⁴⁶

Önem arz eden bir diğer husus ise adayların suç kaydının bulunmamasıdır. Taksirli suçlar hariç tutulmak kaydıyla belli suçlardan 3 ay ve daha fazla bir süre hüküm giymemiş olmak gerekmektedir. Bu tür makul addedilebilecek kuralları Dünyanın her ülkesinde görmek mümkündür.⁴⁷ Ancak kanunda zikredilen suçlardan üç aydan fazla hürriyeti bağlayıcı bir cezayı gerektirecek fiil nedeniyle soruşturma altında olmamak kuralını anlamak mümkün değildir.⁴⁸ Mahkûmiyet sebebiyle belli kamu haklarından yoksun kalınması normal bir durumdur. Ancak en önemli insan hakları arasında olan masumiyet karinesini kabul eden bir hukuk sisteminde henüz mahkûm olmak bir kenara, soruşturma dahi geçiriyor olmak hâkim ve savcı adayı olmayı engellemektedir. Masumiyet karinesi gereği mahkûm olana kadar herkesin masum kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple bu şartın mesleğe giriş açısından bir engel olarak kalmaması daha uygun olacaktır.

Hâkim ve savcı olma hususunda ilginç bir kriter Hollanda'da mevcuttur. Buna göre yargı mensubu olabilmek için belli aşamaların tamamlanması gerekmektedir. Oldukça katı bir alım sürecinin işletildiği Hollanda'da, hukuk mezunu adayların başvurusu üzerine adayların IQ testi olarak da bilinen ve birkaç saat süren zekâ testinden geçmesi gerekmektedir. Yazılı sınavdan önce mülakat ve sonrasında ise PQ olarak isimlendirilen psikolojik test yapılmakta ve burada iş hayatını ilgilendiren konulara yer verilmektedir.⁴⁹ Türkiye'de de buna benzer bir yapının kurulmasında fayda vardır. Elbette bu denli önemli bir makam için başvuran binlerce aday adayının testini icra etmek kurumsallık gerektirecektir. Sınav öncesi yapılması için teknik imkanların yetmemesi durumunda bu testlerin staj evresindeki adaylara yapılması da düşünülebilir.

B. Sınav Sistemi

2802 Sayılı kanun gereği hâkim ve savcı adaylığı için, iki aşamalı bir elemenden geçmek gerekmektedir. Bunların ilki test usulü yapılan yazılı sınavdır. Bu aşamayı geçen belli sayıdaki aday ikinci aşama olan mülakat sınavına alınmaktadırlar.

1. Yazılı Sınav

Kanunda sayılan niteliklere sahip olan aday adaylarının başvurusu ile yazılı sınav süreci başlamaktadır. Sınav, iki bölümden olmak üzere test usulü ile yapılmaktadır. Yüz puan üzerinden yapılan sınavın birinci bölümünde, yirmi puan

engelliler-de-hakim-ve-savci-olabilecek, (24.12.2020).

46 Poblet, Casanovas, s. 192.

47 Spáč, s. 2088-2089.

48 2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu, 1983, m. 8/h.

49 Langbroek, s. 166.

ağırlığında olan Türkçe, matematik, Türk kültür ve medeniyetleri, Atatürk ilkeleri ve inkılâp tarihi ve temel yurttaşlık bilgisi sorularından oluşan genel yetenek ve genel kültür konuları sorulmaktadır. Sınavın ikinci bölümünde ise seksen puan ağırlığında olan hukukun çeşitli branşlarından sorular sorulmaktadır. Bu noktada, hâkim ve savcılarının seçiminde alan dışı kültür ve yetenek sorularının sorulması eleştiri konusu edilebilir. Bu durum, matematikte diğer adaylar kadar yetkin olmayan, ancak önemli derecede hukuk bilgisine veya muhakeme yeteneğine sahip bir adayın elenmesine yol açabilecektir. Elbette bir hâkimin genel kültür seviyesinin yüksek olması, Türkçeyi ve dil bilgisini iyi derecede bilmesi mesleğinin icrasında çok faydalı olacaktır. Bu sebeple, bu konular hakkında adayın bilgisini, “dolaylı olarak” alan bilgisinin sorulduğu kısımdan da ölçmek kısmen de olsa mümkündür. Ancak yine de bu konuların sınavda sorulmasını gereksiz görmemek gerekir. Zira “matematiğin hakimlik ile ne ilgisi olabilir ki?” gibi doğrudan bir bağlantı aramak doğru değildir. Matematik, adayların zihinsel kapasitesi bakımından önemli ipuçları veren bir bilim dalıdır. Matematik insan üzerinde, analitik düşünmeyi, doğru hüküm vermeyi, alternatif bakış açısı ile olayları incelemeyi, sistemli ve mantıklı düşünmeyi sağlama gibi pek çok olumlu etki bırakmaktadır. Bu yetileri haiz bir adayın, mesleğini iyi bir şekilde icra edebileceği varsayımından hareketle, sınavda bu tür alan dışı konuların sorulmasını makul görmek gerekecektir. Ancak yirmi puan üzerinden değerlendirilen bu alanın sınava olan katkısının on puana düşürülmesi akla getirilebilir.

Yazılı sınav, Adalet Bakanlığı ile imzalanan protokol kapsamında Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi (ÖSYM) tarafından yapılmaktadır. Hâkim ve savcı adayları için yapılan sınavın ÖSYM tarafından yapılması objektifliği sağlanması açısından önemlidir.⁵⁰ Nitekim Danıştay’ın bir kararına da konu olan ÖSYM’nin sınav işleminin, nesnel koşullar altında yapıldığı gerekçesiyle hukuka uygun olduğu teyit edilmiştir.⁵¹

Yüz tam puan üzerinden yapılan sınavda yetmiş puanın üzerinde not alan adaylar, en yüksek puan alan adaydan başlayarak sıralamaya tabi tutulmaktadır. Yetmiş puanı geçmek kaydıyla, Bakanlığın alacağı aday sayısının iki katı fazlası aday “başarılı” kabul edilerek mülakata çağırılmaktadır. Bir diğer ifade ile alınacak bir kişi için 3 kişi mülakata çağırılmaktadır. Mülakata alınacak “başarılı” adayların yetmiş olarak belirlenen barajın altında kalması durumunda bu adaylar başarısız kabul edilmekte ve mülakata çağırılmamaktadırlar.

50 Her ne kadar kurum, diğer tüm devlet organları gibi 15 Temmuz öncesinde ele geçirilmeye çalışılıp acı sınav tecrübeleri yaşatmış olsa da ülke çapında en sorunsuz sınav yapma kapasitesine sahip ve güvenilen kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.

51 Danıştay İDDK, YD İtiraz no: 2007/235, K.T. 29/03/2007.

İstihdam edilecek bir kişi için 3 kişinin çağrılması hususu eleştiri konusu edilebilir. 2011 yılında yapılan değişiklik ile “bir katı” ibaresi kanun metninden çıkarılmış yerine günümüzde de uygulanmakta olan “iki katı” ibaresi eklenmiştir. Böylece mülakat sınavını yapacak kişilere oldukça geniş bir takdir hakkı bahsedilmiştir. Bu noktada makul bir rakamın belirlenmesi gerekmektedir. Bakanlığın belirlediği istihdam sayısının %30 veya %50 fazlasının sınavda başarılı kabul edilmesi düşünülebilir. Örneğin, 500 hâkim ve savcı alımı yapılabırsa, %30 fazlası olan 650 veya %50 fazlası olan 750 adayın mülakata çağırılması daha makul olacaktır. Bu sayede daha layık olanların seçilebileceği bir sistem kurgulanabilecek ve kayırmacılık söylentilerine de son verilmiş olunabilecektir. Böylece adayların, referans arama gayreti içerisinde girmeye tenezzül etmeyeceği bir sistemin kurgulanmış olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Ayrıca minnet borcu olmayan yargı mensuplarına sahip olunabilecektir.

Yazılı sınav usulünde bir diğer sorun teşkil eden husus, baraj olan yetmiş puanın 2017 tarihinde 680 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılmış olmasıdır. 2016 yılında, 1500 hâkim ve savcı adayının belirleneceği sınavda, o dönem ki kural gereği 3 katı fazlası olan aday başarılı sayılmış ve 4500 kişi mülakata hak kazanmıştır. Sınava giren 5788 kişinin olması ve barajın olmaması sebebiyle mülakata giren adayların taban puanının ellili puanlara düştüğü ve sınava girenlerin neredeyse %80’inin başarılı sayılarak mülakata çağırıldığı görülmüştür.⁵² Elbette ki bu talihsiz hadisenin sebebini, FETÖ-PDY terör örgütü mensuplarının icra ettiği 15 Temmuz darbe teşebbüsü sonrası bu terör örgütüne üye, iltisaklı veya irtibatlı olan kişilerin olduğu dört bine yakın hâkim ve savcının görevden alınması yatmaktadır. Nitekim baraj, 2018 yılında yapılan kanuni düzenleme ile eski hali olan yetmiş sınırına geri getirilmiştir.⁵³

Hâkim ve savcılarının sahip oldukları güvenceleri sebebiyle görevlerinden azledilememeleri ve oldukça geniş sayılabilecek yetkilere sahip olmaları sebebiyle bu kişilerin seçiminin kolay olmamasının temin edilmesi gerekmektedir. Nitekim Avrupa ülkelerindeki sınavlardan bahsedilirken, “son derece”, “eleyici” ve “seçici” gibi kelimelerle sınavın zorluğuna vurgu yapıldığı görülmektedir. Özellikle Almanya’da getirilen bir kısıtlama ile sınavda üçten fazla kez başarısız olan adayların, bir daha sınava giremeyeceği hüküm altına alınmaktadır. Öyle ki sınavın kapsamlı ve zor olmasından dolayı, adayların mezuniyetlerinden or-

52 680 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2017, m. 6; Memurlar.net, Hakimlik ve Savcılık sınavı barajının kaldırılmasının sonucu nasıl oldu?, 2017, <https://www.memurlar.net/haber/640865/hakimlik-ve-savcilik-sinavi-barajinin-kaldirilmasinin-sonucu-nasil-oldu.html>, (24.12.2020).

53 7072 Sayılı Kanun, 2018, m. 5.

talama 4 yıl sonra ilk şanslarını denedikleri gözlenmiştir.⁵⁴ Örneğin 2002 senesinde hâkim aday adaylarının %2,6’sı; savcı aday adaylarının ise %3,4’ü görev ve başlayabilmektedir. Fransa’da sınava girenlerin %10’u; İspanya’da ise %5’i ancak mesleğe kabul edilmektedir.⁵⁵ Türkiye’de de sınavlarda yetmiş olan barajın korunması, sınavın mevcut haline göre daha da zorlaştırılması ve personel ihtiyacının aceleyle değil sabırla doldurulmaya çalışılması gerekmektedir. Nitekim 2015 yılında 14.993 olan hâkim ve savcı sayısı, 2019 yılında 20.719’a çıkmıştır. Bu dönem zarfında 3.974 hâkim ve savcı ihraç edilmiştir. Aynı dönem zarfında yaş haddinden emekli olanlar da hesaba katıldığında 2015-2019 yılları arasında istihdam edilen hâkim ve savcı sayısının 11.000’e yaklaştığı çıkarımı yapılabilir.⁵⁶ Meslek garantileri olan bu kişilerin kazanmış oldukları hakları için diyecek bir şey yoktur. Ancak en azından bundan sonraki alımlar için zikredilmiş/zikredilecek önerilerden hareket ederek bu sürecin yeniden tasarlanması gerekmektedir.

2. Mülakat Sınavı

Türkiye’de, Dünyanın pek çok ülkesinde olduğu gibi hâkim ve savcılık mesleğine girişte yazılı sınavın akabinde mülakat sınavı yapılmaktadır. Çoktan seçmeli sorular ile adayların tam ve gerçek bilgi düzeyinin ölçülmesi mümkün değildir. Bu meslekler, yapısı itibarıyla iyi iletişim kurmayı, anlamayı, anlamadığını ifade edebilmeyi, bağlantı kurmayı ve çıkarım ve analiz yapmayı gerektirmektedir. Test sınavlarında bu yetilerin sadece birkaçı belli oranda ölçülebilmektedir. Bu sebeple, daha çok hukuki konulardaki bilgi düzeyinin ölçüldüğü yazılı sınavlara ilaveten mülakat sınavının da icra edilmesi oldukça önem arz eden bir husustur. Böylece adayın salt hukuki bilgiye ilaveten bahsedilen diğer yetilerinin de ölçülmesine olanak sağlanmış olacaktır.

Detaylara girmeden evvel değinilmesi gereken bir husus bulunmaktadır. Yargı kararlarına bakıldığında, mülakat ve sözlü sınavın aynı hususlar olmadığı görülmektedir. Nitekim, Danıştay, sözlü kavramını daha geniş görmekte ve sözlü sınavda adayın bilgi birikiminin ölçülmesi amaçlanmaktadır. Buna karşın mülakatın, adayın mesleğe dair bilgisinin ölçülmediği sadece mesleğe uy-

54 Johannes, Riedel, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in Germany”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 73; Spáč, 2078-2104; Bu tarz bir giriş hakkı sınırlamasını Türkiye’de yasal olarak temellendirmek zordur. Zira, Anayasa Mahkemesi, Kaymakamlık sınavına girme hakkını sınırlayan kanun hükmünü, (Kaymakam adayı yazılı sınavına daha önce mülakatta üç kez başarısız olanlar katılamaz...) “görevin getirdiği nitelikler” arasında saymayarak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi, E.: 2014/113, K.: 2014/174, K.T. 13.11.2014.

55 Bell, s. 113-115; Errera, s. 48; Poblet, Casanovas, s. 198.

56 Hâkimler ve Savcılar Kurulu, Hâkimler ve Savcılar Kurulu İstatistikleri, hsk.gov.tr/istatistikler.aspx, (25.12.2020).

gun tavır ve davranışları, yetenek ve kültürel durumunun ölçüldüğü bir aşama olduğu zikredilmektedir.⁵⁷ Hâkim ve savcılık adaylığı için yapılan mülakatın mevzuatta, “sözlü” kavramı ile değiştirilmesi mesleğe uygun adayların tespitiinde oldukça faydalı olabilir. Zira Danıştay kararından da anlaşılacağı üzere sözlü sınav, mülakatı da kapsamaktadır. Böylece yüz yüze olunan bir safhada hem adayın mesleğe yönelik bilgi birikimi ölçülebilir hem de adayın bilgi harici konulardaki mesleğe uygunluğu gözlemlenebilir.⁵⁸

a. Mülakat Heyetinin Teşekkülü

Türkiye’de hâkim ve savcılık mülakatı, Adalet Bakanlığı tarafından görevlendirilen bakan yardımcısının başkanlığında yapılmaktadır. Kurulda ayrıca, Teftiş Kurulu Başkanı, Ceza İşleri, Hukuk İşleri ve Personel Genel Müdürleri ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu (HSK) Genel Sekreteri ve Türkiye Adalet Akademisi (TAA) Danışma Kurulundan seçilen bir kişi olmak üzere toplam altı üye daha bulunmaktadır.⁵⁹

Yedi kişiden oluşan heyetin yapısını daha iyi analiz etmek için Teftiş Kurulu Başkanının seçimi ile TAA Danışma Kurulu’nun teşekkülüne bakmak gerekecektir. Teftiş Kurulu Başkanını HSK genel kurulu atamaktadır.⁶⁰ Danışma Kurulu ise HSK, Danıştay ve Yargıtay’ın kendi içerisinde seçeceği kişiler ile HSK’nın hukukçu akademisyenler ile bölge ve ilk derece mahkemeleri hâkim ve savcılar arasında seçeceği kişilerden oluşmaktadır.⁶¹ Bu açıdan bakıldığında Danışma Kurulu’nda mesleki tecrübeye dayanan bir teşekkül şemasının görüldüğü ve buradan mülakat heyetine seçilecek kişinin liyakatli olduğu çıkarımı yapılabilecektir. Öte yandan HSK’nın Danışma Kurulunun teşekkülünde ciddi bir ağırlığının olduğunu görmek mümkündür. Teftiş Kurulu Başkanı ile Danışma Kurulu’ndan gelecek mülakat üyesinin, heyetin kararlarına olan etkisini an-

57 “Davranış ve düşüncelere ilişkin bilgi edinme amacıyla bir kişiyle yapılan sorulu cevaplı görüşme olan mülakat, kamu görevlerine girişte yapılan yazılı sınavı tamamlayıcı nitelikte olup, yazılı sınavla bilgisi ölçülen kişilerin, adayın mesleğe uygun tavır ve davranışlara, yeteneğe ve kültürel birikime sahip olup olmadığını belirlemek amacıyla yapılmaktadır. Sözlü sınav ise, amacı bakımından yazılı sınava benzemekte olup, bilgi ölçme amacıyla yapılmaktadır. ...dolayısıyla yazılı sınavın tamamlayıcısı olan sözlü sınavın ölçme ve değerlendirme bakımından mülakatı da kapsadığı sonucuna varılmaktadır.” Danıştay İDDK, YD İtiraz no: 2017/875, K.T. 14/9/2017.

58 Yüz yüze sınavın sözlü olarak zikredilmesi ile hem “sözlü” hem de “mülakat” yapılmış olunacaktır. İleride zikredileceği üzere mülakatla kişinin mesleğe yönelik genel, kültürel ve sosyal yetileri ölçülebilecektir. Ayrıca bilgisi de ölçülebilecektir. Şöyle ki adaya, bir dosya verilip kısa bir süre incelemesi üzerine dosyayı analiz etmesi ve karar vermesi, farazi duruşma yapması da istenebilir. Ancak günümüz mevzuatına göre mülakatta bilgi ölçülmesinin mümkün olmadığı zikredilmelidir.

59 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1983, Md. 9A/6-7.

60 6087 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, 2010, m. 7/2-h.

61 34 Sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2019, m. 7/2.

lamak için ilave olarak HSK'nın teşekkülüne de bakmak gerekecektir. HSK'nın on üç üyesinin dördü Cumhurbaşkanı doğrudan seçmektedir. Cumhurbaşkanı'nın atadığı ve HSK'nın tabii üyeleri olan Adalet Bakanı ve Adalet Bakan Yardımcısı da düşünüldüğünde yürütme altı üyeyi belirlemektedir. Kalan yedi üye ise Meclis tarafından 2/3'lük bir nisap ile seçilerek göreve başlamaktadır. Nitelikli çoğunluğa ulaşamadığı takdirde oylamada tikanıklık yaşanmaması için, basit çoğunluğa kadar azalan bir kabul nisabı yerine kura usulü benimsenmiştir.⁶² Şu noktanın da altı çizilmelidir ki Cumhurbaşkanlığı seçimleri ile genel seçimlerin aynı anda yapılıyor olmasının, yürütmenin yasamada da sayıca üstün olması gibi bir sonucu doğurması muhtemeldir. Bir diğer ifade ile aynı anda seçim yapılması, yürütme ve yasamada aynı siyasi ekollerin etkin olmasını kuvvetle muhtemel kılmaktadır. Bu sebeple seçilecek tüm üyelerin aynı siyasi ekol tarafından belirlenmesi gibi bir ihtimal göz ardı edilmemelidir. HSK'nın teşekkülünde yürütmenin altı üyeyi belirleme yetkisinin az olmadığı zikredilmelidir. Türkiye'nin, parlamenter sistemden başkanlık sistemine geçtiğinden bu yana, artık sembolik yetkilere sahip devlet başkanı yerine yürütmenin tek sahibi olan devlet başkanına sahip olduğu da unutulmamalıdır. Bu bilgiden hareketle yürütmenin belirlediği üye sayısının azaltılması ve bu üyelerin seçiminin Meclis onayına tabi tutulması, HSK'nın yapısını yürütmenin muhtemel tahakkümünden uzaklaştırabilecektir. Ancak genel manada, zikredilen birtakım kusurları olsa da HSK'nın yapısının kuvvetler ayrılığı ve fren-denge ilkelerine elverişli olduğu söylenebilir. Zira üye çoğunluğunun seçiminin Meclise bırakılması, bu seçim için basit çoğunluğa kadar azalan nisap yerine nitelikli çoğunluk ile başlayıp kura ile sonuçlanan bir sürecin tasarlanması, muhalefet ile ittifak etmeyi teşvik eden bir uygulama olarak addedilebilir. Bu durumda, HSK'nın, Danışma Kurulu'nun teşekkülündeki rolü de hesaba katılınca mülakat heyetinde Danışma Kurulu'ndan seçilecek üyenin, yürütmenin doğrudan etkisi olmadan seçildiği çıkarımı yapılabilir. Aynı çıkarımı mülakat heyetinde görev yapacak olan Teftiş Kurulu Başkanı için de yapmak mümkündür.

Mülakat heyetinde bulunan HSK Genel Sekreteri, HSK Başkanı olan Adalet Bakanı ile HSK üyeleri içinden seçilen bir Başkanvekili tarafından seçilmektedir.⁶³ Dolayısıyla, Genel Sekreterin seçiminde yürütmenin etkisini görmek mümkündür. Mülakat heyetinin kalan dört üyesi (Genel Müdürler) ise tamamen yürütmenin belirlediği kişilerden oluşmaktadır. Böylece heyetin yürütmenin arzuları doğrultusunda karar alımının ihtimal dışı olmadığı çıkarımı rahatlıkla yapılabilecektir.

62 2709 Sayılı Türkiye Anayasası, 1982, m. 159/2-3.

63 6087 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, 2010, m. 6/2-c.

Avrupa ülkelerinde uygulanan yargı mensubu alım heyetlerinin teşekkülleri incelendiğinde, yürütme organının süreçte ne denli önemli bir rol oynadığını görmekteyiz. Gerek mülakat heyetinin teşekkülü gerekse seçimlere onay verecek makamın yürütme erki olduğu gerçeği bu savı doğrular niteliktedir. Her ne kadar pek çok Avrupa ülkesinde bir heyet tarafından mülakatlar icra ediliyor olsa da bu heyetin seçiminde yürütmenin kısmen veya tamamen söz sahibi oluşu görülmektedir. Ancak bu ülkelerde yargının bağımsızlığı yargıç teminatları ile temin edildiğinden ötürü yürütmenin dahilinin olması çok tehlikeli görülmemektedir. Ülkelerden verilecek farklı uygulamalardan örnekler ile mülakat heyetlerinin yapılarını daha iyi incelemek mümkün olacaktır. Danimarka'da mülakatı, Yargı Atama Konseyi ile Danimarka Mahkeme İdaresi icra etmektedir. Ancak bu yapıların teşekkülünde Adalet Bakanı yetkilidir.⁶⁴ Hollanda Yargı Konseyince seçilen ve yirmi iki kişiden oluşan Milli Seçim Komitesi tarafından mülakatlar icra edilmektedir. Beş kişiden oluşan Komitenin üç üyesi yargı mensupları arasından, bir üyesi Adalet Bakanlığı teşkilatından, bir üyesi ise hukuk profesörlüğü, gazetecilik veya avukatlık gibi meslekleri icra eden kişilerden oluşur. Komiteyi oluşturan Konseyin Adalet Bakanınca teklif edilen isimlerden oluşması ve Kraliyet tarafından onaylanması yürütmenin bu süreçteki etkisini göstermektedir.⁶⁵ Benzer şekilde Slovakya'da da beş kişilik mülakat heyetinin teşekkülünde, yarısı siyasi makamlarca seçilen Yargı Konseyi ile Adalet Bakanı iki üyeyi belirlemektedir. Slovenya ve Çekya'da mülakatları mahkeme başkanları yapmaktadır. Mülakat sonucunda belirlenen isimler Yargı Konseylerine iletilmekte ve Bakanın teklifi ile Meclisin onayına sunulmaktadır. Doğrudan sahadan bir kişinin mülakatları yapması iyi görünse de her iki ülkede de mahkeme başkanları doğrudan devlet başkanı tarafından atandığı için bu ülkelerdeki sürecin yürütmenin etkisinden arınmadığı rahatlıkla söylenmektedir.⁶⁶ Ancak şu hususun göz önünde tutulması lazımdır ki devlet başkanının hâkim ve savcıların seçimindeki rolü hususunda, hükümet sisteminin ne olduğu önem arz etmektedir. Zira başkanlık sistemlerinin aksine demokratik parlamenter sistemlerde devlet başkanı/monark siyaset üstü ve sembolik bir makamdadır. Her ne kadar hâkim ve savcıların belirlenmesinde devlet başkanının rol alması bu sürecin yürütmenin etkisi altında kalmasına yol açıyor

64 The Danish Courts-an Organisation in Development, *Scandinavian Studies in Law*, 51, 2007, s. 585.

65 The Ministry of Justice of Netherland, *Appendix Two: Judicial Appointments Practice in Selected Overseas Countries*, <http://www.justice.govt.nz/publications/publications-archived/2004/appointing-judges-a-judicial-appointments-commission-for-new-zealand-a-public-consultation-paper-april-2004/appendix-two-judicial-appointments-practice-in-selected-overseas-countries> (Erişim Tarihi: 09.11.2020), 2004, s. 1.

66 Cristina Dallara, *Democracy and Judicial Reforms in South-East Europe: Between the EU and the Legacies of the Past*, Springer, London, 2020, s. 36-40; Spáč, s. 2093-2098.

olsa da parlamenter sistemin doğası gereği devlet başkanı kendisini siyasetten arındırmış ise bu yetki paylaşımında ciddi bir sıkıntı görmeye gerek yoktur.⁶⁷

Yürütmenin etkisinden önemli ölçüde arınmış heyetlerin varlığı da yok değildir. Örneğin İtalya’da mülakat sınavının değerlendirmesini Yüksek Yargı Kurulu’nca oluşturulan bir komite gerçekleştirir. 32 üyeden oluşan bu komitenin başkan ve başkan yardımcılığını, Yargıtay üyesi olabilme kriterlerini haiz bir hâkim veya savcı yapar. Komitenin diğer üyelerinin 22’si en az istinaf mahkemesinde çalışma yeterliliğine sahip hâkim veya savcılardan ve onlar arasından seçilmekte; 8’i ise Meclis tarafından nitelikli çoğunlukla seçilecek hukuk profesörlerinden oluşmaktadır.⁶⁸ Bu komitenin tüm kararları Yüksek Yargı Kurulu’nun onayına tabidir.⁶⁹ İngiltere ve Galler’de hakimlerin seçim sürecini yürütmek üzere 4 kişiden oluşan bir Seçim Kurulu kurulmaktadır. Anayasal Reform Yasasının 71. Maddesi uyarınca oluşan bu Kurul, İngiltere Yüksek Mahkemesi hâkimleri arasından seçilecek bir kişi ile Adalet Bakanı veya onun seçeceği bir kişi, Yargı Atama Komisyonu Başkanı veya onun seçeceği bir kişi ve üçüncü üye tarafından atanan bir kişiden teşekkül etmektedir.⁷⁰

Türkiye gibi siyasi anlamda ciddi kutuplaşmanın var olduğu, siyasette rövanşist yaklaşımların sıklıkla görüldüğü bir ülkede, yargı mensuplarının seçimi işinin, yürütme organının etkisinden uzaklaştırılması gerek adalet gerekse siyaset dünyası için oldukça elzemdir. Zira bir yargı mensubunun göreve başlamasından ve anayasal hakkı olan mesleki bağımsızlığını elde ettikten sonra bile siyasi atmosferi gözlediği sıklıkla görülmektedir.⁷¹ Böyle bir atmosferin ol-

67 Çekya ve Slovenya’da devlet başkanını halk seçmektedir. Anayasalarından, devlet başkanlarının sistem içerisinde parlamenter sistemden çok da farklı bir konumda olmadığı anlaşılmaktadır. Bu sebeple bu ülkeleri parlamenter sistem olarak kabul etmek veya Boyunsuz’un belirttiği üzere bu ülkeleri başkanlı parlamenter sistem olarak görmek mümkündür. Bkz. Şule Özsoy Boyunsuz, Başkanlı Parlamenter Sistem, 2. Bs. İstanbul, On İki Levha, 2014. Her iki ihtimalde de Anayasaların devlet başkanına biçtiği rolün dışına çıkılmadan bu görev icra ediliyorsa böylesi bir yetkinin Slovenya ve Çekya Devlet Başkanına verilmesinde bir beis görmemek gerekir. Asıl sorun edilmesi gereken husus, Adalet Bakanı’nın rol aldığı süreç olmalıdır.

68 Giuseppe Di Federico, Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 131.

69 Dönmez, s. 3-4; Ichino, s. 14.

70 The Constitutional Reform Act, 2005 c.4, Md. 71.

71 CHP Milletvekili Dursun Çiçek, bir hâkim ile yaptığı görüşmeyi şu şekilde aktarmıştır: “...bizim iktidarı yargılayacak gücümüz yok iktidarı düşürmek muhalefete düşer sizin göreviniz, siyasetçilerin görevi. Onları iktidardan indirin bakın biz onları nasıl yargılıyoruz göreceksiniz. Başsavcılar var bunu diyen” Her ne kadar doğruluğu tespit edilemez olsa da aktarılan bu bilgiden, birtakım yargıçların, değişecek siyasi atmosferi bekleyip buna göre tutum alacağı çıkartılmaktadır. Bkz.: T24, “Dursun Çiçek: ‘AKP’yi İktidardan İndirin Bakın Onları Nasıl Yargılıyoruz Göreceksiniz’ Diyen Başsavcılar Var”, 2018, t24.com.tr/haber/dursun-cicek-akpyi-iktidardan-indirin-bakin-onlari-nasil-yargiliyoruz-goreceksiniz-diyen-bassavcilar-var,700647, (29.12.2020). Benzer

duğu bir ülkede, yargı mensubu olmak isteyenlerin, seçim ve staj eğitimi döneminde yürütmeye yakın olabilmek için siyasi atmosferden faydalanmak adına neler yapabileceğini tahmin etmek pek de zor olmasa gerek. Siyasetin günlük değiştiği, iktidar değiştiğinde devlet kadrolarının da büyük ölçüde değiştiği bir ülkede yargının bağımsızlığının sağlanması adına yürütmenin hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesi sürecindeki kontrolünün azaltılması gerekecektir.

Mülakat heyetinin teşekkülü konusunda reformun bir ihtiyaç haline geldiğini sıklıkla zikredilmektedir. Yanık “yargı mensuplarını daha mesleğe girerken siyasal referans arama telaşına düşüren, Adalet Bakanlığı’na bağımlı hale getiren ve bu yönüyle yargı bağımsızlığına ve teminatına aykırı olan mülakat sistemi mutlaka değişmelidir” diyerek mülakat sınavı uygulamasının değişmesi gerektiğine işaret etmiştir.⁷² Kimi yazarlara göre yargı mensuplarının belirlenmesi, HSK’nın tekelinde olmalıdır.⁷³ Aynı şekilde Yargıda Durum Analizi Toplantıları Sonuç Raporunda da aynı hususa değinilerek, HSK veya Adalet Akademisinin, adaylık seçim sürecini tümüyle kontrol etmesi gerektiği vurgulanmıştır.⁷⁴ Ancak bu durumda HSK’nın, “süper yetkilerle” donatılmış, tüm yargı mensuplarını ve dolayısıyla yargıyı kontrol eden bir kurum haline gelmesini sağlaması açısından eleştirilmelidir. HSK’nın süper yetkiler ile donatılması, HSK’nın yargı organı üzerinde ciddi sayılabilecek bir tahakkümünün de oluşmasına yol açabilecektir. HSK’nın üye teşekkülünde rolü olan makamların, dolaylı olarak yargı organı üzerinde de etkinliği oluşacaktır. Ayrıca, adayların seçim işleminin HSK tekeline verilmesi, yargıyı kendi içinde alım yapan kapalı bir kutuya dönüştürecek ve yargıçlar egemenliğine neden olacaktır.⁷⁵ Giegeric’e göre, mülakat heyetinin yedi üyesinden en fazla biri Adalet

şekilde 7 Haziran 2015 seçimlerinde iktidar partisi AK Partinin meclis çoğunluğunu kaybetmesi üzerine oluşan 5 aylık iktidar boşluğundan dolayı birçok önemli davada kararlar alınmayarak bekletilmiş veya iktidar partisinin zayıflığını fırsat bilen bazı hâkimler bu fırsatı değerlendirerek kendi ideolojileri doğrultusunda karar vermekten çekinmemişlerdir. Söz konusu dönemde FETÖ irtibatlı olarak düşünülen birtakım hakimlerin kararları ile ilgili medyada pek çok yazı çıkmıştır. Söz konusu kararları alan kişilerin darbe teşebbüsü sonrası ihraç edilmesi de yukarıda zikredilen yargıyı destekler niteliktedir. Akşam, *Paralel Hakimler Haddini Aştı*, 7 Eylül 2015, <http://www.aksam.com.tr/guncel/paralel-hakimler-haddini-asti/haber-440547> (Erişim Tarihi: 20.09.2020).

72 Murat Yanık, *Yargının Yönetimi ve Denetimi*, DER Yayınları, İstanbul, 2014, s. 400.

73 İbrahim Okur, *Referandumdan Sonra HSYK: HSYK’nın Yeni Yapısı ve İşleyişine Dair Yuvarlak Masa Toplantısı*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2012, s. 17.

74 HSK Strateji Geliştirme Bürosu, *Yargıda Durum Analizi Toplantıları Sonuç Raporu*, HSYK, Ankara, <http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/Yargida-Durum-Analizi-Toplant%C4%B1lari-Sonuc-Raporu.pdf>, (09.09.2020), 2012, s. 32.

75 Thomas Giegeric, *Türkiye Cumhuriyeti Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Çalışma ve Performans Değerlendirme Raporu*, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/YARGININ%20BA%20C4%9EIMSIZLI%C4%9E1%20VE%20TARAFSIZLI%C4%9E1%20HAKKINDA%204.%20C4%BoST%C4%BoC5%9EAR%C4%Bo%20Z%C4%BoYARET%20RAPORU.pdf>, (11.09.2015), 2013, s. 9.

Bakanlığı teşkilatından seçilmeli, Türkiye Adalet Akademisi iki üyeyi seçmeli, Baroların deneyimli bir üyesi heyette yer almalı ve geriye kalan 3 üye ise HSK tarafından hâkim ve savcılar arasından seçmelidir.⁷⁶ Yılmaz ise mülakat kurulu üyelerinin en az yarısının Adalet Bakanlığı teşkilatı dışından seçilecek kişilerden oluşturulmasının anayasal bir zorunluluk olduğunu düşünmektedir. Yazar ayrıca, yargı bağımsızlığı konusunda hassasiyet taşıyan her siyasi iktidar veya muhalefetin, doktrinde açıklanan görüşler doğrultusunda düzenlemeler getirmesi, yargı bağımsızlığı adına sergilenebilecek en samimi tavırlardan biri olacaktır diyerek konunun önemine vurgu yapmaktadır.⁷⁷

Mülakat sınavının icrasının, seçimi yürütme organının etkisinden azami ölçüde arındırılmış, kamu tüzel kişiliğini haiz, kendi bütçesi olan bir kuruma bırakılması gerekmektedir. Bu yapının Türkiye Adalet Akademisi olması düşünülebilir. Ancak bu durumda bu kurumun yapısında, değişikliğe gidilerek “Bakanlık ilgili kuruluşu” olduğu hükmünün mevzuattan çıkarılması gerekecektir. Ayrıca, Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ile düzenlenen bu kurumun Meclis tarafından çıkarılan bir kanun ile düzenlenmesi, yürütmenin etkisinin kırılması açısından elzemdir. Üye teşekkülünde de değişikliğe gidilerek belli bir yıl görev yapacak ve sınavları icra edecek ayrı bir üye grubunun daha seçilmesi düşünülebilir. Doğal olarak üye teşekkülü konusunda da yürütme aleyhine ilave düzenlemelerin yapılması sağlanmalıdır. Gerek yazılı sınav gerekse de mülakat sınavının icrası hususunda görev yapacak olan söz konusu yeni yapı sayesinde, ileriki başlıklarda zikredilecek olan öneriler ile birlikte, yargıçların bağımsızlığını daha göreve başlamadan sağlayabilmek mümkün olabilecektir. Bu kurumun teşekkülünde ise yasama, yürütme ve yargı organlarının iç içe olacağı bir seçim usulü öngörülebilir. Esasen bu kurumun teşekkülü ayrı bir akademik çalışmanın konusu olacak kadar uzun ve derinlik arz etmektedir. Ancak en azından şurası net bir şekilde söylenebilir ki yürütmeye doğrudan üye seçme yetkisinin verilmemesi daha uygun olacaktır. Yürütmeye az sayıda seçim hakkı verilmesi ve yürütmenin seçeceği bu isimlerin başkaca merciler tarafından belirlenerek yürütmeye sunulması şeklinde bir tasarım düşünülebilir. Ayrıca yasamaya verilecek üye seçme yetkisinin, yürütmenin yasamada genellikle çoğunluğu elde edebilmesi gerçeğine göre tasarlanması gerekmektedir. Bu sebeple, parlamentoda liyakatine güvenilen kişiler üzerinde uzlaşmayı sağlayacak bir oranın, nitelikli çoğunluğun, belirlenmesi düşünülebilir. Kurumun üyelerinin belirlenmesinde yargı organı mensuplarına da hatırı sayılır bir pay

76 Giegeric, s. 9.

77 Halit Yılmaz, “Hâkim ve Savcı Adayı Ahında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar”, *TBB Dergisi*, Sayı 93, 2011, s. 44-45.

ayrılması da söz konusu kurumun yapısının yasama ve yürütmeden bağımsızlığını temin etmeye yarayabilecektir.

Mevcut sistemde mülakat heyetinde olan kişilerin ayrıca görev yaptığı bir makam vardır. Bu kişiler esas meşguliyetlerini bırakarak, yılın farklı zamanlarında aylar boyunca mülakata çağrılan yüzlerce hatta binlerce kişi ile görüşmektedirler. Bu durum da haliyle ilgili kişinin yapacağı her iki işin de aksamasına sebep olabilmektedir. Bunun yerine, işi sadece hâkim ve savcılık test ve mülakat sınavını icra etmek olan kişilerin belirlenmesi düşünülebilir. Sınavların bölünerek yıl boyunca farklı zamanlarda yapılması; kontenjanların da bu bölünen sınavlara dağıtılması mümkündür. Böylece mülakat heyeti, yılın her dönemine yayılan görevlerini bir zaman kısıtlaması yaşamadan ve acele ederek esas işine dönme telaşına kapılmadan icra edebilecektir.

Mülakat heyeti ile ilgili son olarak bahsedilmesi gereken husus, mevcut sistemde heyette bulunan kişilerin, mülakat sonrasında mevcut mesleklerine dönmeleri ile ilgilidir. Mülakat heyetinde bulunan kişilerin, 3-4 yıl gibi bir süre ile seçildikten sonra biten heyet üyeliği sonrasında kamuda çalışmasını engelleyecek bir şartın koyulması, heyet üyelerinin daha özgür bir şekilde görevlerini icra etmelerini sağlayabilecektir. Böylece, hiçbir kurum veya kişi tarafından kolaylıkla baskı altına alınamamış ve görevinin icrası sonrası ile ilgili bir kuşku ve endişeye kapılmamış olacaktır. Ancak bu durumun getirebileceği bir olumsuzluk da oluşacaktır. Bir nevi emeklilik ile sonuçlanacak olan mülakat heyet üyeliği sebebiyle her daim emekliliği yaklaşacak olan kişilerin başvuru yapma isteği oluşacaktır. Yaşı altmışa gelmiş heyet üyeleri ile adaylar arasında mantık, gelenek, kültür gibi pek çok konuda kuşak farkı oluşmasına yol açabilecektir. Ancak mülakat sisteminin birazdan izah edileceği şekilde bilgi ve beceri üzerine şekillenmesi sayesinde, heyet üyelerinin bu tür farklılıkları hesaba katma ihtimali ortadan kaldırılabilir.

b. Mülakat Sınavının İcrası

Mülakat, adayların liyakat seviyesinin değerlendirilmesinde yaygın bir şekilde kullanılan bir yöntemdir. Ezberci mantığı dışlayan, analitik zekayı ölçme hususunda yardımcı olan bu metodun kullanımında kamu yararı bulunmaktadır.⁷⁸ Nitekim mülakatın hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesi sürecinde de önemli bir yeri bulunmaktadır. Mülakat sınavında adayların, her biri yirmişer puanlık beş farklı ölçüt üzerinden değerlendirilmesi yapılmaktadır. Bu sınavda, ilgilinin şu yetileri ölçülmektedir:

⁷⁸ Nitekim Anayasa Mahkemesi de mülakat sınavının Anayasaya aykırı olmadığı yönünde karar vererek mülakat sınavının önemine değinmiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi, E.: 2005/47, K.: 2007/14, K.T. 07/02/2007 Anayasa Mahkemesi, E.: 2006/162, K.: 2007/15, K.T. 07/02/2007.

- “a) Muhakeme gücünün,
 b) Bir konuyu kavrayıp özetleme ve ifade yeteneğinin,
 c) Genel ve fizikî görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğunun ve liyakatinin,
 d) Yetenek ve kültürünün,
 e) Çağdaş bilimsel ve teknolojik gelişmelere açıklığı...”⁷⁹

Mülakat heyetindeki her bir üyenin verdiği puanlar ayrı ayrı tutanağa bağlanmaktadır. Mülakat sınavında alınan puanın %30’u ile yazılı sınavda alınan puanın %70’i toplanmakta ve nihai sıralamaya göre adayların kazanıp kazanmadığı belirlenmektedir. Adayların başarılı sayılması için yetmiş puanın üzerinde bir puana sahip olması gerekmektedir.⁸⁰ Bir diğer ifade ile yazılı sınavda bir aday Türkiye birincisi olup mülakatta da yetmiş puanın altında kaldığı, örneğin 65 aldığı, varsayımında ilgili aday elenmektedir. Bu adayın nihai puanından daha düşük nihai puana sahip adaylar mülakatta yetmiş üstünde bir puan aldığı için kazanabilmektedir.

Görüldüğü üzere Türkiye’de sözlü sınav değil mülakat sınavı icra edilmekte ve bu aşamada adayların mesleki bilgileri ölçülmemektedir. Avusturya’da adayların mesleğe uygunluğunun Türkiye’deki gibi ölçüldüğü görülmektedir. Adayların hukuki konulardaki bilgilerinin ölçülmeyeceği şekilde mülakat sınavı icra edilmektedir.⁸¹ Buna karşın Hollanda’da, adayın analitik kapasitesi, kararlılığı, baskı altında fikir üretebiliyor olması, iyi iletişim kurabilmesi, kuvvetli muhakeme yeteneğinin olup olmadığı incelendiği gibi adli konulardaki uzmanlığı da incelenmektedir.⁸² Fransa’da ise yazılı sınavı geçen adayların oldukça değişik alanlarda mesleğe uygunluğu ölçülmektedir. Öncelikle adaylar ile genel bir mülakat yapılmaktadır. Akabinde 4 farklı hukuki konuda sözlü sınav icra edilmektedir. Birinci aşamada, ticaret veya idare hukuku; ikinci aşamada, ceza veya kamu ve Avrupa hukuku alanında tercih edilecek konularda sözlü sınav yapılmaktadır. Üçüncü ve dördüncü aşama ise ilk iki aşamada seçilen konulara göre değişmekte ve aday; yargı teşkilatı, idare mahkemeleri, ceza muhakemesi, medeni usul ve idari yargılama hukuku alanlarından belirlenen konularda sözlü sınava alınmaktadır. Bu aşamalardan sonra adaya yabancı bir dil üzerin-

79 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1983, Md. 9A/10.

80 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1983, Md. 9A/11, 14.

81 Georg Stawa, Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Austria, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005, s. 6.

82 Langbroek, s. 166.

den sözlü sınav yapılmakta ve adayın dil becerisi ölçülmektedir.⁸³ Benzer usul, İtalya’da da görülmektedir. Adaylarla, Avrupa Birliği resmi dillerinden tercih edecekleri bir dil ile mülakat gerçekleştirilmektedir. Ayrıca İtalyanca üzerinden 9 farklı hukuk disiplini ile ilgili sorular yöneltilmektedir.⁸⁴ İspanya’da ise yazılı sınav sonrasında iki farklı aşamadan oluşan sözlü sınav icra edilmektedir. İspanya’da sözlünün ilk aşamasında 75 dakika boyunca aday, 300 farklı hukuki konu arasından seçilen 5 farklı konuda sorulan sorulara cevap vermektedir. Sözlünün ikinci aşamasında da adaylar aynı şekilde 75 dakika süren ve 300 konudan seçilen 5 konu hakkında imtihan edilmektedir. Oldukça zorlayıcı olan bu aşamadan geçmek için adayların cevapları adeta “resital” yaparcasına vermesi beklenmektedir. Adayların sınava girmek için ortalama 4 yıla yakın bir süre ücret karşılığı tuttukları hâkim veya savcı emeklilerinden eğitim aldıkları zikredilmektedir.⁸⁵ Almanya’da eyalet ve şehirlerde farklı ancak birbirine benzeyen sözlü sınav usulleri görülmektedir. Örneğin Duesseldorf’ta, hakimlik mesleği hakkında 10 dakika; adayın bir duruşma canlandırması için 5 dakika; adayın kişiliğini analiz etmek için 20 dakika; yine bir kurgusal duruşma için 10 dakika; bir konu hakkında diğer adaylar ile grup tartışması için 30 dakika süren bir sözlü sınav usulü kurgulanmıştır.⁸⁶

Mülakat ana başlığının başında zikredildiği üzere mülakat sınavının sözlü sınav olarak değiştirilmesi yerinde olacaktır. Sözlü sınavlarda hem adayın mesleğe uygunluğa dair bilgi birikimi ölçülmekte hem de mesleğe uygun tavır, davranış, yetenek ve kültürel durum ölçülmektedir. Adayların bilgi birikiminin sadece test usulü ile ölçülmesi, adayların eksik değerlendirilmesine yol açabilmektedir. Bu sebeple adayların bilgilerinin ölçülmesinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) hâkim adaylarının seçiminde olduğu gibi veya yukarıda zikredilen ülkelerde olduğu gibi adayların içtihadî bilgi derinliği ölçülebilir. Adayların yazılı sınav sonrasındaki aşamada birtakım kurgusal davalar üzerinden bilgi düzeylerinin tespiti, mesleğe uygunluk açısından daha doğru sonuçlar verebilecektir.

Türkiye’de zikredildiği şekilde icra edilen mülakat sınavı, hâkim ve savcı adaylığını kazanma sürecinde en çok tartışılan, eleştirilen, reform gerektiren ve davalara konu edilen kısımdır. Bu noktada ilk değerlendirilmesi gereken husus, mülakat sınavının varlığıdır. Anayasa Mahkemesi 1990 yılında vermiş olduğu kararında, yargı mensuplarının adaylıktan mesleğe giriş sürecin-

83 Errera, s. 48.

84 Giuseppe, s. 136.

85 Poblet, Casanovas, s. 193.

86 Riedel, s. 82-83.

de mülakat sınavının tek başına uygulanmasını ve söz konusu sınavı Adalet Bakanlığı’nın yapacak olmasını doğru bulmamıştır.

“Herkesin eşit koşullarda yarışmasını sağlayan yazılı sınav yerine, kuşku uyandırabilecek ögeler taşıyan ve her zaman öznel değerlendirmeyi birliğinde getiren, sözlü sınavın, yeğlenmesini kamu yararı düşüncesiyle bağdaştırmak güçtür... ..Nesnellığı hususunda güven verebilecek ve adayların yalnız biçimsel değil fiilen de yargısal haklarını kullanmalarına olanak sağlayacak bir yöntem yerine öznel değerlendirmelere açık, sözlü sınavın tek başına sonucunu etkilemesine izin vermek, Anayasa’nın hâkim ve savcılara adaylık döneminden itibaren tanıdığı güvence ile bağdaşmamaktadır.”⁸⁷

Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede, mülakat sınavı ile siyasi iktidarın, kanuna, hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vermek zorunda olan hâkimlerin yetiştirilmesinde doğrudan doğruya yetkili ve ege-men bir hale getirilmiş olduğuna dikkat çekmiştir. Ayrıca mülakat sınavlarında hâkim ve savcı adaylarının, siyasal otoritenin süzgecinden geçmesinin, hâkimlik teminatı ve yargı bağımsızlığı açısından çok büyük sakıncalar doğurabileceğinin altını çizmiştir.⁸⁸ Zira mülakat heyetinin teşekkülünde bir reform yapılmadan icra edilecek sözlü sınavlarda siyasal otoritenin eğilimlerinin önemli bir etken olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu sebeple mülakat sınavından önce yazılı sınavın yapılıyor olması ve değerlendirmede mülakatın etkisinin nispeten daha az olması oldukça önemlidir.

Değnilmesi gereken bir diğer husus ise mülakat sınavında kullanılan değerlendirme ölçütleridir. Her ne kadar günümüzde adayların seçiminde yazılı sınava ilaveten mülakat sınavı yapılıyor olsa da değerlendirme ölçütlerinin soyut, subjektif ve ucu açık olduğu yorumu yapılabilmektedir. Örneğin, mülakat sınavının değerlendirme ölçütlerinden biri olan *“genel ve fiziki görünümünün, davranış ve tepkilerinin mesleğe uygunluğu”* kriterinin kaldırılması yerinde olacaktır. Esasen diğer kriterlerde de bir miktar sübjektiflik olsa da diğer kriterler, icra edilecek olan meslekte aranan nitelikleri bulmaya yardım edecek hususlardır. Ancak bir insanın görünüş kriterinin, icra edeceği mesleğe ne gibi bir uygunluğu olabilir sorusu akla gelmektedir. Nitekim 1982 Anayasasının “Kamu Hizmetine Girme Hakkı” başlıklı 70. maddesine göre, “Her Türk, kamu hizmetlerine girme hakkına sahiptir. Hizmete alınmada, görevin gerektirdiği

87 Her ne kadar söz konusu karar, hakim ve savcıların başarılı sayılarak aday olarak göreve başlamaları ve stajı bitirmeleri sonrasında mesleğe geçiş aşamasında yapılan sınavı konu alıyor olsa da mülakat ile ilişkisi sebebiyle önem arz eden bir karardır. Mahkeme tek başına mülakat sınavının var olmasını eleştiri konusu yapmaktadır. Anayasa Mahkemesi, E.: 1990/13, K.: 1990/30. K.T. 20/11/1990.

88 Anayasa Mahkemesi, E.: 1990/13, K.: 1990/30 K.T. 20/11/1990.

niteliklerden başka hiçbir ayırım gözetilemez.” Anayasanın bu hükmünden “kamu hizmetlerine girme konusunda vatandaşların girmek istedikleri kamu hizmetinin gerektirdiği objektif nitelikler dışında herhangi bir ayırma tâbi tutulamayacakları” sonucuna ulaşmak yanlış olmayacaktır.”⁸⁹ Bir kişinin genel ve fiziki görünümünün mesleğe uygunluğu ölçütünün, oldukça ucu açık, objektiflikten uzak ve Anayasanın çizdiği sınırları esneten bir kaide olduğunu söylebilir. Bunun yerine adaylardan tam teşekküllü bir hastaneden mesleği yapmaya elverişli olup olmayacakları hususunda bir rapor getirmeleri istenebilir. Hazırlanacak bir yönetmelik/yönerge/genelge ile sağlık yetkililerine, mesleğe uygunluktan kast edilenin ne olduğu somut ve yoruma çok açık olmayacak kriterler ile izah edilebilir. Bu sayede mülakat heyetinin sübjektif değerlendirmelerinin önüne geçilebilmiş olunacaktır.

Kanunda belirtilen kriterler incelendiğinde, hâkim-savcılık gibi önemli bir meslek grubu mensuplarının böylesi esnek addedilebilecek kriterler ile yürütmenin ağırlığı olan bir mülakat heyeti tarafından seçiliyor olması eleştirilerin sesini daha da yükseltmektedir. Her ne kadar yukarıda mülakat heyeti için yapılan öneriler doğrultusunda bir reform gerçekleşerek heyetin yapısı tadil edilse de bunu yeterli görmemek gerekecektir. Örneğin mülakatın etki puanının azaltılması düşünülebilir. Mülakatın nihai puana etki derecesi %30 yerine %20'ye düşürülmesi, sübjektif kriterlerin muhtemel olumsuz etkilerinden kurtulmaya vesile olabilecektir. Ayrıca Türkiye çapında yazılı sınavda derece yapanları, elemek için mülakatta yetmiş puanın altında not verilmesi ihtimalini de ortadan kaldırmak için mülakatta baraj uygulamasının kaldırılması veya elliye düşürülmesi düşünülebilir. Elbette ki bu durum, ezber yeteneği kuvvetli olup test sınavından yüksek alan ancak muhakeme yeteneği yeterli düzeyde olmayıp mülakattan düşük puan alan adayların sınavı kazanarak staj eğitimine başlaması gibi sakıncalı bir neticeye yol açabilecektir. Ancak bu kişilere, staj eğitiminde muhakeme eksikliklerinin takviyesi yapılarak bu kişilerin söz konusu eksikliklerinin giderilmesi sağlanabilir. Bu noktada, yarar zarar dengesi yapmak gerekmektedir. Mülakat heyetinin siyasi saikler ile başarılı adayları yetmiş barajı uygulamasının arkasına sığınarak eleyebilme ihtimali mi yoksa muhakeme yeteneğinde birtakım kusurlar olan adayların staj eğitiminde bunu takviye edecek olmaları mı daha az zararlıdır? Bu soru üzerine geçmiş tecrübelerden de istifade ederek samimiyetle eğildiğinde, yasa koyucunun doğru cevabı kolaylıkla bulacağı aşikardır.

İdarenin faaliyet alanının geniş ve çeşitli olması sebebiyle her türlü işleminin kanun ile belirlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple idareye belli sınırlarda

89 Yılmaz, s. 37-38.

takdir hakkı tanınmaktadır.⁹⁰ İdarenin bu takdir hakkını kötüye kullanmaması gerektiği gibi mahkemelerin de idarenin takdir hakkını kaldıracak şekilde karar vermemesi gerekmektedir. Ancak mahkeme idarenin takdir yetkisini açık takdir hatası ve ölçülülük açısından irdeleyebilmektedir.⁹¹ Doğası gereği denetimi zor olan mülakat sınavının şeffaflaştırılması gerekmektedir. Anayasada yer alan hak arama hürriyeti ile idarenin işlem ve eylemlerinin yargısal denetim açık olması kuralı, mülakat sınavının şeffaf bir şekilde icra edilmesi halinde anlam kazanabilecektir.⁹² Bu noktada idareye büyük görev düşmektedir. İspat yükünün idarede olduğu da göz önüne alındığında, idarenin yapmış olduğu işlemin yargısal denetimini sağlamakla da yükümlü olduğu, aksi takdirde idari işlemin sebep unsuru bakımından hukuka aykırı olacağı zikredilmelidir.⁹³ Elbette bu mantığa ulaşmak zorlu bir yolun sonucunda mümkün olmuştur. Zira Danıştay uzunca bir süre, mülakat sınavına itiraz eden adaylar için, sözlü sınavlar ile ilgili, yazılı kanıtın bulunmaması nedeniyle gerek mahkeme heyetlerinin gerekse bilirkişilerin bir inceleme yapma imkanının bulunmadığını belirterek adayların taleplerini reddetme eğiliminde olmuştur. İspat yükünün başvuruca olması anlayışı uzun bir süre devam etmiştir.⁹⁴ Danıştay bu içtihatlarından dönerek, idarenin mülakatta yapmış olduğu işlemin nedenini ses ve görüntü kaydı veya detaylı tutanak ile somut bir şekilde ortaya koyması gerektiğine ilişkin kararlar vermiştir. Danıştay kararlarında, mülakat heyetinin ayrı ayrı verdikleri puanların, sorulan soruların ve bunlara verilen cevapların neler olduğuna dair notların tutanak ve imza altına alınmış olması gerektiğini belirtmiş ve gerekli altyapı ve düzenlemelerin yapılmasını hukuka bağlı ve saygısı olan bir idarenin görevi olduğunu zikretmiştir.⁹⁵ Bu içtihatlar sayesinde idarenin takdir hakkı dolaylı bir şekilde daraltılmıştır. Böylece mahkemeler, idarenin takdir hakkının kullanımında açık takdir hatası, ölçüsüzlük ve eşitsizlik olup olmadığını kontrol edebilme imkanına kavuşmuş olmaktadır.

90 Turgut Tan, "Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 1996, s. 412.

91 Yasin Sezer, Hüseyin Bilgin, "Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi", *TBB Dergisi*, Sayı 86, 2009, s. 181; Tan, s. 421-422.

92 Yılmaz, s. 40.

93 Metin Günday, *İdare Hukuku*, İmaj Yayını, Ankara 2003, s. 140.

94 Danıştay, 5. D., E.: 1982/1421, K.: 1985/1858, K.T.: 11/06/1985; Danıştay, 8. D., E.: 1989/302, K.: 1989/671, K.T.: 13/09/1989.

95 Danıştay 12. D., 24.12.1997, E.1997/857, K.1997/4259, K.T. 24/12/1997; Danıştay, 5. D., E.: 1999/2771, K.: 2002/2723, K.T.: 10/06/2002; Danıştay 8. D., E.: 2004/341, K.: 2004/3332, K.T. 20/09/2004; Danıştay, 8. D., E.: 2004/1367, K.: 2004/3878, K.T.: 19/10/2004; Danıştay 5.D., E.: 2007/1771, K.: 2008/3008, K.T. 21/05/2008; Danıştay, 12. D., E.: 2008/535, K.: 2008/3422, K. T.: 09/06/2008; Ankara 12. İdare Mahkemesi, E. 2018/2658, K.2018/2516, T. 21/12/2018; Danıştay 2. D., E.: 2017/373, K.: 2018/3335, K.T.: 17/05/2018; Danıştay 12. D., E.: 2020/80, K.: 2020/1719, K.T.: 03/03/2020.

Mülakat sınavlarının teknolojik imkanlardan faydalanılarak ses ve görüntü kaydı yapılacak şekilde icra edilmesi, denetimin kolaylaştırılması açısından oldukça faydalı olacaktır. Böylece mülakat heyeti de değerlendirme hususunda her türlü kararın mahkemede denetleneyeceği bilinci ile hareket ederek objektiflikten ödün vermemeye çalışacaktır. Ses ve görüntü kaydı yerine detaylı tutanağın yeterli görülmesi sakıncalı görülmelidir. Zira mülakat heyetinin art niyetli tutum içerisinde oldukları bir adayın vereceği cevabı tutanaklara yine heyet geçirecektir. Her ne kadar aday mahkemede yeterli cevap verdiğini belirtse de söz konusu değerlendirme, mülakat heyetinin tutanakları üzerinden yapılacaktır. Bu durum, silahların eşitsizliği gibi bir durumu ortaya çıkardığından, sesli ve görüntülü kayıt altında sınavın icrası yapılmalıdır.

Bir diğer önem arz eden husus ise mülakat heyeti tarafından sorulacak soruların doğaçlama olarak değil önceden hazırlanması şeklinde yöneltilmesidir. Her bir adayın, kapalı zarflardan birini seçerek içinden çıkacak olan sorulara cevap vermesi düşünülebilir. Böylece adaya göre soru sorulamaması sağlanmış olunacak ve eşitlik ilkesi çerçevesinde mülakat sınavı icra edilebilecektir.

Sonuç

Yargıya olan güvenin oldukça düşük seviyelerde olması, mahkemelerde yaşanan şahsi tecrübelerden ziyade, yargı organı ile ilgili vatandaşlardaki algılardan kaynaklanmaktadır. Hiçbir yargı sürecinin içinde bulunmayan vatandaşlarda dahi bu güven kırıklığının sebebi iyi araştırılmalı ve acilen çözümler getirilmelidir. Yakın dönemde, seri muhakeme, basit yargılama, dostane çözüm yöntemlerinin hukuk hayatına girmesi ve etkinleştirilmesi ve yargı mensuplarına soruşturma ve kovuşturmalar için hedef sürelerin belirlenmesi sayesinde yargının hızlanması yargıya olan güveni artıracak eylemler olarak görülebilir. Osman Gazi'ye atfedilen "geciken adalet, adalet değildir" sözü gereği söz konusu tedbirler sayesinde adaletin hızlandırılarak muhakeme denizinde vatandaşların boğulmaması sağlanmaya çalışılmıştır. Muhakemenin hızlanması, vatandaşların bu süreçten sonuç alma konusunda ümit beslemesine katkı sağlanmaktadır. Ancak alınan bu yapısal tedbirlerin yargıya olan güveni artırmadaki çarpan etkisini besleyecek başkaca tedbirlere daha ihtiyaç duyulmaktadır. Bu noktada, yargılamada hızlılığın temin edildiği gibi verilen kararların adalet duygusunu tatmin eder derecede olması da sağlanmalıdır. Bu da ancak liyakat sahibi yargı mensupları tarafından, tarafsız ve bağımsız bir şekilde muhakemenin nihayete erdirilmesi ile mümkün olabilecektir. Zira la-yık olmayan bir kişinin insanların kaderi üzerinde geniş yetkilere sahip olması korkutucu sonuçları beraberinde getirecektir.

Günümüzde en çok dillendirilen hususlardan birisi de hâkim ve savcı adaylarının belirlenmesi sürecinde bir reform ihtiyacının hasıl olmasıdır. Liyakat eksenli, objektif değerlendirme kriterlerine bağlanmış bir sınav sonucunda yargı mensuplarının belirlenmesinin ivedilikle sağlanmasının yargıya olan güveni artıracığı söylenebilir. Bu sayede hiç kimseden emir ve talimat almayan, ön yargılarından tamamen arınmış ve mesleğinde yetkin yargı mensuplarına sahip olunabilecektir. Bu bağlamda, zikredilen demokratik ülkelerdekine benzer şekilde hâkim ve savcı aday adaylarının sınava girmeden önce aranan niteliklerinde değişikliklerin yapılması düşünülmelidir. Belirlenen azami yaş sınırı asgari yaş sınırı ile değiştirilmeli, lisans eğitime ilaveten belirli bir yıl mesleki tecrübeye sahip olma ve/veya yüksek lisans yapma zorunluluğu getirilmelidir. Bu sayede lisans hayatından çıkıp gerek kişisel gerekse de mesleki olgunluk ve yetkinliğe ulaşmadan mesleğin getireceği büyük bir güce sahip olunması engellenebilmiş olacaktır.

Her ne kadar azımsanamayacak sayıda Avrupa demokrasisinde mesleğe kabul anlamında yürütmenin doğrudan ve dolaylı etkisini görmek mümkün olsa da Türkiye’de yaşanan acı tecrübeler gereği başkaca bir sistem kurgulama ihtiyacı gerekmektedir. Bu bağlamda sınav sisteminde bir değişikliğe gidilmesinin elzem olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yazılı sınav hususunda ufak tadilatlar gerekse de esas değişimin mülakat sınavı için olması gerektiği zikredilmelidir. Öncelikle sınavların yıl boyuna yayılması ve mülakat heyetinin tam zamanlı bu görevde çalışan kişiler olması temin edilmelidir. Mevcut sistemdeki gibi aylarca süren mülakatlara katılan heyet üyelerinin başkaca kurumlarda memuriyetlerinin olmaması sağlanmalı. Bu kişilerin bağımsızlık ve özerkliği temin edilmiş kendi bütçesi olan bir yapıda istihdam edilmeleri; seçimlerinde yürütmenin ağırlığının asgariye indirilmesi temin edilmelidir. Mülakat sınavında değerlendirme ölçütlerinin teferruatı anlatıldığı üzere objektifleştirilmesi gerekmektedir. Sınav sorularının kapalı zarflar içinde önceden hazırlanması, sınavların teknolojik imkanlar ile kayda alınması ve bunun gibi diğer yenilikler ile alım sürecinin tekrar tasarlanması gerekmektedir.

KAYNAKLAR

- Alan, Nuri, “Danıstay’ın 135. Yıl dönümü ve Danıstay ve İdari Yargı Günü Konuşması”, *Danıstay Kararlar Dergisi*, Sayı. 2, 2003.
- Anayurt, Ömer, *Anayasa Hukuku Genel Kısım*, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Association of Judges of Ireland, *Appointment to Judicial Office*, <https://aji.ie/the-judiciary/appointment-to-judicial-office/>, 23/12/2020.
- Aydın, Nurettin, “Weberyen Bürokraside Liyakat ve Türk Kamu Bürokrasisinden Bir Kesit”, *Sayıştay Dergisi*, S: 85, 2012
- Judicial Appointments Commission, *Eligibility for Legally Qualified candidates*, <https://judicialappointments.gov.uk/eligibility-for-llgally-qualified-candidates/>, (23.12.2020).
- Akşam, *Paralel Hakimler Haddini Aştı*, 7 Eylül 2015, <http://www.aksam.com.tr/guncel/paralel-hakimler-haddini-asti/haber-440547> (20.09.2020).
- Bell, John, *Judiciaries within Europe, A Comparative Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Bianet, *Engelliler de Hakim ve Savcı Olabilecek*, 2014, m.bianet.org/bianet/toplum/156936-engelliler-de-hakim-ve-savci-olabilecek, (24.12.2020).
- Boyunsuz, Şule Özsoy, Başkanlı Parlamenter Sistem, 2. Bs. İstanbul, On İki Levha, 2014.
- Carolan, Eoin, *The New Separation of Powers A Theory for the Modern State*, Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Çıvgın, Ayşe Gül, “Platon’un Adalet ve Filozof Kral Anlayışı”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, Cilt 7, Sayı 1, 2018.
- Dallara, Cristina, *Democracy and Judicial Reforms in South-East Europe: Between the EU and the Legacies of the Past*, Springer, London, 2020.
- Di Federico, Giuseppe, “Recruitment, Professional Evaluation, Career and Discipline of Judges and Prosecutors in Italy”, Ed. Di Federico, Giuseppe, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005.
- Dönmez, Celalettin, *Avrupa Birliği Ülkelerinde Hâkim ve Savcıların Atanmalarına İlişkin Düzenlemeler*, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/e-kutuphane/avrupa%20birli%C4%9Fi%20%C3%BClkelerinde%20hakim%20savc%C4%B1%20atamalar%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: (08.05.2015), t.y.
- Eren, Abdurrahman, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 631-634.
- Errera, Roger, “The Recruitment, Training, Career and Accountability of Members of the Judiciary in France”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005.
- Ertaş, Türker, *Kuvvetler Ayrılığı İlkesi Bağlamında Yasama, Yürütme ve Yargı Organları Arasındaki İlişkiler*, Seçkin, Ankara, 2018.
- European Commission-European Judicial Network, *Legal professions - England and Wales*, 2007, http://ec.europa.eu/civiljustice/legal_prof/legal_prof_eng_en.htm, (11.05.2015).
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Judici-*

- al Appointments*, 2007, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2007\)028-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2007)028-e), 21.03.2021.
- European Commission for Democracy Through Law (Venice Commission), *Opinion on the Reform of the Judiciary In Bulgaria*, 1999, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF\(1999\)005-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-INF(1999)005-e), 21.03.2021.
 - European Network of Council for the Judiciary, *Development of Minimum Judicial Standards II Report*, 2011-2012, http://birosag.hu/sites/default/files/allomanyok/nemzetkozi/english/final_report_standards_ii_2011-2012.pdf, (06.11.2020).
 - Giegeric, Thomas, *Türkiye Cumhuriyeti Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu: Çalışma ve Performans Değerlendirme Raporu*, 4 Şubat 2013, <http://www.abgm.adalet.gov.tr/pdf/YARGININ%20BA%49EIMSIZLI%49EI%20VE%20TARAFSIZLI%49EI%20HAKKINDA%204.%20%49BoST%49Bo%49EAR%49Bo%20Z%49BoYARET%20RAPORU.pdf>, (11.09.2015).
 - Gunnarsson, Helen W., “Judiciary So You Want to Be a Judge?”, *Illinois Bar Journal*, Cilt: 98, Sayı: 9, 2010.
 - Günday, Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayını, Ankara 2003.
 - Hacib, Yusuf Has, (Terc. Muzaffer Dinçel), *Kutadgu Bilig*, Gençlik Spor Bakanlığı, Ankara, 2019.
 - Hâkimler ve Savcılar Kurulu, *Hâkimler ve Savcılar Kurulu İstatistikleri*, hsk.gov.tr/istatistikler.aspx, (25.12.2020).
 - Hamilton, Alexander, *Federalist No: 78*, <https://www.congress.gov/resources/display/content/The+Federalist+Papers#TheFederalistPapers-78>, (04.10 2020).
 - HSK Strateji Geliştirme Bürosu, *Yargıda Durum Analizi Toplantıları Sonuç Raporu*, HSK, Ankara, 2012, <http://www.hsyk.gov.tr/dosyalar/Yargida-Durum-Analizi-Toplant%49Bilari-Sonuc-Raporu.pdf>, (09.09.2020).
 - Ichino, Giovanna, *Report on EJTN Questionnaires Concerning Initial Training in European Countries*, Scuola Superiore Della Magistratura, 2011.
 - Johannes, Riedel, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges in Germany”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005.
 - Kocaoğlu, Serhat Sinan, “Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin Temel Sorunu ‘Hâkim (& Savcı) Niteliği’ ve Bu Hususta Eklektik Bir Çözüm Önerisi (Kassandra’nın Çılgılığı)”, *Ankara Barosu Dergisi*, Sayı 3, 2011.
 - Langbroek, Philip M, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in the Netherlands”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Careers of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005.
 - Memurlar.net, *Hakimlik ve Savcılık sınavı barajının kaldırılmasının sonucu nasıl oldu?*, 2017, <https://www.memurlar.net/haber/640865/hakimlik-ve-savcilik-sinavi-barajinin-kaldirilmasinin-sonucu-nasil-oldu.html>, (24.12.2020).
 - Metin, Yüksel, “Türkiye’de Yargı Bağımsızlığına İlişkin Kimi Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 27, 2010.
 - Montesquieu, (Terc. Thomas Nugent), *The Spirit of Laws*, Botache Books, Kitchener, 1748.

- Muniz-Argüelles, Luis; Fraticelli-Torres, Migdalia, Selection and Training of Judges in Spain, France, West Germany, and England”, *Boston College International & Comparative Law Review*, Cilt 8, Sayı 1, 1985.
- Oberto, Giacomo, *Selection, Training, Career and Status of Judges: International Standards and Italian Experience*, <http://giacomooberto.com/yerevan/report.htm>, (05.12.2020), 2002.
- Okur, İbrahim, *Referandumdan Sonra HSYK: HSYK'nın Yeni Yapısı ve İşleyişine Dair Yuvarlak Masa Toplantısı*, TESEV Yayınları, İstanbul, 2012.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 15. bs., Ankara, Yetkin, 2016.
- Poblet, Marta; Casanovas, Pompeu, “Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Spain”, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005.
- Sajo, Andras, *Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism*, Central European University Press, Budapest, 1999.
- Sezer, Yasin; Bilgin, Hüseyin, “Sözlü Sınavların Yargısal Denetimi”, *TBB Dergisi*, Sayı 86, 2009.
- Spáč, Samuel, “Recruiting European Judges in the Age of Judicial Self-Government”, *German Law Journal*, Cilt 19, Sayı 5, 2018.
- Stawa, Georg, Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Austria, Ed. Giuseppe Di Federico, *Recruitment, Professional Evaluation and Career of Judges and Prosecutors in Europe*, Lo scarabeo, Bologna, 2005
- Şen, Mustafa Lütfi, “Liyakat İlkesi ve Türk Personel Sistemindeki Uygulaması”, *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt 28, 1995.
- T24, “Dursun Çiçek: ‘AKP’yi İktidardan İndirin Bakın Onları Nasıl Yargılıyoruz Göreceksiniz’ Diyen Başsavcılar Var”, 2018, t24.com.tr/haber/dursun-cicek-akpyi-iktidardan-indirin-bakin-onlari-nasil-yargiliyoruz-goreceksiniz-diyen-bassavcilar-var,700647, (29.12.2020).
- Tan, Turgut, “Sınav ve Jüri Değerlendirmelerinin Yargısal Denetimi”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 51, Sayı 1, 1996, s. 412.
- Tekin, Abdurrahman, *Liberal Anayasal Sistemlerde Parlamento İçi Muhalefetin Rolü*, On İki Levha, İstanbul, 2019.
- Tekin, Zeki, Osmanlı Devleti, Ed. Abdurrahman Tekin, Ömer Temeli İlyas Fırat Cengiz, *Osmanlı Ardal Devletlerinin Siyasal Sistemleri Cilt I*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- The Conversation, *EU Court Case Sees British Citizen Seek Post-Brexit Rights in France*, theconversation.com/eu-court-case-sees-british-citizen-seek-post-brexit-rights-in-france-151335, (24.12.2020).
- The Danish Courts - an Organisation in Development, *Scandinavian Studies in Law*, Sayı 51, 2007.
- The Ministry of Justice of Netherland, *Appendix Two: Judicial Appointments Practice in Selected Overseas Countries*, <http://www.justice.govt.nz/publications/publications-archived/2004/appointing-judges-a-judicial-appointments-commission-for-new-zealand-a-public-consultation-paper-april-2004/appendix-two-judicial-appointments-practice-in-selected-overseas-countries>, (09.11.2020), 2004.

- Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/>, (10.10.2020).
- United Nations, *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, <https://digitallibrary.un.org/record/115943/files/a-conf-121-22-e.pdf>, (20.11.2020).
- Uzun, Cem Duran, “Cumhurbaşkanlığı Sisteminde Yargı”, *Seta Analiz*, Sayı 193, 2017.
- Vile, Maurice J. - C., *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 2. bs., Liberty Fund, Indianapolis, 1998.
- Yanık, Murat, *Yargunun Yönetimi ve Denetimi*, DER Yayınları, İstanbul, 2014.
- Yılmaz, Halit, “Hâkim ve Savcı Adayı Alımında Mülakat Sınavına İlişkin Hukuksal Sorunlar”, *TBB Dergisi*, S. 93, 2011.
- Weber, Max, *Sosyoloji Yazıları*, (Haz) Hans H. Gerth/C. Wright Mills, (Çev) Taha Parla, Metis, 2019.
- 2709 Sayılı Türkiye Anayasası, 1982.
- 6087 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kurulu Kanunu, 2010.
- 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu, 1983.
- 34 Sayılı Türkiye Adalet Akademisi Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi, 2019.
- 7072 Sayılı Kanun, 2018.
- 680 Sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 2017.
- The Constitutional Reform Act, 2005, (Great Britain).
- Anayasa Mahkemesi, E.: 1990/13, K.: 1990/30, K.T. 20/11/1990.
- Anayasa Mahkemesi, E.: 2005/47, K.: 2007/14, K.T. 07/02/2007.
- Anayasa Mahkemesi, E.: 2006/162, K.: 2007/15, K.T. 07/02/2007.
- Anayasa Mahkemesi, E.: 2014/113, K.: 2014/174, K.T. 13.11.2014.
- Ankara 12. İdare Mahkemesi, E. 2018/2658, K.2018/2516, T. 21/12/2018.
- Danıştay, 5. D., E.: 1982/1421, K.: 1985/1858, K.T.: 11/06/1985.
- Danıştay, 8. D., E.: 1989/302, K.: 1989/671, K.T.: 13/09/1989.
- Danıştay 12. D., 24.12.1997, E.1997/857, K.1997/4259, K.T. 24/12/1997;
- Danıştay, 5. D., E.: 1999/2771, K.: 2002/2723, K.T.: 10/06/2002.
- Danıştay 8. D., E.: 2004/341, K.: 2004/3332, K.T. 20/09/2004.
- Danıştay, 8. D., E.: 2004/1367, K.: 2004/3878, K.T.: 19/10/2004.
- Danıştay 5.D., E.: 2007/1771, K.: 2008/3008, K.T. 21/05/2008.
- Danıştay, 12. D., E.: 2008/535, K.: 2008/3422, K. T.: 09/06/2008.
- Danıştay 2. D., E.: 2017/373, K.: 2018/3335, K.T.: 17/05/2018.
- Danıştay, 12. D., E.: 2020/80, K.: 2020/1719, K.T.: 03/03/2020.
- Danıştay İDDK, YD İtiraz no: 2007/235, K.T. 29/03/2007.
- Danıştay İDDK, YD İtiraz no: 2017/875, K.T. 14/9/2017.

ÖZEL HUKUK

Araştırma Makalesi / Research Article

Tıbbi Malzeme Tedarik Sürecinde Özel Hastane - Tedarikçi - Sosyal Güvenlik Kurumu İlişkisi*

Relationships between Private Hospital - Supplier Firm - Social
Security Institution on Medical Devices Supply Process

İlhan AÇIKGÖZ**

Öz

Sağlık Hukuku multidisipliner bir alan olup, diğer birçok hukuk alanıyla etkileşim içerisinde olmak durumundadır. Sağlık Hukuku alanını ilgilendiren uyuşmazlıklar, idare mahkemelerinde, tüketici mahkemelerinde, ticaret mahkemelerinde, asliye hukuk mahkemelerinde, ceza mahkemelerinde karşımıza çıkabilmektedir.

Ticaret mahkemelerine konu olacak sağlıkla ilgili hukuki uyuşmazlık ilk bakışta az gibi görünse de, ülkemizin sağlık politikaları, Sosyal Güvenlik Kurumu mevzuatı ve özel sigorta şirketlerinin sağlığın finansmanındaki giderek artan yeri, Ticaret mahkemelerinin konuya daha fazla karışacaklarının göstergesidir.

Bilirkişilik yaptığımız dosyalardan da gördüğümüz, sağlık sistemini ciddi düzeyde etkileyen, ülkemizde tarifi zor olan karmaşık bir ilişkinin, ilgililere ışık tutacak şekilde açıklanması bu yazının temel amacıdır.

Konunun çok boyutu ve çok tarafı olması sebebiyle özellikle dar bir alan üzerinden açıklama yapılmış, sadece özel sektördeki, koroner stentler, ortopedik protezler, beyin cerrahisi veya ürolojinin kullandığı implantlar, kulak cerrahisinde kullanılan implantlar gibi malzeme kullanılan tıbbi uygulamalar ile SGK ilişkisi üzerinde durulmuş, kamu ve üniversite hastanelerinin SGK ile ilişkisi ve malzeme kullanılmayan tıbbi müdahaleler ayrı tutulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sağlık Uygulama Tebliği, SUT, tıbbi malzeme, implant, protez, geri ödeme, paket fiyat, edarıkçi firma, Ürün Takip Sistemi, ÜTS.

* Makale gönderim tarihi: 24.12.2020. Makale kabul tarihi: 12.01.2021. İlhan Açıkgöz, "Tıbbi Malzeme Tedarik Sürecinde Özel Hastane – Tedarikçi – Sosyal Güvenlik Kurumu İlişkisi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 167-181; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.01>

** İstanbul Barosu Avukatı, Adres; Kartaltepe mah. Başarı Sokak No., Altay Apt. B Blok, K:1, D:3, 34153, Bakırköy, İstanbul, drilhanacikgoz@gmail.com, 02125038614, 05325909081
<https://orcid.org/0000-0002-5511-0341>.

ABSTRACT

Healthlaw is a multidisciplinary field of law and has to be in interaction with many of the areas of law. The legal disputes regarding healthlaw are appear in courts related to administrative, consumer, commercial, civil and criminal cases. At first glance, although the legal disputes regarding health issues in terms of commercial courts seems to be less in number, the health policies of our country, Social Security Institution (SSI) legislation, the importance of private insurance companies on financial position of health system shows that commercial courts will be interfering the issue a lot. As it is seen from the cases that we have been expertise, the goal of this article is to explain the complex relationship affecting the health system seriously, which has a difficult description in our country. Since the subject is multidimensional and relating several parties, the explanations are made especially from a narrow aspect, in this article we have pointed out medical equipments such as coronary stents, orthopedic prostheses the implants used by brain surgery or urology, implants used by ear surgery in the private sector and the relationship with SSI. We have excluded the relationship between SSI and public and university hospitals and medical operations in which the medical supplies are not used. In this article, we have used SSI instead of Social Security Institution and HpN instead of HealthPractice Notification. The wording of the text has been simplified as much as possible, we have avoided medical terminology and translated into formats that can benefit those who are concerned.

Keywords: Health Practice Notification, medical device, implant, prostheses, payback, package price, supplier firm, following system for products.

Giriş

I. Tıbbi Malzeme

Uluslararası Uyum Konseyi (The International Council for Harmonisation of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use - ICH) hâlihazırda tüm dünyada ilaç regülasyonlarını yayımlayan, düzenleyen ve yönlendiren temel kuruluştur. Konseye, Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumunun (TİTCK) başvurusu da 27 Mayıs 2020 tarihli toplantıda kabul edilmiş ve böylece TİTCK tarafından ruhsatlandırılan ilaçlar, yapılan klinik çalışmalar ve yürütülen farmakovijilans çalışmaları, uluslararası plaformlarda tanınır olmuştur.¹

İlaçlar için oluşturulan bu grubun, tıbbi cihazlar için ayrıca oluşturulmuş bir versiyonu yoktur. Benzer faaliyetler, çalışma grupları ile yürütülmektedir. Amerika Birleşik Devletleri, Avrupa Birliği ülkeleri ve Dünya Sağlık Örgütü tıbbi cihaz tanımlarında ufak da olsa farklılıklar mevcuttur.

1 Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu web sayfası duyurusu (erişim) <https://www.titck.gov.tr/haber/turkiye-ilac-alaninda-dunyadaki-kurallari-belirleyen-uluslararasi-uyum-konseyi-ne-tam-uye-olarak-kabul-edildi-03062020140806>, (15/06/2020)

Uluslararası Uyum Konseyinin Global Uyumlaştırma Çalışma Grubu (Global Health Technical Professional) farklılıkları gidermek adına 2005 yılında bir tanımlama yapmıştır. Bu tanıma göre tıbbi cihaz;

“İnsanda kullanıldıklarında aslı fonksiyonunu farmakolojik, immünolojik veya metabolik etkiler ile sağlamayan, fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu etkiler tarafından desteklenebilen ve insan üzerinde:

- Hastalığın tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi,
- Yaralanma veya sakatlığın tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya mağduriyetin giderilmesi,
- Anatomik veya fizyolojik bir işlevin araştırılması, değiştirilmesi veya yerine başka bir şey konulması,
- Hayatın sürdürülmesinin desteklenmesi,
- Tasarımın kontrolü,
- Tıbbi cihazın dezenfekte olmasının sağlanması,
- Medikal veya tanı amaçlı veri sağlanması,

amaçlarıyla geliştirilmiş herhangi bir enstrüman, aparat, makine, cihaz, implant, uygulama, in-vitro reaktif veya kalibratör, yazılım, malzeme veya benzeri bir uygulamadır.”²

“Tıbbi Ürün Sahteciliği ve Halk Sağlığına Tehditler İçeren Benzeri Suçlar Hakkında Avrupa Konseyi Sözleşmesi”nin³ 4. maddesi “tıbbi ürün”, “tıbbi cihaz”, “aksesuar ve parçalar” ve “üretim” tanımları yapmaktadır. Buna göre tıbbi cihaz; tek başına veya birlikte kullanılan, imalatçısı tarafından insanlarda özellikle tanı ve/veya tedavi amaçlı kullanılmak üzere öngörülmüş olan ve; hastalığın tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tedavisi veya hafifletilmesi ya da, bir yaralanma veya sakatlığın tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya telafi edilmesi ya da; anatomi ya da fizyolojik işlevin incelenmesi, değiştirilmesi veya yerine başka bir şey konulması ya da; doğum kontrolü amaçlarıyla insanda kullanılmak üzere öngörülmüş olan ve insan vücudu üzerindeki asli işlevlerini farmakolojik, immünolojik ya da metabolik yollarla sağlamayan, fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu yollarla desteklenebilen, yazılımları dâhil her türlü araç, aparat, aygıt, yazılım, malzeme ya da diğer ürünler anlamına gelmektedir.

2 Mahmut Kiper: “Dünyada ve Türkiye’de Tıbbi Cihaz Sektörü ve Strateji Önerisi”, Ankara, Ağustos 2013, (çevrimiçi), <http://www.seis.org.tr/docs/daha-cok-uretmeliyiz/tibbi-cihaz-sektoru-strateji-onerisi.pdf>, (31/05/2020)

3 Resmi Gazete (RG): s. 30027, t. (03/04/2017)

AB Hukuku'nda en güncel mevzuat olan ve Gümrük Birliği Anlaşmasına paralel olarak çıkartılan 1/95 ve 2/97 sayılı Ortaklık Konseyi Kararlarına istinaden Türkiye'de de uygulama alanı bulan⁴ AB 2017/745 sayılı Tüzüğe göre tıbbi cihaz;

“İnsan vücudu içerisinde veya üzerinde amaçlanan asli fonksiyonunu farmakolojik, immünolojik veya metabolik etkiler ile sağlamayan, fakat fonksiyonunu yerine getirirken bu etkiler tarafından desteklenebilen ve hastalığın tanısı, önlenmesi, izlenmesi, tahmini prognozu, tedavisi veya hafifletilmesi, yaralanma veya sakathğin tanısı, izlenmesi, tedavisi, hafifletilmesi veya kompanse edilmesi, anatomik bir yapının veya işlevin veya fizyolojik ya da patolojik sürecin veya durumun, araştırılması, ikame edilmesi veya modifikasyonu, organ, kan ve doku başlıları dahil olmak üzere, insan vücudundan elde edilen örneklerin in vitro muayenesi vasıtasıyla bilgi sağlanması özel tıbbi amaçlarından biri veya daha fazlası için, imalatçı tarafından, insan üzerinde tek başına veya birlikte kullanılmak üzere tasarlanan alet, aparat, teçhizat, yazılım, implant, reaktif material veya diğer malzemelerdir.

Gebeliğin kontrolüne veya desteklenmesine yönelik cihazlar, 1(4) maddesinde atıfta bulunulan cihazların ve bu bendin 1. paragrafında atıfta bulunulan cihazların temizliği, dezenfeksiyonu veya sterilizasyonu için özel olarak tasarlanan ürünler de tıbbi cihaz olarak kabul edilirler”⁵

A. Sınıflandırma ve İlgili Düzenlemeler

Avrupa Birliğinin 25/07/1985 tarihli, 85/374 sayılı Direktifi ve akabinde AB Komisyonu'nun 1990'larda yürürlüğe koyduğu üç ana direktif, Türkiye tıbbi cihaz mevzuatının⁶ temel yasal çerçevesini çizmektedir. Bu üç ana direktif;

1- Aktif implante edilebilir tıbbi cihazlarla ilgili 20 Haziran 1990 tarihli AB 90/385 sayılı Konsey Direktifi,⁷

2- Tıbbi cihazlarla ilgili 14 Haziran 1993 tarihli AB 93/42 sayılı Konsey Direktifi. (Council Directive 93/42/EEC on Medical Devices (MDD))⁸

Direktif (ve yenilenmiş haliyle Tüzük⁹), tıbbi ürünleri, risk gruplarına göre dört sınıfa ayırır;

4 Esra Akdağ Tathı, (EU) 2017/745 Tıbbi Cihaz Tüzüğü, Tıbbi Cihaz Direktiflerine Göre Temel Değişiklikler, Ankara, Gazi Kitapevi, Haziran 2019, s. 3.

5 (AB) 2017/745 Tıbbi Cihaz Tüzüğü madde 2, (erişim), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>, (05/12/2020)

6 RG: s. 27957, t. 07/06/2011; Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, madde 25

7 26 Mayıs 2020 itibarıyla ilga edilmiş, yerini AB 2017/745 sayılı Tüzüğe bırakmıştır.

8 26 Mayıs 2020 itibarıyla ilga edilmiş, yerini AB 2017/745 sayılı Tüzüğe bırakmıştır.

9 AB 2017/745 sayılı Tüzük

Sınıf I (düşük risk - yara bandı, gözlük camı gibi),

Sınıf IIa (orta-düşük risk - trakeal tüp, dış dolgu malzemeleri gibi.),

Sınıf IIb (orta-yüksek risk - röntgen cihazları, kemik plak vidaları gibi),

Sınıf III (yüksek risk¹⁰ - kalp kapakları, total kalça protezleri, meme protezleri, vücuda yerleştirilebilir aktif cihazlar - kalp pili, defibrilatörler- gibi),¹¹

3- İn vitro tıbbi tanı cihazları ile ilgili 27 Ekim 1998 tarihli 98/79 sayılı¹² Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifidir.

AB Hukuku'nda Direktif ile Tüzük arasındaki fark şudur; Direktifler her üye devlet tarafından ulusal hukuka aktarılmaktadırlar. Tüzükler ise, tüm üye devletler için bağlayıcı olan açık ve net kurallar içermektedirler.¹³

Avrupa Birliği Komisyonu ile Türkiye arasında 1995 yılında imzalanan Gümrük Birliği Anlaşması ve bu anlaşma çerçevesinde imzalanan 1/95 ve 2/97 sayılı Türkiye Avrupa Birliği Ortaklık Konseyi Kararları sonucunda Türkiye, tıbbi cihazlarla ilgili olarak AB mevzuatını aynen uygulamayı kabul etmiştir.¹⁴

Türkiye'de tıbbi cihaz düzenlemeleri, Avrupa Birliği müktesebatına uyum programı doğrultusunda AB'nin paralelinde bir seyir izlemiş, 08/03/1995 tarihli, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu müteakiben 29/06/2001 tarihinde, 2001/95 sayılı Ürün Güvenliği Direktifi ile yürürlükten kaldırılan 1992/59 sayılı Ürün Güvenliği Direktifinin iktibası yoluyla 4703 sayılı (mülga) kanun oluşturulmuş ve yayımlanmıştır.¹⁵ Bu kanuna dayanarak da;

√ AB 90/385 sayılı Konsey Direktifine paralel olarak Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği,¹⁶

√ AB 93/42 sayılı Konsey Direktifine paralel olarak Tıbbi Cihaz Yönetmeliği,¹⁷

10 Donna M Senft, "Surgically Implanted Medical Device Liability: Will The New Restatement Help The Unraveling Shield Created by Medtronic, Inc. v. Lohr", *University of Baltimore Law Review*, Vol: 30389,2000-2001, [http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2256/eds/detail/detail?vid=3&sid=f5fb251d-d1f3-448b-9711-403d4ca380cc@sessionmgr4006&bdata=Jmxbmc9dHlmc2loZT1lZHMtbgI2ZQ==#AN=hein.journals.ubl30.17&db=edshol,\(15/01/2019\)](http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2256/eds/detail/detail?vid=3&sid=f5fb251d-d1f3-448b-9711-403d4ca380cc@sessionmgr4006&bdata=Jmxbmc9dHlmc2loZT1lZHMtbgI2ZQ==#AN=hein.journals.ubl30.17&db=edshol,(15/01/2019))

11 GRIFFIN John P; E-book: The Textbook of Pharmaceutical Medicine, (çevrimiçi) [http://www.worldcat.org/title/textbook-of-pharmaceutical-medicine/oclc/476315082?referer=di&ht=edition,s:511,\(11/10/2018\)](http://www.worldcat.org/title/textbook-of-pharmaceutical-medicine/oclc/476315082?referer=di&ht=edition,s:511,(11/10/2018))

12 5 Mayıs 2020 tarihi itibarı ile ilga edilmiş, yerini AB 2017/746 sayılı Tüzük'e bırakmıştır.

13 Akdağ Tatlı; s. 28

14 ibid; s. 3

15 4703 Sayılı "Ürünlerle İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun", (RG: s. 24459, (11/07/2001)

16 "Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği", (RG: s. 27957, t. 07/06/2011)

17 "Tıbbi Cihaz Yönetmeliği", (RG: s. 27957, t. 07/06/2011)

√ AB 98/79 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifine paralel olarak da Vücut Dışında Kullanılan Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği,¹⁸

√ Tıbbi Cihaz Satış, Reklam, Tanıtım Yönetmeliği¹⁹ çıkartılmış,

√ 23/02/1995 tarihli 4077 Sayılı TKHK, 8 Mart 1995 tarihinde 4822 Sayılı Kanun ile ve 07/11/2013 tarihinde 6502 Sayılı Kanun ile güncellenmiş ve TKHK yayımlanmıştır.

II. Sosyal Güvenlik Kurumu

A. SGK'nın Genel Pozisyonu

SGK, toplumun büyük bir kısmını sağlık güvencesi altına almakta ve hizmeti de kamu ve özel sektör sağlık hizmeti sunucuları aracılığıyla vermektedir;

“Kurumca finansmanı sağlanan sağlık hizmetleri, resmi (Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık hizmeti sunucuları, Üniversitelere (resmi ve vakıf) bağlı sağlık hizmeti sunucuları, TSK'ya bağlı sağlık hizmeti sunucuları, Belediyelere ait hastane ve tıp merkezleri) ve özel sağlık hizmeti sunucularından (özel hastaneler, tıp merkezleri, dal merkezleri, diyaliz merkezleri, fizik tedavi ve rehabilitasyon merkezleri, tüp bebek merkezleri, ESWL merkezleri, hiperbarik ve oksijen tedavi merkezleri) sözleşmeler yoluyla sağlanmaktadır.”²⁰

SGK, bu hizmetleri sağlarken, sağlık hizmet sunucularına bazı kısıtlamalar getirmekte, bazı ön şartlar sunmakta, yapılacak hizmetlerin ve kullanılacak tıbbi malzemelerin fiyatlandırmasını yapmakta ve bu şartları, kısıtlamaları, fiyatlandırmaları da Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) adı altında yayınlamaktadır.²¹ SUT'ta da sık sık güncellemeler yapmakta ve kendi web sitesinden yayınlamaktadır.

Genel Sağlık Sigortalısı ve bakmakla yükümlü olduğu kişilere sağlanan, Sosyal Güvenlik Kurumunca karşılanan tıbbi malzemelerle ilgili düzenlemeler, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununa uyumlu olarak yayınlanan Sağlık Uygulama Tebliği (SUT)'nin 3. bölümünde yer almaktadır.²²

18 “Vücut Dışında Kullanılan (İn Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği”, (RG: s. 26398, t. 09/01/2007)

19 RG: s. 29001, t. (15/05/2014)

20 Sözleşme, (erişim), [http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_hizmetleri/soz-lesme,\(06/12/2020\).](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_hizmetleri/soz-lesme,(06/12/2020).)

21 Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği, Resmî Gazete; Tarih: 24.03.2013, Sayı: 28597

22 Tıbbi malzeme temin esasları nasıl düzenlenmiştir? (erişim), [http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/tibbi_malzeme,\(06/12/2020\).](http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/tibbi_malzeme,(06/12/2020).)

III. SUT (Sağlık Uygulama Tebliği) - SUT Kodu

Finansmanı sağlanan tedaviler SUT'ta sınıflandırılmakta, kapsam içerisindeki tedavilere paket fiyat mı ödeneceği, başka bir fiyatlandırma politikası mı gözetileceği belirtilmekte, hangi kodlu tedavilerde ne tür malzemelerin paket fiyatına dahil olacağı, hangi tedavilerde ne tür malzemelerin paketten ayrı, tek tek faturalanması gerektiği SUT Ekleri'nde excel tabloları ve SUT kodları ile sıralanmaktadır. Ayrıca, hangi tedaviler için ne gibi ön şartlar getirildiği belirtilmekte, kullanılacak malzemenin kullanım alanına göre SGK finansmanı kapsamında olup olmayacağı açıklanmaktadır²³ ;

Örneğin, sıradan bir barsak ameliyatında, OR3085 kodlu otomatik kavisli kapatıcı- kesici tipte bir stapler (otomatik tel dikiş makinesi) ile barsağa dikiş atılırsa bu makine ve cihazın bedeli SGK tarafından karşılanmamakta fakat aynı cihazın orta ve inen kısım kalın barsak kanserlerinin açık cerrahi ile yapılacak olan ameliyatlarında kullanılması durumunda SGK tarafından bedeli karşılanmaktadır.²⁴ Yine bir takım malzemeler için SGK bazı ön şartlar koymuştur; Örneğin, ortopedik tümör cerrahisi için gerekli kimi malzemeler, tedavi ancak üniversite veya üçüncü basamak eğitim araştırma hastanelerinde yapılması durumunda SGK kapsamında olacak²⁵, özel hastanelerde veya ikinci basamak devlet hastanelerinde yapılırsa olmayacaktır. ²⁶ Ya da bazı malzemeler için, "65 yaşından sonraki hastalarda SGK tarafından ödenir" gibi bir yaş kısıtlaması söz konusu olmaktadır.²⁷

SGK, tedavileri gruplayarak bir kod altında toplar ve bu gruba bir SUT kodu verir. Örneğin, kalın barsak kanserinde yapılan bir grup ameliyat için P610.380 SUT kodunu belirlemiştir. Bu ameliyatlar sırasında kullanılacak malzemeleri de bu SUT kodu ile eşleştirir. Örneğin kalın barsağa tel dikiş yapmaya yarayan her tür, her ebat, her marka ürün bu SUT kodu ile eşleşir. Her ürün çeşidinin ayrı bir Ürün Takip Sistemi (ÜTS) numarası olacağı için her SUT koduna karşılık gelen birçok ÜTS eşleşmesi mevcuttur.

23 Sağlık Uygulama Tebliği, madde 6.3.2.

24 SUT, Ek 3A, OR3085 Sınıfı; *Orta distal rektum kanser hastalarının açık cerrahi ile tedavisinde sadece P610410/610410 "Low Anterior Rezeksiyon" işlemi ile birlikte faturalandırılabilir.*

25 Sağlık Uygulama Tebliği Değişikliği; Resmi Gazete; Tarih: 25/03/2010, Sayı: 27532(mükerrer), Madde 7.3.15

26 Sağlık Kurumları basamaklandırılması hakkında, Bkz; SUT madde 1.4

27 Sağlık Uygulama Tebliği Değişikliği; Resmi Gazete; Tarih: 25/03/2010, Sayı: 27532 (mükerrer), Madde 7.3.16

IV. İdari Yapılanma, Uygulama

Türkiye’de ilaç, tıbbi cihaz, geleneksel ve bitkisel tedavi ajanları, destek tedaviler ve ileri tedavilere ilişkin tıbbi ürünler ve kozmetik ürünlere yönelik olarak düzenleme ve denetleme yükümlülüğü Sağlık Bakanlığı’nın bağlı kuruluşu ve tüzel kişiliğe haiz olan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu’ndadır.

TİTCK, üretici ve tedarikçiler ile olan ilişkisini Haziran 2018’e kadar online Ulusal Bilgi Bankası Sistemi (UBB) üzerinden yürütmüş, Haziran 2018’den itibaren de Ürün Takip Sistemi (ÜTS) üzerinden yürütmüştür / yürütmektedir.²⁸

V. Ürün Takip Sistemi (ÜTS)

Bu sistem; Ürün Ağacı Yönetim, Ürün Yönetimi, Ürün Hareketleri ve Ürün Geri Çağırma Modülü gibi modüller içermekte olup, tedarikçi firmaların ÜTS Takip ve İzleme Web Servisine yapacakları güvenli başvuru ve onay süreci ile yürütülmektedir.

Ürün Takip Sistemi (ÜTS), Tıbbi Cihaz Yönetmeliği, Vücuda Yerleştirilebilir Aktif Tıbbi Cihazlar Yönetmeliği ve Vücut Dışında Kullanılan (In Vitro) Tıbbi Tanı Cihazları Yönetmeliği kapsamındaki cihazların kaydına, izlenebilirliğine ve takibine ilişkin kayıt işlemlerinin yapıldığı ve bu kapsamdaki cihazların her türlü satış, dağıtım, alım, kullanım, bakım, onarım ve kalibrasyon yapan kurum ve kuruluşların kayıt işlemlerinin yapıldığı web tabanlı bir sistemdir.²⁹

VI. Değerlendirme

A. Malzemenin Hekim ve Hastayla Buluşma Süreci

Hekim kendi sektöründe kullandığı, kullanabileceği tıbbi malzemelerin genel özelliklerini bilmek durumunda olup, piyasadaki her ürünü bilmese dâhi, kısa bir araştırmayla öğrenebilecek pozisyonundadır. Yargıtay, sık atıf alan bir kararında konuyu; “*Bir meslek veya sanat erbabı, meslek ve sanatını icra ederken muhakkak surette bilmesi gereken bir konuyu bilmemesi veya zararın önüne geçmek için bilimin lüzum gösterdiği tedbirleri ihmal etmesi yüzünden zarara sebebiyet verirse sorumlu olur. ihmal ve tedbirsizliğin varlığı için ölçü, zararı meydana getirenin subjektif özelliklerine bakılmaksızın yalnız orta seviyede bir kimsenin, yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutad ihtimamdan ibarettir*” ifadesi ile özetlemiştir.³⁰

28 Ürün Takip Sistemi Tekil Takip Süreçleri Hakkında Duyuru, (erişim), <https://www.titck.gov.tr/duyuru/3289>, (06/12/2020)

29 (erişim), <https://www.titck.gov.tr/>, (03/03/2019)

30 Mustafa Reşit Karahasan, *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, Beta Yayınları, 1995, s. 362; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1974/2637, K. 1974/2492, (çevrimiçi), İstanbul Medipol Üniversitesi Online Kütüphane, Hukuk Türk Veri Tabanı, (24/03/2020)

Tıbbi uygulamaların büyük çoğunluğunda tıbbi malzeme kullanımı gerekmektedir. Hangi çeşit ve model tıbbi malzeme kullanılacağına genellikle hekim karar verir ve kararı hekim vermekle birlikte aydınlatma yükümlülüğü ve özerklik ilkeleri gereği, bu kararını hastayla paylaşmak ve hastanın onamını almak zorundadır.

“Hangi çeşit ve model tıbbi malzeme kullanılacağına genellikle hekim karar verir” olmakla birlikte, gerek fiilen gerekse de hukuken bu karar verme sürecini sınırlandıran faktörler vardır ki bu da hekimin statüsüne ve tıbbi uygulamanın ifa yerine göre değişir. Şöyle ki;

5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu, 5510 sayılı Kanun ve “Genel Sağlık Sigortası İşlemleri Yönetmeliği” hükümleri çerçevesinde, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından çıkarılan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) ile sağlık hizmeti sunucuları, hizmet sunumu bakımından basamaklara ayrılmıştır.³¹

Kamu hastanelerinde hekim, kullanmak istediği malzemenin genel vasıflarını hastane satınalma servisine bildirir. Bu durum da hastanenin eğitim araştırma hastanesi (*üçüncü basamak hastane*) veya hizmet hastanesi (*ikinci basamak hastane*) olmasına göre farklılıklar gösterir. Zira, üçüncü basamak hastanelerde hastaların müdavi hekimi farklı olsa dâhi malzeme seçimi *-istisnaları mevcut olmakla birlikte-* kliniğin idari sorumlusu tarafından yapılmaktadır. İkinci basamak hastanelerde ise istem, müdavi hekim tarafından yapılır. Bu farklılıklar ayrı bir tartışma konusu olup, bu çalışmada değinilmemiştir. Hekim, istemini satınalma servisine bildirirken Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliği ile bağlıdır. Ancak, istenen malzeme Sağlık Uygulama Tebliği (SUT) tarafından “kapsam dışı” bırakılmışsa o takdirde hekim malzemenin özelliği ve gerekliliği konusunda hastane yönetimine bilgi vermek durumundadır, hastane yönetiminin de bu gerekliliği anlaması ve sonrasında kamu mali yönetimine ilişkin bazı riskleri de yüklenerek satınalma için uygun ihale yöntemi ile alım yapması gerekir ki *-nadir de olsa çalşan-* bu yol oldukça zahmetli bir yoldur.

Vakıf üniversitesi hastaneleri, vakıf hastaneleri ve özel hastaneler ve tıp merkezlerinde malzeme seçimi ve alımı nispeten daha kolay olmaktadır. Müdavi hekim veya klinik idari sorumlusu tarafından talep edilen tıbbi malzeme genellikle doğrudan, hastanenin daha öncesinde çerçeve anlaşma yaptığı bir tedarikçi firmadan talep edilmekte ve genellikle hastane satınalma büro-

31 Faruk AŞICIOĞLU, Tunç DEMİRCAN, *Sağlık Hukuku ve Mevzuatı*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, Sağlık Kurumları İşletmeciliği Ön Lisans Programı Ders Kitabı, Ekim 2015, s. 9

ları malzemeyi hiç görmemektedir. Tıbbi malzeme hekim tarafından hastaya kullanıldıktan sonra tedarikçi firma tarafından ilgili hastaneye kesilen fatura, satınalma bürosuna iletilmektedir. Burada altı çizilmesi ve vurgulanması gereken nokta, hekimin, kendi inisiyatifiyle tedarikçi firmadan malzeme sipariş etmesi, hasta için ve hastane adınadır.

Yani, hekimin buradaki pozisyonu hasta için bir vekil, kurum için bir ticari temsilciliktir.³²

Kamu hastanesi ve tedarikçi firma arasında veya özel hastane ile tedarikçi firma arasındaki ticari ilişkinin de gerek hukuksal boyutu, gerekse fiili boyutu ile ilgili çeşitli esaslar, ticari teamüller ve sınırlandırmalar mevcut olup, bu çalışmada değinilmemiştir.

B. Geri Ödeme - SUT Fiyatı

Ulusal Kayıt Sistemi, Sosyal Güvenlik Kurumu Genel Sağlık Sigortası Genel Müdürlüğüne belirlenecek sağlık hizmetlerine ilişkin verilerin izlenerek bilgi toplanmasını ve belirlenen sağlık ve geri ödeme politikalarına esas teşkil etmesini sağlamak amacıyla Sosyal Güvenlik Kurumu bünyesinde oluşturulan kayıt sistemidir.³³

Bu sistem ile SGK'ya, finanse ettiği tıbbi malzemeler ile ilgili değişimleri, tercihleri, kullanım özelliklerini, sıklığını ve hatta endikasyonları takip edebilme ve bu şekilde planlama yapabilme kabiliyeti kazandırılması amaçlanmıştır.

Amaca yönelik olarak SGK tarafından bazı alt başlıklar belirlenmiş ve bu başlıklar altında kullanılan tıbbi malzemelerin verilerinin Ulusal Kayıt Sistemine girilmiş olması, Medula Sistemi³⁴ üzerinden SGK'ya fatura gönderilebilmesinin ön şartı olarak uygulamaya konmuştur.³⁵ Ulusal Kayıt Sistemi üzerinden takip edilen tıbbi malzemeler şunlardır³⁶;

32 Türk Ticaret Kanunu 233. maddesi; "Şirketi temsile yetkili olan kimse, şirketin işletme konusuna giren her türlü işi ve hukuki işlemleri şirket adına yapmak ve şirketin unvanını kullanmak yetkisine sahiptir. Bu yetkiyi sınırlayan her şart, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez" hükmüne yer vermektedir. Bu bağlamda, özel hastanenin hekime fiilen verdiği yetkinin hukuken de verilmiş olduğunu düşünmek, üçüncü kişilere karşı dürüstlük kuralı gereğidir ve piyasa teamülleri de bu şekildedir.

33 Ulusal Kayıt Sistemi Nedir? (erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/ulusal_kayit_sistemi/ulusal_kyt, (06/12/2020)

34 *Medula, SGK ile sağlık tesisleri arasında, sağlık tesislerinin iç süreçlerine müdahale etmeksizin fatura bilgisini elektronik olarak toplamak, hizmetlerin ödemesini gerçekleştirmek için oluşturulmuş bütünleşik sistemdir.* (erişim), <http://e.sgk.gov.tr/wps/portal/saglik/Hastane/esgkMedulaHastane>, (06/12/2020)

35 *ibid*

36 Ulusal Kayıt Formlarına Nasıl Ulaşılır?, (erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/ulusal_kayit_sistemi/ulusal_kyto1, (06/12/2020)

1. Diz Artroplastisi Malzemeleri
 - a. Primer Diz Artroplastisi
 - b. Revizyon Diz Artroplastisi
2. Kalça Artroplastisi Malzemeleri
 - a. Primer Kalça Artroplastisi
 - b. Revizyon Kalça Artroplastisi
3. ICD (İmplant Edilebilir Kardiyoverter Defibrilatör) Cihazlar
4. TAVI (Transkateter Aortik Kapak İmplantasyonu) Cihazlar

SGK, ÜTS kaydı olmayan firmayı *tıbbi cihaz tedarikçisi*, ÜTS kaydı olmayan ürünü de *tıbbi ürün* olarak kabul etmemektedir. Bir ürünün ÜTS kaydının olması SGK tarafından geri ödeme kapsamına alınacağı anlamına gelmemekte, geri ödeme, SGK'nın kendi koyduğu kurallar çerçevesinde belirlenmektedir. Fiyatlandırma yapılırken ÜTS numarasına göre değil SUT koduna göre fiyatlandırma yapılır. SUT koduna dahil işlemlerde kullanılacak ürünler için SGK'nın ödemeyi taahhüt ettiği fiyat "*SUT fiyatı*" olarak adlandırılmakta ve yayımlanmaktadır. SUT fiyatı, söz konusu malzeme için SGK'nın sağlık hizmet sunucusuna ödeyeceği fiyattır. Hastanenin bu ürünü ne kadara mal ettiği SGK'nın ilgi alanında değildir. Sağlık hizmet sunucuları da ürünleri serbest piyasadan tedarikçi firmalardan tedarik etmektedirler. Tedarik süreçlerinin büyük bir bölümü ticari ilişkidir fakat tüm ilişkiyi doğrudan ticari ilişki kategorisine sokmak, hastalık ve tedavi süreçlerini de ticari ilişki çerçevesine çeker ki bu durum da sağlık sektörüne pek uygun düşmemektedir.

Uygulamada bazı özel durumlar vardır ki, hastanın sağlığı için, az bulunur ürünlerde, ya da tedarikçisinin fiyat yönünden SUT fiyatı sınırına inemediği ürünlerde, ya da hastanın, hastalığın aciliyeti sebebiyle, bazı hastaneler SUT fiyatından daha pahalıya malzemeyi almakta, daha az bir ücretle SGK'ya fatura etmektedirler.

Sağlık hizmet sunucuları (hastaneler, tıp merkezleri), hastalara verdiği hizmetleri Medula Sistemi aracılığıyla SGK'ya fatura etmekte, SGK fatura inceleme komisyonu da gelen faturalar içerisinden örnekleme yoluyla seçimler yapmakta³⁷ (toplam fatura adedinin % 5-10'u kadar), seçtiği faturaları SUT'a uygunluk yönünden incelemekte, uygunsuz faturalarda, nedenini belirterek kesintiler yapmakta, örneklem üzerinden hesapladığı kesinti oranını genel fatura toplamına yansıtarak, yapacağı kesinti toplamını sağlık hizmet sunu-

37 Sağlık Hizmeti Sunucularının Faturalarının İncelenmesine ve Bedellerinin Ödenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, ; Resmi Gazete; Tarih: 08/03/2017, Sayı: 30001, madde 6/1

cusuna online sistemi üzerinden bildirmektedir. Hastane, kesintilere itirazı var ise SGK'ya bildirmekte³⁸, eksik evrak var ise tamamlamakta ve SGK'nın daveti üzerine Fatura Kesintisine İtiraz Komisyonu ve karar itiraz halinde Üst Komisyon'da konu tekrar görüşülmekte³⁹ ve SGK ile sağlık hizmet sunucusu arasında mutabakat imzalanmaktadır. Bu komisyonunda SGK'nın genel tavrı, eksik evrakların giderilmesine müsaade etmek, eksik açıklamaların yapılmasına müsaade etmek yönündedir. Genel olarak yanlış faturanın düzeltilmesine müsaade edilmemektedir. Mutabakat sonrasında bulunan kesinti oranı genele uyarlanmaktadır. Söz gelimi, %10'luk bir örneklemin toplam faturası 10.000 TL ve kesinti miktarı 200 TL ise kesinti oranı %2'dir ve hastanenin ilgili dönemdeki tüm faturalar toplamına %2 kesinti uygulanacaktır.

C. Taraflar Arası İlişki

SUT, SUT güncellemeleri, SUT kodu, SUT fiyatı ve ÜTS numaraları bilgilerinden de anlaşılacağı üzere Türkiye sağlık sektöründe binlerce ürün, yüzlerce tedarikçi firma vardır. Hekimlerin bu tebliğin güncellemelerini takip edebilmeleri pek mümkün değildir. Hastane satınalma servislerinin de binlerce ürünü takip etmesi aslında SGK karşısında bir yükümlülük iken pratikte mümkün bir durum değildir. Sistem şöyle işler:

Kamu hastanelerinde doktor, hasta için gerekli gördüğü malzemeyi bir istem ile SUT kodu da belirterek kamu hastanesinin satınalma servisine gönderir. Satınalma servisi, bu ürün için SGK'nın ön şartları veya ek şartları olup olmadığı hususunda bir ön inceleme yapar. Ön şart veya ek şartlar var ise, istemi yapan hekime, hasta için alternatif bir ürün olup olmadığı, veya malzemesiz bir tedavi seçeneği olup olmadığı konusunda görüş sorulur ve bu görüşme sonunda genellikle SGK tarafından ödeme kapsamında olan bir malzeme türü tercih edilir ve Kamu İhale Kanunu'nun amir hükümlerine göre ihale açılır. Tıbbi aciller, ürünün piyasada tek alternatif olması veya tedarikçi firmanın fiyatı SUT düzeyine indirememesi gibi istisnai durumlar da mevcuttur. İhaleyi kazanan tedarikçi firma ürünü getirir, teslim eder ve ürün hastaya kullanılır.

Özel hastanelerde durum biraz farklıdır; Özel hastaneler tedarikçi firmalarla genellikle yazılı bazen de sözlü bir anlaşma çerçevesi çizer. Bu anlaşmada ana konu, kullanılacak ürünlerin SUT fiyatı üzerinden % kaç iskontoya tabi tutulacağı ve ödemenin ne zaman ne şekilde yapılacağı konusundadır. Bir diğer önemli ana konu da *SGK kesintisi olursa bu kesintinin firmaya yansıtılacağı* üzerinedir. Ancak bu konu genellikle mal satmak isteyen tedarikçi ve kesintiyi tedarikçiye yüklemek isteyen hastane arasında ayrıntılı görüşül-

38 *Ibid*, madde 8

39 *Ibid*, madde 9, 10

mez ve ana hatlarıyla karşılıklı kabul edilir. Halbuki kesintiler bazen hastane kaynaklı, bazen de ürün kaynaklı olmaktadır. Ürün kaynaklı olan kesintilerin tedarikçiye firmaya yükletilmesi daha hakkaniyetli görünmekte keza pratikte de böyle olmaktadır. Çünkü piyasadaki binlerce ürünün SUT kodu olup olmadığıнын veya ÜTS kaydı olup olmadığıнын takibini hastanenin yapabilmesi pek mümkün değildir. Ancak her firmanın kendi sattığı ürünlerin takibini yapması mümkündür ve gerekmektedir.

Özel hastanelerde malzeme kullanımı şöyle olmaktadır;

Hekim, hastası için gerekli gördüğü malzemeyi daha önceden hastaneyle görüşmüş, çerçeve anlaşması yapmış bir firmadan ister. Firma malzemenin her tür ve ebadını doğrudan ameliyathaneye getirir ve ameliyatta hastaya uygun ebattaki malzeme kullanılır. Ameliyattan sonra fatura kesilir ve firma tarafından hastane satınalma servisine bırakılır. Yani hastane satınalma servisi, ameliyattan önce malzemenin ne ismini görür, ne cismini görür, ne de fiziken teslim alır, ameliyattan sonra sadece faturasını görür, ancak gerekli görürse kullanılan malzemenin faturada yazan malzeme mi olduğunu doktoruna teyit ettirir. Birçok hastanede satın alma birim yöneticileri faturayı teslim almadan önce, firmaya, faturayı ilgili hekime göstererek, “*kullanıldı*” imzası alma zorunluluğunu rutin olarak uygulamaktadır.

Bu ilişki sırasında ürünün ÜTS kayıtlı olması, SUT fiyatlı olması, miadı, barkodu, paketleme şartları vesaire gibi ürüne ait özelliklerin sorumluluğu tedarikçi firmaya aittir. Eğer hastada kullanılacak malzeme SGK tarafından ödeme listesi dışında tutulmuşsa firma bu durumu hastane satınalma servisine bildirmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük bir düzenlemeden gelmemekte, bilakis serbest piyasanın bir gereği olarak ortaya çıkmaktadır. Bildirimden sonra malzemenin kullanılıp kullanılmayacağına, alternatif ürün seçeneklerine, ameliyatın malzemesiz yapılıp yapılamayacağına, malzemenin parasının hastadan ayrıca istenip istenmeyeceğine, hekim ile satınalma servisi karar verir ve kurum yöneticisinin uygun görmesi durumunda malzeme kullanılır. Ancak; bir durumun altını özellikle çizmek gerekir; Hastaya yapılacak ameliyatın endikasyonuna ne hastane yöneticileri ne de tedarikçi firma karar verir. Hastanın tıbbi durumunun ne olduğu ve ne tür bir ameliyat yapılacağı ve ne tür malzeme gerektiği doktorun sorumluluğundadır, adam çalıştıran olarak da hastanenin sorumluluğundadır. Sözelimi, barsak ameliyatında kullanılacak tel dikiş makinesinin UBB kayıtlarının yapılmasından, SUT fiyatı olmasından, barkod, paketleme ve miadıyla ilgili özelliklerinden tedarikçi firma sorumludur. Ancak SGK'nın, SUT ile bu cihaza ek şartlar koyması durumunda, söz gelimi; “*ince barsak ameliyatında fiyatı kurumca ödenmez, kalın barsak kanserinde öde-*

nir” ifadesine yer vermesi durumunda, bu ek şartı bilmesi gereken kişi hekimdir. Çünkü malzemeyi kullanacak olan ve nerede, hangi hastada ve ne miktarda kullanacağına da karar veren kişi hekimdir. Bu tür özel şartlar binlerce sayıda değildir. Her hekimin kendi branşı ile ilgili ve endikasyonla ilgili şartlardır.

Sonuç

SGK - kamu hastanesi - tedarikçi firma ilişkisi de genel hatlarıyla benzerlikler göstermekle birlikte, özelde farklılıklar içermektedir. Makalede ana hatlarıyla sunulan ilişki, özel sektör sağlık hizmet sunucuları, tedarikçi firmalar ve SGK tarafında iyi bilinmekte ve zaman zaman da uyuşmazlıklarla birlikte uygulanagelmektedir. Her uyuşmazlığın özel bir ilişki içerdiğinden hareketle makalemiz, taraflar arasındaki uyuşmazlıklarda görev alacak olan hukukçulara ve özellikle de mahkemelerde görev alacak ilgililere bir bilgilendirme niteliğindedir.

KAYNAKLAR

- Akdağ Tatlı, Esra: (EU) 2017/745 Tıbbi Cihaz Tüzüğü, Tıbbi Cihaz Direktiflerine Göre Temel Değişiklikler, Ankara, Gazi Kitapevi, Haziran 2019
- Aşcioğlu, Faruk, Demircan, Tunç, Sağlık Hukuku ve Mevzuatı, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Açık ve Uzaktan Eğitim Fakültesi, Sağlık Kurumları İşletmeciliği Ön Lisans Programı Ders Kitabı, Ekim 2015
- Karahasan, Mustafa Reşit: Sorumluluk Hukuku, İstanbul, Beta Yayınları, 1995, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 1974/2637, K. 1974/2492, (çevrimiçi), İstanbul Medipol Üniversitesi Online Kütüphane, Hukuk Türk Veri Tabanı, 24/03/2020
- Kiper, Mahmut: Dünyada ve Türkiye’de Tıbbi Cihaz Sektörü ve Strateji Önerisi, Ankara, Ağustos 2013, (çevrimiçi), <http://www.seis.org.tr/docs/daha-cok-uretmeliyiz/tibbi-cihaz-sektoru-strateji-onerisi.pdf>, 31/05/2020
- Resmi Gazete (çevrimiçi), <https://www.resmigazete.gov.tr/>, 06/12/2020
- SENFT, Donna M.: “Surgically Implanted Medical Device Liability: Will The New Restatement Help The Unraveling Shield Created by Medtronic, Inc. v. Lohr”, Vol: 30, University of Baltimore Law Review 389, (2000-2001), (çevrimiçi), <http://bproxy.bahcesehir.edu.tr:2256/eds/detail/detail?vid=3&sid=f5fb251d-d1f3-448b-9711-403d4ca380cc@sessionmgr4006&bdata=Jmxhbm9dHm2c2l0ZT1lZHMtG1ZQ==#AN=hein.journals.ublr30.17&db=edshol>, 15/01/2019
- GRIFFIN John P; E-book: The Textbook of Pharmaceutical Medicine, (çevrimiçi) <http://www.worldcat.org/title/textbook-of-pharmaceutical-medicine/oclc/476315082?referer=di&ht=edition,s:511,11/10/2018>
- Sözleşme,(erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/saglik_hizmetleri/sozlesme, 06/12/2020
- Tıbbi Cihaz Tüzüğü (AB) 2017/745, (erişim), <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2017/745/oj>, 05/12/2020
- Tıbbi malzeme temin esasları nasıl düzenlenmiştir? (erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/tibbi_malzeme, 06/12/2020
- Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu web sayfası duyurusu (erişim) <https://www.titck.gov.tr/haber/turkiye-ilac-alaninda-dunyadaki-kurallari-belirleyen-uluslararası-uyum-konseyi-ne-tam-uye-olarak-kabul-edildi-03062020140806>, 15/06/2020
- Ulusal Kayıt Formlarına Nasıl Ulaşılr?, (erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/ulusal_kayit_sistemi/ulusal_kyto1, 06/12/2020
- Ulusal Kayıt Sistemi Nedir? (erişim), http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/saglik/ulusal_kayit_sistemi/ulusal_kyt, 06/12/2020
- Ürün Takip Sistemi Tekil Takip Süreçleri Hakkında Duyuru, (erişim), <https://www.titck.gov.tr/duyuru/3289>, 06/12/2020
(erişim), <https://www.titck.gov.tr/>, 03/03/2019
(erişim),<http://e.sgk.gov.tr/wps/portal/saglik/Hastane/esgkMedulaHastane>, 06/12/2020

Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması*

Protection of the Privilege to be Represented in the Board of Directors of Joint Stock Companies

Murat Alışkan**, Fatih Ölmez***

ÖZ

Türk Ticaret Kanunu m. 360 gereği, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı kapsamında anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyeliği için önerilen adayın veya hak sahibi gruba dâhil bir pay sahibinin haklı bir sebep bulunmadığı takdirde genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi zorunludur. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının tanınması ile genel kurulun serbestçe belirleyebileceği yönetim kurulu üye sayısı azalmakta ve seçim yetkisi sınırlanmaktadır. Çoğunluk iradesini kısıtlaması sebebiyle, yönetim kurulu seçimi sırasında genel kurul kararı ile yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlal edilmesi gündeme gelebilir. Bu kapsamda, hakkın tanınma biçimine göre, hak sahibi gruplar tarafından önerilen adayın ya da hak sahibi gruba dahil bir pay sahibinin, haklı sebep bulunmaması durumunda seçilmesi zorunlu iken, seçilmemesi gibi haller söz konusu olabilir. Bunun dışında, esas sözleşme değişiklikleri ile yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlal edilmesi mümkündür. Bu çalışmanın amacı, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlalinin engellenebilmesi açısından alınabilecek tedbirler ile ihlal gerçekleştiikten sonra hak sahiplerinin haklarının korunması bakımından mevcut hukuki çarelerin ortaya konulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı, pay sahipleri sözleşmesi, iptal davası, haklı sebeple fesih, imtiyazlı pay sahipleri özel kurulu.

* Bu makale Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan “Belirli Grupların Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsili” isimli doktora tezinden üretilmiştir. Makale gönderim tarihi: 18.03.2021. Makale kabul tarihi: 24.04.2021. Murat Alışkan, Fatih Ölmez, “Anonim Şirket Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazının Korunması”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 183-209; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.07>

** Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: Göztepe Yerleşkesi B.Blok 118/2 34722 Kadıköy/İstanbul, maliskan@marmara.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-2831-2455>.

*** Ar. Gör., İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı. İletişim: Halkalı Merkez Mah. Halkalı Cad. No:2. Küçükçekmece/İstanbul, fatih.olmez@izu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5802-3641>.

ABSTRACT

According to the article 360 of the Turkish Commercial Code if the method of proposing candidates is accepted in the articles of partnership, it is obligatory to select the candidate proposed by the right holders unless there is a justified reason. In the method of being elected from among the members of the group, a shareholder included in the group must be elected as a member of the board of directors by the general assembly, unless there is a justified reason. With the granting of the privilege of representation in the board of directors, the number of members of the board of directors that can be freely determined by the general meeting is reduced and the right to free elections is restricted. For this reason, it is inevitable that the implementation of the privilege of representation in the board of directors will bring along various legal problems. Apart from this, it is possible to violate the privilege of representation in the board of directors through amendments to the articles of association. The purpose of this article is to reveal the measures that can be taken in order to prevent the violation of the right from the beginning and the existing legal remedies in terms of protecting the rights of the right holders after the violation occurs.

Keywords: Privilege to be represented on the board of directors, shareholders' agreement, action for annulment, just cause, special board of privileged shareholders.

I. İhralin Ortaya Çıkması İçin Başlangıçta Alınabilecek Tedbirler**A. Esas Sözleşmede İmtiyaz ile Belirlenecek Yönetim Kurulu Üye Sayısının Düzenlenme Tarzı**

Yönetim kurulunda kararlar sayısal çoğunlukla alınır. Yönetim kurulu üyesi belirlemeye yönelik imtiyazlar, yönetim kurulu içerisinde karara etki edecek sayısal çoğunluk oluşturduğu oranda etkilidir. Ancak çoğunluk oluşturmasa da, bu yolla atanan yönetim kurulu üyelerinin sayısının yönetim kurulu üye sayısına oranının yüksekliği, hakkın etkisi bakımından önemlidir.

Anonim şirket yönetim kurulu üye sayısının esas sözleşmede belirtilmesi gerekir (TTK. m. 339/2-g). Kanundaki bu ifade yönetim kurulu üye sayısının sabit bir rakam olması gerektiğini belirtmektedir. Fakat doktrinde sabit bir sayı belirlemenin zorunlu olmadığı, sınırları belirlenmek suretiyle bir sayı aralığı verilmesi şeklinde olduğu gibi, esnekliğin mümkün bulunduğu kabul edilmektedir¹. Buna göre taban ve tavan sayılar belirlenip üye sayısını belirlemek genel kurula bırakılabilir².

1 İsmail Kırcı, F.H. Şehirli Çelik, Ç. Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2013, s. 400.

2 Kırcı(Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 400*. Genel kurulda birikimli oy kullanılabilmesi için esas sözleşmede yönetim kurulu üye sayısının üçten az olmayacak şekilde sabit bir rakam şeklinde belirlenmesi gerekmektedir. (Halka Açık Olmayan Anonim Şirketlerin Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 5/1.ç).

Değişken bir yönetim kurulu üye sayısı ortakların yönetim kurulunda temsil edilme haklarını zedeleyebilir³. Örneğin esas sözleşmede yönetim kurulunun üç kişiden oluşacağı, fakat genel kurulun bu sayıyı beş kişiye kadar çıkarabileceği belirtilmiş olabilir. Aynı şirkette A grubu pay sahiplerinin yönetim kurulunda bir üye ile temsil edileceğinin belirtilmesi durumunda, yönetim kurulu üye sayısının üç kişi değil de beş kişi olarak uygulanması, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sahibi pay grubunun yönetim kurulundaki gücünü azaltır. İmtiyazın iki üyelik için önerme veya gruba aidiyet şeklinde belirlendiği durumlarda ise üye sayısının üç veya beş arasında belirlenmesinin etkisi çok daha belirgindir.

Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla esas sözleşmenin düzenlenmesi sırasında yönetim kurulu üye sayısı sabit bir sayı olarak belirlenebilir. Yönetim kurulu üye sayısının belirli bir aralıkta değişken olarak belirlenmesinin gerektiği durumda ise, yönetim kurulunda belirli grupları temsil yolu ile belirlenecek üye sayısının toplam yönetim kurulu üye sayısının belirli bir oranı şeklinde belirlenmesi yoluyla ileride ortaya çıkabilecek sakıncalar şirket kuruluşu sırasında engellenebilir. Yani yönetim kurulu üye sayısı değişken olarak düzenlenmesi durumunda, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı yoluyla belirlenen üye sayısı da değişken olarak düzenlenebilir⁴. Örneğin yönetim kurulu üyelerinin yarısının A grubu pay sahiplerinin önereceği adaylar arasından seçileceği şeklinde bir düzenleme yapılması durumunda yönetim kurulu üye sayısındaki değişiklik, imtiyaz sahibi grubun haklarının etkisizleşmesine yol açmaz. Bu değişiklik tamamen serbest olmayıp, alt ve üst sınırları belirli ve yönetim kurulu üye sayısındaki değişikliğe bağlı bulunduğu için, imtiyazların belirli olması ilkesine de aykırı düşmez.

İmtiyaz yolu ile seçilecek üye sayısının oran belirtmek şeklinde düzenlenmiş olması, esas sözleşme ile yönetim kurulu üyesi sayısının değiştirilmesi durumunda da faydasını gösterir. Böyle bir durumda, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı ile belirlenecek yönetim kurulu üyesi sayısında herhangi bir değişiklik yapılmasına gerek kalmadan, sadece yönetim kurulu üye sayısının arttırılması ile hak sahiplerinin haklarını değişiklikten etkilenmeden kullanmalarına imkân sağlanmış olur. Gerçi imtiyazla seçilecek yönetim kurulu üye sayısı esas sözleşmede oran değil de belirli bir sayı olarak gösterilmişse, bu konudaki bir esas sözleşme değişikliği imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ettiğinden, hak sahipleri imtiyazlı pay sahipleri özel kurulunda (İPÖK) deği-

3 Candemir Baltalı, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, İstanbul, 2019, s. 351.

4 Baltalı, s. 351.

şikliğe onay vermeyebilir. Fakat yönetim kuruluna bu yöntemle seçilecek üye sayısı esas sözleşmede oran olarak belirlenirse bu gibi durumlara mahal verilmemiş, hakkın ihlali ihtimali baştan engellenmiş olur.

B. Kanuni Düzenlemelere Ek Olarak Pay Sahipleri Sözleşmesi Yapılması

Esas sözleşme ile tanınmış olan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının kullanılmasında, ortaya çıkabilecek bazı sorunlar bulunmaktadır. Örneğin genel kurulun, haklı sebep bulunmaması durumunda önerilen adayı veya hak sahipleri arasından bir adayı seçmek zorunluluğuna rağmen seçmemesi söz konusu olabilir. Bu gibi sorunların ortaya çıkmasının önlenmesi açısından başka hukuki kurumlardan yardım alınabilir. Bu sebeple de yönetim kurulunda temsil edilme hakkının elde edilmesi amacıyla esas sözleşme ile tanınan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına ek olarak ya da esas sözleşmede yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınması yerine pay sahipleri sözleşmesi yapılması düşünülebilir. Bu şekilde yapılabilecek düzenlemelerin, sadece esas sözleşme ile tanınmış yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına göre hak sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilme bakımından ne gibi faydaları ya da sakıncaları olacağının belirlenmesi gerekir. Zira uygulamada azınlığı ya da belirli pay sahibi gruplarını korumak amacıyla pay sahipleri arasında karşılıklı taahhütler içeren sözleşmeler yapılmaktadır⁵.

Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi, pay sahipleri ile anonim şirketin birbirinden bağımsız hukuk kişilikleri olması ve pay sahipleri sözleşmesinin şirketler hukuku değil de borçlar hukuku alanında etki gösteren bir sözleşme olması pay sahipleri sözleşmesinin şirket alanında etki doğurmasını etkileyen faktörlerdir⁶. Pay sahibi sözleşmeleri TTK'da düzenlenmeyen özel bir sözleşme olup borçlar hukukuna tabidir. Pay sahipleri sözleşmesinin ihlali durumunda, bu ihlaller ortaklıklar hukukundaki yaptırımlara tabi tutulamaz⁷.

Pay sahipleri sözleşmesinin faydalarından birisi sözleşmeye aykırılığın sonucuna yaptırım öngörülebilmesidir⁸. Taraflar arasında yapılan pay sahipleri

5 Abuzer Kendigelen, "İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili", *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı*, 2. Basi, İstanbul, 2001, s. 383.

6 Gül Okutan Nillson, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, 2004, s. 277.

7 Okutan Nillson, s. 344.

8 Martin Wernli, Marco A. Rizzi, *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Hrsg. Heinrich Honsell / Peter Nedim Vogt / Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht II Art 530-964 OR, 5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2016, OR Art. 709 N. 28. İsviçre'de de uygulamada, azınlık temsili konusunun ana sözleşmeye değil, hissedarlar sözleşmesine yansdığı hallerin görüldüğü, sonuç itibarıyla yönetim kurulunda bir veya daha fazla sandalye hakkının

sözleşmesinin kamuya açıklanmasının zorunlu olmaması da pay sahibi sözleşmesinin bir diğer faydası şeklinde ifade edilmiştir⁹. Yine pay sahibi sözleşmesi ile yönetim kurulunda temsil hakkı sağlanmışsa, ortaklar arasındaki sözleşmenin değiştirilmesi gerektiğinde, şirket esas sözleşmesi değişikliğine ilişkin prosedürün uygulanmasına gerek olmayacaktır¹⁰.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınması durumunda kanun gereği önerilen adayın genel kurul tarafından seçilmesi zorunludur. Kanuni zorunluluğun dışında pay sahiplerini bireysel olarak da borç altına sokmak ve yaptırım amacıyla (tazminat) pay sahipleri sözleşmesi yapılabilir. Bu ihtimalde yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının güçlendirilmesi amacıyla, pay sahibi sözleşmeleri ile önerilen aday lehine oy verilmesi konusunda taahhüde girilmesi söz konusu olmaktadır. Aşağıda ayrıca inceleneceği gibi, kanun gereği genel kurulda seçilme zorunluluğunu ihlalin pay sahipleri açısından herhangi bir yaptırımı bulunmamaktadır. Sadece genel kurul kararının iptali söz konusu olmaktadır. Pay sahipleri sözleşmesiyle pay sahipleri de ihlal halinde tazminat ödemek zorunda kalacağı bir taahhüdün altına sokulabilir. Böylece tazminat ödememek için pay sahibinin belirlenen yönde oy kullanması sağlanır. Sonuç olarak; esas sözleşme ile tanınan yönetim kurulunda temsil imtiyazını güçlendirecek şekilde pay sahipleri sözleşmesi ile de ortakların borç altına sokulması, bireysel sorumluluklarına yol açması nedeniyle esas sözleşme ile tanınmış yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlali ihtimalini azaltır.

Pay sahipleri sözleşmesi, esas sözleşme ile tanınmış yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazından farklı olarak, gruplar tarafından yapılan önerinin genel kurul için bağlayıcılığını sağlamamaktadır. Sadece, ortaklar açısından aralarındaki sözleşmeye göre tazminat sorumluluğunun doğması mümkün olmaktadır. Taraflar arasındaki oy sözleşmesine aykırılık durumunda ilgili genel kurul kararının mahkeme tarafından iptali dava edilemez¹¹. Çünkü bunlar hukuken bir borçlanma işlemi olup kural olarak sadece tarafları arasında hüküm doğurur ve bu niteliğinden dolayı da üçüncü kişilere ve ortaklığa karşı ileri

sözleşmeye bağlı olarak belirli bir süre garanti edildiği, sözleşme tarafının, yükümlülüğün ihlali durumunda karşı tarafa tazminat davası açabileceği ve bunun dışında sözleşme cezalarının da yaygın olduğu belirtilmiştir (Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2009 §13, N. 79).

- 9 Alexander N. Klausmann, *Entsendungsrechte in der Aktiengesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016, s. 33; Wolfhart Bürgi, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft Art. 698-738*, Zürich, 1969, OR Art. 708 N. 67.
- 10 Kendigelen, s. 383; Klausmann, s. 33.
- 11 Erdoğan Moroğlu, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı İstanbul, 2017, s. 353; Okutan Nillson, s. 289.

sürülemezler¹². Anonim şirket ve pay sahiplerinin birbirinden bağımsız hukuk kişilikleri olması sebebiyle şirketin tarafı olmadığı bir pay sahipleri sözleşmesinin şirkete karşı ileri sürülmesi mümkün değildir¹³. Pay sahipleri sözleşmesinin nisbi nitelikte olması ve genel kurulu bağlamaması sebebiyle önerilen ve genel kurul tarafından seçilmeyen adayın mahkemeye başvurup yönetim kurulu üyesi olarak belirlenmesi de mümkün değildir. Zira belirtildiği üzere pay sahipleri sözleşmesi şirketi ve organlarını değil, sadece sözleşmenin tarafları olan pay sahiplerini bağlar. İlgili organı oluşturan tüm pay sahipleri sözleşmeye taraf olsa dahi, bunların sözleşmeye aykırı davranışları ancak sözleşmesel sorumluluğa yol açar; organların borcu veya sorumluluğu söz konusu olamaz¹⁴.

Tartışmalı da olsa, belirli yönde oy kullanma borcunun aynen ifasının istenebileceğini ve cebri icrasının mümkün olduğunu kabul eden görüşler bulunmaktadır¹⁵. Ama bu imkânın, esas sözleşme ile tanınmış yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına göre çetrefilli bir yol olduğu *Okutan Nilsson* tarafından belirtilmiştir¹⁶. Esas sözleşme ile düzenlenmiş yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına aykırılığın esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle genel kurul kararının iptaline olanak tanınmasından ötürü bu yöntem, pay sahipleri sözleşmesinin sağlayamayacağı bir güçte doğrudan yaptırım sağlamaktadır¹⁷. Bu sebeple de yazar, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması için tüm pay sahiplerinin katılacağı bir pay sahipleri sözleşmesi yerine esas sözleşme ile yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı düzenlenmesinin, hükmün amacına ulaşılmasını garanti etmek bakımından tercih edilmesi gerektiğini haklı olarak belirtmiştir¹⁸.

Pay sahipleri sözleşmesi sebebiyle doğmuş hak ve borçlar paya bağlı olmadıklarından payın devri ile bunlar da devredilmiş olmazlar¹⁹. Bunun için pay devrinin yanında pay sahibi sözleşmesindeki hak ve borçların da devredilmesi gerekir. Bu şekilde bir devir olmadan, sadece pay devri durumunda pay sahip-

12 Erdoğan Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, 2015, s. 82. Nisbi niteliğinden ötürü oy sözleşmesine aykırılık sözleşmeler tarafından şirkete karşı ileri sürülemeyeceği gibi, şirket de genel kurul sırasında oy sözleşmesine uyulmasını ya da bunlara aykırılığı ileri süremeyecektir (Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 82).

13 Okutan Nilsson, s. 277.

14 Okutan Nilsson, s. 279.

15 Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 94, 97; Okutan Nilsson, s. 366 vd; Aksi yönde Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, N. 1003a.

16 Okutan Nilsson, s. 387.

17 Okutan Nilsson, s. 388.

18 Okutan Nilsson, s. 388.

19 Moroğlu, *Oy Sözleşmeleri*, s. 95.

leri sözleşmesi yeni katılan ortaklar açısından hüküm ifade etmeyecektir. Bu durumda pay sahipleri sözleşmesi ile düzenlenmiş yönetim kurulunda temsil edilmeye yönelik düzenlemelerin sadece şirketin ortaklık yapısının değişmesinden önce, yani şirket kuruluşundan bazı ortakların paylarını devretmelerine kadar geçen sürede devam edebilecek bir faydasından bahsedilebilir. Şirket ortaklık yapısının değişmesi durumunda yeni ortaklar şahsen taahhüt etmedikleri sürece pay sahipleri sözleşmesinden doğan bir yükümlülükleri olmayacaktır.

Sonuç olarak, esas sözleşme ile tanınan yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazını güçlendirmek bakımından esas sözleşmeye ek olarak pay sahipleri sözleşmesi ile de bu hakkın tanınması tavsiye edilebilir. Böylelikle yönetim kurunda temsil edilme imtiyazının ihlali durumunda mevcut hukuki korumaların dışında, pay sahibi sözleşmelerinin ihlali durumunda öngörülen koruma imkânlarından da yararlanılmış olur. Fakat esas sözleşmede bu hak tanınmadan sadece pay sahipleri sözleşmesi ile yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması, esas sözleşmede tanınması haline göre, hakkın ihlali durumunda korunması bakımından daha zayıf bir durumdadır.

II. İhlal Gerçekleştikten Sonra Korunması

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının hakkın kullanılmaması suretiyle genel kurul kararı ile ihlal edilmesi mümkün olduğu gibi, esas sözleşme değişikliğine gidilmesi suretiyle yine genel kurul tarafından ihlal edilmesi de mümkündür.

A. Önerilen veya Hak Sahibi Gruba Mensup Adayın Seçilmemesinin Sonuçları

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı kapsamında önerilen veya hak sahibi gruba mensup adayın yönetim kurulu üyeliğine seçilmemesi haklı sebep sonucu olabileceği gibi haklı sebep bulunmamasına rağmen de söz konusu olabilir. Haklı sebeplerin bulunması durumunda adayın seçilmemesi hukuka aykırılık oluşturmaz.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı kapsamında ilgili adayın haklı sebep bulunmamasına rağmen seçilmemesi durumunda hak sahiplerinin ne şekilde korunacağına ilişkin olarak kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada esas sözleşme ile düzenlenmiş bir hakka aykırı genel kurul kararı mevcut olduğundan, genel kurul kararlarının esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle iptaline ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁰. Yargıtay da genel kurulun yönetim

20 Abuzer Kendigelen, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, Beta, İstanbul, 1999, s. 281, 261; İsmail Kırca, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü", *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. 1, Beta, 2003, s. 496;

kurulu seçimini önerilen adaylar arasından yapmaması sebebiyle esas sözleşmeye ve iyi niyet kurallarına aykırılıktan dolayı ilk derece mahkemesi tarafından verilen iptal kararını onamıştır²¹.

1. Davanın Konusu

İptal davasının sebebi seçilmemenin hukuka aykırı olmasıdır. Bu ise çeşitli ihtimallerde söz konusu olabilir. Öncelikle şirketin ileri sürdüğü sebep gerçekten haklı sebep olmamasına rağmen önerilen aday ya da hak sahibi grubun mensubu seçilmemiş olabilir. Herhangi bir sebep gösterilmeksizin seçilmeme söz konusu olabilir. Yine seçimin hiç gündeme alınmaması²² yani ilgili adayın genel kurulda seçim için hiç oylanmamış olması da mümkündür. Ayrıca aday önerilmesi toplantısına ilişkin hazırlıkların yapılmaması sebebiyle hak sahiplerine aday önerme imkânının tanınmaması durumu da mevzubahis olabilir²³.

Ömer Teoman, "Karar İncelemesi (YARGITAY TİCARET DAİRESİ, 25.1.1972 GÜN, E. 1971/4843 K. 1972/356)", *Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim - C.1 - 1971-1982*, s. 180 vd; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 1232; M. Özgür Falcıoğlu, "Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili", *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Editör: Erol Ulusoy, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 158; Kırcı (Şehirli Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku C. I*, s. 437; Böckli, §13, N. 70; Georg Krneta, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Auflage, Bern, 2005, N. 374; Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz, Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, 1996, § 27 N. 86; Wernli/Rizzi, Art. 709 N. 7; Eric Homburger, *Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft*, 1997, OR Art. 709 N. 205. Aytuğar, genel kurulun esas sözleşmeye aykırı kararının tescilinin Ticaret Sicili Yönetmeliği'nin 34. maddesinin 1-ç bendi gereği esas sözleşmeye aykırılık sebebiyle sicil memuru tarafından reddedilebileceğini belirtmiştir. (Bilge Aytuğar, "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, s. 101). Fakat doktrinde, ticaret sicili memurunun iptal edilebilirlikle sakat genel kurul kararlarının tescilini reddedemeyeceği kabul edilmektedir. (Murat Alışkan, "Ticaret Sicili Memurunun Anonim Şirket Ana Sözleşmesini ve Genel Kurul Kararlarını Denetlemesi", *Legal Hukuk Dergisi*, Şubat 2007, Yıl: 5, S. 50, s. 452)

21 Bu karar ile "imtiyazlı pay sahiplerinin kendi aralarında toplantı, yönetim kurulu üyeliğine aday olanları belirleyip, genel kurula sunmadıklarından ana sözleşmeye aykırı olması nedeniyle iptali gerektiği" şeklindeki ilk derece mahkemesi kararı Yargıtay tarafından onanmıştır (Yargıtay 11. HD., E. 2015/8196, K. 2016/2918 (<https://karararama.yargitay.gov.tr/>)); 6762 sayılı kanun döneminde verilen ve aynı esasın vurgulandığı bir başka karar için bkz. "Esasen, anasözleşmenin 7'nci maddesine göre, (A) tertibi hisse senedi sahiplerine tanınan imtiyaz, idare meclisinin iki üyenin (A) tertibi hissedarlar arasından seçileceği hususu değil, (A) tertibi hissedarlar tarafından gösterilecek adaylar arasından seçileceğidir. Tüm bu durumda, 28.8.1987 günlü genel kurul toplantısında boşalan bir idare meclisi üyeliğine yapılan seçimde (A) tertibi hisse senedi sahiplerinin imtiyaz hakkının ihlal edildiği, binnetice seçimin usulsüz olduğu kabul edilerek, söz konusu genel kurulda alınan seçime ilişkin kararın iptali gerekirken, mahkemece yazılı olduğu şekilde davanın reddi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 11. HD, 12.06.1984, E. 2542, K. 3435, (Gönen Eriş, Açıklamalı -İçtihatlı - En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri - m. 223-556, 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 2007, s. 2350); Bunun dışında bkz. Yargıtay 11. HD, 27.09.1990, E. 5739, K. 5817, (Eriş, s. 2228).

22 Kendigelen, Moroğlu'na Armağan, s. 372.

23 Kendigelen, Moroğlu'na Armağan, s. 373.

Mahkeme, önüne gelen davada şirket tarafından haklı bir sebebin ileri sürülüp sürülmediğini ve bir sebep ileri sürülmüşse bunun haklı bir sebep olup olmadığını inceler. Hiç oylama yapılmaması ya da gerekli hazırlıkların yapılmayarak aday önerilmesi imkânının tanınmaması durumunda da bunu tespit eder.

Yönetim kurulu üyesinin seçimine ilişkin genel kurulda alınmış bir ret kararı bulunması halinde herhangi bir sorun bulunmamaktadır. İlgili ret kararının iptali istenebilir²⁴. Anonim şirket genel kurulunda alınmış olumlu kararlar gibi, ret kararları da iptal edilebilir²⁵. Fakat ret kararının iptali ile yeni bir durumun yaratılması söz konusu olmayacağından ret kararının iptalinin faydalı olup olmaması gündeme gelir²⁶. Hukuki yarar bulunan hallerde ret kararının iptali doktrinde büyük çoğunluk tarafından kabul edilmektedir²⁷. Bizim konumuz açısından da, önerilen adayın üyeliğe seçimi konusunun en azından tekrar genel kurula getirilmesi ve iptal kararına uyumlu bir karar alınması olanağını sağlaması itibarıyla ret kararının iptalinde hukuki yarar bulunmaktadır. Bu sebeple de hak sahipleri tarafından önerilmiş adayın yönetim kurulu üyesi olarak seçiminin genel kurul tarafından haklı bir sebep bulunmamasına rağmen reddi kararının iptali mümkündür.

*Önerilen adayın yerine başka bir kişinin seçilmesi durumunda somut olarak seçilen kişi belirli ise o adayın seçimine ilişkin kararın iptali de istenebilir*²⁸.

Genel kurulda yapılmış bir önerinin herhangi bir sebeple oylanmaması önerinin reddedilmiş olması manasına gelmeyip, burada alınmış olan herhangi bir karar söz konusu değildir²⁹. Önerilen adayın oylanmaması sebebiyle herhangi bir kararın alınmadığı durumda³⁰ veya gerekli hazırlık işlemleri yapılmadığından hak sahiplerinin aday önerememiş olması halinde, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sahiplerine tanınan kontenjan ister boş bırakılsın ister baş-

24 Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s. 281; Max Brunner, *Streifzug durch die Statuten schweizerischer Puplicums- Aktiengesellschaften*, Bern, 1976, s. 91; Dieter Münch, *Das Recht einer Aktionäersminderheit Auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft*, Zürich, 1976, s. 56.

25 Murat Alışkan, İsmail Akbaş, "Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması", *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2019, S. 200, s. 3479.

26 İsmail Kirca, F.H. Şehirali Çelik, Ç. Manavgat, *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt: 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 2. Bası, Ankara, 2017, s. 164; Alışkan, Akbaş, İbranın Reddi, s. 3481.

27 Kirca (Şehirali Çelik/Manavgat), *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 2/2*, s. 164; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 210; Alışkan, Akbaş, İbranın Reddi, s. 3487 ve orada anılan yazarlar.

28 Forstmoser, Meier-Hayoz, Nobel, § 27, N. 86; Kendigelen, Moroğlu'na Armağan, s. 373.

29 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 17; Alışkan, Akbaş, İbranın Reddi, s. 3840.

30 Toplantı başkanı görüşülmesi gereken gündem maddeleri varken haklı ve zorunlu bir sebep olmadıkça toplantıyı kapatamaz. Aksi takdirde doğacak zararlardan sorumlu tutulabilir. (Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 138).

ka bir kişi seçilmiş olsun, yönetim kurulu esas sözleşmeye aykırı şekilde oluşturulduğundan tüm yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin kararların iptalinin istenebileceği kanaatindeyiz. İlgili yönetim kurulu üyelerinin seçiminde münferit olarak herhangi bir hukuka aykırılık görünmese de seçim sonucunda yönetim kurulu esas sözleşmeye uygun bir şekilde oluşturulmamıştır. Bu sebeple de tüm yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin karar hukuka aykırı olacaktır ve yönetim kurulu üyesi seçimine ilişkin kararların tümünün iptali istenebilecektir. Gerçekten, önerilen adayın somut olarak hangi kontenjan için önerildiği, eğer varsa boş bırakılan üyeliğin aday önerme hakkı sahiplerinin önerceği adaylar için belirlenmiş bir kontenjan olup olmadığına ilişkin herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. Burada önem arz eden durum, esas sözleşmede belirlenen yönteme göre, önerilen adayın ya da hak sahibi gruba dâhil bir pay sahibinin seçilen yönetim kurulu üyeleri arasında bulunup bulunmadığıdır. Eğer seçilen yönetim kurulu üyeleri arasında bu kişiler bulunmuyorsa, hak sahiplerinin haklarının ihlal edildiği kabul edilmeli ve kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin tüm kararların iptali istenebilmelidir. Bu sayede, yönetim kurulunda bir üyelik boş bırakılarak, iptali istenebilecek olumlu veya olumsuz bir kararın bulunmadığı gerekçesiyle imtiyazın kullanılmasının engellenmesine imkân tanınmamış olacaktır. Böyle bir sonucun kabul edilmemesi durumunda, ilgili yönetim kurulu üyeliğinin boş bırakılması halinde şirketin haklı sebeple feshi dışında bir yol kalmamaktadır. Tüm yönetim kurulu seçiminin iptalinin istenememesi hakkın yeterince korunmamasına sebep olur.

2. İptal Kararının Etkisi

Hak sahipleri tarafından açılmış olan iptal davasının kabul edilmesi durumunda ortaya çıkan iptal kararının etkisi konusunda tartışma bulunmaktadır.

Bir görüşe göre iptal kararından sonra yeniden seçim yapılmak suretiyle önerilen aday seçilecektir³¹. Bu görüşün benimsenmesi durumunda, mahkemenin bu yöndeki kararına rağmen genel kurulun toplanmaması ya da toplanmasına rağmen yine önerilen adayı seçmemesi durumu söz konusu olabilir³². Mahkeme kararının genel kurula verilmiş bir talimat etkisi olduğunu savunan görüş, önerilen adayın seçilmemesi durumunda şirketin haklı sebeple feshi imkânının da bulunduğunu belirtmiştir³³. Çünkü ilk genel kuruldaki ret kararı

31 Bürgi, Art. 708, N. 61; Brunner, s. 91; Bkz. Kendigelen, Moroğlu'na Armağan, s. 373 ve Kendigelen, Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, s. 282'de belirtilen yazarlar, Esra Uysal, *Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 129; Esra Ediş, "Belirli Gruplar ve Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 125, s. 24.

32 Ayhan Kortunay, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 55.

33 Brunner, s. 92.

mahkeme kararı ile kaldırılabilir ve genel kurul ikinci bir seçime zorlanabilir. Ancak, bu genel kurul toplantısında da önerilen aday seçilmezse, özellikle üçüncü bir genel kurulda seçimin sonucu belirsiz olacağından, kimsenin bu prosedürü tekrar etmesi beklenemez³⁴. Bu durumda önemli sebeplerle şirketin feshi davası açılabilir³⁵.

İkinci görüş ise, ilk olarak verilmiş olan mahkeme kararına genel kurul tarafından uyulmaması durumunda, tekrar açılan davada bu durumun ispatı ile mahkemece verilen kararın genel kurul kararı yerine geçeceği şeklindedir³⁶.

Bu konudaki üçüncü bir görüş ise, *önerilen adayın reddine ilişkin genel kurul kararının iptalinin, söz konusu adayın kendiliğinden yönetim kuruluna seçildiği anlamına geldiğinin kabul edilmesi gerektiğini, aksi takdirde önerinin bağlayıcı olmasının hiçbir anlamının olmayacağını ileri sürmüştür*³⁷. Mahkeme kararı sonucuna tekrar genel kurul yapılmaksızın yönetim kurulu üyesinin atanması şeklinde bir etki tanınmasının hızlı ve kolay bir şekilde hedefe götürdüğü belirtilmiştir³⁸.

Kendigelen, yapılan önerinin bağlayıcı olmasını sağlamak ve böylece yönetim kurulunda temsil edilme hakkına anlam kazandırabilmek için iptal kararına, reddedilen üyenin de yönetim kurulu *üyeliğine seçildiği şekilde etki tanınmasını kaçınılmaz kabul etmiştir*³⁹. Yazar, ilke olarak mahkemelerin genel kurul kararlarını sadece iptal edebileceğini, genel kurulun yerine geçerek karar veremeyeceğini, fakat istisna da olsa bazı durumlarda genel kurulun takdir hakkına müdahale edilmediği sürece mahkeme kararının bu yöndeki olumlu etkisinin kabul edildiğini belirtmiştir⁴⁰. Yazara göre mahkeme kararına bu şekilde etki tanınması durumunda hâkimin kişisel takdiri genel kurulun takdiri yerine geçmez. Mahkeme sadece genel kurulun gerekçesinin haklı olup olmadığını inceler, eğer haklı bir gerekçe yoksa ret kararı iptal edilir ve önerilen adayın otomatik olarak seçildiği sonucu ortaya çıkar⁴¹. Yazara göre bu sonuç, genel kurulun tekrar toplanarak seçimlerin yenilenmesi yönteminden daha hızlı, basit ve hakkaniyete uygun bir sonuçtur⁴².

34 Brunner, s. 92.

35 Brunner, s. 92.

36 Kuno Walter Rohrer, *Aktienrechtliche Anfechtungsklage*, Zürich, 1979 (Wernli/Rizzi, Art. 709, N. 15'den naklen)

37 Böckli, §13, N. 70; Krneta, N. 374; Wernli/Rizzi, Art. 709, N. 15; Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, § 27, N. 86; Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 282.

38 Wernli/Rizzi, Art. 709, N. 15.

39 Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 283.

40 Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 283.

41 Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 284.

42 Kendigelen, *Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, s. 284.

Kırca, mahkemenin iptal kararına, önerilen yönetim kurulu üyesinin seçildiği şeklinde etki tanyan görüşü pratik ve faydalı bulmakta, fakat iptal davası bir hukuki durumun ortadan kaldırılmasını konu alan inşai bir dava olduğundan, iptal kararına bunun ötesinde bir anlam yüklemeyi doğru görmeyerek bu görüşün usul hukuku bakımından sorunlu olduğunu belirtmektedir⁴³. Fakat yazar, İPÖK'e ilişkin TTK m. 454/7 hükmündeki “*bu kararın iptali ile genel kurul kararının tescili davasını, ... açabilir*” hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle kararın iptali ile birlikte önerilen adayın üye sıfatı ile tescilinin talep edilebileceğini öngörmektedir⁴⁴.

Genel kurul kararını iptal edilebilir bulan mahkemenin kararı sadece kararın iptaline yönelik olması gerekip, mahkemenin genel kurul yerine geçerek doğru olan kararı da belirleyip hüküm vermesi, iptal davasının amacını ve bu davanın işlevini aştığını gibi aksine değerlendirme genel kurulun yetkilerinin ve ticari kararlarının mahkemeye bırakılmasına yol açar ve bu sebeple de Türk Ticaret Kanunu'nun sistemine aykırıdır⁴⁵. Alman ve İsviçre Hukukunda, mahkeme tarafından, red kararının iptali ile birlikte belirli konularda olumlu kararın tespiti davasının (*positive Beschlussfeststellungsklage*) açılabilmesi kabul edilmektedir⁴⁶. Evet veya hayır oylarının yanlış sayılması, geçerli ve geçersiz oyların hesaplanmaması, yetersayı hususunda hata gibi durumlar örnek olarak gösterilmiştir⁴⁷. Bu hallerde mahkeme genel kurul yerine geçerek onun yerine karar vermeyip, bu aykırılıklar olmasaydı genel kurulun zaten vermiş olacağı karara hükmetmektedir⁴⁸. Bu husus belirli konularla sınırlı olarak Türk doktrininde de kabul edilmektedir⁴⁹. Buna göre, genel kurulda kullanılmış oyların toplantı başkanlığınca yanlış sayılması, olumlu karar için aranan yetersayının gözden kaçırılması, oy hakkından yoksunluk, hata, hile veya tehdit nedeniyle geçersiz olan oyların alınan kararları etkilemesi sebebiyle kabul kararı yerine ret kararı veya ret kararı yerine kabul kararı alındığının açıklanıp toplantı tutanağına geçirilmesi, mevzuatın veya esas sözleşmenin belirlediği orana aykırı şekilde daha

43 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 437.

44 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 438. Aynı yönde Baltalı, s. 373, 374. *Kırca* ayrıca, bu imkânın sadece aday önerme yöntemiyle sınırlı olduğunu, hak sahipleri arasından seçilme yönteminde hak sahibi yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış üye sayısına eşit olmadığı müddetçe somut bir aday bulunmadığından seçilecek üyenin de belli olmadığını belirtmiştir. (Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 438).

45 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 346.

46 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 170; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 344; Alışkan/Akbaş, İbranın Reddi, s. 3483.

47 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 171.

48 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 171.

49 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 171; Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 346; Alışkan/Akbaş, İbranın Reddi, s. 3489.

az oranda kâr payı dağıtılması gibi “*genel kurulun mevzuat ve esas sözleşme gereği başka bir karar alabilmesinin mümkün bulunmadığı durumlarda*” iptal istemi ile birlikte talep edilmesi koşuluyla doğru olan kararın tespiti de istenebilir ve mahkeme bu yönde karar verebilir⁵⁰. Bu gibi hallerde genel kurulun yetkileri ve ticari kararlar mahkemeye bırakılmış olmaz⁵¹. Öte yandan, doğru ve hukuken gerekli olan sonuca ulaşılması gereksiz yere geciktirilmemiş olur⁵².

Bu arada, belirtelim ki, TTK. m. 454/7 hükmünde, ret kararının iptali ve olumlu kararın tespiti davasının izlerinin olduğu görülmektedir⁵³. Hükme göre İPÖK’ün onamama kararı üzerine şirket, genel kurul kararının imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesiyle onamama kararının iptali ve genel kurul kararının tescili davası açabilir.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış olması durumunda haklı sebep bulunmadıkça genel kurul kanun ve esas sözleşme gereği hak sahibi grubun önereceği adayı seçmek dışında başka bir karar alamaz. Bu sebeple de mahkemenin iptal kararı ile birlikte önerilen adayı yönetim kurulu üyesi olarak belirlemesi, mahkemenin genel kurul yerine takdir hakkı kullanıp karar vermesi anlamına gelmez. Zira önerilen aday belirlidir ve bunun seçilmesi zorunludur. Burada hâkimin genel kurul yerine geçip takdir hakkını kullanarak yönetim kurulu üyesini belirlemesi söz konusu değil, iptal sonucu seçilmemesi için haklı sebep bulunmadığı anlaşılan adayın yönetim kurulu üyesi olarak tespiti söz konusudur. Bu sadece önerilen adayın reddedilmesi durumunda geçerlidir. Önerilen aday hakkında hiç oylama yapılmamış ve olumsuz da olsa bir karar alınmamış olması durumunda iptal kararına böyle bir etki tanınması imkânsızdır. Zira ileride belirtileceği üzere böyle bir durumda genel kurul tarafından haklı sebepler ileri sürülmediğinden, mahkeme haklı sebep değerlendirmesi yapmamaktadır⁵⁴. Aynı şekilde *Kırca*’nın da belirttiği gibi mahkemeye bu şekilde bir yetki tanımak sadece aday önerme yönteminde geçerlidir⁵⁵. Hak sahipleri arasından seçilme yönteminde belirli bir aday somut olarak önerilmediğinden yönetim kurulu üyesini mahkemenin belirlemesi gerekecektir ki, bu da mahkemenin genel kurul yerine takdir hakkı kullanarak karar alması anlamına gelir.

50 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 346; Aynı yönde Alışkan/Akbaş, İbrahim Reddi, s. 3489; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 171.

51 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 346.

52 Moroğlu, Hükümsüzlük, s. 346.

53 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku, C.2.2., s. 173; Baltalı, s. 372.

54 Bkz. II. A. 3. İptal Kararına Rağmen Genel Kurulun İlgili Adayı Seçmemesi.

55 Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), Anonim Şirketler Hukuku C. I, s. 438. Yazar istisnai olarak eğer hak sahibi grupta, yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı gereği seçilmesi gereken sayıda üye bulunması durumunda mahkemenin bu üyeleri yönetim kurulu üyesi olarak tescil etmesinin talep edilebileceğini belirtmiştir.

Elbette, mahkeme kararı ile bu sonucun sağlanması için iptal kararı ile birlikte bu konuda karar verilmesi de talep edilmeli ve mahkemenin vereceği kararda iptal kararı ile önerilen adayın yönetim kurulu üyesi olarak tespiti de yer alması gerekir⁵⁶. Sadece iptal kararına otomatik olarak önerilen adayın yönetim kurulu üyesi seçilmiş sayılması şeklinde bir etki tanımak mümkün değildir. Bu halde genel kurulda yeniden seçim yapılması söz konusu olabilir.

3. İptal Kararına Rağmen Genel Kurulun İlgili Adayı Seçmemesi

Ret kararı ya da önerilen adaydan başkasının seçilmesi ve bu seçim kararının iptal edilmesi durumunda, talep edilmiş olması şartıyla önerilen adayın yönetim kurulu üyesi olarak tespiti mümkündür. Fakat ret kararı ya da önerilen adayın yerine başka bir kişinin seçilmesi kararı bulunmayabilir. Önerilen adaylar hakkında hiçbir oylama yapılmaması durumunda tüm yönetim kurulu üyelerinin seçim kararının iptalinin istenebileceğini belirtmiştik⁵⁷. Yukarıdaki anlatılan durumdan farklı olarak burada mahkeme haklı sebep değerlendirmesi yapmayacaktır. Zira önerilen aday hiçbir şekilde oylanmadığı için haklı sebeple seçilip seçilmediğine ilişkin bir değerlendirme de söz konusu değildir. Böyle bir durumda, yani genel kurulun hiçbir oylama yapmadığı hallerde, şirket tarafından dava sırasında haklı sebep bulunduğu ileri sürülemez. Zira haklı sebep değerlendirmesi genel kurulun takdirindedir. Burada genel kurulca bir oylama yapılmamıştır. Davada yapılacak savunmada ileri sürülecek haklı sebepler ise genel kurulun kararı değil, şirketi temsil eden organın ileri sürdüğü sebeplerdir. Haklı sebep itirazı yetkili temsilci tarafından yapıldığı için şirketin ileri sürdüğü sebepler olarak değerlendirilebilirse de burada haklı sebebi takdir etme yetkisi kanun tarafından genel kurula verilmiştir. TTK. m. 360 gereği genel kurul haklı sebep olmadıkça önerilen adayı seçmek zorundadır. Bu hükmün zıt anlamından, genel kurulun haklı sebeplerin varlığında önerilen adayı seçmek zorunda olmadığı anlaşılmaktadır. Fakat seçmesine de herhangi bir engel yoktur. Yani bir sebebin şirket açısından haklı olup olmadığına da haklı sebep bulunmasına rağmen üye olarak seçip seçmemeye de genel kurul karar vermektedir. Objektif olarak haklı sebepler bulunmasına rağmen genel kurul önerilen adayı yönetim kurulu üyesi olarak seçebilir. Bu sebeplerle de genel kurul tarafından yönetim kurulu üyesinin seçimi sırasında ileri sürülmemiş haklı sebepler, iptal davası sırasındaki savunmada ileri sürülemez. Zira savunmayı yapan genel kurul değil, şirketin yasal temsilcileridir.

Burada genel kurul tarafından önerilen aday için bir oylama yapılmadığından ve haklı sebep ileri sürülmediğinden, mahkeme tarafından haklı sebep olup

56 Aynı yönde Baltalı, s. 374.

57 Bkz. II. A. 1. Davanın Konusu.

olmaması hususu değerlendirilmemektedir. Sadece yönetim kurulunun esas sözleşmeye uygun oluşmadığı tespit edilmeli ve bunun sonucu olarak da yönetim kurulu üyelerinin seçimi kararlarının iptaline karar verilmelidir. Bu iptal kararı ile birlikte önerilen adayın mahkeme tarafından yönetim kurulu üyesi olarak belirlenmesi mümkün değildir. Zira önerilen aday hiç oylanmadığından, genel kurul tarafından seçimine engel haklı sebep olup olmadığı değerlendirilmemiştir. Dolayısıyla mahkeme de haklı sebep bulunup bulunmadığı hususunda değerlendirme yapmamıştır. Burada genel kurul kararı olmaksızın mahkeme kararı ile yönetim kurulu üyeliğinin tespiti durumu söz konusu olamaz. Haklı sebeple ret kararının bulunması durumunda mahkeme, genel kurulun haklı sebep olarak ileri sürdüğü durumun haklı sebep olup olmadığını tespit eder, haklı sebep olmadığı tespit edildiğinde, ayrıca önerilen adayın yönetim kurulu üyeliğinin tespitine karar verir. Yani bir ret kararı bulunmasına rağmen bunun haklı sebebe dayanmadığı mahkemece belirlenmektedir. Genel kurulun bu konuda değerlendirme yaptığı, fakat bu değerlendirmenin yanlış olduğu tespit edilmiş olur. Değerlendirmenin yanlış olmasının mahkeme tarafından tespit edilmesi sonucunda, kanun ve esas sözleşme gereği yönetim kuruluna seçilmesi zorunlu olan kişinin seçilmemesi için bir sebebin kalmadığı da ortaya çıkıyor. Böyle bir durumda da önerilen adayın yönetim kurulu üyesi olarak tespiti mahkemenin genel kurul yerine karar alması manasına gelmemektedir. Fakat hakkında herhangi bir oylama yapılmayan üyenin bulunması ve yönetim kurulu üye seçimlerinin iptal edilmesi durumunda, önerilen adayın mahkemece yönetim kurulu üyesi olarak da belirlenmesi, mahkemenin doğrudan genel kurul yerine karar vermesi anlamına gelmektedir. Bu sebeple de böyle bir karar verilmesi mümkün değildir. Yapılacak olan, genel kurulun tekrar toplanarak yönetim kurulu üyelerini kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir şekilde yeniden seçmesidir.

Yönetim kurulu seçimlerinin iptal edilmesinden sonra tekrar yapılan seçimlerde önerilen adayın yine oylanmaması durumunda hak sahipleri nasıl korunacaktır? Ret kararı verilmiş olması durumunda mahkeme bu kararın haklı sebebe dayanıp dayanmadığını değerlendirerek, haklı sebep bulunmadığı sonucuna vardığında kararın iptali ile birlikte önerilen adayın yönetim kurulu üyesi olarak tespitine karar verebilir. Burada ise, önerilen adayın mahkeme tarafından yönetim kurulu üyesi olarak tespiti mümkün olmadığından, hak sahiplerinin elinde şirketin haklı sebeple feshini istemekten başka bir çare kalmamaktadır. Çoğunluğun haklarını kötüye kullanması⁵⁸ ve ortaklığa devam

58 Ayşe Sumer, "Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı*, "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Bekleyen" 10-11-12 Mayıs 2012, C.18, S.2, Yıl:2012, s.840; Ünal Tekinalp, "Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi", *İktisat ve Maliye*, 1974, S. 8, s. 324.

edilmesinin katlanılmaz hal alması gibi durumlar haklı sebep olarak kabul edilmektedir⁵⁹. Yönetim kurunun sürekli olarak esas sözleşmeye aykırı bir şekilde oluşturulması durumunda, hak sahiplerinin sürekli iptal davası açması gerekmekte, açılacak iptal davaları sonucunda bunun iptal edilebilmesi sebebiyle yönetim işlemez hale gelmektedir. Bu durumun çoğunluğun haklarını kötüye kullanması anlamına geldiği ve hak sahipleri açısından ortaklığa devamı çekilmez hale getirdiği açıktır.

Bir defalık meydana gelen aykırılık durumu, kural olarak haklı sebep oluşturmaz. Zira yargı yoluna başvurmak ve düzeltmek mümkün olduğundan bu durumun ortaklığa devamı çekilmez hale getirdiği söylenemez. Bu nedenle haklı sebeple fesih için öncelikle iptal davasının açılması ve yönetim kurulu üyelerinin seçim kararının iptali kararının alınması gerekir. İptal kararına rağmen şirketin ilgili üyeyi yönetim kuruluna seçmemesi halinde, hak sahiplerinin sürekli olarak iptal davası açmaları beklenemez. Bu kez hak sahipleri şirketin feshini mahkemeden isteyebilirler. Kanun gereği mahkeme fesih yerine duruma uygun düşen kabul edilebilir çözümlere karar verebileceğinden, şirketin feshine karar vermek yerine ilgili üyenin yönetim kurulu üyesi olarak atanmasına karar verebilir⁶⁰.

Haklı sebeple fesih davasını, TTK m. 531 gereği sadece halka kapalı şirketlerde sermayenin onda birini halka açık şirketlerde sermayenin yirmide birini temsil eden pay sahipleri açabilmektedir. Yani haklı sebeple fesih davası bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple de bu oranın altında sermayeye sahip olan pay sahipleri korumasız kalmaktadır. Bu durumdaki pay sahipleri için organ yokluğu sebebiyle şirketin feshi yoluna başvurulması düşünülebilir mi? Kanaatimizce mümkündür. Öncelikle yönetim kuruluna üye seçimine ilişkin kararın mahkeme tarafından iptali organ yokluğu olarak kabul edilebilmektedir. Buna göre, genel kurulun seçime ilişkin kararının geçersizliğine hükmeden, kesinleşen ve seçimden önceki yönetim kurulu üyelerinin de

59 Özge Ayan, “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2011, Sayı 102, s. 2245.

60 Nomer Ertan, fesih yerine bir çözüm bağlamında bir üyenin yönetim kurulu üyesi olarak atanmasının şirket iradesine müdahale anlamına geldiğinden, ancak çok istisnai durumlarda mümkün olabileceğini belirtmiştir (Füsün Nomer Ertan, “Anonim Ortaklığın Haklı Sebeple Feshi Davası – TTK. m. 531 Üzerine Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 73, S. 1, s. 434). Somut olayın özelliği gereği zorunlu ise mahkeme tarafından çözüm olarak yönetim kuruluna ilave üye atanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir; Ayan, s. 2258. Bizim konumuzu ilgilendiren kısımda esasen herhangi bir anlaşmazlığa çözüm olarak ilave yönetim kurulu üyesi atanması söz konusu değildir. Esas sözleşme ile tanınmış olan bir hakkın uygulanmaması sebebiyle bir haklı fesih istemi bulunduğundan, hakkın uygulanması amacıyla önerilen adayın yönetim kurulu üyesi olarak atanması söz konusudur. Bu sebeple de mahkemenin bu şekildeki müdahalesinin “duruma uygun düşen ve kabul edilebilir diğer bir çözüm” olarak değerlendirilmesi gerekir.

göreve dönmelerini sağlamayan bir iptal kararı sonrasında, yönetim kurulu açısından organ yokluğu meydana gelir⁶¹. Fakat organ yokluğunun bulunması fesih için yeterli değildir. Mevcut organ yokluğunun belirli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Kanunda “uzun süreden beri” organ yokluğunun mevcut olması şartı aranmıştır (TTK m. 530/1). Kanunda fesih için gerekli olan “uzun süre” bakımından bir açıklama yapılmamıştır, fakat kanun gerekçesinde neden belirli bir süre öngörülmediği açıklanmıştır. Gerekçeye göre, “Devamlıktan ne kadar bir sürenin anlaşılması gerektiği hususunda kötüye kullanmaların önüne geçmek ve somut olayın şartlarına göre serbest hareket edebilme imkânı tanımak için takdir yetkisi hakime bırakılmıştır. Gerçekten, süre konulması halinde kötüniyetli kişilerin hem sürenin varlığını hem de mahkeme sürecini hesaba katarak haksız uygulamalar içerisine girebilecekleri düşünülmüştür.” Bu sebeple organ yokluğu bakımından fesih kararı verilebilmesi için organ yokluğunun ne kadar devam etmesi gerektiği hususu hâkim tarafından somut olayın şartlarına göre takdir edilecektir.

Genel kurulun tekrar seçim yapmak suretiyle yönetim kurulunu oluşturma imkânı vardır. Bu durumda organ yokluğunun devamlı olmamasından dolayı fesih şartlarının oluşmadığı düşünülebilir. Fakat genel kurulun ilgili üyeyi yönetim kurulunda seçmemesi için haklı sebep bulunmadığı hallerde, seçmemekte ısrar etmesi üzerine kanaatimizce organ yokluğunun devamlı olmasından bahsedilebilir. Organ yokluğu sebebiyle açılacak fesih davasında, hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuş bir yönetim kurulunun bulunması sebebiyle şirket tarafından “organ yokluğu” bulunmadığı şeklinde bir savunma yapılması mümkün değildir. Bu açıkça hakkın kötüye kullanılması manasına gelir. Bu sebeple, öncelikle yönetim kurulu üye seçiminin iptali kararından sonra tekrar hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuşsa, organın halen oluşmadığı kabul edilmelidir⁶². Hukuka aykırı şekilde de olsa bir organ oluştuğunun kabul edilmesi

61 İsmail Cem Soykan, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, İstanbul, 2012, s. 150.

62 İzmirli, ilk olarak esas sözleşme ile yönetim kurulu üyelerinin belirli gruplardaki pay sahipleri arasından seçilebileceği şartı getirilebileceğini, yönetim kurulunun organ niteliğini kazanmasının da gerek kanun, gerek esas sözleşmede yer alan esaslara uygun nitelikte üyelerin seçilmesine bağlı olduğunu belirtmiştir (Yadigar İzmirli, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2001, s. 43). Fakat yazar daha sonra kitabın ilerleyen bölümünde esas sözleşme hükümlerine uyulmaksızın genel kurulun yaptığı seçime ilişkin olarak, genel kurul kararı hakkında esas sözleşme hükümlerine aykırılık dolayısıyla iptal davası açılması gerektiğini, yönetim kurulunun organ niteliğini taşımadığı sonucuna ulaşılmaması gerektiğini, zira usulüne uygun şekilde toplanmış bir genel kurul kararı ile seçilen bir yönetim kurulunun esas sözleşmedeki şartları taşıması sebebiyle organ niteliğini taşımadığı sonucuna varmanın iyiniyetli üçüncü kişiler üzerinde olumsuz etkiler meydana getireceğini, esas sözleşmeye aykırı olarak yapılan seçime ilişkin genel kurul kararının iptalinin talep edilmesinin daha uygun bir çözüm olduğunu, böylece iptal kararının kesinleşmesine kadar yönetim kurulunun yaptığı işlemlerin şirketi bağlayacağını ve iyiniyetli üçüncü kişiler

durumunda ise, kanunun hâkime vermiş olduğu organ yokluğunun ne kadar devam edebileceğine ilişkin süreyi takdir yetkisi kapsamında belirleyebilmesi sebebiyle yönetim kurulu üye seçiminin iptali kararından sonra tekrar hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuşsa, organ yokluğu bakımından “devamlılık” şartının sağlandığı kabul edilmelidir. Zira aralarda kesintili de olsa organ oluşsa bile, sürekli esas sözleşmeye aykırı olması sebebi ile iptali mümkün bir seçim kararı alınarak yönetim kurulu oluşturulmakta ve mahkemece iptal edilmektedir. İptal kararından sonra hukuka aykırı bir şekilde oluşturulmuş yönetim kurulunun, organ yokluğu bakımından “devamlılık” şartını kesintiye uğratmadığı kabul edilmelidir. Böylelikle, yönetim kurulunun esas sözleşmede düzenlenen yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına aykırı bir şekilde oluşturulmasına ilişkin kararın iptaline rağmen genel kurul yeniden yaptığı seçimde yine esas sözleşmedeki imtiyazı dikkate almadan seçim yaparsa, organ yokluğu sebebi ile şirketin feshi mümkün olur.

Organ boşluğu sebebiyle mahkemeye başvuru durumunda mahkeme şirket organlarından birinin mevcut olmadığını tespit ederse hemen fesih kararı veremeyip, durumun kanuna uygun hale getirilmesi için süre verir. Eğer verilen bu süre içerisinde durum düzeltilmemişse mahkeme şirketin feshine karar verir (TTK m. 530). Verilen süre içerisinde yönetim kurulu üyesinin sözleşmeye uygun bir şekilde atanması durumunda fesih davası reddedilecektir.

B. Esas Sözleşme Değişiklikleri Sırasında Korunması

1. İmtiyazlı Pay Sahipleri Özel Kurulunda Onaylama

TTK m. 454 gereği, genel kurulun şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin kararı imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ediyorsa bu karar hakları ihlal edilen pay sahiplerinin yapacakları toplantıda alacakları bir kararla onaylanmadıkça uygulanamaz. Esas sözleşme değişikliği imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını doğrudan ya da dolaylı olarak ihlal edebilir. Her iki durumda da esas

bakımından herhangi bir sıkıntı doğmayacağını belirtmiştir. (İzmirli, s. 83). Yazarın da açıklamasından anlaşılacağı üzere, esas sözleşmeye aykırı bir şekilde seçim yapılması durumunda yönetim kurulunun organ vasfı kazanıp kazanmadığı tartışmalı bir hal almaktadır. Fakat esas sözleşmeye aykırı bir şekilde oluşturulmuş yönetim kurulunun organ niteliğinde kabul edilmemesine karşı çıkılmasının sebebi, yönetim kurulunun iyiniyetli üçüncü kişiler ile yapmış olduğu işlemlerde onların korunmasıdır. Hemen belirtelim ki, eTTK zamanında kanunda bulunmayan bir hüküm yeni TTK m. 373/2’de bulunmaktadır. Buna göre “*Temsil yetkisinin ticaret sicilinde tescilinden sonra, ilgili kişilerin seçimine veya atanmalarına ilişkin herhangi bir hukuki sakatlık, şirket tarafından üçüncü kişilere, ancak sakatlığın bunlar tarafından bilindiğinin ispat edilmesi şartıyla ileri sürülebilir.*” Bu hüküm ile iyiniyetli üçüncü kişiler yönetim kuruluna ilişkin seçimlerdeki sakatlıktan dolayı korunmuştur. Bu sebeple de yazarın değerlendirmeleri açısından, esas sözleşmeye aykırı olarak oluşturulmuş yönetim kurulunu organ olarak kabul etmemek için bir gerekçe kalmamıştır.

sözleşme değişikliğinin uygulanabilmesi için İPÖK'ün onayı aranır⁶³. İmtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal eden şirket sözleşmesinin değiştirilmesine ilişkin genel kurul kararları, doğrudan imtiyazın kaldırılmasına ya da kısıtlanmasına ilişkin olabilir. Bunun dışında, örneğin üç üyeli bir yönetim kurulunda bir üye ile yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınmış bir şirkette yönetim kurulu üye sayısının artırılmasına ilişkin bir esas sözleşme değişikliği gibi, dolaylı yoldan imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal ediyor da olabilir.

İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulunun her esas sözleşme değişikliğinde değil, sadece imtiyaz haklarını ihlal eden esas sözleşme değişikliklerinde onayı aranır. İmtiyazlı pay sahipleri özel kurulu yönetim kurulu tarafından toplantıya çağırılmaktadır. Bu durumda esas sözleşme değişikliğinin imtiyazlı pay sahiplerinin haklarını ihlal edip etmediğinin değerlendirmesi yönetim kurulu tarafından yapılacaktır⁶⁴. İhlal mevcut olmasına rağmen yönetim kurulu İPÖK'ü davet etmezse her bir imtiyazlı pay sahibi mahkmeden İPÖK'ün toplantıya çağırılmasını talep edebilir (TTK m. 454/2). Bu durumda mahkeme imtiyazın ihlal edilip edilmediğini değerlendirerek bunun sonucuna göre karar verecektir. Yönetim kurulu yahut mahkeme tarafından yapılan çağrıya rağmen, süresi içinde İPÖK toplanamazsa, ilgili genel kurul kararı onaylanmış sayılacaktır.

İPÖK toplantı yeter sayısı imtiyazlı payları temsil eden sermayenin yüzde altmışıdır. Bu çoğunlukla toplanıp, toplantıda temsil edilen payların çoğunluğu ile karar alır⁶⁵. İmtiyazlı ihlal eden esas sözleşme değişikliği kararının alındığı genel kurulda, imtiyazlı pay sahipleri, esas sözleşmenin değiştirilmesine, bu nisaba uygun olarak olumlu oy vermişlerse İPÖK toplantısı yapılmasına gerek yoktur.

Özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınması durumunda, ilgili imtiyazı kaldıran ya da kısıtlayan bir karar alındığı sırada, esas sözleşmede aranan özellik ve nitelikte bir pay sahibi şirkette yoksa TTK m. 454 kapsamında hakları ihlal edilecek imtiyaz sahibi kimse bulunmadığından ve dolayısıyla İPÖK'ü oluşturacak kimse de bulunmadığından, İPÖK onayı olmaksızın esas sözleşmedeki imtiyaz kaldırılabilir⁶⁶. Burada esas sözleşmede imtiyaz bulunmasına rağmen imtiyaz hakkına sahip hiçbir pay sahibi bulunmaması durumu söz konusudur.

63 Ünal Tekinalp (Reha Poroy/Ersin Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul, 2019, N. 804; Hakan Bilgeç, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 242.

64 Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 123.

65 Kanun gerekçesine göre "İzleyen toplantılarda düşmeyen bu ağır nisaplarla şirketin korunması ve küçük bir çoğunlukla olumsuz karar alınmasının önlenmesi amaçlamıştır."

66 Erol Ulusoy, "Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması", *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014, s. 21.

Normal bir imtiyaz nasıl kaldırılıyorsa o şekilde işlem yapılacak, fakat İPÖK'ün onaması söz konusu olmayacaktır.

Birden fazla yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bulunması durumunda değişiklik bütün grupların imtiyaz hakkını ihlal etmiyor olabilir. Farklı türde imtiyazların bulunması durumunda esas sözleşme ile hangi imtiyaz sahiplerinin hakları ihlal ediyorsa o imtiyazın sahiplerinin onayı gerekir, hakları ihlal edilmemiş olan diğer türdeki imtiyazların sahiplerinin onayı aranmaz⁶⁷.

Şirkette yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış birden fazla grup bulunması durumunda bunların tek bir İPÖK mü oluşturacakları yoksa her birisinin ayrı ayrı İPÖK mü oluşturacağı da incelenmelidir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi verdiği bir kararda haklı olarak böyle bir durumda aynı nevi imtiyaz değil “*ayrı nevi*” imtiyazlar bulunduğu, bu sebeple de grupların her birinin ayrı olarak İPÖK oluşturup ayrı ayrı toplanarak esas sözleşme değişikliğini onaylaması gerektiği yönünde karar vermiştir⁶⁸. Farklı türden imtiyazlar olarak kabul edilmesinin gerekçesi olarak da “*gösterilecek kişiler farklı ve aday gösterildikleri grupların yararlarını koruyacak yöneticiler*” olmaları gösterilmiştir. *Bostancıoğlu*, böyle bir durumda konusu aynı imtiyaz bulunduğundan tek bir grup imtiyazının olduğunu belirtmiştir⁶⁹. Yazar, esas sözleşme ile aynı türden imtiyazlar çeşitli harf kodları ile (A, B, C gibi) ayrı gruplara tanınsalar bile bu

67 Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 121; Neşe Kirtil, “İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurul Toplantısının Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, 2005, s. 80; Oğuz İmregiün, “Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori Paylar”, *Prof. Dr. Turгут Kalpsüz'e Armağan*, Ankara, 2003, s. 190.

68 Yargıtay 11. HD., 20.1.1986, E. 85/5903, K. 85/7427: “*Bu davada çözülmesi gereken önemli sorun, ana sözleşmede öngörülen ve biraz önce belirtilen imtiyazların aynı olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Söz konusu imtiyazlar ilk bakışta, yönetim kuruluna aday göstermek bakımından aynı nevi olarak gözükmekte ise de, gerçekte aynı nevi imtiyaz değil, ayrı nevi imtiyazlardır. Her şeyden önce gösterilecek kişiler farklı ve aday gösterildikleri grupların yararlarını koruyacak yöneticilerdir.... A ve B grubuna ait imtiyazlı payları bulunan davacıların bu imtiyazları 18.5.1984 günlü genel kurulda kaldırılmış ve C grubu imtiyazlı pay sahipleri 27.6.1984 günlü özel kurulda bu değişikliği onamışlardır. Yukarıda da açıklandığı üzere A, B ve C grubu imtiyazları farklı ve ayrı nevi imtiyazlardır. Bir anonim ortaklıkta müteaddit nevi imtiyazlı pay grupları varsa, her bir kurul ayrı ayrı toplanarak kendileri yönünden ana sözleşmeyi onamaları gerekir. A ve B grubu imtiyazlı paylara sahip davacılar kendi aralarında özel toplantı yaparak genel kurul kararlarını benimsememişlerdir. Öte yandan C grubu imtiyazlı pay sahiplerinin, A ve B grubu pay sahiplerini bir tek özel toplantıya çağırarak yetkileri de yoktur. Böyle bir toplantıya çağırma ortaklık yönetim kurulunun da yapması sonucu etkilemez. Bu itibarla, C grubu pay sahiplerinin 27.6.1984 günlü toplantıda, A ve B grubu paylar yönünden aldıkları karar yasaya aykırı olmakla davacılar yönünden iptali gerekir. Buna bağlı olarak da, ana sözleşmenin 8 ve 12 nci maddeleri ile ilgili ticaret sicilinin tescil ve ilanının iptali gerekir.*” (BATİDER, 1985, C. 13, S. 1, s. 166; *Metin Bostancıoğlu*, “İmtiyazlı Hisse Senetleri ve İmtiyazların Korunması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, 1988, s. 16.)

69 *Bostancıoğlu*, s. 10.

grupların imtiyazları aynı neviden olduğundan birlikte toplanmaları gerektiğini, aksi halde çoğunluğun azınlığın arzusuna mahkûm edilmiş olacağını belirtmiştir. Buna rağmen yazar, bazı durumlarda ihlalin tüm gruplar açısından geçerli olmayacağını, bu durumda da sadece hakkı ihlal edilen grubun ayrı olarak toplanıp onay vereceğini savunmuştur⁷⁰. Kanaatimizce burada grupların her birinin menfaatleri farklılaştığından, gruplara tanınan imtiyaz farklı imtiyazlar olarak değerlendirilip, bunların ayrı ayrı toplanmak suretiyle esas sözleşme değişikliğine onay vermeleri gerekmektedir. Bu grupların menfaatleri aynı olsaydı birden fazla grup oluşturma yoluna gidilmeden sadece tek bir grup oluşturularak yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı tanınırdı. Bunun sonucunda da sadece bir grubun çoğunluğunu oluşturan pay sahibi, yönetim kurulunda imtiyaz yoluyla seçilecek bütün üyeleri belirlerdi. Birden fazla grup oluşturmak suretiyle bunun önüne geçildiği gibi, her bir grubun yönetim kurulunda ayrı ayrı temsil edilmesi sağlanmıştır. Her bir grup ayrı ayrı toplanıp kendi menfaatlerine göre aday önerip bu kişiyi yönetim kuruluna seçtirebilirlerken, hakların korunması noktasında İPÖK'e hepsinin birlikte katılması ile tek toplantı yapılmasının aranması da küçük pay gruplarının haklarının ihlali manasına gelir. Böyle bir durumda sermayenin daha az kısmını temsil eden imtiyazlı gruplar diğer grupların insafına bırakılmış olur. Bunun sonucunda ayrı gruplar oluşturulmasının bir anlamı kalmayacağı gibi, bu durum yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının faydalarından olan azınlığın yönetim kurulunda temsili imkânını ortadan kaldıracak potansiyele sahiptir. Ayrıca yazarın bütün gruplara tanınan imtiyazı tek bir imtiyaz olarak kabul edip, bazı durumlarda grupların hepsinin değil bazılarının haklarının ihlal edilmiş olabileceğini, bu durumda ise sadece hakkı ihlal edilen grubun ayrı onay vermesi gerektiğini savunması da kendi görüşü olan tek bir imtiyaz bulunduğu görüşü ile çelişmektedir. Bazı durumlarda sadece kendi grubu ile bazı durumlarda da toplu olarak İPÖK oluşturduklarını kabul etmek imtiyazın belirliliği ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır.

Pay sahiplerine tanınmış imtiyazlara ilişkin olarak imtiyazların korunması konusunda özel bir düzenleme yapılmamıştır. Bu sebeple de İPÖK'e ilişkin TTK m. 454 hükmü, hem paya tanınmış olan imtiyazların ihlalinde hem de pay sahiplerine ve azınlığa tanınmış olan imtiyazların ihlalinde uygulanır. Dolayısıyla pay sahipleri grupları da İPÖK oluşturur⁷¹. Azınlığın yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazının ihlal edilmiş olması durumunda ise azınlık İPÖK

70 Bostancıoğlu, s. 20 vd.

71 Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 231.

oluşturacaktır. Bir İPÖK'te sadece aynı sıfatı taşıyan pay sahipleri bulunur⁷². Özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan birden fazla pay sahibi grubunun bulunması durumunda, her biri ayrı ayrı İPÖK oluşturur. Aynı esas sözleşme değişikliği ile birden fazla pay sahibi grubun hakları ihlal ediliyorsa her bir grup ayrı ayrı toplanarak karar alır. Zira imtiyazın konusu aynı olsa da her bir grubun menfaati farklıdır ve değişiklikten farklı ağırlıklarda etkilenmeleri mümkündür.

Yönetim kurulu, İPÖK'ün onaylamama kararı vermesi üzerine, bu karar aleyhine kararın alındığı tarihten itibaren bir ay içerisinde, genel kurulun söz konusu kararının pay sahiplerinin haklarını ihlal etmediği gerekçesiyle iptal davası açabilir.

2. İmtiyazlı Pay Sahibi Özel Kurulunda Yapılacak Oylamada Oy Hakkı

Pay sahiplerine tanınmış bir yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı olması durumunda imtiyazlı pay sahibi özel kurulunda onay kararı verilebilmesi için pay oranına mı bakılacağı yoksa her pay sahibinin bir oya mı sahip olacağı da değerlendirilmelidir. Pay sahiplerine imtiyaz tanınması konusu TTK'ya alınırken İPÖK'e ilişkin olarak bu duruma özel herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. TTK m. 453 hükmü her türlü imtiyazı kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Fakat bu durum özellik ve nitelikleri ile belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine tanınmış imtiyazın yapısı ile uyuşmamaktadır. Kanaatimizce burada paydan bağımsız bir imtiyaz olduğu için çok paya sahip olana bu sebeple bir avantaj sağlanması gerekmez. Burada hak sahiplerinin paylarından ziyade “*özellik ve nitelikleri*” önem taşımaktadır. Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı da özellik ve nitelikleri için tanınmış olduğundan, pay oranlarının dikkate alınmaması gerekir. Zira sahip oldukları ve imtiyaz hakkına sahip olmalarının sebebi olan özellik ve nitelik bakımından gruptaki tüm pay sahipleri eşit konumdadır. İlgili özellik ve nitelikleri taşıyan kişi şirkette hangi oranda paya sahip olursa olsun, özellik ve niteliğinden dolayı imtiyaz sahibidir. Paydan bağımsız bir imtiyaz olduğu için çok paya sahip olan pay sahibine bu sebeple bir avantaj sağlanması gerekmez. Tanınan imtiyazın hak sahibinin pay oranı ile bir ilgisi yoktur. Bu halde imtiyaz sahibi olunmasının sebebi zaten imtiyazlı olan payların sahibi bulunmak değil, hâlihazırda pay sahibi olan ortağın esas sözleşmede belirtilen özellik ve nitelikleri taşımasıdır. Burada yönetim kurulunda imtiyazlı her pay sahibi, bu imtiyaz konusunda diğer pay sahipleri ile eşit konumdadır. Dolayısıyla pay oranlarına göre oy hakkı tanınmamalıdır. Esas sözleşmede belirtilen özellikleri taşıyan her bir pay sahibinin bir oy hakkına

72 Tekinalp, Yeni Hukuk, s. 231.

sahip olduğu kabul edilmelidir. Anonim şirketlerde ne kadar sermaye o kadar hak ilkesi bulunsa da, imtiyaz hakkı bunun istisnasını oluşturmaktadır.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı azınlığa tanınmış olması durumunda, pay sahipliğinden ziyade pay oranı önem taşımaktadır. Bu sebeple de hak sahipleri İPÖK'de pay oranları ile orantılı şekilde oy hakkına sahip olur.

Sonuç

Anonim şirket yönetim kurulunda temsil edilme hakkı esas sözleşme ile düzenlenirken, bu imtiyaz yoluyla seçilecek kişiler sayı olarak değil de oran olarak belirlenmek suretiyle, değişken sayılı yönetim kurullarında hakkın etkisizleşmesi engellenebilir. Bunun dışında ileride yönetim kurulu üye sayısında gerçekleşecek değişikliklerden hakkın etkilenmemesi güvence altına alınır. Yine esas sözleşme ile tanınacak yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazına ek olarak pay sahipleri sözleşmesi ile bu hususta anlaşma yapılarak, pay sahipleri şahsi sorumluluk altına alınmak suretiyle, genel kurulda ilgili üyelerin seçimi sırasında hakkın ihlali ihtimali azaltılabilir.

Haklı sebep bulunmaksızın önerilen adayın seçilmemesi durumunda, genel kurul kararının iptaline ilişkin hükümler uygulanacaktır. Ret kararının bulunması durumunda o kararın iptali istenebilir. Önerilen adayın yerine başka bir kişinin seçilmesi durumunda somut olarak seçilen kişi belirli ise o adayın seçimine ilişkin kararın iptali de istenebilir. Önerilen adayın oylanmaması sebebiyle herhangi bir karar alınmamış olması durumunda veya gerekli hazırlık işlemleri yapılmadığından hak sahiplerinin aday önerememiş olması durumunda, yönetim kurulunda temsil edilme hakkı sahiplerine tanınmış olan kontenjan ister boş bırakılsın ister başka bir kişi seçilmiş olsun, yönetim kurulu esas sözleşmeye aykırı olarak oluşturulduğundan tüm yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin kararların iptalinin istenmesi mümkündür. İlgili yönetim kurulu üyelerinin seçiminde münferit olarak herhangi bir hukuka aykırılık görünmese de seçim sonucunda yönetim kurulu esas sözleşmeye uygun bir şekilde oluşturulmamıştır.

Yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış olması durumunda, haklı sebep bulunmadıkça genel kurul kanun ve esas sözleşme gereği hak sahibi grubun önereceği adayı seçmek dışında başka bir karar alamaz. Bu sebeple de mahkemenin iptal kararı ile birlikte önerilen adayı yönetim kurulu üyesi olarak belirlemesi, mahkemenin genel kurul yerine takdir hakkı kullanıp karar vermesi anlamına gelmez. İptal kararı ile birlikte bu konuda karar verilmesinin talep edilmesi şartıyla, mahkeme iptal kararı ile birlikte haklı sebep olmaksızın seçilmeyen adayın yönetim kurulu üyesi olarak belirlenmesine de karar verebilir.

Yönetim kurulu seçimlerinin iptal edilmesinden sonra tekrar yapılan seçimlerde önerilen adayın yine oylanmaması durumunda hak sahipleri şirketin haklı sebeple feshini isteyebilir. Fakat haklı sebeple fesih davası bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu sebeple de bu oranın altında sermayeye sahip olan pay sahipleri korumasız kalmaktadır. Bu durumdaki pay sahipleri için organ yokluğu sebebiyle şirketin feshi yoluna başvurabilirler. Genel kurulun ilgili üyeyi yönetim kurulunda seçmemesi için haklı sebep bulunmadığı durumda yeniden yapılan seçimde seçmemekte ısrar etmesi durumunda organ yokluğunun devamlı olmasından bahsedilebilir.

Yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı sahiplerinin haklarını ihlal eden esas sözleşme değişiklikleri, bunlar tarafından İPÖK'te onaylanmadıkça uygulanamaz. Şirkette yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınmış birden fazla grup bulunması durumunda bunlar ayrı ayrı İPÖK oluşturur. Burada grupların her birinin menfaatleri farklılaştığından, gruplara tanınan imtiyazın farklı imtiyazlar olarak değerlendirilip grupların ayrı ayrı toplanarak esas sözleşme değişikliğine onay vermeleri gerekmektedir. Pay sahiplerine tanınmış yönetim kurulunda temsil edilme imtiyazı bulunması durumunda, İPÖK toplantısında imtiyazlı pay sahipleri pay oranlarına göre değil, her biri bir oy kullanabilir.

KAYNAKLAR

- Alişkan, Murat, “Ticaret Sicili Memurunun Anonim Şirket Ana Sözleşmesini ve Genel Kurul Kararlarını Denetlemesi”, *Legal Hukuk Dergisi*, Şubat 2007, Yıl: 5, S. 50.
- Alişkan, Murat; Akbaş, İsmail, “Teori ve Uygulamada Anonim Şirket Genel Kurulu Tarafından Verilen İbranın Reddi Kararına Karşı İptal Davası Açılması”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2019, S. 200. (İbranın Reddi)
- Ayan, Özge “Yeni Türk Ticaret Kanununda Anonim Şirketin Haklı Sebeple Feshi Davası”, *Legal Hukuk Dergisi*, Yıl 2011, Sayı 102.
- Aytuğar, Bilge “Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 23, Sayı 1, 2019.
- Baltalı, Candemir, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunda Temsil Edilme İmtiyazı*, İstanbul, 2019.
- Bilgeç, Hakan, *Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.
- Bostancıoğlu, Metin “İmtiyazlı Hisse Senetleri ve İmtiyazların Korunması”, *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V, Bildiriler-Tartışmalar*, Ankara, 1988.
- Böckli, Peter, *Schweizer Aktienrecht*, 4. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2009.
- Brunner, Max, *Streifzug durch die Statuten schweizerischer Puplicums- Aktiengesellschaften*, Bern, 1976.
- Bürgi, Wolfhart, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft Art. 698-738*, Zürich, 1969.
- Ediş, Esra “Belirli Gruplar ve Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 12, S. 125.
- Eriş, Gönen, *Açıklamalı –İçtihatlı – En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu - Ticari İşletme ve Şirketler, Ticaret Şirketleri - m. 223-556*, 2. Cilt, Seçkin, Ankara, 2007.
- Falcıoğlu, M. Özgür, “Azınlığın Yönetim Kurulunda Temsili”, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Editör: Erol Ulusoy, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.
- Forstmoser, Peter; Meier-Hayoz, Arthur; Nobel, Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, 1996.
- Homburger, Eric, *Zürcher Kommentar, Der Verwaltungsrat, Art. 707-726 OR Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft*, 1997.
- İmregün, Oğuz, “Anonim Ortaklıklarda Özel Kategori Paylar”, *Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan*, Ankara, 2003.
- İzmirli, Yadiğar, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, 2001.
- Kendigelen, Abuzer, *Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz*, Beta, İstanbul, 1999. (Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz)
- Kendigelen, Abuzer, “İsviçre Hukukunda Farklı Pay Sahibi Kategori Veya Gruplarının Şirket Organlarında Temsili”, *Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı*, 2. Basi, İstanbul, 2001. (Moroğlu’na Armağan)

- Kırca, İsmail “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği Seçimine İlişkin Kararın Hükümsüzlüğü”, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. 1, Beta, 2003.
- Kırca, İsmail; Şehirali Çelik, F.H.; Manavgat, Ç., *Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara, 2013. (*Anonim Şirketler Hukuku, C. I*)
- Kırca, İsmail; Şehirali Çelik, F.H.; Manavgat, Ç., *Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 2/2, Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 2. Bası, Ankara, 2017. (*Anonim Şirketler Hukuku Cilt: 2/2*)
- Kirtıl, Neşe “İmtiyazlı Pay Sahipleri Genel Kurul Toplantısının Yapılması”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı*, 2005.
- Klausmann, Alexander N., *Entsendungsrechte in der Aktiengesellschaft*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016.
- Kortunay, Ayhan, *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Ve Üyelerin Bilgi Edinme Hakkı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.
- Krneta, Georg, *Praxiskommentar Verwaltungsrat*, 2. Auflage, Bern, 2005.
- Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı İstanbul, 2017. (*Hükümsüzlük*)
- Moroğlu, Erdoğan, *Oy Sözleşmeleri*, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Baskı, 2015.
- Münch, Dieter, *Das Recht einer Aktionärsminorität Auf Vertretung im Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft*, Zürich, 1976.
- Nomer Ertan, Füsün “Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshi Davası – TTK. m. 531 Üzerine Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 73, S. 1.
- Okutan Nillson, Gül, *Anonim Ortaklıklarda Paysahipleri Sözleşmeleri*, Çağa Hukuk Vakfı, İstanbul, 2004.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar Hukuku I*, Güncellenmiş, Yeniden Yazılmış 14. Bası, İstanbul, 2019.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Pulaşlı, Hasan, *Şirketler Hukuku Şerhi C. II, 3. Baskı*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Soykan, İsmail Cem, *Anonim Ortaklıklarda Organ Yokluğu*, İstanbul, 2012.
- Sumer, Ayşe, “Anonim Ortaklıkların Haklı Nedenle Feshi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı, “6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu’nu Beklerken”* 10-11-12 Mayıs 2012, C.18, S.2, Yıl:2012, s. 839-849.
- Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. (*Yeni Hukuk*)
- Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunundaki Boşluk: Anonim Ortaklığın Önemli Sebeplerle Feshi”, *İktisat ve Maliye*, 1974, S. 8.
- Teoman, Ömer, “Karar İncelemesi (YARGITAY TİCARET DAİRESİ, 25.1.1972 GÜN, E. 1971/4843 K. 1972/356)”, *Otuz Yıl Ticaret Hukuku - Tüm Makalelerim - C.1 - 1971-1982*, s. 162-194.
- Ulusoy, Erol, “Anonim Şirketlerde Azınlık Pay Sahiplerinin Şirketten Çıkarılması”, *Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları*, Bilge Yayınevi, Ankara, 2014.

- Uysal, Esra, *Anonim Ortaklıkta İmtiyazlı Paylar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Wernli, Martin; Rizzi, Marco A., *Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht*, Hrsg. Heinrich Honsell / Peter Nedim Vogt / Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht II Art 530-964 OR, 5. Auflage, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2016.

Sağlık Hukuku Açısından Farmakovijilans Sistemi*

Pharmacovigilance System in Terms of Health Law

Dicle GENÇOSMANOĞLU**, Güliden Zehra OMURTAG***, Fulya İlçin GÖNENÇ****

Öz

Sağlık Hukuku, sağlığa ilişkin hukuki sorunlarla uğraşan multidisipliner bir bilim dalıdır. İnsan yaşamını ve sağlığını ilgilendiren her hukuki sorun, Sağlık Hukukunun çözüm araması gereken bir konudur. Hasta güvenliği, günümüzde önemli bir sağlık sorunudur. Bilimsel verilere göre; tıbbi hatalar, ölüm sebepleri arasında beşinci sırada yer almaktadır. Hasta güvenliği uygulamaları arasında yer alan ilaç güvenliği, yaşamsal öneme sahiptir. İlaç güvenliği, ilaçların güvenli kullanımının sağlanması amacıyla yapılan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler yalnızca hastaları değil, sağlık çalışanlarını da koruyan zorunlu uygulamalardır. Bu bağlamda farmakovijilans, ilaçların zararlı etkilerine karşı uyanık olmak anlamına gelir. Talidomit faciası sonrasında Avrupa ülkelerinde ve diğer pek çok ülkede yapılan hukuki düzenlemelerle ulusal farmakovijilans sistemleri oluşturulmuştur. Farmakovijilans sisteminin amacı; insan yaşamını ve sağlığını, ilaçların zararlı etkilerine karşı korumaktır. Türkiye’de; 1985 yılında Türk İlaç Advers Etkilerini İzleme ve Değerlendirme Merkezi (TADMER)’in kurulmasıyla birlikte başlatılan farmakovijilans çalışmaları, bugün Türkiye Farmakovijilans Merkezi (TUFAM) bünyesinde devam etmektedir. Bu makalede; Sağlık Hukuku açısından farmakovijilans sisteminin taraflarının hakları, yetkileri ve sorumlulukları incelenmiştir.

* Makale gönderim tarihi: 23.03.2021. Makale kabul tarihi: 01.04.2021. Dicle Gençosmanoğlu, Güliden Zehra Omurtag, Fulya İlçin Gönenc, “Sağlık Hukuku Açısından Farmakovijilans Sistemi” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 211-234; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.03>

Bu çalışma; İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı’nda “Sağlık Hukuku Açısından Farmakovijilans Sistemi” başlıklı tez savunması olarak, Prof. Dr. Güliden Zehra Omurtag, Prof. Dr. Fulya İlçin Gönenc ve Prof. Dr. Hatice Kübra Elçioğlu’ndan oluşan jüri üyeleri tarafından 13.11.2020 tarihinde oy birliği ile başarılı bulunmuştur.

** Sağlık Hukuku Bilim Uzmanı, Avukat. İletişim: Atatürk Mah. Ataşehir Bulvarı 56 Ada Manolya 2 Sitesi No :34 2. Blok Kat:7 Daire:15 Ataşehir/İstanbul, diclegencosman@gmail.com, <https://www.orcid.org/0000-0002-0872-6426>.

*** Prof. Dr., İstanbul Medipol Üniversitesi Eczacılık Fakültesi Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı. İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Kavacık Güney Yerleşkesi Atatürk Cad. No: 40 34815 Beykoz/İstanbul, gzmurtag@medipol.edu.tr, <https://www.orcid.org/0000-0002-2018-9619>.

**** Prof. Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı. İletişim: Ankara Medipol Üniversitesi Hacı Bayram Talatpaşa Blv No: 2 06050 Altındağ/Ankara, fulyailcin.gonenc@ankamedipol.edu.tr, <https://www.orcid.org/0000-0001-9882-0944>.

Anahtar Kelimeler: Farmakovijilans, farmakovijilans sistemi, hasta güvenliği, ilaç güvenliliği, sağlık hukuku.

ABSTRACT

Health Law is a multidisciplinary branch of science that deals with legal problems related with health. Health Law must look for a solution of all legal problems about human life and health. Patient safety is an important health problem at the present time. According to scientific data, medical error is the fifth cause of death. Drug safety which is one of the patient safety implementations, is vital. Regulations of drug safety aim to use drugs safely. These regulations don't protect only patients, they also protect healthcare workers as a necessity. The meaning of pharmacovigilance is being aware of the detrimental effects of drugs in this context. After Thalidomide disaster, national pharmacovigilance systems have been formed with legal regulations in many European and other countries. The aim of pharmacovigilance system is to protect human life and health against detrimental effects of drugs. In Turkey, pharmacovigilance studies which started with the establishment of TADMER in the year of 1985 are being continued within TÜFAM today. Rights, responsibilities and authority of the parties of the pharmacovigilance system in terms of Health Law had been studied in this article.

Keywords: Drug safety, health law, patient safety, pharmacovigilance, pharmacovigilance system.

Giriş

Bireylerin sağlıklı olma halini koruyan her durum, Sağlık Hukukunun konusudur. Bu noktada; insan hayatının kurtulmasını, uzamasını, daha iyi koşullarda sürdürülmesini sağlayan ve bireylerin sağlıklı olma halini doğrudan ilgilendiren ilaç¹, bilimsel bilgi ve emekle geliştirilen, insanlık tarihi kadar eski bir üründür. Tıp ya da Eczacılık dışında aynı zamanda Hukuk, Felsefe, Sosyoloji, Etik gibi Sosyal Bilimler ile de ilgisi olan ilaç kavramı², Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda tanımlanmıştır.

Dünya Sağlık Örgütü³ (DSÖ) ilacı, fizyolojik sistemleri veya patolojik durumları ilacı kullananın yararına değiştirmek veya incelemek amacı ile kulla-

1 Ayşegül Sezgin Huysal, *İlaç Patenti*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, 2009, s. 1.

2 Tayfun Uzbay, *Cehalet Bilimi*, Destek Yayınları, İstanbul, 2019, s. 125.

3 1948 yılında kurulan Dünya Sağlık Örgütü'nün amacı, uluslararası sağlık çalışmalarının yönetimini ve eşgüdümünü sağlamaktır. Türkiye, 09.06.1949 Tarih ve 5062 Sayılı Kanun ile Dünya Sağlık Örgütü Anayasası'nı onaylayarak Örgüt'e resmen üye olmuştur. <http://www.mfa.gov.tr/who.tr.mfa> (19.02.2020).

nılan ya da kullanılması öngörülen madde veya ürün olarak tanımlar.⁴ Sağlık mevzuatında⁵ yer alan İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in⁶ 4. maddesinin 1. fıkrasının (i) bendine göre ise ilaç; insanlarda bir hastalığı teşhis etme, tedavi etme ya da önleme özelliğine sahip olduğu belirtilerek sunulan ya da farmakolojik, immünolojik veya metabolik bir etki yoluyla bir fizyolojik fonksiyonu eski haline döndürmek, düzeltmek, değiştirmek amacıyla insanlarda kullanılan madde veya maddeler kombinasyonudur.

Hastanın tedavisinde kullanılacak olan ilacın elde edilmesinden saklanması, sipariş edilmesinden transferine, uygulanmasından uygulanma sonrası izlemine kadar her aşamada güvenli kullanımının sağlanması amacıyla yapılan düzenlemeleri ifade eden ilaç güvenliliği; yalnızca hasta⁷ güvenliği için değil, aynı zamanda çalışan⁸ güvenliği için de zorunlu bir uygulamadır.⁹ İlaç güvenliliği, sağlık mevzuatında hasta ve çalışan güvenliğini sağlamaya yönelik usul ve esasları düzenleyen Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik'te¹⁰ hasta güvenliği uygulamaları¹¹ ile hasta ve çalışan güvenliği ortak uygulamaları¹² arasında yer alan uygulamalardan biridir.

-
- 4 Emine İkinci Çokay, *Advers Etki Sebebiyle Pazardan Toplatılan İlaçlar*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Klinik Eczacılık Anabilim Dalı, 2020, s. 3.
 - 5 Sağlık alanındaki yazılı hukuk kuralları, sağlık mevzuatını oluşturmaktadır. Sağlık mevzuatı; sağlık hizmetlerinin nasıl örgütleneceğini, nasıl yürütüleceğini, nasıl finanse edileceğini, sağlık hizmetlerindeki yetki, görev ve sorumlulukları belirler. Nezir Varol, "Sağlık Hukuku Açısından Hasta Güvenliği", Ed. Haydar Sur, *Hasta Güvenliği Yaklaşımları*, Medipol Eğitim ve Sağlık Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008, s. 145.
 - 6 15.04.2014 Tarih ve 28973 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
 - 7 Sağlık mevzuatında, Hasta Hakları Yönetmeliği (m. 4-b) ile Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik'te (m. 4-e) "hasta"nın tanımı yapılmıştır. Her iki Yönetmelik'te de "sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimse" hasta olarak tanımlanmıştır.
 - 8 Çalışan: Resmi veya özel sağlık kurumlarında sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslek mensuplarını ve sağlık meslek mensupları olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden ve hizmetin verilmesine destek sağlayan kimseleri ifade eder. (Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik, m. 4/1-b)
 - 9 [http://www.dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/4216.ilac-guvenligipdf.pdf?o \(26.01.2020](http://www.dosyahastane.saglik.gov.tr/Eklenti/4216.ilac-guvenligipdf.pdf?o (26.01.2020)
 - 10 Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik, 06.04.2011 Tarih ve 27897 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.
 - 11 Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik, m. 6/1-ç:
Bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurumları ilaç güvenliğinin sağlanması hususlarında gerekli tedbirleri alır ve düzenlemeleri yapar.
 - 12 Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik, m. 8/1-d:
Bu Yönetmelik kapsamındaki sağlık kurumları güvenlik raporlama sistemleri ile ilgili olarak; bildirim yapılacak olayların asgari ilaç güvenliği, transfüzyon güvenliği, cerrahi güvenlik, hastaların düşmesi, kesici delici alet yaralanmaları, kan ve vücut sıvıları ile temas konularını kapsaması hususlarında gerekli tedbirleri alır ve düzenlemeleri yapar.

Hasta güvenliği uygulamaları içinde yer alan ilaç güvenliliğinin artırılması, halk sağlığının korunması ve yürürlükte olan ilaç mevzuatının iyileştirilmesi, farmakovijilansın başlıca hedeflerindedir.¹³ Bu bağlamda, farmakovijilans sistemini oluşturan tarafların Sağlık Hukuku açısından haklarının, yetkilerinin ve sorumluluklarının incelenmesinin ve araştırma kapsamında önerilerin sunulmasının, ulusal farmakovijilans sisteminin gelişimine ve başta sağlık profesyonelleri olmak üzere sistemin tüm taraflarına teoride ve uygulamada katkısı olacaktır.

I. Hasta Güvenliği Kavramı

A. Hasta Güvenliğinin Tanımı

Hasta güvenliğini küresel bir sağlık önceliği olarak kabul eden DSÖ'nün¹⁴ yaptığı tanıma göre; hasta güvenliği, sağlık bakım sürecinde bir hastaya karşı önlenebilir bir zararın yokluğu ve sağlık bakımıyla ilişkilendirilen gereksiz zarar riskinin kabul edilebilir minimum seviyeye indirgenmesidir.¹⁵

B. Hasta Güvenliğinin Temelini Oluşturan İlkeler

Günümüzde özerkliğe saygı, yararlılık, zarar vermeme, aydınlatılmış onam, kötü davranmama, adalet, gizliliğe saygı, sadakat, özgürlük, doğruluk, sözünde durmak, gerçeği söylemek, sır saklamak ve eşitlik ilkeleri, Tıp ve Eczacılık etiği açısından” kabul edilen başlıca ilkelerdendir. Bu ilkelerden “özerkliğe saygı, yararlılık, zarar vermeme ve adalet ilkeleri” Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda¹⁶ yer alan, zamandan ve toplumlardan bağımsız olarak kabul gören evrensel nitelikte prensiplerdir.¹⁷ Galen'in¹⁸ ortaya koymuş olduğu ve Tıp etiğinin temel ilkelerinden biri olan “Primum non nocere” (Önce Zarar Verme İlkesi) ise, hasta güvenliğinin temelini oluşturur.¹⁹

13 C. Kemal Buharaloğlu, Öztekin Algül, *Eczacılar ve Sağlık Çalışanları İçin Farmakovijilansın Önemi*, Türk Eczacıları Birliği Eczacılık Akademisi Yayını, Ankara, 2007, s. 11.

14 DSÖ, 17 Eylül 2019 tarihini hasta güvenliği hakkında farkındalık yaratmak amacıyla Dünya Hasta Güvenliği Günü olarak ilan etmiştir. Emine İkinci Çokay, *Advers Etki Sebebiyle Pazardan Toplatılan İlaçlar*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Klinik Eczacılık Anabilim Dalı, 2020, s. 17.

15 <https://www.who.int/patientsafety/en/> (24.09.2019)

16 Görevlerini yerine getirirken, hekimin uyması gereken evrensel tıbbi etik ilkeleri yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleridir. (Hekimlik Meslek Etiği Kuralları, m. 6)

17 Bülent Kıran, *Eczacıların Sorumlulukları ve Disiplin Suçları: Deontolojik, Etik ve Hukuki Bakış*, Ankara Nobel Tıp Kitabevleri, Ankara, 2019, s. 4.

18 Galen: Bergama'da doğan Galen (Galenos), Antik Roma'nın en önemli hekimidir. Anatomi biliminin gelişmesinde katkısı büyüktür.

<http://www.uskudar.edu.tr/tr/bilim-insani-galenos> (20.02.2020)

19 Fahri Ovalı, “Hasta Güvenliği Yaklaşımları”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2010, s. 34.

C. Bilimsel Veriler Işığında Hasta Güvenliği

İlaç güvenliliği açısından DSÖ'nün açıkladığı verilere göre, dünyada her on hastadan biri hastanede tedavi edilirken neredeyse yüzde ellisi önlenbilir olarak kabul edilen advers reaksiyonlar²⁰ nedeniyle zarar görmektedir.²¹ Romatizma ilaçları her yıl yaklaşık 1500 kişinin ölümüne sebep olurken, Aspirin'den dolayı her yıl yüzlerce insan iç kanama sebebiyle hayatını kaybetmektedir. Alman Sağlık Bakanlığı'na göre; günümüzde ilaçların istenmeyen etkisi sonucu ölen insan sayısı, trafikte ölen insan sayısından fazladır.²² İlaç-ilaç etkileşimi, ilaç-besin etkileşimi, yanlış ilaç seçimi, uygun olmayan doz veya atlanan doz, uygun olmayan aralıkta ilaç verilmesi, ilaç verilmesinin unutulması, kısıtlanmış ilaç kullanımı gibi hataların hastanelerde yapılan en sık hatalar olduğu gözlemlenmektedir.²³

D. Sağlık Mevzuatında Hasta Güvenliği

Hasta hakları, hastalara uygulanacak olan prosedürler, mevzuatımızdaki yaptırımlar gibi kavramlar temelini "hasta ve çalışan güvenliği"nden almaktadır.²⁴ 06.04.2011 Tarih ve 27897 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik'te, sağlık hizmeti sunumunda hasta ve çalışanların zarar görmelerine yol açabilecek her türlü işlem ve süreçler ile ilgili alınacak tedbir ve iyileştirme uygulamalarına yönelik faaliyetlere yer verilmiştir. Yönetmelik'te; Hasta Güvenliği Uygulamaları (m. 6), Çalışan Güvenliği Uygulamaları (m. 7) ile Hasta ve Çalışan Güvenliği Ortak Uygulamaları (m. 8) olmak üzere üç tip uygulama düzenlenmiştir. Sağlık mevzuatında; hasta güvenliğinin sağlanmasına yönelik uygulamalar, Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik ile düzenlenmekle birlikte, diğer düzenlemelerde hasta güvenliğine ilişkin hükümler yer almaktadır.²⁵

20 Advers Reaksiyon: Bir ilaca karşı gelişen zararlı ve amaçlanmayan cevabı ifade etmektedir. (İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-a)

21 Emine İkinci Çokay, *Advers Etki Sebebiyle Pazardan Toplatılan İlaçlar*, Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Klinik Eczacılık Anabilim Dalı, 2020, s. 1.

22 Hakan Hakeri, *İlaç Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s. 1.

23 Ovalı, s. 33.

24 Haydar Sur, "Hasta Güvenliği İle İlgili Gelişmeler", Ed. Haydar Sur, *Hasta Güvenliği Yaklaşımları*, Medipolitan Eğitim ve Sağlık Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008, s. 43.

25 Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Dağılımlarına Dair Yönetmelik m. 5/1-g, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 37, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nda yer alan etik ilkeler (yararlılık, zarar vermeme, adalet ve özerklik ilkeleri), Türk Dişhekimleri Birliği Dişhekimliği Meslek Etiği Kuralları m. 5 ve m.6, Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'te yer alan m. 7/1-a, m. 7/1-c ve m. 7/1-ç, Hemşirelik Yönetmeliği m. 6/1-c)

II. Farmakovijilans

A. Farmakovijilans Kavramı

Fransızlar tarafından üretilen bir kelime olan farmakovijilans, ilaç anlamına gelen *pharmakon* (Yunanca) sözcüğü ile uyanık olmak, açık göz olmak, tedbirli olmak anlamına gelen *vigilans* (Latince) sözcüğünün bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur.²⁶

Klinik Farmakoloji'nin²⁷ alt bilim dallarından biri olan Farmakovijilans²⁸ DSÖ; advers ilaç reaksiyonlarının veya ilaçla ilgili tüm sorunların belirlenmesi, değerlendirilmesi, araştırılması ve önlenmesiyle ilgilenen bir bilim dalı olarak tanımlanmıştır.²⁹ Sağlık mevzuatında yer alan İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'te de benzer bir tanım yapılmıştır: "Farmakovijilans (FV), advers etkilerin ve ilaçla ilgili diğer sorunların saptanması, değerlendirilmesi, anlaşılması ve önlenmesine yönelik faaliyetleri ve bilimsel çalışmalarını ifade eder." (m. 4/1-e) Bu bağlamda, FV kavramı içinde yer alan bazı terimlere kısaca yer vermek gerekmektedir:

1. Advers Reaksiyon/ Şüpheli Advers Reaksiyon

Advers reaksiyon/ şüpheli advers reaksiyon, bir ilaca karşı gelişen zararlı ve amaçlanmayan cevaptır.

2. Yan Etki

Advers etki yerine yanlılıkla veya tam karşılığı olmayacak şekilde kullanılan ve ilaç güvenliliğinde giderek daha az tercih edilen bir terim olan yan etki, hastada kabul edilmiş normal tedavi dozlarında amaçlanmış etkiye ek olarak ortaya çıkabilecek ve tedavi sürecinde oluşabilecek amaçlanmamış diğer etkiler olarak ifade edilmektedir.³⁰

26 Gülden Z. Omurtag, T.C. Sağlık Bakanlığı İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Farmakovijilans ve Yetim İlaç Çalıştayı, 01.10.2017, s. 3.

27 Dünya Sağlık Örgütü'nün 1988 yılında yaptığı tanıma göre Klinik Farmakoloji, farmakolojik ve klinik deneyimi klinik ilaç kullanımında etkililik ve güvenliği artırmak amacıyla bir araya getirmeye çalışan tedavi edici disiplindir.

Yusuf Ergün, "Klinik Farmakoloji: Türkiye Açısından Geleceğe Yönelik Bir Perspektif", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, Cilt 27, Sayı 4, 2018, s. 466.

28 Derya Kaya, Nursel Sürmelioglu, Yusuf Karataş, "Farmakovijilansın Dünü, Bugünü ve Yarını", *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2016, s. 130.

29 Günseli Cansu Aşkın, *İstanbul'un Belirli İlçelerindeki Eczane Eczacılarının İlaç Güvenliliğindeki Yeni Yapılanma Hakkındaki Bilgileri ve Farmakovijilansa Olan Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı, 2012, s. 5.

30 Sanem Altınel, *Gelişmiş Ülkelerde Uygulanmakta Olan İlaç Güvenliliği (Farmakovijilans) Sistemlerinin İncelenmesi, Türkiye'deki Mevcut Yapılanma ile Karşılaştırılması ve Ülkemizde Oluşturulması Amaçlanan Denetim Sisteminin Araştırılması*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı, 2010, s. 7.

Alman İlaç Kanunu (m. 4/ 13) yan etkiyi, “Bir ilacın belirlenen şekilde kullanılması nedeniyle ortaya çıkan ve istenmeyen sonuçlar” olarak tanımlamıştır.³¹ DSÖ’nün yaptığı tanıma göre ise yan etki, ilacın farmakolojik³² özellikleri ile ilgili olarak insanda kullanılan normal dozlarda oluşan amaçlanmamış etkiyi ifade etmektedir.³³

3. Yan Etkinin Hukuk İle İlişkisi

İlacın belirlenen şekilde kullanılması sonucunda meydana gelen istenmeyen sonuçlar olarak tanımlanan yan etki, hukuk açısından “insanların kişi ve malvarlığı değerlerinin ihlaline yol açan ilaç zararları” olarak ifade etmektedir.³⁴ Bu bağlamda, insanların kişi ve malvarlığı değerlerinin ne anlama geldiğini açıklamak gerekmektedir:

4. Kişi Varlığı Hakları ve Mal Varlığı Hakları

Hukukun temel kavramlarının başında gelen haklar, konusuna göre kişi varlığı hakları ve mal varlığı hakları olmak üzere ikiye ayrılır. Ekonomik bir değer ifade eden para ile ölçülebilen haklar mal varlığı haklarını oluştururken, para ile ölçülemeyen haklar ise kişi varlığı haklarını oluşturmaktadır. Mal varlığı hakları kavramına aynı/ nesnel haklar, nisbi/ alacak hakları, fikri haklar, yenilik doğuran haklar, beklenen haklar dahil olurken kişi varlığı haklarına kişiler üzerindeki kişiliğe bağlı haklar dahil olmaktadır. Kişi varlığı haklarında, hak sahibinin gerek kendi kişiliği üzerindeki gerekse diğer kişiler üzerindeki hakları söz konusudur. Kişinin kendi üzerindeki en önemli hakkı aynı zamanda mutlak bir hak olan kişilik hakkıdır. İnsanın vücudu ve sağlığı üzerindeki haklar kişilik hakkına dahildir.³⁵

B. Farmakovijilansın Önemi ve Farmakovijilans Çalışmalarının Gelişimi

Günümüzde, Avrupa ülkelerinde ve diğer pek çok ülkede ilaçla ilgili yapılan yasal düzenlemelerin sebebi olarak bir ilaç trajedisi olarak tarihe geçen “Talidomit Faciası” gösterilmektedir. Talidomit, 1957 yılında hipnotik ve antiemetik olarak piyasaya sürülerek kadınların hamileliğin ilk dönemlerinde yaşadıkları bulantı ve kusmaların tedavisinde kullanılmıştır. 10.000’den fazla çocukta ciddi doğum kusurlarının görülmesi sonucu ilaç, 1965 yılında piyasadan çekilmiştir.³⁶ Dünyada Talidomit fa-

31 Hakeri, İlaç Hukuku, s. 23.

32 Farmakolojik: İlaç bilimi ile ilgili. <http://www.sozluk.gov.tr> 17.10.2019

33 N. Demet Aydınkaraahaloğlu, S. Oğuz Kayaalp, *Klinik Farmakolojinin Esasları ve Temel Düzenlemeler*, 4. Baskı, Pelikan Tıp ve Teknik Kitapçılık, Ankara, 2008, s. 292.

34 Mehmet Akcaal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 70, Sayı 3, 2012, s. 254.

35 Erhan Adal, *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, 9. baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 226.

36 Hande Sipahi, “Farmakovijilans: İlacın Zararlı Etkilerine Karşı Tetikte Olmak”, *Havan Dergisi*, Sayı 75, 2018, s. 23.

ciası yaşanırken Türkiye’de ise, ilacın girişi ülkeye yapılmadığı için faciadan etkilenmemiştir. Bunda, dönemin Sağlık Bakanlığı’nın ilgili üyelerini ilacın uzun vadede görülebilecek toksik etkilerinin olduğu yönünde uyarın ve ikna eden Farmakolog Prof. Dr. Şükrü Kaymakçalan³⁷ ile ilacın ülkeye girişini ve kullanımını yasaklatan Ord. Prof. Dr. Süreyya Tahsin Aygün (Süreyya Paşa)’ün katkıları büyüktür.³⁸

1967 yılında DSÖ’nün 20/ 51 Numaralı önergesi ile advers etkilerin uluslararası ölçekte izlenmesine yönelik 1968 yılında pilot proje başlatılmıştır. İngiltere 1971 yılında ilaç izleme komitesini, Fransa ise 1973 yılında ulusal farmakovijilans sistemini kurmuştur. DSÖ’nün advers etki izleme sistemi 1978 yılında İsveç Uppsala’ya taşınmış (Uppsala Monitoring Centre, UMC), 1988 yılında ise Avrupa’da hızlı alarm sistemi çalışmalarına başlanmıştır. Bütün bu gelişmeleri 1995 yılında Avrupa İlaç Ajansı (EMA)’nın kurulması ile 1993 yılında Avrupa Farmakovijilans Derneği ve 2000 yılında Uluslararası Farmakovijilans Derneği’nin çalışmalarına başlamaları izlemiştir.³⁹

Türkiye’de ise kurumsal olarak farmakovijilansın gelişimi, 1985 yılında Sağlık Bakanlığı İlaç ve Eczacılık Genel Müdürlüğü Kalite Kontrol Başkanlığı bünyesinde kurulan Türk İlaç Advers Etkilerini İzleme ve Değerlendirme Merkezi ile başlamıştır. DSÖ İlaç İzleme İşbirliği Merkezi’ne 27. Üye olarak kabul edilen TADMER, 2004 yılına kadar Türkiye çapındaki advers etki bildirimlerini toplayarak DSÖ İlaç İzleme İşbirliği Merkezi’ne göndermiştir.⁴⁰ 2005 yılında, Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik’in⁴¹ yürürlüğe girmesiyle birlikte TADMER’in adı Türkiye Farmakovijilans Merkezi (TÜFAM) olarak değiştirilmiştir.⁴² Günümüzde TÜFAM, T.C. Sağlık Bakanlığı’na bağlı olan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu (TİTCK) bünyesinde faaliyet göstermektedir. TÜFAM’ın başlıca faaliyetleri; advers reaksiyonların izlenmesi, kayıt altına alınması, değerlendirilmesi, arşivlenmesi ve DSÖ Uppsala İlaç İzleme Merkezi’ne bildirilmesidir.⁴³

37 Tayfun Uzbay, Cehalet Bilimi Nedir, Söyleşi, <http://www.eczacininsesi.com/index.php?yon=röportaj&id=48> (11.02.2020)

38 Ece Nur Çınar, Elif Vatanoğlu Lutz, “Dünyada Kök Hücre Üzerine Çalışan İlk Bilim İnsanı”, *Nobel Medicus* 40, Cilt 14, Sayı 1, 2018, s. 57.

39 Bülent Gümüşel, Hale Zerrin Toklu, Mertdoğan Soyalan, Rümeyza Demirdamar, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Ulusal Farmakovijilans Sistemi ve Mevcut Uygulamalar”, *Marmara Pharmaceutical Journal*, Sayı 16, 2012, s. 160.

40 <http://www.farmakovijilansderneği.org/tarihçe.php> (22.05.2019)

41 Beşeri Tıbbi Ürünlerin Güvenliğinin İzlenmesi ve Değerlendirilmesi Hakkında Yönetmelik yürürlükten kaldırılmıştır.

42 Aydınkarahaliloğlu, Kayaalp, s. 318.

43 <http://www.titck.gov.tr/faaliyetalanlari/ilac/1> (20.02.2020)

C. Akılcı İlaç Kullanımının Farmakovijilans İle İlişkisi

Dünya Sağlık Örgütü Akılcı İlaç Kullanımını (AİK); kişilerin bireysel özelliklerine ve klinik bulgularına uygun ilaca, uygun dozda ve sürede, en düşük maliyette ve kolaylıkla ulaşabilmeleri olarak tanımlamıştır.⁴⁴ Sağlık mevzuatı incelendiğinde, 6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun ile 12.04.2014 Resmi Gazete Tarihli Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'e dayanılarak hazırlanan İyi Eczacılık Uygulamaları (İEU) Kılavuzu'nda Akılcı İlaç Kullanımı'nın tanımlandığı görülmektedir. İEU Kılavuzu'nda yapılan tanım, DSÖ'nün yaptığı tanım ile örtüşmektedir. Tanıma göre; kişilerin klinik bulgularına ve bireysel özelliklerine göre uygun olan ilacı, uygun süre ve dozda, kendilerine ve topluma en uygun maliyetle sağlanabilmesi Akılcı İlaç Kullanımını ifade eder. (İEU Kılavuzu, m. 4.a)

İlaçların akılcı ve güvenli kullanımı, farmakovijilansın hedeflerinden biridir.⁴⁵ İlaçların doğru bir şekilde kullanılmadığında insan yaşamını ve sağlığını olumsuz etkileyebileceği göz önünde bulundurulduğunda, AİK ile olumsuz etkilerin minimum seviyeye indirilebileceği öngörülmektedir.⁴⁶

15.04.2014 Tarih ve 28973 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'e göre; bir ilacın tedavi edici etkilerinin, ilacın hastanın sağlığı veya toplum sağlığı açısından oluşturduğu kalite, güvenilirlik ve etkililik riskleri ile birlikte değerlendirilmesi yarar/ risk dengesini ifade eder. (m. 4/1-y) Nitekim ilaç kullanıldığında hastaya sağlayacağı yarar, ilacın kullanma talimatında (prospektüs) belirtilen risklerden daha fazla olduğu belirlenerek hastaya verilmektedir. Yarar/ risk oranını saptayacak kişi öncelikle hekim olmakla birlikte, ilacı hastaya veren eczacının da hastayı bilgilendirme (aydınlatma) yükümlülüğü ve tedavi sürecinde sorumluluğu⁴⁷ bulunmaktadır.

44 Özden Peköz, *Araştırma Görevlilerinin Akılcı İlaç Kullanımına Yönelik Tutum ve Davranışları*, Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Tıp Fakültesi Aile Hekimliği Anabilim Dalı, 2018, s. 3.

45 Gümüşel, Toklu, Soyalan, Demirdamar, s. 162.

46 Arzu Çelebi, *Akılcı İlaç Kullanımına Yönelik Ebeveyn Tutum Ölçeğinin Geliştirilmesi*, Yayınlanmış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Hemşireliği Anabilim Dalı, 2018, s. 6.

47 Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik (EEHY) ve İyi Eczacılık Uygulamaları (İEU) Kılavuzu'na göre eczacıların akılcı ilaç kullanımı ile ilgili sorumlulukları şunlardır:

1. Reçeteye tabi olmayan ilaçların ve sağlığa ilişkin tüm ürünlerin hastanın gereksinimlerine uygun, güvenli ve akılcı bir şekilde tedarikini sağlar ve bu konuda danışmanlık hizmeti verir. (EEHY, m. 7/1-ç)

2. Akılcı ilaç kullanımını sağlayarak bireyin sağlıklı olma halini ve yaşam kalitesini arttırmaya çalışır. (EEHY, m. 7/1-e)

3. Akılcı ilaç kullanımını toplumsal farkındalığın oluşturulması, bilgi ve bilinç düzeyinin artırılması, İyi Eczacılık Uygulamaları'ndan biridir. (İEU Kılavuzu, m. 5.a.3.)

4. Eczacının, Akılcı İlaç Uygulaması ve ilaçların doğru kullanılmasının sağlanması hususlarının-

Hekimin reçeteye yazdığı ve eczacının da hastaya verdiği ilaçlar, farmakovijilans sistemi tarafından ilaçların yan etkileri ve riskleri açısından izlenmektedir.⁴⁸ Günümüz hekimi ve eczacısı, hastanın tedavisinde önemli roller üstlenen sağlık mesleği mensupları olarak Akılcı İlaç Kullanımı ilkeleri doğrultusunda hareket etmek durumundadırlar.⁴⁹

III. Sağlık Hukuku Açısından Farmakovijilans Sistemi

Farmakovijilans sistemi; ilaçların güvenli kullanımlarının sağlanması amacıyla advers etkilerin sistematik şekilde izlenmesi, bilgi toplanması, kayıt altına alınması, değerlendirilmesi, arşivlenmesi ve sistemi oluşturan taraflar arasında iletişimin sağlanmasına yönelik gerekli önlemlerin alınması ile ilgili usul ve esasları belirleyen bir sistemdir.⁵⁰

Sağlık mevzuatında farmakovijilans sistemi ile ilgili güncel düzenleme, Avrupa Birliği (AB)'nin ilaçlarla ilgili mevzuatının 2010/ 84/ EC Sayılı Direktifi'ne paralel olarak düzenlenen "İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik"⁵¹ ile Yönetmelik çerçevesinde hazırlanan kılavuzlardır. Bu kılavuzlar ise; İyi Farmakovijilans Uygulamaları (İFU) Kılavuzu⁵², yürürlük tarihi 27.06.2019 olarak belirlenen Farmakovijilans Denetim Kılavuzu⁵³ ve Farmakovijilans Faaliyetle-

da katkısı gerekmektedir. (İEU Kılavuzu, m. 5.a.7.)

5. İlaç kullanımına yönelik politikaların saptanmasında, geliştirilmesinde, yürütülmesinde hastanelerde görevli eczacıların görüşü alınır. Eczacı, hastanelerde akılcı ilaç kullanımı ekibinde bulunur. Sorumlulukları ve görev dağılımında üzerine düşen görevleri eksiksiz yerine getirir. (İEU Kılavuzu, m. 5.b.15.)

48 Uzbay, s. 131.

49 Ahmet Akıcı, Gül Ayanoğlu Dülger, Hale Zerrin Toklu, Meral Keyer Uysal, "Akılcı İlaç Kullanımı Sürecinde Hasta Uyuncuna Hekim ve Eczacının Katkısı", *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*, Cilt 14, Sayı 3, 2010, s. 144.

50 Semra Şardaş, Advers Olaylar ve Raporlanması: Tanımlar, A'dan Z'ye Klinik Araştırmalar-Araştırmacı Eğitim Programı, 2011, s. 19.

51 15.04.2014 Tarih ve 28973 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

52 İyi Farmakovijilans Uygulamaları (İFU) Kılavuzu:

- 1) İFU Kılavuzu- EK I- Tanımlar
 - 2) İFU Kılavuzu- Modül I- Advers İlaç Reaksiyonlarının Yönetimi ve Bildirimi
 - 3) İFU Kılavuzu- Modül II- Ek İzleme
 - 4) İFU Kılavuzu- Modül III- Periyodik Yarar/ Risk Değerlendirme Raporu
 - 5) İFU Kılavuzu- Modül IV- Farmakovijilans Kalite Sistemi
 - 6) İFU Kılavuzu- Modül V- Farmakovijilans Sistemi Ana Dosyası
 - 7) İFU Kılavuzu- Modül VI- Risk Yönetimi Sistemleri
 - 8) İFU Kılavuzu- Modül VII- Sinyal Yönetimi
- <http://www.farmakovijilansderneği.org/mevzuat.php> (26.11.2019)

53 Farmakovijilans Denetim Kılavuzu: İlaç ruhsat sahiplerinin, sözleşmeli farmakovijilans hizmet kuruluşlarının ve diğer ilgili kurum/ kuruluşların mevzuata uyumunu sağlamak amacıyla yürütülen farmakovijilans denetimlerinin işleyişine ilişkin usul ve esasları belirler.

<http://www.titck.gov.tr/duyuru/farmakovijilans-denetim-kilavuzu-duyuru->

rinde Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kılavuz'dur.⁵⁴ Türkiye'deki farmakovijilans sistemi, Yeni Farmakovijilans Yönetmeliği olarak da isimlendirilen⁵⁵ İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik ve Yönetmelik çerçevesinde düzenlenen Kılavuzlar ile uluslararası ve ulusal düzenlemeler ışığında incelenmiştir.

Sağlık Hukuku açısından Farmakovijilans sistemini oluşturan taraflar şunlardır:⁵⁶

A. Sağlık Mesleği Mensupları

1. Farmakovijilans Sisteminin “Sağlık Mesleği Mensupları” Açısından İncelenmesi

22.05.2014 Tarih ve 29007 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te sağlık mesleği mensuplarının kapsamı oldukça geniştir. Yönetmelik'e göre sağlık mesleği mensupları; hekim, diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe ve optisyen ile 1219 Sayılı Kanun'un (Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun) Ek 13. maddesinde tanımlanan diğer sağlık meslek mensuplarını kapsamaktadır. (m. 4/1-b)

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'te ise, “hekim, eczacı, diş hekimi, hemşire ve ebeler” sağlık mesleği mensupları olarak belirtilmiştir. (m. 4/1-r)

Bu başlık altında, farmakovijilans sistemi açısından sağlık mesleği mensupları içerisinde diğerlerine göre daha etkin yer alan hekim, eczacı ve hemşirenin görev, yetki ve sorumlulukları incelenmiştir.

2. Farmakovijilans Sisteminin “Hekim” Açısından İncelenmesi

a. İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'e Göre Hekimin Mesleki Sorumluluğu

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesine göre; hekimin mesleki sorumluluğu, sağlık mesleği mensuplarının sorumlulukları kapsamında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; hekim, hastasının tedavisi sırasında ilaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan advers reaksiyonların TÜFAM'a spontan bildirimini, Yönetmelik'in 21. maddesinde öngörülen şekilde gerçekleştirir. Hekim, advers reaksiyonları doğrudan veya görev yaptığı sağlık kuruluşundaki

su-28062019140901 (20.11.2019)

54 01.08.2019 Yayın Tarihli Farmakovijilans Faaliyetlerinde Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kılavuz, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve ilgili düzenlemelere dayanılarak hazırlanmıştır.

55 <http://www.docplayer.biz.tr/14191935-Yeni-farmakovijilans-yonetmeliği.html> (15.03.2020)

56 Buharahoğlu, Algül, s. 34.

FV irtibat noktası⁵⁷ aracılığıyla 15 gün içinde TÜFAM'a bildirir. Hekimin advers reaksiyonları bildirimini, mesleki sorumluluk niteliğindedir.

Türkiye'de hekimin, mevzuat gereği advers reaksiyonları bildirim yükümlülüğüne karşın Amerika Birleşik Devletleri'nde hekimlerin Amerikan Gıda ve İlaç Dairesi'ne advers etki bildirimini yapması⁵⁸ gönüllülük esasına dayanmaktadır.⁵⁹

3. Farmakovijilans Sisteminin “Eczacı” Açısından İncelenmesi

6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'un⁶⁰ 1. maddesinde (Değişik: 17.05.2012- 6308/ 1 m.) yapılan tanıma⁶¹ göre eczacılık, ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildiriminin yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir. Eczacıların her gün hastalar ile karşı karşıya olmaları, hastaların kullandıkları ilaçların listesine ulaşabilmeleri, hastaların kullandıkları reçetesiz ürünlerden de haberdar olmaları ve hastaların genellikle eczacılarına danışmaları gibi nedenler, farmakovijilans açısından eczacının rolünü önemli kılar.⁶²

a. İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'e Göre Eczacının Mesleki Sorumluluğu

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesine göre; eczacının mesleki sorumluluğu, sağlık mesleği mensuplarının sorumlulukları kapsamın-

57 Farmakovijilans İrtibat Noktası: Görev yaptığı sağlık kuruluşunda advers reaksiyonların bildirilmesini teşvik etmekten, eğitim ve bilgilendirme çalışmaları yapmaktan, kendisine ulaşan advers reaksiyon bildirimlerini TÜFAM'ne iletmekten sorumlu hekim, eczacı, bunların bulunmadığı yerde diş hekimini ifade eder. (İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-g)

58 FDA'ya etki raporlaması, Medwatch programı aracılığıyla yapılmaktadır. FDA'da farmakovijilans ile ilgili yürürlükte olan yönetmelikler şunlardır:

1) 21.CFR.310.305 (Yürürlük Tarihi: 22.08.1985)

2) 21.CFR.314.80 (Yürürlük Tarihi: 02.09.1986)

3) 21.CFR.314.98 (Yürürlük Tarihi: 29.06.1992)

Bu düzenlemeler, reçetelendirilmiş ilaçları ve OTC ilaçları kapsar.

59 Sanem Altınel, *Gelişmiş Ülkelerde Uygulanmakta Olan İlaç Güvenliliği (Farmakovijilans) Sistemlerinin İncelenmesi, Türkiye'de Mevcut Yapılanma İle Karşılaştırılması ve Ülkemizde Oluşturulması Amaçlanan Denetim Sisteminin Araştırılması*, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı, İstanbul, 2010, s. 57.

60 24.12.1953 Tarih ve 8591 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

61 Eczacılık; hastalıkların teşhis ve tedavisi ile hastalıklardan korunmada kullanılan tabii ve sentetik kaynaklı ilaç hammaddelerinden değişik farmasötik tipte ilaçların hazırlanması ve hastaya sunulması, ilacın analizlerinin yapılması, farmakolojik etkisinin devamlılığı, emniyeti, etkinliği ve maliyeti bakımından gözetimi, ilaçla ilgili standardizasyon ve kalite güvenliğinin sağlanması ve ilaç kullanımına bağlı sorunlar hakkında hastaların bilgilendirilmesi ve çıkan sorunların bildiriminin yapılmasına ilişkin faaliyetleri yürüten sağlık hizmetidir.

62 Gülden Z. Omurtag, İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 1. Ulusal Genç Eczacılar Kongresi, 8-10 Mart 2019, s. 14.

da düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; eczacı, hastasının tedavisi sırasında ilaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan advers reaksiyonların TÜFAM'a spontan bildirimini⁶³ Yönetmelik'in 21. maddesinde öngörülen şekilde gerçekleştirir. Eczacı, advers reaksiyonları doğrudan veya görev yaptığı sağlık kuruluşundaki (hastane eczanesinde görevli olan eczacı) farmakovijilans irtibat noktası aracılığıyla 15 gün içinde TÜFAM'a bildirir. Eczacının advers reaksiyonları bildirmesi, mesleki sorumluluk niteliğindedir.

b. İyi Eczacılık Uygulamaları (İEU) Kılavuzu'na Göre Eczacının Sorumluluğu

6197 Sayılı Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Kanun'a uygun olarak 12.04.2014 Tarih ve 28970 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Eczacılar ve Eczaneler Hakkında Yönetmelik'in 50. maddesine göre hazırlanan İEU Kılavuzu'na göre:⁶⁴

(1) Eczacı; gözlemlediği ya da hastalar ile diğer sağlık profesyonelleri tarafından iletilen, ilaçların doktorun önerdiği endikasyon ve pozoloji dışında kullanımını veya suistimalini, gebelik ve emzirme dönemi de dahil ilaç kullanımına bağlı olarak gelişen advers ilaç etkilerini, doz aşımını, ilaç kullanım hatalarını, ürün kalite problemleri ile ilişkili olarak meydana gelen advers ilaç etkilerini, ilaç etkisizliklerini, sahte ürün şüphelerini doğrudan ya da il sağlık müdürlükleri aracılığıyla TİTCK'ya bildirir. (İEU Kılavuzu, m.5.b.4)

(2) İlaçların doğru kullanımının anlaşılmasına yönelik olarak ilacın adı, endikasyonları, dozu, doz uygulama zamanları, kullanım şekli, saklama koşulları, ilaç kullanımında dikkat edilmesi gereken hususlar, ilaç uygulamasında kullanılan araçların güvenli ve etkin kullanımı, doz uygulaması sırasında kaçınılması gereken gıda ve diğer ilaçlar, ilaç alımı sonrasında karşılaşılabilecek sonuçlar, advers ilaç reaksiyonları ve advers ilaç etkilerinin TÜFAM'a bildirim gerekliliği gibi konularda hastalar ve/ veya ilaç tedavisini uygulayanlar eczacı tarafından bilgilendirilir, hastanın ilaç kullanımından en iyi yararı elde etmesi amaçlanır. (İEU Kılavuzu, m.5.b.5)

(3) Hastane eczanelerinde görevli eczacı, farmakovijilans irtibat noktası olarak görevlendirilmesi halinde görevini TÜFAM ile iş birliği halinde yürütür. (İEU Kılavuzu, m.5.b.16)

63 Spontan Bildirim: Bir sağlık mesleği mensubu ya da tüketici tarafından TİTCK'na ya da ilaç ruhsat sahibine özellikle talep edilmeden iletilen, bir veya birden fazla ilaç verilen bir hastada oluşan bir veya birden fazla advers reaksiyonun tarif edildiği ve bir çalışmadan ya da organize veri toplama programından kaynaklanmayan bilgileri ifade eder. (İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-t)

64 <http://www.titck.gov.tr/storage/legislation/sGvnnJYO.pdf> (24.02.2020)

4. Farmakovijilans Sisteminin “Hemşire” Açısından İncelenmesi

İlaçlar hakkında farmakolojik olarak bilgi sahibi olması gereken, alınması gereken önlemler ve girişimlerin sorumluluğunu üstlenmesi gereken hemşirelerin ilaç uygulama hatalarına neden olabildikleri gözlemlenmektedir. Hemşirelerden kaynaklanan başlıca ilaç uygulama hataları şunlardır:⁶⁵

- i. Yasal Olmayan İsteme Göre İlaç Vermek
- ii. Hekim İstemi Olmadan İlaç Vermek
- iii. İlacın Okunuş ve Görünüş Benzerliği Sebebiyle Yanlış İlacın Verilmesi
- iv. İlaç Dozunun Yanlış Hesaplanması veya Yanlış Dozda İlaç Verilmesi
- v. İlaç Kutusu Üzerindeki Bilgilere Dikkat Etmemek
- vi. İlaç Uygulamasının Unutulması

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 6. maddesine göre; hemşirenin mesleki sorumluluğu, sağlık mesleği mensuplarının sorumlulukları kapsamında düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; hemşire, hastasının tedavisi sırasında ilaç kullanımına bağlı olarak ortaya çıkan advers reaksiyonların bildirimini Yönetmelik'in 21. maddesinde öngörülen şekilde gerçekleştirir. Hemşire, advers reaksiyonları doğrudan veya görev yaptığı sağlık kuruluşundaki farmakovijilans irtibat noktası aracılığıyla 15 gün içinde TÜFAM'a bildirir.

B. Sağlık Mesleği Mensubu Olmayan Kişiler

Farmakovijilans Sisteminin “Hasta” Açısından İncelenmesi

1. Hastanın Hakları

a. Hasta Hakları

Hasta hakları; insanın, insan olması sebebiyle sahip olduğu temel hakların sağlık alanındaki karşılığıdır.⁶⁶ Sağlık mevzuatında hasta hakları, tek bir çatı altında Hasta Hakları Yönetmeliği⁶⁷ ile düzenlenmiştir.⁶⁸

65 Dilek Aygün, Hande Cengiz, “İlaç Uygulama Hataları ve Hemşirenin Sorumluluğu”, *Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni*, Cilt 45, Sayı 3, 2011, s. 110-111.

66 Gürkan Sert, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 27.

67 Hasta Hakları Yönetmeliği, 01.08.1998 Tarih ve 23420 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Son olarak; Hasta Hakları Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, 16.01.2019 Tarih ve 30657 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği’nde değişikliklere gidilmiştir.

68 Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 29.

b. Farmakovijilans Sistemi Açısından Hastanın Hakları

i. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15. Maddesi'ne Göre Hastanın Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Sağlık Durumu İle İlgili Bilgi Alma Hakkı" başlıklı Üçüncü Bölümü'nün 15. maddesinde⁶⁹ "Bilgilendirmenin Kapsamı" düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; hasta, tedavi sürecinde kullanacağı ilaçların önemli özellikleri hakkında bilgilendirilir. (m. 15/e)

Yönetmelik'te bilgilendirme, bir başka deyişle aydınlatma; uygulanacak tedavinin şeklinin, içeriğinin, yan etkilerinin ve risklerinin hastaya anlatılmasıdır. Türk Hukuku'nda bilgilendirme veya aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Sağlık mevzuatı incelendiğinde; Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu⁷⁰, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları ve Hasta Hakları Yönetmeliği'nde konuyla ilgili düzenlemeler mevcuttur.⁷¹

(1) Hastaya Bilgi Vermenin Usulü

Hastaya bilgi vermenin usulü, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; hasta, sosyokültürel seviyesine uygun olarak sade, şüpheye yer verilmeyecek şekilde ve sözlü olarak bilgilendirilmelidir.

(2) Hastaya Bilgilendirmeyi ve Tıbbi Müdahaleyi Yapacak Olan Sağlık Meslek Mensubunun Farklı Olması Durumu

Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasının zorunlu olduğu durumlarda, duruma ilişkin hastaya açıklama yapmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubunun

69 Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 15- (Başlığı ile birlikte değişik: Resmi Gazete 08.05.2014-28994)

Hastaya;

- a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği,
- b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi,
- c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri,
- d) Muhtemel komplikasyonları,
- e) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri,
- f) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri,
- g) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri,
- h) Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir.

70 Sağlık hizmetleri ile ilgili temel esasları düzenleyen Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 15.05.1987 Tarih ve 19461 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

71 Esra Öztürk, *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 83.

bu tarafından bilgilendirme yapılabilir. (Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 18/2)

(3) Bilgilendirmenin, Hasta Dışında Başka Bir Kişiye Yapılması Durumu

Kural olarak, hastanın kendisi bilgilendirilir. Hasta, kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmişse bu talep, kişinin imzası ile yazılı kayıt altına alınmak koşuluyla yalnızca bilgilendirilmesi istenilen kişiye bilgi verilir. (Hasta Hakları Yönetmeliği, m. 18/3)

ii. Hastanın Mahremiyetine Saygı Gösterilmesi Hakkı

Sağlık verileri; Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁷² (KVKK) kapsamında özel nitelikli kişisel veri (KVKK, m. 6/1) niteliğinde veriler olmakla birlikte, hasta mahremiyetinin korunmasından yararlanan ve T.C. Anayasası tarafından korunan özel hayatın gizliliği (Anayasa, m. 20) ile de ilişkisi olan verilerdir.⁷³

KVKK'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre; özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Sağlığa ilişkin veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetlerinin ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. (KVKK, m. 6/3)

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi tarafından korunan hasta mahremiyetine saygı, farmakovijilans sisteminde İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 31. maddesine göre korunmaktadır. Yönetmelik'in 31. maddesi gereğince; TİTCK'ya yapılan advers reaksiyon bildirimlerinde, hastanın kimliği ve adresi gizli tutulur ve bu bilgiler kişilerin rızası olmaksızın hiçbir amaçla TÜFAM personeli dışındaki kişilere açıklanamaz. Ruhsat sahipleri, sağlık kurum ve kuruluşları ile sağlık mensupları da aynı gizlilik esaslarına uyar.

iii. Hastanın Müracaat, Şikayet ve Dava Hakkı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Sorumluluk ve Hukuki Korunma Yolları" başlıklı Sekizinci Bölümü'nün 42. maddesinde müracaat, şikayet ve dava hakkı düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; hasta ve hasta ile ilgili bulunanların hasta haklarının ihlali durumunda, mevzuat çerçevesinde her türlü müracaat, şikayet ve dava hakları mevcuttur.

Hastanın sahip olduğu müracaat, şikayet ve dava haklarının neleri kapsadığını açıklamak gerekmektedir. Hasta, herhangi bir hasta hakkı ihlali ile karşı-

72 07.04.2016 Tarihli ve 29677 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

73 Neslihan Can, "Hasta Mahremiyeti Hakkı", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 147, 2020, s. 187.

laştığında Hasta Hakları Birimlerine⁷⁴, Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi'ne⁷⁵ (SABİM) veya T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi'ne⁷⁶ (CİMER) müracaat edebilmektedir. Hastanın dava hakkı ise, sağlık hizmetini aldığı kurum ve kuruluşa göre değişebilmektedir. Hasta, sağlık hizmetini bir kamu sağlık kurumundan almış ise İdare Mahkemelerinde maddi ve manevi tam yargı davası, özel bir sağlık kuruluşundan almış ise Tüketici Mahkemelerinde dava açabilecektir.⁷⁷

2. Hastanın Advers Reaksiyon Bildirimi/ Yan Etki Bildiriminde Bulunması

Farmakovijilans sisteminde; hastalar, İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin 1. fıkrasının (v) bendine göre "tüketici" olarak şüpheli advers reaksiyonları bildirirler.

TİTCK'nun resmi web sitesinde, advers reaksiyondan veya yan etkiden şüphelenen hastanın nasıl bildirimde bulunması gerektiğiyle ilgili bilgiler yer almaktadır.⁷⁸ Bu bilgilere göre hasta; web sitesinde yer alan formları eksiksiz bir şekilde doldurarak e-posta, faks ya da telefon yoluyla gönderebilecektir.

3. Covid-19 Tedavisine Yönelik Advers Etki Bildiriminin Yapılması

Covid-19⁷⁹ (SARS-CoV-2) tedavisine yönelik advers etki bildirimleri, TİTCK tarafından oluşturulan özel formlar ile takip edilmektedir.⁸⁰

74 Hasta Hakları Birimi: Hastanelerde, hasta hakları ihlallerinin önlenmesi amacıyla başvuruları kabul eden, acil sorunlara yönelik çözümü sağlayan ve bir üst birimi bilgilendiren, sağlık çalışanlarının ve hastaların hasta hakları ile ilgili eğitimlerinden sorumlu birimdir. (Hasta Hakları Uygulama Yönergesi, m. 4-e)

75 Sağlık Bakanlığı İletişim Merkezi (SABİM): Sağlık hizmeti yöneticileri, sağlık hizmeti sunucuları ve sağlık hizmetinden yararlananlar arasında iletişim kurulmasını sağlamak amacıyla oluşturulan Sağlık Bakanlığı'nın Halkla İlişkiler Koordinatörlüğü'dür. SABİM, 7 gün 24 saat hizmet vermektedir. <http://www.istanbulism.saglik.gov.tr/TR,87974/sabim.html> (07.02.2020)

76 T.C. Cumhurbaşkanlığı İletişim Merkezi (CİMER): Vatandaşların talep, ihbar ve şikayetlerini doğrudan Cumhurbaşkanlığı'na iletebilmesi amacıyla bilim ve iletişim teknolojileri kullanılarak kurulan bir halkla ilişkiler uygulamasıdır.

77 Çağrı Şükürü Uluslu, Gürkan Sert, *100 Soruda Epilepsi İle Yaşayan Bireylerin Hakları*, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2019, s. 43.

78 <http://www.titck.gov.tr/faaliyetalanlari/ilac/18> (05.02.2021)

79 11 Mart 2020 tarihinde Dünya Sağlık Örgütü tarafından pandemi olarak kabul edilen Covid-19 salgını, dünyada milyonlarca insanın enfekte olmasına ve çok sayıda kişinin hayatını kaybetmesine sebep olmuştur. Zeynep Altın, "Covid-19 Pandemisinde Yaşlılar", *Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi Dergisi*, Ek Sayı 30, 2020, s. 49.

80 <http://www.farmakovijilansdernegi.org/haberler.php> (02.03.2021)

T.C. Sağlık Bakanlığı Koronavirüs Bilim Kurulu⁸¹ tarafından hazırlanan Covid-19 rehberine göre tedavide; Hidroksiklorokin, Lopinavir/ Ritonavir, Oseltamivir, Azitromisin ve Favipiravir ilaçları kullanılmaktadır. Pandemi sürecinde bu ilaçların kullanımına yönelik advers etki bildirim, TİTCK'nın resmi internet sitesinde yer alan advers reaksiyon bildirim formu doldurulmak suretiyle yapılır.⁸²

4. Hastanın Sorumlulukları

Farmakovijilans sisteminde hastanın sorumlulukları; Hasta Hakları Yönetmeliği'nde düzenlenen, "Hastanın Uyması Gereken Kurallar"⁸³ çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Hasta, sağlık hizmeti alırken katılımcı yaklaşımla teşhis ve tedavi ekibinin bir parçası olduğu bilinciyle hareket eder (m. 42/A-a). Düzenlemeye göre; hastanın yakınmalarını, daha önce geçirdiği hastalıkları, gördüğü tedavileri ve tıbbi müdahaleleri, eğer varsa halen kullandığı ilaçları ve sağlığıyla ilgili bilgileri mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru olarak vermesi gerekmektedir (m. 42/A-b).

Hastanın uyması gereken kuralların ihlali tek başına bir sorumluluk doğurmamaktadır. Burada önemli olan nokta; hatalı tıbbi müdahale (tıbbi malpraktis) iddiasıyla tıbbi müdahaleyi uygulayan hekime karşı bir tazminat davası açması durumunda kendi uyması gereken kurallara uymamış olmasının, örneğin tedavi sürecinde kullandığı başka ilaçları hekime bildirmemiş olmasının, hekime karşı açtığı tazminat davasının reddine ya da istenen tazminat miktarının altında bir miktara hükmedilmesine sebep olabileceğidir.⁸⁴ Türk Borçlar Kanunu'nun 52. maddesinde; zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olması ya da zararın doğmasında veya artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumun ağırlaştırmış ise, hakimin tazminatı indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği belirtilmektedir.

81 T.C. Sağlık Bakanlığı Koronavirüs Bilim Kurulu, Türkiye'de Sağlık Bakanlığı tarafından Covid-19 (Yeni Koronavirüs) Pandemisi sebebiyle oluşturulan bir danışma kuruludur. 10 Ocak 2020 tarihinde Covid-19 Pandemisi ile mücadele amacıyla oluşturulan danışma kurulunda; Enfeksiyon, Mikrobiyoloji, Viroloji, İç Hastalıkları, Yoğun Bakım ve Göğüs Hastalıkları alanlarında üniversitelerde akademisyen olarak çalışan 38 bilim insanı yer almaktadır. Kurulun başkanlığını T.C. Sağlık Bakanı Dr. Fahrettin Koca yapmaktadır. <http://www.hurriyet.com.tr/galeri-bilim-kurulu-nedir-bilim-kurulu-uyeleri-kimlerden-olusuyor-41510874/2> (04.06.2020)

82 http://www.titck.gov.tr/storage/Archive/2020/contentFile/Covid-19%20Advers%20Reaksiyon%20Bildirim%20Formu-web%20yayın_1fea7671-1dba-4e4a-9515-e623be819d6e.pdf (02.03.2021)

83 Hasta Hakları Yönetmeliği, Madde 42/A- (Ek: Resmi Gazete- 08.05.2014- 28994)

84 Hakeri, Tıp Hukuku El Kitabı, s. 235.

C. İlaç Ruhsat Sahipleri

Bu başlık altında ilaç ruhsat sahiplerinin sorumlulukları, İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik esas alınarak incelenmiştir.

1. İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'e Göre İlaç Ruhsat Sahiplerinin Sorumlulukları

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 5. maddesinde, ilaç ruhsat sahiplerinin sorumlulukları düzenlenmiştir. Burada m.5/12'de yer alan düzenleme incelenmiştir.

Düzenlemeye göre; ilaç ruhsat sahipleri, TİTCK'ya sunulan farmakovijilans ile ilgili bilgi veya belgelerin doğruluğunu ve güncelliğini taahhüt eder ve sonuçlarından doğacak yasal sorumluluğu üstlenir. Sunulan bilgi ve belgelerde gerçeğe aykırılık tespit edildiğinde, 26.09.2004 Tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) hükümleri uyarınca işlem yapılır.

Düzenleme incelendiğinde; ilaç ruhsat sahiplerinin, Kurum'a sunduğu bilgi ve belgelerde gerçeğe aykırılık tespit edilmesi durumunda cezai sorumluluklarının doğacağına işaret edildiği görülmektedir. Ancak, 5237 Sayılı TCK'nın hangi hüküm/ hükümlerine dayanılarak ruhsat sahipleri hakkında cezai yaptırım uygulanacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır.

2. Özel Belgede Sahtecilik Suçu

Türk Ceza Kanunu'nun 207. maddesinde, "Özel Belgede Sahtecilik" suçu düzenlenmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre: "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." Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise; bir sahte özel belgeyi, bu özelliğini bilerek kullanan kişinin de 1. fıkra hükmüne göre cezalandırılacağı belirtilmiştir.

Resmi nitelik taşımayan, kamu görevlisinin görevi veya yetkisi dışında düzenlenen, aynı zamanda kanun koyucu tarafından resmi belge hükmündeki belgeler arasında sayılmayan belgeler özel belge olarak kabul edilmektedir.⁸⁵

Bu bağlamda; İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'e göre ilaç ruhsat sahiplerinin, farmakovijilans ile ilgili TİTCK'ya sundukları belgeler özel belge niteliği taşır. Sunulan belgelerde gerçeğe aykırılığın tespit edilmesi durumunda, 5237 Sayılı TCK'nın "Özel Belgede Sahtecilik" başlıklı 207. maddesine dayanılarak ilaç ruhsat sahiplerinin cezai sorumlulukları doğacaktır. Yönetmelik'in ilgili maddesine konuyla ilgili açıklık getirilmeli, ruhsat sahiplerinin Kurum'a FV ile ilgili gerçeğe aykırı bilgi sunmaları halinde, TCK'nın 207. maddesinin uygulanacağı açıkça yazılmalıdır.

85 Ahmet Caner Yenidünya, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 553-554.

D. Sağlık Kurum ve Kuruluşları

Sağlık kurum ve kuruluşlarının farmakovijilans sistemi açısından görevleri, İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 7. maddesinde düzenlenmiştir.

Düzenlemeye göre; hastaneler, advers ilaç reaksiyonlarının en doğru şekilde ve en kısa zamanda TÜFAM'a bildirilmesini sağlamak amacıyla kuruluş içi FV sistemini kurar ve Yönetmelik hükümlerine göre faaliyet gösterirler. (m. 7/1) Hastane yönetimi tarafından TÜFAM'a bilgi akışını sağlamak amacıyla farmakovijilans irtibat noktası (FİN) görevlendirilir ve bu kişinin ismi, mesleki özgeçmiş ve iletişim bilgileri TİTCK'ya ve FV il sorumlusuna (il sağlık müdür yardımcısına) bildirilir. (m. 7/2) Hastane tarafından görevlendirilen FİN'in bir eczacı ya da hekim (ağız dış sağlığı merkezlerinde diş hekimi) olması gerekir.

E. Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu

Sağlık Bakanlığı Bağlı Kuruluşların Hizmet Birimlerinin Görevleri İle Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'in⁸⁶ 9. maddesinde, T.C. Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulan Türkiye İlaç ve Tıbbi Cihaz Kurumu'nun görevleri düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre; TİTCK'nın İlaç ve Eczacılık Başkan Yardımcılığı, beşeri tıbbi ürünlerin etkililik ve güvenliğinin sağlanmasına yönelik gelişmeleri izler, advers reaksiyonların yönetimini sağlar, gerekli dokümanları inceleyerek yarar/ risk değerlendirmeleri yapar ve riski en aza indirmek için gerekli önlemleri alır.

İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik'in 8. maddesine göre ise, TİTCK:

1. İlaçlarla ilgili risklere dair bilgi toplamak üzere bir farmakovijilans sistemi kurar. İlaç kullanımından kaynaklanabilecek riskleri azaltabilmek amacıyla gerektiğinde sözleşmeli farmakovijilans hizmet kuruluşları⁸⁷ ile ortak çalışmalar yürütür.

2. Tüketicileri ve sağlık mesleği mensuplarını karşılaştıkları şüpheli advers reaksiyonları TÜFAM'a bildirmeleri yönünde teşvik edici faaliyetlerde bulunur, bu görevlerin yerine getirilmesi hususunda hastaları ve sağlık mesleği mensuplarını temsil eden organizasyonlara görev verebilir.

86 22.12.2017 Tarih ve 30278 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

87 Sözleşmeli Farmakovijilans Hizmet Kuruluşu: İlaç ruhsat sahibinin farmakovijilansla ilgili görevlerinin tümünü veya bir kısmını yazılı olarak belirlemek kaydı ile devrettiği, en az bir kişiyi farmakovijilans yetkilisi ve bir kişiyi de onun vekili olarak tam zamanlı istihdam eden, ilgili Kılavuzda belirtilen şartları haiz ve TİTCK tarafından denetlenerek onaylanmış kuruluşu ifade eder. (İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik, m. 4/1-ş). Denetim Hizmetleri Başkan Yardımcılığı tarafından izin belgesi düzenlenen sözleşmeli farmakovijilans hizmet kuruluşları TİTCK'nun resmi web sayfasında yayımlanmaktadır. http://www.titck.gov.tr/storage/Archive/2020/contentFile/SFHK%20LİSTESİ%20Mart2020_29632fc1-50ca-4de0-a29e-1b6e75d926f7.pdf (11.10.2020)

3. Türkiye’de ortaya çıkan ve sağlık mesleği mensupları ile tüketiciler tarafından bildirilen şüpheli advers reaksiyonları kayıt altına alır ve DSÖ İlaç İzleme İşbirliği Merkezi’ne gönderir.

4. Şüpheli ciddi advers reaksiyonlara ilişkin raporu, bildirimini izleyen 15 gün içinde ilaç ruhsat sahibine iletir.

5. İlacın güvenli kullanımını sağlamaya yönelik olarak sağlık mesleği mensuplarından belli bazı yükümlülükler talep edebilir.

6. İlaç ruhsat sahibini ve ilgili uluslararası kuruluşları, bu konuda yapılan çalışmalar sonucunda aldığı önlemlerden haberdar eder.

7. Farmakovijilans konusunda temel eğitim programları düzenler.

8. Ek izlemeye tabi ilaçların listesini⁸⁸ uluslararası uygulamaları da göz önüne alarak hazırlar ve gerektiğinde günceller. Türkiye’de ruhsat almasından 5 yıl sonra bu ilacı listeden çıkarır veya bu süreyi uzatabilir. TİTCK, risk yönetim sistemi ile kullanılması gereken ilaçları da bu listeye dahil edebilir.

9. Ruhsatlı veya ruhsat başvurusu olan bu ilacın yarar/ risk dengesini etkileyen bir hususun ortaya çıkması halinde, ruhsat veya başvuru sahibine risk yönetim sistemini sunma zorunluluğu getirebilir.

10. Risk yönetim planında yapılan güncellemeleri değerlendirir, riski en aza indirmeye yönelik önlemlerin sonuçlarını izler.

11. Yarar/ risk dengesini sürekli olarak değerlendirebilmek için, ilaç ruhsat sahibinden yarar/ risk dengesinin olumluluğunu koruduğunu gösteren verileri isteyebilir.

12. İlaç ruhsat sahibinden, FV sistem ana dosyasını sunmasını isteyebilir. Bu durumda dosyanın bir örneği 7 gün içinde TİTCK’ya teslim edilir.

Sonuç

1. Farmakovijilansın anlamının toplumun büyük çoğunluğu tarafından bilinmemesi ve öneminin sağlık profesyonelleri tarafından yeterince anlaşılması, makalenin uygulamadan örnekler ile desteklenememesine ve konunun sınırlı bir şekilde incelenmesine neden olmuştur.

2. Sağlık profesyonellerinde ve toplumda, farmakovijilans konusunda farkındalık yaratılmalıdır. Bu konuda; T.C. Sağlık Bakanlığı, TİTCK, İl Sağlık Müdürlükleri, Türk Eczacıları Birliği, Eczacı Odaları, Türk Tabipleri Birliği

88 Ek incelemeye tabi ilaçlar listesi, TİTCK’nun resmi web sayfasında güncellenerek yayımlanmaktadır.

<http://www.titeck.gov.tr/dinamikmodul/57> (11.10.2020)

ile Tabip Odaları, TÜFAM, üniversiteler, dernekler (Farmakovijilans Derneği) ve Sağlık Hukuku alanında uzmanlaşmış avukatlar iş birliği içerisinde çalışmalıdır. Sağlık profesyonellerine düzenli olarak farmakovijilans eğitimi verilmelidir. Eğitimlerde Sağlık Hukuku açısından farmakovijilans sistemi anlatılmalıdır. Kamu spotları aracılığıyla farmakovijilans hakkında toplum bilgilendirilmelidir.

3. İlaçların Güvenliliği Hakkında Yönetmelik ile Yönetmelik çerçevesinde hazırlanan kılavuzlar, dayanağını Avrupa Birliği'nin ilaçlarla ilgili mevzuatı ve ulusal sağlık mevzuatından alan çağdaş düzenlemelerdir; ancak yaşam hakkı ve sağlık hakkını doğrudan ilgilendiren bir konu olan farmakovijilans sistemi, bir kanun ile düzenlenmelidir. Bu bağlamda; 1262 Sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu, özü ve ruhu korunarak iyileştirilerek Kanun'a farmakovijilans sistemi ile ilgili hükümler eklenmelidir.

KAYNAKLAR

- Adal, Erhan, *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı*, 9. baskı, Legal Yayınevi, İstanbul, 2005.
- Akçaal, Mehmet, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İlaç Üreticisinin Hukuki Sorumluluğu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 70, Sayı 3, 2012, s. 251-290.
- Akıcı, Ahmet; Dülger, Gül Ayanoğlu; Toklu, Zerrin; Uysal, Meral Keyer, “Akılcı İlaç Kullanımı Sürecinde Hasta Uyuncuna Hekim ve Eczacının Katkısı”, *Türkiye Aile Hekimliği Dergisi*, Cilt 14, Sayı 3, 2010, s. 139-145.
- Algül, Öztekin; Buharalioğlu, C. Kemal, *Eczacılar ve Sağlık Çalışanları İçin Farmakovijilansın Önemi*, Türk Eczacıları Birliği Eczacılık Akademisi Yayını, Ankara, 2007.
- Altın, Zeynep, “Covid-19 Pandemisinde Yaşlılar”, *Tepecik Eğitim ve Araştırma Hastanesi Dergisi*, Ek Sayı 30, 2020, s. 49-57.
- Altınel, Sanem, *Gelişmiş Ülkelerde Uygulanmakta Olan İlaç Güvenliliği (Farmakovijilans) Sistemlerinin İncelenmesi, Türkiye’deki Mevcut Yapılanma İle Karşılaştırılması ve Ülkemizde Oluşturulması Amaçlanan Denetim Sisteminin Araştırılması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı, İstanbul, 2010.
- Artuk, Mehmet Emin; Gökçen, Ahmet; Yenidünya, Ahmet Caner, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 9. baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- Aşkın, Günseli Cansu, *İstanbul’un Belirli İlçelerindeki Eczane Eczacılarının İlaç Güvenliğindeki Yeni Yapılanma Hakkındaki Bilgileri ve Farmakovijilansa Olan Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Farmasötik Toksikoloji Anabilim Dalı, İstanbul, 2012.
- Aydıncaralioğlu, N. Demet; Kayaalp, S. Oğuz, *Klinik Farmakolojinin Esasları ve Temel Düzenlemeler*, 4. Baskı, Pelikan Tıp ve Teknik Kitapçılık, Ankara, 2008.
- Aygün, Dilek; Cengiz, Hande, “İlaç Uygulama Hataları ve Hemşirenin Sorumluluğu”, *Şişli Etfal Hastanesi Tıp Bülteni*, Cilt 45, Sayı 3, 2011, s. 110-114.
- Can, Neslihan, “Hasta Mahremiyeti Hakkı”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 147, 2020, s. 183-219.
- Çelebi, Arzu, *Akılcı İlaç Kullanımına Yönelik Ebeveyn Tutumu Ölçeğinin Geliştirilmesi*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Atatürk Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Hemşireliği Anabilim Dalı, 2018.
- Çınar, Ece Nur; Vatanoglu Lutz, Elif, “Dünyada Kök Hücre Üzerine Çalışan İlk Bilim İnsanı”, *Nobel Medicus 40*, cilt 14, sayı 1, 2018, s. 55-57.
- Çokay, Emine İkinci, *Advers Etki Sebebiyle Pazardan Toplatılan İlaçlar*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Klinik Eczacılık Anabilim Dalı, İstanbul, 2020.
- Demirdamar, Rümeyza; Gümüşel, Bülent; Soyalan, Mertdoğan; Toklu, Hale Zerrin, “Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Ulusal Farmakovijilans Sistemi ve Mevcut Uygulamalar”, *Marmara Pharmaceutical Journal*, Sayı 16, 2012, s. 159-163.
- Gonenç, Fulya İlçin, *Hasta Hakları ve Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Ders Notları, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sağlık Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı, 2017.

- Hakeri, Hakan, *Tıp Hukuku El Kitabı*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- Hakeri, Hakan, *İlaç Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- Ergün, Yusuf, “Klinik Farmakoloji: Türkiye Açısından Geleceğe Yönelik Bir Perspektif”, *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, Cilt 27, Sayı 4, 2018, s. 459-482.
- Karataş, Yusuf; Kaya, Derya; Sürmelioğlu, Nursel, “Farmakovijilansın Dünü, Bugünü ve Yarını”, *Arşiv Kaynak Tarama Dergisi*, Cilt 25, Sayı 2, 2016, s. 129-139.
- Kiran, Bülent, *Eczacıların Sorumlulukları ve Disiplin Suçları: Deontolojik, Etik ve Hukuki Bakış*, Ankara Nobel Tıp Kitabevleri, Ankara, 2019.
- Omurtag, Gülden Z., T.C. Sağlık Bakanlığı İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü Farmakovijilans ve Yetim İlaç Çalıştayı, 01.10.2017, s. 3.
- Omurtag, Gülden Z., İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi 1. Ulusal Genç Eczacılar Kongresi, 8-10 Mart 2019, s. 14.
- Ovalı, Fahri, “Hasta Güvenliği Yaklaşımları”, *Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi*, Cilt 1, Sayı 1, 2010, s. 33-43.
- Öztürk, Esra, *Klinik İlaç Araştırmalarında Hukuki Sorumluluk*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Peköz, Özden, *Araştırma Görevlilerinin Akılcı İlaç Kullanımına Yönelik Tutum ve Davranışları*, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Tıp Fakültesi Aile Hekimliği Anabilim Dalı, İzmir, 2018.
- Sert, Gürkan, *Uluslararası Bildirgeler ve Tıp Etiği Açısından Hasta Hakları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Sert, Gürkan; Uluslu, Çağrı Şükrü, *100 Soruda Epilepsi İle Yaşayan Bireylerin Hakları*, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, 2019.
- Sezgin Huysal, Ayşegül, *İlaç Patentleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalı, İstanbul, 2009.
- Sipahi, Hande, “Farmakovijilans: İlacın Zararlı Etkilerine Karşı Uyanık Olmak”, *Havan Dergisi*, Sayı 75, 2018, s. 23-25.
- Sur, Haydar, “Hasta Güvenliği İle İlgili Gelişmeler”, Ed. Haydar Sur, *Hasta Güvenliği Yaklaşımları*, Medipolitan Eğitim ve Sağlık Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008.
- Şardaş, Semra, *Advers Olaylar ve Raporlanması: Tanımlar, A’dan Z’ye Klinik Araştırmalar- Araştırmacı Eğitim Programı*, 2011, s. 19.
- Uzbay, Tayfun, *Cehalet Bilimi*, Destek Yayınları, İstanbul, 2019.
- Varol, Nezih, “Sağlık Hukuku Açısından Hasta Güvenliği”, Ed. Haydar Sur, *Hasta Güvenliği Yaklaşımları*, Medipolitan Eğitim ve Sağlık Vakfı Yayınları, İstanbul, 2008.

Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: İlamsız İcra Takibi*

An Alternative Dispute Resolution Method:
Execution Proceeding without Judgment

Evren KOÇ**

ÖZ

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile hukuki ihtilafların Devlet yargısına nazaran daha kısa sürede ve taraflarca daha etkin olarak çözüme kavuşturulması amaçlanmaktadır. Mevzuatta özel olarak düzenlenmiş olan tahkim, arabuluculuk gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri bulunmakla birlikte, fonksiyonu ve sonuçları itibariyle Devlet yargısına alternatif oluşturacak nitelikte hukuki kurumların varlığı inkâr edilmemelidir. İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan ilamsız icra yolu ile takip, para ve teminat alacaklılarına ilişkin olarak Devlet yargısına müracaat etmeden alacaklının alacağına ulaşmasını sağlamaktadır. Alacaklının icra dairesine başvurusu ile başlayan süreçte borçlunun kabulü ile borcu ödemesi ya da borçlunun malvarlığına haciz uygulanarak alacağın tahsil edilmesi mümkün olmaktadır. İcra ve İflas Kanununda yer alan ilamsız icra yolu ile takipte mevcut olan esaslar alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ilişkin doktrinde tespit edilen esaslarla uyum taşımaktadır. İlamsız icra takibi yargının iş yükünün artmasına engel olduğu gibi, uzun yargılama süreçlerinin de önüne geçmektedir. İlamsız icra takibinin, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi niteliğinin belirlenmesi, mevzuatta yer alan ya da ihdas edilebilecek alternatif çözüm yöntemlerinin uygulama alanını belirlemek için önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu, İcra, İcra ve İflâs Hukuku, İlamsız İcra, Ödeme Emri.

ABSTRACT

The alternative dispute resolution method aims to resolve legal disputes within a shorter period and more effectively by the parties compared to State jurisdiction. Even there are alternative dispute resolution methods such as arbitration, media-

* Makale gönderim tarihi: 20.03.2021. Makale kabul tarihi: 03.05.2021. Evren Koç, "Bir Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu: İlamsız İcra Takibi", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 235-257; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.09>

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, E-Posta: evrenkoc@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1379-8771>

tion specially regulated with codification, the existence of legal institutions which may assumed as an alternative to the State jurisdiction in terms of its function and results shouldn't be denied. With the execution without judgment which is embedded in the Enforcement and Bankruptcy Law, the creditor is able to reach its receivables without appealing to State jurisdiction regarding money and security receivables. Within the process which starts with the application to the enforcement office by the creditor, the receivable shall be collected with the acceptance of the debtor or by enforcing seizure to debtor's assets. The principles of the execution without judgment in the Execution and Bankruptcy Law is in accordance with the principles of alternative dispute resolution methods determined with the doctrine. Enforcement proceedings prevents the increase of the workload of the judiciary and long trial processes as well. To determine the nature of application of alternative solution methods of enforcement proceedings without judgment is important for the determination of the area of application of the alternative dispute resolution method which is embeeded in the legislation.

Keywords: Alternative dispute resolution method, Enforcement, Enforcement and Bankruptcy Law, execution without judgment, payment order.

I. Konunun Takdimi ve Sınırlandırılması

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda, temel olarak cüzi icra ve külli icra olarak ikili bir ayırım benimsenmiştir. Bunlardan birincisi icra takibini ifade etmekteyken; külli icra ise iflas yoludur. Bu ayırım Kanun'un da isminden anlaşılacağı üzere icra ve iflas olarak basitleştirilmiştir.

İcra hukukuna baktığımızda ise ilamlı ve ilamsız icra şeklinde iki farklı takip usulünün söz konusu olduğu görülmektedir. İlamlı icra, yabancı icra hukuk sistemlerinin de temelinde yer alan, mahkeme ilamının icrasını sağlayan usuldür. İlamsız icra takibi ise genel olarak icra hukuku teorisinin gelişiminde ayrı bir yol; mahkeme kararı olmaksızın cebri icraya başvurulmasını sağlayan bir usuldür. İcra hukuku çerçevesinde baktığımızda ilamsız icra takibi ve ilamlı icra takibi iki farklı cebri icra usulünü teşkil etmektedir.

Bunun yanında ilamsız icra takibi usulü, cebri icraya ilişkin bir usulden çok daha fazlasını ifade etmektedir. İlamsız icra takibi, bir bakıma icra hukukunun medeni yargılama hukukundan müstakil bir hâl almasını sağlayan ve ayrıca para ve teminata ilişkin alacak talebini konu alan uyuşmazlıkların, taraflar mahkemeye intikal etmeden halletmeye yarayan bir çözüm yolu niteliğindedir. Diğer taraftan icra hukuku sistemimizin ilamlı icra yerine ilamsız icra takibi üzerine teessüs ettiği düşünüldüğünde; bu kurum, birçok uyuşmazlığın davaya dönüşmeden çözülmesi için hayati önemi haizdir. Kurumun bu özelliği, esasında keşif niteliğinde değildir. İlamsız icranın ülkemizde kabulü sürecinde bu

özellik ciddi şekilde öne çıkarılmıştır. Ayrıca doktrinde de her ne kadar yazılı şekilde olmasa da ilamsız icranın bu yönü kabul edildiği gibi şifahi olarak da dile getirilmiştir. İlamsız icranın birçok yönüyle tartışıldığı 24 – 25 Ekim 2008 tarihli Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı'nda kurumun bu yönünün sıklıkla vurgulandığı görülmektedir¹.

Başta icra hukukuna ilişkin ders kitapları ve şerhler olmak üzere konuya ilişkin eserlerin tamamında, gayet doğal olarak ilamsız icraya ilişkin takip yolu ele alınmıştır. Benzer şekilde alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına ilişkin çalışmalarda da Kıta Avrupası ve Common Law hukuk sistemlerinde yer alan muhtelif arabuluculuk yöntemlerinden bahsedilmekle beraber, ilamsız icra usulü, örnek verilen çözüm yöntemleri arasında sayılmamaktadır. İşte biz bu çalışmada, ilamsız icranın esasında gayet görünür olan, ancak değinilmeyen diğer yüzüne, mahkeme dışı çözüm yolu olma niteliğine değineceğiz. Hatta daha da ileri giderek ilamsız icra takibini, tıpkı arabuluculuk, müzakere, uzlaşma, tahkim gibi bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ele alacağız.

Bu çalışmayı hazırlamamızdaki başlıca sebep, ilamsız icra takibinin icra hukukundaki yerine baktığımızda; tam olarak hukukî niteliğinin tanımlanmadığını gözlemlememizdir. Esas itibarıyla özgün bir hukuki kurum olan ilamsız icra takibinin sadece icra hukuku ile sınırlı şekilde ele alınması, hukuk sistemimizde son derece merkezi bir konumda bulunan bu kurumun sınırlı şekilde ele alınmasına sebep olmaktadır. Diğer bir sebep ise ilamsız icra usulünün başka uyuşmazlık çözüm yolları ile yaşadığını gözlemlediğimiz çatışmalardır. Özellikle zorunlu arabuluculuk kurumu ile ilamsız icra takibi arasındaki ilişkinin ilamsız icra yolu ile bağlantılı olan itirazın iptali ve menfi tespit davalarının zorunlu arabuluculuğa tabiiyeti özelinde yarattığı tartışmalar, bizleri farklı bir yol izleyerek ilamsız icrayı teknik anlamda alternatif çözüm yolları çerçevesinde incelemeye yöneltmiştir.

Çalışmamızda, genel olarak ilamsız icranın teknik anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini haiz olduğu savına ilişkin hukuki temellendirmeyi gerçekleştirmeyi amaçlamaktayız. Bunun yanında kurumun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabulüne bağlanacak teorik ve pratik sonuçlara burada değinmeyeceğiz. Bunlar, başka bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir.

Meselenin kurum özelinde sınırlandırılması açısından, ilamsız icra yolundan kastettiğimiz, İİK m. 42-73 arasındaki hükümlerle düzenlenen ilamsız icra takibidir. Bu bağlamda, her ne kadar geniş anlamda ilamsız takip altında değerlendirilebilse de İİK m. 145 vd. hükümlerinde düzenlenen rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip ile İİK m. 167 vd. hükümlerinde düzenlenen kambiyo

1 Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra, TBB Yayınları, Ankara 2009.

senetlerine mahsus haciz yolu ile takip usulü gösterdikleri farklı ve ayrık özellikler sebebiyle çalışmamızın odak noktasının dışında kalmaktadır. Bununla birlikte özellikle uyuşmazlığın mahkeme dışında çözümü noktasında bu takip yolları da ilamsız icranın geniş anlamda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olma özelliğini paylaşmaktadırlar.

Bu çalışmada ilk olarak ilamsız icra kurumunun hukuki niteliği ile amacını, kurumun İsviçre ve Türkiye’de kabulüne ilişkin tarihsel süreçle birlikte ele alacağız. Ardından alternatif uyuşmazlık çözümü kavramının tanımına ve genel karakteristiklerine değindikten sonra ilamsız icrayı bahsedeceğimiz tanım ve karakteristikler özelinde değerlendireceğiz.

II. İlamsız İcra Kurumu

A. İlamsız İcra Takibi Kurumunun Hukuki Niteliği

İİK m. 42 vd. hükümlerinde düzenlenen ilamsız icra takibi, icra sistemimizin temelini oluşturan ve hatta icra hukukumuzun karakteristiğini tayin eden bir kurum hüviyetindedir. İsviçre hukuku temelli olan ve mevzuatımıza da İsviçre’den geçen ilamsız icra takibi başka ülkelerde görülmemekle birlikte ülkemizde ilk andan itibaren ciddi şekilde benimsenmiş bulunmaktadır. İlamsız icra uzun süre İsviçre ve Türk hukukuna özgü mucizevi bir formül olarak benimsenmiştir².

Bunun yanında ilamsız icra takibinin hukuki niteliğini tanımlamak konusu üzerinde fazla durulmadığı görülmektedir. Genel itibarıyla ilamsız icra ilamlı icra ile beraber cebri icraya özgü iki farklı takip yolundan birisi olarak kabul edilmektedir. Ancak kanaatimizce bu denli özgünlük arz eden bir kurumun hukuki niteliğinin saptanmasında daha derine inmek ve farklı perspektiflerden yararlanmak icap etmektedir.

Meseleye geniş çerçeveden baktığımızda temelde ilamsız icra takibi, bir hukuki başvuru yolu olarak gösterilebilir³. İsviçre’de benimsenen tanıma göre ilamsız icra takibi, bir alacağın ya da teminatın cebri icra yoluyla ve devletin gücü yardımıyla borçlunun malvarlığından elde edilmesini sağlayan bir hukuki yoldur⁴. Daha alt kategoride ise ilamsız icra takibi için yapılan az sayıdaki farklı tanıma baktığımızda; ilk olarak ilamsız icranın ilamlı icranın yanında özel ve istisnai bir

2 Selçuk Öztekin, “Türk İcra Hukukunun Eleştirisi”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra*, TBB Yayınları, Ankara 2009, s. 202.

3 Muhammet Özkes, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 2155

4 Pierre-Robert Gillieron, *Poursuite Pour Dettes, Faillite Et Concordat*, Seconde édition, Payot, Lausanne 1988, s. 21; Antoine Favre, *Droit Des Poursuites*, 3e édition, Fribourg 1974, s. 10.

takip usulü olarak nitelendirildiği görülmektedir⁵. Ancak ülkemizde ilamsız icra yolu, asli icra takip usulü halini almış bulunmaktadır. 2019 yılı adli istatistiklerine baktığımızda 2019 yılından 2020'ye devredilen icra dosyalarının %85,7'sini ilamsız icra takip dosyaları oluşturmaktayken sadece %7,9'u ilamlı takibe ilişkindir⁶.

Bu tanımlarda ifade edilen unsurlara ek olarak, ilamsız icra yolunu tanımlamak için üç temel özelliği göz önünde bulundurmamak gerekmektedir. Bunlardan birincisi mahkeme kararı ve hatta belgeye ihtiyaç duyulmaksızın salt alacaklının beyanı ile başlatılabilen bir hukuki yol olmasıdır. Mahkeme kararı olmaksızın cebri icra yoluna başvurulması usulü İsviçre ve Türk hukuku dışında Almanya, Avusturya ve Fransa gibi ülkelerde de mevcut bulunmaktadır⁷. Bununla beraber alacaklının herhangi bir belgeye dayanmadan borçlu hakkında takibe girme imkânına sahip olması sadece Türk-İsviçre hukukuna özgü bir durumdur.

İkinci olarak ilamsız icra usulü sadece para ve teminat alacaklarının elde edilmesi için başvurulabilecek bir yoldur. Takibin konusu açısından bizdeki düzenlemenin aksine İsviçre'de izlenecek takip usulleri arasında keskin bir ayırım mevcuttur. Şöyle ki para ve teminat alacakları için İsviçre'de her halde LP uygulanırken diğer alacakların icrası CPC'ye (Art. 335 vd.) tabidir. Türk hukukunda ise temel ayırım ilamlı ve ilamsız icra arasında mevcut olup para ve teminat alacaklarının ilamlı icrasının (İİK m. 32) diğer alacakların icrasından ilkel bir farkı bulunmamaktadır.

İlamsız icra takibinin üçüncü karakteristik özelliği ise takibe giriş muhakemesinin herhangi bir mahkemenin kontrolüne tabi olmaksızın müstakil bir yapı olan ve idari bir organ özelliklerini taşıyan icra dairesi kapsamında yürütülmesidir⁸. Başka bir deyişle Türk – İsviçre hukukunda benimsenen ilamsız icra takibi yolu mahkeme dışı bir hukuki başvuru yoludur. Mahkeme takibe karşı borçlu tarafından itiraz ya da şikâyet gibi bir muhalefet gerçekleştirildiğinde devreye girmektedir. Bunun dışında ise ilamsız icra takibi, tamamen alacaklının inisiyatifine bağlı olarak başlamaktadır. İlamsız takibin başlaması

5 Bilge Umar, *İcra İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir, 1974, s. 8.

6 Adli İstatistikler 2019, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara 2019, s. 226 (adlisicil.adalet.gov.tr)

7 İlam niteliğinde bir belgeye ihtiyaç duyulmadan gerçekleştirilen takip usullerine ilişkin farklı ülke uygulamalarının karşılaştırması için bkz. Nazlı Gören Ülkü, "İlamsız İcra İlişkin Uygulamalar", *Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkım Kitabevi, İstanbul 2007, s. 571-586 (İlamsız İcra); Almanya'daki Mahnverfahren usulünün ilamsız icra takibi ile karşılaştırmalı incelenmesi hakkında bkz. Abdurrahim Karlı, "Alman Hukukunda Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda İlamsız İcra Usulü İle Karşılaştırılması", *Saim Üstündağ'a Armağan*, Adalet Yayınları, İstanbul, 2009, s. 311-330.

8 Nazlı Gören Ülkü, *İcra Hukukunda Ödeme Emri*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 9 (Ödeme Emri); Nicolas Jeardin, "Comment Commencer Une Poursuite", *JDT 2020 II* p. 4,8 (Swisslex).

için sadece alacaklının bu yöndeki iradesi yeterlidir. Bu sebeptendir ki takip işlemlerinde sıkı şekil şartı aranmaktadır⁹.

Bu tanımlar sonucunda ilk adımda ilamsız icra takibini para ve teminat alacağının elde edilmesi amacını taşıyan, alacaklının tek taraflı başvurusu ile başlayan, mahkeme dışı bir hukuki başvuru yolu olarak tanımlayabiliriz.

B. İlamsız İcra Usulünün Teessüs Amacı

Klasik doktrinde icra prosedürü medeni yargılamanın sonrasındaki aşamayı teşkil etmekte ve yargılamanın uzantısı olarak kabul edilmektedir¹⁰. Cebri icra kavramının genel itibarıyla kural olarak eda ilamlarının devletin yardımı ile yerine getirilmesi olarak kabul edildiği görülmektedir. İlamsız icra takibi usulü Türk - İsviçre hukukuna özgü bir kurum olmanın yanında genel icra hukuku teorisi içinde de istisnai bir hal teşkil etmektedir.

Bu noktada sırasıyla İsviçre ve Türk hukukunda ilamsız icra takibi yolunun tesis edilmesinin, özellikle klasik icra prosedüründen ayrı, özgün bir takip yoluna duyulan ihtiyacın arkasında yatan sebepleri irdelemek doğru olacaktır. Ülkemizde ve İsviçre’de ilamsız icra usulüne ilişkin düzenlemeler benzer nitelikte olsa da bu usulün benimsenmesindeki amaç ve takip usulü olarak ilamsız icranın kabul süreci farklılık göstermektedir.

İsviçre’de ilamsız icra usulünün atası, Fransız etkisinden uzakta bulunan kantonlarda benimsenmiş olan “Rechtsbot” usulüdür. Esasa ilişkin yargılama yapılmaksızın cebri icrayı sağlamaya yönelik bu usulün kökeni 15. yüzyıla dayanmaktadır. Almanya’daki Mannverfahren kurumu ile de benzerlik gösteren benzer usuller, farklı isimler altında çeşitli kantonların (örneğin Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Appenzell, St. Gallen) usul kanunlarında yer almaktaydı¹¹. Bu kurumun arkasında borçlu tarafından inkâr edilmeyeceğine inanılan bir hakkın mahkeme kararı olmaksızın icrası düşüncesi yatmaktadır¹².

Bunun dışında ise LP’nin öncesi dönemde İsviçre genelinde takip hukuku, medeni yargılamanın surrogatı olarak kabul edilmekle birlikte tıpkı muhake-me usulleri gibi her bir kantonda farklı şekilde düzenlenmiş bulunmaktaydı. LP’ye ihtiyaç duyulmasının esas sebebi ise 19. yüzyılın sonunda yaşanan ekonomik gelişmelerle birlikte kantonlar arasındaki hukuk sistemi farklılıklarından ve idari engellerden mümkün olduğunca etkilenmeyecek bir alacak tahsili sistemi kurulmasının amaçlanmasıdır. Gerçekten de her bir kantonda, farklı

9 Gören Ülkü, Ödeme Emri, s. 14.

10 Sabri Şakir Ansay, Hukuk İcra ve İflas Usulleri, 5. Bası, Ankara 1960, s. 1-2.

11 Hans Fritzsche, *Das Rechtsbot: Eine Eigentümlichkeit Ostschweizerischer Zivil – Prozesse*, Schulthess, Zurich, 1905, s. 6-10.

12 Fritzsche, s. 19; Gören Ülkü, Ödeme Emri, s. 96.

takip usulleri tercih edildiğinden, alacakların tahsili hususunda ciddi zorluklar kendisini göstermeye başlamıştı. Bu sebeptendir ki; takip prosedürlerine ilişkin kuralların yeknesak hale getirilmesi zorunluluğu doğmuştur¹³. Başka bir deyişle İsviçre'deki siyasi yapı, yani İsviçre'nin federal bir devlet olması ve kanton adı altındaki özerk bölgelere ayrılmış olması ülke geneli için yeni bir icra usulünün benimsenmesi gereksinimini yaratmıştır.

İlamsız icra takibinin ilk kez düzenlendiği LP, yirmi yılı aşkın bir sürede gerçekleştirilen muhtelif çalışmaların ve kanun projelerinin ürünüdür¹⁴. Burada LP'nin İsviçre'de kabul edilmiş ilk federal kanun niteliğinde olması ayrı bir önem arz etmektedir¹⁵. LP'nin kabul edildiği dönemde henüz yeknesak bir usul kanununun varlığı şöyle dursun federal usul kanunu olan CPC, LP'nin kabulünden neredeyse yüz yirmi yıl sonra yürürlüğe girip kabul edilmiştir¹⁶. Dolayısıyla LP'nin amaçlarından biri de para ve teminat alacakları açısından icra hukukunu ve iflas hukukunu medeni yargılama hukuku kurallarından müstakil hale getirmektir. İlamsız icraya ilişkin düzenlemenin bu amacı LP tasarısının gerekçesinde de ifade edilmiştir¹⁷:

“İsviçre'deki para borçları hakkında takibe ilişkin yasal düzenlemenin özelliği, cebri icranın ön koşul olarak mahkeme kararı aranmaksızın, çoğu zaman hakimin denetimi ve sıklıkla yargısal denetimin işbirliğinin dışında kalarak alacaklının basit bir talebiyle işlerlik kazanmasıdır.”

İlamsız icra usulünün Türk Hukukunda benimsenmesi faslından önce, eski icra hukukumuz hakkında kısaca malumat vermek icap etmektedir. Başlangıçta alacağın cebri icra yoluyla temini için müstakil bir kanun mevcut değildi. Alacağın cebri icra yoluyla temini için Mecelle'nin 999-1002. Madde hükümlerine başvurulmaktaydı¹⁸. Cebri icranın merkezinde ise borç için hapis (hacr)

13 Marcel Greder/Gustave Jornot, *Poursuite Pour Dettes et Faillite*, 2eme édition, Geneve, 1949, s. 3; Gillieron, s. 31; Favre, s. 14; Message du Projet, s. 36.

14 LP'nin tarihi gelişimi için bkz. Message Du Conseil Fédéral À L'assemblée Fédérale Concernant Le Projet De Loi Fédérale Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite Adopté Par Le Conseil Fédéral Le 23 Février 1886 (Message du Projet), Feuille Fédérale Suisse Vol II 8 Mai 1866, s. 8 vd.; Favre, s. 13 vd.; Gillieron, s. 31 vd.; Umar, s. 106-110.

15 LP'nin kabulü, son derece az bir oy farkı ile sağlanabilmiştir. Katılımın %70,87 oranında kaldığı referandumda verilen geçerli oyların % 52,9'u (244.317 oy) LP'ye evet derken geçerli oyların %47,1'i (217.921 oy) LP'ye hayır demiştir (admin.ch – Çevrimiçi: 01.02.2021). Referandum'da dönüm noktası ise, LP'nin hazırlığında ciddi mesai harcayan eski Adalet Bakanı Louis Ruchonnet'in memleketi olan Vaud kantonundaki sonuçlar olmuştur (Félicien Monnier, “Louis Ruchonnet (1834–1893): Père De La Loi Fédérale Sur LaPoursuite Pour Dettes Et La Faillite”, *BlSchK* 2017, s. 187-192). Bu kantonda 40.205 evet oyuna karşın sadece 2113 hayır oyu verilmesi ile İsviçre LP'ye kavuşmuş, belki de ilamsız icra kurumu hukuk alemine merhaba demiştir.

16 CPC 19 Aralık 2008'de kabul edilmiş, 1 Ocak 2011'de yürürlüğe girmiştir.

17 Message du Projet, s. 36.

18 Ansay, s. 3 vd.: Ansay, eski hukukumuzda icraya ilişkin düzenlemeler hakkında ayrıntılı tarihsel bilgi vermektedir.

kurumu bulunmaktaydı. Borçlu, borcuna yetecek tutarda mameleke sahip olmakla beraber borcunu ödemezse bu durumda borcu ifa için tazyik hapsine tabi tutulmaktaydı (Mecelle m. 998). Borç için hapis kararı için alacaklının talebinin bulunması ve borcun mahkeme kararı ile sabit olması şarttı¹⁹.

Borç için hapis usulü, 28 Nisan 1330 (1914) tarihli Muvakkat İcra Kanunu ile de kabul edilmiş ve Cumhuriyet'in ilanından sonrasında dahi bir süre yürürlükte kalmıştır. İcra Kanunu'nda değişiklik yapan 2 Mart 1927 tarihli 980 sayılı Kanun'da, borcu kesinleşen borçlunun ödemeyi gerçekleştireceğine ilişkin yazılı bir taahhüt (suret-i tesviye) göstermemesi hâlinde alacaklının talebiyle hapsedileceği düzenlenmiştir²⁰.

Öte yandan başta 1926 yılında İsviçre'den iktibas olunan Medeni Kanun olmak üzere, Cumhuriyet'in ilk yıllarında Batı Hukukunun benimsenmesi ve kanunlaşma hareketlerini de dikkate almak gerekmektedir. Mer'i İcra Kanunu hukuk alanındaki batılılaşma hareketinin içinde, son derece arkaik kalmaktaydı. Özellikle 18 Haziran 1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte batılı bir icra kanununa duyulan ihtiyaç, saklanamaz hâle gelmişti.

İşte bu noktada, ilk adım aynı zamanda ilamsız icra usulünün Türk Hukukuna girişini sağlayan, 15 Mart 1928 tarihli ve 1215 sayılı, İcra Kanununa Bazı Mevat İlavesi Hakkında Kanun ile atılmıştır.²¹ Yedi maddeden mürekkep olan bu kanun her ne kadar 28 Nisan 1330 (1917) tarihli Muvakkat İcra Kanununa ek olarak getirilmiş olsa da²² bu kanunun hazırlanmakta olunan; İsviçre ve Alman İcra Kanunu temelli, modern icra kanununun (1424 sayılı Kanun) bir nevi ön gösterimi olduğu açıktır. Bu husus, 1215 sayılı Kanun'un gerekçesinin ilk paragrafında ifade edilmiştir²³.

19 Ali Haydar Efendi, *Dürrerül Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam*, C. 3, Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul 2020, s. 1837.

20 Esas itibarıyla 980 sayılı Kanun ile borçlunun hapis ile tazyiki daha da kolaylaştırılmıştır (Mustafa Reşit Belgesay, *İcra ve İflas Hukuku Birinci Cilt*, İstanbul, 1945, s. 13): "*Madde 6/3 - Sureti tesviye göstermemiş olan borçlu, alacaklının talebi üzerine habsolunur. İcra reisi miktarı pek fazla olubda bir sene zarfında imhası kabil olamayacağına kanaat ettiği borçlar için alacaklıyı dinledikten sonra bu müddeti bir buçuk senece temdid ve ufak borçlar için de bir aya tenzil edebilir. Şu kadar ki kanaati husule getiren esbabın kararda zikir ve tafsili mecburidir.*"

21 RG Tarih: 21 Mart 1928 RG Sayı: 845, Kanunlar Dergisi, C: 6.

22 Saim Üstündağ, *İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, İstanbul 1990, s. 5; Ansay, s. 5.

23 "*Halihazırda mer'i icra Kanunumuzun yerine kaim olmak üzere İsviçre ve Alman İcra Kanunlarından naklen hazırlanmakta olan yeni icra kanununun mevkii meriyete vaz'ından evvel tetkikat için dahabir müddet geçmesi zaruri bulunduğundan iş bu yeni lâyihanın Almanya ve İsviçre'de bittecrübeazim fevadi mucip olan bazı maddeleri müstacelen iktisabı kanuniyet eylemek üzere mertuben takdim kılınmıştır.*" İcra Kanununa Bazı Mevad İlavesi Hakkında 1/122 Numaralı Kanun Lâyihası Ve Adliye Encümeni Mazbatası, TBMM 90 no'lu Komisyon Raporu (Adliye Encümeni Mazbatası), (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.Giris).

Bu noktada 1215 sayılı Kanun'un gerekçesi ile özellikle Kanun'a ilişkin mecliste yapılan tartışmalar ve başta dönemin Adliye Vekili Mahmut Esat Bey (Bozkurt) Adliye Encümeninin mebusların soru ve muhalefetlerine getirdikleri açıklamalar ilamsız icra usulünün kabulüne ilişkin sebepleri ciddi şekilde açıklamaktadır²⁴.

Adliye Encümeni üyeleri ile diğer mebusların açıklamalarından anlaşıldığı kadarıyla ilamsız icra usulünün getirilmesi sebeplerinden biri yukarıda da ifade ettiğimiz hukukumuzdaki batılılaşma hareketinin devamını teşkil etmektedir²⁵. Kanun için gösterilen diğer bir gerekçe ise iktisadi sebeplerdir. Mahmut Esat Bey'in ifadesiyle Kanun mümkün olduğunca borcun inkâr edilmemesini, süresinde ödenmesini amaçlamaktaydı. Makro ölçekte ise savaştan yeni çıkmış ve kalkınma hamlesine girişen memleket için lazım olan iktisadi güvenilirliği (kredibilite) sağlamak hedeflenmiştir²⁶.

Bunların dışında ise her ne kadar gerekçede ve kanunun oylanmasına ilişkin oturumda değinilmese de borç için hapis kurumunun kaldırılmasının planlanması ve bu kurumun ortadan kaldırılması ile borçlu lehine bozulacak olan menfaat dengesinin alacaklı lehine düzeltilmesi de diğer bir gerekçe olarak göz önünde bulundurulmalıdır.

Tüm bu tali gerekçelerin yanında ise asıl gerekçe yine Mahmut Esat Bey tarafından iki cümlede özetlenmiştir: *“bu kanunun hedef-i aslisi muamelelatta basalet suhulet ve sürattir.”* ve *“aynı zamanda lüzumsuz bir surette işleri mahkemelere düşürmemek ve o işlerle hâkimi lüzumsuz yere meşgul etmemektir.”*²⁷ Kanun'un arkasında yatan temel sebebin alacak – borç ilişkilerinin çoğunluğunu mahkemeye intikal ettirmemek olduğu Kanun'un gerekçesinde de açıkça ifade edilmiştir:

24 TBMM 15.03.1928 tarihli oturum tutanağı, C: 3, B: 53, s. 50–58 (Tutanak), (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.Giris)

25 *“MAHMUT CELÂL BEY (İzmir) — Efendim benzenizce bu kanun Büyük Millet Meclisinin kemali tehalükle kabul ettiği diğer kanunların devamıdır ve mabaadidir.”*, Tutanak, s. 55

26 *“MAHMUT ESAD BEY - ... Evvel emirde şunu arz edeyim ki Alman ve İsviçre'nin bugün heyeti medeniyedeki iktisadiyatının derecesi inkişafatı Heyeti Celilenizin meçhulü değildir. Bu kanun orada fena tesir yapmamıştır ve benzeniz zannediyorum ki bizim memlekette de fena değil, iyi tesir yapacaktır. Efendiler bu kanun borçluları tazyik eder ve memleketin kredisine tesir eder, buyuruyorlar. Hayır borçlu inkâr ederse mahkemeye gidecektir.. İnkâr ederse borcunu vermesi lâzımdır. Zannetmem ki bir memlekette borçluyu alacaklıdan ziyade himaye etmek, o memleketin iktisadiyatına ve kredisine iyi tesirler yapsın.”* Tutanak, s. 53; Görüşmelerde Kanun'a yönelik en ciddi muhalefetin de yine iktisadi yönden yapıldığını görmekteyiz. Muhalefet, özellikle milletin büyük çoğunluğunu oluşturan köylü sınıfının borçlu olduğundan bahisle bu kanun vasıtasıyla tamamen iş yapamaz hale geleceğini ileri sürmüştür. Ancak bu iddiaya mukabele eden Mahmut Esat Bey, *“kredinin usulesasi emniyet ve itimattır”* diyerek borçlunun borcunu vermeye teşvikin ülkenin genel iktisadi durumu için son derece sakıncalı olduğunu haklı bir şekilde ifade etmiştir.

27 Tutanak, s. 52.

“Maddelerin mütalaasından da münfahim olacağı veçhile borçlunun kabul ve ikrarına müstenit olan para, kıymetli evrakı nakdiye ve misliyyattan mütevellit matlubatın mahkemeye şevkine hacet kalmaksızın icra riyyasetlerince serian halli tahtı imkâna alınmış bulunmaktadır.”²⁸

1215 sayılı Kanun’un gerekçesinde ve Mahmut Esat Bey’in Meclis’teki oturumunda yaptığı açıklamalarda, ilamsız icra yolunun, alacak – borç ilişkisi konulu uyuşmazlıkların mahkemeye intikalini engellemeden, bu uyuşmazlıkları süratli bir biçimde engellediğine ilişkin Almanya ve İsviçre’den bazı örnekler sunulduğu görülmektedir. Bu nokta ile ilgili olarak Almanya’da 1925 yılı adli istatistiklerine göre dokuz buçuk milyon uyuşmazlığın yaklaşık yedi milyonunun ilamsız icra yolu (Mahnverfahren) ile çözümlendiği ifade edilmiştir.

İlamsız icra usulü, uygulamaya koyulduğu dönemde ciddi bir ihtiyacı karşılayıp kabul görmüştür. Nitekim bu durum LP’nin çevirisinden ibaret olan, ilk icra ve iflas kanunumuz olan 1424 sayılı Kanun’un gerekçesinde de ifade edilmiş bulunmaktadır.²⁹ 1424 sayılı Kanun’un oylanmasına ilişkin 18 Nisan 1929 tarihli oturumda Mahmut Esat Bey 450.000 ilamsız icra işinin 370.000 kadarının mahkemeye sirayet etmeden çözüldüğünü müjdeleyerek ilamsız icra yolunun başarısını ifade etmiş ve bu başarı da oturum sırasında diğer mebusların taltifiyle onaylanmıştı³⁰.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, ülkemizde ilamsız icraya ilişkin yasama alanındaki gelişmeler, uyuşmazlıkların mahkemeye intikal etmeden çözümlenmesi amacına İsviçre’ye nazaran çok daha fazla önem vermiş hatta bu sebeple de belirli noktalarda icra kanunlarımız ilamsız icra konusuna çekimser yaklaşan mehz LP’den ayrılmaya başlamıştır. Nitekim bu durum LP’nin çevirisinden ibaret olan 1424 sayılı Kanun’un halk nezdinde başarısız addedilmesinin sebeplerinden birisi olarak gösterilmiştir³¹.

28 *“Tevzii adalet ve ihkakı hak umdei Âtiyelerinin suratla ifa ve intacı vatandaşlar için matlup ve mütezzim olduğu kadar icra dairelerince halli imkânı her zaman mevcut olan bu gibi işlerle mahkemeleri lüzumsuz yere meşgul etmemek milyonlarca davayı rüyet etmekte olan Türk hakirlerinin mühim meseali hukukiyeji daha müsait şerait tahtında tetkik etmelerine imkânbağ olmak için zarurudur.”* Adliye Encümeni Mazbatası, s. 3.

29 *“Geçen sene M. Âlice kabul buyurulan 1215 numaralı kanun ile ilamsız icra usulünün tatbiki-ne başlanmış ve on aylık tecrübenin intizardan çok fazla iyi neticeler verdiği Ad. vekili Bf. in ihsâî- ve mukayeseli malûmata müstenit izahatından anlaşılmuş olduğuna göre bu layiha daha vasi ve şamil surette o hükümleri de ihtiva etmekle beraber hakkın istifası emrinde seri ve salim şekillerde icra takip yolları ve usulleri kabul eylemiş olduğundan halkın mahkemelerde uğraşmalarına mahal kalmadan ekseri alacakların yalnız icra daireleri vasıtasıyla tahsil olunabilmesine imkân hasil olacaktır.”* 1/359 numaralı İcra ve İflâs kanunu ve tatbikına ait kanun lâyhaları ve Adliye encümeni mazbatası, TBMM 136 no’lu Komisyon Raporu, s. 2 (https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/kanunlar_erisim.Giris)

30 TBMM, 18.4.1929 tarihli oturum, C. 10, Birleşim. 54, s. 67.

31 İlhan E. Postacıoğlu, İcra Hukuku Esasları, İstanbul, 1982, s. 13.

Tüm bu hususlarla birlikte İsviçre’de ve ülkemizde, ilamsız icra yolunun benimsenmesinin arka planındaki gelişmeleri ele aldığımızda; ilamsız icra kurumunun temel amacı, konusu para ve teminatın verilmesi olan uyuşmazlıkları mümkün olduğunca mahkeme dışı bir yol ile çözmek olduğu anlaşılmaktadır. İsviçre’de uyuşmazlıkları mahkeme dışı bir yöntem ile çözmeye istemi daha çok kantonal hukuk sisteminin engellerini aşmayı amaçlarken³² bizde ise asli olarak uyuşmazlıkları davaya evrilmeden halletmenin amaçlandığı, böylece alacaklının alacağını hızlı şekilde elde etmesini temin etmenin hedeflendiği görülmektedir.

C. Ödeme Emrinin Hukuki Niteliği

İlamsız icra usulünün mahkeme dışı bir çözüm niteliği oluşturmasında, bu usulün yapı taşını teşkil eden ödeme emri önem taşımaktadır. Ödeme emri, başlatılan icra takibindeki ilk icra takip işlemi hüviyetinde olup müteakip icra takip işlemlerinin de şartını teşkil etmektedir.³³ Bununla beraber ödeme emrinin ilamsız icra kurumunun işlevini gayet açık bir şekilde yansıttığını söyleyebiliriz.

Ödeme emrinin ilk niteliği, icra takip işlemi olmasının yanında borçluya yönelik resmi bir ihtar hüviyetinde olmasıdır (İİK m. 60).³⁴ Bu suretle ödeme emrinin tebliği ile borçlu TBK m. 117/1 hükmü gereği temerrüde düşmektedir. Ödeme emrinin resmi bir ihtar niteliğinde olması, onun müteakip takip işlemlerinin temelini teşkil etmesinden ve borçluyu, kendisine yönelen haciz tehdidinden haberdar etmesinden kaynaklıdır. İşleme emir adı verilmesi de bu sebeptedir. Gerçekten de ödeme emri borçluyu alacaklının talebi karşısında belirli bir tavır almaya zorlamaktadır.³⁵

Ödeme emrinin bu sert yüzünün yanında ise diğer bir yüzü daha bulunmaktadır. İsminin aksine ödeme emri, borçluya yönelik bir davet niteliğindedir. Borçlu, bu davete icabet edip etmeme noktasında seçim hakkını haizdir. Bu yö-

32 İsviçre’de ilamsız icra usulünün kabulüne sebep yönünden benzer bir usul Avrupa Birliği genelinde de kabul edilmiştir. Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından kabul edilen 1896/2006 sayılı tüzük ile kabul edilen Avrupa İlamsız İcra (Ödeme Emri) Usulü, konusu belirli bir para alacağı olan, sınır aşan hukuki ve ticari uyuşmazlıkların diğer üye ülkelere, dolaşım serbestisine uygun olarak kolaylıkla çözümlenmesi amaçlanmıştır. Bu tüzük genel olarak Almanya’daki Mahnverfahren usulünden esinlenilerek hazırlanmıştır. Söz konusu ilamsız icra usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Wolf-Dietrich Walker, “Avrupa İlamsız İcra Takibi” (Çev. Cenk Akil), *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1, s. 127.

33 Baki Kuru, “Ödeme Emri”, *Makaleler*, İstanbul 2006, Arıkan Yayınları, s. 521 – 527 (s. 523); Aziz Serkan Arslan, *İcra Takip İşlemleri*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 68; Gören Ülkü, *Ödeme Emri*, s. 108; Gillieron, s. 126.

34 Postacıoğlu, s. 137; Gören Ülkü, *Ödeme Emri*, s. 112; Saim Üstündağ, *İcra Hukukunun Esasları (İcra)*, 8. Bası, İstanbul, 2004, s. 93.

35 Gören Ülkü, *Ödeme Emri*, s. 107.

nüyle ise ödeme emri esas olarak borçluyu, uyuşmazlığı mahkemeye taşımadan ödemeyi gerçekleştirmeye yani uyuşmazlığı çözmeye davet niteliğindedir.³⁶

Ödeme emrinin konumuz için diğer bir önemli özelliği ise icra takip işlemi olması; alacaklı tarafından değil bağımsız bir üçüncü kişi konumunda değerlendirilebileceğimiz icra dairesi tarafından düzenlenip borçluya gönderilmesidir (İİK m. 60/1). Ödeme emri alacaklının talebi üzerine icra dairesinin borçluya yönelen davetinin yani alacak uyuşmazlığını mahkeme dışı bir yolla çözmeye önerisini ifade etmektedir. Bu itibarla ödeme emri ile birlikte alacaklı ile borçlu arasındaki uyuşmazlığın çözümü için uyuşmazlığın dışındaki bir organ olan icra dairesi sürece müdahil olmaktadır. Bununla birlikte icra dairesi hüküm mercii değildir. Uyuşmazlığın tarafların ortak iradesi ile çözümüne aracılık etmektedir.

III. İlamsız İcranın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Niteliği

Yukarıda izah olunduğu üzere ilamsız icra usulü, konusu para ve teminat alacağı olan uyuşmazlıkların dava yolu dışında, borçlunun kabulü ile ödemesini öngören bir hukuki yol temin etmekle mahkeme içi uyuşmazlık çözümüne ciddi bir alternatif sunmaktadır. Bu tespitite, ilamsız icra usulünün terim anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak nitelendirilmesi mümkün olabilecektir.

Savımızı değerlendirmek adına alternatif uyuşmazlık çözümü kurumu ve bu kurumun özellikleri ile birlikte ilamsız icra yolunun bu özellikler ile ilişkisi üzerinde durmak doğru olacaktır. Bu noktada öncelikle alternatif çözüm yolları kavramının tanımı ile bu kavramın özellikleri hakkında kısaca açıklamada bulunmak gerekmektedir.

A. Alternatif Çözüm Yolları Kavramı ve Özellikleri

Taraflar arasındaki uyuşmazlıkların çözümü hususunda akla gelen ilk yöntem uyuşmazlığın devletin yargı erki eliyle, yani mahkemeler nezdinde yapılan yargılama yoluyla çözümlenmesinin sağlanmasıdır. Buna karşın mahkemeler önünde uyuşmazlıkların çözümü, genellikle son derece uzun ve meşakkatli bir süreci de beraberinde getirmektedir. Bu sebeptendir ki uyuşmazlıkların mahkeme dışında bir yöntemle çözülmesi ikinci bir yol, bir alternatif olarak ortaya çıkmıştır.

Alternatif uyuşmazlık çözümünün en önemli özelliği mahkemeler tarafından gerçekleştirilen yargılama faaliyetine alternatif olmasıdır. Bu bakımdan en geniş anlamıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yolları, uyuşmazlıkların mah-

³⁶ Arslan, s. 68; Gören Ülkü, Ödeme Emri, s. 99.

keme haricinde çözümlenmesini sağlayan her türlü yöntemi ifade etmektedir³⁷. Bununla beraber tanım olarak sadece bu özelliği temel edinmek yeterli değildir³⁸.

Genel olarak benimsenen tanımlardan yola çıkarak tarafsız ve objektif üçüncü bir kişinin katılımıyla uyuşmazlığın devlet mahkemeleri dışında çözümlenmesi sağlayan; hukuk düzenince kabul edilebilecek ihtiyari nitelikteki usullerin alternatif çözüm yollarını ifade ettiğini söyleyebiliriz³⁹.

Tanım konusundaki çeşitliliğin yanında alternatif çözüm yollarının karakteristikleri konusunda da farklı görüşler olduğunu belirtmek gerekir. Bu noktada genel olarak iradilik, ulaşılan çözümün bağlayıcı olmaması ile mahkeme yolunun kapalı olmaması alternatif uyuşmazlık yolları için genellikle kabul edilen özelliklerdir⁴⁰. İlamsız icra da esas olarak bu karakteristik özellikler kapsamında incelenmelidir. Bunların dışında ise şekle bağlı olmaması⁴¹, uyuşmazlığın iş birliği ile çözümünün amaçlanması, gizlilik⁴² gibi özellikler de alternatif uyuşmazlık çözüm yolları karakterize etmektedir.

37 Gülgün İldır, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Seçkin, İstanbul, 2003, s. 26; Mustafa Serdar Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (AUÇ)*, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 168; Mustafa Serdar Özbek, "Avukatlık Kanunu'nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk" (Arabuluculuk), *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/3, s. 113-139 (s. 115); İbrahim Özbay, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 460; Marc Jonas Block, "The Benefits Of Alternate Dispute Resolution For International Commercial And Intellectual Property Disputes", *Rudgets Law Record*, Volume 44, 2016-2017, s. 2 (lawrecord.com); Mauro Cappelletti, "Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-To-Justice Movement", *The Modern Law Review*, Vol. 56, May 1993, s. 282.

38 Nitekim şiddet de bu tanımın içine girmektedir (Cengiz Serhat Konuralp, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011, s. 8).

39 Benzer tanımlar için bkz. İnci Bıçkın, "Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006/7, s. 34-39 (s. 35); Süha Tanrıver, "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006/64, s. 151-177 (s. 151); Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s. 557; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2807; C. Konuralp, s. 9; "Alternatif uyuşmazlık çözümü kavramında geçen "alternatif" terimi, mahkemelere alternatif bir yol olarak kullanılamaz. Arabuluculuk, tarafların sorunlarını kendilerinin çözmesini amaçlayan gönüllülük esasına dayanan dostane bir çözüm yolu olup bir yargılama faaliyeti değildir. Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde yargısal yolların yanında yer alan ve tarafların istemleri hâlinde işlerlik kazanan, esas itibarıyla ilişkilerin koparılmasından sündürülmesini ve adil bir karardan ziyade, her iki tarafı da tatmin edici bir çözüme ulaşılmasını hedefleyen yöntemler bütünüdür. Bir başka ifadeyle, alternatif uyuşmazlık çözümleri, Devlete ait yargı yetkisinin mutlak egemenliğine zarar vermeden işlerlik kazanan ve uygulama alanı bulan ek yöntemler bütünü olarak nitelendirilebilir." AYM, 10.07.2013 T. 2012/94 E. 2013/89 . (RG, 25.01.2014, S. 28893).

40 Alper Bulur, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi", *ABD*, 2007/4, s. 30-45 (s. 31); İldır, s. 28; Özbek, Arabuluculuk, s. 115; Özkes, Pekcanitez Usul, s. 2807; Şanlı, s. 558; Tanrıver, s. 152.

41 İldır, s. 23; Özbek, AUÇ, s. 173.

42 Belirtmek gerekir ki, alternatif uyuşmazlık çözümleri için öngörülen özellikler yapılan tanımlara, bakış açısına ve temel alınan çözüm yolunun niteliğine göre değişmektedir.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının asli karakteristiği mahkeme dışı çözümlü amaçlamasıdır.⁴³ Bunun dışında ikinci olmazsa olmaz unsuru ise mahkemeye gidüş yolunu kapatmamasıdır.⁴⁴

Alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak belli başlı birkaç kurum öne çıkmaktadır. Bunların başında arabuluculuk, uzlaşma, kısa yargılama, küçük talepler yargılaması (small claims court) ve bu gruba girip girmediği tartışmalı olan tahkimi sayabiliriz. Bununla birlikte alternatif uyuşmazlık çözüm yolları tahdidi nitelikte değildir. Devletlerin hukuk sistemlerine göre alternatif çözüm yollarının çeşitlenmesi mümkündür.

B. İlamsız İcra Takibi Usulünün Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolu Olarak Değerlendirilmesi

Yukarıda açıkladığımız üzere, ülkemize ve İsviçre hukukuna has bir hukuki başvuru yolu olan ilamsız icra takibi usulü, temel olarak mahkeme dışı bir çözüm yolu teşkil etmektedir⁴⁵. Kurumun ülkemizde ve hatta İsviçre’de temel ihdas amacı, saikler farklılaşsa da tam olarak yargılamaya alternatif bir usul yaratmak ve para alacakları ile teminat alacaklarının teminini bu yol ile sağlamaktır.

İlamsız icra takibinin uyuşmazlıkların mahkeme dışında çözümünü gerçekleştirdiği hususu malum olmakla birlikte konuya ilişkin eserlerde, ilamsız icra takibinin bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak ele alınmadığı, hukuku-muza özgü mahkeme dışı bir çözüm yolu olan ilamsız icra yolunun bahsinin geçmediği görülmektedir. Her nedense doktrin, meseleyi arabuluculuk, tahkim, uzlaşma gibi kurumlar çerçevesinde tartışmaktadır. Açıkçası ülkemizde uygulaması bulunmayan ve daha çok Anglosakson hukukuna özgü uyuşmazlık çözüm yolları dahi bahse değer bulunurken hukukumuzun en önemli ve aynı zamanda özgün hukuki kurumlarının başında gelen ilamsız icraya alternatif uyuşmazlık çözüm yolu perspektifinden bakılmaması açıkçası son derece şaşırtıcıdır.

Öte yandan istisnalar da yok değildir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk kez meslektaşımız *Taylan Özgür Kiraz’ın*, ilamsız icraya ilişkin 24-25 Ekim 2008’de gerçekleştirilen Medeni Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı’nda yapmış olduğu, ilamsız icra takibinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğuna ilişkin tespit, yazılı olarak kayıt altına alınmıştır⁴⁶. *Kiraz*, bu toplantıda her

43 Özbek, Arabuluculuk, s. 115; İldır, s. 26; Haluk Konuralp, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 7-8.

44 Ömer Ekmekçi/Muhammet Özkes/Murat Atalı/Vural Seven, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 8; Tanrıver, s. 152.

45 Arslan, s. 68; Adnan Deynekli/Sedat Kısa, İtirazın İptali, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s. 3; Fadıl Cerrahoğlu, “Cebri İcrada Temsil II”, İstanbul Ticaret Gazetesi, 22 Eylül 1972, s. 5.

46 Taylan Özgür Kiraz, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra, TBB Yayınları, Ankara, Ankara, s. 220.

ne kadar teknik anlamda olmasa da ilamsız icra takibinin Türk Hukuku'ndaki en büyük alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olduğunu ifade etmiştir. Diğer bir örnek olarak ise eldeki çalışmanın yazarı olan Evren KOÇ'un arabuluculuk ile ilamsız icra takip usulünü kıyasladığı sempozyum bildirisini gösterebiliriz.⁴⁷ Matuf bildiride ilamsız icra takibi usulünde hali hazırda bir yargılama faaliyetinin mevcut olmadığı ve uyuşmazlığın davaya nazaran daha çabuk sonuç elde edilebildiği ifade edilmiş, arabuluculuğun ilamsız icra takip usulü için de bir alternatif teşkil ettiği ve arabuluculuk kurumu ihdas edilmeden önce ilamsız icra usulü ile beraber mevcudiyetinin değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Meselenin kısa geçmişinden bahsettikten sonra çalışmamıza konu savımızı daha sağlam bir temele oturtmak adına ilamsız icra usulünü alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının tanımını ve özellikleri dikkate alarak incelemek gerekmektedir. Ancak tanım ve özellikler bağlamında yapılacak incelemenin öncesinde ilamsız icra takibinin uyuşmazlığın çözümüne katkısı hususunu dikkatle ele almamız gerekmektedir.

İlamsız icra takibinde alacaklının talebi üzerine borçluya gönderilen ödeme emri ile borçlu esas olarak borcunu ödemesi, tali olarak ise borcunu karşılayacak mal varlığını bildirmesi için davet edilmektedir. Uyuşmazlığı mahkeme önüne taşımadan, olumlu bir şekilde sona erdirmeyi arzulayan borçlu borcunu ödemekte ya da herhangi bir itiraz gerçekleştirilmemektedir. Borçlunun borcu ödemediği ya da itirazda bulunmadığı durumda kural olarak uyuşmazlık çözümlenmiş görünmektedir, meğerki borçlu takip kesinleştikten sonra ya da borç ödendikten sonra alacaklı aleyhine menfi tespit veya istirdat davası açmamış olsun. İşte ilamsız icra takibine alternatif uyuşmazlık çözümü niteliği kazandıran, borçlunun takip konusu borcun mevcudiyetini kabul edip buna göre aktif (borcu ödeyerek) ya da pasif (itirazda bulunmayarak) eylemde bulunmasıdır.

Karşı taraftan baktığımızda, kesinleşen her ilamsız icra takibi için uyuşmazlığın çözüme kavuştuğundan bahsedemeyiz. Böyle bir durumda ilamsız icra takibinin fonksiyonu sadece borçlunun malvarlığı üzerinde cebri icra faaliyetinde bulunma imkânı vermekten ibarettir. Uyuşmazlığı çözüme kavuşturan ise borçlunun itiraz süresinde ve takip geçtikten sonra benimsediği tutumdur.

Tanım özelinde meseleyi değerlendirdiğimizde, ilamsız icra yolunun esas amacının alacaklı ve borçlu arasındaki uyuşmazlığı mahkemeye intikal etmeden çözmek olduğunu yukarıda detaylı bir şekilde ifade etmiş bulunmaktayız. Böylelikle bir hukuki başvuru yolunun geniş anlamda alternatif uyuşmazlık çözümü olarak adlandırılması için gerekli tek unsur olan mahkeme dışı çözüm sağlama, ilamsız icra usu-

47 Evren Koç, "Arabuluculuk Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler", *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 44.

lünde açık bir şekilde mevcuttur. Salt bu sebeple dahi ilamsız icrayı geniş anlamda alternatif uyuşmazlık çözümü olarak nitelemek kanaatimizce mümkündür.

Tanımda yer alan ikinci unsur olan objektif üçüncü kişinin katılımı da ilamsız icrada söz konusudur. İlamsız icra usulü, alacaklının tarafsız bir devlet organı olan icra dairesine takip talebinde bulunması ile başlamaktadır. Ödeme emri de aynı şekilde icra dairesi tarafından borçluya gönderilmektedir. İcra dairesi bu vazifesini tamamen tarafsız bir şekilde görmektedir ve böylelikle uyuşmazlığın mahkeme dışında çözülmesi vasıta olmaktadır.

Tanımda yer alan üçüncü unsur olan ihtiyarilik de ilamsız icra usulünde mevcuttur. Kanunda alacaklıyı ilamsız icra yoluna zorlayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu bakımdan ilamsız icraya başlama konusunda tasarruf ilkesi mevcuttur.

Görüldüğü üzere ilamsız icra takip yolu alternatif uyuşmazlık çözümü için genel olarak kabul edilen tanıma ve özelliklerine uyum göstermektedir. Zorunlu arabuluculuk ve müzakere gibi alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından sayılan kurumların bu tanım ile tam olarak uyum göstermediği düşünüldüğünde; ilamsız icranın tanıma tam olarak uyması çalışmamızın savını çok daha güçlü kılmaktadır.

Tanımın yanında, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının iradilik, bağlayıcı olmama ve mahkeme yolunu kapamama şeklinde genel kabul görmüş karakteristik özellikleri olduğunu belirtmiştik. Tanıma uygun olduğu yönündeki kanaatin ve tespitin ardından ilamsız icra usulünün bu kriterler yönünden değerlendirilmek doğru olacaktır.

Birinci karakteristik özellik olan iradilik açısından, bu unsur alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna katılımın, aynı şekilde sürece devam etme ile süreç sonunda anlaşmaya varıp varmamanın tarafların iradesine tabi olmasını ifade etmektedir⁴⁸. Esas itibarıyla alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin başlıca karakteristiği olan iradilik, zorunlu arabuluculuk gibi uygulamalar ile beraber daha dar yorumlanmaya başlanmış, zorunlu arabuluculuğa meşruiyet kazandırma amacıyla iradilik unsurunun sürece devam açısından mevcudiyetinin yeterli olduğu gibi yorumlara sebep olmuştur⁴⁹.

İlamsız icra takibi açısından baktığımızda ise iradilik unsurunun tamamen mevcut olduğu ortadadır. İlamsız icra takibi tamamen alacaklının iradesine bağlı olarak, herhangi bir yargısal denetim olmaksızın başlamaktadır. Prosedürün başlaması için alacaklının bu yöndeki iradesi ile İİK'da takip talebinin

48 Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 113-115; Tanrıver, s. 154; Özbeke, AUÇ, s. 172.

49 Zorunlu arabuluculuk uygulamasının eleştirisi için bkz. Seda Özmemcu, "Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 74, S. 2, 2016, s. 807-842.

gönderimine ilişkin şekli esaslara riayet edilmesi yeterli olmaktadır.⁵⁰ Alacaklı yönünde iradilik ise sadece takibin başlatılması için değil, aynı zamanda takibe devam edilmesi konusunda da geçerlidir. Alacaklı istediği aşamada ilamsız icra takibinin devamı sırasında borçlunun rızasını aramaksızın takipten vazgeçebilmektedir⁵¹. Bu durum HMK m. 24'te değinilen tasarruf ilkesinin icra hukukunda da geçerli bir ilke olmasının doğal sonucudur⁵². Borçlu açısından bakarsak da borçlu, kendisine gönderilen ödeme emrine karşı işin esasına dair olarak iki yol izleyebilir. Birincisi, borcun bir kısmının ya da tamamının varlığını kabul ederse bu durumda borcu kabul eder ya da ödeme emrine itiraz etmeyerek takibin kesinleşmesini sağlar. Keza borcun varlığını kabul ettiği halde dosyaya ödemede de bulunabilir. Bu halde uyuşmazlık görünürde kısmen ya da tamamen çözümlenmiş olacaktır, meğerki borçlu İİK m. 72 uyarınca menfi tespit ya da istirdat davasına başvurarak uyuşmazlığı mahkeme önüne taşısın. İkinci temel yol olarak ise borçlu ödeme emrine itiraz eder. Ödeme emrine itiraz etme konusunda ise borçlunun irade serbestisi bulunmaktadır.

İkinci özellik olarak bağlayıcı olmama özelliğinden bahsetmek gerekmektedir. Kural olarak alternatif uyuşmazlık çözümü sürecinden çıkan sonuç taraflar için bağlayıcı nitelikte olmamaktadır⁵³. Bununla beraber bu kural mutlak değildir. Taraflar iradi olarak varılan çözümün bağlayıcı olacağını kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda ise bağlayıcılık, ahde vefa niteliği taşımaktadır; kural olarak kesin hüküm gibi kendiliğinden cebri bir bağlayıcılık özelliği kazanmamaktadır⁵⁴. Benzer şekilde ilgili yasal düzenleme de çıkan sonucun bağlayıcı olacağını öngörebilir. Hukukumuzda tarafların arabuluculuk süreci sonunda anlaşması halinde, taraflar ile avukatlarının imzaladıkları arabuluculuk belgesinin ilam niteliğinde sayılması (HUAK m. 18/4) ile arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşılan hususlar hakkında dava açılmayacağına ilişkin düzenleme bu istisnaya örnek teşkil etmektedir⁵⁵.

İlamsız icra yönünden baktığımızda, bu usulde tarafların anlaşması son derece basit bir çerçevede gerçekleşmektedir. Takip talebi bir bakıma alacaklının

50 Gören Ülkü, Ödeme Emri, s. 10; Favre, s. 13; Message du Projet, s. 36.

51 Timuçin Muşul, İcra ve İflas Hukuku, Cilt 1, 6. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2013, s. 285; Üstündağ, İcra, s. 9.

52 Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özkes, İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 24.

53 Konuralp, s. 13; İldır, s. 29.

54 Nitekim bağlayıcı hüküm verme özelliğine bağlı olarak tahkimin alternatif uyuşmazlık çözümü niteliğinde olup olmadığı tartışmalıdır (Özbek, AUÇ, s. 187).

55 Bu hükmün eleştirisi için bkz. Ekmekçi/Özkes/Atalı/Seven, s. 113-115; Yazarlar haklı olarak arabuluculuk süreci sonucunda anlaşmaya varmanın dava açmanın engellenmesini mümkün olmadığını ifade etmektedirler.

anlaşmaya ilişkin önerisi (TBK m. 3) niteliğinde görülebilir. Alacaklının borçlu ile uyuşmazlığının bu prosedür içinde çözümlenmesi ise borçlunun borca itiraz etmemesi yani borcu kabul etmesi, borcu ödemesi, ya da ödeme emrine karşı sükût göstermesi ile söz konusu olmaktadır. Tüm bu hallerde ise ortaya çıkan sonuç taraflar için bağlayıcı olmaktadır. Borca yönelik geçerli bir itirazın bulunmasının itirazın bertaraf edilmesi için açılacak davalar için dava şartı kabul edilmesi⁵⁶ bununla ilintilidir ve prosedür sonucunda anlaşmanın taraflar için bağlayıcı olduğunu göstermektedir.

Öte yandan yukarıda ifade ettiğimiz gibi bağlayıcı olmama hususu alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğinin mutlak bir niteliği olmadığı gibi ilamsız icra yolunun bağlayıcı niteliği arabuluculuk gibi ilk akla gelen alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna kıyasla daha esneklerdir. Öyle ki ödeme emri karşısında itirazda bulunmayan borçlunun İİK m. 72 uyarınca menfi tespit davası ya da istirdat davası açması mümkündür. Dolayısıyla borçlu itiraz etmemesinin sonuçlarıyla bağlı olmayarak yargı yoluna başvurabilmektedir.

Üçüncü ve son temel karakteristik özellik olan mahkeme yolunun kapalı olmaması da ilamsız icra yolunun temel özelliklerinden birisini teşkil etmektedir. İlamsız icra, mahkeme dışı bir çözüm getirmekteyse de hiçbir şekilde alacaklının ilamsız icraya başvurmadan önce ya da başvurduktan sonra sürecin itiraz ile akamete uğramasından sonra alacak hakkını mahkeme nezdinde aramasını engellememektedir. Bilakis ilamsız icra usulü medeni yargılama usulü ile tamamen entegre haldedir. Kanun koyucu, itirazın bertaraf edilmesi için itirazın kaldırılması ve itirazın iptali davalarını öngörmüş bulunmakta olup söz konusu davalar icra hukukuna özgü davalardır. Bunların dışında ise ilamsız icra usulü hiçbir şekilde hak arama hürriyetini sınırlayıcı nitelikte değildir. Alacaklı ilamsız icra yoluna başvurmak yerine alacağını doğrudan açacağı bir alacak davası ile de talep edebilir. Keza aynı imkân borçlu için de söz konusudur. Borçlu taraf ödeme emrinin kendisine tebliğinden önce veya sonrasında itiraz süresi geçtikten sonra hukuki yararı bulunması koşuluyla İİK m. 72/1 uyarınca menfi tespit davası açma imkânını haizdir⁵⁷.

56 Muşul, s. 394; Taylan Özgür Kiraz, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Adalet Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013, s. 67; Mehmet Kamil Yıldırım/ Nevhis Deren-Yıldırım, *İcra ve İflas Hukuku*, Beta Yayınları, 7. Baskı, İstanbul, 2016, s. 102-103; “Geçerli bir itirazın bulunması, itirazın iptali davasında dava şartı olmasına karşın mahkemece bu hususa dikkat edilmemiştir. Belirtilen nedenlerle asıl ve birleşen davaların bozulması gerekmiştir.” Yargıtay 19. HD 24.9.2019 T. 2018/2883 E. 2019/4483 K. (Kazancı).

57 Baki Kuru, *İcra Ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası Ve İstirdat Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 24; Ahmet Türk, *Maddi Hukuk Ve İcra-İflas Hukuk Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 190 vd.; Muşul, s. 432.

Yeri gelmişken, ilamsız icrada borçlunun ödeme emrine karşı sükutunun borçlu açısından hak arama hürriyetini ihlal ettiği yönündeki doktrinde ileri sürülen görüşe katılmadığımızı ifade etmek isteriz⁵⁸. Söz konusu görüşün dayanağını oluşturan hususlar haklı olmakla birlikte bunlar ilamsız icranın niteliğinden ziyade tebligat sistemindeki sorunlardan kaynaklıdır. Bu sorunlar icra prosedürünün yanında yargılama için de varittir. Dolayısıyla bu sorunların salt ilamsız icraya indirgenmesi mümkün olmadığı gibi bu tür sorunlar ilamsız icra usulünün mahkeme yolunu açık tuttuğu gerçeğini de değiştirmemektedir⁵⁹.

Karşı tarafta klasik alternatif çözüm yollarından arabuluculukta zorunlu arabuluculuk uygulaması çerçevesinde mahkeme yolu kapatılmış bulunmaktadır (HUAK m. 18/A). Benzer şekilde doktrinde alternatif çözüm yolu olduğu ifade edilen tüketici hakem heyetleri açısından da belirli bir meblağın altındaki uyuşmazlıklarda mahkeme yolu kapatılmış bulunmaktadır (TKHK m. 68/1)⁶⁰. Taraflar mahkemeye gitmeden önce mezkûr yollara başvurma mecburiyeti altındadır. Benzer şekilde Anayasa Mahkemesi'nin iş uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuğa ilişkin iptal talebini incelediği kararında da zorunlu arabuluculuğun hak arama hürriyeti ile mahkemeye erişim hakkına sınırlama getirdiği belirtilmiş, ancak zorunlu arabuluculuğun kişilerin hak aramalarını imkânsız hâle getiren veya aşırı derecede zorlaştıran etkisiz ve sonuçsuz bir sürece neden olmadıkça hak arama hürriyetinin özüne dokunmadığını ifade etmiştir⁶¹.

Görüldüğü üzere ilamsız icra usulü, temel karakteristikleri arabuluculuk gibi klasik nitelikteki alternatif çözüm yöntemlerine nazaran çok daha belirgin ve ciddi şekilde barındırmaktadır. Bu karakteristik özelliklerin dışında kanaatimizce ilamsız icra usulü ile bağdaştıramayacağımız tek husus ise şekle bağlı olunmamasıdır. İcra hukukunun başlı başına şekli bir hukuk dalı olmasının yanında ilamsız icrada, prosedürün başlamasında alacaklının iradesinin yeterli kabul edilmesi sebebiyle son derece sıkı şekil şartları ve şekle bağlılık öngörülmüştür⁶². Ancak şekle tabi olmama unsurunun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak

58 Oğuz Atalay, "İlamsız İcra, Yargısız İnfaz Olur Mu?", *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2004/1; s. 67-69; Muhammet Özekes, "Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme", *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra*, TBB Yayınları, Ankara, 2009, 265 – 291.

59 Süha Tanrıver, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra*, TBB Yayınları 2009 Ankara, s. 293.

60 Hakan Pekcanitez, "Tüketici Sorunları Hakem Heyeti", *İzmir Barosu Dergisi*, 1996/3, s. 40-58 (s. 41); Budak ise mahkeme yolunun kapatılmış olması sebebiyle tüketici hakem heyetlerinin alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olamayacağını ifade etmiştir (Ali Cem Budak, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Tüketici Hakem Heyetleri", *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı, 2014, s. 80.

61 AYM, 11.07.2018 T. 2017/178 E. 2018/82 K. (RG 11.12.2018 – 30622).

62 Gören Ülkü, *Ödeme Emri*, s. 14.

niteleme hususunda etkisi bulunmamaktadır. Nitekim dava şartı olan arabuluculukta da gerek arabuluculuğa başvuruda gerekse arabuluculuk sürecinin yürütülmesi ile sürecin sonlandırılmasında şekil şartları öngörülmektedir⁶³.

Sonuç

İlamsız icra usulünün gerek İsviçre’de gerekse ülkemizde benimsenmesindeki asıl amacın para ve teminat alacaklarına ilişkin uyuşmazlıkları mahkeme dışında çözüme kavuşturmak için muteber ve kolay bir yol sağlamak olduğu, kurumun benimsenmesine ilişkin tarihsel sürecin incelenmesi ile açık bir şekilde anlaşılmaktadır. Gelineen noktada, ilamsız icra usulüne ilişkin birçok sorunun olduğu muhakkak olmakla birlikte kurumun bu esas amacına uygun bir işlev gösterdiği sabittir. Bu sebeptendir ki ilamsız icra usulü 1928 yılından itibaren hukukumuzun merkezi bir parçası haline almıştır.

Kurumun amacı yönünden baktığımızda, ilamsız icranın mahkeme yoluyla çözüme alternatif oluşturduğu, bu yönüyle teknik açıdan alternatif çözüm yolu kabul edilen birçok kurumdan daha işlevsel olduğu görülmektedir. Teknik açıdan baktığımızda ve daha ayrıntılı tanımlar üzerinde ilerlediğimizde de ilamsız icra takibinin, bir hukuki yolun alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olarak kabulü için aranan temel karakteristikler olan iradilik, bağlayıcı olmama ve mahkeme yolunu kapatmama özelliklerinin tamamını taşıdığı görülmektedir. İlamsız icra usulü, zorunlu arabuluculuk gibi yollara nazaran bahse konu alternatif çözüm yolu kriterlerine çok daha uyumlu gözükmektedir.

Ezcümle, ilamsız icra usulü bir cebri icra takip yolunun ötesinde, aynı zamanda alternatif uyuşmazlık çözüm yolu niteliğini taşımaktadır. Bununla beraber ilamsız icra, basitliği, işlevselliği ve özgünlüğü ile birlikte diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının yanında olumlu anlamda öne çıkmaktadır. Bu doğrultuda ilamsız icra yoluna ilişkin tartışmalarda ve bu yol ile bağlantılı kurumların niteliği ve diğer alternatif uyuşmazlık çözüm yolları ile ilişkisi değerlendirilirken, ilamsız icranın bu özelliği dikkate alınmalıdır.

63 “Dava şartı olarak arabuluculuğun ağır koşullara bağlanması ve birkaç defa bu yola başvurulmasının gerekliliğine dair uygulama, işe iade davalarında hak düşürücü süre sorunlarının yaşanmasına, tazminat ve alacaklar yönünden alacağın kısmen zamanaşımına uğramasına, birden fazla arabuluculuk ücretlerinin yargılama giderlerine eklenmesiyle bu yöndeki sorumluluğun taraflara paylaştırılmasında tereddütlere ve en nihayet arabulucunun sorumluluğuna neden olabilecektir. Bu tür anlaşmazlıklara ve tereddütlere meydan verilmemesi için arabuluculuk tutanağında tarafların anlaşmaları yada anlaşamadıkları alacak kalemleri tek tek belirtilmelidir.” Yargıtay 2. HD 9.5.2019 T. 2019/3584 E. 2019/10279 K. (Lexpera).

KAYNAKLAR

- Adli İstatistikler 2019, Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğü, Ankara 2019.
- Ali Haydar Efendi, *Dürrü'l Hükkam Şerhu Mecelleti'l Ahkam*, C. 3, Diyanet İşleri Başkanlığı, İstanbul, 2020.
- Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, 5. Bası, Ankara 1960.
- Arslan, Aziz Serkan, *İcra Takip İşlemleri*, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.
- Atalay, Oğuz, “İlamsız İcra, Yargısız İnfaz Olur Mu?”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2004/1; s. 67-69.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *İcra ve İflas Hukuku Birinci Cilt*, İstanbul, 1945.
- Biçkin, İnci, “Genel Olarak Alternatif Uyuşmazlık Çözümü”, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, 2006/7, s. 34-39.
- Block, Marc Jonas, “The Benefits Of Alternate Dispute Resolution For International Commercial And Intellectual Property Disputes”, *Rudgents Law Record*, Volume 44, 2016-2017, s. 2 (lawrecord.com).
- Budak, Ali Cem, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’a Göre Tüketici Hakem Heyetleri”, *Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı 2014, s. 77-103.
- Bulur, Alper, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2007/4, s. 30-45.
- Cappelletti, Mauro, “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-To-Justice Movement”, *The Modern Law Review*, Vol. 56, May 1993.
- Cerrahoğlu, Fadıl, “Cebri İcrada Temsil II”, İstanbul Ticaret Gazetesi, 22 Eylül 1972.
- Deynekli, Adnan/ Kısa, Sedat, *İtirazın İptali*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.
- Ekmekçi, Ömer; Özekes, Muhammet; Atalı, Murat; Seven, Vural, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Favre, Antoine, *Droit Des Poursuites*, 3e édition, Fribourg, 1974.
- Fritzsche, Hans, *Das Rechtsbot: Eine Eigentümlichkeit Ostschweizerischer Zivil – Prozesse*, Schulthess, Zurich, 1905, s. 6-10.
- Gillieron, Pierre-Robert, *Poursuite Pour Dettes, Faillite Et Concordat*, Seconde édition, Payot, Lausanne 1988.
- Gören Ülkü, Nazlı, *İcra Hukukunda Ödeme Emri*, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007 (Ödeme Emri).
- Gören Ülkü, Nazlı, “İlamsız İcraya İlişkin Uygulamalar”, *Yavuz Alangoya İçin Armağan*, Alkim, İstanbul, 2007, s. 571-586 (İlamsız İcra).
- Greder, Marcel; Jornot, Gustave, *Poursuite Pour Dettes et Faillite*, 2eme édition, Geneve 1949.
- Ildır, Gülgün, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü (Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler)*, Seçkin, İstanbul 2003.
- Jeardin, Nicolas, “Comment Commencer Une Poursuite”, *JDT* 2020 II p. 4,8 (Swisslex).
- Karşlı, Abdurrahim, “Alman Hukukunda Mahnverfahren Usulünün Türk Hukukunda

İlamsız İcra Usulü İle Karşılaştırılması”, *Saim Üstündağ’a Armağan*, Adalet Yayınları, İstanbul 2009, s. 311- 330.

- Kiraz, Taylan Özgür, *İcra Mahkemesinde İtirazın Kaldırılması*, Adalet Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2013.
- Koç, Evren, “Arabuluculuk Kanunu’nun Uygulanmasına İlişkin Tespitler”, *Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Sempozyumu I*, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2014.
- Konuralp, Cengiz Serhat, *Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Tahkim*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2011.
- Konuralp, Haluk, *Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukukunda Menfi Tespit Davası ve İstirdat Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.
- Kuru, Baki, “Ödeme Emri”, *Makaleler*, İstanbul, 2006, s. 521 – 527.
- Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra, TBB Yayınları, Ankara 2009.
- Message Du Conseil Fédéral À L’assemblée Fédérale Concernant Le Projet De Loi Fédérale Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite Adopté Par Le Conseil Fédéral Le 23 Février 1886 (Message du Projet), Feuille Fédérale Suisse Vol II 8 Mai 1866.
- Monnier, Félicien, “Louis Ruchonnet (1834–1893): Père De La Loi Fédérale Sur La Poursuite Pour Dettes Et La Faillite”, *BLSchK* 2017, s. 187-192.
- Muşul, Timuçin, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt 1, 6. Baskı, Adalet Yayınları, İstanbul, 2013.
- Özbay, İbrahim, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 3-4, 2006, s. 459-475.
- Özbek, Mustafa Serdar, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 168 (AUÇ).
- Özbek, Mustafa Serdar, “Avukatlık Kanunu’nun 35/A Maddesine Göre Arabuluculuk”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2001/3, s. 113-139 (Arabuluculuk).
- Özekes, Muhammet, *Pekcanitez Medeni Usul Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Özekes, Muhammet, “Türk İcra Hukukunun Sorunları ve Temel Haklar Bakımından Değerlendirme”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra*, TBB Yayınları, Ankara, 2009, s. 265-291.
- Özmumcu, Seda, “Karşılaştırmalı Hukuk Ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bir Bakış”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 74, S. 2, 2016, s. 807 – 842.
- Öztekin, Selçuk, “Türk İcra Hukukunun Eleştirisi”, *Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı – VII: İlamsız İcra*, TBB Yayınları, Ankara, 2009.
- Pekcanitez, Hakan, “Tüketici Sorunları Hakem Heyeti”, *İzmir Barosu Dergisi*, 1996/3, s. 40-58.
- Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral; Özekes, Muhammet, *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 6. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Postacıoğlu, İlhan E., *İcra Hukuku Esasları*, İstanbul, 1982.

- Şanlı, Cemal, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*, 6. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tanrıver, Süha, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Çözüm Yolları ve Özellikle Arbuluculuk”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2006/64, s. 151-177.
- Türk, Ahmet, *Maddi Hukuk ve İcra-İflas Hukuk Yönleriyle Menfi Tespit Davası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.
- Umar, Bilge, *İcra İflas Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi*, İzmir, 1974.
- Üstündağ, Saim, *İcra Hukukunun Esasları*, 8. Bası, İstanbul, 2004.
- Üstündağ, Saim, *İcra ve İflas Kanunu'nun Dünü ve Bugünü*, Evrim Kitabevi, İstanbul, 1990.
- Walker, Wolf-Dietrich, “Avrupa İlamsız İcra Takibi” (Çev. Cenk Akil), *Ankara Barosu Dergisi*, 2011/1, s. 115-127.
- Yıldırım, Mehmet Kamil; Deren Yıldırım, Nevhis, *İcra ve İflas Hukuku*, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.kazanci.com.tr
- www.lexpera.com.tr
- www.swisslex.com
- www.tbmm.gov.tr

Zorunlu Elektronik Tebligatta Delil Kaydı*

Evidence Record in Obligatory Electronic Notification

Evren KOÇ**

ÖZ

Yargı mercilerinin ve Tebligat Kanunu uyarınca tebligat yapmak zorunda olan gerçek ve tüzel kişilerin tebligat işleminin güvenli ve hızlı yapılmasında menfaatleri bulunmaktadır. Mevzuatta bulunan tebligat yolları ile tebliğ işleminin hızlı ve güvenli şekilde gerçekleştirilmesinde zorluklar bulunmakta, teknolojik gelişmelerin tebliğ işlemine adaptasyonu zorunlu bir hal almaktadır. Bu nedenle Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi (UETS) merkezi bir ağ sağlayarak tebligat işlemlerinin gerçekleştirilmesine imkân tanımaktadır. Bu sistem, Kanun ve Yönetmelikle belirlenen esaslar içinde faaliyet gösterecek ve mevzuatta yer alan tebligat için özel olarak düzenlenmiş belge ve evrakların düzenlenmesine, saklanması aracılık edecektir. Tebligat Kanunu'na (TebK) uygun olarak tebliğ işlemini gerçekleştirecek olan gerçek ve tüzel kişiler işlemlerini bu sistem üzerinden gerçekleştirmek zorundadırlar. Tebligat işlemi hakkında bir ihtilafın ortaya çıkması halinde UETS'de bulunan ve dijital ortamda saklanan kayıtlar esas alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu nedenle Elektronik Tebligat Yönetmeliği (ETY) ile düzenlenen ve Kanun'da bulunan tebligat yollarında kullanılan evraklardan farklı olan evrakların değerlendirilmesi ve hukuki olarak tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu evrakların başında da delil kaydı gelmektedir. Yargılamada elektronik tebligat işleminin ispatını ilgili mevzuatta düzenlenen delil kaydı sağlayacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tebligat, Elektronik Tebligat, Delil Kaydı, Elektronik Tebligat Yönetmeliği, Tebliğ Mazbatası

ABSTRACT

Judicial authorities, individuals and legal persons who have to make a notification in accordance within the meaning of the Notification Law have an interest in the notification procedures safety and speediness. There are difficulties in carrying out the notification process on a fast and secure basis with the other notification met-

* Makale gönderim tarihi: 20.03.2021. Makale kabul tarihi: 16.05.2021. Evren Koç, "Zorunlu Elektronik Tebligatta Delil Kaydı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 259-271; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.11>

** Dr. Öğr. Üyesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye, E-Posta: evrenkoc@istanbul.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0003-1379-8771>

hods regulated in the legislation, thus, adaptation of technological developments to the notification procedure becomes necessary. Therefore, the National Electronic Notification System enables the execution of notification processes by providing a central network. The National Electronic Notification System will operate within the principles determined by the Notification Law and Regulation, and will provide the arrangement and storage of documents and documents specially arranged for the notification in the legislation. Individuals and legal persons who will carry out the notification process in accordance with the Notification Law must perform their notification process through this system. In the event of a dispute about the notification process, an evaluation must be made based on the records in the National Electronic Notification System and stored in digital environment. For this reason, it is necessary to evaluate and legally determine the documents that are different from the documents regulated by the Electronic Notification Regulation and used in the notification ways in the Law. Evidence record comes first among these documents. The proof of the electronic notification process in the trial will provide the evidence record regulated in the relevant legislation. It is essential that the evidence record is arranged in accordance with the Law and Regulation. The Notification Law accepts that a limited number of individuals and legal persons are within the scope of mandatory electronic notification. In the electronic notification process, the elements of the notification process and the proof of these elements are arranged separately. In this way of notification, the proof and validity of the notification process can be provided by the record of evidence. Evidence records, that are regulated in the relevant legislation, provide the proving of electronic notification process.

Keywords: Notification, Electronic Notification, Evidence Records, Electronic Notification Regulation, Notification Report.

Giriş

01.01.2019 tarihinde yürürlüğe giren ve TebK'da değişiklik yapan düzenleme ile elektronik tebligat yolu, TebK'da yer alan düzenlemeden daha geniş ve kapsamlı bir yapıya kavuşmuş oldu. ETY'nin yürürlüğe girmesi ile birlikte adli merciler ve idarî mercilerin elektronik tebligat yoluna ilişkin farklı uygulamalarda buldukları görülmektedir. Bu durumun en önemli sebebi, klasik tebligat yolu olarak tanımlayabileceğimiz posta yolu ile tebligat düzenlemesinde yer alan kural ve kavramların elektronik tebligat yolunda aynı şekilde tanımlanmamış olmasıdır. TebK'nun düzenlediği tebligat yollarında yeknesak bir uygulamanın varlığı esas alınmalıdır. Bu sebeple elektronik tebligat yolunda da tebligatın kurucu unsurlarının varlığı tespit olunmalı ve elektronik tebligatın ispatı için kullanılmalıdır. Bu çalışmamızda ilk olarak tebligat ve zorunlu tebligat kavramları iledî ve idarî yargı bakımından tebligat üzerinde durulacak, son olarak ise elektronik tebligatın zorunluluğu ve delil kaydının etkisine dair mevzuat ve içtihatlar kapsamında hukuki değerlendirmede bulunulacaktır.

I. Genel Olarak

Tebliğat, hukuki işlemlerin kanunda öngörüldüğü şekilde muhatabına veya muhatap adına kabule kanunen yetkili şahıslara yazılı olarak bildirim ve bu bildirim yapıldığının kanunda öngörüldüğü şekilde belgelendirilmesi, kısacası bildirim ve belgelendirme işlemidir¹. Tebliğat kavramı ayrıca, dava taraflarının, davayla ilgili bir işlemi öğrenebilmesi için usûlüne uygun bir biçimde yazı ile veya ilân yolu ile yapılan bir işlem olarak da tanımlanabilecektir.

Tebliğat işlemine ilişkin bu tanımlamalarda görüleceği üzere, yazılı bildirim ve belgelendirme, tebliğ işleminin iki zorunlu unsurudur. Bu iki unsurun ya da bu iki unsurdan birinin mevcut olmaması halinde “tebliğatın yokluğu” sonucu doğmuş olacaktır. TebK ve ilgili mevzuat, tebliğ işleminde gerçekleştirilmesi gereken belgelendirme unsuruna özel bir önem atfetmiştir. Tebliğat hukuku şekli bir hukuk dalı olup, sıkı şekil şartlarına tâbidir. Bu nedenle, Kanun ve Yönetmeliğin açıkça ve ayrıca düzenlemediği bir yolla tebliğat işleminin tamamlanamayacağı kabul edilmiştir. Tebliğ işlemi, sadece Kanun ve Yönetmelikte gösterilen şekil ile belgelendirilebilecektir. Yargıtay’ın kararları da bu doğrultudadır².

- 1 Baki Kuru, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 1659; Güray Erdönmez, *Pekcamentez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2017, s. 487; Süha Tanrıver, *Medenî Usûl Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 455; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz, Emel Hanağası, *Medenî Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, 2020, s. 188; Ali Cem Budak, Varol Karaarslan, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınları, 2017, s. 117; Timuçin Muşul, *Tebliğat Hukuku*, 7. Bası, Adalet Yayınları, 2018, s. 103; Ejder Yılmaz, Çağlar Tacar, *Tebliğat Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, 39; Mine Akkan, “7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebliğat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi”, Ed. Muhammet Özokes, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebliğat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha, 2018, s. 152; Ayşe Ece Acar, “Elektronik Tebliğat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 160; Levent Börü, “Elektronik Tebliğat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2020, s. 187; İbrahim Özbay, “6099 Sayılı Kanun ve Tebliğat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebliğat Hukukundaki Son Değişiklikler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115.
- 2 “...tebliğat, bilgilendirme yanında, belgelendirme özelliği de bulunan bir usul işlemidir. Bu nedenle, tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Tebliğat Kanunu hükümleri tamamen şeklidir. Kanunun amacı, tebliğin muhatabına ulaşması, konusu ile ilgili olarak kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususun belgeye bağlanmasıdır. Hâl böyle olunca, kanun hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur...”; Yargıtay 22 HD, 6859/3267, 16.06.2020; “... tebliğat bilgilendirme yanında belgelendirme özelliği bulunan bir usul işlemidir. Gerek tebliğ işlemi ve gerekse tebliğ tarihi ancak yasa ve yönetmelikte emredilen şekillerle tevsi ve dolayısıyla ispat olunabilir. Bu sebeple tebliğatın usul yasaları ile ilişkisinde daima göz önünde tutulmalıdır...”, Yargıtay HGK, 11-698/1005, 03.12.2014, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi); “... bu nedenle tebliğ ile ilgili 7201 sayılı Tebliğat Kanunu ve tüzüğü hükümleri tamamen şeklidir. Kanun ve tüzüğün amacı tebliğin muhatabına ulaşması konusu ile ilgili olarak kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususun belgeye bağlanmasıdır. Hal böyle olunca kanun ve tüzük hükümlerinin en ufak ayrıntılarına kadar uygulanması zorunludur...”, Yargıtay HGK, 21 – 869/754, 14.12.2011; Yargıtay HGK, 9-52/105, 04.03.2009, “... Kanun ve tüzüğün amacı, tebliğatın muhatabına en kısa zamanda ulaşması, konusuyla ilgili olan kişilerin bilgilendirilmesi ve bu hususların belgeye bağlanmasıdır... Kanun ve tüzüğün belirlediği şekilde yapılmamış ve belgelendirilmemiş olan tebliğatların geçerli olmayacağı Yargıtay içtihatlarında açıkça vurgulanmıştır. Tebliğat Kanunu ile tüzüğünde öngörülen

Yargıtay kararlarında ve doktrinde açıkça belirtildiği üzere, tebligat bir usulî işlem olup ilgili kanunda belirtilmiş somut şartlara tabi olarak gerçekleştiril-medikçe varlık kazanamayacaktır.

Kanun tarafından düzenlenmiş sürelerin tebliğe bağlı tutulması halinde, başlangıç anına esas oluşturan tebliğ tarihinin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde kesin olarak belirlenmesi gerekir. Başvuru süresinin başlangıcını belgelendiren yani tebliğ işleminin varlığını ispat edebilecek tek belge tebligat mazbatasıdır (TebK m. 23). Tebliğin varlığı, ancak tebliğ tutanağı ile ispat edilebilir. Yazılı bildirim yapılmış olmasına rağmen, yazılı bildirim yapıldığı belgelendirilmemiş (mazbata tanzim edilmemiş) ise, ortada tebliğ olarak nitelendirilebilecek bir hukukî işlem yok demektir. Tebliğin konusu ve muhatabın o tebliğ konusundan bilgi sahibi olduğunun belgelendirilmesi, ancak tebliğ mazbatası ile sağlanabilecektir. Tebliğ işleminin kurucu unsurlarından olan belgelendirme unsuru, tebliğ mazbatası ile gerçekleştirilmiş olur³.

Muhatabın tebliği aldığı tarih, tutanak üzerine şerh edilerek tebligatın muhataba yapıldığı tarih tespit edilmiş olur. Tebliğ evraklarından olan tebliğ mazbatası, Türk Medenî Kanunu (TMK) m. 7 hükmü uyarınca resmi belge niteliğine sahiptir⁴. TMK m. 7/2, resmi senetlerin doğru olmadığının ispatını, kanunda başka hüküm bulunmadıkça her hangi bir şekle bağlı tutmamıştır. Dolayısıyla tebliğ mazbatasının aksi, her türlü delille iddia ve ispat edilebilir⁵. Elektronik yolla tebligat zorunluluğunun TebK'da düzenlenmesi ile ortaya çıkan yeni tebligat sisteminde, tebliğin belgelendirme işleminin, yani ya tebliğ mazbatasının yerini hangi evrakın dolduracağını tespiti önem taşımaktadır.

7101 sayılı Kanun ile değiştirilen TebK m. 7/a hükmünde belirtilen gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur. Bu maddede yer alan gerçek ve tüzel kişilere tebligatın elektronik yolla gerçekleştirilmesinde, TebK'nun temel prensiplerine aykırı ya da istisna bir durum getirilmiş olduğu kanaatinde değiliz. Özellikle Kanun'un "Umumi Hükümler" kısmında yer alan bu düzenleme yargılamanın hızlanması ve daha ucuz bir yargılama faaliyetinin

şekilde işlem yapılmış olmadıkça tebliğ memuru tarafından yapılan yazılı beyan onun mücerret sözünden ibaret kalır ve dolayısıyla belgelendirilmiş sayılmaz...", Yargıtay HGK, 18-100/226, 20.04.1994, Yargıtay HGK, 18-480/486, 02.06.1999; Yargıtay HGK, 12-200/187, 04.04.2007, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

- 3 Kuru, s. 1677; Mine Akkan, "Tebliğat Hukuku Çerçevesinde Elektronik Tebligat", *Medeni Usul İcra ve İflas Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 39, 2018, s. 49.
- 4 Ayşe Ece Acar, "Ulusal Elektronik Tebligat Sisteminde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2020, s. 81.
- 5 Aynı yönde Yargıtay HGK, 765/216 26.02.2019; Yargıtay 12. HD, 1130/8996, 21.10.2020; Yargıtay 12 HD, 09.05.2016; Yargıtay HGK 07.04.1982 1377/337 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

gerçekleşmesini amaçlamaktadır. TebK’da yer alan tebligat yollarına, “zorunlu ve alternatif” bir yol daha eklenmiştir. Tebligat işleminin, belgelendirme ve bilgilendirme unsurlarının bu tebligat yolunda da var olduğunu kabul etmemiz gerektiği düşüncesindeyiz⁶. ETY m. 3/b, b ve m. 12 hükümleri “delil kaydı” kavramı ile tebligat işlemiyle bildirimini sağlamak istenen bilginin muhatabına ulaştığını belgeleyecek evrakı tanımlamaktadır.

Elektronik tebligatta tebliğ işleminin tutanağa bağlanması “delil kaydı” aracılığı ile sağlanmış olacaktır. Bu noktada kanaatimiz tebliğ mazbatasına ilişkin doktrin ve içtihatların, delil kaydının kendine özgü teknik detayları öncelikle göz önüne alınarak “delil kaydı”na uygulanması gerektiği yönündedir⁷. Aksinin kabulü durumunda, aynı dava dosyasında elektronik yolla tebliğ yapılması gereken gerçek ve tüzel kişilere yapılan tebligat işlemleri ile diğer tebliğ yollarına muhatap olan gerçek ve tüzel kişilere yapılan tebligat işlemlerinin ispatlanması, bunların usulsüzlük ya da yokluğunun ileri sürülebilmesi açısından birbiri ile çelişen sonuçlar doğabilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 ile Anayasa m. 36 kapsamında adil yargılama hakkının önemli bir unsuru olan tebligat işleminin, objektif (kanunla belirlenmiş olan) hükümlerle geçerliliğinin belirlenmesi esastır. Davada tarafın ya da mahkemenin yaptığı işlemlerin tebliğ zorunluluğu, her tebliğ işleminin gerçekleşmiş olduğunun ispat edilmesini gerektirir. Elektronik tebligatta da diğer tebliğ yollarında bulunan ilke (ETY m. 4) ve esasların uygulanması gerekmektedir.

ETY m. 4/1, a uyarınca teslim, bilgilendirme ve belgelendirmenin sağlanması elektronik tebligatta uyulması gereken ilkelerdendir. Bu hükümle tespit olunacağı üzere, “belgelendirme” unsuru, elektronik tebligat sisteminde de yer almakta, bunun sonucunda da tebliğ mazbatasının yerini tutması gereken, elektronik tebligatın varlığını ispat edecek belgeye ihtiyaç bulunmaktadır.

II. Adli ve İdarî Yargı Açısından Tebligat

Danıştay, Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerine ait her türlü tebliğ işleri, 7201 sayılı TebK hükümlerine göre yapılır. Bu suretle yapılacak tebliğlere ait ücretler ilgililer tarafından peşin olarak ödenir (İdari Yargılama Usul Kanunu m. 60). TebK genel hükümleri (m. 1-33) ve özel hükümleri (m. 34-44) kazaî mercilerin yapacakları tebligat işlemlerinde geçerlidir. İdari Yargılama Usul Kanunu (İYUK)ve TebK hükümleri uyarınca,

6 Elektronik Tebligat Yönetmeliği m 4/1, b (a).

7 Aynı yönde bkz. Acar, Delil Kayıtları, s. 82 vd..

idari yargı organlarının tebligat işlemlerini TebK ve ilgili mevzuata sıkı suretle bağlı olarak gerçekleştirmeleri esastır. Dolayısıyla, idare mahkemesinin de diğer kazaî merciler gibi ve yukarıda zikredilen Yargıtay kararlarının da kapsadığı şekilde tebligat işlemini gerçekleştirme zorunluluğu bulunmaktadır.⁸

İdari yargıda da tarafların yapacağı işlemlere ilişkin süreler, kararın tebliği tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Örneğin idare mahkemesi tarafından tebliğ edilen karar metninde yer alan; *“ilgili kararın tebliğini izleyen günden itibaren 30 gün içinde temyiz yolu açık olmak üzere”* ibaresi, idare mahkemesi kararına karşı kanun yoluna müracaatın (temyiz süresinin) tebliğden itibaren başlayacağını hükme bağlamış olmaktadır. Bu kararın öğrenme ya da tefhimden itibaren kanun yolu süresinin başlayabileceğine dair bir ifade içermemesi ve tebliğ işleminin TebK hükümlerine tabi olduğunun sabit olması karşısında, sürenin geçerli bir tebligatla başlaması gerektiği şüphesizdir. Tebliğin yokluğu halinde ise mevcut bir tebliğ işleminin hiç gerçekleşmemiş olmasından dolayı ilgili sürenin de başlaması mümkün olmayacaktır.

TebK m 7a/1, b. 9 uyarınca baro levhasına yazılı avukatlara TebK m. 1 kapsamında tebligat yapmak zorunda olan mercilerden yapılacak tebligat işlemleri elektronik yolla yapılmak zorundadır. Elektronik tebligatın, 6099 sayılı Kanun ile getirilmesindeki ve 7101 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikteki amaç, elektronik tebligatın kanunda açıkça ve ayrıca belirlenmiş olan tüzel kişi ve gerçek kişilere, elektronik yolla yapılmasını sağlamaktır. Böylelikle, tebligatın hızlı ve az masrafla gerçekleştirilmesi yanında Anayasa’da güvence altına alınan adil yargılanma, iddia ve savunmada bulunma ve gerektiğinde kanun yoluna başvurma haklarının korunması mümkün olacaktır. Bu durum, Kanun’daki açık düzenleme ile, idare mahkemesinin, baroya kayıtlı avukata elektronik yolla tebligat işlemini gerçekleştirmesi zorunluluğunu ortaya koymaktadır. Aynı sonuç adli yargı içinde yer alan hukuk ve ceza mahkemeleri açısından da geçerlidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 438’de tahkim yargılamasında TebK hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Tahkim yargılamasında tarafların m. 7/a’da belirtilen gerçek veya tüzel kişilerden birisi olması halinde, hakem ya da hakem heyetinin elektronik tebligat yolu ile tebligat işlemini gerçekleştirmeleri zorunludur. Ancak, madde metninde de ifade olduğu gibi tahkim sözleşmesinde tarafların tebligat usulüne ilişkin özel bir düzenleme yapmaları hâlinde, tebligatların taraflarca belirlenmiş olan tebligat rejimine göre yapılması mümkün olacaktır.

8 Aynı yönde bkz. dn 2’de yer alan kararlar.

Elektronik tebligat işlemlerini yürütmek amacıyla Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi tarafından kurulan UETS, elektronik tebligatta da bulunması gereken unsurların gerçekleştirilmesini ve muhafaza edilmesini sağlayacaktır.

Taraf vekilliğini üstlenmiş olan avukatın elektronik tebligat sistemine kayıtlı olması ve vekilliğini üstlendiği diğer dosyalarla ilgili tebligat işlemlerinin UETS üzerinden yapıldığı vekil tarafından ortaya konulmuş olursa, TebK'dan doğan zorunlu elektronik tebligata uyulmamış olduğu ispat edilmiş ve tebligatın yokluğu halinin tespiti gerçekleşmiş olacaktır.

III. Elektronik Tebligat Zorunluluğu ve Delil Kaydının Etkisi

TebK'da tebligat yollarına ilişkin farklı düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak, TebK kapsamında tebliğ işlemini gerçekleştirmesi gereken gerçek ve tüzel kişiler, bu yollardan herhangi birini tercih ederek tebligat işlemini tamamlayamazlar. Kanun hangi hallerde hangi tebligat yolunun tatbik edilmesi gerektiğini açıkça düzenlemektedir. Örneğin, tebligatı yapacak merci ilan eden tebligatın daha hızlı, daha az masrafla, daha az emek harcıyarak gerçekleştirilebileceği düşüncesiyle posta yoluyla ya da elektronik yolla tebligat yapmaktan imtina edip ilan eden tebligat yolunu tercih edemez. Dolayısıyla, tebligatın hangi yolla yapılması gerektiği tebliğ yapacak merci açısından Kanun tarafından belirlenmiştir. Kanun'un bu tespiti doğal olarak tebligat işlemindeki belgelendirme ve bilgilendirme unsurlarına da doğrudan ve net bir şekilde tesir etmektedir.

Elektronik yolla tebligat, TebK m. 7/a uyarınca 01.01.2019 tarihinden itibaren, zorunlu tebligat yolu olarak düzenlenmiştir. TebK m. 1 ve m. 7/a kapsamında belirtilmiş olan gerçek ve tüzel kişiler zorunlu elektronik tebligat yoluna tabidir. Elektronik tebligatın ihtiyari olarak gerçekleşmesi ya da TebK'da yer alan gerçek ve tüzel kişilerin muhatabının zorunlu tebligat yoluna tabi olmaması halinde delil kaydı unsurunun niteliği belirlenmelidir. ETY'de belirlenen esasların, özellikle TebK m. 7/a kapsamındaki gerçek ve tüzel kişileri esas alması sebebi ile, zorunlu elektronik tebligata tabi olmayan gerçek ve tüzel kişilere yapılacak olan tebligatta belgelendirme unsuru önem taşımaktadır. Tebliğ yapan merci ya da gerçek kişi ile muhatabın elektronik posta hesaplarının karşılıklı olarak kayda alınması ve muhataba iletim raporunun elektronik ortamda elde edilip muhafazasının sağlanması ile belgelendirme unsurunun sağlanacağı kabul edilebilecektir. Zorunlu olmayan elektronik tebligat yolunda özel bir Kanun ve Yönetmelik düzenlemesi bulunmaması nedeniyle, delil kaydı niteliğine sahip bir elektronik verinin somut olarak tanımlanması mümkün bulunmamaktadır. Ancak tüm tebligat yollarında olduğu gibi, elektronik tebligatta da belgelendirme unsurunun eksik olması, tebligatın yokluğuna sebep

olacaktır. Tebliğ yokluğu sonucunun doğmaması, zorunlu olmayan elektronik tebligat yolunda, ancak, her tebliğ işlemine özel olarak muhataba tebliğ edilen bilginin ne olduğunu ve ne zaman tebliğin gerçekleştirildiğini içeren bir elektronik veri ile mümkün olabilecektir. Bunun sonucu olarak, TebK m. 1 ve m. 7/a göz önüne alınarak, bu yol, bu kapsama giren gerçek ve tüzel kişiler açısından tek tebligat yolu olarak kabul edilmelidir. TebK m. 11 ve m. 17 uyarınca posta yolu ile yapılan tebligatta, vekil yerine tebligat yapılacak kişinin Kanun ve Yönetmeliğe aykırı olarak belirlenmesi halinde tebliğin yokluğu sonucu doğacaktır. Ancak TebK m. 7/a hükmü ile avukata yapılacak zorunlu tebligat yolunun elektronik tebligat olması sebebiyle, mevcut tebligat işleminin “yokluğu” değil, “usulsüzlüğü” söz konusu olacaktır⁹. Kanun’un bu yöndeki düzenlemesinin emredici nitelikte olduğu açıktır. Ayrıca, TebK m. 7a/3 bu gerçek ve tüzel kişilerin tebligat işlemlerinin esasen ve zorunlu olarak elektronik yolla yapılması gerektiğini, ancak bu yolun mümkün olmaması halinde diğer yollara müracaat edileceğini düzenleyerek tebliği yapacak mercie herhangi bir tercih ya da takdir hakkı tanımamaktadır.

TebK m. 7/a, Tebligat Yönetmeliği (TebY) m. 12 ve ETY hükümleri uyarınca, mahkemeler tarafından elektronik yolla tebligat işlemini gerçekleştirme mecburiyeti bulunmaktadır. ETY m 4/1, a tebligat işleminde; teslim, bilgilendirme ve belgelendirme unsurlarının sağlanmasını ilke edindiğini kabul etmektedir. Aynı Yönetmeliğin 9. maddesi, elektronik tebligatın hazırlanmasını ve muhataba nasıl ulaştırılacağını, 10. maddesi ise muhatabın bilgilendirilmesine ilişkin hususları düzenlemektedir. Tebligat işleminin elektronik yolla yapılması gereği zorunlu olup, bu tebligata ilişkin evrakın da UETS’de “delil kayıtları” tutulması ile tamamlanabileceği Kanun tarafından düzenlenmektedir. Dolayısıyla, ETY m 12, UETS’nin elektronik tebligatın muhatabın adresine ulaşım ulaşıldığına dair delil kayıtlarını tutacağını ve bu kayıtları tebligat çı-

9 Aynı yönde kararında Yargıtay: “...vekil adına işçisine yapılan bu tebligatta, tebliğ memuru tarafından tebligatın yapılması gereken avukatın, tevziat sırasında belirtilen adreste olup olmadığı başka bir anlatımla, muhatabın adreste bulunup bulunmadığının araştırılıp tespit edilmediği görülmekte olup, bu durumda tebliğ işlemi, 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 17. maddesi ve Yönetmeliğin 26. Maddesi hükümlerine göre yapılmadığından usulsüzdür. (HGK’nun 30.01.2013 T., 2012/6-644 E., 2013/164 K. sayılı ilamı)... baro levhasına yazılı avukatlara tebligatın elektronik yolla yapılması zorunludur. Yine 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 7/a maddesinin üçüncü fıkrasında da, birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması halinde bu kanunda belirtilen diğer usullerle tebligatın yapılacağı hüküm altına alınmıştır. O halde gerekçeli kararın ve davalı erkeğin temyiz başvuru dilekçesinin yukarıda açıklanan bilgiler ışığında öncelikli olarak elektronik posta yoluyla davacı tarafa tebliğ edilmesi, elektronik tebligatın zorunlu bir sebeple yapılmaması halinde ise bu konuda düzenlenecek tutanak ile birlikte, gerekçeli kararın ve davalı erkeğin temyiz başvuru dilekçesinin Tebligat Kanunu’nun 17. Maddesi uyarınca usulüne uygun olarak davacı tarafa tebliğ sağlanarak...” Yargıtay 2 HD, 601/1718, 02.03.2020 (Yargıtay Bilgi Bankası).

kartmaya yetkili makam ve merciye derhal ve en geç 24 saat içinde bildireceğini düzenlemektedir. Yönetmeliğin 14. maddesi de delil kayıtlarının aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayıldığını hükme bağlamaktadır.

Tebliğat evrakı, TebK kapsamında, tebliğat mazbatası, tebliğat mazbatalı zarf ve davetiye olarak belirlenmiştir. Elektronik tebliğatın kapsamı esas alındığında, delil kaydının da tebliğat işlemine mahsus bir belge niteliğine sahip olduğu kanaatindeyiz. Elektronik ortamda düzenlenen ve muhafaza edilen bu evrak HMK m. 199’da düzenlenen belge niteliğinde değerlendirilebilecektir. Hukuki işlem ve fiillerde olduğu gibi, şekli hukuka ait işlemlerde de, işlemin varlığı ve geçerliliği, ancak Kanunda unsurları açıkça belirlenen belgeler marifetiyle sağlanabilir. ETY’de düzenlenen delil kaydı da, elektronik tebliğatın varlığını ve geçerliliğini ispat imkanı sağlayan bir belgedir. TMK m. 7 uyarınca, delil kaydı, resmi belge niteliğinde olup elektronik tebliğatın varlığını ve geçerliliğini kesin olarak ispat kabiliyetine sahiptir. Ancak, HMK m. 204 ve m. 191 hükümleri, elektronik tebliğatın varlığına ve geçerliliğine ilişkin muhalefetin ileri sürülmesine olanak tanıyan hükümlerdir. Resmi belge niteliğinde kabulü mümkün olan delil kaydının, kanaatimizce, bu evrakın yönetmelikle düzenlenmesi sebebiyle kesin kanuni karine niteliğinde değerlendirilmemesi gerekmektedir. Resmi belge ile ispatın tabi olduğu esaslar, delil kaydı açısından da geçerlidir.

Bu düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere, TebK m. 7/a kapsamındaki gerçek ve tüzel kişilere tebliğatın elektronik yolla yapılma zorunluluğu bulunmakta, ayrıca elektronik yolla yapılan tebliğatın da Yönetmelik hükümlerinde düzenlenen delil kayıtları ile varlığının belgelendirilmesi gerekmektedir. Elektronik yolla tebliğat işlemi ayrı bir tebliğ mazbatasının düzenlenmesi kabul edilmemiştir. Elektronik yolla tebliğatı belgelendirecek, yani bu tebliğat yolundaki kurucu unsurlardan belgelendirmeyi sağlayacak olan, Yönetmelik’te düzenlenmiş olan delil kayıtlarıdır¹⁰.

Elektronik tebliğatta usulsüzlük halinin, posta yolu ile tebliğata nazaran düşük bir olasılık taşıdığı farz edilse de, elektronik tebliğat yolunun uygulandığı ve özellikle ETY’nin şartlarına uyulmaması halinde “yokluk” sonucunun doğabileceği gibi “usulsüzlük” sonucunun da tespit imkânı olduğu ileri sürülebilir. TebK m. 32 ve m. 7/a/4, birlikte değerlendirildiğinde, muhataba tebliğin yapıldığı an, tebliğatın muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci gündür. Görüldüğü üzere, tebliğat işleminin muhataba iletilmesi ile tamamlandığı an TebK’da net bir şekilde belirlenmiştir. Ancak bu durum posta yolu ile tebliğatta olduğu gibi tebliğin aynı zamanda geçerli olduğunu ortaya

10 Taner Emre Yardımcı, “Yeni Elektronik Tebliğat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebliğat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/3, s. 25.

koyan bir sonuç doğurmayacaktır. Elektronik tebligatta tebliğ tutanağının yerini tutacağını belirttiğimiz delil kaydı metninde yer alan ve TebK ile ETY'ne aykırılık oluşturan durumlar, usulsüz tebligat müracaatının yapılmasını engellemeyecektir.

TebK'da yer alan tüm tebligat yolları, Kanun ve Yönetmelikle çizilmiş olan ve sıkı şekil şartlarına tabi bir prosedüre sahiptir. Kaldı ki, tüm tebligat yollarına ilişkin özel belgeler yönetmelik ekinde matbu evrak olarak da düzenlenmiştir. Elektronik yolla tebligatın zorunluluk oluşturduğu hal ve durumlarda ETY hükümleri tatbik edilmek zorunda olup, tebliğ işleminin varlığı Kanun ve Yönetmelik hükümleri kapsamında tespit edilecektir. Elektronik yolla tebligatın emredici nitelikte bir düzenleme olmasına rağmen Kanunda yer alan farklı bir tebligat yoluna müracaat edilmesi durumunda, tebligat işleminin kurucu unsurlarından belgelendirme unsurunun açıkça gerçekleşmemiş olduğu belirlenecektir. Daha açık olarak ifade etmek gerekirse, elektronik tebligat yoluna uygun olarak tebligat işleminin tamamlanması için izlenecek prosedür başta TebK m. 7/a olmak üzere Yönetmelik hükümlerinde açıkça ve ayrıca belirlenmiştir. Özellikle tebligat işleminin belgelendirilmesine dair belgenin niteliği, ilgili mevzuatta “*delil kayıtları*” madde başlığı ile düzenlenmiştir. Kanun'a göre zorunlu olmasına rağmen elektronik tebligat yapılmaması ve bu doğrultuda tebligat işlemini belgelendiren belgenin de düzenlenmemiş olması, tebligat işleminin yok hükmünde olduğunu ortaya koyacaktır.

TebK m 7/a/3 ve ETY m 16; elektronik yolla tebligatın yapılamayacağı durumlarda ancak diğer usullerle tebligat yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu hüküm uyarınca TebK hükümlerine göre tebligat yapmak ve tebligat yapılmak zorunda olan gerçek ve tüzel kişilerin elektronik tebligat işlemini gerçekleştirecek imkanı bulunmaması örneğin, sistem arızası vb. sebeplerin varlığı halinde ve özellikle bu durum gerekçelendirilerek ve belgelendirilerek zorunlu elektronik tebligat yoluna gidilmemesi mümkün olacaktır.

Delil kaydının unsurları olarak ETY m. 3 uyarınca şu hususları belirleyebiliriz:

1. Tebligatın, tebligat çıkarmaya yetkili merci ve makamdan UETS tarafından alınmış olması
2. Tebligatın, muhatabın elektronik tebligat adresine ulaşmış olması
3. Tebligatın muhatap tarafından okunduğuna ve usulen tebliğ edildiğine dair kaydın bulunması.

Bu unsurların TebK m. 23'de yer alan tebliğ mazbatasının unsurlarından, teknik açıdan ve tali olarak taşıdığı farklar haricinde tebliğ işleminin ispatını sağlama gücü açısından farkı bulunmamaktadır. Bu sebeple dava dosyasında

posta yolu ile yapılan tebligatların TebK m. 23, elektronik yolla yapılan tebligatların ise ETY’de belirlenen “*delil kaydı*” ile ispatı ya da aksinin ileri sürülmesi mümkün olacaktır.

Elektronik tebligatın alternatif ya da mahkemenin takdirine bağlı bir tebligat yolu olmadığını belirtmiştik. Bu tespitten hareketle tebligat yolunun yanlış belirlenmesi halinde de, belgelendirme ve bilgilendirme unsurlarını taşıyor olsa bile, o tebligatın yok hükmünde sayılması gerekmektedir. Örneğin, TebK m. 28 vd. hükümlerinde yer alan ilan tebligat yoluna hangi hâllerde gidilebileceği, TebK m. 2’de yer alan memur vasıtası ile tebliğ hâlleri Kanunda belirlenmiştir.

Elektronik tebligat zorunluluğunun yürürlüğe girmesinin ardından mahkemelerin yaptığı tebligat işlemlerinin yargılamanın devamını sağlamak, tebligat işlemini (kendi şartları içinde geçerli ise) ayakta tutmak amacı, Yargıtay’ın, kanaatimizce isabetli kararları ile yerinde görülmemiştir.

Mahkeme ya da dava taraflarının tebliğden itibaren başlayan süre içinde bir usulî işlem yapması gereken hallerde, ilk tespit edilmesi gereken husus, o tebligatın TebK tarafından kabul edilen tebligat yolu ile gerçekleştirilmiş olup olmadığıdır. Elektronik tebligat yapılma zorunluluğu olan kişilere bu yolla tebligatın yapılmamış olması halinde ise, tebligatın yokluğu sonucu doğacaktır. Bu durumda tebliğ işlemine bağlı süre işlemeye başlamamış olduğundan, tebligatın TebK’da yer alan yolla tebliğ edilmesi halinde süre işlemeye başlayacaktır¹¹.

11 “...davacı vekiline posta yolu ile gönderilen gerekçeli kararın 08.05.2019 tarihinde usulüne uygun olarak tebliğ edildiği halde, yasal süresi içerisinde istinaf sebeplerini bildirmede, Tebligat Kanunu 7/a maddesi uyarınca elektronik tebligat zorunlu olsa da, davacı vekilinin 23.05.2019 tarihli istinaf sebeplerini bildirdiği dilekçesinde gerekçeli karar tebliğinin usulsüzlüğünü iddia etmediğinden bahisle, borçlunun süre tutum dilekçesi dikkate alınarak yalnızca kamu düzenine aykırılık yönünden inceleme yapılarak istinaf başvurusunun esastan reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. ... gerekçeli kararın borçlu vekiline posta yolu ile 08.05.2019 tarihinde tebliğ edildiği, gerekçeli istinaf dilekçesinin, posta yolu ile yapılan tebliğe göre 10 günlük süre geçtikten sonra 23.05.2019 tarihinde sunulduğu görülmüştür. Tebligat yapılan kişinin avukat olduğu nazara alındığında 7201 sayılı Tebligat Kanunu’nun 7/a maddesinin birinci fıkrası tebligatın elektronik yolla yapılmasını zorunlu kılan posta yolu ile yapılan tebligat yok hükmünde olduğundan borçlu vekilinin gerekçeli istinaf isteminin süresinde olduğunun kabulü gerekir...”, Yargıtay 12 HD, 13554/18558, 28.03.2019; “... başvurusunun esastan reddine dair kararının temyiz edene posta yolu ile 6.5.2019 tarihinde tebliğ edildiği, kararın borçlu vekiline yasal süre geçtikten sonra 22.5.2019 tarihinde temyiz edildiği görülmektedir. Ancak 7201 sayılı Teb. K. m.7/a uyarınca avukatlara tebligatın elektronik yolla yapılması zorunlu olup posta yolu ile yapılan tebligat yok hükmünde olduğundan Bölge Adliye Mahkemesi’nin başvurusunun esastan reddine dair kararının süresinde temyiz edildiğinin kabulü gerekir...”, Yargıtay 12 HD, 1664/2546, 11.03.2020 (Yargıtay Bilgi Bankası); Ayrıca aynı yönde bkz. Yargıtay 12 HD, 1603/2247, 05.03.2020, (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi).

Sonuç

TebK ve ilgili mevzuat hükümlerinin uygulanma zorunluluğu olan dava ve işlerde e-tebligat yolu, TebK m 7/a hükmünde yer alan gerçek kişiler ve tüzel kişiler için zorunludur.

Tebliğ yapan merciin bu düzenlemeye aykırı olarak, TebKda yer alan diğer tebliğ yollarından birini kanunda yer alan şartlara uygun olarak gerçekleştirmiş olması hâlinde dahi, o tebliğ işlemi “yok” hükmünde sayılacaktır.

E-tebligatta tebliğ tutanağının yerini tutan delil kaydı metninde yer alan ve TebK ile ETY’ne aykırılık oluşturan durumlara dair usulsüz tebligat müracaatı yapılması da mümkündür.

Tebliğın varlığını ve geçerliliğini ortaya koyan, posta yolu ile tebligatta tebligatı belgelendiren tebliğ mazbatasının yerini elektronik tebligatta delil kaydı almıştır. Elektronik tebligat, delil kaydı ile belgelendirilecektir.

Elektronik tebligatın ispatını sağlayan delil kaydınınYönetmelikte belirlenen şartlara uygun olarak düzenlenmemiş ya da muhafaza edilmemiş olması halinde de tebliğın unsurlarından belgelendirme unsuru gerçekleştirilmemiş olduğundan, tebliğın yokluğu sonucuna varılması gerekecektir.

Tebliğatın varlığının ispatı ya da tebligatın yokluğunun ispatı, UETS’de muhafaza edilen delil kaydı ile sağlanacaktır.

KAYNAKLAR

- Acar, Ayşe Ece, “Elektronik Tebligat”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 74, S. 1, 2016, s. 159-174 (Elektronik Tebligat).
- Acar, Ayşe Ece, “Ulusal Elektronik Tebligat Sisteminde Tutulan Delil Kayıtlarının İspat Kuvveti ve Bu Kayıtların Aksinin İleri Sürülmesi”, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 1, 2020, s. 73-88 (Delil Kayıtları).
- Akkan, Mine, “7101 sayılı Kanunla Elektronik Tebligat Konusunda Getirilen Yeni Düzenlemeler ve Değerlendirilmesi”, Ed. Muhammet Özekes, *7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler*, On İki Levha, 2018, s. 149-169.
- Akkan, Mine, “Tebligat Hukuku Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, *Medeni Usul İcra ve İflas Hukuku Dergisi*, C. 14, S. 39, 2018, s. 23-89.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel, *Medeni Usul Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Üçüncü, Hilal, *Tebligat Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Börü, Levent, “Elektronik Tebligat”, *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2020, s. 123-225.
- Budak, Ali Cem; Karaarslan, Varol, *Medeni Usul Hukuku*, 2. Bası, Adalet Yayınları, 2017.
- Erdönmez, Güray, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, On İki Levha Yayınları, 2017.
- Kuru, Baki, *Medeni Usul Hukuku El Kitabı*, Yetkin Yayınları, 2020.
- Muşul, Timuçin, *Tebligat Hukuku*, 7. Bası, Adalet Yayınları, 2018.
- Özbay, İbrahim, “6099 Sayılı Kanun ve Tebligat Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik Çerçevesinde Tebligat Hukukundaki Son Değişiklikler”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, S. 1-2, 2012, s. 115-157.
- Şener, Esat, *Hukuk Sözlüğü*, Seçkin Yayıncılık, 2001.
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, 2020.
- Yardımcı, Taner Emre, “Yeni Elektronik Tebligat Yönetmeliği Çerçevesinde Elektronik Tebligat”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2019/3, s. 1-38.
- Yılmaz, Ejder; Tacar, Çağlar, *Tebligat Hukuku*, 6. Bası, Yetkin Yayınları, 2013.

Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları*

Access to Medically Assisted Reproduction in Turkey and the Reproductive Rights

Ertunç MEGA**, Özlem YENERER ÇAKMUT***, Gürkan SERT****, Pınar ATA*****,
Fulya İLÇİN GÖNENÇ*****

ÖZ

Sağlık hakkı bireyin fiziksel, ruhsal, sosyal iyilik hâlinin devamı için sahip olduğu hakları ifade eder ve bireye sağlıklı yaşamının devamı için ve sağlığının bozulması durumunda sağlığını kazandırmak için gerekenlerin yapılmasını talep etme hakkı verir. Sağlık hakkına ve kapsamına uluslararası belgelerde yer verilmiş ve üreme haklarının bu hakkın önemli bir bileşeni olduğu ve sağlık hakkından ayrılmayacağı özellikle belirtilmiştir. Bu kapsamda devletlerin, cinsel hakları ve üreme haklarını tanıyan, koruyan, kullanılmasını sağlayan, kanun çıkartma ve politika geliştirme gibi gerekli önlemleri alma yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletlerin yükümlülükleri arasında sayılan pek çok üreme sağlığı hizmetinin yanında, infertilite durumlarında bireylerin üreme sağlığı ile ilgili hizmetlerden ve bu konudaki tıbbi gelişmelerden yararlanmasını sağlama yükümlülükleri de vardır. Bireylerin

* Makale gönderim tarihi: 09.12.2020. Makale kabul tarihi: 21.01.2021. Ertunç Mega, Özlem Yenerer Çakmut, Gürkan Sert, Pınar Ata, Fulya İlçin Gönenc, “Türkiye’de Tıbbi Yardımla Üreme Tedavisine Erişim ve Üreme Hakları”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 273-294; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.02>

** Uzman Tabip, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programı Öğrencisi, SBÜ, İletişim: Fatih Sultan Mehmet EAH- Hastane Sokak, 1/8, 34752, Ataşehir/İstanbul, ertuncmega@gmail.com, [0000-0002-9446-023X](https://orcid.org/0000-0002-9446-023X).

*** Profesör Dr., Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekan Yardımcısı, Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İletişim: Özyeğin Üniversitesi Çekmeköy Kampüsü- Nişantepe Mah. Orman Sok., 34794 Çekmeköy/İstanbul, ozlem.cakmut@ozyegin.edu.tr, [0000-0002-5247-5062](https://orcid.org/0000-0002-5247-5062).

**** Doçent Dr., Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi, İletişim: Başbüyük Mah. Maltepe Başbüyük Yolu, 9/2, 34854, Maltepe- İstanbul, drgurkansert@gmail.com, [0000-0002-0970-8406](https://orcid.org/0000-0002-0970-8406).

***** Profesör Dr., Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi, Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi, İletişim: Başbüyük Mah. Maltepe Başbüyük Yolu, 9/2, 34854, Maltepe- İstanbul, pinareren@gmail.com, [0000-0002-6688-2347](https://orcid.org/0000-0002-6688-2347).

***** Profesör Dr., Ankara Medipol Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı, İstanbul Medipol Üniversitesi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, İletişim: İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Göztepe Mah. Atatürk Cad. No. 40/16, 34815, Beykoz/İstanbul, figonenc@medipol.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-9882-0944>.

bu haklardan yararlanması, çocuk sahibi olup olmamaya karar verme haklarının da bir parçasıdır. Sağlık sorunları nedeniyle doğal yollarla çocuk sahibi olamayan bireylerin bilimsel ve teknolojik gelişmeler kapsamında geliştirilen teknikler ile çocuk sahibi olabilme imkânından yararlanabilme hakları vardır. Makalemizde, üreme hakları bağlamında, bireylerin infertilite durumlarında üremeye yardımcı tekniklere erişim hakkı Türk Hukuku çerçevesinde incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Üreme hakları, tıbbi yardımla üreme, infertilite, sağlığa erişim, Sağlık Uygulama Tebliği.

ABSTRACT

The right to health refers to the rights belonging to individuals that ensure the continuation of their physical, mental, and social well-being, and also gives them the right to demand the necessary action to be taken to meet the requirements for the continuation of a healthy life and/or for the recovery of health in case of deterioration. This right and its scope are included in international documents and it has been emphasized that reproductive rights are an important component of this right and that they cannot be separated from the right to health. In this context, states are obligated to take necessary measures, such as enacting laws and developing policies that recognize, protect, and enable the use of sexual and reproductive rights. In addition to myriad reproductive health services, which are considered to be among the obligations of states, they are also obligated to ensure that individuals benefit from reproductive health services and relevant medical developments in cases of infertility. The enjoyment of these rights by individuals is also part of their right to decide whether to have children. Individuals who cannot have children naturally due to health problems have the right to benefit from the opportunity to do so with the use of techniques developed as part of the scientific and technological advancements. In our article, in the context of reproductive rights, individuals' right to access assisted reproductive techniques in cases of infertility is examined within the framework of Turkish Law.

Keywords: Reproductive rights, medically assisted reproduction, infertility, access to health care, Communiqué of Health Practice.

Giriş

Sağlık hakkı, bireyin fiziksel, ruhsal, sosyal iyilik hâlinin devamı için sahip olduğu hakları ifade eder ve bireye sağlıklı yaşamının devamı için ve sağlığının bozulması durumunda ise sağlığını kazanmak için gerekenlerin yapılmasını talep etme hakkı verir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde¹ (İHEB) ve

1 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından ilan edilmiştir. Bu belgede herkese sağlığı ve gönenci için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı tanınmıştır. 25'inci madde çerçevesinde kişiye sağlığının devamını ve tedavi almayı talep hakkı tanınmıştır.

Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nde² (ESKHS) ve diğer bazı uluslararası sözleşmelerde³ "sağlık hakkına" özellikle yer verilmiştir.⁴ Sağlık hakkı, izinsiz tıbbi müdahaleye tabi tutulmamayı, tıbbi tedavinin bireyler üzerinde denenmemesini, kişinin sağlığını ve vücudunu kontrol etme haklarını kapsadığı gibi cinsel hakları ve üreme haklarını da kapsar.⁵ Cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile bu alandaki haklar konusunda önemli bir yere sahip olan Birleşmiş Milletler Örgütü (BMÖ) Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı'ndan⁶ günümüze kadar üreme sağlığı ve üreme sağlığında, haklar açısından, önemli gelişmeler olsa da, hâlen, önemli hak ihlallerinin bulunduğu uluslararası belgelerde dikkat çekilmektedir.⁷ Bu kapsamda cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar kapsamında ayrıca başlıklar oluşturulması ve bu alanda hakların geliştirilmesi önem taşımaktadır. Bu yaklaşım ile ESKHS'nin sağlık hakkı ile ilgili 12'nci maddesini 2000 yılında yorumlayarak yayımlayan BMÖ Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi⁸ (ESKHK) aynı madde-

- 2 Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Türkiye tarafından, 11 Ağustos 2003 tarihli ve 25196 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında 2003/5923 sayılı karar ile onaylanmıştır.
- 3 Kadınlara Karşı Her Biçimiyle Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 12'nci ve 14'üncü, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 24'üncü, Biyotıp Sözleşmesi'nin 3'üncü ve 4'üncü, Avrupa Temel Haklar Şartı'nın 35'inci maddelerinin başlığıdır. Doğrudan olmamakla birlikte, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özellikle yaşama hakkı ve özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi haklarını düzenlerken, dolaylı olarak sağlık hakkını işaret etmektedir. Ayşegül Karaca-Dedeoğlu, *Mültecilerin ve Geçici Koruma Sağlananların Sağlık Hakkı: Türkiye Örneği*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018, s. 8.
- 4 Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12'nci maddesi "1. Bu sözleşmeye taraf devletler herkesin erişilebilir ve en yüksek bedensel ve ruhsal sağlık standartlarından yararlanma hakkını tanır. 2. Bu sözleşmeye taraf devletlerce bu hakkı tam olarak gerçekleştirmek üzere yapılacak girişimler; a. Ölü doğum oranı ve çocuk ölümlerinin azaltılması ve çocuğun sağlıklı gelişmesi için önlemlerin alınması. b. Çevre ve Endüstri sağlığının her bakımdan iyileştirilmesi; c. Salgın ve yöresel hastalıklarla, meslek hastalıkları ve öteki hastalıkların önlenmesi sağlığını ve desteklenmesi; d. Hastalık durumunda herkese tıbbi hizmet ve bakım sağlayacak koşulların yaratılması; için gerekli önlemleri içerir." şeklindedir.
- 5 Adil Şahin, "Ulusüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 4, 2010, s. 741.
- 6 International Conference on Population and Development (ICPD) 1994.
- 7 ICPD'nin yayınlanmasından 20 yıl sonra, 2014 yılında yapılan izleme toplantısında hazırlanan raporda konu ile ilgili gelişmelere ve güncel duruma yer verilmiştir. Uluslararası Nüfus ve Kalkınma Konferansı Eylem Programının İzlenmesi- 2014 Sonrası için Program Çerçevesi'nin girişinde, ICPD Eylem Planı'ndan sonra başarı sağlandığı belirtilmiştir. Ancak bu başarılardaki ayrıntılı verilerin bölge ve ülkeler arasında eşitsizlikler içerdiğine de vurgu yapılmıştır. Bkz. Framework of Actions for the Follow-Up to the Programme of Action Framework of Actions of the International Conference of Population and Development Beyond 2014, https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/ICPD_beyond2014_EN.pdf (30.11.2020).
- 8 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No.

yi, 2016 yılında, ESKHS'nin cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar başlığı açısından yeniden yorumlamıştır.⁹ ESKHK, 2016 tarihli yorumunda kanuni, prosedürel, pratik ve sosyal engellerin insanların kapsamlı bir cinsel sağlık ve üreme sağlığı tesislerine, hizmetlerine, ürünlerine ve bilgilerine erişimini engellediğini belirtmiştir. Belge'de, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının özellikle kadınlar ve çocuklar için uzak bir hedef olduğu vurgulanmıştır. Yorum'da dünyada cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları ile ilgili önemli engellerin bulunmasının ESKHS'nin 12'nci maddesinin "*cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar*" bağlamında yeniden yorumlanmasını gerektirdiği ifade edilmiştir. Bu belge ile cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar ile ilgili önceki önemli bildiregelere atıfta bulunularak, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları ile ilgili maddelere yer verilmiştir. 22 No'lu Yorum'da, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakkının bazı özgürlük ve yetkileri içerdiği, bu özgürlüklerin bireyin kendi bedeni konusunda cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili şiddet, zorlama ve ayrımcılığa uğramadan sorumlu ve özgür kararlar verme ve seçimler yapma haklarını içerdiği belirtilmiştir. 8'inci madde ile, cinsel haklar ve üreme haklarının içerdiği yetkilerin, bireylerin bu haklardan yararlanmalarını sağlayacak sağlık kuruluşlarına, ürünlere, hizmetlere ve bilgilerine herhangi bir engelle karşılaşmadan erişimin içerdiği vurgulanmıştır.¹⁰

Nüfus ve Kalkınma Konferansı'nın Eylem Programı'nda¹¹ üreme sağlığı, "Üreme sistemi, işlevleri ve süreci ile ilgili sadece hastalık ve sakatlığın olmaması değil, tüm bunlara ilişkin fiziksel, zihinsel ve sosyal yönden tam bir iyilik hâlinin olması» olarak tanımlanmıştır. Program'ın 7'nci maddesinin 2'nci fıkrası ile bi-

14 (2000) on the Right to the Highest Attainable Standard of Health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), [9 United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 22 \(2016\) on the Right to Sexual and Reproductive Health \(Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights\), \[Türkiye Biyoetik Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2019, 65-81, \\(22 Nolu Yorum\\).\]\(http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSm1BEDzFEovLCuW1aoSzabooXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiae1v1bbOAEkmaOwDOWsUe7N8TLm%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg \(01.12.2020\); Türkçesi için bkz. Gürkan Sert, İrem Narman, Oktay Erkan, Özge Emre, Naz Tursun, Yunus Başar, \)](http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSm1BEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJ2c7ey6PAz2qaojTzD.JmCoy%2B9t%2BsAtGDNzdEqA6SuP2row%2F6sVBGTpvTSCbiOr4XVFTqhQY65auTFbQRPWNDxL (01.12.2020); Türkçesi için bkz. Lema Uyar, Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 236-264.</p>
</div>
<div data-bbox=)

10 Sert, 22 Nolu Yorum, s. 65-81.

11 Programme of Action of the International Conference on Population Development Cairo, 5-13 September 1994, 20th Anniversary Edition, 2014 s. 59, [İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 8 \(1\), Bahar 2021](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf (26.11.2020), (Cairo).</p>
</div>
<div data-bbox=)

reylerin tatmin edici ve güvenli bir cinsel yaşamlarının olması, üreme yeteneğine sahip olmaları, üreme yeteneklerini kullanırken özgürlüğe sahip olmalarının da önemine dikkat çekilmiştir. Bireylerin üreme sağlığı tanımı kapsamında tarif edilen koşullarda yaşayabilmesi açısından, genel olarak, “*Uluslararası insan hakları kapsamında, çiftlerin ve bireylerin, çocuklarının sayısı ve doğum aralığına özgürce ve sorumlu bir şekilde karar vermeleri için gereken bilgiye sahip olabileme; en yüksek standartlarda üreme ve cinsel sağlık hizmetlerine ulaşabileme; üremeyle ilgili kararlarını şiddet, baskı ve ayrımcılıkla karşılaşmaksızın verebilme hakkı*”¹² şeklinde tanımlanan üreme haklarının hayata geçirilmesi zorunluluktur. Bu bağlamda devletlerin bireylere sağlık hakkı kapsamında cinsel sağlık ve üreme sağlığı ile ilgili hizmetleri sunma yükümlülüğü vardır.

Cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri, “üreme sağlığı sorunlarını engelleyerek ve çözümlenerek üreme sağlığına katkıda bulunacak yöntemler, teknikler ve hizmetler bütünü” şeklinde tanımlanmıştır.¹³ Gerçek ve kapsamlı bilgiye erişimin yanında aile planlaması dâhil her türlü üreme sağlığı ve cinsel sağlık hizmetlerinin, gereksinimi olan herkes için ulaşılabilir, uygun maliyetli, kabul edilebilir ve kolay kullanılabilir olarak sunulmasının sağlanması önemli üreme sağlığı hizmetleridir. Devletlerin, cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetlerine erişimi sağlama ve sunma yükümlülüğü vardır. Bu kapsamda devletler, cinsel haklar ve üreme haklarını tanıyan, koruyan, kullanılmasını sağlayan, kanun çıkartma ve politika geliştirme gibi gerekli önlemleri almalıdır. Devletler, bu hakları kabul etmeyen, bu haklara aykırı, bu hakların ihlaline neden olan kanuni düzenlemeleri, politikaları kaldırmalıdır. Ek olarak devletler, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinden, inançlardan, geleneklerden kaynaklı bireylerin cinsel hakları ve üreme haklarının ihlaline neden olan uygulamaları da önlemelidirler.¹⁴

Üreme sağlığı hizmetleri, sağlık hakkının önemli bir kısmını oluşturmaktadır. Üreme sağlığı hizmetleri, gebelik ve aile planlaması yöntemleri ile ilgili sorumlu ve gönüllü seçimin desteklenmesi, doğurganlığın düzenlenmesinde kanunlara aykırı olmayan yöntemlerle ilgili bilgilendirme ve eğitim yapılması ve bunların uygulanması gibi hizmetleri içerir. Bunlara ek olarak yaşam döngüsünde değişen üreme sağlığı gereksinimlerinin toplumun farklı koşullarına duyarlı bir şekilde karşılanması, istenmeyen gebeliklerin önlenmesi, kanuni çerçevede gebeliğin sonlandırılması seçeneklerinin sunulması, riskli gebelik-

12 Carmen Barroso, Serra Sippel, “Sexual and Reproductive Health and Rights: Integration as a Holistic and Rights-Based Response to HIV/AIDS” *Women’s Health Issues*, Cilt 21, Sayı 6 Suppl., 2011, s. 250; Cinsel haklar ile ilgili ayrıntı için bkz. https://www.who.int/reproductive-health/topics/gender_rights/sexual_health/en/ (02.12.2020).

13 Cairo, s. 59.

14 Sert, 22 Nolu Yorum, s. 65-81.

lerin morbidite ve mortalitelerinin azaltılması gibi hizmetleri de kapsamaktadır. Cinsel yolla bulaşan enfeksiyonlar ve HIV/AIDS'ten korunma, erken tanı, tedavi ve destek hizmetlerinin sunulması, çocuklara, ergenlere ve genç insanlara yaşlarına uygun cinsel sağlık bilgileri verilmesi, üreme ve cinsel sağlık hizmetlerinin bu gruplara ulaşımının sağlanması, güvenli annelik hizmetleri, ileri yaş grubundakilere yönelik cinsel sağlık ve kanser durumları gibi üreme sağlığı hizmetleri cinsel sağlık ve üreme sağlığı hizmetleri arasındadır. Ayrıca aile planlamasına erkeklerin katılımının sağlanması, gebelik aralıklarını uzatmak için emzirmenin teşvik edilmesi gibi hizmetlerin yanında infertilite vakalarında gereken hizmetin verilmesi de üreme sağlığı hizmetleri arasında sayılmıştır.¹⁵ İnfertil durumdaki bireylerin üreme sağlığı ile ilgili hizmetlerden yararlanma hakkı çocuk sahibi olup olmamaya karar verme haklarının da bir parçasıdır. Sağlık sorunları nedeniyle doğal yollarla çocuk sahibi olamayan bireylerin bilimsel ve teknolojik gelişmeler kapsamında geliştirilen teknikler ile çocuk sahibi olabilme imkânından yararlanabilme hakları vardır. Cinsel hakların ve üreme haklarının somutlaştırılması bağlamında önemli bir belge olarak kabul edilen Uluslararası Aile Planlaması Federasyonu'nun 1994'te yayınladığı Üreme Hakları ve Cinsel Haklar Bildirgesi'nde¹⁶ "tüm bireylerin, infertilite, gebeliğin önlenmesi ve gebeliğin sonlandırılmasını da kapsayan konularda üreme sağlığı teknolojilerinden yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilmiştir."¹⁷

I. İnfertilite Ve Sağlık Hakkı

İnfertilite, 2009 yılında yayımlanan ICMART¹⁸ Sözlüğü'nde, "*On iki ay veya daha uzun süreli düzenli korunmasız cinsel ilişkiye karşın, klinik bir gebelik elde edememe ile tanımlanan üreme sistemi hastalığıdır.*" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁹ Üremeye yardımcı tedaviler, sağlık hakkının yadsınmaz bir parçasıdır.

15 Gürkan Sert, *Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*, İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2013, s. 31.

16 International Planned Parenthood Foundation, "Charter on Sexual and Reproductive Rights", 1997, s. 12, www.ippf.org/sites/default/files/ippf_charter_on_sexual_and_reproductive_rights_guidelines.pdf (02.12.2020).

17 Aynı bildirmede tüm bireylerin, üreme sağlığıyla ilgili teknolojinin sağlık ve iyilik hâli üzerinde ortaya çıkabilecek herhangi bir olumsuz etki konusunda, bilgi alma hakkı olduğu da vurgulanmıştır.

18 Yardımlı Üreme Teknolojilerini İzleme Uluslararası Komitesi (International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies- ICMART), yardımcı üreme teknolojisi ile ilgili evrensel verilerin geliştirilmesinde, toplanmasında ve yayılmasında öncü rolü üstlenmiş bağımsız, kâr amacı gütmeyen uluslararası bir kuruluştur. ICMART, Üreme Tıbbi Uzmanları Kurulu tarafından yönetilmektedir. ICMART, Dünya Sağlık Örgütü'nün paydaşlarından. Bkz. International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART), <https://www.icmartvf.org/> (30.11.2020).

19 "*Infertility is a disease of the reproductive system defined by the failure to achieve a clinical pregnancy after 12 months or more of regular unprotected sexual intercourse.*" şeklindeki özgün

Öyle ki, tedavi olarak kabul edilen üremeye yardımcı yöntemler, bahsi geçen hakkı iki açıdan eksiksiz desteklemektedir: İlki, çocuk sahibi olamama durumunun bir hastalık²⁰ olması hâlidir. Esasen, özel bir açıklamaya muhtaç görülmeyen bu tıbbi durumun hastalık hüviyeti, Uluslararası Hastalık Sınıflama Sistemi'nde de açıkça kodlanmıştır.²¹ İkincisi ise daha kapsayıcı bir tanımlamayı haizdir: Şöyle ki; sağlık, DSÖ Anayasası'nda “*yalnızca hastalık ve sakatlıkların olmaması değil, fiziksel, ruhsal ve sosyal yönden tam iyilik hâli...*” şeklinde tanımlanmıştır. ICD-10 sınıflandırılmasında tanımlanmış olan infertilite, fiziksel bir hastalıktır ve bu hâl ile fiziksel bir sağlıksızlık durumunu işaret eder. İnfertilite, gerek özel tanımlama²² ve gerekse kronikliği²³ ile ruh sağlığı alanında da olumsuz etkiye sahip olduğu kabul edilmelidir. İnfertilitenin, kadının ve erkeğin toplumsal rollerini işaret ederek ve annelik ve babalık vurguları ile üçüncü kapsama alanını işaret eden çalışmalar da vardır.²⁴ DSÖ'ye göre,

dildeki tanım için bkz. Fernando Zegers-Hochschild, Geoffrey David Adamson, Jacques De Mouzon, Osamu Ishihara, Ragaa Mansour, Karl Gösta Nygren, Elizabeth Sullivan, Sheryl Van Der Poel, “The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology”, *Human Reproduction*, Cilt 24, Sayı11, 2009, s. 2686, (ICMART- 2009).

- 20 Hastalık kavramının tanımlanması, sağlık kavramının tanımlanmasından daha basit kabul edilir. Bu kavram, nesnel ve sınıflanabilir. Bkz. Ayşegül Karaca-Dedeoğlu, s. 8. Ayrıca sağlık ve hastalık kavramı hakkında öz bilgi için bkz. Matthias Flatscher, Torsten Liem, “What is Health? What is Disease? Thoughts on a Complex issue”, *The American Academy of Osteopathy Journal*, Cilt 21, Sayı 4, 2011, s. 27.
- 21 Uluslararası hastalık sınıflama sistemi (International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems-ICD), DSÖ tarafından oluşturulmuş ortak bir kodlama yöntemidir. Bu kodlama da kadın infertilitesi N97, erkek infertilitesi N46 kodları ile tanımlanmaktadır. Güncel kodlamanın özgün dildeki hâli için bkz. World Health Organization, ICD-10 Version: 2019, <https://icd.who.int/browse10/2019/en> (02.12.2020).
- 22 İnfertilite ve ruhsal iyilik hâli açısından bkz. Sandra R. Leiblum, *Infertility: Psychological Issues and Counseling Strategies*, John Wiley & Sons, New Jersey, 1997, s. 1- 278; Sharon N. Covington, Linda Hammer Burns, *Infertility Counseling A Comprehensive Handbook for Clinicians*, 2. Baskı, Cambridge University Press, New York, 2006, s. 1-687; Janet Jaffe, Martha Ourieff Diamond, *Reproductive Trauma: Psychotherapy with Infertility and Pregnancy Loss Clients*, American Psychological Association Publishing, Washington, 2011, s. 1-275; Nurcan Kurca, Türkan Pasinlioğlu, “İnfertilite Tedavisinde Karşılaşılan Psikososyal Sorunlar”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 5, Sayı 2, 2013, s. 162-178; Hacer Sezgin, Çiçek Hocaoğlu, “İnfertilitenin Psikiyatrik Yönü”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 6, Sayı 2, 2014, s. 165-184; Seçil Seymenler, Diğdem Müge Siyez, “İnfertilite Psikolojik Danışmanlığı”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 10, Sayı 2, 2018, s. 186-197.
- 23 İnfertilitenin kronik hastalık statüsü hakkında, bizim de aynı yönde düşündüğümüz bir görüş için bkz. Abha Khetarpal, Satendra Singh, “Infertility: Why Can't We Classify This Inability As Disability?”, *Australasian Medical Journal*, Cilt 5, Sayı 6, 2012, s. 334-339.
- 24 Livia Sz. Oláh, Rudolf Richter, Irena E. Kotowska, “State-of-the-ART Report: The New Roles of Men and Women and Implications for Families and Societies”, *Families and Societies Working Paper Series*, No. 11, 2014, s. 1-54; Onur Hamzaoğlu, “Sağlık Nedir? Nasıl Tanımlanmalıdır?”, *Toplum ve Hekim*, Cilt 25, Sayı 6, 2010, s. 408; Türkiye'de yapılan bir çalışmada infertil olguların %38'inin sosyal dışlanma yaşadığı, bu dışlanmanın kadınlarda daha fazla olduğu ve

ortaya çıkan işlev bozukluğu ile infertilite, bir engellilik hâlidir ve bu durum nedeniyle Engelli Kişilerin Haklarına Dair Sözleşme'nin²⁵ de kapsamına girer.²⁶ Örgüt, infertiliteyi, küresel engellilik nedenlerinden biri olarak görür ve hatta 0-59 yaş arası grupta, hastalığın dünya sıralamasındaki sıklık yerini de beşincilik olarak işaret eder.²⁷

II. Tıbbi Yardımla Üreme

Tıbbi yardımla üreme alanındaki tartışmalar, özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinde, daha fazla yumurta oluşturabilmek için yüksek doz hormon tedavisi, rahim içine yerleştirilen embriyo sayısı ve oluşan fetüs sayısının fazla olması durumunda bir veya daha fazlasının canlılığının sonlandırılması konularına odaklanmıştır. Yeni milenyum; üreme hücresi ve embriyo bağışlama, taşıyıcı annelik, menopoz sonrası annelik, uzun süreli üreme hücresi veya embriyo dondurma, kopyalama ve yapay rahim gibi yeni başlıklarla tartışmaları tıp biliminin de ötesine taşımıştır.²⁸

Tıbbi yardımla üreme uygulamaları, kadına ilaç[lar] uygulanarak ya da ilaç[lar] uygulanmadan başlayabilir. İlaçsız tedavi oldukça seyrek bir uygulamadır. Tedavide, tamamen olgunlaşmadan toplanan yumurtalar, laboratuvar ortamında olgunlaştırılır. Hasta çok az hormon kullanır ya da hormon uygulaması yapılmaz. Uygulama, özellikle, tedavide kullanılan ilaçlara karşı aşırı yumurtlama reaksiyonu²⁹ oluşturan gruplarda, polikistik over sendromu ve/veya endometriozis tanısı olan kadınlarda, ilaçlara olumlu tepkisi zayıf olan kadınlarda ve erkek infertilitesinde tercih edilmektedir. İlaçsız tedavi, özellikle,

bu oranların çocuk sahibi olunduktan sonra belirgin olarak normaleştiği saptanmıştır. Bkz. Rahime N. Ergin, Aslihan Polat, Bülent Kars, Deniz Öztekin, Kenan Sofuoğlu, Eray Çalışkan, "Social Stigma and Familial Attitudes Related to Infertility", *Turkish Journal of Obstetrics and Gynecology*, Cilt 15, Sayı 1, 2018, s. 46-49.

25 United Nations, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/conventionrightspersonswithdisabilities.aspx> (29.09.2020).

26 World Health Organization and World Bank, World Report on Disability, Geneva: WHO Press, 2011, s. 296.

27 World Health Organization and World Bank, s. 297.

28 Tıbbi yardımla üreme konusundaki yeni gelişmelere yönelik etik tartışmalar hakkında ek bilgi için Bkz. Ruth Landau, "Artificial Womb Versus Natural Birth: An Exploratory Study of Women's Views", *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Cilt 25, 2007, s. 4-17; Paula Abrams, "The Bad Mother: Stigma, Abortion and Surrogacy", *Abortion and ART*, Cilt 1, Sayı 1, 2015, s. 179-191.

29 Yumurtalıkların verdiği beklenmeyen aşırı cevabın, karında ve akciğerde sıvı toplanması (Yumurtalığın hiperstimulasyon sendromu-OHSS) durumuna yol açabileceği bilgisi hakkında bkz. Charalampos Siristatidis, Theodoros N. Sergentanis, Paraskevi Vogiatzi, Prodromos Kanavidis, Charalampos Chrelias, Nikolaos Papantoniou, Theodora Psaltopoulou, "In Vitro Maturation in Women with vs. without Polycystic Ovarian Syndrome: A Systematic Review and Meta-Analysis", *PLoS One*, Cilt 4, Sayı 10, 2015, s. 1-18.

hormon tedavisinin kullanılmasının tartışmalı olduğu kanser hastaları için de ideal bir yöntemdir. Tedavinin daha kolay olması, kısa tedavi süresi, yan etki azlığı, görece az komplikasyon durumu, daha az klinik ziyareti ve daha az enjeksiyon uygulaması yöntemin avantajlarıdır.³⁰

İlaçlı tedavi, yumurta sayısının kontrollü olarak çoğaltılmasının hedeflendiği hormonal bir ön tedavi ile başlar. Yeterince yumurta büyüdüktan sonra, yumurta hücrelerinin olgunlaşma aşamasını tamamlayabilmesi için kadına yumurtlama aşısı uygulanır. Yumurtlama aşısına müteakip, 32 ila 36 saatler arasında ve ultrasonografi eşliğinde, yumurta hücreleri toplanır. Yumurta hücrelerinin saptanması durumunda döllenme aşamasına geçilir. Yumurtalar yapay ortama alınır ve döllenmenin gerçekleşebilmesi amacıyla sperm ile birleş[tiril]me aşaması başlar. Döllenme sonrasında oluşan yeni hücre, vücut ortamını taklit eden kuluçkacıklar içerisinde geliştirilir. Bu birleşme ya sperm ile yumurtayı aynı ortamda tutarak spermin dölleme kapasitesi temelinde ya da spermi yumurta hücrelerinin içine naklederek yapılır. Bunlardan ilki in vitro fertilizasyon, ikincisi ise intrasitoplasmik sperm enjeksiyonu metotlarını işaret eder.³¹ Oluşan embriyo ya üç veya beşinci günde ya da dondurulup saklanma sonrasında çözülerek herhangi bir zamanda rahme yerleştirilir.³²

İn vitro fertilizasyon, Klinik Embriyoloji Derneğinin Uygulama Rehberi'nde ve 2009 yılında yayımlanan sözlüğe atfedilerek, “*Vücut dışında gerçekleştirilen döllenme işlemi içeren ÜYTE tekniği.*” şeklinde tanımlanmıştır.³³ Uluslararası İnfertilite ve Doğurganlık Bakımı Sözlüğü'ne göre ise in vitro fertilizasyon, “Üreme hücrelerinin, bir dizi yöntemle invitro döllendirilmesidir. Terim, geleneksel in vitro aşılama ve ICSI uygulamalarını kapsar.” şeklinde Türkçeleştirilebilir.³⁴

30 Michael von Wolff, “The Role of Natural Cycle IVF in Assisted Reproduction”, *Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism*, Cilt 33, Sayı 1, 2019, s. 35-45.

31 Yumurta toplanması ve embriyo yerleştirilmesine yönelik genel bilgi için Bkz. Pankaj Talwar, *Manual of Assisted Reproductive Technologies and Clinical Embryology*, Jaypee Brothers Medical Publishers, London, 2012, s. 350-360.

32 Morula evresinde rahme yerleştirilen embriyolar erken dönem transferi, blastosist döneminde yapılan transferler ise geç dönem transferi olarak tanımlanırlar. Blastosist dönemi embriyosu, iç hücre ve dış hücre kitlelerinin kalitesine göre sınıflandırılır. Her ikisinin de kaliteli olduğu embriyoların transferi ile çok daha yüksek gebelik oranları elde etmek mümkündür. Döllenmeden 12 ila 14 gün sonra, kadına yapılan idrar ya da kan testleri sonucunda, gebelik oluşup oluşmadığı saptanır. Bkz. Marinos Tsirigotis, “Blastocyst Stage Transfer: Pitfalls and Benefits”, *Human Reproduction*, Cilt 13, Sayı 12, 1998, s. 3285-3295.

33 “*In vitro fertilization (IVF): An ART procedure that involves extracorporeal fertilization.*” şeklindeki özgün dildeki tanım için bkz. Fernando Zegers-Hochschild, ICMART- 2009, s. 2685.

34 İn vitro fertilizasyon teriminin, “*A sequence of procedures that involves extracorporeal fertilization of gametes. It includes conventional in vitro insemination and ICSI.*” şeklindeki özgün dildeki tanım için bkz. Fernando Zegers-Hochschild, Geoffrey David Adamson, Silke Dyer,

İntrasitoplasmik sperm enjeksiyonu, Klinik Embriyoloji Derneğinin Uygulama Rehberi'nde ve 2009 yılında yayımlanan sözlüğe atfedilerek, “*Oosit stoplazmasının içine bir adet spermatozoonun bırakılması işlemi.*” şeklinde tanımlanmıştır.³⁵ Uluslararası İnfertilite ve Doğurganlık Bakımı Sözlüğü'nde de aynı tanım kullanılmıştır. İntrasitoplasmik sperm enjeksiyonu, “*Tek bir spermatozoonun oosit sitoplazmasına enjekte edildiği uygulamadır.*” şeklinde Türkçeleştirilebilir.³⁶

III. Türkiye'de Üremeye Yardımcı Sağlık Hizmetine Yönelik Düzenlemeler ve Kısıtlamaların Gelişim Süreci

Türkiye'de, yardımla üreme teknolojisinin tıbbi yardımla tedavi amacı ile uygulanması, ilk olarak 1987 yılında çıkarılan İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği³⁷ (1987 ÜYTE Yönetmeliği) ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmelik bilinen ve mevcut tedavi yöntemleriyle gebe kalamayan evli kadınların bir kısmının, in vitro fertilizasyon ve embriyo transferi yoluyla gebe kalmasını sağlamak ve uygulamalar ile ilgili esasları belirlemek ve bu uygulamayı yapacak merkezlerin açılması, çalışması ve denetlenmesi amacıyla yayımlanmıştır.

1987 ÜYTE Yönetmeliği'nde ve bu yönetmelikte yapılan sonraki değişikliklerde yalnızca evlilik birliği içindeki çiftlerde uygulamalara izin verilmiştir. Yönetmelik'te, evli olmayan bireylerin kendilerine in vitro fertilizasyon ve embriyo transferi uygulanacak adaylardan alınan yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların bir başka maksatla veya başka adaylarda, aday olmayanlardan alınanların da adaylarda kullanılması ve uygulanması yasaklanmıştı. Ayrıca yumurta ve sperm ile elde edilen embriyoların Yönetmelik ile belirtilen amaçlar dışında merkezde bulundurulamayacağı, kullanılmayacağı, aktarılamayacağı, satılamayacağı da belirtilmişti.

1987 ÜYTE Yönetmeliği, otuz altı yaşını aşan kadınların Kurul'dan izin almadan hizmetten yararlanmasını yasaklamıştı. Kanaatimizce, bu yönetmeliğin, otuz altı

Catherine Racowsky, Jacques De Mouzon, Rebecca Sokol, Laura, Rienzi, Arne Sunde, Lone Schmidt, Ian D. Cooke, Joe Leigh Simpson, Sheryl Van Der Poel, “The International Glossary on Infertility and Fertility Care”, *Human Reproduction*, Cilt 32, Sayı 9, 2017, s. 1795, (ICMART- 2017).

35 “*IntraCytoplasmic Sperm Injection (ICSI): a procedure in which a single spermatozoon is injected into the oocyte cytoplasm.*” şeklindeki özgün dildeki tanım için bkz. Fernando Zegers-Hochschild, ICMART- 2009, s. 2686.

36 İnterasitoplasmik sperm enjeksiyonu teriminin, “*A procedure in which a single spermatozoon is injected into the oocyte cytoplasm.*” şeklindeki özgün dildeki tanımı için bkz. Fernando Zegers-Hochschild, ICMART- 2017, s. 1795.

37 Resmî Gazete, 21.08.1987, 19551.

yaşından gün almış kadınların üremeye yardımcı tekniklerden yararlanmasını, bir bilim kurulu kararına bağlaması ve kararın sonuçlanmasına kadar geçen zamanda kadının üreme kapasitesinde azalmaya neden olabileceği hususlarını gözetmemesi, bireylerin infertilite durumlarında sağlık hizmetlerine erişim hakkının ihlali açısından önemlidir. Düzenlemenin bu sınırlama ile dokuz yıl yürürlükte kaldığı düşünüldüğünde, önemli hak kayıplarına neden olduğu ifade edilebilir.³⁸ Aynı yönetmelikte 1996 yılında yapılan değişiklik³⁹ ile otuz altı yaşından gün almış kadınların üremeye yardımcı tekniklerden yararlanması için Kurul'dan izin alma koşulu kaldırılmıştır.

1987 ÜYTE Yönetmeliği'nde, invitro embriyo ve üreme doku ve/veya hücrelerinin dondurularak saklanması hakkında bir düzenleme yer almıyor ve dondurularak saklanma işlemine yönelik bir tıbbi araç ya da gereç merkezlerden talep edilmiyordu. Bu konuda bir düzenlemeye gidilmemesi, Yönetmelik'in, tıbbi gelişmelerin takibinden uzak bir düzenleme olduğunu düşündürmektedir. 1996'da yapılan Yönetmelik değişikliği, invitro embriyoların dondurularak saklanması konusuna yer vermiştir. Bu değişiklik, konunun Türkiye mevzuatında ilk kez yer bulması nedeniyle önemlidir. Bu değişiklik rahme nakledilmeyen invitro embriyoların üreme hücresi sahiplerinin her ikisinin de rızası ile dondurularak en fazla üç yıl saklanabilmesine olanak sağlamıştır. Ek olarak, değişiklik ile, üç yıllık süre içinde ve herhangi bir zamanda, üreme hücresi sahiplerinin her ikisinin de rızası ile embriyonun çözülerek rahme nakledilmesine olanak sağlamış ve üç yıllık süre sonunda, kadın ve erkeğin birlikte talebi, boşanmaları veya bunların birinin ölümü hâlinde embriyonun derhâl imha edilmesi hususları da düzenlenmiştir.⁴⁰

38 Kadının üreme hakkı fiili çerçevesinin baştan sınırlı olduğu ve bu sınırdan olarak hak düzenlemelerinde öngörünün çok daha önemli olduğu gereken bir alandır. Anne rahminde gelişmekte olan bir dişi fetüsün yumurtalığında, gebeliğin yirminci haftasında, altı ila yedi milyon primordiyal follikül vardır ki bu sayı bebeğin doğum anında bir ila iki milyon sınırına düşer. Bir kız çocuğunun ergenlik anı itibarı ile sahip olduğu toplam follikül sayısı ise 400 bin civarındadır. Ergenlik ile, her âdet ayı beş ila on beş follikül gelişir. Yumurtalıkta hiç follikül kalmadığı döneme ise menopoz adı verilir. Basitleştirilmiş bir ifade ile bir kadının ergenliğinden menopozuna kadar, ancak, dört yüz ila beş yüz follikülü döllenebilme şansına sahiptir. Kanımızca, ilk yönetmelikte üreme hakkı ihlali sabittir ve bu ihlalin düzeltilmesi dokuz yıl sürmüş olup, baştan sınırlı bir alan olan kadın üreme dönemine yönelik önemli hak kayıpları yaratmıştır. Bkz. Hamish B. Wallace, Thomas W. Kelsey, "Human Ovarian Reserve from Conception to the Menopause", *PLoS One*, Cilt 25, Sayı 1, 2010, s. e8772.

39 1987 tarihli İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Merkezleri Yönetmeliği'nin adı, 1996 yılında, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği olarak değiştirilmiştir. İnvitro Fertilizasyon ve Embriyo Transferi Yönetmeliği şeklindeki isimlendirmenin değiştirilmesinin temel nedeni, invitro fertilizasyon tekniğinin yanında diğer tekniklerin de uygulamada yer bulmuş olmasıdır. Resmî Gazete, 19.11.1996, 22822.

40 1996 Değişiklik Yönetmeliği'nin 13'üncü maddesi ile 1987 Yönetmeliği'nde yasakların düzenlendiği 17'nci maddeye, eklenmiştir.

1987 tarihli Yönetmelik'te 1996 yılında yapılan değişikliklerle üreme hakkının sınırlarının görece genişletilmesi ve invitro embriyo saklanması koşullarının düzenlemiş olması üreme hakları açısından önemli bir güncellemeler olarak kabul edilebilir. Ancak embriyonun dondurularak saklanması hususunun yasaklar alt başlığında yer alması, bilimsel ve teknolojik ilerlemenin sağladığı olanaklar konusunda, düzenleyici iradenin tereddütünü de düşündürmektedir.

1987 ÜYTE Yönetmeliği'nde 1996 Yılında yapılan değişikliklerde üreme dokularının ve/veya hücrelerinin dondurularak saklanmasına yer verilmemişken, 2005 yılında yapılan değişiklik⁴¹ ile üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması yasaklanmış bunların yalnızca tıbbî zorunluluk hâllerinde saklanmasına olanak sağlanmış idi. 2005 yılında yapılan bu değişikliğe göre tıbbî zorunluluk hâllerinin neler olduğu Bakanlık tarafından yayımlanacak tebliğ ile belirlenecek idi. Aynı değişiklikte, saklanan üreme hücreleri ve gonad dokularının evlilik dışında ve başka şahıslar için kullanılması yasaklanmıştır. Saklanan bu üreme hücreleri ve gonad dokuları alınan kişinin isteği ile imha edilebilecekti. 2005 yılında yapılan bu değişiklikle invitro embriyoların saklanma süresi beş yıla çıkarılmıştır.⁴²

2010 Tarihli Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik⁴³ (2010 ÜYTE Yönetmeliği) ile 1987 ÜYTE Yönetmeliği ilga edilmiştir. 2010 ÜYTE Yönetmeliği yine üremeye yardımcı tekniklerden, üreme hücrelerinin dondurulması gibi bazı istisnalar dışında, yalnızca evli çiftlerin yararlanabileceğini öngörmüştür. Bu düzenleme önceki düzenlemeden farklı olarak invitro embriyoların saklanması koşullarına yönelik geniş çaplı düzenlemeye yer vermiştir. 2010 ÜYTE Yönetmeliği ile invitro embriyoların saklanması ve imhası koşullarında önceki yönetmelikteki hükümlere ek bazı hükümler getirilmiştir. Bu yönetmelik embriyonun nakil ve imha nedenlerini değiştirmemiş ancak imhasında bir komisyonun yer alması hususunu eklemiştir. Bu yönetmeliğin 12'nci maddesinin 7'nci fıkrası ile invitro embriyonun dondurularak saklandığı fiziki alanın şartları belirlenmiştir (m. 12/7). Bu yönetmeliğe göre invitro embriyonun saklanmasına devam edilmesi için hak sahibi çiftin her yıl rızalarını yenilemesi gerekiyordu. 2010 ÜYTE Yönetmeliği ile daha önce beş yıl olarak saptanan dondurulmuş embriyo saklama süresi değiştirilme-

41 Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği'nde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Resmî Gazete, 08.07.2005, 25869.

42 2005 Değişiklik Yönetmeliği'nin 7'inci maddesi ile 1987 Yönetmeliği'nde invitro embriyoların saklanması koşullarının düzenlendiği yasaklar başlığının 17'nci maddesinin ilgili paragrafı, değiştirilmiştir.

43 Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete, 06.03.2010, 27513.

miş, ancak Yönetmelik'in 18'inci maddesinin 12'nci fıkrası ile T.C. Sağlık Bakanlığının iznine bağlı olarak sürenin uzatılmasına olanak sağlanmış idi.

2010 ÜYTE Yönetmeliği de üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasını yasaklamış ve yalnızca tıbbî zorunluluk hâllerinde saklanmasına izin vermişti. 2010 ÜYTE Yönetmeliği, 1987 ÜYTE Yönetmeliği'nden farklı olarak kadın ve erkeklerin üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanabileceği hâlleri saymıştır. Buna göre, erkeklerde cerrahî yöntemlerle sperm elde edilmesi halinde, kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (testislerin alınması vb.) öncesinde veya çok az sayıda sperm olması (kriptozoospermi) durumunda; kadınlarda kemoterapi ve radyoterapi gibi gonad hücrelerine zarar veren tedaviler, üreme fonksiyonlarının kaybedilmesine yol açacak olan ameliyatlara (yumurtalıkların alınması gibi operasyonlar) öncesinde, üreme hücreleri ve gonad dokuları, bu materyallerin güvenliği açısından verici adaya ait DNA analizi ile birlikte saklanabilecek idi.

2014 Yılında çıkarılan Yönetmelik ile 2010 tarihli Yönetmelik ilga edilmiştir (2014 ÜYTE Yönetmeliği).⁴⁴ Bu yönetmelik ile hizmetlerden yalnızca evlilik içi yararlanılması ve invitro embriyoların saklanması şartlarına yönelik yeni veya değişiklik getiren bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak kadınların üreme hücrelerinin ve gonad dokularının saklanmasına ilişkin bir durum daha eklenmiştir. Buna göre, henüz doğurmamış olup düşük over rezervi bulunan veya aile öyküsünde erken menopoz hikâyesini üç uzman tabipten oluşan sağlık kurulu raporu belgelendiren kadının da üreme hücreleri ve gonad dokuları saklanabilecektir.⁴⁵ 2014 ÜYTE Yönetmeliği ile embriyoların başka bir merkeze taşınmasına olanak tanınmıştır. Buna göre hak sahibi olan çiftin rızası ile embriyo başka bir merkeze taşınabilecektir. Bu kapsamda hak sahibi çiftin bu yöndeki taleplerini embriyonun saklandığı ve taşınarak saklanacağı merkezlere yapması gerekmektedir.

2014 ÜYTE Yönetmeliği'nin 20'nci maddesinin 5'inci fıkrası ile getirilen önemli bir değişiklik invitro embriyoların saklanmasına yönelik süre kısıtlamasının kaldırılmasıdır. Üreme hücrelerinde ise bu sınırlama devam etmektedir.

Türkiye'de üremeye yardımcı teknikler konusundaki kanuni düzenlemeler konusunda önemli bir gelişme de 2018 yılında gerçekleşmiştir. 2018 yılında

44 Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik, Resmî Gazete, 30.09.2014, 29135.

45 Funda Işık Özcan, Gürkan Sert, Fulya İlçin Gonenç, "Türkiye'de Üremeye Yardımcı Teknikler ile İlgili Hukukî Düzenlemelerin Tıp Hukuku Açısından İncelenmesi", *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, Cilt 3, Sayı 3, 2017, s. 145.

çıkarılan bir kanun ile Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'a (ODNK) üremeye yardımcı teknikler ile ilgili madde eklenmiştir.⁴⁶ ODNK'ya eklenen ek madde 1'e ile getirilen hükümler 2014 ÜYTE Yönetmeliği'nde düzenlenen konuların genelinin kanun ile düzenlenmesini sağlamıştır. Madde'de, doğal yollarla çocuk sahibi olunamadığı veya tıbbi gereklilik bulunduğu hâllerde, kadın ve/veya erkeğin üreme hücrelerinin tıbbi yöntemlerle döllenmeye elverişli hâle getirilerek ve vücut içinde veya dışında döllenmesini sağlayarak üreme hücreleri veya embriyonun anne adayına uygulanabileceği belirtilmiştir. Madde'ye göre, bu uygulamalar yalnızca evli eşler arasında uygulanabilecektir. Aynı maddeye göre bu tedavi uygulamaları, Bakanlıkça belirlenen tıbbi esaslar çerçevesinde yalnızca Bakanlıkça yetkilendirilmiş hekimler tarafından ve Bakanlıkça ruhsatlandırılan üremeye yardımcı tedavi uygulama merkezlerinde gerçekleştirilebilir (Ek m. 1/1). Ek maddede eşlerden biri veya her ikisinden alınan üreme hücreleri ve bu hücrelerden elde edilen embriyonun, başka kişilere uygulanması ve taşıyıcı annelik yasaklanmıştır (Ek m. 1/2). Buna ek olarak başkasına ait üreme hücresi ve/veya embriyonun kullanılması suretiyle donasyon işlemi yapılması ve bu amaçla üreme hücresi ve/veya embriyo bağışlanması, satılması, bulundurulması, kullanılması, saklanması, taşınması, ithalatı, ihracatı ve bu işlemlere aracılık edilmesi yasaktır. (Ek m. 1/3)

IV. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ve Sağlık Uygulama Tebliği Şartlarında İnfertilite Tedavisinin Finansman Şartları

Ülkemizde sosyal güvence kapsamında infertilite tedavisi 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda⁴⁷ (SSGSSK) düzenlenmiştir. Bu kanunun 63'üncü maddesinin e fıkrası ile bireylere belli koşullarda sosyal güvence kapsamında çocuk sahibi olma veya tedavi olma amacıyla ÜYTE hizmetlerinden yararlanma hakkı tanınmıştır. İlgili maddede 2018 yılında değişikliğe gidilmeden önce sosyal güvence kapsamında iki denemeye izin verilirken 2018 yılında yapılan değişiklik ile sosyal güvence kapsamındaki deneme sayısı üçe çıkarılmıştır. Belirtmek gerekir ki 2013 tarihli SUT'da⁴⁸ 2014 yılında yapılan bir değişiklik ile sosyal güvence kapsamındaki deneme sayısı üçe çıkarılmıştır (01.10.2014).⁴⁹ Bahse konu sınırın, sair devredilen sosyal güvenlik ku-

46 Sağlıkla İlgili Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Resmî Gazete, 05.11.2018, 30616.

47 Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu Resmî Gazete, 16.06.2006, 26200.

48 24.03.2013 tarihli SUT madde 2.4.4.İ-1-(1), Resmî Gazete, 24.03.2020, 28597.

49 Madde, "24/3/2013 tarihli ve 28597 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Sosyal Güvenlik Kurumu Sağlık Uygulama Tebliğinin 1.8.4 numaralı maddesinin birinci fıkrasında yer alan "ikinci denemede %25" ibaresinden sonra gelmek üzere "üçüncü denemede %20" ibaresi eklenmiştir." şeklindedir. Resmî Gazete, 01.10.2014, 29136

rumları finansmanında yapılan uygulamaları da kapsadığı hususu ise SUT'da belirtilmiştir.⁵⁰

SUT kapsamında bu uygulamaların finansmanında hasta tarafından sağlanacak katılım payı bu denemelerin sırasına göre değişmektedir.⁵¹ Buna göre hizmetten yararlananlar birinci denemede %30, ikinci denemede %25 olan ve üçüncü denemede %20 katılım payı ödeyecektir.⁵² Bu oranların üreme sağlığı hizmetlerinin herkes için ulaşılabilir olması ve makul bir ücret içermesi hususu bu açıdan değerlendirilmesi önemlidir. Diğer sağlık hizmetlerindeki katılım payları düşünüldüğünde, bu katılım payı, kanımızca, yüksektir.

Bu hizmetten sosyal güvence kapsamında yararlanabilmek için Kanun, yaş sınırına da yer vermiştir. Tedavinin finansmanının sağlanmasına yönelik kadının talep edilen yaş aralığı, “*Kadının 23 yaşından büyük, 40 yaşından küçük olması*” biçiminde düzenlenmiştir.⁵³ Bu koşul, SUT’un ilgili maddesinde ise “*kadının 23 yaşını doldurmuş, 39 yaşından küçük, olması*” şeklinde belirlenmiştir.⁵⁴ SSGSSK’daki açıkça belirtilen 40 yaş altı sınırına rağmen SUT’da

50 2.4.4.İ-1-(3) maddesinde; “*Kuruma devredilen sosyal güvenlik kurumlarınca daha önce ödenen tüp bebek tedavileri, işlem adetlerinin hesaplanmalarında dikkate alınır.*”

51 24.03.2013 tarihli SUT’un yardımcı üreme yöntemi katılım payları başlıklı maddesi “(1) *Yardımcı üreme yöntemi tedavilerinde birinci denemede %30, ikinci denemede %25 oranında olmak üzere bu tedaviler için belirlenen bedeller üzerinden katılım payı alınır. (2) Yardımcı üreme yöntemi katılım payları, tedavinin sağlandığı sağlık hizmeti sunucusunca kişilerden tahsil edilir.*” düzenlenmiş olup, üçüncü deneme için katılım payı öngörülmemiştir. Resmî Gazete, 24.03.2020, 28597.

52 26.11.2016 tarihinde yapılan SUT değişikliği ile 1.8.4 maddesi; “(1) *Bir hastalığın tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması nedeniyle yapılacak yardımcı üreme yöntemi tedavisi dışındaki yardımcı üreme yöntemi tedavilerinde birinci denemede %30, ikinci denemede %25, üçüncü denemede %20 olmak üzere bu tedaviler için belirlenen bedeller üzerinden katılım payı alınır.*” şeklindedir. Burada başka bir şekilde tedavi edilemeyen hastalık ifadesi ile işaret edilen durum ise kök hücre vericisi kardeş doğmasına yönelik üremeye yardımcı teknoloji kullanılması hususudur. SUT nezdinde, kök hücre vericisi kardeş doğmasına yönelik üremeye yardımcı teknoloji kullanılması hususu infertiliteden ayrı kabul görmektedir. Burada tedaviye yönelik doğal yollardan çocuk sahibi olunamamasından öte, hızlıca gebe kalınabilmesidir. Bu konu SUT’un 2.4.4.İ-2 maddesinde “(1) *Hasta çocuk sahibi olup, tedavisinin başka tıbbi bir yöntemle mümkün olmaması ve tıbben zorunlu görülmesi halinde bu çocuğun tedavisi amaçlı preimplantasyon genetik tarama yapılarak uygun kök hücre vericisi kardeş doğmasına yönelik olarak, bünyesinde kemik iliği transplantasyon merkezi bulunan üçüncü basamak sağlık hizmeti sunucuları sağlık kurulları tarafından hasta çocuk adına düzenlenen bu durumların belirttiği genetik uzmanının yer aldığı sağlık kurulu raporuna dayanılarak yapılan IVF tedavilerine ilişkin giderler, SUT’un 2.4.4.İ-1 maddesinde yer alan hükümler uygulanmaksızın Kurumca karşılanır. Bu durum dışında preimplantasyon genetik tarama ve bu işlem ile birlikte yapılan IVF bedelleri Kurumca karşılanmaz. (2) Aileler, söz konusu sağlık kurulu raporuna istinaden Kurumla sözleşmeli/protokollü üremeye yardımcı tedavi merkezlerinden (tüp bebek merkezi) birine başvurabilirler. (3) Sağlık Kurulu raporu ile belirlenen ilaç dozları için SUT’un 4.2.42.C maddesinde yer alan hükümler geçerlidir.*” şeklinde düzenlenmiştir.

53 2018 değişikliğinden önce başvuruda bulunan kadının 23 yaşından büyük ve 39 yaşından küçük olması gerekiyordu.

54 24.03.2013 tarihli SUT’un 2.4.4.İ-1-(1)-b maddesinde “*23 yaşını doldurmuş, 40 yaşından gün*

39 yaş altı sınırına yer verilmesi normlar hiyerarşisine aykırıdır. Tebliğ'in, Kanun'a uyumlu bir düzenlemeyi içermesi zorunludur. Bu hâli ile tebliğ, yararlanma ihtiyacında bulunan 40 yaşın altındaki bireylerin sağlık hizmetine erişim hakkını sınırlamaktadır.

Yaş sınırının bulunması üreme hakları açısından tartışılması gereken bir konudur. Bireylerin ÜYTE ile çocuk sahibi olabilecek durumda olmaları hâlinde, bu hizmetlere erişim hakkının mevcudiyeti üreme sağlığında hizmetlere eşit koşullarda erişim hakkı açısından önemlidir. Türkiye'de sosyal güvence kapsamı dışında ÜYTE hizmetlerinden yararlanmada herhangi bir yaş sınırlamasına gidilmemiş iken, sosyal güvence kapsamında yararlanacaklar açısından böyle bir sınırlamaya gidilmesi üreme sağlığı hizmetlerinde eşitlik açısından tartışılmalıdır. Bu kapsamda yaş ölçütü yerine tıbbi durum ölçütlerinin değerlendirilmesi üreme hakları açısından daha olumlu sonuçlara neden olacaktır.

Kanun'un ilgili maddesinde, başvuran kişilerin sigortalılık durumları ile ilgili koşullar da yer almaktadır. Buna göre başvuran eşlerden birinin en az beş yıllık genel sağlık sigortalısı ya da bakılmakla yükümlü kişi olması ve/veya 900 gün GSS primi ödenmiş olması gerekmektedir. İnfertilitenin bir yıl boyunca çocuk sahibi olamama şeklinde tanımlanmış olmasına rağmen bireylerin sosyal güvence kapsamında infertiliteden kaynaklı bir hizmetten yararlanması için 5 yıl süre ile beklemesi ya da 900 günlük prim ödeme koşulunun aranması da bireylerin üreme sağlığı hizmetlerine erişim hakkı açısından eleştirilebilir. Bekleme sürelerinin yaş sınırının aşılması durumlarında bireylerin bu haktan hiç yararlanamaması da söz konusu olacaktır.

Bu şartlara ek olarak evli çiftin evlilik birliği içinde çocuk sahibi olamamış olmaları ve başvuranların mevcut bir evlilik birliği içinde olması beklenmektedir. Buna göre evli çiftin son üç yıl içinde yapılan tıbbî tedavileri sonrasında normal tıbbî yöntemlerle çocuk sahibi olamadığının ve ancak yardımcı üreme yöntemi ile çocuk sahibi olabileceğinin yetkili sağlık kurumları tarafından tıbben mümkün görülmesi gerekmektedir. Ancak kadının primer ovaryan yetmezliği ve erkeğin azoospermisi olması hâlleri, bu üç yıllık bekleme süresi dışında tutmuştur. 2018 yılındaki değişiklikten önce primer ovaryan yetmezliği ve erkeğin azoospermisi olması hâllerini bu üç yıllık bekleme süresi dışında tutulmuyordu. Bu

almamış olması,” ibaresi, 25.07.2014 tarihinde “23 yaşını doldurmuş, 39 yaşından küçük,” şeklinde değiştirilmiştir. Bu hususta SUT'un 2.4.4.İ-2 maddesi ise; “IVF tedavisine başlanan kadının IVF uygulama tarihinde (embriyo transferinin yapıldığı tarih) 40 yaşından gün almış olması durumunda, IVF tedavisine ait bedeller Kurumca karşılanmaz. Ancak kadının 40 yaşından gün aldığı tarihten önce düzenlenmiş geçerli sağlık raporunun bulunması ve rapor tarihinden itibaren 30 gün içinde embriyo transferinin gerçekleştirilmiş olması durumunda, IVF tedavisine ilişkin sağlık hizmetleri Kurumca karşılanır.” şeklinde düzenlenmiştir.

da bu bireylerin herhangi bir tıbbi gereklilik bulunmadan beklemelerine neden oluyordu. Tedavinin finansmanının Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından sağlanabilmesinde talep edilen bir diğer husus yardımıyla üreme tedavisi altındaki kadında, oluşacak gebeliğin sürdürülmesine engel olabilecek sistemik hastalığın bulunmadığının sağlık kurulu raporunda belirtilmesi gerekliliğidir.

Tedavinin finansmanının sağlanacağı endikasyonlar, SUT'un ilgili maddelerinde saymak suretiyle gösterilmiştir.⁵⁵

SSGSSK'da düzenlenmemiş olan evli çiftin önceden çocuk sahibi olup olmaması konusunda da SUT sınırlama getirmiştir. Sosyal güvence kapsamında üremeye yardımcı teknoloji hizmetlerinden yararlanmak isteyenlerin devam eden evlilikleri içinde evlatlık çocukları hariç çocuk sahibi olmamış olması şartı da aranmaktadır. BU konudaki düzenleme 2013-2015 yılları arasında iki defa değişikliğe uğramıştır. 2013'teki hâli ile SUT "Evli olmakla birlikte eşlerden herhangi birinin evlat edinilmiş çocukları hariç soybağı kurulmuş sağ çocuğunun olmaması koşuluyla" koşuluna yer verilmiştir. Bu koşul 2014 yılında "Evli olmakla birlikte evlat edinilmiş çocukları hariç çocuk sahibi olmayan" (25.07.2014) ve 2015 yılında "Evli olmakla birlikte daha önceki evliliklerinden çocuk sahibi olup olmadığına bakılmaksızın evlat edinilmiş çocukları hariç mevcut evliliğinde çocuk sahibi olmayan" olarak değiştirilmiştir (18.02.2015). Devam eden evliliklerinde çocuk sahibi olmak isteyen çiftin evliliklerinden önce çocuk sahibi olması nedeniyle bu hizmetlerden sosyal güvence kapsamında yararlanamaması üreme sağlığı hizmetlerine erişimde eşitlik açısından önemli ihlallere neden oluyordu. Bu konudaki sınırlamanın azaltılması ve önceden çocuk sahibi olup olmadığına bakılmaksızın sosyal güvence kapsamında bu hizmetten yararlanmasına olanak sağlanması üreme sağlığı hizmetlerine erişim hakkı açısından daha olumlu bir yaklaşımdır.

55 Bu endikasyonlar erkek faktörü, kadın faktörü, açıklanamayan infertilite ve diğer endikasyonlar başlıkları altında ve SUT'un 2.4.4.İ-1-1 maddesinde "1) Erkek faktörü: Üro-androlojik tedaviye rağmen, en az 15 gün aralarla yapılan üç ayrı spermogramın hepsinde total progresif motil sperm sayısının 5 milyondan az olduğu oligoastenospermi olguları ile azospermi olguları. Ancak; normal yoldan ejakülat-sperm elde edilemeyen bir hastalığın olduğunun ilgili uzman hekim raporu ile belgelenmesi halinde spermogram sonucu aranmaz. 2) Kadın faktörü: a) Tubal faktör: Primer silier diskinezi-Kartegener Sendromu varlığı, laparoskopi ile onaylanmış bilateral tam tubal tıkanıklık saptanan (ağır distal tubal hastalık, bilateral organik proksimal tubal tıkanıklık, bilateral tubal tıkanıklık veya tiip yokluğu olan) olgular, ağır pelvik yapışıklık belirlenen veya tubal cerrahi (laparoskopi veya açık cerrahi ile) sonrasında gebe kalamayan olgular. b) Endometriyozis: Hafif ve orta derece endometriyozis, ileri evre (evre 3-4) endometriyozis. c) Hormonal-ovulatuvar bozukluklar: DSÖ Grup I-II hastalarda anovulasyonda standart tedaviye yanıtız olgular. 3) Açıklanamayan infertilite: Hem erkek, hem de kadının tetkiklerinin normal olmasına ve gonadotropinlerle en az iki deneme OI+IUI uygulanmasına rağmen evlilik tarihinden itibaren 3 yıl veya daha uzun süreli gebe kalamama hali. 4) Diğer endikasyonlar: Kötü ovaryan yanıtı veya düşük ovaryan rezervli olgular." şeklinde belirlenmiştir.

Sonuç

Türkiye'de üremeye yardımcı teknikler ile çocuk sahibi olunması, embriyo saklanması uygulamalarından yalnızca evlilik içinde yararlandırılması yaklaşımı kanuni düzenlemelerde değişmeyen bir yaklaşımdır. Bu yaklaşım bireylerin hem sosyal güvence kapsamında hem de kendi imkânları kapsamında üremeye yardımcı tekniklerden yararlanması ile ilgili sınırlamalara neden olmaktadır. Bu bağlamda üremeye yardımcı tekniklerden yararlanılması konusunda evlilik şartının yalnız yaşayan, evlilik benzeri birliktelikleri bulunan, evli olmayan, eşcinsel bireylerin üremeye yardımcı teknikler ile çocuk sahibi olmalarını engellemesi nedeniyle cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar bağlamında sağlık hizmetlerine eşit koşullarda ve ayrımcılığa uğramadan erişim, bilimsel gelişmelerden yararlanma hakları bağlamında tartışmalar sürecektir.

Embriyo dondurulması ve saklanması ile ilgili uygulamalara üremeye yardımcı teknikler ile ilgili ilk düzenlemenin yayımlandığı 1987 yılından 9 yıl sonra 1996'da Yönetmelikte yapılan değişiklikle yer verilmiştir. Bu değişiklik ile en fazla üç yıllık saklama süresi verilmişken 2005 yılından sonra yapılan değişiklik ile bu süre 5 yıla ve sonraki yönetmeliklerde 5 yıldan da fazla sürelerde saklanmasına izin verilmiştir. Saklama sürelerinin uzatılması ve hatta süre sınırının konmaması yaklaşımı üremeye yardımcı tekniklerden yararlanmak isteyen bireylerin bu haklarını kullanmasını kolaylaştırmıştır. Bireylerin teknolojik gelişmelerden yararlanma hakkını kullanmalarına da katkı sağlamıştır. Bu bağlamda bu gelişim, üreme hakları açısından önemli bir gelişme olarak kabul edilebilir. Ancak bu haklardan evli olmayan bireylerin yararlanamaması, Türkiye'de cinsel sağlık ve üreme sağlığında haklar kapsamında bireylerin sağlık hizmetlerine erişim, sağlık hizmetlerine erişimde ayrımcılığa uğramama, çocuk sahibi olup olmamaya karar verme hakları açısından tartışmaların devam etmesine neden olacaktır.

Evli olmasa da bireylerin üremeye yardımcı tekniklerden yararlanmasını sağlayan sınırlı uygulamalar üreme hücreleri ve gonad dokuların saklanabilmesi ile ilgilidir. Bu uygulamalar açısından da Türkiye'de hukuki düzenlemeler yasaklayıcı bir yaklaşımdadır. Bu çerçevede 2005 yılından itibaren yalnızca belirlenmiş bazı durumlarda bireylerin evli olup olmamalarına bakılmaksızın bireylerin üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanmasına olanak tanınmıştır. Sonraki yıllarda çıkarılan (2010 ve 2014 yıllarında çıkarılan yönetmelikler) yönetmeliklerde belli durumlarda üreme hücreleri ve gonad dokuların saklanması hususu daha da belirgin bir şekilde kendini göstermiştir. Hatta 2014 yılında yayımlanan Yönetmelik'te kadınların üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanabilmesine olanak sağlayan bir durum daha eklenmiştir.

Teknolojik ve bilimsel koşulların imkân verdiği üreme hücreleri ve gonad dokularının saklanması hususunda katı sınırlamalara gidilmesi bireylerin cinsel sağlık ve üreme sağlığı hakları bağlamında seçim yapabilme, sağlık hizmetlerine erişim ve bilimsel gelişmelerden yararlanma hakları açısından tartışılmaya devam edecektir.

Üremeye yardımcı tekniklerden sosyal güvence kapsamında yararlanılabilmesi için aynı başvuran çiftin evlilik içinde önceden çocuk sahibi olmaması, kadına yaş sınırı getirilmesi, deneme sayısının 3 ile sınırlanması, katkı payı oranının yüksek olması, 5 yıllık genel sağlık sigortalı veya 900 günlük prim yatırma koşulunun olması da infertilitede sağlık hizmetlerine erişim hakkı açısından sınırlayıcı olarak kabul edilebilir.

Üremeye yardımcı tedaviler, sağlık hakkının yadsınmaz bir parçasıdır. Çocuk sahibi olamama durumu Uluslararası Hastalık Sınıflama Sistemi'nde de açıkça kodlanmıştır. Bu fiziksel hastalığın ruh sağlığı alanında da olumsuz etkiye sahip olduğu kabul edilmelidir. DSÖ ortaya çıkan işlev bozukluğu ile infertilite, bir engellilik hâli olarak da kabul etmektedir. Bu bağlamda devletler bu sağlık sorununa etkin çözümler bulmak durumundadır. Üreme hakları ile ilgili uluslararası belgelerde devletlere infertil bireylerin ilgili hizmetlere erişiminin sağlanması için ilgili hukuki düzenlemelerde yer alan engelleri kaldırma ve hukuki düzenlemelerle erişimi sağlama yükümlülüğü vermektedir. Bu kapsamda Türkiye'de infertilite durumunda bireylerin sosyal güvence kapsamında çocuk sahibi olabilmelerini sağlayacak ve kolaylaştıracak önlemlerin alınması ve bu hususta ilgili mevzuatın neden olduğu engellerin kaldırılması için önlemler alınması üreme haklarına uygun bir sağlık hizmetini sağlayacaktır.

KAYNAKLAR

- Abrams, Paula, "The Bad Mother: Stigma, Abortion and Surrogacy", *Abortion and ART*, Cilt 1, Sayı 1, 2015, ss. 179-191.
- Barroso, Carmen; Sippel, Serra, "Sexual and Reproductive Health and Rights: Integration as a Holistic and Rights-Based Response to HIV/AIDS" *Women's Health Issues*, Cilt 21, Sayı 6 Suppl., 2011, ss. 250-254.
- Covington, N. Sharon; Hammer-Burns, Linda, *Infertility Counseling A Comprehensive Handbook for Clinicians*, 2. Baskı, New York: Cambridge University Press, 2006.
- Ergin, N. Rahime; Polat, Ashhan; Kars, Bülent; Öztekin, Deniz; Sofuoğlu, Kenan; Çalışkan, Eray, "Social Stigma and Familial Attitudes Related to Infertility", *Turkish Journal of Obstetrics and Gynecology*, Cilt 15, Sayı 1, 2018, ss. 46-49.
- Flatscher, Matthias; Liem, Torsten, "What is Health? What is Disease? Thoughts on a Complex issue", *The American Academy of Osteopathy Journal*, Cilt 21, Sayı 4, 2011, ss. 27-30.
- Framework of Actions for the Follow-Up to the Programme of Action Framework of Actions of the International Conference of Population and Development Beyond 2014, https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/ICPD_beyond2014_EN.pdf (30.11.2020).
- Hamzaoğlu, Onur, "Sağlık Nedir? Nasıl Tanımlanmalıdır?", *Toplum ve Hekim*, Cilt 25, Sayı 6, 2010, ss. 404-410.
- International Planned Parenthood Foundation, "Charter on Sexual and Reproductive Rights", 1997, s. 12, www.ippf.org/sites/default/files/ippf_charter_on_sexual_and_reproductive_rights_guidelines.pdf (02.12.2020).
- Işık-Özcan, Funda; Sert, Gürkan; Gönenç, Fulya İlçin, "Türkiye'de Üremeye Yardımcı Teknikler ile İlgili Hukukî Düzenlemelerin Tıp Hukuku Açısından İncelenmesi", *Türkiye Klinikleri Journal of Medical Ethics-Law and History*, Cilt 3, Sayı 3, 2017, ss. 145-149.
- Jaffe, Janet; Diamond, Martha Ourieff, *Reproductive Trauma: Psychotherapy with Infertility and Pregnancy Loss Clients*, American Psychological Association Publishing, Washington, 2011.
- Karaca-Dedeoğlu, Ayşegül, *Mültecilerin ve Geçici Koruma Sağlananların Sağlık Hakkı: Türkiye Örneği*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Medipol Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.
- Khetarpal, Abha; Singh, Satendra, "Infertility: Why Can't We Classify This Inability As Disability?", *Australasian Medical Journal*, Cilt 5, Sayı 6, 2012, ss. 334-339.
- Kırca, Nurcan; Pasinlioğlu, Türkan, "İnfertilite Tedavisinde Karşılaşılan Psikososyal Sorunlar", *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 5, Sayı 2, 2013, ss. 162-178.
- Landau, Ruth, "Artificial Womb Versus Natural Birth: An Exploratory Study of Women's Views", *Journal of Reproductive and Infant Psychology*, Cilt 25, 2007, ss. 4-17.
- Leiblum, Sandra R., *Infertility: Psychological Issues and Counseling Strategies*, John Wiley & Sons, New Jersey, 1997.
- Oláh, Sz. Livia; Richter, Rudolf; Kotowska, E. Irena, "State-of-the-ART Report: The New Roles of Men and Women and Implications for Families and Societies", *Families and Societies Working Paper Series*, No. 11, 2014, ss. 1-54.

- Programme of Action of the International Conference on Population Development Cairo, 5–13 September 1994, 20th Anniversary Edition, 2014 s. 59, https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/programme_of_action_Web%20ENGLISH.pdf (26.11.2020), (Cairo).
- Sert, Gürkan, *Üreme Haklarının Yasal Temelleri ve Etik Değerlendirme*, İnsan Kaynağı Geliştirme Vakfı, İstanbul, 2013.
- Sert, Gürkan; Narman, İrem; Erkan, Oktay; Emre, Ozge; Tursun, Naz; Başar, Yunus, “Cinsel Sağlık ve Üreme Sağlığında Haklar Ekonomik Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 22 No'lu Yorumu 2016” *Türkiye Biyoetik Dergisi*, Cilt 6, Sayı 2, 2019, ss. 65-81.
- Seymenler, Seçil; Siyez, Diğdem Müge, “İnfertilite Psikolojik Danışmanlığı”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 10, Sayı 2, 2018, ss. 186-197.
- Sezgin, Hacer; Hocaoglu, Çiçek, “İnfertilitenin Psikiyatrik Yönü”, *Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar*, Cilt 6, Sayı 2, 2014, ss. 165-184.
- Siristatidis, Charalampos; Sergeantanis, N. Theodoros; Vogiatzi, Paraskevi; Kanavidis, Prodromos; Chrelias, Charalampos; Papantoniou, Nikolaos; Psaltopoulou, Theodora, “In Vitro Maturation in Women with vs. without Polycystic Ovarian Syndrome: A Systematic Review and Meta-Analysis”, *PLoS One*, Cilt 4, Sayı 10, 2015, ss. 1-18.
- Şahin, Adil, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ekonomik Sosyal ve Kültürel Hakların Niteliği Bağlamında Sağlık Hakkının Kapsamı Üzerine Bir İnceleme”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 59, Sayı 4, 2010, ss. 711-766.
- Talwar, Pankaj, *Manual of Assisted Reproductive Technologies and Clinical Embryology*, Jaypee Brothers Medical Publishers, London 2012.
- Tsirigotis, Marinos, “Blastocyst Stage Transfer: Pitfalls and Benefits”, *Human Reproduction*, Cilt 13, Sayı 12, 1998, ss. 3285-3295.
- United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights General Comment No. 22 (2016) on the Right to Sexual and Reproductive Health (Article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1a0SzabooXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sGFQktiaeivlbbOAekmaOwDOWsUe7N8TLm%2BP3HJPzjHySkUoHMavD%2Fpyfcp3YlZg> (01.12.2020).
- United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14 (2000) on the Right to the Highest Attainable Standard of Health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights) <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJ2c7ey6PAz2qaojTzDJmCoy%2B9t%2BsAtGDNzdEqA6SuP2row%2F6sVBGTpvTSCbiOr4XVFTqhQY65auTFbQRPWNDxL> (01.12.2020).
- United Nations, Convention on the Rights of Persons with Disabilities, <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/conventionrightspersonswithdisabilities.aspx> (29.09.2020).
- Uyar, Lema, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.
- Von Wolff, Michael, “The Role of Natural Cycle IVF in Assisted Reproduction”, *Best Practice & Research Clinical Endocrinology & Metabolism*, Cilt 33, Sayı 1, 2019, ss. 35-45.
- Wallace, B. Hamish; Kelsey, W. Thomas, “Human Ovarian Reserve from Conception to the Menopause”, *PLoS One*, Cilt 25, Sayı 1, 2010, s. e8772.

- *World Health Organization and World Bank, World Report on Disability*, WHO Press, Genova, 2011, s. 296.
- World Health Organization, ICD-10 Version: 2019, <https://icd.who.int/browse10/2019/en> (02.12.2020).
- Zegers-Hochschild, Fernando; Adamson, Geoffrey David; De Mouzon, Jacques; Ishihara, Osamu; Mansour, Ragaa; Nygren, Karl Gösta; Sullivan, Elizabeth; Van Der Poel, Sheryl, "The International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) and the World Health Organization (WHO) Revised Glossary on ART Terminology", *Human Reproduction*, Cilt 24, Sayı 11, 2009, ss. 2683-2687.
- Zegers-Hochschild, Fernando; Adamson, Geoffrey David;, Dyer, Silke; Racowsky, Catherine; De Mouzon, Jacques; Sokol, Rebecca; Rienzi, Laura; Sunde, Arne; Schmidt, Lone; Cooke, D. Ian, Simpson, Joe Leigh; Van Der Poel, Sheryl, "The International Glossary on Infertility and Fertility Care", *Human Reproduction*, Cilt 32, Sayı 9, 2017, ss. 1786-1801.

Yansıma Yoluyla Zararların Tazmini Taleplerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi Bakımından Zarar Yerinin Tespiti*

Determination of the Place of Injury with respect to Determining the Law Applicable to the Claims for Indemnity of Reflective and Ricochet Losses

Begüm SÜZEN**

ÖZ

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiillerden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuku belirleyen genel düzenleme, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 34. maddesi hükmüdür. Söz konusu hüküm gereği, haksız fiilden doğan borçlar, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde olması halinde zararın meydana geldiği ülke hukukuna tabi olacaktır. Bu hüküm kapsamında, zarar yeri tespit edilirken, doğrudan zararın meydana geldiği ülkenin dikkate alınması gerektiği doktrinde çoğunlukla kabul edilmektedir. Ancak, haksız fiile bağlı doğrudan sonuçların yanı sıra dolaylı sonuçlar ve yansıma yoluyla görülen zararlar da mevcut olabilmektedir. Kanunda haksız fiile bağlı doğrudan sonuçların mı yoksa dolaylı sonuçların mı dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu makalede, yansıma yoluyla zararların tazmini talepleri bakımından zarar yerinin belirlenmesinde, doğrudan zarar yerinin esas alınıp alınmayacağı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yansıma yoluyla zarar, zarar yeri, haksız fiillere uygulanacak hukuk, dolaylı zarar, doğrudan zarar.

ABSTRACT

The general provision determining the law applicable in disputes arising from torts including foreign element is the provision of article 34 of Turkish code on private international and procedural law. According to this provision, the law of the country where the damage occurred will be applied to debts arising from tort, if the place whe-

* Makale gönderim tarihi: 05.03.2021. Makale kabul tarihi: 19.04.2021. Begüm Süzen, "Yansıma Yoluyla Zararların Tazmini Taleplerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi Bakımından Zarar Yerinin Tespiti", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 295-328; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.06>

** Dr. Öğr. Üyesi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: begum.sermet@law.bau.edu.tr,  0000-0001-6613-9353.

re the tort was committed and the place where the damage occurred are in different countries. Within the scope of this provision, it is generally accepted in the doctrine that the country where the direct damage occurred should be taken into account when determining the place of damage. However, besides the direct consequences due to tort, there may also be indirect consequences and reflective damages. There is no clarity in code on private international and procedural as to whether direct or indirect consequences due to tort will be taken into account. In this article, it will be discussed whether the place of direct damage can be considered in determining the place of damage in terms of claims for indemnity of reflective and ricochet losses.

Keywords: Reflective and ricochet losses, place of injury, law applicable to torts, indirect damage, direct damage.

Giriş

Bir haksız fiil doğrudan ve dolaylı olmak üzere pek çok zarara neden olabilir. Zarar bir kişinin üzerinde doğabileceği gibi haksız fiilin doğrudan mağduru olan kişi dışındaki üçüncü kişiler de bu fiilden yansima yoluyla zarar görebilirler. Örneğin, nitelikli bir işçinin geçirdiği kaza sonucu ölmesi halinde, bu kazadan doğrudan etkilenen kişi işçi olmakla birlikte, işverenin yanı sıra işçinin desteğinden yoksun kalacak olan ve bu ölümden elem ve keder duyan ailesi de yansima yoluyla zarar görecektir. Bir haksız fiil sonucu yansima yoluyla zarara uğrayabileceklerin kapsamı düşünüldüğünde, bu zararların tamamının tazmin edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılır. Bu nedenle, milli hukuk düzenlemelerinde farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, Türk hukukunda, kanun koyucu yansima yoluyla zarar görenlerden tazminat talebinde bulunabilecek kişilerin kapsamını sınırlı tutmuştur.

Yansima yoluyla zararların tazmin edilebilmesine ilişkin milli hukuk düzenlemelerindeki farklılıklar, uyumsuzluğun birden fazla ülke hukuku ile irtibatlı olması halinde önem kazanır. Haksız fiil ilişkisinin yabancılık unsuru taşıması, özellikle fiilin işlendiği ülke ile zararın meydana geldiği ülkenin farklı olması halinde, hangi ülke hukukunun uygulanacağı sorunu ile karşılaşılır. Karşılaştırmalı hukuk örneklerinde bu soruna farklı çözümler getirilmekle birlikte, uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yeri hukuku önemli bir bağlama noktası teşkil eder. Zararın doğrudan mağduru dışında yansima yoluyla zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmini taleplerine uygulanacak hukuk belirlenirken, zarar yerinin tespitinde haksız fiilin doğrudan mağdurunun uğradığı doğrudan zararın mı yoksa yansima yoluyla uğranılan zararın mı meydana geldiği yerin esas alınacağı sorusu gündeme gelir. Diğer taraftan, doğrudan ya da yansima yoluyla zararın birden fazla ülkede meydana gelmesi muhtemeldir. Bu durumda, zarar yeri hukuklarının distribütif metotla mı uygulanacağı (mozaik prensibi) yoksa zararın ağırlıklı olarak meydana geldiği yer hukukunun mu

uygulanacağı sorusuyla karşılaşılır. Ancak, bu mesele ancak zarar yerinin tespitinden sonra karşımıza çıkacağından ve çalışmamız yansima yoluyla uğrılan zararlar bakımından zarar yerinin tespiti ile sınırlı olduğundan bu konu çalışmamızda ele alınmayacaktır.

Çalışmamızda, yansima yoluyla zararların tazmini taleplerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin nasıl tespit edileceği meselesi incelenecektir. Bu kapsamda, öncelikle yansima yoluyla zarar kavramı açıklanacak, kavramın doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı ile ilişkisi ele alınacak; akabinde, uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin tespitine ilişkin esaslara yer verilerek, yansima yoluyla zararın tazmini taleplerinde doğrudan zarar yerinin esas alınabilirliğine ilişkin bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Yansima Yoluyla Zarara İlişkin Genel Açıklamalar

A. Zarar Kavramı

Zarar kavramının 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda¹ (TBK) bir tanımı bulunmamaktadır; kavramın açıklaması doktrine bırakılmıştır. Zarar kavramı, doktrinde üzerinde çok tartışılan konulardan biridir. Zarar, kelime itibariyle, bir eksilme, ziyan veya kayıp anlamındadır². Dar anlamıyla zarar, malvarlığı zararın ifade ederken; geniş anlamıyla zarar ise, malvarlığı zararıyla birlikte kişinin manevi varlığında uğradığı zararı ifade eder³.

Her türlü eksilme tazminata konu olmaz. Örneğin, deprem gibi tabiat olayları sonucunda meydana gelen zararlar, bu tip rizikolar sigortacılar tarafından önceden üstlenilmiş olmadıkça, tazminata konu olmazlar⁴. Hukuka uygun fiiller sonucu meydana gelen zararlar ile hak sahibinin rızasına dayanan eksilmeler de tazminata konu olmaz⁵.

Zararın değişik açılardan gruplara ayrılması mümkün olmakla birlikte (maddi zarar-manevi zarar, fiili zarar-kazanç kaybı zararı ayrımları gibi), çalışmamız bakımından önemli olan yansima zarar ile doğrudan zarar-dolaylı zarar kavramları ve bu kavramlar arasındaki farklardır. Bu nedenle, çalışmamızda, aşağıda sırasıyla bu kavramlar genel hatlarıyla açıklanacaktır.

1 RG., 4.2.2011, S. 27836.

2 Haluk Nami Nomer, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul, 1996, s. 5; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Turhan, Ankara, 2011, s. 283.

3 Haluk Tandoğan, *Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedat, İstanbul, 2010, s. 63; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 547.

4 Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, s. 5.

5 Tandoğan, *Mesuliyet Hukuku*, s. 68; Eren, s. 547; Nomer, *Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, s. 5.

B. Yansima Yoluyla Zarar Kavramı ve Tazmin Edilebilirliği

Yansima zarar, haksız fiile maruz kalan kişiden başka bir üçüncü kişinin⁶ bu haksız fiil dolayısıyla uğradığı zarardır⁷. Başlangıçtaki zararın mağduruna bağlı bir üçüncü kişinin dolaylı olarak uğradığı zarar olarak da ifade edilmektedir⁸. Hukukumuzda, kural olarak, doğrudan doğruya kim zarar görmüşse, o kişi zararının tazminini talep edebilir; üçüncü kişilerin yansima yoluyla uğradığı zarar, kural olarak tazmin edilmez⁹. Zira üçüncü kişinin yansima yoluyla zarara uğramasında, üçüncü kişinin mutlak bir hakkı genellikle ihlal edilmemektedir¹⁰. Bu bağlamda, yansima zarar, zarar unsuru ile değil, hukuka aykırılık unsuru ile ilgilidir¹¹.

Yansima zarara çeşitli örnekler verilebilir. Sürücü A'nın B'nin aracına şiddetli bir şekilde çarpması sonucunda B'nin aracının kaldırılmasına fırlayarak yaya C'yi çiğnemesi ya da A'nın B'ye ait bir boruyu dikkatsizlikle delmesi sonucu açılan yarıktan akan suyun C'nin binasının ön cephesini hasara uğratması veya A'nın B'yi ağır bir şekilde yaraladığını gören C'nin şiddetli bir fiziksel şoka girmesi durumlarında, C'nin uğradığı zarar, yansima zarardır¹².

Yansima yoluyla zarara klasik bir örnek, tiyatro sanatçısının oyunun başlayacağı gün kaza geçirerek sahneye çıkmaması dolayısıyla tiyatro sahibi ve izleyicilerin uğradığı zarardır¹³. Bu örnekte, tiyatro oyuncusu, haksız fiilin yönelmediği kişidir; bu kişi uğradığı doğrudan ya da dolaylı zararının tazminini ta-

6 Yansima yoluyla zarar gören üçüncü kişi, doktrinde, "dolayısıyla zarar gören" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Haluk Tandoğan, *Mukayeseli Hukuk Hususiyule Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s. 1; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 287.

7 Eren, s. 552; M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2018, s. 43; Hüseyin Hatemi, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998, s. 62; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 286; Seda İrem Çakırca, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansima Zararı*, Vedat, İstanbul, 2012, s. 69; Serkan Ergüne, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Editörler: Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha, İstanbul, 2018, s. 12; Başak Baysal, *Haksız Fiil Hukuku BK m. 49-76*, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 183; Pınar Koçyiğit, "Türk Hukukunda Yansima Zarar ve Yansima Zararın Tazmin Edilebilirliği", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 256-257.

8 Çağlar Özel, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansima Zarar ve Giderilmesine İlişkin Bazı Düşünceler", *AÜHFD*, Cilt 50, Sayı 4, 2001, s. 85.

9 Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 1-2; Eren, s. 551; Özel, *Yansima Zarar*, s. 93; Kılıçoğlu, *Borçlar Genel*, s. 289; K. Emre Gökyayla, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 63; Koçyiğit, s. 258.

10 Gökyayla, s. 63; Baysal, s. 183.

11 Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararı*, s. 10; Oğuzman, Öz, s. 44; Özel, *Yansima Zarar*, s. 101; Baysal, s. 183; Koçyiğit, s. 261.

12 Özel, *Yansima Zarar*, s. 87.

13 Gökyayla, s. 62; Özel, *Yansima Zarar*, s. 83; Kumru Kılıçoğlu, *Yansima Yoluyla Zarar*, Turhan, Ankara, 2012, s. 21; Koçyiğit, s. 261.

lep edebilir. Tiyatro işletmecisi ile seyirciler ise yansımaya yoluyla zarar uğrayan kişilerdir. Benzer bir örnek, nitelikli bir işçinin ölümünde işçinin ailesinin ve işverenin uğradığı zarar bakımından karşımıza çıkar¹⁴. İşçinin ailesi ve işveren bu ölüm dolayısıyla yansımaya yoluyla zarara uğramaktadır. Yansımaya yoluyla zarara verilen bir diğer klasik örnek, tenor vakasıdır. Buna göre, ünlü bir tenorun haksız fiil nedeniyle ölmesi sonucunda, tiyatro sahibi tiyatrosunu bir süre çalıştıramamış, tenorun eşi ve çocukları tenorun desteğinden yoksun kalmıştır. Tüm bu zarar kalemleri, yansımaya yoluyla zarara ilişkindir¹⁵.

Yansımaya yoluyla zarara bir diğer örnek, kablo davalarına ilişkin olarak verilebilir. İnşaat şirketinin yapmış olduğu çalışmalar esnasında sokaktaki elektrik kablolarına zarar vermesi ve bu zarar nedeniyle elektriğin kesilmesi dolayısıyla yakınlarda bulunan fabrikanın üretim bandının geçici süre ile çalışmaması yüzünden fabrikanın uğradığı salt ekonomik zarar, yansımaya yoluyla zarardır¹⁶.

Üçüncü kişilerin, yansımaya yoluyla zarara uğramaları durumunda, bu kişilerin uğradıkları zararlar fiil arasında illiyet bağı olmakla birlikte, bu kişiler bazı hallerde zararlarının tazminini talep edemezler. Zira kanun koyucu, tazminat talep edebileceklerin kapsamının aşırı genişlemesini engellemek ve hukuki istikrarı sağlamak amacıyla yansımaya yoluyla zararının tazminini talep edebileceklerin kapsamını sınırlı tutmaktadır¹⁷. Diğer bir ifadeyle, Türk hukukunda, yansımaya yoluyla zararın tazmin edilebilmesi ancak açık bir düzenlemenin varlığı halinde mümkündür ve özel bir koruma normu olmadığı sürece yansımaya zararın tazmini Türk hukukunda kabul edilmemektedir¹⁸. Açık bir düzenleme yoksa, illiyet bağı gerçekleşmiş olsa bile, hukuka aykırılık unsuru eksik oldu-

14 Gökyayla, s. 62; Özel, Yansımaya Zarar, s. 84; Kılıçoğlu, s. 21.

15 Çakırca, s. 69.

16 Koçyiğit, s. 255. Benzer bir örnek için bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 289. İsviçre Federal Mahkemesi'nin kablo kesilmesi vakalarına ilişkin olarak verdiği kararlara örnek olarak bkz. Çakırca, s. 127-128.

17 Gökyayla, s. 64; Koçyiğit, s. 258.

Yansımaya zararın tazmin edilebilirliği konusunda, Türk hukukundaki sınırlı yaklaşıma karşılık, Fransız hukukunda, doktrin ve içtihatla, yansımaya zararın genel olarak tazmin edilebilirliği kabul edilmektedir. Fransız hukukunda, zarar görenin uğradığı bedensel zarardan etkilenen ve bunu ispatlayan herkes zararının tazminini talep edebilmektedir. Bkz. Baysal, s. 184; Hazalcan Yurtman, "Fransız Hukukunda Yansımaya Zararların Tazmini", *Sorumluluk Hukuku Seminerleri 2016*, Editör: Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 494, vd.

18 Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı, s. 10-11; Özel, Yansımaya Zarar, s. 93; Çakırca, s. 126; Baysal, s. 184. Türk hukukunda yansımaya zararın tazmin edilebileceği hallerle ilişkin açıklamalar için bkz. I / D / 1, 2, 3.

ğundan¹⁹, yansına zararın tazmini mümkün değildir²⁰. Yukarıdaki tenor örneğinde, tenorun eşi ve çocukları destekten yoksun kalma zararlarının tazminini TBK m. 53/3 çerçevesinde talep edebilecekken, tiyatro sahibinin zararı, uygun illiyet bağının varlığı kabul edilse bile, hukuka aykırılık unsurunun yokluğu nedeniyle tazmin edilemeyecektir²¹.

Yansına yoluyla zarar, hem haksız fiillerden hem de hem de sözleşmeye aykırılıktan doğabilir; bununla birlikte, yansına yoluyla zarar görenler, sözleşme ilişkisi içinde olmayan kişilerdir²². Buna bağlı olarak, doğrudan zarar gören ile sorumlu kişi arasında sözleşme ilişkisi olsa bile, yansına yoluyla zarar gören ile sorumlu kişi arasında bir sözleşme ilişkisi söz konusu değildir. Yansına yoluyla zarar, malvarlığı ya da şahıs varlığında meydana gelebilir; maddi veya manevi zarar olarak karşımıza çıkabilir; fiili kazanç kaybı ya da üçüncü kişilerin doğrudan veya dolaylı zararı olarak da ortaya çıkabilir²³. Yansına yoluyla zarar, haksız fiilden doğabileceği gibi sözleşmeye aykırı bir davranıştan da kaynaklanabilir. Örneğin, iş kazası sonucu işveren, iş güvenliği önlemlerini alması dolayısıyla hizmet sözleşmesine aykırı davranışından sorumlu olabilir; işveren iş kazası sonucu ölen işçinin yakınlarının yansına yoluyla uğradıkları zararı gidermekle yükümlü olur²⁴.

19 Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, yansına yoluyla zararın tazmini talepleri, hukuka aykırılık unsurunun yokluğu nedeniyle reddedilmiştir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 08.01.1979 tarih ve E. 1978/ 13144, K 1979/ 38 sayılı kararına (karar için bkz. www.kazanci.com, E.T. 21.12.2020) konu uyuşmazlıkta, davacı, davalının Uludağ yolu üzerindeki arsada inşaat amacıyla temel hafriyatı yapması sonucu gerekli tedbirleri almaması yüzünden yol kaymasına sebep olması, bunun sonucunda yolun sekiz gün süreyle trafiğe kapalı kalması nedeniyle Uludağ yönünde aynı yol üzerindeki birahanesine müşteri gelmemesi sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini talep etmiştir. Yargıtay, somut uyuşmazlıkta, illiyet bağı bulunmakla birlikte hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmemesi nedeniyle davacının tazminat talebinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca bkz. Y. 4. HD., 25.02.1992, E. 1990/ 12979, K. 1992/ 2257. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 21.12.2020. Yargıtay'ın 17.6.2020 tarihli bir kararında (Y. 4. HD., E. 2018/ 3337, K. 2020/ 1999) ise, aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi zararının tazmini talebi bakımından, üçüncü kişinin hukuka aykırı bir fiilinin olmaması gerekçeyle yansına yoluyla istenebilecek bir zararın da olmadığı vurgulanmıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 04.01.2021.

20 Çakırca, s. 126; Baysal, s. 184.

21 Çakırca, s. 70. Doktrindeki bir görüş uyarınca, hakkaniyet sorumluluğu genel bir ilke olarak kabul edilseydi, yansına zararının tazmini hakkaniyet sorumluluğunun kıyasen uygulanması sonucu mümkün olabilirdi. Bkz. Çakırca, s. 70.

22 Kılıçoğlu, s. 3-4.

23 Kılıçoğlu, s. 22.

24 Kılıçoğlu, s. 37.

C. Dolaylı Zarar-Doğrudan Zarar Ayrımı ve Yansıma Yoluyla Zarar Kavramı ile Karşılaştırılması

Doğrudan zarar, haksız fiilin yöneldiği kişinin bu fiil dolayısıyla doğrudan doğruya uğradığı zararı ifade eder²⁵. Dolaylı zarar ise, haksız fiilin ilk ve doğrudan doğruya sonucu olan zarardan doğan ve doğrudan doğruya zarardan daha uzak olan sonuçlardır²⁶. Doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayrımı illiyet bağıyla alakalıdır²⁷. Örneğin, bir bisiklet ile motorun çarpışması sonucu bisiklet sürücüsünün yaralanması halinde, bisiklet sürücüsünün bisikleti ve giysileri hasara uğramışsa ya da herhangi bir manevi zararı varsa, bunlar doğrudan zarar niteliğindedir; buna karşılık, bisiklet sürücüsünün yaptığı hastane ve bakım masrafları ve hastanede kaldığı günlerde çalışmadığı için meydana gelen kazanç kaybı ise, dolaylı zarar teşkil eder²⁸. Diğer bir örnek, taşıma sözleşmesine aykırılık bakımından verilebilir. Taşımakta olduğu B'nin, kusurlu olarak bir başka arabayla çarpışması sonucunda yaralanmasına neden olan A, B'nin hastanede tedavi olurken düşüp ikinci bacağına da kırması durumunda, ikinci bacağın kırılmasından doğan zarardan da sorumlu olacaktır²⁹. Bu örnekte, ilk zarar doğrudan zarar iken, ikinci zarar, dolaylı zarardır³⁰.

Dolaylı zarar, haksız fiilin yöneldiği kişinin uğradığı zarar iken³¹, yansıma zarar, haksız fiilin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü kişilerin uğradığı zarardır³². Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi iki oğlu askeri bir uçağın düşmesi sonucunda hayatını kaybeden bir babanın söz konusu kaza nedeniyle uğradığı

25 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 70; Oğuzman, Öz, s. 43; Hatemi, s. 50; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 286; Özel, Yansıma Zarar, s. 102; Çakırca, s. 67; Kılıçoğlu, s. 16.

26 Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı, s. 9; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 70; Özel, Yansıma Zarar, s. 101; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 286; Gökyayla, s. 58; Kılıçoğlu, s. 17-18.

27 Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı, s. 10; Eren, s. 551; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 286; Gökyayla, s. 58; Çakırca, s. 67; Kılıçoğlu, s. 16.

28 Çakırca, s. 67-68. Haksız fiil neticesinde kişinin tedavi giderleri ile sakat kalması sonucu çalışma gücü kaybının doğrudan zarar teşkil ettiğine ilişkin olarak bkz. Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 286; Kılıçoğlu, s. 16. Bu örnekte, hastane giderlerinin doğrudan zarar, kişinin tedavi süresince çalışmaması nedeniyle yoksun kaldığı kazancın ise dolaylı zarar olduğuna ilişkin olarak bkz. Eren, s. 552. Benzer şekilde, A'nın B'yi yaralaması halinde, B'nin tedavi olmak için yaptığı masrafların doğrudan zarar; tedavi sırasında yapılan yanlış uygulama yüzünden kolunun kesilmesinin ise dolaylı zarar olduğuna ilişkin bkz. Oğuzman, Öz, s. 43.

29 Eren, s. 551.

30 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 70. Doktrinde, bu örnekte, takip eden zararın (ikinci bacağın kırılması), aslında ilk ihlal fiiliyle uygun illiyet bağı içinde bulunmasından dolayı, doğrudan zarar teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bkz. Eren, s. 551.

31 Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişi dışındaki kişilerin uğradıkları zarar anlamında da kullanılmaktadır. Ancak, bu kullanım, dolaylı zarar kavramının yansıma zarar kavramı ile karıştırılmasına yol açacağı nedeniyle doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. Gökyayla, s. 59; Çakırca, s. 68.

32 Kılıçoğlu, s. 16.

zararı dolaylı zarar olarak kabul etmiştir³³. Doktrinde, yansımaya zararın dolaylı zararın bir alt kategorisi olduğu ifade edilmektedir³⁴. Dolaylı zararlar yansımaya zarar arasındaki fark, illiyet bağının sağlamlığıyla ilgili değildir; zararın bir ya da birden çok kişi üzerinde yansımada olduğu³⁵. Örneğin, bir borunun arızalanmasıyla meydana gelen iş kesintisi, borunun etkilenen işletmeye ait olması halinde dolaylı zarara, bir üçüncü kişiye ait olması halinde ise, yansımaya zarara yol açar³⁶.

Yansımaya yoluyla zarar ile dolaylı zarar ayırımının önemi, tazminat talep edebilecek kişilerin kapsamı bakımındandır. Yansımaya yoluyla zarar, ancak kanunda belirtilen hallerde, kanuni kapsama dahil olanlar tarafından talep edilebilirken, dolaylı zarar ise, doğrudan zarar gibi tazmin edilebilmektedir³⁷. Örneğin, yukarıda yer verilen tiyatro sanatçısı örneğinde, tiyatro sanatçısının ölmesi ihtimalinde seyirciler ve tiyatro sahibi de zarara uğramakla birlikte, bu kişiler, kanunen tazminat talep edebilecekler arasında değildir³⁸.

D. Yansımaya Yoluyula Zarara İlişkin Yasal Düzenlemeler

1. Ölüm Halinde Yansımaya Yoluyula Maddi Zarar-Destekten Yoksun Kalma Tazminatı (TBK m. 53/b)

Türk tazminat hukukunda, yansımaya yoluyla zarara uğrayanların bu zararlarının giderilmesine olanak tanıyan hükümlerden biri, TBK m. 53/2 hükmüdür. Söz konusu hüküm gereği, haksız fiil sonucu gerçekleşen ölüm halinde, ölenin desteğinden yoksun kalacak kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar tazmin edilecektir. Destekten yoksun kalma tazminatı olarak adlandırılan bu tazminat, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan asli ve bağımsız bir hak olarak tanımlanmaktadır³⁹. Destekten yoksun kalma tazminatı, bağımsız bir tazminat talebidir; bu talep hakkı, ölenin intikal etmeyip doğru-

33 Söz konusu karara konu olayda, baba, oğullarının ölümüne neden olan kazayı duyduğunda şok geçirmiş ve bunun sonucunda yüzde elli iş göremez hale gelmiştir. Bkz. BGE 112 II 118 numaralı karar. Karar için bkz. www.swisslex.ch. E.T. 23.01.2021. Federal Mahkeme, babanın bedensel bütünlüğü zedelememesine rağmen, uğradığı şok nedeniyle akıl sağlığının zarar görmesini ve yüzde elli iş göremez hale gelmesini mutlak bir hak ihlali olarak görmüş ve babanın bu zararının yansımaya değil, dolaylı zarar olarak ele almıştır. Doktrinde, bu zararın dolaylı zarar olarak ele alınabileceği, babanın kaza nedeniyle yaptığı tedavi masrafları ve kazanç kaybının da dolaylı zarar teşkil edeceği ifade edilmektedir. Bkz. Gökyayla, s. 69.

34 Özel, Yansımaya Zarar, s. 83.

35 Özel, Yansımaya Zarar, s. 83.

36 Özel, Yansımaya Zarar, s. 83.

37 Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı, s. 9-10; Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 70-71; Hatemi, s. 50; Özel, Yansımaya Zarar, s. 102; Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s. 287, 289; Gökyayla, s. 61; Çakırca, s. 180; Kılıçoğlu, s. 16.

38 Gökyayla, s. 61; Çakırca, s. 181; Kılıçoğlu, s. 21.

39 Eren, s. 775; Gökyayla, s. 45; Ergüne, s. 12; Çakırca, s. 176.

Destekten yoksunluk zararının doğrudan doğruya destekten yoksun kalan kişinin üzerinde doğduğuna ilişkin olarak ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD., 10.4.2019, E. 2016/ 10616, K. 2019/ 4511. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 04.01.2021.

dan doğruya destek görenin kişiliğinde doğar⁴⁰.

Destekten yoksun kalma tazminatı, yansıma yoluyla uğranılan bir zarardır⁴¹; destekten yoksun kalma tazminatında hesap edilen, kişinin ölmesi nedeniyle değil, destekten görülecek yardımın ortadan kalkması nedeniyle uğranılan zarardır⁴². Destekten yoksun kalma zararında, zarara uğrayan, haksız fiilin bizzat mağduru olan destek değil, destek görenlerdir⁴³. Destekten yoksun kalma tazminatı, ölüm sebebiyle ortaya çıkan zararı değil, destek görenlerin, ölüm sonucunda uğradıkları maddi olumsuzlukları giderme amacını taşır⁴⁴. Destek görenler, ölen destek açısından değil, kendileri bakımından uğradıkları zararı talep edebilirler; bu nedenle, destekten yoksun kalma tazminatı, bir doğrudan doğruya zarar değildir⁴⁵. Bu nedenle, destekten yoksun kalma tazminatını talep etme hakkını düzenleyen özel bir hükme Türk hukukunda yer verilmeseydi, destek görenlerin ileride görmesi muhtemel yardım için tazminat talebinde bulunması mümkün olmazdı⁴⁶.

Destek ile ifade edilen, bir kimseye fiilen, sürekli ve düzenli olarak bakan ve olayların olağan akışına göre bu kişiye ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişidir⁴⁷. Ölenin baktığı kişinin, aynı ailenin bireyi, kan hısmı veya ölenin mirasçısı olması önemli değildir; bir kişinin bir diğerinin desteği olup olmadığı fiili duruma göre belirlenir⁴⁸. Müstakbel destekten yoksun kalanların da, TBK m. 53/3 hükmünden yararlanacağı; bununla birlikte hakimın takdir yetkisini kullanırken hükmün uygulama alanını dar tutması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹. Müstakbel destek olma bakımından, anne-baba için küçük çocukların⁵⁰, bir nişanlı için diğer nişanlının destek durumu örnek gösterilmektedir⁵¹.

40 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 299-300; Oğuzman, Öz, s. 103; Eren, s. 775; Gökyayla, s. 45; Ergüne, s. 12; Çakırca, s. 176.

41 Oğuzman, Öz, s. 103; Hatemi, s. 100; Özel, Yansıma Zarar, s. 93, 97; Gökyayla, s. 60-61; Ergüne, s. 12; Çakırca, s. 179; Baysal, s. 184; Kılıçoğlu, s. 36.

42 Gökyayla, s. 60-61; Kılıçoğlu, s. 36.

43 Gökyayla, s. 64; Çakırca, s. 181; Kılıçoğlu, s. 36-37.

44 Gökyayla, s. 64; Çakırca, s. 181.

45 Gökyayla, s. 65.

46 Oğuzman, Öz, s. 103; Gökyayla, s. 65; Çakırca, s. 181.

47 Oğuzman, Öz, s. 103; Eren, s. 777; Ergüne, s. 14; Çakırca, s. 168.

48 Oğuzman, Öz, s. 103; Eren, s. 776-777; Ergüne, s. 13; Çakırca, s. 168.

49 Hatemi, s. 100; Eren, s. 780; Oğuzman, Öz, s. 106. Küçük yaştaki henüz çalışma çağına gelmemiş çocukların farazi destek olarak kabul edilebileceğine ilişkin bkz. Özgür Hakan Çavuş, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Yıl: 2020, Cilt: 10, Sayı: 1, s. 51.

50 Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 22.06.2018 tarih ve E. 2016/ 5, K. 2018/ 6 sayılı kararında, anne-babanın, çocuğun haksız fiil sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminat davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için SGK'dan gelir bağlanması şartının aranmayacağına ve bu davalarda çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiğine hükmedilmiştir. Karar için bkz. www.sinerjimevzuat.com.tr. E.T. 20.02.2021.

51 Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, s. 303; Hatemi, s. 100; Eren, s. 780; Oğuzman, Öz, s. 106; Ergüne, s. 14.

2. Ölüm Halinde Yansima Yoluyla Manevi Zarar (TBK m. 56)

Türk tazminat hukukunda, yansima yoluyla zarara uğrayanların bu zararlarının giderilmesine olanak tanıyan hükümlerden bir diğeri, haksız fiil sonucu ölüm halinde, ölenin yakınlarının manevi zararlarının tazminine ilişkin düzenlemedir (TBK m. 56/2). Söz konusu hükümde, "ölenin ailesi" kavramı yerine "ölenin yakınları" ifadesinin tercih edildiği görülmektedir. Böylece, ölenle aile bağı olmayan ancak başka duygusal yakınlık bağı olan kişilere de manevi tazminat hakkı tanınmaktadır⁵². Örneğin, ölenin nişanlısı, çok yakın iş ve ev arkadaşları bu kapsamda değerlendirilebilir. TBK m. 56/2 çerçevesinde, ölenin yakınları doğrudan değil, dolaylı olarak zarar gören kişilerdir. Zira haksız fiil doğrudan mağdur olan ölen kişiye yönelmiştir. Buna bağlı olarak, ölenin yakınlarının manevi tazminat talebi, yansima yoluyla zararın giderilmesine ilişkindir.

Yansima yoluyla manevi tazminat taleplerinde, ölenin yakını kavramı her somut olayın özelliklerine göre değişecektir⁵³. Hakim, ölenle yakın duygusal ilişki içinde bulunan ve onun ölümü neticesinde acı ve ızdırap duyan kişinin manevi tazminat talebi karşısında, hayat deneyimlerimize göre böyle bir acı ve ızdırabın doğmasının mümkün kabul edildiği hallerde, manevi zararın varlığı sonucuna ulaşarak tazminata hükmedecektir. Bu noktada, ölüme bağlı üzüntü ile gerçekte uğranılan manevi zararın karıştırılmaması gerekmektedir. Örneğin, ölenin iş arkadaşı, iş ortamında ölenin yokluğunu hissettiği ve üzüldüğü için manevi tazminat talebinde bulunamayacaktır⁵⁴.

3. Bedensel Bütünlüğün İhlali Halinde Yansima Yoluyla Manevi Zarar

Türk hukukunda, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının manevi zararlarının tazminine ilişkin bir hükme yer verilmemekteydi. Yargıtay, uzun yıllar bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının manevi zararlarının tazmini taleplerini reddederken⁵⁵, daha sonraki içtihatlarında, söz konusu ta-

52 Eren, s. 820; Kılıçoğlu, s. 41.

53 Kılıçoğlu, s. 42. Örneğin, bir kişinin ölümü neticesinde, nişanlısı ya da kuzeni manevi zarara uğrayabilecekken, yeni girdiği işteki arkadaşları ya da komşusunun manevi zarar iddiaları inandırıcı olmayabilecektir. Bkz. Kılıçoğlu, s. 42.

54 Kılıçoğlu, s. 42.

55 Y. 4. HD., 4.5.1967, 3865 K.; Y. 4. HD., 14.2.1966, 1733 K.; Y. 4. HD., 6.2.1974, K. 486; Y. 4. HD., 17.9.2001, E. 2001/ 4012, K. 2011/8028; Y. 21. HD., 12.6.2003, E. 2003/ 4754, K. 2003/ 5612; Y. 4. HD., 16.9.2008, E. 2007/ 11856, K. 2008/10369. Karar için bkz. Kılıçoğlu, s. 48. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 17.6.1975 tarih ve E. 1974, K. 7807 sayılı kararında, çocuklarının bedeninde meydana gelen bir zarar nedeniyle manevi zararlarının tazminini talep eden annesinin, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47-49. maddeleri kapsamında, manevi zararlarının tazmin edilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Karar için bkz. Kılıçoğlu, s. 48.

lepleri, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (BK) m. 49 (kişilik haklarının ihlali) hükmüne dayandırmak suretiyle kabul etmeye başlamıştır⁵⁶.

6098 sayılı TBK m. 56/2 hükmünde, ağır bedensel zarar halinde, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu manevi tazminat talebi bakımından, öncelikle, haksız fiil sonucu, kişinin beden ya da vücut bütünlüğünün kast ya da ihmale dayanan bir saldırı sonucu zedelenmesi gerekmektedir; bu anlamda, söz konusu saldırının kişinin bedensel bütünlüğünde bir değişikliğe yol açması ya da iz bırakması şart değildir⁵⁷. Bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi zararlarının karşılanabilmesi için bir diğer şart, bedensel zararın ağır olmasıdır.

Doktrinde, ağır bedensel zarar ile kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik saldırının ağır olmasının kastedildiği ifade edilmektedir⁵⁸. Bu bağlamda, kişiyi öldürmeye teşebbüs, kişinin işkenceye tabi tutulması, kişinin sakat kalmasına sebebiyet verilmesi, kişinin kaçırılması ve ırzına geçilmesi, bir ana babanın gözlerinin önünde çocuğunun trafik kazası geçirmesi, bir kocanın cinsel iktidarının kaybına neden olan bir fiilin işlenmesi gibi haller, ağır bedensel zarar olarak kabul edilecektir⁵⁹. Yargıtay'ın 17.6.2019 tarihli bir kararında⁶⁰ ise, TBK m. 56 çerçevesinde, ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi tazminat talebine ilişkin uyuşmazlıkta, bedensel zarara uğrayanın %25 oranındaki sürekli iş göremezlik durumunun, ağır bedensel zarar koşulunu sağlamadığı sonucuna ulaşılmıştır.

56 Y. 4. HD., 31.3.2010, E. 2009/7006, K. 2010/3708; Y. HGK., 17.02.2010, E. 2010/4-77, K. 2010/82. Kararlar için bkz. www.sinerjimevzuat.com.tr. E.T. 06.01.2021. Ayrıca bkz. Yargıtay 17. HD., 8.10.2020, E. 2019/ 2499, K. 2020/ 5383. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 04.01.2021.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ileri sürülen bir görüş uyarınca, mülga BK m. 49 hükmünün koşullarının gerçekleşmesi halinde, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınlarının da manevi tazminat talepleri kabul edilmelidir; zira bu durumda bedensel bütünlüğü ihlal edilenlerin dolayısıyla değil, doğrudan doğruya kendi hukuki varlıklarına aykırı davranılması sonucu uğranılan bir manevi zarar söz konusudur. Bkz. Tandoğan, Üçüncü Şahsın Zararı, s. 8; Hatemi, s. 109-110; Özel, Yansıma Zararı, s. 103. Buna karşılık, doktrinde, bedensel bütünlüğü zedelenen bir kişinin yakınına, 818 sayılı mülga Borçlar Kanunu m. 49 hükmü çerçevesinde manevi tazminat ödenebilmesi için, bu kişinin şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim gibi maddi nitelikte olmayan değerlerine bir saldırının olması gerektiği vurgulanmakta; sözü geçen taleplerde, bu değerlerden hangisinin ihlal edildiği sorgulanmaktadır. Bkz. Kılıçoğlu, s. 48-49.

57 Kılıçoğlu, s. 50.

58 Kılıçoğlu, s. 50.

59 Eren, s. 821; Kılıçoğlu, s. 50.

60 Yargıtay 21. HD., 17.06.2019, E. 2018/ 5037, K. 2019/ 4405. Karar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 04.01.2021.

Söz konusu manevi tazminat talebi, bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin yakınlarına tanınmıştır⁶¹. Ölüm halinde yansima yoluyla manevi zararın tazmininde olduğu gibi, ağır bedensel zararın varlığı halinde de, bedensel bütünlüğü zedelenen kişi ile yakın duygusal bağı olan kişiler tazminat talebinde bulunacak; bu tazminat talebi için kan bağıının varlığı aranmayacaktır⁶².

II. Yansima Yoluyla Zararların Tazmini Taleplerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Zarar Yeri Kriteri

A. Haksız Fiilden Doğan Uyuşmazlıklarda Zarar Yeri Hukukunun Uygulanması

1. Zarar Yeri Kavramının Hangi Hukuka Göre Vasıflandırılacağı Meselesi

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil uyuşmazlıklardan doğan davalarda uygulanacak hukuk konusunda, çeşitli hukuk düzenlemelerinde farklı bağlama noktaları kullanılmakla birlikte, aşağıda⁶³ hem Türk hukuku hem de karşılaştırmalı hukuk örnekleri bakımından yer vereceğimiz üzere, "zarar yeri" hukuku sıklıkla kullanılan geleneksel bir bağlama noktası teşkil eder. Zararın meydana geldiği ülke hukukunun tespit edilebilmesi için öncelikle, "zarar yeri" kavramının içeriğinin belirlenmesi gerekir.

Yerleşim yeri, mutad mesken, ifa yeri, hukuki işlemin yapıldığı yer, haksız fiilin ika yeri gibi kavramların anlam ve içerikleri milli hukuk sistemlerinde farklılık arz eder. Bu bağlama noktalarından hareketle yabancı bir hukukun uygulanacağı sonucuna ulaşılmış ve fakat somut olayda uygulanacak hukukta bu kavramın içeriği hâkimin hukukundaki (lex fori) içerikten farklıysa, bağlama noktasının hangi hukuktaki anlamının esas alınacağı problemi ile karşılaşılır; bu konu "bağlama noktasının vasıflandırılması sorunu" ya da "bağlama noktasında vasıf ihtilafı" olarak adlandırılır⁶⁴.

61 Ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi zararını her ne kadar doktrinde bir yansima yoluyla zarar olarak ele alınsa da, Yargıtay'ın çeşitli kararlarında, bu zararın yansima yoluyla değil, doğrudan doğruya zarar olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Y. 17. HD., 3.4.2019, E. 2016/10068, K. 2019/ 4045; Y. 17. HD., 2.4.2019, E. 2016/ 8149, K. 2019/ 3985. Kararlar için bkz. www.kazanci.com. E.T. 4.1.2021.

62 Kılıçoğlu, s. 51.

63 Bkz. II/ A/ 2/ a/ aa.

64 Cemal Şanlı, Emre Esen, İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 45; Aysel Çelikel, Bahadır, Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020, s. 75-76. Doktrinde, bu sorun, "bağlama noktalarının yorumlanması sorunu" olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017, s. 105; Gülin Güngör, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021, s. 51.

Anlam ve içeriği tartışma konusu olan bağlama noktasının ait olduğu ve içinde yer aldığı ülke hukukuna göre çözümlenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁶⁵. Buna göre, Türk mahkemeleri önündeki bir uyuşmazlıkta, 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁶⁶ (MÖHUK) hükümleri çerçevesinde uygulanacak hukuk belirlenirken, zarar yeri bağlama noktası, Türk kanunlar ihtilafı kuralları arasında yer aldığından, bu kavram Türk hukukuna göre yorumlanacaktır.

Zarar yeri kavramının Türk hukukuna göre vasıflandırılması sonucu, doğrudan zarar-dolaylı zarar ya da yansıma yoluyla zarar ayrımlarından ne anlaşılması gerektiği, çalışmamız ilk kısmında⁶⁷ yer verdiğimiz esaslar çerçevesinde belirlenecektir. Bununla birlikte, zarar yeri belirlenirken doğrudan zarar yerinin mi esas alınacağı yoksa örneğin, haksız fiile bağlı tedavi giderleri ya da çalışma kaybı gibi dolaylı zararların da zarar yerinin belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı ya da yansıma yoluyla zarar gören kişilerin talepleri bakımından zarar yerinin nasıl belirleneceği sorularının ayrıca cevaplandırılması gerekmektedir. Zira bu konuda farklı hukuk düzenlemeleri, içtihat ve doktrin görüşleri bulunmaktadır. Çalışmamızın aşağıdaki başlıklarında, sırasıyla, zarar yerinin belirlenmesinde doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımı ve yansıma yoluyla zararlar da doğrudan zarar yerinin esas alınabilirliği konuları incelenecektir.

2. Zarar Yerinin Belirlenmesinde Doğrudan Zarar Yerinin Esas Alınması

a. Maddi Zararların Tazmini Talepleri Bakımından

i. Uygulanacak Hukukun Belirlenmesinde Zarar Yeri

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuka ilişkin genel düzenleme MÖHUK m. 34 hükmünde yer almaktadır. MÖHUK m. 34 kapsamında, haksız fiilin gerçekleşmesinden sonra taraflarca açıkça bir hukuk seçimi yapılmamış olması halinde, haksız fiilin meydana geldiği yer hukuku uygulanacak (lex loci delicti); haksız fiilin gerçekleştiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması durumunda ise⁶⁸, MÖHUK m. 34/2 uyarınca, zararın meydana geldiği ülke huku-

65 Nomer, s. 107; Şanlı, Esen, Ataman-Fıganmeşe, s. 45; Çelikel, Erdem, s. 89; Güngör, s. 51.

66 RG., 12.12.2007, S. 26728.

67 Bkz. I/ B, C.

68 Zararın, haksız fiilin işlendiği ülkeden farklı bir ülkede ortaya çıkmasına ilişkin olarak çeşitli örnekler verilebilir. Örneğin, Almanya'dan Fransa'ya giden bir aracın içine henüz Almanya sınırındayken bir patlayıcı yerleştirilmesi ve araç Fransa'ya geçtikten sonra patlatılması halinde, zarar yeri Fransa olarak kabul edilecektir. Bkz. Gizem Yılmaz, "Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

ku uygulama alanı bulacaktır (lex loci damni). Bununla birlikte, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde, haksız fiilden doğan talepler bu ülke hukukuna tabi olacaktır.

Zarar yeri ile kastedilen haksız fiil sonucunun ortaya çıktığı yerdir⁶⁹. Çalışmamızın ilgili kısmında yer verildiği üzere haksız fiile bağlı doğrudan sonuçların yanı sıra dolaylı sonuçlar hatta yansıma yoluyla görülen zararlar da mevcut olabilmektedir⁷⁰. Bu zararların tazmini talepleri bakımından zarar yeri neresidir? Diğer bir ifadeyle zarar yeri hangi sonucun meydana geldiği yerdir? Kanunda haksız fiile bağlı doğrudan sonuçların mı yoksa dolaylı sonuçların mı dikkate alınacağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Konuya ilişkin olarak doktrinde fikir birliği mevcut değildir.

Doktrinde, zararın meydana geldiği yerin, hukuken korunan bir değerini doğrudan ihlal edildiği yer olduğu; haksız fiilin hazırlıklarının yapıldığı ya da dolaylı zararın meydana geldiği yerin, zarar yerinin tespitinde dikkate alınmaması kabul edilmektedir⁷¹. Buna göre, örneğin, A ülkesinde satın alınan konserve, B ülkesinde yenmiş ve kişi C ülkesinde hastaneye kaldırılmışsa, sonuç yeri B ülkesidir; zira hukuken korunan menfaat haksız fiilden B ülkesinde etkilenmiş ve hukuka aykırı fiilin zararlı sonuçları bu ülkede meydana çıkmıştır⁷².

Karşılaştırmalı hukuk örneklerine bakıldığında, Türk hukukundaki baskın görüşe benzer bir yaklaşımın benimsendiği görülmektedir. İsviçre hukukunda,

Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3, s. 3126. Benzer şekilde, İsviçre'deki bir klinikte çalışan doktorun İstanbul'da ikamet etmekte olan hastasına kronik hepatit teşhisi koyarak yan etkileri konusunda hastasını bilgilendirmeden ilaç vermesi ve hastanın bu ilacı İstanbul'da kullanarak ağır yan etkileriyle karşılaşması durumunda, zararın doğduğu yer İstanbul olacaktır. Bkz. Nomer, s. 470-471. Ayrıca, bir ülkedeki nehre bırakılan zehirli atıkların başka bir ülkede ulaştığı yer (bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 45; Çelikel, Erdem, s. 463; Ziya Akıncı, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2020, s. 66-67; Yılmaz, s. 3126) ya da hakaret içeren bir e-postanın okunduğu yer veya atılan kurşunun isabet ettiği ülke zarar yeri teşkil edecektir. Bkz. Nomer, s. 361; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 45.

69 Turgut Turhan, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka yeri Kuralı*, Dayınlarlı, Ankara, 1989, s. 364; Sibel Özel, "Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt I*, Beta, İstanbul, 2001, s. 888; Ayşe Elif Ulusu Karataş, "Kişilik Haklarının Medya ve İnternet Yoluyla İhlalinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin AB Yetki Kuralları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Kişilik Haklarına İlişkin Günce Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Dursun / Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha, İstanbul, 2020, 247.

70 Doğrudan zarar – dolaylı zarar ayrımı ve yansıma yoluyla zarar kavramı ile karşılaştırılmasına ilişkin açıklamalar için bkz. I / C.

71 Gülören Tekinalp, Ayfer Uyanık, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2016, s. 356; Nomer, s. 361; Özel, İmalatçının Sorumluluğu, s. 888; Yılmaz, s. 3126. Benzer görüşte bkz. Turhan, s. 364-365; Güngör, s. 203. Medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde, zarar yerinin tespitine ilişkin açıklamalar için bkz. Sibel Özel, *Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması*, Seçkin, Ankara, 2004, s. 94, vd.

72 Tekinalp, Uyanık, s. 356.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İMÖHK) m. 133 gereği, haksız fiili işleyen ile haksız fiil mağdurunun mutad meskenlerinin aynı ülkede bulunmaması durumunda, haksız fiilden doğan talepler, haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tabi olacak (lex loci delicti); bununla birlikte, haksız fiilin sonuçlarının başka bir ülkede doğması ve haksız fiili işleyenin sonucun bu ülkede doğabileceğini öngörebilmesi halinde, haksız fiilin sonuç doğurduğu ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Haksız fiilin sonucu ile kastedilen, malın uğradığı doğrudan hasar ya da hukuki menfaatin doğrudan ihlalidir⁷³. Buna göre, bedensel ya da manevi bütünlüğün ihlali durumunda, haksız fiilin sonuç doğurduğu yer, bu ihlale bağlı muhtemel sonuçların doğduğu yer değil, bu ihlalin meydana geldiği yerdir⁷⁴. Aynı şekilde, haksız fiilden doğan dolaylı malvarlığı zararları uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınmayacaktır; buna bağlı olarak, bir kazanın mağdurunun yerleşim yeri, uygulanacak hukuk bakımından belirleyici olmayacaktır⁷⁵. İsviçre Federal Mahkemesi, salt malvarlığı zararları bakımından, haksız fiilin sonucunun doğduğu yerin, zarar görenin malvarlığının ilk ve doğrudan maruz kaldığı yer olduğu görüşündedir; bu yer, zarar görenin yerleşim yerine işaret etmemektedir⁷⁶.

Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II Tüzüğü)⁷⁷ kapsamında ise, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda, taraflarca bir hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde, Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak, "haksız fiilin işlendiği yer" bağlama noktasına yer verilmeksizin "zarar yeri hukukunun" uygulanacağı (lex loci damni) kabul edilmiştir (m. 4).

Roma II Tüzüğü m. 4 kapsamında, zarar yeri, doğrudan zararın meydana geldiği yerdir⁷⁸. Söz konusu hükümde, dolaylı zararın dikkate alınmayaca-

73 ATF 113 II 476, 479, C. 3; ATF 125 III 103, 105, c. 2b/aa. Bkz. www.swisslwx.ch. E.T. 23.01.2021.

74 Andrea Bonomi, *Commentaire Romand Loi Sur le Droit International Privé*, Edité par Andreas Bucher, Helbing Lichtenhahn, 2011, s. 1117.

75 Bonomi, s. 1117.

76 ATF 125 III 103, 105 s., c. 2b; ATF 133 III 323, 328, c. 2. 3. Bkz. www.swisslwx.ch. E.T. 23.01.2021.

77 Tüzüğün Fransızca metni için bkz.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=FR>. E.T. 11.01.2021.

78 Andrew Dickinson, *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non- Contractual Obligations*, Oxford, 2008, s. 307; Jan von Hein, *Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Edited by Galf-Peter Callies, Wolters Kluwer, 2011, s. 406-407; Gerard Hohloch, "The Rome II Regulation: An Overview-Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles", *Yearbook of Private International Law*, Volume 9 (2007), s. 7; Eric Loquin, "La Règle de Conflit Générale En

ğı açıkça düzenlenmiştir. Doğrudan zararın meydana geldiği yer hukukunun esas alınmasının, haksız fiilden sorumlu olduğu iddia edilen kişi ile zarar görenin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasını sağladığı, bunun aynı zamanda, maddi sorumluluğa ilişkin modern yaklaşımı da yansıttığı ifade edilmektedir⁷⁹. Bu görüş uyarınca, dolaylı zararın, zarar yerinin tespitinde dikkate alınması, haksız fiili işleyen kişi bakımından öngörülemez bir hukukun uygulanmasına neden olabilecektir⁸⁰.

Doktrinde, zarar yeri tespit edilirken dolaylı zararın meydana geldiği yerin dikkate alınmayacağına ilişkin çeşitli örnekler verilmektedir. Buna göre, Örneğin, A ülkesinde meydana gelen bir araba kazasında yaralanan kişi, tedavi için B ülkesine gidip orada ölürse, A ülkesi zarar yeri olarak kabul edilecektir⁸¹. Bu durumda, ölümün gerçekleştiği yerin zarar yeri olarak kabulü halinde, öngörülebilirliğin azalacağı ifade edilmektedir⁸².

Roma II Tüzüğü'ne ilişkin Komisyon Tasarısı hakkındaki açıklayıcı raporda⁸³, dolaylı zararın meydana geldiği yerin uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınmayacağı vurgulanarak, örneğin bir trafik kazasında, doğrudan zarar yerinin çarpışmanın meydana geldiği yer olduğu, başka bir ülkede meydana gelen ekonomik ya da maddi olmayan zararın bu anlamda belirleyici olmayacağı belirtilmektedir. Buna göre, örneğin, B ülkesinde meydana gelen bir motor kazasının, A ülkesinde bir kazanç kaybına neden olması durumunda, bu kazadan doğan talepler bakımından Tüzük m. 4/1 gereği, B ülkesi hukuku

Matiere de Delit dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)", *Le Règlement Communautaire Rome II Sur la Loi Applicable Aux Obligations Non-Contractuelles* (Sous la direction de Sabine Courneloup et Natalie Joubert, Année 2008, Volume 31, Litec, s. 37; Ivo Bach, *Rome II Regulation Pocket Commentary*, Edited by Peter Huber, 2011, s. 70-71; Bernard Audit, Louis d'Avout, *Droit International Privé*, Septième Edition Refondue, ECONOMICA, 2013, s. 787; Günseli Öztekin Gelgel, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta, İstanbul, 2006, s. 117; Zeynep Derya Tarman, *Akit Dışı Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topluluğu Tüzüğü (Roma II)*, *AÜHFĐ*, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 2, s. 199; Yılmaz, s. 3132.

79 Cheshire, North, Fawcett, *Private International Law*, 15th Edition, Oxford, 2017, s. 810; Dickinson, s. 307; Loquin, s. 41; Bach, s. 71. Ayrıca bkz. von Hein, s. 401-402.

80 Bach, s. 71.

81 von Hein, s. 407; von Hein, Jan, Article 4 and Traffic Accidents, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations- A New International Litigation Regime*, Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff, 2009, s. 159; Loquin, s. 37. Benzer bir örnekte mirasçılardan ölüme bağlı tazminat talepleri bakımından ölümün gerçekleştiği değil kazanın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Tarman, s. 199.

82 von Hein, s. 408; von Hein,, Article 4, s. 159.

83 Proposal For a Regulation Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Non-Contractual Obligations ("Rome II") Explanatory Memorandum, s. 11-12. Raporun Fransızca metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52003PC0427&from=EN.E.T.13.1.2021>.

uygulama alanı bulacak; mağdurun malvarlığının D ülkesinde bulunması ve ekonomik kaybı bu ülkede hissetmesi, uygulanacak hukuk bakımından bir fark yaratmayacaktır⁸⁴. Komisyon, bu örnekte, Avrupa Adalet Divanı'nın Brüksel Konvansiyonu'nun 5. maddesine ilişkin olarak aşağıda yer vereceğimiz *Marinari* kararına atıfta bulunmuştur. Lüksemburg, Hollanda, İtalya gibi bazı üye devletler ise, Komisyon Tasarısı'nda yer alan doğrudan-dolaylı zarar ayırımını belirsizliğe neden olacağı gerekçesiyle eleştirmiştir⁸⁵.

Haksız fiil mağdurunun bedensel bütünlüğünün bir ülkede ihlal edildikten sonra, başka bir ülkede durumunun kötüleşmesi durumunda zarar yerinin neresi olacağı meselesinin ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir. Örneğin, E ülkesinde meydana gelen bir yaralanma sonucu, mağdurun durumunun F ülkesinde kötüleşmesi durumunda hangi ülke zarar yeri olarak kabul edilecektir? *Henderson v. Jaouen* kararında, İngiliz İstinaf Mahkemesi, *Marinari* kararındaki gerekçeyi kıyas yoluyla uygulayarak, her ne kadar davacının durumu İngiltere'de kötüleşmiş olsa dahi, yaralanmaya sebep olan kazanın ve bedensel bütünlüğün ihlalinin ilk olarak Fransa'da gerçekleşmiş olmasından hareketle, Fransa'yı zarar yeri olarak kabul etmiştir⁸⁶.

Kararda ulaşılan sonucun, Roma II Tüzüğü kapsamında da, mağdurun mutad meskeni hukuku lehine bir yaklaşımın engellenmesi ve uygulanacak hukukun öngörülebilirliğinin sağlanması bakımından, yerinde olduğu ifade edilmektedir⁸⁷. Doktrinde, zararın meydana geldiği yerin, haksız fiil mağdurunun mutad meskeninin bulunduğu ülke olarak ele alınmaması; doğrudan zarar yerinin esas alınması sonucu haksız fiil ilişkisiyle gerçek bağlantısı olmayan bir ülke hukukunun uygulanacak hukuk olarak tespiti halinde, Tüzük m. 4/3 kapsamında daha sıkı ilişkili hukukun uygulanması gerektiği belirtilmektedir⁸⁸. Buna karşılık, doktrindeki bir diğer görüş, Roma II Tüzüğü m. 4/1 hükmünde, dolaylı zararın gerçekleştiği yerin uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınmayacağına açıkça belirtilmiş olmasının, zarar yerinin belirlenmesindeki tereddütleri tamamen ortadan kaldırmayacağını; yerindeliği tartışılabilir olmakla birlikte, çoğu durumda, mağdurun yerleşim yeri hukukunun zarar yeri hukuku olarak uygulama alanı bulacağına savunmaktadır⁸⁹.

84 Dickinson, s. 314. Kaza nedeniyle tedavinin gerçekleştiği yerin de zarar yeri olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Bach, s. 72.

85 Dickinson, s. 308.

86 Cheshire, North, Fawcett, s. 812; Dickinson, s. 315; Bach, s. 74.

87 Dickinson, s. 315; Bach, s. 75.

88 Dickinson, s. 308. Salt ekonomik zararlar bakımından, zarar görenin mutad meskeninin zarar yeri olarak ele alınmayacağına ilişkin olarak ayrıca bkz. Cheshire, North, Fawcett, s. 811; Bach, s. 77-78.

89 Audit, d'Avout, s. 787. Zarar yerinin çoğu durumda zarar görenin yerleşim yeri ile örtüşeceği-

ii. Yetkili Mahkemenin Belirlenmesinde Zarar Yeri

Zarar yerinin belirlenmesinde doğrudan zarar yerinin esas alınacağına ilişkin genel kabul, uygulanacak hukukun yanı sıra, yetkili mahkemenin belirlenmesi konusunda da karşımıza çıkmaktadır. Haksız fiilden doğan taleplerde, yetkili mahkeme belirlenirken kullanılan "zarar yeri" bağlama noktası yorumlanırken, talepte bulunanın kim olduğundan bağımsız olarak, dolaylı ya da yansima yoluyla uğranılan zararın değil, doğrudan zararın esas alınması gerektiği gerek Türk hukukunda gerek karşılaştırmalı hukuk örneklerinde çoğunlukla kabul edilmektedir.

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiil ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin tesisinde kullanılacak özel yetki kuralları, MÖHUK m. 40 hükmünün iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına yaptığı gönderme gereği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹⁰ (HMK) m. 16 düzenlemesinde yer almaktadır. Söz konusu hüküm gereği, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklarda, haksız fiilin işlendiği yer, muhtemel zarar yeri ve zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerinin yanı sıra zararın meydana geldiği yer mahkemesi de yetkili olacaktır.

Doktrinde, HMK m. 16'ya ilişkin Hükümet gerekçesinde ve Yargıtay kararlarında bu yönde bir açıklık bulunmamakla birlikte, zararın meydana geldiği yerin, hukuka aykırı fiilin "doğrudan sonucu olan zararların" meydana geldiği yer olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır⁹¹. Doktrindeki bir diğer görüş uyarınca ise, haksız fiilin birçok örneğinde, fiil nerede işlenirse işlensin, sonuç olarak mağdurun evi, ailesi etkileneceğinden, zararın meydana geldiği yer çoğunlukla mağdurun kendi yerleşim yeri olacaktır⁹². Buna göre, örneğin, İstanbul'da yerleşik ancak İzmir'in Seferihisar ilçesindeki mandalina bahçesinin sağladığı gelirle geçinen bir ailenin düşmanı bahçedeki bütün mandalina ağaçlarını keserse, fiilin işlendiği yer İzmir iken, zararın meydana geldiği yer, mağdurun ve ailesinin yerleşik olduğu İstanbul olarak kabul edilecektir⁹³.

Kanaatimizce, doğrudan-dolaylı zarar ayırımına ilişkin yapılan tartışmalar, kanunlar ihtilafı alanında MÖHUK m. 34 hükmü çerçevesinde bir anlam ifade etmekle birlikte, bu tartışmanın HMK m. 16 hükmü çerçevesinde pratik bir

ne ilişkin olarak ayrıca bkz. Simon Othenin- Girard, "Règlement Rome II et LDIP: Quelques Points De Convergence et de Divergence", *RSJ* 105/2009, s. 385.

90 RG., 04.02.2011, S. 27836.

91 Ulusu Karataş, s. 247. Aynı yönde bkz. İpek Sarıöz, "HMK'nın 16. Maddesi Uyarınca Haksız Fiillerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti ve Hükümün Türk Milletlerarası Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2012/1, s. 167.

92 Bilge Umar, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Basım, Yetkin, Ankara, 2014, s. 61.

93 Umar, s. 61.

sonucu olmayacaktır. Zira haksız fiile dayalı sorumluluk davalarında HMK m. 16 uyarınca yetkili mahkemelerden biri zarar görenin yerleşim yeri mahkemesidir ve dolaylı zararın, zarar yerinin tespitinde esas alınmayacağı, buna bağlı olarak zarar yerinin zarar görenin yaşadığı yere bağlı olarak belirlenemeyeceği savunulsa dahi, zarar görenin yerleşim yeri mahkemeleri de HMK m. 16 çerçevesinde milletlerarası yetkiye sahip olacaktır.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerine baktığımızda ise, İsviçre hukukunda, kanunlar ihtilafı alanında olduğu gibi, Türk hukukundakine benzer bir kanuni düzenlemenin ve uygulamanın bulunduğunu görmekteyiz. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (MÖHK) m. 129 gereği, haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği yer ile haksız fiilin sonuçlarının doğduğu yer mahkemeleri de yetkilidir. Haksız fiilin sonuçlarının doğduğu yer ile kastedilen, ilk ve doğrudan zararın meydana geldiği yerdir⁹⁴. Buna göre, haksız fiilin sadece dolaylı sonuçlarının İsviçre’de gerçekleşmesi, İsviçre mahkemelerinin yetkisinin tesisi için yeterli olmayacaktır. Doğrudan-dolaylı zarar arasında yapılan bu ayırım, sadece doğrudan mağdurun taleplerinden doğan davalarda değil, üçüncü kişilerin yansıma yoluyla uğradıkları zararların tazmini talepleri bakımından da uygulanacaktır⁹⁵. Buna göre, yansıma yoluyla zarar görenlerin talepleri bakımından yetkili mahkeme, İsviçre MÖHK m. 129 kapsamında, doğrudan (ilk) zararın meydana geldiği yer mahkemesi olacaktır.

Hukuki ve Ticari Konularda Mahkemelerin Milletlerarası Yetkisi ile Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında Brüksel I Bis Recast Tüzüğü (1215/ 2012)⁹⁶ m. 7/2 uyarınca ise, haksız fiilden doğan uyuşmazlıklar bakımından, haksız fiilin gerçekleştiği ya da gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu üye devlet mahkemesinde dava açılacaktır. Avrupa Adalet Divanı’nın (ABAD), 30.11.1976 tarihli *Mines de Potasse d’Alsace* kararında (21/ 76) ⁹⁷, haksız fiilin gerçekleştiği yer olarak hem haksız fiilin hem de zararın meydana geldiği yerin anlaşılması gerektiği, söz konusu hüküm uyarınca bu iki yer mahkemesinin de yetkili olacağı sonucuna ulaşılmıştır.

Zararın meydana geldiği yer ile kastedilen, haksız fiil sonucu doğrudan zararın meydana geldiği yerdir⁹⁸. Buna göre, örneğin, Belçika’da ikamet eden bir

94 Bonomi, s. 1101.

95 Bonomi, s. 1101.

96 Tüzüğün Fransızca metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32012R1215&from=EN>. E.T. 8.1.2021.

97 Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0021&from=FR>. E.T. 8.1.2021.

98 Peter Mankowski, *European Commentaries on Private International Law-Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, SELP, 2012, Edited by Ulrich Magnus-Peter Mankowski, s. 253-254;

kişinin Fransa'da geçirdiği trafik kazası sonucunda, ilk tedavisinin Fransa'da yapılması ve akabinde Belçika'ya dönerek burada hastanede yatması ve aylarca çalışmaktan yoksun kalması durumunda, haksız fiilin gerçekleştiği yer ile zarar yeri birbirinden ayrılmayacak; Fransız mahkemeleri hem haksız fiilin hem de zararın meydana geldiği yer olarak yetkili olacaktır⁹⁹. O halde, hastane ya da evde katlanılan acı, tıbbi müdahaleler, kaza yerinden başka bir yerde gerçekleşen ölüm, üçüncü kişilerin gelirinden yoksun kalma ya da şirketin iş merkezinde meydana gelen ekonomik zararlar mahkemenin yetkisinde dikkate alınmayacaktır¹⁰⁰. Mahkemelerin yetkisi konusunda Tüzüğün amacının, sistematik olarak mağduru korumak olmadığı; amacın, somut olay çerçevesinde objektif olarak uyumsuzlukla bağlantılı bir mahkemenin yetkisini tesis etmek olduğu doktrinde ifade edilmektedir¹⁰¹.

ABAD, 19.09.1995 tarihli *Marinari* kararında (364/ 93)¹⁰², aynı esası benimseyerek, Brüksel Konvansiyonu'nun ilgili hükmünün amacının, mağdurun ilk zararını takip eden malvarlığı zararının bulunduğu yer mahkemesini yetkili kılmak olmadığına karar vermiştir. Divan, bu kararında, doğrudan zarar yerinin esas alınmasının nedenini, uyumsuzlukla yetkili mahkeme arasında gerçek bir bağlantının sağlanması ve davacının yerleşim yeri mahkemelerinin gereksiz olarak tercih edilmesinin engellenmesi amaçlarıyla¹⁰³ açıklamıştır. 27.10.1998 tarihli *La Réunion Européenne* kararında (51/ 97)¹⁰⁴ ise, deniz yoluyla taşınan taşınır malda taşıma esnasında meydana gelen hasar dolayısıyla talep edilen tazminat bakımından, fiilin gerçekleştiği yerin tespitinin imkânsız olduğu; taşıyıcının malı teslim etmesi gereken yerin zarar yeri olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Adalet Divanı'nın bu kararda, "mahkemenin uyumsuzlukla yakın bağlantısı-

Helene Gaudemet-Tallon, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, 4e Edition, LGDJ, 2010, s. 223; Sibel Özel, "Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kurahının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, Yıl: 2012, Cilt: 8, Sayı: 91-92, s. 19.

99 Gaudemet-Tallon, s. 223. Fransız hukukunda da, Medeni Usul Kanunu m. 46 hükmünde yapılan değişiklik sonucunda aynı esasın benimsendiğine ilişkin olarak bkz. Gaudemet-Tallon, s. 223, dn. 225.

100 Peter Schlosser, "Product Liability", *Transnational Tort Litigation Jurisdictional Principles* edited by Campell Mc Lachlan and Peter Nygh, Oxford, 1996, s. 72; Özel, HMK m. 16, s. 19.

101 Gaudemet-Tallon, s. 223.

102 Karar için bkz. <https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/5a148496-d4bf-4df6-87b5-7afb40eb200/language-fr>. E.T. 8.1.2021.

103 Söz konusu amaçların, her ne kadar Brüksel I Tüzüğü'ne ilişkin olsalar dahi, Roma II Tüzüğü çerçevesinde, zarar yerinin bir bağlama noktası olarak Komisyon tarafından kabulünün gerekçeleriyle uyumlu olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bkz. Dickinson, s. 314.

104 Karar için bkz. <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=44184&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21835155>. E.T. 8.1.2021.

nın tesisi" amacından ziyade, "öngörülebilirliğin sağlanması amacını" ön planda tuttuğu görülmektedir¹⁰⁵. Adalet Divanı'nın 10.06.2004 tarihli *Kronhofer* kararı (168/02)¹⁰⁶ ile 16.07.2009 tarihli *Zuid Chemie BV* kararında (189/08)¹⁰⁷, *Marinari* kararı ile ortaya koyulan prensip tekrar edilerek, ilk zararın meydana geldiği yer, zarar yeri olarak kabul edilmiştir. Doktrinde, bedensel bütünlüğün ihlali sonucun ölüm meydana gelmesi ihtimalinde, ilk zarara bağlı olarak meydana gelen sonraki zararların tazmini talepleri bakımından, yine *ABAD* kararlarıyla ortaya koyulan prensibin esas alınarak, dolaylı zararın meydana geldiği yerin dikkate alınmaması gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁸.

b. Manevi Zararların Tazmini Talepleri Bakımından

Haksız fiilin doğrudan ya da dolaylı bir sonucu olarak ortaya çıkan maddi zararlar bakımından yukarıda ortaya koyduğumuz sorunun, manevi zararlar bakımından ayrıca tartışılması gerekmektedir. Zira manevi zararlar bakımından zarar yerinin tespiti çoğunlukla güç, bazen imkânsız olabilmektedir. Bu nedenle, haksız fiil sonucu doğrudan ya da yansıma yoluyla gerçekleşen manevi zararların tazmini taleplerine uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından, zarar yerinin manevi zararın nerede meydana geldiğine bakılmaksızın maddi zararın doğrudan meydana geldiği yer olarak mı anlaşılması gerektiği yoksa zararın manevi zarara uğrayan kişinin bulunduğu yere göre mi tespit edileceği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir.

Türk hukukunda, bir görüş, haksız fiilden doğan taleplerde, zarar yerinin tespitinde, haksız fiilin meydana geldiği anda hasıl olan zararın belirleyici olması; bu kapsamda manevi zararın değil, maddi zararın esas alınması gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁹. Doktrindeki bir diğer görüş ise, manevi zararın tazmin edilmesinde güdülen amacın, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan sonuçtan duyulan keder ve elemin giderilmesi olduğunu belirtmektedir¹¹⁰. Buna bağlı olarak, örneğin, Almanya'dan Avusturya'ya yola çıkan bir iş adamının Avusturya'da bir tırla çarpışması sonucu ağır yaralanması ve burada kısa bir tedavi sonrasında ölecek gömülmesi durumunda, ölen iş adamının hayattaki tek yakını olan yeğeninin manevi tazminat talebi bakımından, maddi zararın Avusturya'da

105 Gaudemet-Tallon, s. 223.

106 Karar için bkz.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=49282&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21835155>. E.T. 8.1.2021.

107 Karar için bkz.

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=72472&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21835155>. E.T. 8.1.2021.

108 Gaudemet-Tallon, s. 224-225.

109 Nomer, s. 361.

110 Turhan, s. 366-367.

meydana gelmesine karşılık, yeğenin amcasının ölümünden duyduğu elem ve kederi geçici olarak bulunduğu Avusturya’da değil, ikamet ettiği Türkiye’de hissedecektir¹¹¹. Buradaki uygulanacak hukuka göre manevi zararın, destekten yoksun kalma zararının telafisi ile uygulanacak hukuku belirleyen zarar yeri kavramını karıştırmamak gerekir. Zarar iş adamının ölümüdür ve zarar yeri ölümün gerçekleştiği Avusturya’dır. Davacıların talepleri uygulanacak hukuk kapsamında belirlenir. Yoksa manevi zarar yeri davacının yerleşim yeri değildir. Aksi durumda özellikle uçak kazası sonucu yakınlarını kaybeden ve dünyanın değişik yerlerinde yaşayan davacıların herbirinin talebine kendi hukukunun uygulanması gerekir. Buna göre, manevi zararın meydana geldiği yerin Türkiye olarak kabulü gerekmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk örneklerine baktığımızda, gerek İsviçre hukukunda¹¹² gerekse Roma II Tüzüğü¹¹³ çerçevesinde, haksız fiilden doğan taleplerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde, maddi olmayan zararların dikkate alınmama-çağı kabul edilmektedir. Bu durum bu zararların tazmin edilmeyeceği anlamına gelmiyor; uygulanacak hukuk kapsamında talep edilebilir. Benzer şekilde, Fransız doktrininde, salt ekonomik zararlar ile manevi zararların tazmini taleplerine uygulanacak hukuk konusunda, zarar yeri kriterinin uygulanmasının bir anlamı olmadığı, zira bu taleplerde zararın belirlenebilir bir yerde meydana gelmediği; bu hallerde tek başına zarar yeri bağlama noktasının uygulanacak hukukun tespitinde yeterli olmayacağı, Roma II Tüzüğü’nde yer verildiği üzere, başkaca bağlama noktalarına yer verilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁴.

Fransız Yargıtayı’nın 28.10.2003 tarihli bir kararında¹¹⁵, ölenin yakınlarının yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmini talepleri bakımından, bu taleplerin dayanağının haksız fiil olduğu; haksız fiil sorumluluğuna zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağı, zarar yerinin ise manevi zararın değil, mağdurun (ölen kişinin) zarara uğradığı yer olarak ele alınması gerektiği belirtilmiştir.

111 Turhan, s. 366-367. Medya yoluyla kişilik hakkı ihlallerinde, manevi zararın bir bütün olarak mağdurun en fazla zarar gördüğü yerde, örneğin ikametgahında, mutad meskeninde ya da çalıştığı yerde meydana geleceğine ilişkin olarak bkz. Özel, Kişilik Hakkı, s. 102.

112 Bonomi, s. 1117.

113 Proposal For a Regulation Regulation Of The European Parliament And The Council On The Law Applicable To Non-Contractual Obligations (“Rome II”) Explanatory Memorandum, s. 11-12.

114 Pierre Mayer, Vincent Heuze, *Droit International Privé*, 11e Edition, LGDJ, 2014, s. 506.

115 Cour de Cassation, Chambre Civile 1, du 28 Octobre 2003, 00-18.794 00-20.065. Karar için bkz. https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007047925?tab_selection=n=juri&searchField=ALL&query=par+ricochet&searchType=ALL&dateDecision=28%2F10%2F2003+%3E+28%2F10%2F2003&typePagination=DEFAULT&sortValue=DATE_DESC&pageSize=10&page=1&tab_selection=juri#juri. E.T. 15.01.2021.

B. Yansıma Yoluyla Zararın Tazmini Taleplerinde Doğrudan Zarar Yeri Kriterinin Uygulanabilirliği

1. Doktrin ve İctihadın Konuya Yaklaşımı

Türk hukukunda, doktrinde, haksız fiile uygulanacak hukuku belirleyen "zararın", dolaylı ya da yansıma zarar değil, doğrudan zarar olduğu savunulmaktadır¹¹⁶. Türk yargı kararları incelendiğinde, konuya ilişkin farklı yaklaşımların benimsendiği görülmektedir. Bazı kararlarda yansıma yoluyla zararın tazmini taleplerine uygulanacak hukuk belirlenirken doğrudan mağdurun doğrudan zarara uğradığı yer esas alınırken, bazı kararlarda ise, yansıma yoluyla zarar gören kişinin zarara uğradığı yer zarar yeri olarak kabul edilmiştir.

Yargıtay 11.Hukuk dairesinin 21.3.2005 tarihli bir kararında¹¹⁷, haksız fiil sonucu ölen kişinin hak sahiplerine ödemede bulunan sigorta şirketinin zarara neden olan kişilere rücu etmek amacıyla açtığı tazminat davasında uygulanacak hukuk kapsamında zarar yerinin tespiti tartışma konusu olmuştur. Bu uyuşmazlıkta, yerel mahkeme, sigortalının hak sahiplerine yapılan ödemenin Avusturya'da gerçekleştirilmesi nedeniyle, zarar yeri hukuku olarak Avusturya hukukunu uygulamış, Yargıtay ise, haksız fiilin Türkiye'de gerçekleştiğini ve haksız fiil mağdurunun Türkiye'de vefat ettiğini gerekçe göstererek zararın meydana geldiği yer olarak Türk hukukunun uygulanması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Benzer şekilde, Yargıtay, 5.6.2017 tarihli bir kararında¹¹⁸, trafik kazası sonucu oluşan destekten yoksun kalma tazminatı talepli davada, HMK m. 16 çerçevesinde ilk derece mahkemesinin yetkili olup olmadığı konusunda, zarar yerini, ölümün gerçekleştiği yer olarak ele almıştır. Kararda, HMK m. 16 hükmünün kesin yetki kuralı teşkil etmediği; davalının yerleşim yeri mahkemele- rinin de yetkili olduğu vurgulanarak, destekten yoksun kalma tazminatı talebi bakımından, ölümün gerçekleştiği yer zarar yeri olarak kabul edilmiştir. Buna karşılık, İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 26.04.2018 tarihli bir kararında¹¹⁹ ise, Yunanistan'da gerçekleşen bir trafik kazası sonucu ölen kişinin mirasçılarının destekten yoksun kalma talepleri bakımından, MÖHUK m. 34/2 çerçevesinde, davacıların yerleşim yerlerinin Türkiye'de olması ve giderilmesini istedikleri yoksunluklarının Türkiye'de meydana gelmesi gerekçe- siyle Türk hukukunun uygulanması gerektiğine hükmedilmiştir.

116 Nomer, S. 361.

117 Y. 11. HD., 21.3.2005, E. 2004/ 5829, K. 2005/ 2562, Karar için bkz. Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 344, dn. 528.

118 Y. 20. HD., 5.6.2017, E. 2017/ 6486, K. 2017/ 4992. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 4.1.2021. Ayrıca bkz. Y. 11. HD., 11.7.2012, E. 2012/ 8559, K. 2012/ 12239. Karar için bkz. www.sinerjimevzuat.com. E.T. 22.01.2021.

119 E. 2914/ 788, K. 2918/ 504. Karar için bkz. www.lexpera.com. E.T. 18.01.2021.

Türk hukukundan farklı olarak, Roma II Tüzüğü'nde, uygulanacak hukukun tespitinde dolaylı zararın dikkate alınmayacağı açıkça belirtilmiştir (m. 4/1). Yukarıda yer verdiğimiz örneklerde ortaya koymuş olduğumuz üzere, dolaylı zarar ile kastedilen, haksız fiilin doğrudan mağduru olan kişinin doğrudan uğradığı (ilk) zarara bağlı olarak meydana gelen devam eden zararlardır. Haksız fiil sebebiyle zarar gören üçüncü kişilerin taleplerine uygulanacak hukukun tespiti bakımından zarar yerinin neresi olacağı ise, ayrıca üzerinde durulması gereken bir konu teşkil etmektedir.

Bir opera şarkıcısının G ülkesinde meydana gelen bir trafik kazasında yaralanması sonucu, H ülkesinde gerçekleşecek olan konserin iptal edildiğini ve bundan dolayı konseri organize eden kişinin bir zarara uğradığını farz edelim. Çalışmamızın ilgili kısmında¹²⁰ yer vermiş olduğumuz üzere, konser organizatörünün uğradığı zarar, bir yansima yoluyla zarardır. Roma II Tüzüğü kapsamında bu zararın giderilmesi talebine uygulanacak hukuk belirlenirken, zarar yeri olarak G ülkesi hukukunun uygulanması gerektiği ifade edilmektedir¹²¹. Bu görüş uyarınca, bu durumda, G ülkesi hukukunun zarar yeri olarak kabulü, her iki mağdur (doğrudan zarar gören ile yansima yoluyla zarar gören) bakımından aynı hukukun ve zarar verence öngörülebilir bir hukukun uygulanmasını sağlayacaktır¹²². Diğer taraftan, bu görüş uyarınca, haksız fiilin doğrudan (ilk) mağduru ile diğer mağdurlar (yansima yoluyla zarar görenler) arasında uygulanacak hukuk bakımından bir fark yaratılmasının mantıklı bir açıklaması bulunmamaktadır¹²³. Buna karşılık, doktrindeki bir diğer görüş¹²⁴, haksız fiil sebebiyle üçüncü kişilerin uğradığı zararın (örneğin kazanın öğrenilmesine bağlı yaşanan şoklar), bunun hissedildiği (örneğin şokun yaşandığı) yerde gerçekleşen bağımsız doğrudan ikinci bir zarar teşkil ettiğini savunmaktadır. Bu görüş esas alındığında, yansima yoluyla zararın hissedildiği, örneğin şokun yaşandığı yer zarar yeri olarak kabul edilecektir.

Brüksel I Tüzüğü m. 7/2 çerçevesinde, haksız fiilden doğan taleplerde yetkili mahkeme belirlenirken, zarar yerinin tespitinde, tıpkı dolaylı zararlarda olduğu gibi, üçüncü kişilerin yansima yoluyla uğradığı zarar dikkate alınmamaktadır¹²⁵. Buna göre, yansima yoluyla zarar gören üçüncü kişi, davalının yerleşim yeri ya da zararın gerçekleştiği üye devlet mahkemesinde dava açabilecek; za-

120 Bkz. I/ B.

121 Dickinson, s. 317. Zarar yerinin tespitinde, yansima yoluyla zarara uğranılan yerin dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Hohloch, s. 10; Loquin, s. 37.

122 Dickinson, s. 317; von Hein, s. 408.

123 Dickinson, s. 317-318.

124 Cheshire, North, Fawcett, s. 813.

125 Mankowski, s. 255; Gaudemet-Tallon, s. 225.

rar yeri olarak ise doğrudan zararın meydana geldiği yer esas alınacaktır¹²⁶. ABAD, 11.01.1990 tarihli *Soc. Dumez France* kararında (220/88)¹²⁷, söz konusu prensibi vurgulamıştır. Karara konu uyuşmazlıkta, Fransız Şirketi Dumez, Almanya'da iflas eden yavru şirketleri sebebiyle uğradığı zararın tazmini talebiyle Fransa'da Alman bankalarına karşı bir dava açmıştır. Alman bankaları gayrimenkul geliştirme projesi ile ilgili krediyi iptal edince Almanya'daki yavru şirketler iflas etmiştir. Alman bankaları Fransız mahkemelerinin yetkisine itiraz etmiş, bu itiraz yerinde bulunmuş ve karar Fransız İstinaf Mahkemesince onaylanmıştır. Fransız Yüksek Mahkemesi, ön mesele olarak ABAD'a, dolaylı zararın varlığı halinde bu zararın hissedildiği yerde dava açılıp açılmayacağını sormuş; ABAD ise, yukarıda yer verdiğimiz üzere, zarar yeri kavramı ile doğrudan zararın hissedildiği yerin anlaşılması gerektiğine; bu doğrultuda, olayda dolaylı olarak zarar gören Fransız şirketin Fransız mahkemelerinde dava açamayacağına hükmetmiştir.

ABAD, bu kararda, zarar yerinin, "haksız fiilin doğrudan mağduru olan kişinin üzerinde doğan doğrudan zararın meydana geldiği yer" olarak anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Divan, haksız fiilden yansıma yoluyla zarar gören kişilerin talepleri bakımından doğrudan zarar yerinin esas alınmasını, "*forum actoris*'i sistematik olarak özelleştirmemek, davalının yerleşim yer mahkemeleri dışında bir mahkemenin yetkisini ancak mahkemenin uyuşmazlıkla gerçek bir bağlantısı olması halinde kabul etmek ve adaletin iyi yönetimini sağlamak" gerekçeleriyle kabul etmiştir. Doktrinde, söz konusu gerekçelerin yerinde olduğu; yansıma yoluyla zarar görenlere, bu kişilerin uğradığı dolaylı zararın meydana geldiği yerde (çoğunlukla bu kişilerin yerleşim yeri) dava açma imkânı tanınması halinde yetki dağılımı tehlikesinin gündeme geleceği belirtilmektedir¹²⁸.

2. Değerlendirme

Yabancılık unsuru taşıyan haksız fiilden doğan borçların tabi olacağı hukuk bakımından, MÖHUK m. 34/2 hükmünde, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması halinde, zararın meydana geldiği ülke hukukunun uygulanacağı düzenlenmiş, bununla birlikte, Roma II Tüzüğü'nden farklı olarak, zarar yerinin belirlenmesinde haksız fiile bağlı dolaylı sonuçların dikkate alınmayacağına ilişkin açık bir hükme yer verilmemiş;

126 Gaudemet-Tallon, s. 225.

127 Karar için bkz.

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=96209&pageIndex=0&doclang=fr&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=21934960>. E.T. 9.1.2021.

128 Gaudemet-Tallon, s. 226.

yansima yoluyla zararlar bakımından ise herhangi bir düzenleme getirilmemiştir. Çalışmamamızın ilgili kısımlarında yer verdiğimiz üzere¹²⁹, yansima yoluyla uğranılan zararlar dolayısıyla talep edilen tazminatlar (örneğin destekten yoksun kalma tazminatı ya da ağır bedensel zarara uğrayanın yakınlarının manevi tazminat talebi) doğrudan doğruya zarar görenin şahsında doğan asli ve bağımsız haklar olarak ele alınmaktadır. Bu durum, söz konusu taleplere uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin doğrudan zarardan (doğrudan mağdurun ilk zararı) bağımsız olarak ele alınmasının gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmektedir.

Haksız fiilden yansima yoluyla zarar görenlerin taleplerine uygulanacak hukuk bakımından, doğrudan zarar yerinin esas alınması; yansima yoluyla zararın dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin doktrin görüşlerinin ve içtihadın gerekçelerini incelediğimizde, haksız fiili mağduru ile haksız fiili işleyen (zarar veren) menfaatlerinin dengelenmesi, zarar veren tarafından öngörülebilir bir hukukun uygulanması, uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlenmesinin engellenmesi amaçlarını görmekteyiz.

Söz konusu gerekçeler bakımından ilk olarak incelememiz gereken husus, uygulanacak hukukun zarar veren tarafından öngörülebilir bir hukuk olmasının zorunlu olup olmadığıdır. Türk hukukunda, MÖHUK m. 34 hükmünde, İsviçre hukukundakinden farklı olarak, zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için, zarar verenin zararın bu ülke meydana geleceğini öngörebilmesi kriterine yer verilmemiştir. Halbuki söz konusu kriter, MÖHUK m. 35/1/c hükmünde, kişilik haklarının kitle iletişim araçları ile ihlalinden doğan taleplere zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için bir şart olarak getirilmiştir. Kanaatimizce, gerek MÖHUK m. 34 hükmünde açıkça bu kritere yer verilmemiş olması, gerekse MÖHUK m. 34 /3 gereği, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke hukuku ile daha sık ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanacağına öngörülmüş olması, uygulanacak hukukun zarar verence öngörülebilir bir hukuk olması zorunluluğunun bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, yansima yoluyla zararların tazmini taleplerine doğrudan zarar yerinin uygulanması, zarar veren tarafından öngörülebilir ancak uyumsuzlukla yakın bağlantılı olmayan bir hukukun uygulanmasına neden olabilecektir. Örneğin, bir trafik kazasına bağlı ölümden doğan taleplerde, kazanın ve aynı zamanda ölümün gerçekleştiği ülke hukukunun doğrudan zarar yeri hukuku olarak uygulanması, kazaya neden olan kişi bakımından öngörülebilir bir hukukun uygulanması anlamına gelecektir. Buna karşılık, ölenin yakınlarının ölüme bağlı destekten yoksun kalma ya da manevi tazminat talepleri ba-

129 Bkz. I / D/ 1, 3.

kımından, bu kişilerin destekten yoksunluklarının ya da elem ve kederlerinin, yaşadıkları ülkede ortaya çıkacağı göz önünde bulundurulduğunda, kaza yeri hukuku, zarar görenlerin yaşadıkları ülke hukukuna nazaran uyumsuzluk konusu ve taraflarıyla daha az irtibatlı bir hukuk teşkil edecektir. Bu noktada sorulamamız gereken, öngörülebilirliğin mi yoksa uyumsuzlukla yakın bağlantılı hukukun uygulanması amacının mı öncelikli olacaktır.

Kanunlar ihtilafı kurallarının temel amacı, yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklarda, uyumsuzluk ve uyumsuzluğun taraflarıyla en sıkı ilişkili hukukun uygulanmasının teminidir¹³⁰. Bu husus, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti olarak adlandırılmaktadır¹³¹. Milletlerarası özel hukuk hakkaniyetinin gerçekleşmesinde çeşitli menfaatler rol oynamaktadır¹³². Taraflardan birinin menfaati diğerine tercih edilemiyorsa ya da taraflardan birinin diğerine nazaran daha fazla korunması gerekmiyorsa, ortak ya da bağımsız bir bağlama kriterinin; taraflardan birinin menfaatinin ağır bastığı hallerde ise, bu kişiyle irtibatlı bir bağlama kriterinin benimsenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, haksız fiil sorumluluğunda bağlama kuralının belirlenmesinde zarar görenin menfaatinin ağırlık kazanacağı doktrinde ifade edilmektedir¹³³.

Görüldüğü üzere, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ancak uyumsuzlukla yakın bağlantılı bir hukukun uygulanması ile gerçekleşebilmektedir; bu çerçevede, kanunlar ihtilafı kuralları, konularına bağlı olarak çeşitli menfaatlere hizmet etmekle birlikte, her biri, bu amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenmektedir. O halde, haksız fiil hukukunda, zarar görenin menfaatinin gözetilmesinin bir şart olarak kabul edilmesi ve zarar yeri bağlama noktasının uyumsuzlukla yakın irtibatlı bir hukukun uygulanması amacının göz ardı edilerek yorumlanması kanaatimizce mümkün değildir. Diğer taraftan, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti göz önünde bulundurulduğunda, bir kişinin örneğin tatil esnasında yaşadığı bir kaza nedeniyle uğradığı zararın tazmini talebi bakımından, doğrudan zarar yeri olarak kazanın gerçekleştiği ülke hukuku zarar veren tarafından öngörülebilir bir hukuk olmakla birlikte, bu hukuk zarar gören bakımından son derece tesadüfi bir hukuk teşkil eder ve bu hukukun uygulanması MÖHUK m. 34/2 hükmünün taraf menfaatlerinin dengelenmesi amacına hizmet etmez.

130 Nomer, s. 14; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 26; Vahit Doğan, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020, s. 204; Akıncı, s. 11; Faruk Kerem Giray, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 1, s. 556.

131 Nomer, s. 14; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 26; Doğan, s. 204; Akıncı, s. 11.

132 Milletlerarası özel hukuka ait menfaatlere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Nomer, s. 15-16; Şanlı, Esen, Ataman-Figanmeşe, s. 27-28.

133 Nomer, s. 16.

İkinci olarak, milletlerarası yetki konusunda, davacıya bağlı yetki tesisini (favor actoris) engelleme amacının, kanunlar ihtilafı alanında uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlenmesi bakımından geçerli olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir. Davacıya bağlı yetki tesisi, milletlerarası usul hukukunda, genel olarak "aşırı yetki" halleri arasında sayılmakta ve tercih edilmeyen bir yetki kriteri olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁴. Zira aşırı yetkinin varlığı, diğer bir ifadeyle kararı veren mahkemenin uyuşmazlık ve dava taraflarıyla gerçek bir ilişkisinin bulunmaması pek çok hukuk sisteminde bir tanıma ve tenfiz engeli teşkil etmektedir¹³⁵. Kanunlar ihtilafı hukuku bakımından konuyu değerlendirdiğimizde, uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlenmesine (davacının yerleşim yeri, mutad meskeni gibi) ilişkin olumsuz bir yaklaşımın bulunmadığını görmekteyiz. Uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlendiği çeşitli düzenlemelere rastlamaktayız. Örneğin, MÖHUK m. 35/1/a uyarınca, kişilik haklarının basın, radyo, televizyon gibi medya yoluyla, internet veya diğer kitle iletişim araçları ile ihlalinden doğan taleplere, zarar görenin seçimine göre uygulanabilecek hukuklardan biri, zarar görenin mutad mesken hukukudur. Bu nedenle, uygulanacak hukukun davacıya göre belirlenmesinin engellenmesi amacı, kanaatimizce, yansima yoluyla zararların tazmini talepleri bakımından doğrudan zarar yerinin esas alınmasını zorunlu kılan bir husus olarak ele alınmamalıdır.

Son olarak, zarar yerinin belirlenmesinde doğrudan zarar-dolaylı zarar ayırımının yapılması kanaatimizce, belirsizliğe neden olabilecektir. Zira çalışmamızın ilgili kısmında yer verdiğimiz üzere, doğrudan-dolaylı zarar ayırımına verilen örnekler değişebilmekte, tedavi giderleri kimi yazarlarca doğrudan zarar, kimi yazarlarca dolaylı zarar olarak kabul edilebilmektedir¹³⁶. Aynı durum, haksız fiil sonucu gerçekleşen ölümler bakımından da söz konusudur. Bu farklı yaklaşımlar, doğrudan zarar yerinin esas alınmasının savunulduğu bir durumda, farklı sonuçlara ulaşılmasına neden olabilecektir. Diğer taraftan, yukarıda da yer verildiği üzere, zarar yeri kavramı Türk hukukuna göre vasıflandırılacak olup, Türk hukukunda yansima yoluyla zarardan doğan tazminat talepleri,

134 Davacıya bağlı yetkisi tesisinin, aşırı yetki teşkil ettiği ve etmediği hallere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Esra Dardağan, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşırı Yetki Kavramı*, Ankara, 2005, s. 146 vd.; Begüm Süzen, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi*, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 172 vd. Ayrıca bkz. Burak Huysal, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler", *MHB*, Yıl: 2012, Cilt: 32, Sayı: 1, s. 90-91.

135 Türk hukukunda, MÖHUK m. 54/b gereği, yabancı bir mahkeme ilamının tenfiz edilebilmesi için, davalının itiraz etmesi şartıyla, ilamın dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı halde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmemiş olması gerekmektedir. Söz konusu hükme benzer karşılaştırmalı hukuk örnekleri için bkz. Süzen, s. 127-136.

136 Bkz. I / C.

doğrudan doğruya zarar görenin şahsında doğan asli ve bağımsız haklar olarak ele alınmaktadır. Yansıma yoluyla zarar, doğrudan ya da dolaylı zarardan ayrı bir zarardır. Bu durum, zarar yerinin belirlenmesinde doğrudan zarar yerinin esas alınmaması, yansıma yoluyla zararın meydana geldiği yerin zarar yeri olarak kabul edilmesi gerekliliğini desteklemektedir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, kanaatimizce yansıma yoluyla zarar yerinin tespitinde, hukuken korunan menfaatin ihlalinin sonuçlarının nerede yaşandığı dikkate alınmalıdır. Bu çerçevede, somut uyuşmazlıktaki talebin ne olduğu ve talep sahibinin kim olduğunun dikkate alınarak zarar yerinin belirlenmesi gerekmektedir. "Doğrudan zarar" yerine "ihlal edilen hukuki menfaatin" zarar yerinin belirlenmesinde esas alınması, uyuşmazlıkla en yakın bağlantılı hukukun uygulanmasını sağlayacaktır. Ulaştığımız bu sonucu bir örnekle somutlaştırırsak, bir opera sanatçısının A ülkesinde meydana gelen bir trafik kazasında yaralanması ve B ülkesinde tedavi olurken ölmesi sonucu C ülkesinde gerçekleşecek olan konserin iptal edildiği ve bundan dolayı konseri organize eden kişinin bir zarara uğradığı, diğer taraftan opera sanatçısının D ülkesinde yaşamakta olan ailesinin ölüm dolayısıyla destekten yoksun kaldığı ve manevi zarara uğradığı ihtimalinde, gerek konser organizatörünün gerekse opera sanatçısının ailesinin uğradığı zararlar yansıma yoluyla zarar teşkil eder.

Ailenin destekten yoksun kalma ve manevi tazminat taleplerine uygulanacak hukuk MÖHUK m. 34 çerçevesinde belirlenirken, her ne kadar kazanın A ülkesinde gerçekleşmesiyle ölen kişi nezdinde doğrudan bir zarar burada meydana gelse dahi, uyuşmazlıktaki talepler bakımından ihlal edilen hukuki menfaat, destekten yoksun kalma ve manevi zarara uğrama durumlarıdır. Yoksunluğun ve manevi zararın meydana geldiği yer ise, ailenin yaşadığı D ülkesidir. Bu nedenle, yukarıda ortaya koyduğumuz gerekçelerle, bu örnekte destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat bakımından, D ülkesi hukuku zarar yeri hukuku olarak uygulanmalıdır. Bu örnekte, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat taleplerine uygulanacak hukuk belirlenirken, zarar yeri olarak doğrudan zararın meydana geldiği yer (yaralanmanın gerçekleştiği A ülkesi) esas alınsa dahi, kanaatimizce MÖHUK m. 34/3 çerçevesinde, destekten yoksun kalan ve manevi zarara uğrayan ailenin yaşadığı ülke, zararın meydana geldiği ülkeye nazaran haksız fiil ilişkisi ile daha sıkı irtibat halinde bulunduğundan, herhalde bu ülke hukukunun uygulanması gerekecektir. Ancak, MÖHUK m. 34/3 hükmünün bir istisna hükmü olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu hükmün varlığı, kanaatimizce doğrudan zarar yerinin esas alınmasına bir gerekçe teşkil etmemeli; ortaya koymuş olduğumuz gerekçelerle, zarar yeri olarak hukuki menfaatin ihlalinin sonuçlarının nerede yaşandığı dikkate alınmalıdır. Aksi takdirde, yansıma yoluyla zararların taz-

mini taleplerinde, MÖHUK m. 34/3 hükmü bir istisna hükmü olmaktan çıkıp genel bir uygulama alanına sahip olacak ve MÖHUK m. 34/2 hükmünde zarar yeri bağlama noktasının getiriliş amacı ortadan kalmış olacaktır.

Sonuç

Haksız fiil sonucu yansıma yoluyla zarar gören kişilerin bu zararlarının tazmin edilmesine ilişkin olarak milli hukuklarda farklı yaklaşımlar benimsenmektedir. Bu farklılıklar, haksız fiil ilişkisinin yabancılık unsuru içermesi halinde uyumsuzluğa uygulanacak hukukun belirlenmesi bakımından önem arz eder. Zira uyumsuzlukta uygulanacak hukuka bağlı olarak tazmin edilebilirlik konusunda farklı sonuçlara ulaşılabilecektir. Haksız fiil ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde "zarar yeri" bağlama noktası gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukuk örneklerinde kabul edilen bağlama noktalarından biridir. Bu bağlama noktası, taraflarca bir hukuk seçimi yapılmadığı hallerde uygulama alanı bulur.

Türk hukukunda, MÖHUK m. 34 hükmünde, taraflarca haksız fiilin işlenmesinden sonra ve açıkça bir hukuk seçilmediği hallerde, haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkelerde bulunması durumunda, zarar yeri hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Zarar yeri ile kastedilen haksız fiil sonucunun ortaya çıktığı yerdir. Haksız fiile bağlı doğrudan sonuçların yanı sıra dolaylı sonuçların hatta yansıma yoluyla görülen zararların da mevcut olabildiği göz önünde bulundurulduğunda, hangi sonucun ortaya çıktığı yerin zarar yeri olarak kabul edilmesi gerektiği sorusu ile karşılaşılır.

Konuya ilişkin farklı yaklaşımlar olmakla birlikte, gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukuk örneklerinde, zarar yerinin belirlenmesinde doğrudan zararın ortaya çıktığı yerin esas alınması gerektiği çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu husus, gerek maddi gerekse manevi tazminat taleplerine uygulanacak hukuk bakımından geçerlidir. Ayrıca, bu taleplerden doğan davalarda yetkili mahkemenin belirlenmesinde kullanılan zarar yeri kriteri bakımından da aynı esas kabul edilmektedir.

Söz konusu yaklaşımın, yansıma yoluyla zararların tazmini taleplerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin tespiti bakımından da çoğunlukla benimsendiği görülmektedir. Yansıma yoluyla uğranılan zararlar dolayısıyla talep edilen tazminatların doğrudan doğruya zarar görenin şahsında doğan asli ve bağımsız haklar olarak ele alınması, bu tazminat taleplerine uygulanacak hukukun belirlenmesinde zarar yerinin doğrudan zarardan (doğrudan mağdurun ilk zararı) bağımsız olarak ele alınmasının gerekip gerekmediği sorusunu gündeme getirmektedir.

Haksız fiilden yansıma yoluyla zarar görenlerin taleplerine uygulanacak hukuk bakımından doğrudan zarar yerinin esas alınmasına ilişkin görüşlerin temelinde, haksız fiili mağduru ile haksız fiili işleyenin (zarar veren) menfaatlerinin dengelenmesi, zarar veren tarafından öngörülebilir bir hukukun uygulanması ve uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlenmesinin engellenmesi amaçları yer almaktadır.

Kanaatimizce, MÖHUK m. 34 hükmünde, örneğin MÖHUK m. 35 düzenlemesinden farklı olarak, zarar yeri hukukunun uygulanabilmesi için zararın bu ülkede meydana geleceğinin zarar veren tarafından öngörülebilmesi kriterine yer verilmemiş olması ve MÖHUK m. 34/3 gereği uyumsuzluğun zarar yerine nazaran başka bir ülke hukuku ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukukunun uygulanacak olması, uygulanacak hukukun zarar verence öngörülebilir bir hukuk olması zorunluluğunun bulunmadığını ortaya koymaktadır.

Diğer taraftan, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti ancak uyumsuzluğun konusu ve taraflarıyla en yakın ilişkili hukukun uygulanmasıyla sağlanacağından ve konularına bağlı olarak çeşitli menfaatlara hizmet eden kanunlar ihtilafı kuralları arasında haksız fiile ilişkin olanlarda, zarar görenin menfaatinin gözetilmesi gerektiği kabul edildiğinden, her ne kadar MÖHUK m. 34/3 uyarınca zarar yerine nazaran haksız fiille daha sıkı ilişkili bir hukukun varlığı halinde bu hukuk uygulanacak ise de, yansıma yoluyla zararların tazmini taleplerinde, doğrudan zarar yerinin esas alınarak uyumsuzlukla yakın bağlantılı olmayan bir hukukun zarar yeri olarak belirlenmesi, kanaatimizce yerinde bir yaklaşım değildir.

Ayrıca, milletlerarası usul hukukunda bir tenfiz engeli olan aşırı yetki halinin önüne geçilmek amacıyla davacıya bağlı yetki tesisinin (favor actoris) engellenmesi amacı¹³⁷, uygulanacak hukukun belirlenmesinde rol oynamamakta; haksız fiiller de dahil olmak üzere çeşitli bağlama kurallarında uygulanacak hukukun davacıya bağlı olarak belirlendiği örneklere rastlanmaktadır.

Sonuç olarak, bu açıklamalar ışığında, kanaatimizce, yansıma yoluyla zararın meydana geldiği yerin tespitinde, hukuken korunan menfaatin ihlalinin sonuçlarının nerede yaşandığının dikkate alınması; bu bağlamda, somut uyumsuzlukta talebin ne olduğu ve talep sahibinin kim olduğu göz önünde bulundurularak zarar yerinin belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, yansıma yoluyla zararların tazmini taleplerine uyumsuzlukla en yakın bağlantılı hukukun uygulanması, ancak "doğrudan zarar" yerine "ihlal edilen hukuki menfaatin" zarar yerinin belirlenmesinde esas alınması ile mümkün olacaktır.

137 Bu amacın Türk hukuku açısından varlığı tartışılabilir. Zira Türk hukukunda, HMK m. 16 uyarınca, haksız fiilden doğan taleplerde zarar görenin yerleşim yeri mahkemeleri yetkili kılınmıştır.

KAYNAKLAR

- Akıncı, Ziya, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 1. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.
- Audit, Bernard; d'Avout, Louis, *Droit International Privé*, Septième Edition Refondu, ECONOMICA, 2013.
- Bach, Ivo, *Rome II Regulation Pocket Commentary*, Edited by Peter Huber, 2011.
- Baysal, Başak, *Haksız Fil Hukuku BK m. 49-76*, On iki Levha, İstanbul, 2019.
- Bonomi, Andrea, *Commentaire Romand Loi Sur le Droit International Privé*, Edité par Andreas Bucher, Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Cheshire; North; Fawcett, *Private International Law*, 15th Edition, Oxford, 2017.
- Çakırca, Seda İrem, *Türk Sorumluluk Hukukunda Yansımaya Zararı*, Vedat, İstanbul, 2012.
- Çavuş, Özgür Hakan, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı Kapsamında Çocuğun Durumu", *Sosyal Güvenlik Dergisi*, Yıl: 2020, Cilt: 10, Sayı: 1.
- Çelikel, Aysel; Erdem, Bahadır, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 16. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- Dardağan, Esra, *Milletlerarası Usul Hukukunda Aşkın Yetki Kavramı*, Ankara, 2005.
- Dickinson, Andrew, *The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, 2008.
- Doğan, Vahit, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Bası, Savaş, Ankara, 2020.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.
- Ergüne, Serkan, "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", *Sigorta Hukuku Sempozyumları*, Editörler: Samim Ünan-Emine Yazıcıoğlu, On İki Levha, İstanbul, 2018.
- Gaudemet-Tallon, Helene, *Compétence et Exécution des Jugements en Europe*, 4e Edition, LGDJ, 2010.
- Giray, Faruk Kerem, "Milletlerarası Özel Hukuk Hakkaniyetinin 5718 Sayılı MÖHUK Kapsamında Değerlendirilmesi", *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Özel Sayı Prof. Dr. Erhan Adal'a Armağan, Yıl: 2012, Cilt: 9, Sayı: 1.
- Gökyayla, K. Emre, *Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, Seçkin, Ankara, 2004.
- Güngör, Gülin, *Türk Milletlerarası Özel Hukuku*, Yetkin, Ankara, 2021.
- Hatemi, Hüseyin, *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Filiz, İstanbul, 1998.
- Hohloch, Gerard, "The Rome II Regulation: An Overview-Place of Injury, Habitual Residence, Closer Connection and Substantive Scope: The Basic Principles", *Yearbook of Private International Law*, Volume 9 (2007).
- Huysal, Burak, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler Işığında Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Konusunda Bazı Tespitler", *MHB*, Yıl: 2012, Cilt: 32, Sayı: 1.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Turhan, Ankara, 2011 (Kısaltma: Borçlar Genel).
- Kılıçoğlu, Kumru, *Yansımaya Yoluyula Zarar*, Turhan, Ankara, 2012.
- Koçyiğit, Pınar, "Türk Hukukunda Yansımaya Zarar ve Yansımaya Zararın Tazmin Edilebilirliği", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2016.

- Loquin, Eric, "La Règle de Conflit Générale En Matière de Delit dans le Règlement du 11 Juillet 2007 (Rome II)", *Le Règlement Communautaire Rome II Sur la Loi Appliquable Aux Obligations Non-Contractuelles* (Sous la direction de Sabine Courneloup et Natalie Joubert, Année 2008, Volume 31, Litec).
- Mankowski, Peter, *European Commentaries on Private International Law-Brussels I Regulation*, 2nd Revised Edition, SELP, 2012, Edited by Ulrich Magnus-Peter Mankowski.
- Mayer, Pierre; Heuze, Vincent, *Droit International Privé*, 11e Edition, LGDJ, 2014.
- Nomer, Haluk Nami, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi*, Beta, İstanbul, 1996 (Kısaltma: Maddi Tazminatın Belirlenmesi).
- Nomer, Ergin, *Devletler Hususi Hukuku*, 22. Bası, Beta, İstanbul, 2017.
- Oğuzman, M. Kemal; Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, Vedat, İstanbul, 2018.
- Othenin- Girard, Simon, "Règlement Rome II et LDIP: Quelques Points De Convergence et de Divergence", *RSJ* 105/2009.
- Özel, Çağlar, "Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderilmesine İlişkin Bazı Düşünceler", *AÜHFD*, Cilt 50, Sayı 4, 2001.
- Özel, Sibel, Haksız Fiillere İlişkin Davalarda Türk Mahkemelerinin Yetkisini Belirleyen HMK m. 16 Kuralının Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hukuk Dergisi*, Yıl: 2012, Cilt: 8, Sayı: 91-92 (Kısaltma: HMK m. 16).
- Özel, Sibel, "Milletlerarası Özel Hukukta İmalatçının Sorumluluğu", *Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan Cilt I*, Beta, İstanbul, 2001 (Kısaltma: İmalatçının Sorumluluğu).
- Özel, Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Seçkin, Ankara, 2004 (Kısaltma: Kişilik Hakkı).
- Öztekin Gelgel, Günseli, *Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Birliği Düzenlemesi*, Beta, İstanbul, 2006.
- Sarıöz, İpek, "HMK'nın 16. Maddesi Uyarınca Haksız Fiillerden Doğan Uyuşmazlıklarda Yetkili Mahkemenin Tespiti ve Hükümün Türk Milletlerarası Usul Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 2012/1.
- Schlosser, Peter, "Product Liability, *Transnational Tort Litigation Jurisdictional Principles* edited by Campell Mc Lachlan and Peter Nygh, Oxford, 1996.
- Süzen, Begüm, *Tanıma ve Tenfiz Davalarında Kararı Veren Mahkemenin Yetkisinin Denetimi*, On İki Levha, İstanbul, 2016.
- Şanlı, Cemal; Esen, Emre; Ataman-Figanmeşe, İnci, *Milletlerarası Özel Hukuk*, 8. Bası, Beta, İstanbul, 2020.
- Tandoğan, Haluk, *Mukayeseli Hukuk Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963 (Kısaltma: Üçüncü Şahsın Zararı).
- Tandoğan, Haluk, *Türk Mesuliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, Vedar, İstanbul, 2010 (Kısaltma: Mesuliyet Hukuku).
- Tarman, Zeynep Derya, Akit Dışı Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Avrupa Topuluğu Tüzüğü (Roma II), *AÜHFD*, Yıl: 2008, Cilt: 57, Sayı: 2.
- Tekinalp, Gülören; Uyanık, Ayfer, *Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları*, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2020.

- Turhan, Turgut, *Haksız Fiilden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında İka yeri Kuralı*, Dayınlarlı, Ankara, 1989.
- Ulusu Karataş, Ayşe Elif, "Kişilik Haklarının Medya ve İnternet Yoluyla İhlalinde Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisinin AB Yetki Kuralları Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Kişilik Haklarına İlişkin Güncel Sorunlar*, Editörler: Sanem Aksoy Dursun / Arzu Genç Arıdemir, On İki Levha, İstanbul, 2020.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Basım, Yetkin, Ankara, 2014.
- von Hein, Jan, Article 4 and Traffic Accidents, *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations- A New International Litigation Regime*, Edited by John Ahern&William Binchy, Martinus Nijhoff, 2009 (Kısaltma: Article 4).
- von Hein, Jan, *Rome Regulations-Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws*, Edited by Graf-Peter Callies, Wolters Kluwer, 2011.
- Yılmaz, Gizem, "Türk Milletlerarası Özel Hukuku ve Roma II Tüzüğü Kapsamında Haksız Fiilden Doğan Akit Dışı Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Mukayeseli Olarak İncelenmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Yıl: 2016, Cilt: 22, Sayı: 3.
- Yurtman, Hazalcan, "Fransız Hukukunda Yansima Zararların Tazmini", *Sorumluluk Hukuku Seminerler 2016*, Editör: Başak Baysal, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Uygulamadan Örneklerle Konkordato Kayyımı*

Concordat Trustee referenced with Examples from Legal Practice

Mustafa Okan YAĞCI**

Öz

Hakim, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak amacıyla bir görevli tayin edebilir. Bu hususa ilişkin bir düzenleme 2003 yılından beri İcra ve İflas Kanunu'nda yer almaktadır. Ancak, iflasın ertelenmesi müessesesinin, 2018 yılında yürürlükten kaldırılana kadar, uygulamada konkordatonun önüne geçmesi sebebiyle konkordato kayyımı konusundaki özelliklerin izlenmesi ancak mümkün olabilmektedir. Bu çalışmada, İcra ve İflas Kanunu m. 306/2 uyarınca atanan konkordato kayyımına ilişkin meseleler ilmi içtihatlar ve uygulama örnekleri kapsamında ele alınmıştır. Uygulama örnekleri değerlendirilirken Basın İlan Kurumu'nun resmi ilan portalında 15 Mart 2021 tarihine kadar yayımlanan bütün (toplam 338 adet) konkordatonun tasdiki ilanları incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, konkordatonun tasdiki, konkordatonun tasdiki ilanı, konkordatonun icrası, konkordato kayyımı.

ABSTRACT

The judge may appoint a person for the purpose of ensuring enforcement of concordat approved by the court. A provision regarding this matter has existed in the Civil Execution and Bankruptcy Code since 2003. However, due to the reason that the legal institution of postponement of bankruptcy prevailed concordat in legal practice until its abolishment in 2018, it is just possible to follow-up specific legal matters in respect of the concordat trustee. In this study, the issues regarding the concordat trustee appointed according to article 306/2 of the Civil Execution and Bankruptcy Code are discussed within the scope of scholarly opinions and examples from legal practice. While assessing the examples, all public announcements regarding approval of concordat (totally 338 in number) published in the official portal of the Turkish Press and Announcement Authority until the date of 15 March 2021 were scrutinized.

Keywords: Concordat, approval of concordat, public announcement of approval of concordat, enforcement of concordat, concordat trustee.

* Makale gönderim tarihi: 10.04.2021 Makale kabul tarihi: 04.05.2021 Mustafa Okan YAĞCI, "Uygulamadan Örneklerle Konkordato Kayyımı", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, 2021, s. 329-355; <https://doi.org/10.46547/imuhfd.2021.08.1.10>

** Dr. Öğr. Üyesi, Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı, moyagci@pirireis.edu.tr, <http://orcid.org/0000-0001-5859-3775>

Giriş

Konkordatonun tasdiki kararı ile birlikte konkordato komiserinin görevi sona erer. Tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesi için ise hakim, gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve konkordato projesi uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda tasdik kararını veren mahkemeye iki ayda bir rapor verir (7101 sayılı Kanun¹ ile yeniden düzenlenen İİK² m. 306/2).

Belirtmek gerekir ki bu hükmün oldukça benzeri 2003 yılından beri İİK'da mevcut idi (4949 sayılı Kanun³ m. 82 ile yeniden düzenlenen İİK m. 303/3). Ancak, iflasın ertelenmesi müessesesinin, 2018 yılında yürürlükten kaldırılana kadar, uygulamada konkordatonun önüne geçtiği dikkate alındığında, tasdik edilen konkordatoda kayyım tayini ve sonrası hakkındaki özelliklerin izlenmesi ve incelenmesi ancak mümkün olabilmektedir.

Bu çalışmada, İİK m. 306/2 uyarınca tasdik edilen adi konkordatonun icrasında kayyım konusu ilmi içtihatlar ve uygulama örnekleri kapsamında ele alınmıştır. Uygulama örneklerinin tespitinde Basın İlan Kurumu'nun resmi ilan portalında (www.ilan.gov.tr) 15.03.2021 tarihine kadar yayımlanan ve erişime açık bütün konkordatonun tasdiki ilanlarının incelenmesi yöntemi benimsenmiştir. Bu kapsamda toplam 338 ilan metnine ulaşılmış olup, açıklanan konu kapsamında tekrar niteliği taşıyan bir kısım ilk derece mahkeme dosyasına / ilanına atf yapılmasından tasarruf edilmiştir.

Öte yandan belirtmek gerekir ki, her ne kadar ilgili portal sayfasında yer alan arama motorunda “aktif ilanlar”, “arşiv ilanlar” ve “tüm ilanlar” şeklindeki arama ölçütleri yayımlanan tüm ilanlara erişilebileceği düşüncesi yaratıyorsa da portalda yayımlanan ilan metinleri çok uzun süre erişime açık tutulmamaktadır. Başka bir anlatımla, bu makalede atf yapılan bazı ilk derece mahkemesi karar ilanlarına artık portal üzerinden erişim sağlamak mümkün olmayabilir.⁴ Bu sebeple ilk derece mahkemesi karar ilan metinlerine yönelik atf yapılırken, geçerliliği her an sona erebilecek portal ilan numaraları yerine, ilk derece mahkemesinin adı ve dosya esas numarası belirtilerek başka platformlar üzerinden de ilan metinlerine ulaşılmasına imkan sağlanmak istenmiştir.

1 7101 sayılı İcra ve İflas Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, RG 15.03.2018/30361.

2 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, RG 19.06.1932/2128.

3 4949 sayılı İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG 30.07.2003/25184.

4 Makale çalışmalarını sırasında erişilen bir ilana daha sonra erişim sağlanamaması ihtimaline karşı ilan metinlerinin ilgili kısımlarının elektronik ortamda araştırma yapmaya imkan verecek biçimde tarafıma arşivlendiği ayrıca ifade edilmelidir.

I. Kayyım Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde “kayyım” kelimesinin bulunmadığı ve sözcüğün “kayyum” şeklinde kaydedildiği görülmektedir⁵. Türk Hukuk Lûgati’nda ise “kayyım” kelimesine yer verilerek, bu kavramın teknik anlamları açıklanmaktadır⁶. Bu konuda başka sözlüklere müracaat edildiğinde ise “kayyım / kayyum” sözcüğünün, Arapça “durdu, ayağa kalktı” (*kāma*) fiilinin fi’âl vezninde masdarı olan⁷ “kayâm (*kiyām*)” kelimesinden türediği^{8, 9}; eski Türkçe’de “kayyım” veya “kayyum” şeklinde kullanımlarının bulunduğu¹⁰ ve hukuk terminolojisi bakımından “kayyım” ve “kayyum” kelimelerinin aynı anlamı ifade eden ve birbirleri yerine kullanılabilen terimler olarak kabul gördüğü^{11, 12} sonuçlarına varılabilir.

- 5 Türk Dil Kurumu sözlüğünde Arapça “*kayyim*” sözcüğünün karşılığı olarak “kayyum” kelimesine yer verilmektedir. Sözlükte bu kelimenin anlamının “1. esk. [eskimiş] Cami hademesi. 2. huk. [hukuk] Belli bir malın yönetilmesi veya belli bir işin yapılması için görevlendirilen kimse” olduğu belirtilmektedir. Bkz. Şükrü Haluk Akalın [ve başkaları], Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu, Ankara, 2011, s. 1370; <sozluk.gov.tr> adresinde yer alan Güncel Türkçe Sözlük’te ‘kayyim’ maddesi araması, Erişim Tarihi 06.02.2021.
- 6 Bkz. Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgati, Maarif Matbaası, Ankara, 1944, s. 194: “KAYYIM [alm. [almanca] Pfleger (Al. [Almanya]); Beistand (İs. [İsviçre]), Kurator (İs.). - fr. [Fransızca] curateur. - ing. [İngilizce] trustee, administrator, guardian, curator. - lât. [Lâtince] curator]. / 1 - Kanunla muayyen hallerde bir malı idare etmek veya bir işi görmek üzere tâyin olunan kimsedir ki; kanunî veya ihtiyarî olur (MK. [Medenî kanun] 353, 376 vd. 401-403, 421, 422). / 2 - (kayyim) (Es. H. [Eski Hukuk]) a) Vakfın mütevellisi demektir. Cemi “kuvvam”dır. Vakıf malın hıfız, cemi, tefriki kendisine bırakılan kimse mânasını da ifade eder. Bu takdirde mütevellinin maiyetinde bir memur demek olur. b) Mefkudun (gaibin) mallarını muhafaza, nâsın zimmeterinde bulunan hukukunu kabz ve mefkudun mallarında usulü dairesinde bazı tasarruf için yargıç tarafından tâyin edilen kimsedir.”
- 7 <nisanyansozluk.com> Erişim Tarihi 06.02.2021.
- 8 Pars Tuğlacı, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Cilt 5, 6. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 1982, s. 1469; Mustafa Nihat Özön, Büyük Osmanlıca - Türkçe Sözlük, 8. Basım, İnkılap, İstanbul, 1997, s. 427.
- 9 Belirtelim ki, aynı kelimeden türetilen “kayyüm” sözcüğü farklı bir anlam taşımaktadır. Bkz. Şemseddin Sami, Kâmus-ı Türkî [Hazırlayanlar: Raşit Gündoğan, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal], 2. Baskı, İdeal, İstanbul, 2014, s. 876: “*kayyim yerine ‘kayyüm’ telaffuz-ı âmiyânesi galat-ı fâhiştir*”.
- 10 Karş. Özön, s. 427; Ferit Develioğlu, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat [Yayına Hazırlayan: Aydın Sami Güneçal], 25. Baskı, Aydın Kitapevi, Ankara, 2008, s. 498.
- 11 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005, s. 664 (Sözlük).
- 12 Mesela, bir vesayet organı olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda (m. 396 vd.) “kayyım” terimi kullanılmıyorken, aynı müesseseyi ifade etmek üzere 65 Yaşını Doldurmuş Muhtaç, Gücsüz ve Kimsesiz Türk Vatandaşları ile Engelli ve Muhtaç Türk Vatandaşlarına Aylık Bağlanması Hakkında Yönetmelik’te (m. 9/3 ve 14/1) “kayyum” ifadesine yer verilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yürürlükteki kanun hükümlerinde “kayyum” şeklinde bir kullanıma tesadüf edilmezken, özellikle genel düzenleyici işlemlerde “kayyum” ifadesine sıklıkla rastlamak mümkündür. Örnek olarak bkz. Türkiye Cumhuriyeti Kimlik Kartı Yönetmeliği m. 8/5 (RG 03.12.2019/30967), Başarılı Sporculara Aylık Bağlanması ve Devlet Sporcusu Unvanı Verilmesi Hakkında Yönetmelik m. 9 (RG 28.05.2009/27241), Esnaf ve Küçük Sanat Sahipleri ile İş Sahipleri Arasında Hasıl Olan Anlaşmazlıkların Halline Dair İhtiyarî Tahkim Yönetmeliği m. 7/1/3 (RG 13.01.1966/12201), Pasaport Kanununun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 16/1/e (RG 14.08.2014/29088).

Günümüzde kayyım kavramının hukukta bir çerçeve kavram olarak kullanıldığı söylemek mümkündür. Bu hususu *Gümüş* şu şekilde açıklamaktadır:

“Kişilerin “sınırlı-özel durumlardaki” yardım ihtiyacını sağlamaya yönelik vesayeti önlem olarak “kayyım”, birbirinden çok farklı engel durumların bir sonucu ve çok farklı temsil ve koruma ihtiyaçlarını karşılayan bir müessese olarak, gerçekte parçalanmış görünümlü, “çok şekilli” bir kurumdur (*institution multiform*). (...) Bu tespitin ortaya koyduğu temel sonuç ise bir global kavram olarak “kayyım kavramının” sonuçları itibariyle her bir kayyım sebebi bazında ayrı bir yorumlamayı gerekli kılan bir “çerçeve kavram”dan başka bir şey olmadığıdır.”¹³

Yukarıda yer verilen tespitin isabetli olduğu düşüncesindeyim. Gerçekten de kayyım konusunda temel kanunlarda yer alan bazı düzenlemeler, mesela, TMK’da¹⁴ vesayet hukukuna ilişkin TMK m. 396, 403, 426-428, 430, 431, 458-460, 467/2, 468/1, 477/1-2, 486, 492/1-2¹⁵, çocuk (soybağı) hukukuna ilişkin TMK m. 291/2, 301/3, 329/2, 345, 361/1 ve 3, 362¹⁶, miras hukukuna ilişkin TMK m. 648¹⁷ ve eşya hukukuna ilişkin TMK m. 691/3, 810, 880¹⁸; TTK’da¹⁹ şirketler hukukuna ilişkin TTK m. 235/1, 412, 441/3 (ve ayrıca TMK m. 426-427)²⁰ ve HMK’da taraf ehliyetinin ölümle sona ermesine ilişkin HMK m. 55²¹ hükümleri incelendiğinde, bu hukuki müessesenin bir çerçeve, hatta deyim yerindeyse bir torba kavram olarak kullanıldığı, kayyım / kayyım nitelendirilmesi altındaki vazifelerin oldukça çeşitli görünümünün bulunduğu ve düzenlemeye tabi tutulan konudaki ihtiyaca cevap vermek üzere farklı özellikler taşıyan (ve bazı hallerde aynı terim ile ifade edilse de diğer kayyım / kayyım müesseselerinden neredeyse tamamen bağımsız) türlerinin ihdas edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.²²

13 Mustafa Alper Gümüş, *Türk Medeni Hukukunda Kayyım, Vedat*, İstanbul, 2006, s. 2-3.

14 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, RG 08.12.2001/24607.

15 Bilgi için bkz. Gümüş, s. 13 vd., 289 vd.

16 Gümüş, s. 143 vd.

17 Gümüş, s. 225 vd.

18 Gümüş, s. 259 vd.

19 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, RG 14.02.2011/27846.

20 Bu hükümlere ilişkin bilgi için bkz. Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019, s. 243-244, 393, 402, 406-407, 417, 441-442, 452, 457, 498-499, 541-543, 555, 560, 609-610, 644; Reha Poroy, Ünal Tekinalp, Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku II*, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2017, s. 439, 471-472, 491, 557, 574.

21 Bu hükme ilişkin bilgi için bkz. Ali Cem Budak, Varol Karaaslan, *Medeni Usul Hukuku*, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 99 vd.; Hakan Pekcanitez, Hülya Taş-Korkmaz, “§ 6 - Taraflar”, Ed. Hakan Pekcanitez, Muhammet Özkes, Mine Akkan, Hülya Taş-Korkmaz, *Medeni Usul Hukuku*, Cilt I, 15. Bası, XII Levha, İstanbul, 2017, s. 577 vd.

22 Gümüş, s. 3.

İİK m. 306/2’de yer alan konkordato kayımlığına ilişkin düzenlemenin de çerçeve kayyım / kayımlık kavramı içinde yer aldığını belirtmek gerekir. Ancak, her ne kadar bu hukuki müesseseyi de ifade etmek için kayyım terimi tercih edilmiş olsa da -aşağıda izah edilen hususlar da dikkate alındığında- konkordato kayyımının diğer kanunlarda düzenlenen kayyım kavramlarından bağımsız olarak ve kendi türüne özgü bir biçimde değerlendirilmesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Mesela, konkordato kayyımı TMK m. 426 vd. anlamında bir vesayet önlemi niteliğinde değildir. Bu sebeple, vesayet hukukunun kayyımına ve (TMK m. 403/3 ve m. 431/1 atfı ile) vasiye ilişkin hükümlerinin (en genel şekli ile, vesayet düzenine ilişkin TMK m. 396 vd., vesayetin yürütülmesine ilişkin TMK m. 438 vd. ve vesayetinin sona ermesine ilişkin TMK m. 470 vd.) konkordato kayyımı için uygulanması söz konusu değildir.²³ Bu sebeptendir ki, konkordato kayyımı konusu, aşağıda, İİK ve sınırlı olarak ilişki kurulabilen diğer bazı mevzuat hükümleri kapsamında incelemeye tabi tutulmaktadır.

II. Konkordato Kayyımı Hakkındaki İİK Hükümleri

4949 sayılı Kanun ile yapılan düzenlemeden önce tasdik edilen konkordatonun icrasının denetlenmesi konusunda İİK’da özel bir hüküm bulunmamakta idi.

Bu konu ile ilişkili olarak ilmi içtihatlarda;

- konkordatonun yerine getirilmesinin borçluya ait bir görev olarak kabul edildiği;²⁴

- konkordatonun tasdiki ile komiserin tüm fonksiyonlarının sona ereceği, borçlunun da bütün mameleki üzerinde tam tasarruf yetkisini yeniden kazanaacağı, bununla beraber bu çözüm tarzını tatmin edici bulmayan ve böylece “*de lege ferenda*” komisere konkordatonun icrasına nezaret etmek gibi bir görevin tanınmasını öneren müelliflerin bulunduğu;²⁵

- bu konudaki eksikliğin konkordato projesinde icraya ilişkin özel hükümler getirmek sureti ile aşılmasının mümkün olduğu; ancak hakimin özel bir tamamlama veya düzeltme yetkisi bulunmadığı için uygulamada sorunların

23 İflasın ertelenmesinde görevli kayyım (İİK mülga m. 179/a ve m. 179/b) ile vesayet önlemi olarak kayımlığı karşılaştıran *Gümüş*, kayyımın vesayet hukukunun dışında borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı ölçüde gözeten resmi bir devlet organı olarak nitelendirildiğini ve bu sebeple vesayet hukukunun kayyım için uygulanabilir hükümlerinin mülga İİK m. 179/a’ya göre atanan kayyımına uygulanmayacağını belirtmektedir: bkz. *Gümüş*, s. 127. İflasın ertelenmesinde görevli kayyım ile TMK m. 427/1/4 uyarınca gerekli organlardan yoksun kalmış ve yönetimi başka yoldan sağlanamayan tüzel kişiliğe atanan kayyım arasındaki mukayese / değerlendirme için bkz. *Gümüş*, s. 127-129.

24 Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Cilt IV, 3. Baskı, Alfa, İstanbul, 1997, s. 3791 (İcra-İflas C. IV).

25 Saim Üstündağ, *İflas Hukuku*, 8. Bası, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul, 2009, s. 257.

çıkabildiği, bu nedenle tasdik edilen konkordatodan sonra alacaklıların alacaklarını gerçekten ve gecikme olmaksızın alabilmelerinin her zaman garanti edilemediği²⁶ ve

- konkordatonun icrası için uygulamada konkordato komiserinin görevlendirildiğinin görüldüğü, komiserin ise bu görevi kabul etmeye mecbur olmadığı, görevin kabul edilmesi halinde komiserin bu görevi yerine getirmekle yükümlü olduğu ve kendisine bir ücret takdir edilmesi gerektiği, ancak bu halde komiserin resmi bir icra organı olarak kabul edilemeyeceği, alacaklıların vekili gibi hareket etmekte olduğu, faaliyetinin tamamen özel hukuk kuralları içinde değerlendirilmesi gerektiği ve komiserin konkordatonun icrası ile ilgili işlemleri aleyhine tetkik merciine şikayet yoluna gidilemeyeceği²⁷ ifade edilmiştir.

Öte yandan, komiserin bazen bizzat konkordatoyu tasdik eden makam tarafından borçlunun konkordato hükümleri gereği alacaklılara yapacağı ödemeyi kabule yetkili kıldığı, konkordatonun tasdiki ile komiserin görevi kanunen sona erdiği için bu tarzda bir yetkinin hukuki kıymetinin şüpheli olduğu, mahkeme kararı ile komisere böyle bir yetki tanınsa dahi komiserin konkordatoda yer alan ödeme şartlarını değiştirmeye ve borçluya yeni ödeme süreleri vermeye yetkili olmayacağı ayrıca vurgulanmıştır.²⁸

Nihayetinde konkordato hükümlerine ilişkin değişikliklerin önemli bir yer tuttuğu 4949 sayılı Kanun'un²⁹ 82. maddesi ile İİK m. 303³⁰ değiştirilmiştir. Yeniden kaleme alınan İİK m. 303'ün 3. fıkrası şu şekildedir:

“Konkordatonun tasdiki kararında alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtiği, borçlunun borçlarını nasıl ödeyeceği ve gerekirse sağlanacak teminatlar belirtilir. Kararda komiser veya uzman bir kişi tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebilir. Bu takdirde görevlendirilen kişi, borçlunun işletmesinin durumu ve borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme

26 Sema Taşpınar, “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu'nda Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, Cilt 22, Sayı 2, 2003, s. 86.

27 Kuru, İcra-İflas C. IV, s. 3686-3687.

28 Kuru, İcra-İflas C. IV, s. 3687; İlhan E. Postacıoğlu, Konkordato, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1965, s. 71.

29 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklere ilişkin bilgi için bkz. Hakan Pekcanitez, “4949 Sayılı Kanun'la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı 49, 2003, s. 137 vd.; Ejder Yılmaz, “Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, 2003, s. 14 vd. (Makale); Talih Uyar, “4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler”, TBB Dergisi, Sayı 49, 2003, s. 159 vd (Makale).

30 4949 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramadan önceki İİK m. 303 şu şekildedir: “Tasdik edilen konkordato, bütün alacaklar için mecburidir. Rehinli alacaklıların rehin kıymetine tekabül eden miktardaki alacakları ile Devletin âmmeye hukukundan doğan alacakları müstesnadır”.

kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor tevdi eder; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler”.

Yapılan bu yeni düzenleme ilmi içtihatlarda isabetli olarak değerlendirilmiştir. *Taşpınar*, bu değişikliğin geleneksel konkordato hukukuna yabancı olduğunu, konkordatonun tasdikiyle komiserin görevi sona erdiği için konkordatonun icrasının borçluya kaldığını³¹, bu hususa dair yargısal denetimin Amerikan yeniden yapılandırma hukukunun bir özelliği olduğunu³²; ancak önceki İİK düzenlemesinde konkordatonun icrası konusunda özel bir düzenlemenin olmadığını, bu eksikliğin ilgililerin icraya ilişkin özel hükümler getirmesi ile aşılabilmesi muhtemel görünmekle beraber hakimın özel bir tamamlama veya düzeltme yetkisi bulunmadığı için sorunların çıkabildiğini ifade ederek yapılan değişikliğin ihtiyaca uygun ve isabetli olduğunu belirtmiştir.³³ *Tanrıver* ise, yapılan değişiklikle komiserlerin konkordato hükümlerinin yerine getirilmesi aşamasında da tasdik incelemesini yapan yargı yerince görevlendirilmesinin mümkün kılındığını ve İİK m. 303/3 uyarınca komiserin tasdik kararı ile konkordato hükümlerinin yerine getirilmesinin gözetim veya yönetimi ile görev-

31 Taşpınar, s. 85; aynı yönde başka tespit için bkz. Talih Uyar, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK 170/a-370), Cilt 3, 3. Baskı, Bilge, Ankara, 2014, s. 4680 (İİK Şerh).

32 Amerikan hukukunda tasdik edilen [konkordato] proje[si] (*the plan*), borçlu ve proje icrası için kurulmuş firmalar tarafından yerine getirilmektedir. Tasdik sonrası dönemde mahkemenin denetimi ve bazı yetkileri devam etmekle birlikte, [sorumlu] komiserin (*the trustee*) ve / veya borçlunun mahkemeye rapor sunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususlarda bkz.

- 11 U.S.C. [United States Code / ABD Federal Kanunlar Külliyyatı] § 1142: “Projenin Uygulanması / (a) İflas mevzuatı dışında mali duruma ilişkin aksi yönde uygulanabilir bir hüküm bulunsa bile, borçlu ve projenin icrası amacı ile kurulmuş veya kurulacak herhangi bir kuruluşu projeyi icra edecektir ve mahkemenin tüm kararlarına uyacaktır. / (b) Mahkeme borçlu ve lüzum gördüğü herhangi bir başka tarafa tasdik edilmiş bir proje tarafından öngörülen bir malın devri için gerekli herhangi bir belgenin düzenlenmesi veya teslimi veya düzenleme veya teslimine katılması ve rehin tesis edilmesi de dahil olmak üzere planın tamamlanması için gerekli olan her türlü fiilin icrası için talimat verebilir.”

- Fed. R. Bankr. P. [Federal Rules of Bankruptcy Procedure / İflas Usulü Hakkında Federal Kurullar] 3020(d): “Saklı Tutulan Yetki: Tasdik kararı verilmiş olsa da mahkeme borçlunun malvarlığını yönetmek için lüzumlu gördüğü başka kararlar verebilir.”

- 11 U.S.C. [United States Code / ABD Federal Kanunlar Külliyyatı] § 1106(a)(7): “[Sorumlu] Komiser, planın tasdikinden sonra, lüzumlu olan veya mahkemenin istediği raporları sunacaktır;”

- 11 U.S.C. [United States Code / ABD Federal Kanunlar Külliyyatı] § 1107(a): “Bu kısım uyarınca bir davada görev yapan [sorumlu] komiserle ilişkin sınırlamalar ve mahkemenin belirlediği sınırlama ve koşullara tabi olmak üzere, [Kısım 11 uyarınca] yapılandırma / konkordato borçlusu [belirli istisnalarla] bu kısım uyarınca bir davada görev yapan [sorumlu] komiserin tüm iş ve görevlerini yerine getirecektir.”

[Çeviri Notu: Amerikan yeniden yapılandırma hukukunda yer alan kavramlar, Türk konkordato hukukunda kendilerine en yakın kavramlar kullanılarak tercüme edilmiştir. Bu sebeple, konkordatonun tasdikinden sonra da görevi devam eden ancak konkordato kayyımı olarak nitelendirilmesi isabetli olmayan komiser / kişi için “[sorumlu] komiser” ifadesi kullanılmıştır.]

33 Taşpınar, s. 85-86.

lendirilmesi mümkün olduğunu ifade ettikten sonra, konkordatonun ilke olarak borçlunun talebi ile başlayan ve yerine getirilmesi ile son bulan bir süreç niteliği arz ettiği dikkate alındığında bu sürecin bütünlüğünün korunması, kesintiye uğramaması için, komiserin taşıdığı resmi sıfatla yürüteceği görevlerin, sürecin bütününe yayılması yani konkordato hükümlerinin gerçekleştirilmesi aşamasını da kapsar hale getirilmesinin isabetli görülebileceği değerlendirilmesinde bulunmuştur.³⁴

4949 sayılı Kanun'un yapılan düzenlemeye ilişkin madde gerekçesinde ilgili değişikliğin sebebi hakkında bir açıklamaya yer verilmemektedir.³⁵ Doktrinde 7101 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme ve mülga hükümler mukayese edilerek teminat koşulunun dar kapsamlı olarak ele alınmış olması sebebiyle alacaklıların haklarını korumak için konkordatonun tasdikinden sonra kayyım tayin edilebileceği hususunun hükme bağlandığı ifade edilmektedir.³⁶ Burada belirtilen gerekçenin 4949 sayılı Kanun ile yapılan düzenleme açısından da kabul edilmesi mümkün görünmemektedir. Şöyle ki, 4949 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, konkordatonun tasdik şartlarına ilişkin İİK m. 298/1/3'te,

“konkordato hükmünün ifası ve kendilerine ihbar etmiş olan imtiyazlı alacaklıların bütün alacaklarının tesviyesi için kâfi teminat verilmiş olmak (Alacaklılar teminat verilmesinden açık bir beyan ile vazgeçebilirler).”

şeklinde bir teminat öngörülmüş iken, 4949 sayılı Kanun'un 77. maddesi ile değişik İİK m. 298/1/3'ün

“Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacaklıların tamamen ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi.”

hükmü ile bu teminat koşulu aynı derecede muhafaza edilmiştir.³⁷

34 Süha Tanrıver, “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı 51, 2004, s. 84 (Konkordato Makale).

35 Hükümet gerekçesinin ilgili kısmı şu şekildedir: “Ayrıca, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini denetlemekle görevlendirilen kişiye iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor tevdi etme yükümlülüğü getirilmiş ve söz konusu bu raporu alacaklıların incelemesi olanağı sağlanmıştır” (Gönen Eriş, Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Seçkin, Ankara, 2005, s. 1105).

36 Ali Cem Budak, Serdar Kale, “Madde 306”, Ed. Selçuk Öztekin, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 544 (Konkordato); Cenk Akil, Sorularla Adi Konkordato, Adalet, Ankara, 2019, s. 206 (Adi Konkordato).

37 4949 sayılı Kanun öncesi ve sonrasında teminat koşullarının içeriği konusunda bkz. ve karşı Süha Tanrıver, Adnan Deyneki, Konkordatonun Tasdiki, Yetkin, Ankara, 1996, s. 117 vd.; Baki Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013, 1492 vd. (El Kitabı).

Bu hususta teminat koşulunu -mülga hükümlere göre- oldukça daraltan ve 7101 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen İİK m. 305/1/d bendi

“206 nci maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesinin ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifasının, alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe yeterli teminata bağlanmış olması (302 nci maddenin altıncı fıkrası kıyasen uygulanır)”

hükmünü havi olup, bu hükme ilişkin hükümet gerekçesi şu şekildedir:

“Fıkranın (d) bendinde, tasdik şartı olan teminat yeniden düzenlenmiştir. Konkordatonun başarılı bir iyileştirme aracı olması önünde büyük bir engel olarak görülen ve doktrinde eleştirilen, “konkordato işlemlerinin yerine getirilmesi”ni sağlamak amacıyla teminat gösterilmesinden vazgeçilmektedir. Böylece, borçlunun büyük bir teminat yükü ile karşı karşıya kalmasının önlenmesi ve projenin daha kolay gerçekleşmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak teminat şartından bütünüyle vazgeçilmemekte; teminat, 206 nci maddenin birinci sırasındaki imtiyazlı alacaklıların alacaklarının tam olarak ödenmesi ve mühlet içinde komiserin izniyle akdedilmiş borçların ifası bakımından (alacaklı bundan açıkça vazgeçmedikçe) korunmaktadır. Öte yandan, çekişmeli veya geciktirici koşula bağlı yahut belirli olmayan bir vadeye tâbi alacaklıların oylamaya katılmaları halinde, bunların teminat gösterip göstermeyeceğine de mahkeme tarafından karar verilecektir. İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 306 nci maddesinin ikinci fıkrasında 2013 yılında aynı yönde değişiklik yapılmıştır”.

Bu açıklamalar karşısında yapılan düzenlemenin temel gerekçesinin tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesi hususunun sadece borçlunun eline bırakılmaması, tasdik sonrası dönemde yasal bir dayanağı bulunmayan komiser görevlendirmelerinin bir düzenlemeye kavuşturulması ve bu kapsamda konkordatonun icrasında alacaklıların ve borçlunun menfaatlerini eşit düzeyde gözetecek bir kişinin tayin edilmesine imkan tanınması olduğu sonucuna varılabilir.

Nihayet, 7101 sayılı Kanun ile İİK konkordato hükümleri kapsamlı bir değişikliğe tabi tutulmuş, 4949 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen İİK m. 303/3’ün karşılığı olarak İİK m. 306/2 sevk edilmiştir. Anılan fıkra hükmü şu şekildedir:

“Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir. Bu takdirde kayyım, borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler”.

4949 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen İİK m. 303/3 ile 7101 sayılı Kanun ile yeniden düzenlenen İİK m. 306/2 hükümleri karşılaştırıldığında tasdik edilen konkordatonun icrasını sağlamak konusunda esaslı bir değişikliğin bulunmadığı görülmektedir:

Eski İİK m. 303/3	İİK m. 306/2
(...) Kararda komiser veya uzman bir kişi tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebilir. Bu takdirde görevlendirilen kişi, borçlunun işletmesinin durumu ve borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor tevdi eder; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler.	Kararda, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir . Bu takdirde kayyım , borçlunun işletmesinin durumu ve proje uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda iki ayda bir tasdik kararını veren mahkemeye rapor verir ; alacaklılar bu raporu inceleyebilirler.

Söz konusu hükümler arasındaki tek temel fark, eski İİK m. 303/3'te "komiser veya uzman bir kişinin" konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevlendirilebileceği belirtilmişken, yeni İİK m. 306/2'de böyle bir ayrıntıya girilmeksizin ilgili kişi doğrudan "kayyım" olarak nitelendirilmektedir. Komiser ve kayyımın tamamen farklı görev ve fonksiyonlara sahip olduğu ve konkordatonun farklı aşamalarında görev yaptıkları dikkate alındığında, kanun koyucunun bu düzenleme şekli ile konkordatonun icrası prosedüründe görev almak üzere komiser dışında bir kişiyi işaret ettiği düşünülebilir. Ancak, ilmi ve kazai içtihatlarda konkordatoda komiserlik vazifesi üstlenmiş kişilerin de aynı konkordatonun icrasında görev alabileceği konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır.^{38, 39}

Doktrinde *Pekcanitez / Erdönmez*, kanun koyucunun tercih ettiği kayyım ifadesinin isabetli olmadığını ve bunun yerine "denetçi" denilmesinin daha uygun olacağını belirtmektedir.⁴⁰ Bu hususu eleştiren yazarlar konkordato süreci içinde komiserden söz edilirken birdenbire tasdikten sonra atanan kişi için kayyım denilmesinin anlaşılmasının mümkün olmadığı ve İsviçre hukukunda

38 Talih Uyar, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, TBB Yayınları, Ankara, 2019, s. 134 (Temel İlkeler); Orhan Eroğlu, Uygulamada Konkordato, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 219; Akil, Adi Konkordato, s. 206; Budak, Kale, Konkordato, s. 545.

39 Mesela bkz. Sakarya 4. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/473; Gebze Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/931; Sakarya 5. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/434; Elazığ 3. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/423.

40 Hakan Pekcanitez, Güray Erdönmez, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat, İstanbul, 2018, s. 142.

daha önce komiser olarak görev yapmış olanların veya üçüncü bir kişinin konkordato anlaşmasının yerine getirilmesinin güvence altına alınması, icrası ve tasfiye yetkisinin verilmesi için atanabileceğinden söz edildiği gerekçelerine dayanmaktadır.⁴¹ *Budak / Kale* ise kanun koyucunun İİK m. 306/2 gereğince tasdikten sonra tayin edilebilecek görevliyi bilinçli olarak kayyım şeklinde isimlendirdiğini, zira komiserin görev ve fonksiyonları ile kayyımın görev ve fonksiyonlarının birbirinden tamamen farklı olduğunu, komiserin konkordatonun tasdikine kadar olan aşamada faaliyet gösterdiğini, kayyımın ise konkordatonun tasdiki ile birlikte göreve başladığını belirtmektedir.⁴² Kanaatimce, konkordato komiserinden farklı bir görevliyi ifade etmek amacıyla kanun koyucunun kayyım terimini kullanmasında hukuken bir isabetsizlik bulunmamaktadır. Ancak, genel olarak birbirlerine benzemeyen ve bağımsız nitelikteki farklı müesseseleri içinde barındıran çerçeve / torba kavram niteliğindeki “kayyımlığın” kapsamına yeni bir kavramın daha eklenmesinin pratik açıdan uygun olmadığı belirtilmelidir. Bu noktada, asıl görevi konkordato projesinin icrasını sağlamak amacıyla tedbir almak ve mahkemeye rapor sunmak (İİK m. 306/2) olan bir kişiye “denetçi” denilmesinden de ziyade, İsviçre doktrininde kullanılan nitelendirmeden de (*Vollzieher*⁴³) istifade ederek “konkordato icra görevlisi” şeklinde bir isimlendirmenin daha uygun olacağı görüşümdedir.

III. İİK m. 306/2 Uyarınca Tasdik Edilen Konkordatonun İcrasında Kayyım

A. Kayyımın Atanması

İİK m. 302/8 gereği komiser, alacaklılar toplantısı icra edilip iltihak süresi (İİK m. 302/7) tamamlandıktan sonra en geç yedi gün içinde konkordatoya ilişkin bütün belgeleri, konkordato projesinin kabul edilip edilmediğine ve tasdikinin uygun olup olmadığına dair gerekçeli raporunu mahkemeye tevdi eder. Komiserin tevdi ettiği belgeleri alan mahkeme konkordato hakkında karar vermek üzere yargılamaya başlayacaktır (İİK m. 304).

Mahkemenin konkordatoyu tasdik kararı ile birlikte komiserin görevi sona erer.⁴⁴ Bu aşamadan sonra hakim, konkordatonun tasdiki kararında, diğer hususların yanında, tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak

41 Pekcanitez, Erdönmez, s. 142.

42 Budak, Kale, Konkordato, s. 544. Aynı yönde bkz. Akil, Adi Konkordato, s. 206.

43 Daniel Hunkeler, Georg J. Wohl, “Art. 314”, Ed. Jolanta Kren-Kostkiewicz / Dominik Vock, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Baskı, Schult-hess Kommentar, 2017, s. 1850, kenar no. 22 (Swisslex, Erişim Tarihi 15.03.2021).

44 Konkordato komiserinin tüm görevlerinin tasdik kararının kesinleşmesi ile sona ereceği hakkındaki görüş için bkz. Sümer Altay, Ali Eskioçak, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 2019, s. 394.

için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli bir kayyım tayin edilebilir (İİK m. 306/2).⁴⁵

Konkordatonun tasdik yargılamasından / kararından önce komiserin konkordatoya ilişkin elindeki bütün belgeleri mahkemeye tevdi ettiği, İİK m. 308/c/1 hükmü uyarınca konkordatonun kural olarak sonuçlarını tasdik kararının verildiği anda doğuracağı, tasdik kararı ile birlikte komiserin görevinin sona ereceği konusunda tereddüdün olmadığı ve hakim tasdik kararı ile kayyım tayin edebileceği dikkate alındığında, kayyımın göreve başlaması / atanması için mahkemenin gerekçeli kararının beklenmesine lüzum olmadığı, kısa kararın açıklanmasının yeterli olacağı görüşümdedir (HMK m. 382/2/f/7, HMK m. 385/1, HMK m. 321/2).

Bu değerlendirmeyi destekleyecek biçimde ilk derece mahkemelerinin -İİK m. 165/1 gereği iflasın açılma anının hükümde tarih, saat ve dakika olarak gösterilmesine benzer şekilde- uygulamada konkordatonun tasdik edildiği ve / veya komiserin görevine son verildiği ana (tarih, saat ve dakika olarak) tasdik kararlarında yer verdiği⁴⁶ ve hatta bazı kararlarda kararın verildiği an ile uyumlu olarak kayyımın göreve başlama anının tarih, saat ve dakika olarak belirtildiği anlaşılmaktadır.⁴⁷

Öte yandan, kayyımın sadece tasdik kararı kesinleşinceye kadar atanması⁴⁸ veya tasdik kararının kesinleşmesinden sonra kayyımın göreve başlaması⁴⁹ gibi farklı uygulamaların olduğu ilan edilen bazı tasdik kararlarından görülmektedir.⁵⁰

İİK m. 306/2 uyarınca kayyım görevlendirilmesi bakımından hakim takdir yetkisi bulunmakta olup, buna gerek olup olmadığına hakim re'sen karar

45 Tasdik kararında hükme bağlanacak hususlar hakkında bkz. Budak, Kale, Konkordato, s. 543; Serhat Sarısözen, Konkordato, Yetkin, Ankara, 2020, s. 391.

46 Mesela bkz. Kilis 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/2, Çorlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/495, İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/609, Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/878, Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 208/690, Diyarbakır 9. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/226.

47 Mesela bkz. İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1005, İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/986; Maçka Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/313.

48 Mesela bkz. Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1040; Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/928; Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1066.

49 Kütahya 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/327; Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/862 - bu karar hatta kayyımın göreve başlama tarihi açısından bir belirsizliği de içinde barındırmaktadır: “Kararın kesinleşmesinden sonra göreve başlamak üzere İİK 306/2 maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli olarak (...)’ın tasdik karar tarihi itibarı ile göreve başlamak üzere kayyım olarak görevlendirilmesine”.

50 Konkordatonun kesinleştikten sonra yürürlüğe gireceği konusunda bir anlaşma var ise komiserin görevinin konkordatonun kesinleşmesine kadar devam edeceği hususunda bkz. Sarısözen, s. 390; Ali Cem Budak, Serdar Kale, Konkordato Komiserinin Kontrol Listesi, Adalet, Ankara, 2019, s. 25-26 (Kontrol Listesi).

verir.⁵¹ Başka bir anlatımla, kayyımın görevlendirilmesi konusunda alacaklı ya da borçlunun talepte bulunmasına gerek olmadığı gibi hakimin lüzum görmesi (borçlunun kabul edilen konkordato şartlarını [gereği gibi] yerine getirmesinde şüpheye düşülmesi⁵²) halinde kayyım atanmasına karar verilebilir.⁵³ Hatta ilmi içtihatlarda, kararlaştırılan kurallara uygun biçimde konkordatonun icrası ve / veya konkordatonun ifasının güvence altına alınması kayyım atanmasını gerektiriyorsa hakimin böyle bir görevlendirme yapmak zorunda olduğu; bu durumun ise somut olayın hukuki ve ekonomik boyutları ile karmaşık ve zor olması hallerinde söz konusu olacağı ifade edilmiştir.⁵⁴

Konkordato sürecinde görev yapmış komiserin veya üçüncü bir kişinin kayyım olarak atanmasına engel bulunmamaktadır (ayrıca karş. eski İİK m. 303/3). Ancak üçüncü bir kişinin görevlendirilebilmesi için kayyımlık yapacağı konuda yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olması aranır (İİK m. 223/1 kıyasen).⁵⁵ Kanaatimce, oldukça genel bu kritere ilave olarak İİK m. 290/6 hükmü gereği konkordato komiserinin niteliklerini düzenleyen Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik⁵⁶ m. 4 hükmünün kayyım için kıyasen uygulanması, ancak buradaki (1) bendinde yer alan koşulun aranmaması isabetli olacaktır.⁵⁷

İsviçre doktrininde tüzel kişilerin de konkordato kayyımı olarak görevlendirilebileceği belirtilmektedir.⁵⁸ Aynı yönde bir değerlendirmeye 4949 sayılı Kanun değişikliği döneminde Türk ilmi içtihatlarında da tesadüf etmek mümkündür.⁵⁹ Fakat, kayyımın kamusal faaliyet yürüten kendine özgü bir icra-iflas organı olduğu, kayyımın hukuki durumunun tespitinde komisere ilişkin

51 Kayyım atanmasına yer olmadığına ilişkin ilk derece mahkemesi tasdik kararı ilan örnekleri için bkz. Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/811, Mersin 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/740, Yalvaç Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/120, Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/413, Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/339, Çanakkale 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/173, Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/61, Ankara 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/778, Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/819, Antalya 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/638.

52 Budak, Kale, Konkordato, s. 545.

53 Akil, Adi Konkordato, s. 206-207; Murat Atalı, İbrahim Ermenek, Ersin Erdoğan, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020, s. 686; Yunus Şengöz, Ahmet Ayaz, İcra ve İflas Hukukunda Konkordato ve Konkordato Komiserliği, Adalet, Ankara, 2020, s. 418; Sarısozen, s. 391.

54 Taşpınar, s. 87.

55 Karş. Yargıtay 19 HD, 6168/8384, 14.12.2001 (e-uyar, Erişim Tarihi 03.03.2021): “erteleme üzerine kayyım olarak atanacak kişinin re’sen bu işlerden anlayan kişiler arasından seçilmesi gerekirken, davacının gösterdiği kişinin atanması da kabul şekli itibarıyla isabetli görülmemiştir”.

56 Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik (RG. 30.01.2019/30671).

57 Atf yapılan İİK m. 223/1 ve 290/6 hükümleri hakkında açıklama için bkz. dipnot 74-76 civarı.

58 Hunkeler, Wohl, s. 1850, kenar no. 22.

59 Bkz. Taşpınar, s. 87.

hükümlerden istifade edileceği konusunda ilmi içtihatlarda bir tereddüdün bulunmadığı ve bu kapsamda sadece gerçek kişilerin komiser olarak tayin edilebileceği⁶⁰ dikkate alındığında tüzel kişilerin kayyım olarak atanamayacağı kanaatindeyim.

İİK m. 287/3 hükmünde yer alan komiser sayısındaki sınırlamadan farklı olarak kanun koyucunun kayyım konusunda bir sınırlamaya gitmediği ve görevlendirilecek kayyım sayısının hakimın takdirinde olduğu belirtilmelidir.⁶¹ Uygulamada genel olarak tek kişinin kayyım olarak atandığı görülmekle birlikte, iki veya üç kişiden müteşekkil kayyım heyetlerinin oluşturulduğunu müşahade etmek de mümkündür.⁶²

Bir çekişmesiz yargı işi olan konkordatoda (HMK m. 382/2/f/7) mahkeme, verilen karardaki bazı hususların sonradan haksız görülmesi veya kararın verilmesinden sonra meydana gelen değişiklikler sebebiyle verdiği tasdik kararında daha sonra değişiklik yapabilmelidir.⁶³ Bu sebeple tasdik kararında yer alan kayyım atamasına ilişkin konular da (mesela, kayyım atanmasına yer olup olmadığı, atanan kayyımın değiştirilmesi, kayyım sayısı, kayyımın yetki ve görevleri, kayyımlık ücreti) özellikle konkordato ilgililerinden birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yeniden değerlendirilebilir ve değiştirilebilir.⁶⁴

Bu imkanın yanında, kayyım atamasına ilişkin hususların tasdik kararına karşı yapılan kanun yolu başvurusunda [diğer istinaf sebepleri ile birlikte veya tek başına] ileri sürülmesinin önünde bir engel olmadığı kanısındayım. Ancak burada süreler bakımından bir ayırımın yapılması gerekir. Şöyle ki, İİK m. 308/a uyarınca konkordato hakkında verilen karara karşı borçlu veya konkordato talep eden alacaklı kararın tebliğinden; itiraz eden diğer alacaklılar ise tasdik kararının ilanından itibaren on gün içinde istinaf yoluna başvurabilmektedir. Bu hükmün kapsamı dışında kalan itiraz etmeyen alacaklılar ve

60 Ali Cem Budak, Müjgan Tunç-Yücel, "Madde 290" Ed. Selçuk Öztekin, Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 291.

61 Budak, Kale, Konkordato, s. 545.

62 Tek kişinin kayyım atanmasına ilişkin örnek olarak bkz. Denizli Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1626, Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/903, Kayseri 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/275; iki kişiden müteşekkil bir kayyım heyeti örneği olarak bkz. Kocaeli 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/253, Kocaeli 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/286; üç kişiden müteşekkil bir kayyım heyeti örneği olarak bkz. Gebze Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1059; Dikili 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/513; Akhisar 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/362.

63 Budak, Karaaslan, s. 360; Baki Kuru, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961, s. 188 vd. (Nizasız Kaza).

64 Mesela, daha önce atanan kayyımın sağlık sorunları nedeni ile kayyımlık görevine son verilmesi ve yeni kayyım atanması hakkında bkz. Söke 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/543; mevcut kayyımın talebi ile görevinin sonlandırılması ve yeni kayyım atanması hakkında bkz. Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2020/479.

hukuki yararı bulunan diğer ilgililerin ise HMK m. 387'ye göre kararın öğrenilmesinden itibaren iki hafta içinde istinafa gitmesi gerekmektedir.

Komiserin eş zamanlı olarak beşten fazlada dosyada görev yapamayacağına dair yasak (İİK m. 290/6; Konkordato Komiserliği ve Alacaklılar Kuruluna Dair Yönetmelik m. 5/4) kayyım için öngörülmemiştir. Bu konuda *Sarısözen* söz konusu sınırlamanın kayyım bakımından da geçerli olması gerektiğini;⁶⁵ *Budak / Kale* ise bu hususta bir düzenlemenin bulunmamasından bahisle kayyımın aynı anda görev yapabileceği azami bir dosya sayısının olmadığını belirtmektedir.⁶⁶ Kanaatimce, olması gereken hukuk bakımından birinci görüş kabul edilebilir görünse de, komiser ve kayyımın konkordatoadaki işlevlerinin aynı olmadığı, birbirleri ile doğrudan bağlantılarının bulunmadığı ve konkordatonun farklı aşamalarında görev yaptıkları dikkate alındığında mevcut düzenlemeler uyarınca ikinci görüşün daha isabetli olduğu ifade edilmelidir.

ABD hukukunda [sorumlu] komiserin konkordato / yapılandırma sürecinde ne kadar ücret alacağı açıkça düzenlenmektedir. Yapılan düzenleme ile borçlunun rapor edilen üç aylık masraf toplamı esas alınarak [sorumlu] komiserine üç aylık dönemlerde [borçlunun üç aylık masraf toplamı 15.000 Amerikan Doları'nın altında ise] 325 Amerikan Doları ila [borçlunun üç aylık masraf toplamı 1.000.000 Amerikan Doları'nın üzerinde ise] masraf toplamının %1'i veya 250.000 Amerikan Doları tutarlarından hangisi daha düşük ise bu oranda bir ücret ödenmesi öngörülmektedir [bkz. 28 U.S.C. (*ABD Federal Kanunlar Külliyyatı*) § 1930(a)(6)].⁶⁷ Tasdik edilen konkordato / yapılandırma projesinin icrası bakımından ise bu proje, borçlu ve proje icrası için kurulmuş firmalar tarafından yerine getirildiği için böyle bir tarife bulunmamaktadır. Türk hukukunda kayyım [ve komiser] atanmasına ilişkin ilk derece mahkemesi kararları incelendiğinde mahkemelerin ücret takdiri konusunda herhangi bir standart uygulayamadığı görülmektedir.⁶⁸ Gerek konkordato prosedüre başvuracak

65 Sarısözen, s. 392.

66 Budak, Kale, Konkordato, s. 545.

67 Belirtilen tarife 01.01.2018 - 31.03.2021 tarihleri arasında yürürlüktedir. 12.01.2021 tarihinde kabul edilen İflas Yönetimini İyileştirme Yasası 2020 (*The Bankruptcy Administration Improvement Act of 2020*, Pub. L. No. 116-325) ile güncellenen ve 01.04.2021 - 31.12.2025 tarihleri arasını kapsayan tarife için bkz. (<www.justice.gov/ust/chapter-11-quarterly-fees> Erişim Tarihi 29.01.2021).

68 Tasdik kararı ilanları incelendiğinde ücret konusunun tamamen mahkemelerin takdirinde olduğu görülmektedir. Bu kapsamda alacaklı sayısı, borçlu şirketin büyüklüğü, iş hacmi gibi kayyımın iş yükünü arttırabilecek hususların daha yüksek ücret takdir edilmesinde bir etken olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Ancak kanaatimce bu durum kayyım ücretinin takdirinde -asgari bir kayyım ücretinin belirlenmesi de dahil olmak üzere- bir standarda olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Örneğin, ücret takdiri konusundaki tüm etkenler bir kenara bırakılırsa, ilan metinlerinde sadece görevin yerine getirilmesinin yarattığı bireysel maliyetin daha yüksek olduğu büyük illerde aylık 800

borçluların yapacağı masraf kalemlerinden birini öngörebilmesi gerek bu prosedürde görev alan kişilerin emeklerinin karşılığının hakkaniyetli bir biçimde takdir edilebilmesi gerekse mahkemeler nezdinde yeknesak bir uygulamanın sağlanabilmesi için -iflas idareleri bakımından olduğu gibi⁶⁹- bu konuda da bir tarife hazırlanmasının isabetli olacağı görüşündeyim.

B. Kayyımın Hukuki Durumu

Kayyım, icra ve iflas hukuku bakımından kendine özgü bir niteliğe sahip⁷⁰ ve kamusal görev yürüten⁷¹ bir icra-iflas organıdır.⁷²

Doktrinde bir görüşe göre komiser (İİK m. 287 vd.) ve malvarlığının terki sureti ile konkordatodaki tasfiye memuruna (İİK m. 309/ç) ilişkin hükümler kayyım hakkında da kıyasen uygulanmalıdır.⁷³ Diğer bir görüş ise kayyımın atipik bir icra-iflas organı olması sebebi ile komiser ve iflas idaresinin hukuki niteliğine ilişkin hükümlerin kayyım için de kıyasen uygulanması gerekir.⁷⁴

Bu iki görüş birlikte değerlendirildiğinde, ilmi içtihatlarda komisere ilişkin hükümlerin kayyım hakkında kıyasen uygulanması konusunda bir tereddüdün bulunmadığı, ancak bu hükümler ile birlikte uygulanması öngörülen diğer hükümlerin ne olması gerektiği konusunda bir fikir birliğinin bulunmadığı görülmektedir. Kayyımın bir icra-iflas organı olması, 4949 sayılı Kanun'un [İİK m. 309/ç'ye ilişkin] 85. maddesinin hükümet gerekçesinde yer alan "[k]onkordato tasfiye memurlarının durumu, büyük ölçüde iflâs idaresinin durumuna benzemektedir" cümlesi ve ilmi içtihatlarda konkordato tasfiye memurunun hukuki niteliğini iflas idaresi temelinde açıklayan görüşler⁷⁵ dikkate alındığın-

- 1.000 Türk Lirası gibi tutarların da takdir edildiği görülebilirken (bkz. İstanbul 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1188, Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/773), daha küçük yerlerde aylık 6.000 - 8.000 Türk Lirası gibi tutarların (bkz. İnegöl 3. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/236, Dikili 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/513) takdir edildiğine tesadüf etmek mümkündür.

69 Bkz. İflas İdaresi Ücreti, Yazı ve Tebliğ Masrafı Tarifesi Hakkında Tebliğ (RG 31.12.2019/30995).

70 Pekcanitez, Erdönmez, s. 141.

71 Pekcanitez, Erdönmez, s. 141; Akil, *Adi Konkordato*, s. 207; Altay, *Eskiocak*, s. 394.

72 Budak, *Kale*, *Konkordato*, s. 545. Akil, *Adi Konkordato*, s. 207, dipnot 825'te kayyımın üstlendiği işlev itibari ile İsviçre doktrininde takibin atipik organı olarak nitelendirildiğini belirtmektedir. *Bilgen* ise kitabındaki "Kayyım Atanması (İİK. 306/II)" başlığı altında şu ifadelere yer vermektedir: "*Buradaki Kayyım, Medeni Kanunda düzenlenmiş olan vesayet organı olan temsil ve yönetim kayyımından farklıdır. Kayyım doktrinde: "borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı derecede gözeten hakim in gözetim ve denetimi altındaki resmi bir organ" olarak kabul edilmektedir*". [Mahmut Bilgen, *Konkordato İflas ve Yargılama Usulü*, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2020, s. 284].

73 Pekcanitez, Erdönmez, s. 141-142; Bilgen, s. 285; Sarısozen, s. 391-392.

74 Budak, *Kale*, *Konkordato*, s. 545.

75 İbrahim Ercan, *İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato*, Mimoza, Konya, 2008, s. 272; Müjgan Tunç-Yücel, Serdar Kale, "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Prosedür ve Yetkili Organlar", Ed. Rona Serozan, Nur Centel, M. Kamil Yıldırım [vd.], Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 1. Baskı, Alkim, İstanbul, 2007, s. 520; Cenk Akil, "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkor-

da iflas idaresine ilişkin hükümlerin (İİK m. 223, 226, 227) kıyasen uygulanmasının daha uygun olacağı fikrindeyim.

Bu kapsamda, kayyımın görevlendirilme şekli dikkate alınarak ve amacına uygun düşüğü müddetçe, aşağıdaki değerlendirmelerin yapılması mümkündür:

- Kayyım yaptığı işlemler ile kendisine yöneltilen talep ve beyanlar hakkında tutanak düzenler (İİK m. 227/1 ve İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 8/1 kıyasen).

- Kayyım tarafından verilen kararlar gerekçeli olarak tutanağa yazılır (İİK m. 227/1 ve İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 8/2 kıyasen).

- İlgililer kayyım tarafından düzenlenen tutanakları görebilir ve örneğini alabilir (İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 8/3 kıyasen).

- Kayyım yapılacak her türlü nakdi ödeme ve kayyım tarafından yapılacak her türlü nakdi ödeme banka aracılığı ile yapılır (İİK m. 227/1'in atfıyla İİK m. 9/1 ve 2 kıyasen).

- Kayyım tarafından alınan kıymetli evrak ve değerli şeyler kasada, zorunlu hâllerde kiralanacak banka kasalarında muhafaza edilir (İİK m. 227/1'in atfıyla İİK m. 9/3 kıyasen).

- Kayyım, kendisinin, eşinin, nişanlısının yahut kan ve kayın üst ve altsoyunun veya üçüncü derece dahil olmak üzere bu dereceye kadar olan kan ve kayın civar hısımlarının, kanuni temsilcisi veya vekili veya çalışanı bulunduğu bir kişinin menfaati olan işleri göremez. Bu durumda derhal görevi kendisine tevdi eden asliye ticaret mahkemesini -genel hükümden farklı olarak icra mahkemesini değil- husustan haberdar eder. (İİK m. 290/3 atfıyla İİK m. 10 kıyasen)

- Kayyım görevi kapsamındaki bir alacak veya satılmakta bulunan bir şey hakkında kiminle olursa olsun kendisi veya başkası hesabına sözleşme yapamaz. Bu yasağa aykırı yapılan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.⁷⁶ (İİK m. 227/1 ve İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 11 kıyasen)

- Kayyımın eylem ve işlemlerine karşı şikayet yoluna başvurulabilir (İİK m. 227/1 ve İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 16 kıyasen). Ancak, genel hükümlerden farklı olarak yapılacak şikayet tasdik kararını veren asliye ticaret mahkemesine yapılır.⁷⁷

datoda Konkordato Tasfiye Memuru", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 822 (MTS Konkordato); Kuru, İcra-İflas C. IV, s. 3883; Yılmaz, Makale, 38; Seyithan Deliduman, "Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78, Sayı 3, 2004, s. 1053.

76 Kuru, El Kitabı, s. 97.

77 Budak, Kale, Konkordato, s. 545; Pekcanitez, Erdönmez, s. 142; Sarısözen, s. 392; Bilgen, s. 284.

- Kayyım kusurundan ileri gelen zarardan sorumludur ve bu husustaki davalar adli mahkemelerde görülür. (İİK m. 227/4 kıyasen ve ayrıca İİK m. 290/3 atfı)

- TCK⁷⁸ m. 6/1/c uyarınca ceza kanunlarının uygulanmasında kamu görevlisi deyiminden; kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi anlaşılır.⁷⁹ Gerek kanundaki tanımdan anlaşıldığı gerekse madde gerekçesinde ifade edildiği⁸⁰ üzere bir kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. Kayyımın kamusal faaliyet yürüten kendine özgü bir icra-iflas organı olduğu hakkında yaptığımız açıklamalar da dikkate alındığında, kayyımın ceza kanununun uygulanması bakımından kamu görevlisi sayılması gerekir. (ayrıca bkz. ve karşı. İİK m. 227/5, İİK m. 290/3)

- Kayyım yaptığı işlemlerden dolayı her daire ve makam ile doğrudan doğruya yazışma yapabilir. (İİK m. 227/1 ve İİK m. 290/3'ün atfıyla İİK m. 359 kıyasen)

- Kayyım konkordato alacaklılarının talebi üzerine konkordatonun icrasının seyri ile müteakip işlemlerin plan ve takvimi hakkında bilgi vermekle yükümlüdür. (İİK m. 227/1 kıyasen)

- Kayyımın, sorumluluk hükümleri saklı kalmak kaydıyla, görevinden istifa etmesi mümkündür.⁸¹ (İİK m. 227/2 kıyasen)

C. Kayyımın Görevleri

Konkordato kayyımının görevlerinin neler olduğu İİK m. 306/2'da ifade edilmektedir. Bu hüküm uyarınca mahkeme, tasdik edilen konkordatonun yerine

78 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, RG 12.10.2004/25611.

79 TCK bakımından kamu görevlisi kavramı hakkında bilgi için bkz. Burcu Demren-Dönmez, "Türk Ceza Kanununda 'Kamu Görevlisi' Kavramı", TBB Dergisi, Sayı 94, 2011, s. 95 vd.; Hasan Tahsin Gökcan, "Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2015, s. 147 vd.

80 "(...) Yapılan yeni tanıma göre, kişinin kamu görevlisi sayılması için aranacak yegane ölçüt, gördüğü işin bir kamusal faaliyet olmasıdır. / Bilindiği üzere, kamusal faaliyet, Anayasa ve kanunlarda belirlenmiş olan usullere göre verilmiş olan bir siyasal kararlar, bir hizmetin kamu adına yürütülmesidir. Bu faaliyetin yürütülmesine katılan kişilerin maaş, ücret veya sair bir maddi karşılık alıp almamalarının, bu işi sürekli, süreli veya geçici olarak yapmalarının bir önemi bulunmamaktadır. Bu bakımdan, örneğin mesleklerinin icrası bağlamında avukat veya noterin kamu görevlisi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Keza kişi, bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetinin icrası kapsamında bir kamu görevlisidir. Askerlik görevi yapan kişiler de kamu görevlisidirler. Bu bakımdan örneğin bir suç vakasına müdahil olan, bir tutuklu veya hükümlünün naklini gerçekleştiren jandarma subay veya erleri de, kamu görevlisidirler. / Buna karşılık, kamusal bir faaliyetin yürütülmesinin ihaleye dayalı olarak özel hukuk kişilerin üstlenilmesi durumunda, bu kişilerin kamu görevlisi sayılmayacağı açıktır. (...)"

81 Örnek olarak bkz. dipnot 64'deki karar ilanı.

getirilmesini sağlamak amacıyla lüzumlu gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerinden tamamını veya birkaçını almak konusunda kayyım vazife verebilir.

Görüldüğü üzere tasdik edilen konkordatonun icrasını sağlamak bakımından kanun koyucu burada özel bir güvence öngörmektedir. Bu düzenlemeye göre kayyım, öncelikle, üzerinde anlaşılmış ve mahkeme tarafından tasdik edilmiş konkordatonun sorunsuz bir şekilde yerine getirilmesi için görevlendirildiği konular dahilinde gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu tedbirler ise “gözetim”, “yönetim” ve “tasfiye” tedbirlerinden ibarettir.

Söz konusu tedbirlere ilişkin açıklamada bulunmadan önce ifade etmek gerekir ki, konkordatonun tasdikinden sonra kayyımın asıl sorumluluğu “konkordatonun yerine getirilmesini sağlamaktır”. Kayyım tarafından alınacak bütün tedbirler ve yapılacak diğer bütün işler bu amaca hizmet etmektedir. Bu sebeple, her ne kadar kayyım tarafından alınabilecek tedbirlerin ismen zikredilmesi ile bu sınırlamaya gidildiği düşünülebilir olsa da konkordatonun icrası için elzem konularda kayyımın derhal harekete geçmek konusunda görev ve yetkisinin olduğuna şüphe duyulmamalıdır. Örneğin, konkordato projesi uyarınca ödeme yapılacak alacaklıların isim, unvan, hesap numaraları gibi bilgiler borçluda mevcut değilse -yukarıda anılan tedbir türlerinden biri kapsamında nitelendirilmesi mümkün olmasa da- kayyımın derhal gerekli tedbiri alması (mesela, ilan yaptırmak) gerekir.⁸²

Gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerden tam olarak ne anlaşılması gerektiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Sınırlı olmamak kaydıyla kanaatimce tedbirler bakımından şu değerlendirmelerde bulunmak mümkündür:⁸³

- Gözetim Tedbiri: Konkordatonun yerine getirilmesi sürecinde konkordato borçlusunun ticari faaliyetleri, işletmesinin durumu, mali gücü gibi konkordatonun icrasını etkileyebilecek tüm hususlar bakımından kayyımın borçluyu takip etmesini, faaliyetlerine nezaret etmesini, ‘denetlemesini’ ve tespit ettiği olumlu veya olumsuz bulguları (iki ayda bir mahkemeye sunulacak mutata rapor ile veya lüzumlu gördüğü her zaman) mahkemeye raporlamasını (karş. İİK m. 290/1/b, d, e, f; m. 297/1);

82 Mesela bkz. Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin verdiği tasdik kararları kapsamında kayyımın yayımladığı ilan: “KAYYIM: (...) / Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 26/06/2020 tarih ve 2018/758 sayılı kararın Konkordato Projesinin Onaylanması, İİK 305 ve 306 maddeleri tasdiki ile tasdik tarihinden başlamak üzere konkordatoya tabi borçların 36 eşit taksit halinde ödenmesi, Alacaklıların Firma Ünvan ve Banka Bilgilerinin İBAN numaralarını (...) adresine veya (...) Fax numarasına bildirmeleri rica olunur. (...) A. Ş. / (...) Ltd. Şti. / KAYYIM (...)”.

83 4949 Sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonrasında aynı hususa ilişkin değerlendirme için bkz. ve karş. Taşpınar, s. 87.

- Yönetim Tedbiri: Kayyımın konkordatonun icrası sürecinde konkordato borçlusunun işletmesinin yönetimine katılmasını, bazı işlemlerin geçerli olarak ancak kayyım izni ile yapılmasını veya konkordato borçlusu yerine kayyımın işletme faaliyetlerini devam ettirmesini (karş. İİK m. 297/1);

- Tasfiye Tedbiri: Borçlunun süreç dahilinde ve konkordato projesinin (ve İİK m. 308/h uyarınca rehinli alacaklılar anlaşmasının) icrası için elden çıkartmayı taahhüt ettiği malvarlığı değerlerinin, yine konkordato projesinde (ve rehinli alacaklılar anlaşmasında) öngörülen şekil ve kıymette tasfiyesinin kayyım tarafından temin edilmesini⁸⁴ ve bunun neticesinde elde edilen tutarların konkordato projesi (ve rehinli alacaklılar anlaşması) kapsamında kullanılmasının sağlanmasını (karş. İİK m. 223/2, m. 226/1, m. 227) içerir.

Bunun yanında, İİK m. 306/2 hükmünde söz konusu tedbirlerin yöneldiği amacın tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak olduğu açıkça belirtildiği için, kayyımın mahkemenin belirlediği görev sınırları içerisinde kalmak kaydıyla ve ifade edilen amaca hizmet etmek üzere hangi tedbirin ne şekilde uygulanması gerektiği konusunda bir takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmek gerekir. Kayyımın bu kapsamdaki karar ve faaliyetleri şikayet yolu ile mahkemenin denetimine tabi olacaktır.

Benzer şekilde, anılan tedbirlerin hangileri bakımından kayyımın görevli kılınacağı konusunda da mahkemenin takdir yetkisine sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu sebeple mahkemenin kayyıma hangi tedbirleri almak konusunda görev verdiğini tasdik kararında açıkça belirtmesi gerekir.⁸⁵ Bu husustaki yetkilerin daha sonra mahkeme tarafından artırılması (veya azaltılması) mümkündür.⁸⁶

İlmi içtihatlardaki bir görüşe göre, kayyımın -komiserden farklı olarak- borçlunun işlemlerine nezaret etme yetkisi bulunmamaktadır; bu bağlamda kayyımın görev ve yetkisi borçlunun tasdik edilen konkordato projesine uygun olarak

84 Mesela bkz. İstanbul Anadolu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1114: “Mahkememizce izin verilen ipotekli taşınmazların ya da rehinli menkullerin komiser denetim ve onayı ile satışına/devrine ilişkin işlemlerin henüz infaz edilmemiş olması halinde bu işlemlerin yeni atanan kayyım denetimi ve gözetiminde İNFAZINA”.

85 Pekcanitez, Erdönmez, s. 141.

86 Mesela bkz. İzmir 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1100: “Kayyımın Görev Kapsamının Genişletilmesine İlişkin / Davacı (...) ile Davalı HASIMSIZ arasında mahkememizde görülmekte olan Konkordatonun Tasdiki davası nedeniyle; Mahkememizin 22/09/2020 tarihli Ek Kararı uyarınca; Mahkememizin 17/07/2020 tarihli gerekçeli kararı ile konkordatosunun tasdikine karar verilen davacı borçlu; (...) Ticaret Sicil Müdürlüğü'nün (...) sicil numarasında kayıtlı, (...) mersis numaralı; (...)ne denetim kayyımı olarak atanan (...)’ın Görev Kapsamının Genişletilmesine, / Davacı (...)’nin, şirket yönetiminin günlük rutin işlemler dışında, şirketi iştiğal konusu dışında borç altına sokacak işlemler ile şirket mal varlığını eksiltecek işlemleri yapabilmesinin mahkememizce atanan Kayyım (...)’ın ONAYINA BAĞLI TUTULMASINA, / Karar verilmiş olup, / İİK 288/son maddesi yollaması ile İİK 288. Maddesi gereğince ilan olunur.”

hareket edip etmediği ve borçlunun ödeme gücünü muhafaza edip etmediği denetlemek ve bu durumu rapor etmekle sınırlıdır.⁸⁷ Yukarıda yapılan açıklamalar ve İİK m. 306/2'nin açık hükmü karşısında bu görüşe katılmıyorum.

Bir başka görüşte ise, kayyımın borçlunun tasarruf hakkını kullanmasında komiserin yetkilerine sahip olduğunun kabul edilemeyeceği, bu şekilde bir kayyım atamasının yapılamayacağı, kayyımın sadece borçluyu projenin gereklerini yerine getirip getirmediği konusunda denetleyebileceği ve bu hususta gözetim yapabileceği ifade edilmektedir.⁸⁸ Yine yukarıdaki açıklamalar uyarınca kayyımın esas görevinin konkordatonun yerine getirilmesini temin etmek olduğu, bunu ancak mahkeme tarafından kendisine verilen tedbir alma yetkilerini kullanarak yerine getirebileceği ve konkordatonun icrası sürecinde alacaklıların en temel güvencesinin kayyım olduğu dikkate alındığında bu görüşe de katılmıyorum.

Uygulamada kayyım ataması yapılırken

“İİK'nın 306/2 maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesinin sağlanması için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerine almakla görevli olarak (...)’nın kayyım olarak görevlendirilmesine”⁸⁹

şeklinde kanun hükmü ile paralellik arz eden ve oldukça genel nitelikli ifadelerin kullanıldığı tasdik kararı ilanlarından anlaşılmaktadır. Ancak, söz konusu tedbirlerin bir veya birkaçını ifade etmek suretiyle vazife alanını sınırlandıran kararların da mevcut olduğunu söylemek mümkündür. Mesela,

“İİK'nun 306/2 nci maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak ve gözetim tedbirlerini almak üzere (...)’nın kayyım olarak atanmasına”⁹⁰

“İİK 306/2. maddesi uyarınca konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim ve tasfiye tedbirlerini almak üzere (...)’nın kayyım olarak tayinine”⁹¹

şeklinde kaleme alınmış karar ilan metinleri ile uygulamada karşılaşılmaktadır.

87 Atalı, Ermenek, Erdoğan, s. 686.

88 Eroğlu, s. 219-220.

89 Mesela bkz. Kilis 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/2; Akdağmadeni Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/347; Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/738; Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/141; Turgutlu 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/252.

90 Mesela bkz. İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1044. Benzer ifade içeren başka karar ilanları için bkz. Bakırköy 2. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/65; İstanbul Anadolu 2. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1003.

91 Mesela bkz İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1125. Benzer ifade içeren başka karar ilanları için bkz. Kütahya 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/616; Tekirdağ 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/415; İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/147.

Bazı karar ilanlarında ise “denetim kayyımı”, “denetim tedbiri”, “yönetim kayyımı” ve “gözetim kayyımı” gibi kanunda yer almayan çeşitli ifadelere yer verildiği görülmektedir. Bu hususta aşağıdaki örnekler gösterilebilir:

“İİK'nun 306/2. maddesi gereğince tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli (denetim kayyımı) olarak (...)’nın tasdik karar tarihi itibari ile göreve başlamak üzere kayyım olarak görevlendirilmesine”⁹²,

“İİK.nun 306/2 maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli olarak (...)’nın tasdik karar tarihi itibari ile göreve başlamak üzere projeyi denetim kayyımı olarak görevlendirilmesine”⁹³,

“İİK 306/2 maddesi uyarınca konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerine almakla görevli kayyım tayinine (kayyım un yönetim kayyımı olarak değil denetim kayyımı olarak işlemlerini yapmasına,) kayyım olarak (...)’ın atanmasına”⁹⁴,

“Tasdik edilen konkordato proje teklifini yerine getirmek ve denetlemek üzere (...)’nın karar kesinleşinceye kadar kayyım olarak atanmasına”⁹⁵,

“(...)’nın İİK 306/2. maddesi gereğince tasdik edilen konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerini almak amacıyla davacı şirkete kayyım olarak atanmasına, (şirket yöneticiliğinin yönetime yetkisi devam etmekte kayyım konkordato sürecinin denetlemek üzere atanmıştır.)”⁹⁶,

“İİK.nun 306/2. maddesi gereğince konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim ve denetim tedbirlerini almak üzere (...)’nın kayyım olarak atanmasına”⁹⁷,

“İİK’nın 306/2 nci maddesi uyarınca tasdik edilen konkordatonun yerine

92 Ankara 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/719. Benzer ifade içeren başka karar ilanları için bkz. Yalova 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/94; Gebze Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/459; Karşıyaka Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/647.

93 İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1146. Aynı mahkemenin benzer nitelikte başka karar ilanları için bkz. İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1152; İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1083; İstanbul Anadolu 3. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2019/4.

94 Kırklareli 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/363.

95 Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/928. Aynı mahkemenin benzer ifade içeren başka karar ilanı için bkz. Eskişehir Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1066.

96 Bursa 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1301.

97 Denizli Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1584. Benzer ifade içeren başka karar ilanları için bkz. Iğdır 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/94; Acıpayam 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/485.

getirilmesini sağlamak için gerekli gözetim denetim ve tasfiye tedbirlerini almakla görevli (...)’nın tasdik kararından itibaren göreve başlamak üzere gözetim kayyımı olarak görevlendirilmesine”⁹⁸.

İflasın ertelenmesi müessesesinin uygulandığı dönemden kalma bir el alışkanlığı olduğu düşünülebilecek kayyım ile ilişkin bu nitelendirmelerin (“denetim kayyımı”; “yönetim kayyımı” ve ayrıca “gözetim kayyımı”) isabetli olmadığı burada belirtilmelidir. Daha açık bir ifade ile, İİK m. 306/2 hükmü, mülga İİK m. 179/a/1’den farklı olarak bazı pratik nitelendirmeler yapmaya müsait olmadığı gibi burada görevlendirilen kişi sadece “kayyım” sıfatını haiz olup kendisine kanunda belirlenen amaca ulaşmak üzere çeşitli tedbirleri (gözetim, yönetim ve tasfiye tedbirlerinin birini, birkaçını veya tamamını) almak bakımından yetki / görev verilmektedir.

İlaveten, kanunda yer almayan bir tedbir türü olarak “denetim tedbiri” ifadesinin de isabetli olmadığını söylemek gerekir. Kanaatimce, “denetim” kelimesinin ifade ettiği anlam karşısında hem bu anlamı kapsayan hem de daha geniş bir anlama sahip olan “gözetim” kelimesinin ve dolayısıyla “gözetim tedbiri” kavramının bu şekilde dar yorumlanmaya imkan verecek biçimde kullanılması kanuna aykırı olacaktır. Her ne kadar konkordatonun yerine getirilmesi için hangi tedbirlerin alınabileceği / alınması gerektiği konusunda mahkemenin bir takdir yetkisi bulursa da somut olayda ilgili tedbir türlerinin nasıl uygulanacağına karar vermek kayyımın yetkisi dahilindedir. Bu sebeple, kanunla kayyım verilmiş bir yetkinin kapsamının mahkeme kararı ile daraltılması da uygun olmayacaktır.

Mahkeme tarafından kayyım atanmasına karar verildiği takdirde, kayyım-konkordatonun yerine getirilmesini sağlamak için ilgili tedbirlerin alınmasının yanında- borçlunun işletmesinin durumu ve konkordato projesi uyarınca borçlarını ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda mahkemeye iki ayda bir rapor tevdi etmek durumundadır. Bu rapor alacaklılar tarafından da incelenebilecektir.

Uygulamada kayyım tarafından sunulacak raporun üç, dört ve hatta altı ayda bir mahkemeye sunulabileceği şeklinde karar ilanlarına rastlanmaktadır.⁹⁹ Mahkemelerin bu şekilde verdikleri kararların hukuka aykırı olduğu

98 Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/945; Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/783; Bakırköy 1. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/1290.

99 Üç ayda bir rapor sunulması hususunda bkz. Bartın 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/44; Osmaniye 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/327; Yalova 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/441; Çerkezköy 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/936; Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/718; Yalova 2. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2019/94. Dört ayda bir rapor sunulması hususunda bkz. Karabük 1. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/251. Altı ayda bir rapor

açıktır. Şöyle ki, kanun koyucunun iki ayda bir sunulması gerektiğini belirttiği bu rapor bakımından mahkemenin süre bakımından bir takdir yetkisi bulunmadığı gibi kanunda belirtilen asgari periyotlarla rapor sunulmasında alacaklıların menfaati bulunmaktadır. Konkordatonun icrası sürecinde alacaklıların borçlu hakkında tek resmi bilgi edinme imkanının mahkeme tarafından bu şekilde alacaklılar aleyhine değiştirilmesi doğru değildir.

Kayyımın görevleri ele alınırken, son olarak, uygulamada yapılan bir hataya dikkat çekmek uygun olacaktır. Şöyle ki İİK m. 308/h'ye göre özetle borçlu, konkordato ön projesinde belirtmiş olmak kaydıyla, kesin mühlet içerisinde rehinli alacaklılar ile ilgili teklifini müzakere edebilir; yapılan müzakere neticesinde bir anlaşma sağlanırsa söz konusu anlaşma konkordato projesinin kabul edilmesi ile birlikte hüküm ifade eder. Başka bir anlatım ile, konkordato tasdik kararına İİK m. 308/h/6 uyarınca kabul edilen rehinli alacaklılar anlaşması da dahil edilmişse, kayyımın aynı zamanda rehinli alacaklılar anlaşmasının yerine getirilmesi bakımından da görevli olduğu kabul edilmelidir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, İİK m. 308/h/7'nin açık hükmü gereği alacaklılar toplantısında borçlunun konkordato projesi kabul edilmemişse, rehinli alacaklılar ile yapılan anlaşma geçerli hale gelmeyecektir. Böyle bir durumda tasdik kararında konkordato projesinin tasdikinin reddine, rehinli alacaklılar anlaşmasının tasdikine ve rehinli alacaklılar anlaşması bakımından İİK m. 306/2 uyarınca kayyım atanmasına şeklinde bir karar verilmesi hatalı olarak nitelendirilmelidir.¹⁰⁰

Sonuç

Konkordatonun olumlu oy kullanmayan alacaklılar için de bağlayıcı olan cebri bir anlaşma olduğu düşünüldüğünde¹⁰¹, bu anlaşmanın yerine getirilmesini temin amacıyla iki farklı yöntemin benimsendiği söylenebilir. Bunlar, konkordatoya konu borçlar bakımından borçluya kapsamlı bir teminat gösterme yükümlülüğünün getirilmesi ve aynı konuda sınırlı bir teminat yükümlülüğü öngörmekle beraber çeşitli tedbirler alma yetkisine sahip bir kişinin (kayyımın) görevlendirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Borçlu ve alacaklılar arasındaki risk dağılımı açısından bu yöntemler değer-

sunulması hususunda bkz. Osmaniye 3. Asliye Hukuk Mahkemesi E. 2018/267.

100Bkz. Trabzon Asliye Ticaret Mahkemesi E. 2018/575.

101 Mehmet Kamil Yıldırım, Nevhis Deren-Yıldırım, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2015, s. 504; Enver Buruloğlu, Yuda Reyna, Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, İstanbul, 1968, s. 3; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar-Ayvaz, Emel Hanağası, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 565. Konkordatonun hukuki niteliği konusundaki görüş ve tartışmalar için bkz. Süha Tanrıver, Konkordato Komiseri, Yetkin, Ankara, 1993, s. 6-7 (Konkordato Komiseri).

lendirildiğinde ilk yöntemin alacaklıların lehine olduğu; ikinci yöntemin ise (konkordatonun feshi müessesesi de dikkate alındığında) borçlu ve alacaklılar arasında daha dengeli bir durum yarattığı görülecektir. İlaveten, nispeten daha pratik görünen ilk yöntem için ayrıntılı hukuki düzenlemelere ihtiyaç olmadığı düşünülebilir iken, ikinci yöntem açısından bunu söylemek pek mümkün değildir. Neticede konkordato anlaşmasının icrası sürecinin daha etkin ve adil bir biçimde yürütülmesi konkordato kayyımı hakkındaki düzenlemelerin durumu ile doğrudan bağlantılıdır ki, bu çalışma ile söz konusu düzenlemelerin gözden geçirilmesi gerektiği ve yeni düzenlemelere ihtiyaç olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu kapsamda, kimlere kayyım olarak vazife verilebileceği, kayyım olarak görevlendirilecek kişilerde asgari hangi niteliklerin bulunması / aranması gerektiği, bir dosyada en fazla kaç kişinin kayyım olarak atanabileceği, bir kişinin en fazla kaç dosyada kayyım olarak görev alabileceği, ilgililer tarafından öngörülebilir ve hakkaniyetli bir kayyım ücretinin ne olduğu, bu konuda bir tarife hazırlanmasına ihtiyaç olup olmadığı, kayyımın hukuki niteliğinin nasıl açıklanacağı, kayyımın hukuki niteliğine ilişkin olarak hangi hükümlerin uygulanmasının gerektiği veya yeni hükümlerin ihdasına gerek olup olmadığı, kayyım ile görevlendirilmenin ne şekilde kaleme alınmasının uygun olacağı, kayyımın görev / yetkilerinin kapsam ve sınırlarının ne olduğunun açıkça belirlenmesi önem arz ettiği ve rehinli alacaklılar ile yapılan anlaşma bakımından kayyımın durumunun ne olacağı şeklinde özetlenebilecek konular kanun koyucunun dikkatine sunulmalıdır.

KAYNAKLAR

- --- Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgati, Maarif Matbaası, Ankara, 1944.
- Akalın, Şükrü Haluk [ve başkaları], Türkçe Sözlük, 11. Baskı, Türk Dil Kurumu, Ankara, 2011.
- Akil, Cenk, “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Konkordato Tasfiye Memuru”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 819-858 (MTS Konkordato).
- Akil, Cenk, Sorularla Adi Konkordato, Adalet, Ankara, 2019 (Adi Konkordato).
- Altay, Sümer; Eskiocak, Ali, Konkordato ve Yeniden Yapılandırma Hukuku, 5. Bası, Yetkin, Ankara, 2019.
- Arslan, Ramazan; Yılmaz, Ejder; Taşpınar-Ayvaz, Sema; Hanağası, Emel, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.
- Atalı, Murat; Ermenek, İbrahim; Erdoğan, Ersin, İcra ve İflas Hukuku, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Bilgen, Mahmut, Konkordato İflas ve Yargılama Usulü, 3. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- Budak, Ali Cem; Kale, Serdar, Konkordato Komiserinin Kontrol Listesi, Adalet, Ankara, 2019 (Kontrol Listesi).
- Budak, Ali Cem; Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, 4. Baskı, Adalet, Ankara, 2020.
- Buruloğlu, Enver; Reyna, Yuda, Konkordato Hukuku ve Tatbikat, Yörük Matbaası, İstanbul, 1968.
- Deliduman, Seyithan, “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordato”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78, Sayı 3, 2004, s. 1032-1058.
- Demren-Dönmez, Burcu, “Türk Ceza Kanununda ‘Kamu Görevlisi’ Kavramı”, TBB Dergisi, Sayı 94, 2011, s. 95-130.
- Develioğlu, Ferit, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lûgat [Yayına Hazırlayan: Aydın Sami Güneýçal], 25. Baskı, Aydın Kitapevi, Ankara, 2008.
- Ercan, İbrahim, İcra ve İflas Hukukunda Mal Varlığının Terki Suretiyle Konkordato, Mimosza, Konya, 2008.
- Eriş, Gönen, Açıklamalı İcra ve İflas Kanunu, Seçkin, Ankara, 2005.
- Eroğlu, Orhan, Uygulamada Konkordato, 3. Baskı, Seçkin, Ankara, 2020.
- Gökcan, Hasan Tahsin, “Türk Ceza Kanunu Uygulamasında Kamu Görevlisi Kavramı”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, 2015, s. 147-160.
- Gümüş, Mustafa Alper, Türk Medeni Hukukunda Kayyımlik, Vedat, İstanbul, 2006.
- Kren-Kostkiewicz, Jolanta; Vock, Dominik (Ed.), Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, 4. Baskı, Schulthess Kommentar, 2017 (Swisslex, Erişim Tarihi 15.03.2021).
- Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2013 (El Kitabı).
- Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku, Cilt IV, 3. Baskı, Alfa, İstanbul, 1997 (İcra-İflas C. IV).
- Kuru, Baki, Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara, 1961 (Nizasız Kaza).
- Özön, Mustafa Nihat, Büyük Osmanlıca - Türkçe Sözlük, 8. Basım, İnkılap, İstanbul, 1997.
- Öztekin, Selçuk (Ed.), Yeni Konkordato Hukuku, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019 (Konkordato).

- Pekcanitez, Hakan, “4949 Sayılı Kanun’la, İcra Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı 49, 2003, s. 137-158.
- Pekcanitez, Hakan; Erdönmez, Güray, 7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato, Vedat, İstanbul, 2018.
- Pekcanitez, Hakan; Özkes, Muhammet; Akkan, Mine; Taş-Korkmaz, Hülya (Ed.), Medeni Usul Hukuku, Cilt I, 15. Bası, XII Levha, İstanbul, 2017.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Bası, Vedat, İstanbul, 2019.
- Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku II, 13. Bası, Vedat, İstanbul, 2017.
- Postacıoğlu, İlhan E., Konkordato, 2. Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul, 1965.
- Sarısozen, Serhat, Konkordato, Yetkin, Ankara, 2020.
- Şemseddin Sami, Kâmus-ı Türkî [Hazırlayanlar: Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal], 2. Baskı, İdeal, İstanbul, 2014.
- Şengöz, Yunus, Ahmet Ayaz, İcra ve İflas Hukukunda Konkordato ve Konkordato Komiserliği, Adalet, Ankara, 2020.
- Tanrıver, Süha, “4949 Sayılı İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adi Konkordato ile İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti ve Değerlendirilmesi”, TBB Dergisi, Sayı 51, 2004, s. 67-90 (Konkordato Makale).
- Tanrıver, Süha, Konkordato Komiseri, Yetkin, Ankara, 1993 (Konkordato Komiseri).
- Tanrıver, Süha; Deynekli, Adnan, Konkordatonun Tasdiki, Yetkin, Ankara, 1996.
- Taşpınar, Sema, “Adi Konkordato Hakkında İcra ve İflas Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, BATİDER, Cilt 22, Sayı 2, 2003, s. 49-92.
- Tuğlacı, Pars, Okyanus Ansiklopedik Sözlük, Cilt 5, 6. Baskı, Cem Yayınevi, İstanbul, 1982
- Tunç-Yücel, Müjgan; Kale, Serdar, “Malvarlığının Terki Suretiyle Konkordatoda Prosedür ve Yetkili Organlar”, Ed. Rona Serozan, Nur Centel, M. Kamil Yıldırım [vd.], Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, 1.Baskı, Alkım, İstanbul, 2007, s. 503-541.
- Uyar, Talih, “4949 Sayılı ve 17.07.2003 Tarihli ‘İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Getirdiği Yenilikler”, TBB Dergisi, Sayı 49, 2003, s. 159-221 (Makale).
- Uyar, Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi (İİK 170/a-370), Cilt 3, 3. Baskı, Bilge, Ankara, 2014 (İİK Şerh).
- Uyar, Talih, Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri, TBB Yayınları, Ankara, 2019 (Temel İlkeler).
- Üstündağ, Saim, İflas Hukuku, 8. Bası, Yazarın Kendi Yayını, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Mehmet Kamil; Deren-Yıldırım, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, 6. Baskı, Beta, İstanbul, 2015.
- Yılmaz, Ejder, “Dünden Bugüne İcra ve İflas Kanunumuz”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 3-4, 2003, s. 10-45 (Makale).
- Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, 9. Baskı, Yetkin, Ankara, 2005 (Sözlük)

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yayım İlkeleri

- A. İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İMÜHFD) hakemli dergi statüsünde yılda iki sayı olarak (Haziran, Aralık) olarak yayımlanmakta ve **TR Dizin (ULAKBİM)**, **SOBİAD** ve **Index Copernicus International dizinleri ile HeinOnline, ICI World of Journals ve EBSCO veri tabanları** tarafından taranmaktadır. Eserlerin değerlendirilmesi çift kör hakem sürecine uygun olarak yapılır.
- B. Dergiye Türkçe, İngilizce, Fransızca ve Almanca dillerinde makale, karar incelemesi ve mevzuat değerlendirmesi şeklindeki akademik çalışmalar kabul edilmektedir.
- C. Dergiye gönderilen eserler, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazar, eser göndererek bu hususu taahhüt etmiş sayılır. Eser, DergiPark (<https://dergipark.org.tr/tr/pub/imuhfd>) üzerinden veya "hukukfakultesidergisi@medipol.edu.tr" adresine Word formatında (.doc, .docx) gönderilebilir.
- D. Dergiye değerlendirilmek üzere gönderilen bütün çalışmalarda eser sahiplerinin ORCID numarası (Bilimsel Araştırmacı Kimlik Numarası) alması ve çalışmalarında ORCID numaralarını belirtmeleri gerekir.
- E. Dergide yayımlanan yazıda ileri sürülen görüşler yazara aittir. Bu hususta, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Editör Kurulu herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir.
- F. Eserlerin dergiye gönderilmesinden sonra eser değerlendirme süreci, ön inceleme aşaması, hakem değerlendirme aşaması ve gerekli olduğu takdirde düzeltme aşaması şeklinde gerçekleşir.
- Dergide yayımlanmak üzere gönderilecek tüm akademik çalışmalar aşağıda verilen şekil şartlarına göre hazırlanmalıdır.
1. Gönderilen makaleler Times New Roman karakterinde; ana metin 1,5 satır aralığı, 12 punto ve iki yana yaslı; dipnotlar 10 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanmalıdır. Dipnotların sayfa altında gösterilmesi gerekmektedir.
 2. Gönderilen makalelerin başlıkları Türkçe ve İngilizce olarak yazılmalıdır. Makale başka bir dilde yazılmış ise makalenin yazıldığı dildeki başlığı da eklenmelidir. Başlıklar, 12 punto, tek satır aralığı ve iki yana yaslı olarak hazırlanır.

3. Başlık numaralandırmaları **I. – A. – 1. – a. – i.** sistemini takip etmelidir. Giriş ve Sonuç/Değerlendirme bölümlerinde numaralandırma yapılmamalıdır. Ayrıca, makale içi başlıkları dahil olmak üzere paragraf başlarında herhangi bir girinti olmamalıdır.
 4. Başlık kısmının altında iki yana yaslı olarak yazarın ismi ve büyük harflerle soy ismi yer almalıdır. Soy ismin sonuna “*” koyularak dipnotta yazarın unvanı, görevi, ORCID numarası ve iletişim bilgileri yazılmalıdır.
 5. Yazarın bilgilerinin altında “Öz” (Türkçe özet) yazılmalıdır. “Abstract” (İngilizce özet) ise Öz kısmından sonra yer almalıdır. Makalenin dili Fransızca veya Almanca ise Abstract kısmından sonra “Résumé” (Fransızca özet) veya “Zusammenfassung” (Almanca özet) yazılmalıdır. Bu kısımlar, 150-200 kelime arasında ve makaleyi özetler mahiyette olmalıdır. Öz kısmının sonunda “Anahtar kelimeler” kısmı yer almalıdır. “Keywords” ise Abstract kısmının sonuna yazılmalıdır. Fransızca veya Almanca özet yazılması halinde sonuna “Mots-clés” veya “Schlüsselwörter” eklenmelidir. Makalelerde en az 5 farklı anahtar kelimeye yer verilmelidir.
 6. Yazı içerisinde kullanılan kısaltmalar, ilk kullanımlarında açık şekilde yazılmalı ve sonunda kısaltma parantez içinde belirtilmelidir. Yazının sonuna ayrıca bir kısaltmalar cetveli eklenmemelidir.
 7. Referans ve ek açıklamalar için dipnotlar tek satır aralığı ile 10 punto ile metin içinde ilgili yerde satır üstüne küçük rakamla (1,2,3...) sıra numarası konarak verilir. Dipnotları sayfa altında gösterilir.
 8. Makale boyunca soy isimlerin yalnızca ilk harfi büyük yazılmalıdır. Yazarın birden fazla soy ismi bulunması halinde soy isimleri arasına “-” koyulmalıdır.
 9. Dipnotlarda kitaplara atıf için [yazarın adı soyadı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Mehmet Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 16. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 45.
10. Dipnotlarda kitap bölümlerine atıf için [yazarın adı soyadı, “bölüm adı”, Ed. editör adı, *kitap adı*, (varsa) cilt no., eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü izlenmelidir.
- Ör.: Andrea Atteriano, Maria Beatrice Deli, “An Overview of International Sanctions’ Impact on Treaties and Contracts”, Ed. Natalino Ronzitti, *Coercive Diplomacy, Sanctions and International Law*, Brill | Nijhoff, Leiden, 2016, s. 210.

11. Dipnotlarda makalelere atıf için [yazarın adı soyadı, “makale adı”, *dergi adı*, cilt no., sayı no., yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110.

12. Dipnotlarda online kaynaklara atıf için [(varsa) yazarın adı soyadı, (varsa) *sayfa başlığı*, açık adres parantez içinde erişim tarihi.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Chris McGreal, *70 Years and Half a Trillion Dollars Later: What Has the UN Achieved?*, <https://www.theguardian.com/world/2015/sep/07/what-has-the-un-achieved-united-nations> (01.12.2019).

13. Dipnotlarda ansiklopedi maddelerine atıf için [yazarın adı soyadı, “madde başlığı”, *ansiklopedi adı*, (varsa) cilt no., (varsa) eserin kaçınıcı bası olduğu, yayınevinin adı, (varsa) yayım yeri, yayım yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: F.V. Garcia-Amador, “Organization of American States”, *Encyclopedia of Public International Law*, Cilt 6, Elsevier Science Publishers B.V., Amsterdam, 1983, s. 277.

14. Dipnotlarda teze atıf için [yazarın adı soyadı, *tezin adı*, tezin niteliği, üniversite enstitü” ve anabilim dalı bilgileri, yılı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Halit Eyüp Özdemir, *Kamu İhale Kanununda Düzenlenen İhale İşlemleri*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü” Kamu Hukuku Anabilim Dalı, 2005, s. 73.

15. Tercüme eserlerde mütercimın adı yazarın adının hemen ardından parantez içinde (Terc. mütercim adı ve soy adı) şeklinde yazılır.

Ör.: Klaus Tiedemann (Terc. Ayşe Nuhoğlu), *Ekonomi Ceza Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 89.

16. Aynı esere yapılacak atıflarda [yazarın soyadı, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Aydın, s. 95.

17. Aynı yazarın birden fazla eseri kullanılacaksa bu eserlere yapılan ilk atıfların sonunda parantez içinde ilgili eserin kısaltması belirtilmeli ve tekrar eden atıflarda [yazarın soyadı, eserin kısaltması, sayfa numarası.] usulü” izlenmelidir.

Ör.: Cevdet Yavuz, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Yasal Önalım Hakkının Kullanılması Sorununa Dair Görüşler”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 4, Sayı 2, 2017, s. 110, (Görüşler).

Ör.-2: Yavuz, Görüşler, s. 110.

18. Eserlerin ilk basılarına atıf yapılması halinde bası bilgisi belirtilmeyecektir.

Ör.: Ergun Özbudun, *1924 Anayasası*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 50.

19. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “,” kullanılmalıdır.

20. Bir dipnot içerisinde birden fazla kaynağa atıf yapılması halinde kaynaklar arasında “;” kullanılmalıdır.

21. Kaynakça yazının sonunda yer almalıdır. Bu kısım; Türkçe makalelerde “Kaynaklar”, İngilizce makalelerde “Bibliography”, Fransızca makalelerde “Bibliographie”, Almanca makalelerde “Literatur” başlığını taşımaktadır. Faydalanılan kaynaklar soy isimlerine göre sıralanmalıdır.

22. Kaynakçada yer alan eserlerde önce yazar(lar)ın soy ismi sonrasında ise ismi yazılır. Soy isim ile isim arasında virgül koyulmalıdır. Birden fazla yazarlı eserlerde yazar isimleri arasında “;” kullanılmalıdır. Diğer hususlarda dipnotlar için belirtilen kurallar kaynakça için de geçerlidir.